

Kötz / Rawert / Schmidt / Walz (Hrsg.)
Non Profit Law Yearbook 2002

BUCERIUS LAW SCHOOL

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der
Non-Profit-Organisationen

Non Profit Law Yearbook 2002

Herausgegeben von

Hein Kötz · Peter Rawert · Karsten Schmidt · W. Rainer Walz

Schriftleitung
Florian Asche



Carl Heymanns Verlag KG Köln

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

Das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen wird gefördert durch die Deutsche Bank.

Stiftungsfonds Deutsche Bank



im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft e.V.

© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München 2003
50926 Köln

E-Mail: service@heymanns.com

<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-25282-5

Gesamtherstellung: Gallus Druckerei KG Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Vorwort

Wie bereits in der Einleitung zum vorangegangenen Yearbook 2001 hervorgehoben, besteht ein zentrales Anliegen dieser Reihe darin, dem noch unbestimmten Begriff der Non-Profit-Organisation juristische Konturen zu verleihen und dabei systembildend auf das Organisations- und Steuerrecht des sog. Dritten Sektors zwischen Markt und Staat zu wirken. Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass der Bereich des nicht-staatlichen, gleichwohl dem Gemeinwohl gewidmeten Handelns durch wichtige Besonderheiten gekennzeichnet ist, die sowohl national wie aus der Perspektive des Europarechts und des Völkerrechts neuartige Problemstellungen aufwerfen. Auf der anderen Seite mag man Besonderheiten an Stellen vermuten, wo solche nicht zu finden sind.

Die im neuen Band publizierten Beiträge enthalten thematisch unterschiedliche, aber innerlich zusammenhängende rechtliche Bestandsaufnahmen, Analysen und Vorschläge. Die meisten Aufsätze gehen in der einen oder anderen Weise der Frage nach, wie sich Öffentliches Recht oder Privatrecht oder beide im Verhältnis zueinander verändern, wenn sie auf Sachverhalte des Dritten Sektors angewandt werden.

In der Erkenntnis, dass die Sicht auf den Dritten Sektor und seine Organisationen stark vom Staatsverständnis geprägt ist, erörtert *Schuppert* die Entwicklung vom Eingriffsstaat zum Gewährleistungsstaat, der die institutionellen Arrangements für eine plurale Gemeinwohlverwirklichung von unten bereitzustellen hat. Das große Thema der Koexistenz von staatlicher Gewährleistung und eigenverantwortlicher Autonomie von Non-Profit-Organisationen wird in unterschiedlicher Beleuchtung bei *von Campenhausen* aus staatskirchenrechtlicher, bei *Zumbansen* aus verwaltungsrechtlicher und bei *Steinbeck* aus verbandsrechtlicher Perspektive behandelt. *Armbrüster* überprüft, ob das geltende Privatrecht Regeln enthält, die gemeinnützige Organisationen privilegieren, und *Prütting* thematisiert insolvenzrechtliche Besonderheiten. *Igl* stellt die Frage, ob die beschriebene institutionelle Struktur, in der sich das Nebeneinander von staatlicher Gewährleistung und Wettbewerb zwischen staatlichen, freien und gewerblichen Trägern in Deutschland eingerichtet hat, mit geltendem Europarecht vereinbar ist. Bei *Schaubhoff/Fischer* geht es um die verfassungsrechtliche Grundierung der Sportförderung und die problematische Grenzlinie zwischen idealistischem Engagement und Kommerz im Sportbereich. *Engelsing* widmet sich dem weithin noch unbekanntem Kartellrecht im Dritten Sektor. *Reuter* analysiert Defizite in der corporate governance von Stiftungen, die unter anderem in einer Veränderung im Verhältnis von Stiftung und staatlicher Stiftungsaufsicht ihre Wurzel haben. Zu der von *Reuter* vorgeschlagenen strikten Orientierung des Vorstands an der Vermögenserhal-

Vorwort

tungspflicht passt ausgezeichnet der betriebswirtschaftliche Beitrag von *Brockhoff* zur Optimierung einer Vermögensanlage bei Stiftungen.

Die Herausgeber danken dem Stiftungsfonds Deutsche Bank für die finanzielle Förderung und dem Carl Heymanns Verlag für die intensive Kooperation. Dank schulden wir auch allen Autoren, die pünktlich abgeliefert haben, dem Schriftleiter Dr. *Asche* für unermüdliche Arbeit und die Erstellung der Berichte und Dokumentationen sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitern *Janne Gärtner*, *Jana Wulff* und *Malte Schwab* für die Erstellung der Bibliografie und des Stichwortverzeichnisses.

Preface

As already mentioned in the introduction to Yearbook 2001, this publication is devoted to the field of Non-Profit-Organizations, of which foundations form an important part. This Yearbook aims at a clarification of juridical terms and concepts, enabling the reader to gain a more precise idea of the meanings of words with apparently loose connotations such as »Non-Profit-Organization« and »Third Sector«, or of the distinctions drawn between state activity and the market. This is no mere exercise in semantics, however, but rather an essential preliminary towards a more systematic approach to the application of legal rules, particularly those governing organizational and tax law matters. Underlying all this is a conviction that the so-called Third Sector is characterized by a range of important peculiarities as to normative values and legal constructions that make such an extended exercise worthwhile. It is assumed that there may be repercussions for national law, European law and even international public law, the latter as yet little explored and not addressed in this Yearbook 2002.

The articles published this year concentrate on legal analysis and policy recommendations, with one article developing an asset and risk management proposal. Most authors are observing changes taking place in one form or another in the public and private law fields, either in their own right or in relation to one another. These changes occur once the rules are applied to circumstances in the Third Sector.

Departing from an insight that policy perspectives within the Third Sector heavily depend on one's conception of the state and the duties of government, *Schuppert* reports on the development from an interventionist state perspective to a changed conception of government whereby certain basic needs are not necessarily fulfilled by government itself, while adequate standards are guaranteed. Various authors treat in different ways the important subject of how the granting and ensuring of state obligations can coexist with legitimate demands for autonomy on the part of non-profit-organizations, which themselves may participate in the production of public goods and even compete with state activities in the same field. *Von Campenhausen* focuses on the law regulating the state/church relationship, *Zumbansen* on the evolution of administrative law, and *Steinbeck* on the constitutional contents and limits to the autonomy of associations. *Armbrüster* asks whether non-profit-organizations are privileged under German private law and Prütting investigates insolvency law. *Igl* questions the heavily path dependent institutional structure of the Third Sector from the perspective of European Treaty Law. *Schauhoff/Fischer* deal with the status of sports clubs and associations, the constitutional status of state aid to sports, and the difficult borderline between

Preface

professional and idealistic involvement, which is central to the tax law treatment of such clubs. *Engelsing* explores the as yet unfamiliar area of antitrust and competition law repercussions in the Third Sector. *Reuter* deals with problems of responsibility and liability of foundation management, analysing deficits of corporate governance which are due to the change from an interventionist to a pure formal state control respecting the autonomy of founders and foundations. *Brockhoff* demonstrates that the capital of foundations cannot be maintained under a rule of timely disbursement where investment strategies are too conservative. Here it is shown how asset management can be optimized under the restrictions of varying degrees of risk assumption and the duty to maximize the production of public goods.

The editors are extremely grateful to the Stiftungsfonds Deutsche Bank for financial support and to Carl Heymanns Verlag for their very active cooperation. Our thanks are due to the authors for submitting their manuscripts in good time, to Dr. *Asche*, the edition manager, for his untiring commitment and for drafting the documentation, to the research assistants *Janne Gärtner*, *Jana Wulff* and *Malte Schwab* for the bibliography and register, and lastly to *James Faulkner* for translating the summaries.

Inhalt

Vorwort/Preface	V
-----------------------	---

Öffentliches Recht

Staatskirchenrecht im Dritten Sektor	1
AXEL FREIHERR VON CAMPENHAUSEN, Berlin	
Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht	21
GERHARD IGL, Kiel	
Gewährleistungsstaat, Zivilgesellschaft und Stiftungswesen	47
GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Berlin	
Vertragsregimes im »Dritten Sektor«: Zur Verortung des Verwaltungs- rechts angesichts des Zusammenwachsens privat- und öffentlichrechtlicher Handlungsformen	61
PEER ZUMBANSEN, Frankfurt	

Privatrecht und Kartellrecht

Der Dritte Sektor als Teilnehmer am Markt: Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht	87
CHRISTIAN ARMBRÜSTER, Hamburg	
Dritter Sektor und Kartellrecht	105
FELIX ENGELSING, Bonn	
Insolvenz von Vereinen und Stiftungen	137
HANNS PRÜTTING, Köln	
Die Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber der Stiftung, Dritten und dem Fiskus	157
DIETER REUTER, Kiel	
Die Grenzen der Vereinsautonomie	179
ANJA STEINBECK-MENKE, Köln	

Steuerrecht

Der Sportverein im Steuerrecht	199
STEPHAN SCHAUHOFF / DANIEL FISCHER, Bonn	

Inhalt

Betriebswirtschaft

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung	221
KLAUS BROCKHOFF, Vallendar	

Berichte und Dokumentationen

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002	235
FLORIAN ASCHE, Hamburg	
Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002	263
JANNE GÄRTNER / JANA WULFF, Hamburg	
Autorenverzeichnis	285
Sachregister	287

Staatskirchenrecht im Dritten Sektor

AXEL FRHR. VON CAMPENHAUSEN

I.	Zur systematischen Verortung kirchlicher Verbände		2. Skizze der neueren Rechtsentwicklung	9
	1. Staatskirchenrecht als Öffentliches Recht	1	3. Die Vorgabe staatlicher Mindeststandards als zunehmende Bedrohung des kirchlichen Propriums	11
	2. Die Kirchen als Verbände	2	III. Zum Verhältnis von sozialstaatlicher Gewährleistung und	
	3. Die Kirchen als Teil des Dritten Sektors	3	Eigenverantwortung der freien Träger	13
	4. Reibungsflächen aus der unterschiedlichen Zuordnung kirchlicher Verbände	4	1. Der Vorrang staatlicher Kompetenz	13
	5. Europarechtliche und verfassungsrechtliche Fragen	6	2. Der Subsidiaritätsgedanke im Europarecht	14
	6. Wettbewerb zwischen kirchlichen und gewerblichen Anbietern	7	3. Wettbewerb zwischen staatlichen und kirchlichen Aktivitäten	16
II.	Das Nebeneinander von sozialstaatlichen und kirchlichen Aktivitäten	8	4. Zur staatlichen Gewährleistung einer Pluralität des Angebots	16
	1. Der gemeinsame Kompetenzbereich von modernem Staat und Kirche	8	IV. Sonderstellung und Vorreiterrolle der Kirchen für das Verhältnis von Drittem Sektor und Staat	18
			V. Summary	19

I. Zur systematischen Verortung kirchlicher Verbände

1. Staatskirchenrecht als Öffentliches Recht

Will man sich über die Besonderheit des Staatskirchenrechts unterrichten, so geht der erste Blick in das Grundgesetz. Deutschland gehört zu den europäischen Staaten, die seit Jahrhunderten eine institutionelle Regelung der Beziehungen von Staat und Kirche auf der Verfassungsebene kennen. Seine staatliche Ordnung des Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaft ist nicht auf die Gewährleistungen der Religionsfreiheit und die Festlegung der Trennung des staatlichen und religiösen Bereichs beschränkt. Seit der Reformationszeit kann man vom Staatskirchenrecht als einem besonderen Rechtsgebiet sprechen, in dem die Beziehungen zwischen Staat und zunächst nur den beiden großen christlichen Kirchen, heute aller Religionsgemeinschaften, durch staatliche Normen geordnet werden. Diese Regelung hat ihre Grundlage im Öffentliches Recht, weithin sogar im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder. Sie ist vor allem durch die Verbürgung und die Verwirklichung der Religionsfreiheit bestimmt. Die organisatorische Trennung von Staat und Religion einerseits, die Anerkennung der Stellung der Religionsgemeinschaften im Bereich des Öffentliches andererseits, haben eine hervorgehobene Stellung der religiösen Gemeinschaften im staatlichen Recht und auf bestimmten Gebieten eine geregelte Verbindung von Staat und Kirche zur Folge.

Diese in verschiedene Richtung weisenden und aus unterschiedlichen Epochen stammenden Elemente des Staatskirchenrechts stehen untereinander in enger Beziehung und finden durch ihre Ausdeutung in Rechtsprechung und Lehre ihre systematische Einheit.¹

2. Die Kirchen als Verbände

Unbeschadet der Besonderheit, die Kirchen und Religionsgemeinschaften schlechthin im deutschen Verfassungsrecht genießen, sind sie auch Verbände. Tatsächlich bestand in den siebziger Jahren eine Tendenz, den Charakter der Kirchen (um die es in der Regel vor allem geht), als Verbände zu charakterisieren, nicht zuletzt um ihre Besonderheit in einem allgemeinen Verbandsrecht einzuebnen. Dagegen ist mit Recht eingewandt worden, dass die verfassungsrechtlich gewährleistete Besonderheit des Rechts aller Religionsgemeinschaften dabei gerade nicht in den Blick gerät.²

Spätestens seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Religionsgemeinschaft der Baha'i ist hier Klarheit geschaffen: Es ging dabei darum, ob Baha'i sich dem Vereinsrecht anpassen müsse oder ob das Vereinsrecht unter Berücksichtigung des Grundrechts der Religionsfreiheit Besonderheiten Rechnung tragen solle. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt:

»Die religiöse Vereinigungsfreiheit gebietet ..., das Eigenverständnis der Religionsgesellschaft, soweit es in den Bereich der durch Art. 4 Abs. 1 GG als unverletzlich gewährleisteten Glaubens- und Bekenntnisfreiheit wurzelt und sich in der durch Art. 4 Abs. 2 GG geschützten Religionsausübung verwirklicht, bei der Auslegung und Handhabung des einschlägigen Rechts, hier des Vereinsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs, besonders zu berücksichtigen.«³

1 Ich beziehe mich hier auf frühere Äußerungen: A. v. Campenhausen, Der heutige Verfassungsstaat und die Religion, in: J. Listl / D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 1, 1994, S. 47 ff.; zur historischen Entstehung vgl. insbes. *ders.*, Staatskirchenrecht, 3. Aufl., 1996, S. 2 ff.; zur grundsätzlichen Ausgestaltung heute vgl. zuletzt *ders.*, Art. 140 GG, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 3, 2001, Rn. 12 ff.

2 E. G. Mahrenholz, Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik, 1969, 1972, 2. Aufl.; dagegen R. Smend, Grundsätzliche Bemerkungen zum Korporationsstatus der Kirchen, in: ZevKR 16 (1971) 241 ff.; zum Ganzen auch K. Schlaich, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: E. Friesenhahn / U. Scheuner (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Bd., 1. Aufl. 1975, S. 231 ff. (255 ff.), unveränderter Abdruck in der 2. Aufl., 2. Bd. 1995, S. 131 ff. (162 ff.) = Gesammelte Aufsätze, hrsg. von M. Heckel und W. Heun, 1997, S. 480 ff. (506 f.)

3 BVerfGE 83, 341 (356) mit Hinweis auf BVerfGE 53, 366 (401) m.w.N.

3. Die Kirchen als Teil des Dritten Sektors

Eine vergleichsweise neue Fragestellung ist es, das Staatskirchenrecht als Teil des Dritten Sektors zu betrachten. Neu ist allerdings im Wesentlichen der Begriff des Dritten Sektors und nicht die Sache. Zum Non-Profit-Sektor oder Dritten Sektor rechnet man heute ein weites Spektrum von Organisationen, zu denen Wohlfahrtsverbände, freizeit-orientierte Sport- und Hobbyvereine bis hin zu Initiativen im Umweltbereich zählen. Aus empirischer Sicht der Sozialwissenschaften stellt dieser Bereich ein wenig beackertes Feld dar, weil weder eine amtliche Statistik noch spezifisches Sektorbewusstsein die Gesamtheit erfasst und es auch keine umfassende Bearbeitung gibt.⁴

Der Dritte Sektor erweist sich insoweit nicht als *Terminus technicus*, sondern als eine Bereichsbezeichnung zur Charakterisierung eines Terrains, das durch die Pole von Staat, Markt und Gemeinschaft bestimmt wird, in dem nicht Profitstreben, sondern Non-Profit-Constraint herrscht, in der mit anderen Worten nicht kommerzielle Gesichtspunkte dominieren.⁵ Unter den unzähligen Organisationen, die den Dritten Sektor bilden, ist ein bedeutender Teil konfessionell geprägt.

Seit der Urchristenheit äußert sich das Christentum nicht nur in Lehre und Predigt, sondern insbesondere auch in diakonischem und karitativem Wirken in der Gesellschaft. Neben der hässlich so genannten »Amtskirche« mit ihren Kirchengemeinden, Kirchenkreisen, Kirchenleitungen, Kirchengemeinschaften, der insbesondere für die römisch-katholische Kirche entscheidenden kirchlichen Hierarchie gibt es seit jeher eine große Zahl kirchlicher Institutionen, die eine gewisse Selbstständigkeit gegenüber dem kirchlichen Verband genießen. Aber selbst die Kirchengemeinden, der lebendige Mittelpunkt einer Kirche, gehören insofern auch zum Dritten Sektor, als fast jede Kirchengemeinde diakonische und karitative Einrichtungen, auch als rechtlich unselbstständige Institutionen unterhält. Dies ist vorzüglich der Ort ehrenamtlichen Engagements in der Kirche. Hier ist die Spannung zwischen Wertrationalität und Zweckerationalität auszuhalten. Damit ist gemeint, dass man in solchen Einrichtungen, die dem religiösen Gedanken verpflichtet sind, zugleich eine gewisse Professionalität erreichen muss, um bestehen zu können. Hier gibt es Probleme der Verantwortungsaufteilung zwischen Ehrenamtlichen und Hauptberuflichen, welche an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden können.⁶ Der Schwerpunkt kirchlichen Engagements im Dritten Sektor sind seit unvordenklicher Zeit die Schulen⁷ und die *piae causae* (milde Stiftungen) als

4 A. Zimmer, Der deutsche Nonprofit-Sektor. Ein empirischer Beitrag zur Bedeutung von Nonprofit-Organisationen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2001*, S. 7 ff.

5 A. Zimmer, a.a.O., S. 9.

6 Dazu E. Pankoke, *Stiftung und Ehrenamt*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, 1. Aufl. 1998, S. 637 (645 f.).

7 Vgl. im Überblick W. Keim, *Schule und Religion*, *Varia Juris Publici*, Bd. 46, 1967, S. 65 ff.

Wurzeln des heute so genannten sozialen Sektors, also Kindergärten, Krankenhäuser, Altersheime, Diakoniestationen usw.⁸

Seit dem frühen 19. Jahrhundert haben die Kirchen die grundrechtlich eröffneten Chancen des Dritten Sektors zu nutzen gewusst.⁹ In polemischen Auseinandersetzungen spricht man gern von der Kirche als einem der größten Arbeitgeber mit Hunderttausenden von Mitarbeitern. Das ist irreführend insofern, als es sich ja um Hunderte, wenn nicht Tausende von einzelnen Arbeitgebern gleicher Ausrichtung und Gesinnung handelt und nicht um einen. Allerdings sprechen die Zahlen eine deutliche Sprache: Von den in der Gesamtstatistik der Einrichtungen und Dienste der Freien Wohlfahrtspflege für das Jahr 2000 ausgewiesenen ca. 93 500 Einrichtungen entfallen allein auf die Diakonie der evangelischen Landeskirchen und auf die Deutschen Caritasverbände jeweils mehr als ein Viertel (Diakonie ca. 26 000; Caritas ca. 25 500).¹⁰ Die Zahl der konfessionellen Einrichtungen der Wohlfahrtspflege im Verhältnis zur Gesamtzahl des Dritten Sektors unterstreicht die Bedeutung kirchlichen Engagements. Darauf ist die Tätigkeit der beiden großen Kirchen als Freie Träger gleichwohl nicht beschränkt. Im Rahmen der von Art. 7 Abs. 4 und 5 GG gewählten Freiheit unterhalten sie 1394 allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, die im Schuljahr 1999/2000 über 400 000 Schüler besucht haben.¹¹

4. Reibungsflächen aus der unterschiedlichen Zuordnung kirchlicher Verbände

Genießen die Kirchen also einerseits einen Sonderstatus als Kirchen und sind andererseits doch auch Teil des Dritten Sektors, so spiegelt sich diese Doppelstellung in spezifischen Rechtsproblemen wider.

8 Zur Geschichte der Stiftungen vgl. *H. Coing*, in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), *Handbuch des Stiftungsrechts*, 1999, 2. Aufl., § 5; *A. v. Campenhausen*, *Geschichte des Stiftungswesens*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, a.a.O., S. 23 ff.; zum Ganzen *A. v. Campenhausen / H.-J. Erhardt* (Hrsg.), *Kirche – Staat – Diakonie*, 1982, S. 12 ff.

9 Dazu *A. v. Campenhausen*, *Staatskirchenrecht*, a.a.O., S. 179 ff.

10 Als Quellen vgl. Bundesverband der Freien Wohlfahrtspflege e.V. (Hrsg.), *Gesamtstatistik der Einrichtungen und Dienste der Freien Wohlfahrtspflege*, Stand 1. 1. 2000, *Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland* (Hrsg.), *Einrichtungstatistik*, Stand 1. 1. 2000, sowie *Deutscher Caritasverband* (Hrsg.), *Zentralstatistik*, Stand 1. 1. 2001, sowie den Anhang in der epd-Dokumentation Nr. 2/2003 »Soziale Dienste als Chance«.

11 Vgl. *Statistik der katholischen Schulen in freier Trägerschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, Stand Schuljahr 1999/2000, in: *Handbuch katholische Schule*, Bd. 5, Köln 2001, S. 184 ff., sowie *Verzeichnis der allgemeinbildenden, sonderpädagogischen und berufsbezogenen Schulen in evangelischer Trägerschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, Stand Sept. 2000 – überarbeitete Fassung mit Nachtrag des Standes von 2002, hrsg. vom Kirchenamt der EKD in Zusammenarbeit mit dem Comenius-Institut der EKD, 1999/2002.

Häufig kollidieren z.B. staatliche arbeits- und organisationsrechtliche Regelungen mit dem den konfessionellen Einrichtungen zustehenden kirchlichen Selbstbestimmungsrecht. Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen ist regelmäßig z.B. die Frage der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes in kirchlichen Einrichtungen. So hat das Bundesverfassungsgericht in der wegweisenden »Goch-Entscheidung«¹² die Anwendungspflicht für ein katholisches Krankenhaus als mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unvereinbar abgelehnt. In der »St.-Marien-Entscheidung«¹³ hat das Bundesverfassungsgericht weiterhin entschieden, dass konfessionelle Krankenhäuser von den gesetzlichen Organisationsbestimmungen des Nordrhein-Westfälischen Krankenhausgesetzes ausgenommen werden müssen. Dagegen sah das Gericht in einem späteren Beschluss in der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht kirchlicher Krankenhäuser keine Verletzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.¹⁴ Mit der Frage der arbeitsvertraglichen Loyalitätspflicht in einem kirchlichen Krankenhaus setzte sich das Bundesverfassungsgericht in der »St.-Elisabeth-Entscheidung« auseinander und entschied, dass kirchlichen Arbeitnehmern durch Vertrag spezifische Obliegenheiten auferlegt werden können.¹⁵

Die Rückbindung konfessioneller Einrichtungen mit relativer, zum Teil sehr weitgehender rechtlicher Selbstständigkeit an die dahinter stehende Kirche ist eine ständige Regelungsaufgabe.¹⁶ Gleichzeitig ist der Staat der wesentliche Mitspieler

12 BVerfGE 46, 73.

13 BVerfGE 53, 366.

14 BVerfG NJW 1984, 970.

15 BVerfGE 70, 138.

16 Zum einen über Werkegesetze oder kirchenverfassungsrechtliche Regelungen, z.B.: VELKD: KG über die Stellung lutherischer kirchlicher Werke zur Vereinigten Kirche i.d.F. vom 6. 11. 1997 (Abl. Bd. VII, S. 52); Bayern: KG über die Anerkennung und die finanzielle Förderung von rechtlich selbstständigen kirchlichen Einrichtungen und Diensten vom 1. 5. 1998 (KABL. S. 162); Berlin-Brandenburg: Art. 100 GO der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg vom 19. 11. 1994 (KABL. 1995, S. 47); Hannover: Art. 117 KVerf i.d.F. vom 1. 7. 1971 (KABL. S. 189); Mecklenburg: KG über die landeskirchlichen Werke vom 24. 10. 1976 (KABL. S. 59, s.a. KABL. 1991, S. 79); Nordelbien: Art. 60 Verfassung der Nordelbischen Ev.-Luth. Landeskirche vom 12. 6. 1976 (GVBl. Schl.-Holst. S. 159 ff.); Pommern: Art. 154 Abs. 2 ff. KO der Pommerschen Ev. Kirche vom 2. 6. 1950 i.d.F. vom 15. 10. 2000; Rheinland: Art. 211 Abs. 4 KO der Ev. Kirche im Rheinland vom 2. 5. 1952 i.d.F. vom 20. 3. 1998 (KABL. S. 77); Kirchenprovinz Sachsen: Art. 107 GO der Ev. Kirche der Kirchenprovinz Sachsen i.d.F. der Bkm. vom 15. 2. 2001 (KABL. S. 43); Schlesische Oberlausitz: Art. 128 Abs. 5 KO vom 14. 11. 1951; Thüringen: KG über die Stellung kirchlicher Werke in der Ev. Luth. Kirche in Thüringen vom 30. 10. 1999 (KABL. S. 226); Westfalen: Art. 166 KO vom 14. 1. 1999 (KABL. S. 1).

Zum anderen über die Satzungen der Diakonischen Werke, z.B.: Bayern: Satzung des DW der Ev.-Luth. Kirche in Bayern vom 16. 10. 2000 (KABL. 2001, S. 185); Berlin-Brandenburg: Satzung für den Verein »DW Berlin-Brandenburg – Innere Mission und Hilfswerk – e.V.« vom 20. 11. 1990 (KABL. 1992, S. 3); Hannover: §§ 6 Abs. 3, 8 Abs. 2 Satzung des D der Ev.-Luth. Landeskirche Hannovers vom 8. 6. 1978 (KABL. S. 109); Hessen-Nassau: Satzung des DW in Hessen und Nassau e.V., i.d.F. vom 26. 10. 1976, neugef. Am 17. 10. 2001; Mecklenburg: Satzung des DW der Ev.-Luth. Landeskirche Mecklenburgs vom 12. 3. 1998; Pommern: Satzung Diakonisches Werk – Landesverband – in der Pommerschen Ev. Kirche e.V. vom 12. 12. 1999 (KABL. 2000, S. 70); Rheinland: Satzung des DW der Ev. Kirche im Rheinland vom 18. 11. 1999 (KABL. 2000, S. 45) so-

auch im Dritten Sektor, nicht zuletzt dank seiner umfassenden Kompetenz für das Gesundheitswesen, Sozialwesen, Schulwesen¹⁷ und seiner überlegenen Finanzkraft. Die Grenzziehung zwischen staatlicher Beherrschung und Selbstständigkeit der Freien Träger ist deshalb ein Dauerproblem. Sie ist gleichwohl nötig. Die Wahlfreiheit des Bürgers und Hilfesuchenden und die Angebotsfreiheit des Freien (kirchlichen) Trägers als Hilfeleistendem gewährleisten die uneingeschränkte Wahrung der pluralen Strukturen in der Gesellschaft durch wertbestimmte Angebote.¹⁸

5. Europarechtliche und verfassungsrechtliche Fragen

Hinzu kommt als neue Quelle schwieriger Rechtsfragen die europäische Einigung.¹⁹ Im Rechtsleben ist hier insbesondere die wirtschaftliche und arbeitsrechtliche Homogenisierung ein Faktor, der mittelbar auf den Bereich des Dritten Sektors durchschlägt. Gerade das Fehlen einer staatskirchenrechtlichen Kompetenz der europäischen Einrichtungen²⁰ macht deren Regelung blind für Besonderheiten

wie Mindestanforderungen des Hauptausschusses vom 2. 5. 1981; Sachsen: Satzung des DW Sachsen vom 18. 9. 1990 i.d.F. vom 10. 11. 2000 (KABl. 2001, S. A 79).

- 17 Vor allem Sozialgesetzbuch (Allgemeiner Teil, SGB I; Arbeitsförderung, SGB III; Gem. Vorschriften für die Sozialversicherung, SGB IV; Gesetzliche Krankenversicherung, SGB V; Gesetzliche Rentenversicherung, SGB VI; Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII; Kinder- und Jugendhilfe, SGB VIII; Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, SGB X; Soziale Pflegeversicherung, SGB XI). Des weiteren z.B. Bundessozialhilfegesetz; Heimgesetz; (Landes-)Schulgesetze; (Landes-)Krankenhausgesetze.
- 18 A. v. Campenhausen, Art. »Freie Träger«, in: EvStL 1987, 3. Aufl., Sp. 959 f., sowie ders., Zur Grenzziehung zwischen Staat und Kirche im sozialen Bereich, in: Ruland/v. Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates, FS Zacher, 1998, S. 95 ff.
- 19 Vgl. dazu zuletzt die Beiträge zum Symposium der EKD zur Stellung der deutschen Kirchen in der Europäischen Union im April 2002, abgedruckt in: A. v. Campenhausen (Hrsg.), Deutsches Staatskirchenrecht zwischen Grundgesetz und EU-Gemeinschaftsrecht, im Erscheinen in der Reihe »Schriften zum Staatskirchenrecht«, Peter Lang-Verlag, Frankfurt/M. Vgl. dazu auch Chr. Grabenwarter / N. Lüdecke (Hrsg.), Standpunkte im Kirchen- und Staatskirchenrecht. Ergebnisse eines interdisziplinären Seminars (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft, Bd. 33), 2002; Die Staat-Kirche-Ordnung im Blick auf die Europäische Union, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 31, 1997; M. P. Huber, Das Staatskirchenrecht – Übergangsordnung oder Zukunftskonzept, in: E. Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – was ist geblieben?, 1999, S. 117 ff.; M. Hartwig, Korporative Religionsfreiheit und soziale Tätigkeit, in: R. Grote / T. Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 146), 2001, S. 509 ff.; B. Kämper / M. Schlagheck (Hrsg.), Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung (Staatskirchenrechtliche Abhandlungen, Bd. 36), 2002.
- 20 Darüber besteht Einvernehmen in der wissenschaftlichen Literatur, vgl. dazu A. Hollerbach, Europa und das Staatskirchenrecht, ZevKR 35 (1990), 250 ff.; H. de Wall, Europäi-

des konfessionell bestimmten Teils des Dritten Sektors mit erheblichen Konsequenzen. Ungewollt drohte eine Datenschutzrichtlinie von 1995 das gesamte deutsche kirchliche Finanzierungssystem umzustößeln. Das konnte im letzten Augenblick verhindert werden.²¹ Die Diskriminierungsproblematik bei Arbeitsverträgen sieht nur sehr begrenzte Berücksichtigung konfessioneller Besonderheiten vor.²² Dass im unmittelbaren Verkündigungsdienst die Konfessionsfrage gestellt und berücksichtigt werden kann, ist immerhin anerkannt.²³ In dem weiteren Bereich der kirchlichen Kindergärten, Altersheime, Krankenhäuser klafft hier eine offene Flanke. Dies nicht zuletzt, weil kirchliche Einrichtungen nicht nur Angehörige der eigenen Konfession einstellen. Die so genannte ACK-Klausel eröffnet in den meisten nicht unmittelbar im Verkündigungsdienst stehenden Bereichen Christen aller Konfessionen Mitwirkungsmöglichkeiten. In weiteren Bereich sind auch Nicht-Christen in kirchlichen Einrichtungen tätig. Allerdings haben sie den konfessionellen Charakter arbeitsrechtlich zu respektieren.²⁴

6. Wettbewerb zwischen kirchlichen und gewerblichen Anbietern

Schließlich ist die herkömmliche Regelung des konfessionellen Teils des Dritten Sektors in Frage gestellt durch die Öffnung dieses Bereichs für kommerzielle Anbieter. Damit bricht der Markt in den Non-Profit-Sektor ein. Das ist insofern ein Problem, als die staatliche Finanzierung die konfessionellen Besonderheiten natur-

sches Staatskirchenrecht, ZevKR 45 (2000), 157 ff.; *Chr. Link*, Staat und Kirche im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses, ZevKR 42 (1997), 130 ff. Zur Stellung der Kirchen in den anderen Staaten der Europäischen Gemeinschaft vgl. *G. Robbers*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa, ebd., S. 122.

21 Vgl. dazu *Chr. Link*, a.a.O., S. 131 und 149.

22 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 vom 2. 12. 2000, S. 16.

23 So räumt die Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27. 11. 2000 den Mitgliedsstaaten das Recht ein, in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen Regelungen beizubehalten, »wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion ... keine Diskriminierung darstellt«, vgl. daselbst Art. 4 Abs. 2.

24 Die ACK = Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen ist ein loser Zusammenschluss christlicher Kirchen unterschiedlicher religiöser Prägung. Sie dient dem gegenseitigen Erfahrungsaustausch und einem gemeinsam erwünschten Verständigungs- und Annäherungsprozess, vgl. dazu *O. v. Campenhausen*, Die Organisationsstruktur der evangelischen Kirche, in: *HdbStKirchR* Bd. I, 2. Aufl. 1994, S. 383 (403 f.). In den arbeitsrechtlichen Regelungen der evangelischen Landeskirchen hat die Zusammenarbeit in der ACK dazu geführt, die Zugehörigkeit der kirchlichen Mitarbeiter zum kirchlichen Arbeitgeber zu lockern, vgl. dazu *U. Seelemann*, Kirchenmitgliedschaft als Voraussetzung kirchlicher Anstellungsverhältnisse, ZevKR 44 (1999), 226 ff.; speziell aus europarechtlicher Perspektive zuletzt *H. Schliemann*, Das kirchliche Arbeitsrecht zwischen Grundgesetz und Gemeinschaftsrecht – Rechtslage und Perspektiven, in: *A. v. Campenhausen* (Hrsg.), *Deutsches Staatskirchenrecht zwischen Grundgesetz und EU-Gemeinschaftsrecht*, im Erscheinen, a.a.O.

gemäß nicht berücksichtigen muss.²⁵ Durch die Festlegung der zu bietenden Minima wird es bei staatlicher Finanzkontrolle allerdings schwer gemacht, die konfessionellen Besonderheiten überhaupt beizubehalten. In der Sozialwissenschaft wird dagegen thematisiert, dass gemeinnützige Organisationen generell mit einem gesellschaftlichen Vertrauensvorschuss arbeiten. Das sei die Grundlage auch für die Gewährung fiskalischer, insbesondere steuerlicher Vorteile und direkter finanzieller Unterstützung durch die Öffentlichkeit. Dieser Vertrauensvorschuss sei andererseits eng mit relativ hohen moralischen Erwartungen verbunden. Gemeinnützige Einrichtungen verfolgen nämlich ausschließlich nicht kommerzielle, soziale und gemeinwohlorientierte Aktivitäten.²⁶ So gilt als unbezweifelt, dass Konsumenten bestimmter Leistungen nach Möglichkeit kommerzielle Angebote meiden und statt dessen Non-Profit-Organisationen vorziehen. Sie erscheinen in solcher Situation vertrauenswürdiger, weil sie keinen vergleichbaren Anreiz haben, schlechtere oder geringere Leistungen zu liefern. Für sie gilt das Gebot, keine Überschüsse erwirtschaften zu dürfen und keine Gewinne ausschütten zu müssen. Daraus ergäben sich auf bestimmten Märkten Wettbewerbsvorteile.²⁷

II. Das Nebeneinander von sozialstaatlichen und kirchlichen Aktivitäten

1. Der gemeinsame Kompetenzbereich von modernem Staat und Kirche

Für das Verständnis der aufgezeigten Rechtsprobleme der Wohlfahrtspflege ist die Grundrechtsberechtigung der Staatsbürger und der Institutionen einerseits, die Grundrechtsverpflichtetheit von Staat und Kommunen, die mit den freien Trägern konkurrieren, andererseits ein kritischer Bereich. Hier ist die Grenze zu suchen, welche der öffentlichen Hand gesetzt ist, die die freien Träger nicht erdrücken darf.²⁸

Die karitative Tätigkeit ist ein Bereich, der in den Wirkungskreis von Staat und Kirche gleichermaßen fällt. Der Staat ist heute verfassungsrechtlich verpflichtet,

25 So verweist *M. Hartwig* in seiner Darstellung der staatlichen Anforderungen materieller Natur an die Ausübung diakonischer Tätigkeit darauf, dass die Leistungsvereinbarungen zwischen den Leistungserbringern und den Sozialversicherungsträgern den Menschen zwar in seinen physischen Bedürfnissen erfasst. Schließen die Kirchen solche Vereinbarungen ab, so unterzeichneten sie damit zwar nicht gleich den Pakt mit dem Teufel, sie müssten aber in Kauf nehmen, dass sie ihr spirituelles Anliegen opfern, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 523.

26 *St. Toepler*, Quellen und Grundlagen externer Finanzierung, in: Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 1. Aufl. 1998, S. 593 ff. (605).

27 *St. Toepler*, a.a.O., S. 606.

28 Ich beziehe mich auch hier auf frühere Äußerungen, vgl. *A. v. Campenhausen*, Zur Grenzziehung zwischen Staat und Kirche im sozialen Bereich, in: F. Ruland / B. v. Maydell / H.-J. Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS Zacher, 1998, S. 96 ff.

für verarmte oder in Not geratene Staatsbürger Sorge zu tragen. Die christliche Liebe hat sich der Bedrängten aber schon immer angenommen. Beider Tätigkeit entfaltet sich in denselben Bereichen, hat dieselben Menschen im Auge und greift ineinander. Dieses Miteinander ist seit jeher ein wesentlicher Bestandteil des Verhältnisses von Staat und Kirche.

2. Skizze der neueren Rechtsentwicklung

Eine dem modernen Sozialstaat innewohnende Tendenz ist die kontinuierliche Ausweitung seiner Aktivitäten. Im Bereich der sozialen Tätigkeit hat er sich auf Gebieten ausgebreitet, die zuvor neben der kommunalen insbesondere der kirchlichen Sphäre zur Verfügung gestanden haben. Für die gesetzliche Gestaltung des Nebeneinanders von öffentlichen und freien Trägern wurde die nach dem Ersten Weltkrieg getroffene Ordnung des Fürsorge- und Jugendwohlfahrtsrechts grundlegend. Erstmals wurde dem Staat mit der Reichsverfassung von 1919 die Aufgabe zugewiesen, »den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern«. Bei der Berücksichtigung dieses durch die Präambel der Weimarer Reichsverfassung unterstrichenen staatlichen Interesses wurde nicht nur die Zielrichtung und die Notwendigkeit der Einrichtung und die Form sozialer Hilfe festgelegt, sondern eben auch die Zusammenarbeit von öffentlichen und freien Trägern. Nunmehr traten neben die kirchlichen Zusammenschlüsse auch weltliche Organisationen wie das Rote Kreuz, die Arbeiterwohlfahrt (1919), der Paritätische Wohlfahrtsverband (1930).²⁹

Die Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924³⁰ regelte in § 5 das Verhältnis zur freien Wohlfahrtspflege. Hier wurde vorgesehen, dass die Länder einzelne Aufgaben mit Zustimmung der Betroffenen auf Verbände und Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege übertragen durften. Zugleich wurde vorgeschrieben, dass die Fürsorgeverbände keine neuen Einrichtungen schaffen sollten, soweit geeignete Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege ausreichend vorhanden seien (§ 5 Abs. 3). In weiteren Bestimmungen wurde die Zweckmäßigkeit der Ergänzung der öffentlichen freien Wohlfahrtspflege und eine sinnvolle Abgrenzung der öffentlichen und der freien Sozialhilfe vorgezeichnet. Das Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922³¹ schrieb den Jugendämtern vor, Einrichtungen der Jugendarbeit zu fördern, anzuregen, gegebenenfalls zu schaffen (§ 4). Auch hierin hat man eine Gewähr für die freie Wohlfahrtspflege gesehen.

In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts kam es zu einer Auseinandersetzung im Zusammenhang mit der Novellierung des Fürsorgerechts und der Ju-

29 Zur Geschichte vgl. *U. Scheuner*, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im heutigen Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 8, 1974, S. 43 ff. = *A. v. Campenhausen / H.-J. Erhardt* (Hrsg.), Kirche – Staat – Diakonie, 1982, S. 162 ff.

30 RGBl. I S. 100 ff.

31 RGBl. I S. 633 ff.

gendhilfe. Das Bundessozialhilfegesetz von 1961³² sprach aus, dass staatliche und kommunale Behörden mit den Kirchen und Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zusammenarbeiten und deren Selbstständigkeit bei ihren Aufgaben achten sollten (§ 10 Abs. 2). Das Gesetz sah eine angemessene Unterstützung der freien Verbände vor (§ 10 Abs. 3). Wichtig war, dass das Gesetz den Gedanken aufnahm, dass die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht schaffen sollten, soweit geeignete Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können (§ 93). Schließlich erkannte das Gesetz an, dass die Empfänger der Hilfe eine ihren Wünschen entsprechende Ausgestaltung der Hilfe (konfessionelle Anstalten) beantragen können, sofern keine unvertretbaren Mehrkosten dadurch entstehen. Das Gesetz erkannte also das Verlangen nach pluraler Gestaltung der sozialen Hilfe an.

Entsprechendes gilt für die Kinder- und Jugendhilfe.³³ Hier erscheint wiederum der Gedanke, dass öffentliche Einrichtungen zurücktreten sollen, solange ausreichende Vorkehrungen durch Freie Träger geschaffen werden oder ergänzend getroffen werden können. Wiederum wurde den Personensorgeberechtigten der Anspruch zuerkannt, eine ihrem Verlangen entsprechende Ausgestaltung der Jugendhilfe bei vertretbaren Kosten zu fordern (§ 5 SGB VIII). Auch hier wurde also das Wahlrecht der Hilfesuchenden berücksichtigt, das der pluralistischen Situation Rechnung trägt. Schließlich enthält das Gesetz einen Hinweis auf ein sinnvolles Zusammenwirken der öffentlichen und der freien Einrichtungen (§ 4 SGB VIII) und eine Bestimmung über die finanzielle Unterstützung der Träger der freien Jugendhilfe (§ 74 SGB VIII).

Obwohl die Bestimmungen der sechziger Jahre an die bewährten Regelungen der zwanziger Jahre anknüpften, gaben sie Anlass zu einem Verfassungsrechtsstreit, dessen Kern die Subsidiaritätsregelung war. Von kommunaler Seite wurde das Rangverhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern als unangemessen empfunden und als Widerspruch zum Sozialstaatsprinzip, dem Gedanken der kommunalen Selbstverwaltung und der kommunalen Autonomie kritisiert. In der berühmten Sozialhilfeentscheidung vom 18. 7. 1967³⁴ hat das Bundesverfassungsgericht die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorranglösung zurückgewiesen mit dem Hinweis, dass dem Staat kein Monopol der sozialen Betätigung zukomme, wenn ihm auch bei Heranziehung der freien Verbände die Gesamtverantwortung obliege. Diese, die früheren Regelungen bestätigende Entscheidung ist bis heute maßgebend.

32 Heute i.d.F. der Bkm. vom 23. 3. 1994, BGBl. I S. 646, ber. S. 2975.

33 Jugendwohlfahrtsgesetz zul. i.d.F. vom 25. 4. 1977. Jetzt i.d.F. Sozialgesetzbuch VIII, verkündet durch Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts – KJHG – vom 26. 6. 1990, BGBl. I S. 1163.

34 BVerfGE 22, 180.

Die gesetzlichen Regelungen sehen ein Nebeneinander von öffentlichen und freien Trägern vor und schließen eine Verdrängung der freien Träger aus.³⁵ Das Nebeneinander ist nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern geboten, auch wenn die freien Träger öffentliche Finanzierungshilfen erhalten müssen, um arbeiten zu können.³⁶ Daseinsvorsorge ist eine Staatsaufgabe. Das bedeutet aber nicht, dass der Staat selbst durch öffentliche Träger die Aufgabe erfüllen muss.³⁷

3. Die Vorgabe staatlicher Mindeststandards als zunehmende Bedrohung des kirchlichen Propriums

Seit der Sozialhilfeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist die Entwicklung des sozialen Bereichs durch eine weitere Ausdehnung der staatlichen Tätigkeit charakterisiert. Die Probleme in der Zusammenarbeit von Staat und Verbänden entstehen dadurch, dass staatliche Sozialplanung in dem Bestreben, soziale Dienste möglichst flächendeckend und gleichzeitig anzubieten, immer engermaschigere Regelungen trifft, welche für die freien Verbände strangulierend wirken. Das gilt besonders, wenn die Erfüllung von staatlich festgelegten Mindeststandards Voraussetzung für finanzielle Zuwendungen des Staates wird. Die finanziellen Zuwendungen führen über die Überprüfung durch die Rechnungshöfe³⁸ zu immer engeren organisatorischen Vorgaben. Die Vorgaben erschweren die eigenverantwortliche Organisation der Arbeit der Verbände und rücken deren Einrichtungen in bedrohliche Nähe zum Staat, bedrohlich deswegen, weil die konfessionellen Freien Träger als Elemente staatlichen Wirkens in Erscheinung treten und verstanden werden können. Die Verrechtlichung und Bürokratisierung menschlicher Hilfeleistung lässt die Gefahr eines Sozialdirigismus nicht mehr nur theoretisch erscheinen.

In zunehmendem Maße hat der Staat durch Strukturregelungen auch in die innere Gestaltung der nichtstaatlichen Einrichtungen eingegriffen. Dabei stützt er seine Position durch die finanzielle Förderung und die ihm unbezweifelt zuste-

35 Ebd.

36 § 17 III SGB I, § 10 BSHG, § 4 II SGB VIII und § 1 II KHG. Zur Konkurrenz freier und öffentlicher Träger in der Daseinsvorsorge *Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR III, § 80, Rn. 40 ff.

37 BVerfGE 22, 180 (209).

38 Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Zusammenwirkens von öffentlichen und freien Trägern Nachw. bei *Rüfner*, Daseinsvorsorge, a.a.O., Rn. 41 f., 55. Zu Schutz und Förderung privater Erfüllung von öffentlichen Aufgaben vgl. *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HStR III, § 57, Rn. 171 ff.; *A. v. Campenhausen*, Art. »Freie Träger«, in: *EvStL*, 3. Aufl. 1987, Sp. 959 ff., und *ders.*, Staatliche Rechnungsprüfung im kirchlichen Bereich, in: *Staatskirchenrecht*, a.a.O., S. 359 ff. m.w.N., sowie *J. Delbrück*, Staatliche Finanzkontrolle und Freie Wohlfahrtsverbände, *ZevKR* 40 (1995), 21 ff.

hende Planungshoheit ab.³⁹ Hier ergibt sich nun für die kirchlichen Freien Träger eine neue »Schranke des für alle geltenden Gesetzes« gemäß Art. 140 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV, die der Tätigkeit dieser Träger Grenzen setzt. Auch das Auswerfen eines Rechts auf einen Kindergartenplatz durch den Staat muss beeinträchtigende Auswirkungen auf die diakonische Tätigkeit freier Träger, also insbesondere auch der Kirchen haben.⁴⁰

Der Spielraum der Kirchen ist im diakonischen und sozialen Bereich auf Grund der Bindungen der kirchlichen Einrichtungen an allgemeine Pflegesätze und an staatliche Bedürfnisprüfungen (Krankenhausbedarfsplan, Krankenhausbauprogramm etc.) stark eingeschränkt. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum nordrhein-westfälischen Krankenhausgesetz den Kirchen zwar die Organisations- und Personalkompetenz für ihre Krankenhäuser weiterhin zuerkannt.⁴¹ Das ändert aber nichts an den Einschränkungen, die sich aus der Finanzknappheit ergeben. In anderen Bereichen dürfen die Kirchen und anderen freien Träger eigene Normen und Regelungen setzen.⁴² Die Glaubwürdigkeit der Kirchen hängt nicht zuletzt in arbeitsrechtlichem Zusammenhang weitgehend davon ab, inwieweit die Gesinnung und das Engagement der kirchlichen Bediensteten reicht und den besonderen Charakter einer kirchlichen Einrichtung zu prägen vermag. Hier stellt sich den Kirchen eine Herausforderung, die möglicherweise viel stärker an der christlichen Diakonie und Caritas zu rütteln vermag als die Geldfrage.⁴³ In der Diskussion um Kirchensteuer und Existenzberechtigung der Kirche entsteht bisweilen der Eindruck, als fänden beide ihre Rechtfertigung in diakonischen und sozialen Diensten, die sie der Gesellschaft erweisen. Die Kirche ist die Gemeinschaft der Gläubigen, in der das Evangelium gepredigt wird und die Sakramente ord-

39 S. dazu A. v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, a.a.O., S. 186. Zu diesem schwierigen Bereich der Abgrenzung vgl. v. Campenhausen/Christoph, Staatliche Krankenhausfinanzierung als Erfüllung grundrechtlicher Ansprüche, DVBl. 1985, 266, unter Bezugnahme auf Geiger, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, ZevKR 26 (1981), 156 (166 f.); dazu ferner Benda, Die Arbeit der freien Wohlfahrtsverbände als Gestaltungselement des Sozialstaats, in: Soziale Arbeit 38 (1989), 251 ff.

40 Vgl. Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. 7. 1992, BGBl. I S. 1398), dazu J. Isensee, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, DVBl. 1995, 1 ff.; zur Rechnungsprüfung J. Knauer, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz – Erwartungen und Wirklichkeit, Der Städtetag 1991, 604 f.; D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR V, § 112, Rn. 49 f., 61 ff., sowie P. Müller, Zur Rechtslage kirchlicher Kindergärten, ZevKR 43 (1998), 145 ff.

41 BVerfGE 53, 366 ff.

42 BVerfGE 46, 73 (94 ff.); 57, 220 (241 ff.); 70, 138 ff.

43 Vgl. hierzu die schonungslose Darstellung von M. Heckel, Das Verhältnis von Kirche und Staat nach evangelischem Verständnis, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, S. 157 ff.

nungsgemäß verwaltet werden. Dementsprechend besteht der Dienst der Kirche für Staat und Gesellschaft darin, dass sie die göttliche Rechtfertigung verkündigt, ihrem Auftrag durch Predigt und Unterweisung nachkommt und damit zugleich den Staat stützt und in seiner beschränkten Aufgabe bewahrt, denn dieser lebt davon, dass die Staatsbürger sittliche, und das heißt letztlich religiöse Überzeugungen haben, welche das Zusammenleben der Menschen in einem freien Rechtsstaat erst ermöglichen.⁴⁴

Angesichts des Hineinreichens der karitativen Tätigkeit der freien Träger in den Raum der staatlichen Sozialverantwortung kann das grundsätzliche Verhältnis staatlicher Fürsorge und freier Tätigkeit auf dem identischen Arbeitsgebiet der sozialen Vorsorge in einem freien, die Grundrechte der Staatsbürger respektierenden Staat nur von der Grundlage aus geordnet werden, dass beiden Seiten ein Feld der Betätigung offensteht. Sinnvolle Ergänzung und Zusammenarbeit ist also nicht nur eine Regelung der praktischen Vernunft, sondern ein Gebot sachgerechter gesetzlicher und administrativer Gestaltung.⁴⁵

Die Freien Träger verwirken ihren grundrechtlichen Schutz nicht dadurch, dass sie in ein staatlich organisiertes Planungs- und Finanzierungssystem eingebunden sind und ohne dies System auch nicht mehr leistungsfähig wären. Die grundrechtliche Freiheit ist heute weitgehend nur noch auf der Basis sozialstaatlicher Vorleistungen realisierbar. In vielen Fällen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit von staatlichen Leistungen Folge früherer staatlicher Leistungsofferten oder des Verbots, marktgerechte Preise zu veranschlagen. Man kann hier von der Freiheitsvorsorge als Staatsaufgabe sprechen.⁴⁶

III. Zum Verhältnis von sozialstaatlicher Gewährleistung und Eigenverantwortung der freien Träger

1. Der Vorrang staatlicher Kompetenz

Die Besetzung des diakonischen Feldes durch rechtlich im Verhältnis zur Kirche unabhängige freie Werke und Einrichtungen im frühen 19. Jahrhundert und das mächtige Vordringen des Staates in diesen Bereich im 19. und 20. Jahrhundert haben zu Problemen geführt, die in dieser Form und in dieser Schärfe früher unbe-

44 *J. Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirchen, in: *Essener Gespräche* 25, 1991, S. 104 ff. (139).

45 *U. Scheuner*, Karitative Tätigkeit, a.a.O., S. 56. Die diakonische und soziale Betätigung der Kirchen ist durch Art. 4 GG gewährleistet. Einige Landesverfassungen enthalten dazu noch spezielle Regelungen. Vgl. etwa Art. 6 III LV Nordrhein-Westfalen: »Das Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege in den Angelegenheiten der Familienpflege und der Jugendfürsorge bleibt gewährleistet und ist zu fördern.«

46 *R. Herzog*, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, *HStR* III, § 58, Rn. 75 f.

kannt waren. Die Beziehungen von Staat und Kirche im sozialen Bereich bilden kein klassisches Lehrstück des traditionellen Staatskirchenrechts, weil beide Institutionen als solche sich auf diesem Terrain zurückgehalten haben. Die organisatorische Verkirchlichung der ursprünglich rechtlich freien christlichen Werke und Einrichtungen einerseits, die dem sozialen Rechtsstaat auferlegte Verantwortung für die soziale Gerechtigkeit andererseits und ein dementsprechend sozialkaritatives Engagement auf beiden Seiten lassen das Verhältnis von öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege im modernen Sozialstaat zu einem Kernproblem des Staatskirchenrechts werden.

Unbezweifelt ist es, dass die Träger den Schutz der Grundrechte genießen und dass dem Staat kein Sozialmonopol zukommt. »Der Sozialstaat enthält ein Staatsziel, aber keinen Staatsvorbehalt. Dagegen stößt sozialstaatliche Aktivität auf grundrechtliche Vorbehalte zu Gunsten Privater.«⁴⁷ Für die Abgrenzung von staatlicher und freier Tätigkeit leistet die Verfassung selbst wenig Hilfe. Die Idee einer allgemein organisierten Zusammenarbeit von Staat und Gesellschaft ist verfassungsrechtlich nicht fixiert, wenn es auch zahlreiche Ansätze zu solcher Kooperation zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Verantwortungsträgern gibt (z.B. die Lenkungsmechanismen der staatlichen Stabilitätspolitik). Jede Kooperation zwischen staatlichen und Freien Trägern steht aber unter dem Vorbehalt und dem Vorrang staatlicher Kompetenz. Die staatliche Verantwortung darf sich nicht in letztlich unkontrollierte und verantwortungsfreie Pluralisierung auflösen.

Es besteht eine Wechselwirkung zwischen der staatlichen Verpflichtung, soziale Leistungen bereitzustellen, und der auf das gleiche Ziel gerichteten eigenverantwortlichen Tätigkeit der freien Träger. Das Prinzip der Solidarität spricht für eine gesetzliche Regelung, welche die mit der Erfüllung der Aufgabe einhergehende finanzielle Belastung auf eine möglichst große Zahl verteilt. Der Grundsatz der Subsidiarität legt eine größere Zurückhaltung des Staates nahe. Die Erfahrung spricht dafür, dass die Betätigung gesellschaftlicher Freiheit im Ganzen bessere Ergebnisse verspricht als die Erledigung durch eine Behörde, die vielen einengenden Vorschriften unterworfen ist. Das gilt insbesondere, sofern die Tätigkeit freier gesellschaftlicher Kräfte geeignet ist, die Probleme zu bewältigen. Politisch spricht vieles dafür, dass sich der Staat auf solche Aufgaben beschränkt, die von den freien Trägern nicht sinnvoll wahrgenommen werden können. Verfassungsrechtlich kann aber weder dem Einen noch dem Anderen im Prinzip ein Vorrang eingeräumt werden.

2. Der Subsidiaritätsgedanke im Europarecht

Das Subsidiaritätsprinzip hilft hier nicht weiter. Dieses Funktionsteilungsschema ist verschiedentlich zur Begründung herangezogen worden. Allerdings handelt es

47 *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HStR III, § 57, Rn. 168.

sich dabei nicht um einen alten verfassungsrechtlich festgelegten Grundsatz, sondern um eine aus der katholischen Soziallehre stammende, auch unabhängig davon einleuchtende Handlungsmaxime.⁴⁸ Dieser Grundsatz, der in der Praxis der katholischen Kirche selbst keine Anerkennung findet, ist im Grundgesetz als verfassungsrechtlicher Grundsatz nicht festgelegt. Immerhin hat die St.-Marien-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁹ dem Hineinregieren des Staates in die Selbstverwaltung der Verbände der freien kirchlichen Wohlfahrtspflege Grenzen gezogen. Die Entwicklung des Rechts der Europäischen Union hat dem Subsidiaritätsprinzip als rechtlichem Grundsatz zu stärkerer Anerkennung verholfen. In Art. 3 b des Vertrages von Maastricht heißt es zu den Befugnissen und Zielen der Gemeinschaft:

»In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.«⁵⁰

Ob diese allgemeine Aussage hinreichend präzise und ob sie justiziabel ist, um der Ausuferung europäischer Rechtsetzung entgegenzuwirken, ist ebenso offen wie in unserem Zusammenhang der Eingrenzung staatlichen Wirkens im diakonischen Bereich. Immerhin ist als Konsequenz des Vertrages von Maastricht das Grundgesetz selbst seither in dem Sinne geändert worden, dass dem Subsidiaritätsprinzip Verfassungsrang verliehen worden ist, wenn es in Art. 23 Abs. 1 nunmehr heißt:

»Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundsatz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.«

Die Anforderung, die das Grundgesetz damit an eine Europäische Union formuliert, ist zugleich Kern des Selbstverständnisses, dem die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet ist: Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat, Föderalismus, Bindung an Grundrechte und nun auch das Prinzip der Subsidiarität.

48 Klassische Formulierung in der Sozialenzyklopädie »Quadragesimo anno« Papst Pius XI. (1931). *Denzinger/Hünermann*, Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, 37. Aufl. 1991, S. 1028 f.

49 BVerfGE 53, 366. Zum Folgenden vgl. *E. Benda*, Die Arbeit der freien Wohlfahrtsverbände als Gestaltungselement des Sozialstaats, in: *Soziale Arbeit* 38 (1989), 251 ff.

50 »Maastrichter Vertrag«, abgedr. in ABl. EG Nr. C 224 vom 31. 8. 1992, nunmehr Art. 5 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Amsterdamer Vertrages vom 2. 10. 1997, BGBl. 1998 II S. 387, ber. BGBl. 1999 II S. 416.

3. Wettbewerb zwischen staatlichen und kirchlichen Aktivitäten

Der sozialstaatliche Funktionsauftrag der staatlichen Zuständigkeitsträger ist jedoch nicht subsidiär. Der sozialstaatliche Auftrag ist auch nicht an den Vorrang gesellschaftlicher Aktivitäten gebunden. Zwischen diesem und dem sozialstaatlichen Auftrag herrscht das Verhältnis der Konkurrenz. Es fehlt eine allgemeine Regelung, die staatliche Aktivitäten von gesellschaftlichen Aktivitäten in verfassungsrechtlich endgültiger Form scheidet. Im konkreten Einzelfall muss über die Freiheits- und Funktionsgarantien der grundgesetzlichen Gesellschaftsordnung entschieden werden. In dieser Konkretisierung ist die Begrenzung des staatlichen Funktionsanspruchs möglich.

Das Sozialstaatsprinzip hat dem Staat, insbesondere dem Gesetzgeber Kompetenz-Kompetenz gegenüber den Freien Trägern eröffnet. Es gibt keine inhaltliche Substanz staatlicher Aufgaben, die abschließend geregelt oder vorab definiert wäre. Der Kanon der Staatsaufgaben ist offen. Seit Generationen zeigt er die Tendenz starker Expansion, wie sich an den staatlichen Zuständigkeiten ablesen lässt. Über die Grenzen zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Verantwortung entscheidet aber der Gesetzgeber. Insofern ist er Herr des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft. Die prinzipielle Offenheit des staatlichen Aufgabenkatalogs ist die Ursache der Schwierigkeit einer funktionellen Abgrenzung staatlicher und gesellschaftlicher Angelegenheiten. Viele heute noch staatliche Verantwortlichkeiten waren früher für einen liberalen Staat originäre Agenden der Gesellschaft.

4. Zur staatlichen Gewährleistung einer Pluralität des Angebots

Fehlt es auch an einer endgültigen, verfassungsrechtlich abgesicherten Abgrenzung, so bietet die Verfassung doch Hinweise für eine Ordnung des Zusammenwirkens öffentlicher und freier Träger. Als Funktionsgarantie in diesem Sinne wirken einmal die Grundrechte und zum andern die liberale Komponente des Rechtsstaatsprinzips und schließlich das Sozialstaatsprinzip selbst.

Die Grundrechte (Art. 2, 4, 9 GG) garantieren freilich nur Freiheitsrechte, keine definierten wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Funktionen. Sie begründen die Chance, Funktionen wahrzunehmen und sich zu entfalten. Sie ermöglichen und organisieren freiheitlich-autonome Handlungssysteme der Gesellschaft. Als funktionelle Garantie der Grundrechtsverwirklichung begrenzen sie zugleich staatliche Aktivität. Der Staat hat die Pflicht, bei seinen Maßnahmen die objektiven Eigengesetzlichkeiten freier Wirksamkeit zu respektieren. Das schließt für staatliche Gesellschafts- und Kulturpolitik die Pflicht ein, die pluralistischen Strukturen zu wahren und zu schützen. Pluralität erscheint dabei als eines der wesentlichen Strukturgesetze der Gesellschaftsverfassung und des Grundgesetzes. Sie entwickelt sich aus den Chancen freier Entfaltung im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bereich. Hier findet die Tätigkeit der freien Träger ihre verfassungsrechtlich geschützte Position.

Da jeder Regelung des Staates oder der Europäischen Gemeinschaft die Tendenz zur Homogenisierung innewohnt, bedeutet es eine ständige Anstrengung, in der Politik zugleich Offenheit und Pluralität zu schützen. Dabei ist es ein wesentlicher Unterschied, ob man vielfach unvermeidliche Gleichschaltungen hinnimmt oder ob man eine Politik betreibt, die die Uniformierung und Kollektivierung der gesellschaftlichen Vielfalt verfolgt. Der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entspricht nur eine solche Politik, die die Vielfalt zu erhalten versucht. Im Bereich sozialer Tätigkeit muss der Staat dementsprechend freiheitliche Räume offen zu halten versuchen. Dies geschieht insbesondere durch inhaltliche Differenzierung nach Maßgabe der gesellschaftlichen Verhältnisse. Die Erfüllung dieses Auftrags erfordert strukturell geeignete Vorkehrungen, die die Pluralität des gesellschaftlichen Angebots gewährleisten. Dem Erhalt der Pluralität dienen institutionelle Kooperationsregelungen, wie sie in Schulgesetzen und in den Gesetzen des Wohlfahrtsbereichs vielfach üblich sind. Hier funktioniert die Zusammenarbeit zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Sozialverantwortung weithin. Auch sehen § 4 II SGB VIII und § 93 BSHG weiterhin einen funktionalen Vorrang der freien Träger ausdrücklich vor. Dank solcher Kooperationsklauseln hat die Wohlfahrtspflege der freien Träger ihren Platz neben staatlicher Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt behaupten können. Die expansive Tendenz staatlicher Planung und die Knappheit öffentlicher Mittel lässt das Verhältnis aber labil bleiben. Es ist deshalb wesentlich darauf abzustellen, dass der Pluralismus nicht nur auf das Interesse der Freien Träger, sondern in erster Linie auf die Freiheit der Hilfesuchenden Staatsbürger, auf das pluralistische Interesse der Bedarfsempfänger abstellt.

Hier wird die Schwäche der Begründung einer pluralistischen Position allein von der grundrechtlichen Entfaltungsfreiheit her deutlich: Grundrechte garantieren zwar die freie Entfaltung der Gesellschaft und bedeuten insofern eine Schranke für staatliche Tätigkeit. Die freie Entfaltung wird aber zu einem Problem, wo es sich nicht nur um gesellschaftliche Freiheit handelt, um Beliebigkeit und Offenheit, sondern wo gesellschaftlich-soziale Verantwortung für Hilfsbedürftige und Anstaltsbenutzer wahrgenommen wird.

Ein nur auf die Freien Träger bezogenes grundrechtliches Freiheitsdenken könnte die Problemstellung verschieben: Es geht nicht nur um Verteidigung der Rechte der Freien Träger, sondern um die Aufrechterhaltung eines konkurrierenden Ordnungs- und Kompetenzanspruchs neben dem Staat. Die tatsächliche Pluralität der Verbände der Freien Träger erlaubt es freilich, das Problem in erster Linie in einer Abwehr des staatlichen Monopols in der Sozialverantwortung darzustellen. Ein solches Monopol kommt dem Staat nicht zu. Gerade die Sozialhilfeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵¹ zeigt aber mit ihren nur negativen Abgrenzungen, dass die Frage nach einer positiven Sicherung der pluralistisch ge-

51 BVerfGE 22, 180.

gliederten Sozialverfassung mit pluraler Teilhabe der freien Träger offen bleibt. Die erforderliche Kooperation von Staat und freien Trägern ist deshalb eine ständige Gratwanderung. Das System offener Pluralität fordert Kooperation. Dem setzt das Prinzip staatlich demokratischer Einheit aber Grenzen. Die letzte Verantwortung liegt beim Staat, der freilich um der Pluralität seiner Ordnung willen die soziale Verantwortung kooperativ gliedern muss, um pluralistische Teilhabe an der öffentlichen Verantwortung zu erlauben, anzubieten und zu fördern. Es ist eine verfassungsrechtlich berechnete Erwartung, dass der grundrechtsverpflichtete Staat seinem Auftrag zur Kooperation mit den Freien Trägern nachkommt. Hier von hängt das Bestehen und die Sicherung einer freiheitlichen pluralen demokratischen Staatsordnung ab. Dies ist aber nicht zuletzt eine Frage an die Bereitschaft der Staatsbürger, ihre Rechte als Verpflichtung zu verstehen und wahrzunehmen.

IV. Sonderstellung und Vorreiterrolle der Kirchen für das Verhältnis von Drittem Sektor und Staat

Kirchen und Religionsgemeinschaften im Dritten Sektor sind also einerseits eine Selbstverständlichkeit. Eine Besonderheit bilden sie neben Sportvereinen und Einrichtungen der Arbeiterwohlfahrt usw. insofern, als sie das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) genießen und das verfassungsrechtlich verbürgte Recht des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV) als Stütze ihrer selbstständigen Tätigkeit haben. Nicht zuletzt haben sie die kirchliche Institution hinter sich. Diese ist seit tausend Jahren in der Auseinandersetzung mit der staatlichen Gewalt geübt. Man kennt hier alle diese Abgrenzungsprobleme des modernen säkularen Staates zur Religion. Diese sind von den Kirchen durchgefochten und zum heutigen Konsens entwickelt worden, dass nämlich der Staat einerseits hier kein Monopol in Anspruch nimmt, andererseits die Staatsbürger als Religionsgenossen Freiheit haben, sich selbst in konfessionellen Einrichtungen zu organisieren und im gesellschaftlichen Bereich tätig zu werden. Dies führt dazu, dass auf staatskirchenrechtlichem Gebiet viele Fragen für das allgemeine Verbandsrecht richtungweisend und zuerst erkämpft und geklärt worden sind, so z.B. in dem von den Kommunen angestregten Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, welches zum Sozialhilfeurteil führte.⁵²

Schon vor Jahrzehnten ist darauf hingewiesen worden, dass der Großteil der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts erhoben wurde.⁵³ Mit Recht sind die Kirchen also jüngst als erfolgreichste Klägergruppe in Karlsruhe benannt worden.⁵⁴ Das beruht

⁵² Ebd.

⁵³ A. Hollerbach, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II), AöR 106 (1981), 218 (222).

⁵⁴ M. Hartwig, a.a.O., S. 544.

nicht auf besonderer Prozessfreudigkeit, sondern auf der Tatsache, dass die kirchliche Institution seit Jahrhunderten mit ihrer auch heute verfassungsrechtlich einzigartigen Stellung dem Staat gegenübersteht. Dabei ist ihr für Freihaltung eines gesellschaftlichen Bereichs eine Schrittmacherfunktion zugewachsen.

In einer Welt der leeren Kassen, welche die staatlichen Stellen der Versuchung aussetzt, mit dem Geld strangulierend zu regieren, wo gleichzeitig der Ruf nach verstärktem ehrenamtlichen Engagement ein Gemeinplatz geworden ist und Europa mit einer Vielzahl nicht geklärter Fragen einen dunklen Schatten wirft, sind die kirchlich gebundenen Institutionen des Dritten Sektors ein wichtiger Faktor. In gewisser Weise haben sie sich seit dem frühen 19. Jahrhundert als Vorkämpfer der gesellschaftlichen Freiheit bewährt. Auch heute sind sie der stärkste Garant der Offenheit der Gesellschaft in einem säkularen pluralistischen, weithin mit Steuermitteln finanzierten Bereich.

V. Summary

In Germany the organisational separation of state and religion together with the public recognition of the value of denominational communities have led to an enhancement of the position of denominational communities under public law and to a regulated state/religion relationship. The denominational institutions are significant elements of welfare provision. They guarantee the freedom of choice of citizens and those seeking care on the one hand, as well as freedom of provision of the (often church) independent bodies as care providers. The maintenance of pluralistic structures in society through value-based provision is thereby supported.

As legal entities with fundamental rights, the independent denominational institutions also remain part of the society if they are involved in a state organised planning and finance system without which they could not function. There is a reciprocal interchange between the state obligation to provide social provision and the activities directed towards the same ends on the part of independent institutions. Apart from fundamental rights, their position with regard to the state is determined by the liberal component of the constitutional state principle and the social state principle.

In this position denominational activities and institutions have traditionally stood against state power to preserve room for private commitment in society. To the present day they are a prop of the fiscally supported sector, guaranteeing the openness of society in a secular state.

Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht*

GERHARD IGL

I. Dritter Sektor und Sozialbereich:		3. Marktfreiheiten nach dem EG-Vertrag	33
Ausgangssituationen im deutschen Recht	21	4. Allgemeines Diskriminierungsverbot ..	36
1. Allgemeines	21	5. Wettbewerbsrecht: Beihilfeverbot	38
2. Rechtliche Rahmenbedingungen für den Dritten Sektor im Sozialbereich ...	22	6. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	42
3. Wirkungen des Rechts	24	III. Zusammenfassung und Ausblick	42
II. Dritter Sektor im Sozialbereich und EG-Recht	29	1. Entwicklungen im EG-Recht	42
1. Soziales und Wirtschaftliches im primären Gemeinschaftsrecht	29	2. Auswirkungen auf den Dritten Sektor im Sozialbereich der Bundesrepublik Deutschland	43
2. Keine speziellen Regelungen für den Dritten Sektor im Sozialbereich	30	3. Ausblick	44
		IV. Summary	45

I. Dritter Sektor und Sozialbereich: Ausgangssituationen im deutschen Recht

1. Allgemeines

Das Verständnis der deutschen Rechtsvorschriften für den Dritten Sektor im Sozialbereich erweist sich als unabdingbar für das Verständnis bei der Behandlung dieser Fragen im EG-Recht. Aus diesem Grund soll hier zunächst ein knapper Überblick über die Ausgangssituationen im deutschen Recht und über seine Wirkungen gegeben werden.

Der Begriff des Dritten Sektors ist in der Bundesrepublik Deutschland kein Rechtsbegriff. Im Folgenden wird dieser – durchaus unscharfe – Begriff vor allem in seiner Bezogenheit auf gemeinwohlorientierte Tätigkeit im Raum zwischen staatlichem und marktlichem Handeln verwendet. Rechtlich wird der Dritte Sektor oder werden Gegenstände des Dritten Sektors erfasst durch sektorneutrale, also nicht explizit für den Dritten Sektor geschaffene Vorschriften, sowie durch sektorspezifische Vorschriften. Bei den sektorspezifischen Vorschriften überwiegen die Rechtsnormen, die die Rahmenbedingungen für gemeinwohlorientiertes Handeln schaffen, so z.B. das Gemeinnützigkeitsrecht, oder die sich beziehen auf bestimmte Handlungsformen wie beim Freiwilligen sozialen Jahr. Die sektorneutralen Vorschriften stammen vor allem aus den verschiedenen Betätigungsfeldern

* Ich danke meinem Doktoranden Herrn *Andreas Bassen*, der zur Zeit eine Dissertation mit dem Thema »Bürgerschaftliches Engagement und europarechtliche Rahmenbedingungen« anfertigt, für zahlreiche wertvolle Hinweise.

des Dritten Sektors, so wie hier für den Sozialbereich aus der Sozialgesetzgebung. Hier werden Akteure des Dritten Sektors neben anderen Akteuren tätig.

Unabhängig von engeren oder weiteren Definitionen des Begriffs des Dritten Sektors sollen hier auch diejenigen Aktivitäten mit einbezogen werden, die jenseits der institutionell geprägten sozialen Tätigkeit von bestimmten Organisationen, so in der Bundesrepublik Deutschland vor allem der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege¹, als soziales und mitmenschliches Engagement² gelten. Es versteht sich aber, dass hier nicht die gesamte Palette der rechtlichen Rahmenbedingungen dieses Engagements aufgezeigt werden kann.³

2. Rechtliche Rahmenbedingungen für den Dritten Sektor im Sozialbereich

Die Bundesrepublik Deutschland ist gemäß ihrer Verfassung dem Sozialstaat verpflichtet (Art. 20 Abs. 1 GG). Die Verfassung sagt aber wenig darüber aus, wie sich diese Verpflichtung konkretisieren soll; außerdem kommt dieses Wenige eher indirekt zum Ausdruck. Dies gilt besonders für die Kompetenzvorschriften zur Sozialgesetzgebung und für die Institutionalisierung und damit für die Organisation des Sozialstaatlichen. Damit enthält das Grundgesetz für den Sozialbereich nichts, was als Aussage oder auch nur Hinweis für das zu deuten wäre, was heute mit dem Dritten Sektor bezeichnet wird. Selbst das in diesem Zusammenhang immer wieder bemühte und oft als der Verfassung vorfindlich bezeichnete Subsidiaritätsprinzip ist aus dem Grundgesetz – von der in diesem thematischen Zusammenhang nicht relevanten Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG abgesehen – nicht direkt ablesbar.

Dieser Befund ist allerdings erstaunlich, denn das Soziale – oder wesentliche Teile des Sozialen – hat sich schon lange vor der Entstehung der Bundesrepublik Deutschland in einem Raum zwischen Staat, Gesellschaft und Markt entwickelt

1 Die Träger der Freien Wohlfahrtspflege sind in sechs Spitzenverbänden organisiert: Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der EKD, Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland. Zu ihren Charakteristika: *Boeßenecker*, Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in der BRD, 2. Aufl., 1998, S. 63; s. auch *Igl*, Die Freien Wohlfahrtsverbände, in: von Maydell/Kannengießler (Hrsg.), Handbuch Sozialpolitik, 1988, S. 182, 184. Umfassend *Flierl*, Freie und öffentliche Wohlfahrtsverbände. Aufbau, Finanzierung, Geschichte, Verbände, 2. Aufl. 1992. Siehe jetzt auch zum gesamten Themenbereich *Chris Lange*, Freie Wohlfahrtspflege und europäische Integration, 2001, S. 28.

2 S. hierzu *Igl*, Sozialrechtliche Stellung mitmenschlich und bürgerschaftlich Engagierter – Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, SGB 2003, 6 ff.

3 Hierzu Enquete-Kommission »Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements« Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Gerhard Igl* unter Mitarbeit von *Monika Jachmann* und *Eberhard Eichenhofer*, Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements. Zustand und Entwicklungsmöglichkeiten, 2002; *Igl/Jachmann/Eichenhofer*, Ehrenamt und bürgerschaftliches Engagement im Recht – ein Ratgeber, 2002.

und bewährt.⁴ Einer dieser wesentlichen Teile des Sozialen wird markiert von der Wohlfahrtspflege, verstanden als eine auf der einen Seite mehr oder weniger stark organisierte private Hilfetätigkeit, und eine als auf der anderen Seite durchaus organisiert und in institutionellen Rahmen stattfindende, insbesondere christliche Liebestätigkeit.⁵ Die Grundnorm für das institutionelle Verständnis der Wohlfahrtspflege findet sich aber nicht in der Verfassung, sondern im einfachen Gesetzesrecht, hier in einer sozialhilferechtlichen Vorschrift (§ 10 BSHG).⁶ Diese Grundnorm positioniert die Kirchen, die Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts und die Verbände der freien Wohlfahrtspflege in ihrem Verhältnis zu den Trägern der Sozialhilfe.⁷ Ähnliche Vorschriften finden sich im Kinder- und Jugendhilferecht bei der Zusammenarbeit der öffentlichen mit der freien Jugendhilfe (§§ 3 und 4 SGB VIII) und bei der Förderung von Jugendverbänden (§ 12 SGB VIII)⁸ sowie in der sozialen Pflegeversicherung (§ 11 Abs. 2 SGB XI).

Während die im Sozialrecht verankerten Vorschriften insbesondere die Stellung zu anderen beteiligten Leistungserbringern oder zum Staat zum Gegenstand haben, finden sich im Steuerrecht weitere Vorschriften, die ebenfalls zu den Grundnormen des Dritten Sektors auf sozialem Gebiet rechnen. Hier geht es um das Gemeinnützigkeitsrecht in seinen steuerrechtlichen Ausprägungen (§§ 51 ff. AO und in den jeweiligen steuerrechtlichen Materien). Dieses Gemeinnützigkeitsrecht enthält Regelungen, die die allgemeinen steuerlichen Abschöpfungen mildern oder gar vermeiden oder andere Privilegierungen bedingen.⁹

Besondere Vorschriften für bestimmte Handlungsformen auf sozialem Gebiet enthält das Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres, in dem es vor allem um den arbeits- und sozialrechtlichen Status der in diesem Zusammenhang tätig werdenden Personen geht. Ansonsten finden sich für ehrenamtlich oder sozial engagierte Personen nur Schutzvorschriften im Zusammenhang der gesetzlichen Unfallversicherung.¹⁰ In der Rentenversicherung erfahren nur ehrenamtliche Pflegepersonen eine besondere Anerkennung.¹¹

4 Ausführlicher hierzu *Igl/Schulin*, Sozialrecht – ein Studienbuch, 7. Aufl. 2002, Rn. 14.

5 S. *Neumann*, Der Verband der freien Wohlfahrtspflege als Rechtsbegriff, Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, RsDE 4, 1.

6 Zur Rechtsstellung der freien sozialen Einrichtungen *Neumann*, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 9.

7 Zum Verhältnis öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege schon BVerfGE 22, 180. Aus den jüngeren Kommentierungen vor allem *W. Schellhorn / H. Schellhorn*, BSHG, 16. Aufl., 2002, zu § 10.

8 *Münder* u.a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 4. Aufl., 2003, zu §§ 3, 4 und 12.

9 S. hierzu *Igl/Jachmann/Eichenhofer* (wie Fn. 3), S. 45.

10 S. hierzu *Igl/Jachmann/Eichenhofer* (wie Fn. 3), S. 173.

11 S. hierzu *Igl/Jachmann/Eichenhofer* (wie Fn. 3), S. 189.

3. Wirkungen des Rechts

a) Allgemeines

Fasst man die Wirkungen dieser im Sozial- und im Steuerrecht lokalisierten Vorschriften zusammen, so ergeben sich daraus vom Gesetzgeber gewollte Privilegierungen der Normadressaten in dem den Sozialbereich umfassenden Dritten Sektor. Diese Privilegierungen bestehen im Verhältnis zu den anderen auf diesem Gebiet vergleichbar tätigen Subjekten, die nicht Adressaten der erwähnten Grundnormen sind. Zu den rechtlich gewollten Privilegierungen treten in der Praxis häufig noch faktische Privilegierungen, von denen hier aber nicht die Rede sein soll.¹² Diese Privilegierungen können nach deutschem Recht allgemein unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) relevant werden. Wirken sich diese Privilegierungen jedoch im Wirtschaftsgeschehen aus, können sich wettbewerbsrechtliche Probleme ergeben, wobei ggf. auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der nicht privilegierten Marktanbieter tangiert sein kann. Im Zusammenhang des vorliegenden Beitrages soll es jedoch nicht um das nationale Recht gehen, sondern um die EG-rechtlichen Fragen.¹³ Aus diesem Grund sollen nachstehend nur die möglichen Wirkungen skizziert werden, die auf der nationalen Rechtssituation beruhen.

Die rechtlichen Privilegierungen können sich in zweierlei Hinsicht negativ für diejenigen auswirken, die nicht Adressaten der privilegierenden Normen sind: Sie können schon den Zugang zu einer Betätigung auf sozialem Gebiet versperren, oder sie können die Betätigung Bedingungen unterwerfen, die ihnen Nachteile gegenüber den privilegierten Subjekten einbringt. Zugangshindernisse können z.B. darin liegen, wenn eine Initiative von Bürgerinnen und Bürgern eine Nichtsesshaftenhilfe betreiben will und dafür Fördergelder seitens des Sozialhilfeträgers benötigt. Der Sozialhilfeträger verweist auf § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG, wonach nur die Verbände der freien Wohlfahrtspflege angemessen zu unterstützen sind. Betätigungshindernisse sind z.B. darin zu sehen, wenn ein Träger der freien Wohlfahrtspflege ein Pflegeheim betreibt und er wegen des Gemeinnützigkeitsstatus der Träger der freien Wohlfahrtspflege eine günstigere Kostenstruktur als ein vergleichbarer privatgewerblicher Träger aufweist. Damit kann ersterer seine Pflegeleistungen günstiger anbieten als letzterer. Aus den aufgeführten Beispielen lässt

12 Ausführlichere Darstellung der Privilegierungen mit Beispielen bei *Luthe*, Privilegien der Freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, SGB 2000, 505. Eine gekürzte Fassung dieses Beitrages liegt vor mit *Luthe*, Gemeinnützige Sozialunternehmen im europäischen Wettbewerb, NDV 2000, 361. Im Folgenden wird nur der erstere Beitrag zitiert.

13 Instrukтив hier *Behrens*, Rechtliche Grundlagen der europäischen und deutschen Wettbewerbsordnung, in: Igl (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, S. 284.

sich aber schon erkennen, dass Betätigungshindernisse durchaus auch zu Zugangshindernissen werden können.

Im Kern geht es um zwei Situationen: Beim Zugang zur Betätigung konkurriert der soziale Akteur im Dritten Sektor mit anderen sozialen Akteuren, wobei der der Freien Wohlfahrtspflege zugehörige Akteur Nutznießer von privilegierenden Vorschriften ist. Bei der Betätigungskonkurrenz treffen Anbieter aufeinander, die auf sozialem Gebiet wirtschaftlich agieren; die Privilegierung des Akteurs aus dem Dritten Sektor verschiebt jedoch die Marktzugangsschwellen zuungunsten des nur wirtschaftlich handelnden Akteurs.¹⁴

b) Betätigungskonkurrenz: Wirtschaftliche versus sozial-wirtschaftliche Akteure

Es sind gerade die Situationen der Betätigungskonkurrenz, die seit einiger Zeit vor allem auf dem Gebiet der Erbringung sozialer und medizinischer Dienstleistungen auftreten. Im deutschen Sozialleistungssystem werden solche Dienstleistungen grundsätzlich nicht vom öffentlichrechtlichen Sozialleistungsträger, z.B. einer Kranken- oder Pflegekasse oder einem Sozialhilfeträger, erbracht, sondern von Dritten, die am Markt ihre Dienstleistungen anbieten.¹⁵ Diese Leistungen werden dann direkt vom oder vermittelt über den Sozialleistungsträger vergütet. Die an der Sozialleistungserbringung Beteiligten (Leistungsempfänger, Sozialleistungsträger, Leistungserbringer) handeln in einem dreiseitigen Marktmodell.¹⁶ Im Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Sozialleistungsträger ist letzterer der Nachfrager und Bezahler, ersterer der Anbieter der Leistung. Unangesehen der Erfüllung eines sozialen Auftrags des jeweiligen Sozialleistungsträgers stehen dieser und der Leistungserbringer in einer wirtschaftlichen Beziehung. Anders als in manchen anderen europäischen Ländern geht es also nicht um die Situation, dass der Staat oder öffentliche Körperschaften selbst die sozialen und medizinischen Dienstleistungen erbringen, und damit um die Frage, ob Staat oder öffentliche Körperschaften in dieser Hinsicht als konkurrierende Unternehmer zu betrachten sind, sondern um die Frage, ob und inwieweit das Marktgeschehen beeinflusst wird, wenn der Staat oder öffentliche Körperschaften bestimmte Leistungserbringer, hier die der freien Wohlfahrtspflege, rechtlich oder faktisch privilegieren.¹⁷

In der gesetzlichen Krankenversicherung gilt traditionell das Sach- oder Naturalleistungsprinzip (§§ 2 Abs. 2, 13 SGB V). Anders als in der gesetzlichen Kran-

14 Zur Rolle der Freien Wohlfahrtspflege im sozialen Versorgungssystem *Dirk Meyer*, Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege, 1999, S. 46.

15 Allgemein zum Sachleistungsprinzip *Igl*, Die Verpreislichung sozialer und medizinischer Dienstleistungen im Vergleich, in: *Igl/Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung auf dem Prüfstand, 2000, S. 29, 31.

16 S. hierzu demnächst *Rothgang*, Markt und Wettbewerb bei personenbezogenen sozialen Dienstleistungen, *RsDE*, Heft 52, unter Abschnitt 3.

17 Zur Finanzierung durch Kostenerstattung in den einzelnen Sozialleistungsbereichen *Neumann* (wie Fn. 6), S. 88.

kenversicherung existiert eine solche explizite Aussage nicht für die Erbringung von Leistungen der Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG). Aber das Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringern und Sozialhilfeträger ist mittlerweile gesetzlich durch die Erfordernisse an die Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen (§§ 93 ff. BSHG) auf eine Weise vorgeprägt, die die Annahme der Geltung des Sachleistungsprinzips bei der Erbringung von Dienstleistungen nahe legt.¹⁸ Der Sozialhilfeträger als Nachfragender schließt mit dem Leistungserbringer die entsprechenden Vereinbarungen zur Leistungserbringung, nicht der Sozialhilfeempfänger. In der Pflegeversicherung gilt das Sachleistungsprinzip für die häusliche Pflege, wenn nicht das Pflegegeld gewählt wird (§ 36 SGB XI), und bei der stationären Pflege (§§ 41–43 SGB XI).

Bei der Auswahl der Leistungserbringer gibt es grundsätzlich keinen die Sozialleistungsträger bindenden Vorrang gemeinnütziger Träger. Das bedeutet, dass gemeinnützige Träger in Konkurrenz mit privatgewerblichen Trägern stehen. Für die Pflegeversicherung ist sogar ein Nachrang der öffentlichen Träger statuiert (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI). Ähnlich wirkt hier § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG für den Bereich der Sozialhilfeeinrichtungen. Auf dem Gebiet der Krankenhausversorgung spielt in dem dort herrschenden Zulassungssystem die Trägereigenschaft keine Rolle (vgl. § 108 SGB V).

Als weiteres die Betätigungskonkurrenz beeinflussendes Element kann die im stationären Sektor existierende Investitionsförderung gelten. Diese landesrechtliche Investitionsförderung ist zum Teil an eine Aufnahme in einen Bedarfsplan gebunden. Im Krankenhausbereich sollen insbesondere die freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser gefördert werden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG), wobei Fördervoraussetzung u.a. die Aufnahme in den Krankenhausplan ist (§ 8 KHG). Die landesrechtliche Förderung von Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI (§ 9 SGB XI) ist zwar ebenfalls als trägerneutrale Förderung zu verstehen.¹⁹ In der Praxis ist es jedoch auch zur Bevorzugung von Trägern der Freien Wohlfahrtspflege gekommen.²⁰ Auf dem Gebiet der Sozialhilfeeinrichtungen gilt die die Verbände der freien Wohlfahrtspflege privilegierende allgemeine Unterstützungsvorschrift in § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG. Aus dieser Vorschrift lässt sich jedoch kein unbedingter Förderungsanspruch gerade in Richtung auf die Förderung von Investitionskosten bei Einrichtungen ablesen.²¹

18 *Neumann* (wie Fn. 6), S. 134, geht noch vom Kostenerstattungsprinzip aus.

19 So zutreffend BSGE 88, 215.

20 *Klie*, Strukturen und Probleme der Landespflegegesetze, VSSR 1999, 327, 332.

21 *Schellhorn/Schellhorn* (wie Fn. 7), § 10, Rn. 15.

c) Zugangskonkurrenz: Engagierte soziale Akteure versus wohlfahrtsverbandlich organisierte soziale Akteure

Hinter den Problemen der Betätigungskonkurrenz, die zur Zeit im Vordergrund der Erörterungen stehen, verliert sich die Wahrnehmung der Probleme der Zugangskonkurrenz in den Bereichen, in denen privilegierte Träger der freien Wohlfahrtspflege mit Akteuren konkurrieren, die sich nicht in die traditionellen Strukturen des Wohlfahrtswesens einbinden lassen wollen. Dies gilt vor allem für solche Akteure, die sich einem selbst organisierten bürgerschaftlichen, mitmenschlichem oder sozialem Engagement²² verschrieben haben und die gerade nicht als Leistungserbringer auf dem Gebiet der Sozialleistungsgesetze tätig werden, sondern Hilfe, Betreuung o.ä. für Personen und in Feldern anbieten, für die und auf denen das Sozialleistungsrecht keine subjektiven öffentlich-rechtlichen Ansprüche auf Dienstleistungen vorsieht. Als Beispiel mag die Hospizhilfe dienen, bevor sie zur krankenversicherungsrechtlichen Leistung wurde (vgl. § 39a SGB V). Anders als auf dem Gebiet der gesetzlich weitgehend reglementierten Sozialleistungserbringung wird hier der Einsatz für Soziales nicht als Dienstleistung entgolten, sondern bleibt grundsätzlich unentgeltlich. Eine öffentliche Förderung kann dazu beitragen, bestimmte Aufwendungen abzudecken, die die Akteure aus dem nicht-verbandlichen Wohlfahrtssektor selbst nicht tragen können, und wo die Förderung daher Voraussetzung für ihr Wirken sein kann. Eine Vergabe solcher Förderungen nur an Träger der freien Wohlfahrtspflege verschafft daher Zugangsvorteile, jetzt aber nicht – wie bei der Dienstleistungserbringung – durch wirtschaftliche Betätigung auf dem Gebiet des Sozialen, sondern gegenüber den freiwillig engagiert Tätigen auf dem Gebiet des Sozialen. Damit tritt hier der eine – engagierte – soziale Akteur mit dem anderen – wohlfahrtsverbandlich organisierten – sozialen Akteur in eine Konkurrenz, die zunächst nicht wirtschaftlich definiert ist.

Diese Konkurrenzprobleme im Bereich des sozialen Dritten Sektors waren in der Bundesrepublik Deutschland lange Zeit nicht gegeben, da die freie Wohlfahrtspflege abgesehen von den sozialen Tätigkeiten Einzelner in der Familie und im sozialen Umfeld und abgesehen von der öffentlichen und kirchlichen sozialen Wohlfahrtstätigkeit der einzige wirklich repräsentative private Akteur auf diesem Gebiet war. Erst mit dem Auftreten von Initiativen und Aktionen jenseits einer Zugehörigkeit zu den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege²³ entstanden auch diese Konkurrenzprobleme.

22 Im weiteren Text wird nur noch vom sozialen Engagement gesprochen. Ausführlich zur Begrifflichkeit *Igl*, in: Enquete-Kommission »Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements« Deutscher Bundestag (Hrsg.) (wie Fn. 3), S. 47.

23 Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband (DPWV) dient wegen seiner fehlenden Konfessions- und Parteienbindung dabei als Organisation, die auch solche freien Aktivitäten aufnimmt.

d) Zusammenfassung

Der Dritte Sektor im Sozialbereich ist in der Bundesrepublik rechtlich und historisch gewachsen und ist von zwei voneinander unabhängigen Charakteristika gekennzeichnet:

- Auf praktisch allen Feldern sozialer Dienstleistungserbringung: Die Freie Wohlfahrtspflege ist in verschiedenen Dimensionen mit einem europaweit wohl einzigartigen Status der Privilegierung ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet des Sozialen ausgestattet.²⁴ Dieser Status ist rechtlich vor allem durch das Gemeinnützigkeitsrecht bedingt. Faktisch wird er durch den Platz bestimmt, den die Freie Wohlfahrtspflege historisch auf dem Gebiet des Sozialen eingenommen hat.
- Auf dem Gebiet des Sozialleistungsrechts: Die Erbringung von im Sozialleistungsrecht anspruchverbürgten sozialen Dienstleistungen obliegt nicht den anspruchspflichtigen Sozialleistungsträgern selbst. Vielmehr wird grundsätzlich auf Anbieter zurückgegriffen, die sich als Marktsubjekte begreifen. Seit Mitte der neunziger Jahre sind die gemeinnützigen und die privaten (privatgewerblichen) Anbieter gegenüber öffentlichen Anbietern zum Teil explizit mit Prioritätsrechten ausgestattet worden. Damit besteht für öffentliche Leistungserbringer kein Primat der Erbringung sozialer Dienstleistungen. Vielmehr greifen die Sozialleistungsträger auf private Leistungserbringer zurück, wobei im Verhältnis zwischen gemeinnützigen und sonstigen privaten Trägern kein rechtlicher – manchmal aber ein praktizierter – Vorrang gegeben ist. Auch bei der Investitionsförderung von Leistungserbringern im stationären Bereich ist rechtlich kein solcher Vorrang gegeben.

Diese beiden Charakteristika führen auf dem Gebiet des Dritten Sektors im Sozialbereich zu folgenden Erscheinungen:

- Da die Sozialleistungserbringung grundsätzlich jeglichen privaten Akteuren geöffnet ist, treten rein wirtschaftlich, d.h. nur an der Gewinnerzielung orientierte Anbieter in Konkurrenz mit gemeinnützigkeitsrechtlich privilegierten und an sozialen Zielen orientierten Anbietern, insbesondere solcher der Freien Wohlfahrtspflege. Es treffen sich hier also wirtschaftliche mit sozialwirtschaftlichen Akteuren.
- Da die Betätigung auf sozialem Gebiet außerhalb der Erbringung sozialer Dienstleistungen lange Zeit traditionell der Freien Wohlfahrtspflege, den Kirchen und der öffentlichen Fürsorge überlassen blieb, existieren weder besondere rechtliche noch faktische Regeln über den Umgang mit Akteuren, die neben oder außerhalb dieser Institutionen als sozial Engagierte tätig werden. Hier trifft sich der soziale Akteur ohne besonderen Rechtsstatus mit dem sozialen Akteur, der seit langer Zeit über einen ausgeprägten Rechtsstatus verfügt.

²⁴ Zu den freien Wohlfahrtsverbänden in Europa s. *Eichborn* (Hrsg.), *Freie Wohlfahrtspflege in Europa aus betriebswirtschaftlicher Sicht*, 2. Bde. 1996.

Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht

- Das Interesse traditioneller Akteure des Dritten Sektors im Sozialbereich an der ökonomisch interessanten Teilnahme auf dem Gebiet der Sozialleistungserbringung versperrt den Blick auf den zwar ökonomisch weniger relevanten, für die Adressaten sozialer Tätigkeit jedoch möglicherweise im Einzelfall sehr bedeutsamen sozialen Hilfen außerhalb anspruchverbürdeter sozialer Leistungen.

Sozialbereich und Akteure des Dritten Sektors

Art der Betätigung	Sozial	Sozialwirtschaftlich	Wirtschaftlich
<i>Handlungsfelder</i>	Erbringung sozialer Dienstleistungen außerhalb der Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen	Erbringung sozialer Dienstleistungen im Rahmen der Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen	Erbringung von Dienstleistungen sozialer Art außerhalb der Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen
<i>Gegenleistung für Tätigkeit</i>	Gegenleistungsfrei oder (Teil-)Subventionierung	Vergütung/Entgelt. Im stationären Bereich: ggf. Investitionsförderung	Entgelt/Preis
<i>Konkurrenten</i>	Träger der freien Wohlfahrtspflege ./. sozial engagierte Private	Träger der freien Wohlfahrtspflege ./. privat-gewerbliche Anbieter	Privat-gewerbliche Anbieter untereinander

II. Dritter Sektor im Sozialbereich und EG-Recht

1. Soziales und Wirtschaftliches im primären Gemeinschaftsrecht

Die Europäische Gemeinschaft ist als Wirtschaftsgemeinschaft, nicht als Sozialgemeinschaft gegründet worden. Nur dort, wo in dieser Wirtschaftsgemeinschaft die Erfüllung sozialer Belange Voraussetzung für das Funktionieren der Wirtschaftsgemeinschaft war, ist auch Soziales geregelt worden. Dies gilt insbesondere für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die faktisch auch davon abhängt, dass Arbeitnehmer bei Tätigkeiten in den Mitgliedstaaten keine Verluste an sozialer Sicherheit erleiden (vgl. Art. 42 EG). Mittlerweile enthält das Gemeinschaftsrecht an prominenter Stelle Aussagen zum Sozialen, so bei der Beschreibung der Aufgaben der Gemeinschaft in Art. 2 EG (»hohes Maß an sozialem Schutz«). Die Sozialpolitik hat auch im Dritten Teil des EG zusammen mit der allgemeinen und beruflichen

Bildung und der Jugend einen eigenen Titel²⁵ erhalten, in dessen Leitnorm ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog genannt sind (Art. 136 Satz 1 EG). Der Vertrag bewegt sich damit in den traditionellen Bahnen des Sozialen: Sozialpolitik wird vornehmlich als Politik des sozialen Schutzes rezipiert. Die EG-Organe sollen auf diesem Gebiet nicht ohne das Einverständnis aller Mitgliedstaaten handeln können (Art. 137 Abs. 3 EG). Damit verbleibt die Kompetenz für soziale Sicherheit und sozialen Schutz bei den Mitgliedstaaten.²⁶

Der Sozialbereich wird jedoch intensiv von Vorschriften berührt, die im Kern dem Wirtschaftlichen zuzurechnen sind.²⁷ Der zentrale Gegenstand des Gemeinschaftsrechts gilt der Schaffung des Gemeinsamen Marktes oder Binnenmarktes (Artt. 2, 13, 14 EG). Das EG-Recht gewährleistet den einzelnen wirtschaftenden Individuen in Gestalt der Freiheiten des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs als Hersteller von Waren, Erbringer von Diensten, Investoren, Selbstständige oder Arbeitnehmer Rechte zur grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit. Diese »Grundfreiheiten« oder »Marktfreiheiten« sollen das grenzüberschreitende Wirtschaften ermöglichen. Zur Sicherung der wirtschaftlichen Freiheiten gewährleistet das EU-Recht den Wettbewerb durch ein eigenes Kartellrecht (Art. 81 ff. EG) sowie durch Kontrollen für die Gewährung staatlicher Beihilfen (Art. 87 EG).²⁸

2. Keine speziellen Regelungen für den Dritten Sektor im Sozialbereich

Für den Dritten Sektor enthält der Vertrag keine speziellen Regelungen. Allerdings liegt es nahe, sich unter dem Blickwinkel möglicher sozial geprägter Vorschriften des Vertrages mit zwei Fragen zu beschäftigen: Welchen Einfluss hat Art. 16 EG (»Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse«) auf den Dritten Sektor? Und weiter: Sind Personen, die sich im Dritten Sektor als sozial Engagierte betätigen, Arbeitnehmer mit der Konsequenz, dass sie den EG-rechtlichen Schutzvorschriften für Arbeitnehmer unterfallen?

25 Titel XI des EG.

26 S. den Überblick bei *Schulte*, Europäische Sozialpolitik – Politik ohne politisches Mandat?, in: Europa sozial gestalten. Dokumentation des 75. Deutschen Fürsorgetages 2000 in Hamburg, 2001, S. 43; ausführlicher *ders.*, Europäische Integration und sozialer Schutz, in: Kraus/Geisen (Hrsg.), Sozialstaat in Europa, 2001, S. 285.

27 S. zum Folgenden *Eichenhofer* in: Enquete-Kommission »Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements« Deutscher Bundestag (Hrsg.) (wie Fn. 3), S. 523. S. auch *Lange* (wie Fn. 1), S. 92.

28 S. zum Ganzen auch *Schulte*, Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit sozialer Dienste und Einrichtungen in kommunaler und freigemeinnütziger Trägerschaft, Arbeitspapier Nr. 6, Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa, 2001.

a) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Art. 16 EG handelt von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren so zu gestalten sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Die Vorschrift enthält einen Gestaltungsauftrag an die Gemeinschaft und an die Mitgliedstaaten. Weiter nimmt eine besondere Vorschrift des Vertrages Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, unter gewissen Voraussetzungen von den Wettbewerbsregeln des Vertrages aus (Art. 86 Abs. 2 EG).²⁹

Mit Art. 16 EG werden die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gegenüber der bisherigen Rechtslage aufgewertet. So spricht die Kommission davon, dass gemeinwohlorientierte Wirtschaftsformen zum Kern des europäischen Gesellschaftsmodells gehören. Sie verbänden die Grundwerte der Demokratie mit den Prinzipien der Marktwirtschaft, Solidarität und des Zusammenhalts.³⁰ Die Betonung der sozialen Elemente der EU ist auch für das soziale Engagement und damit für die Entwicklung der Zivilgesellschaft von Bedeutung.

Die Auslegung von Art. 16 EG ist mit vielen Fragezeichen versehen. Dies wird auch in einer Mitteilung der Kommission zu den »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa« aus dem Jahr 2000³¹ deutlich. Auch in der jüngsten einschlägigen Mitteilung der Kommission von Ende 2002³² wird nur darauf hingewiesen, dass die gemeinwirtschaftlichen Dienste in allen Mitgliedstaaten eine zentrale Funktion erfüllen und dass in Ermangelung einschlägiger Bestimmungen im EG-Recht die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung und Bestimmung des Umfangs der Dienste über einen großen Ermessensspielraum verfügen. Die Aufgabe der Kommission sei es u.a., dafür zu sorgen, dass die »segensreichen Auswirkungen« der gemeinwirtschaftlichen Dienste nicht durch ein indirektes Übergreifen auf die dem Wettbewerb geöffneten Märkte konterkariert werden.³³

Die Dienste nach Art. 16 EG werden herkömmlich als Einrichtungen der Daseinsvorsorge umschrieben. Die Kommission stellte schon im Jahr 2000³⁴ fest, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs viele Tätigkeiten von Einrichtungen, die weitgehend soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht erfüllen und deren Zweck

29 S. hierzu unten Abschnitt II. 6.

30 Mitteilung »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa« vom 26. 9. 1996, ABl. 96/C 281/EG, Rn. 1.

31 Mitteilung »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa« vom 20. 9. 2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 30.

32 Bericht der Kommission über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen vom 27. 11. 2002, KOM (2002) 636.

33 In dieser Richtung auch das eine ausführliche Bestandsaufnahme enthaltende NON-PAPER der Kommission, GD Wettbewerb, »Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen«, vom 12. 11. 2002, CMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00 (FR), Rn. 3.

34 Wie Fn. 31.

nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht, von den wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften der Gemeinschaft in der Regel nicht erfasst werden. Darunter fallen diverse nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen. Die Kommission weist aber in dieser Mitteilung auch darauf hin, dass die wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften dann anzuwenden seien, wenn eine derartige Einrichtung bei der Erfüllung eines Gemeinwohlauftrags wirtschaftliche Tätigkeiten aufnimmt. Dies solle unter Berücksichtigung des besonderen sozialen und kulturellen Umfelds, in dem die betreffenden Tätigkeiten ausgeübt werden, geschehen.

Die mögliche Bedeutung von Art. 16 EG für den Dritten Sektor im Sozialbereich wird gegenwärtig von den wettbewerbsrechtlichen Aspekten verdrängt. Ob und inwieweit sich die Vorschrift auf EU-Ebene zu einem wirksamen Instrument gemeinwirtschaftlicher Tätigkeit entwickeln wird, ist noch nicht abzusehen.³⁵

b) Tätige im Dritten Sektor

Sollten Personen, die sich im Dritten Sektor als sozial Engagierte freiwillig betätigen, als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 39 EG anzusehen sein, so wären viele gemeinschaftsrechtliche Sekundärrechtsakte – insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern – auch auf sozial Engagierte anwendbar.³⁶ Eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs findet sich im EG nicht. Der EuGH legt eine gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmung zugrunde. Danach ist ein wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses, dass der Einzelne während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt und dafür als Gegenleistung eine Vergütung bezieht.³⁷ In einigen Urteilen, die sich vornehmlich mit sportlichen Betätigungen beschäftigen, hat der EuGH als Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft eine Tätigkeit im Wirtschaftsleben gefordert. Da diese als jede entgeltliche Tätigkeit definiert wurde, können grundsätzlich

35 S. zu diesem Themenbereich allgemein auch die vom Observatorium für die Entwicklung der sozialen Dienste in Europa herausgegebenen Dokumentationen der Tagung »Daseinsvorsorge in Europa heute und morgen – die Zukunft der kommunalen und freigemeinnützigen sozialen Dienste«, 2000, und der Tagung »Die Zukunft der sozialen Dienste und Europa«, 2001.

36 S. hierzu *Eichenhofer*, in: Enquete-Kommission »Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements« Deutscher Bundestag (Hrsg.) (wie Fn. 3), S. 525.

37 S. im Einzelnen die Hinweise bei *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 14 Rn. 1 ff.

nicht die Tätigkeiten des sozialen Engagements die Arbeitnehmereigenschaft begründen, weil für dieses kein Entgelt, sondern allenfalls Aufwandsentschädigungen, Naturalleistungen oder Anerkennungsprämien gezahlt werden. Der EuGH hat in einigen Entscheidungen zum Arbeitnehmerstatus Teilzeitbeschäftigter festgehalten, dass auch eine geringe Entlohnung die Arbeitnehmereigenschaft begründet.³⁸ Insbesondere müsse die Bezahlung das Existenzminimum nicht erreichen. Arbeiten von 10 Stunden pro Woche reichen danach für die Arbeitnehmereigenschaft aus.³⁹ Der EuGH stellt an die Qualität der ausgeübten Arbeit aber entscheidend die Anforderung, dass es sich um eine tatsächliche oder echte Erwerbstätigkeit handelt.⁴⁰ Daran fehlt es jedoch regelmäßig bei Tätigkeiten des sozialen Engagements. Diese dienen der Erfüllung öffentlicher Zwecke und nicht dem Erwerb. Darin unterscheiden sie sich von Arbeitnehmertätigkeiten.

3. Marktfreiheiten nach dem EG-Vertrag

a) Allgemeines

Die Marktfreiheiten nach dem EG-Vertrag werden auf dem Gebiet des Dritten Sektors vor allem unter dem Blickwinkel der Nicht-Unterstellung von Handlungsweisen der Träger der freien Wohlfahrtspflege unter den Unternehmensbegriff und die damit zusammenhängenden gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisse diskutiert. Die ebenfalls für den Sozialbereich des Dritten Sektors interessierende Thematik der Tätigkeit von sozial Engagierten wird hingegen auch hier vernachlässigt.⁴¹

b) Freizügigkeit

Das Recht auf Freizügigkeit als Marktfreiheit bezieht sich auf die Arbeitnehmer. Es umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen (Art. 39 EG). Da aber Personen, die freiwillig und unentgeltlich als bürgerschaftlich, mitmenschlich oder sozial Engagierte im Sozialbereich tätig werden, keine Arbeitnehmer sind, ist diese Grundfreiheit für sie nicht einschlägig.

Die Freizügigkeit der Unionsbürger nach Art. 18 EG bedeutet das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Insofern ist dieses Recht auch für den genannten Personenkreis einschlägig. Nicht geklärt

38 EuGH Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1033, 1037, Rn. 16.

39 Vgl. die Übersicht in EuGH Rs. C-317/93 (Nolte), Slg. 1995, I-4625, Rn. 19.

40 Wie Fn. 39, Rn. 17.

41 S. bei *Luthe* (wie Fn. 12), S. 510. Auch die politologisch angelegte Dissertation von *Lange* (wie Fn. 1), S. 92, konzentriert sich nur auf die mögliche wirtschaftliche Tätigkeit der Wohlfahrtsverbände.

ist jedoch, ob es auch die Freiheit umfasst, in einem Mitgliedstaat im Dritten Sektor sozial engagiert tätig zu werden.

c) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit umfasst die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen (Art. 43 EG). Die Niederlassungsfreiheit, die sich von der Dienstleistungsfreiheit durch das Merkmal der Kontinuität abhebt, wird weit verstanden als Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats und der daraus folgenden Nutzenziehung (Erwerbszweck).⁴² Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Neben der Niederlassung als Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit erfordert das Recht auf freie Niederlassung eine selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 43 Abs. 2 EG. Wie im Rahmen der anderen Grundfreiheiten können nur Tätigkeiten Berücksichtigung finden, die einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 2 EG ausmachen. Jedenfalls wird unentgeltliches soziales Engagement aus dem Anwendungsbereich der weit auszulegenden⁴³ Niederlassungsfreiheit ausgeklammert.

In der Lit. werden vielfach anhand der Beispiele unentgeltlicher karitativer, politischer und sozialer Tätigkeiten nur die Leistungen aus der Niederlassungsfreiheit ausgegrenzt, für die gar kein Entgelt entrichtet wird.⁴⁴ Der Relation von Leistung und Höhe der Bezahlung wird keine Beachtung geschenkt. Teilweise wird gefordert, den Erwerbszweck als Voraussetzung aufzugeben und nur darauf abzustellen, dass die Tätigkeit eine wirtschaftliche Leistung darstellt.⁴⁵

Für die deutschen Träger der freien Wohlfahrtspflege kann die Niederlassungsfreiheit relevant werden, wenn sich Träger aus den Mitgliedstaaten in der Bundesrepublik niederlassen und hier zu Erwerbszwecken tätig werden wollen, woraus sich möglicherweise eine Konkurrenz zur Tätigkeit der deutschen freien Wohlfahrtspflege dann ergibt, wenn diese Träger wie die deutschen Träger Ansprüche auf Subventionen oder auf Teilnahme an der Leistungserbringung geltend machen. Solche möglichen Ansprüche von Trägern aus den Mitgliedstaaten scheinen aber nicht zum Kern der Niederlassungsfreiheit zu gehören. Diese normiert den Grundsatz der Inländergleichbehandlung, also der Niederlassung zu denselben Bedingungen, wie sie inländischen Personen auferlegt sind. Auch nach einer er-

42 *Herdegen*, Europarecht, 3. Aufl. 2001, S. 254; EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165 Rn. 25.

43 EuGH Rs. 197/84 (Steinhauser), Slg. 1985, 1823, 1827, Rn. 9.

44 *Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, Art. 43 EGV, Rn. 22; *Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graf*, Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 52, Rn. 19.

45 *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl., S. 588, Rn. 1616. Auch *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., 1999, S. 668, Rn. 1586, stellt nur auf die Einheitlichkeit der Wirtschaftstätigkeit ab.

weiternden Auslegung der Niederlassungsfreiheit, wonach formal diskriminierungsfreie Standards verboten sind, die die Niederlassungsfreiheit im Kern bedrohen,⁴⁶ erscheint in der geschilderten Situation die Niederlassungsfreiheit zunächst nicht berührt. Trotzdem ist die Frage aufzuwerfen, ob nicht dann eine Diskriminierung vorliegt, wenn der ausländische Träger die Subventionen oder die Teilnahme an der Leistungserbringung nur erreichen kann, wenn er Gemeinnützigkeitsstatus hat oder Mitglied eines Wohlfahrtsverbandes ist, er diese Voraussetzungen aber nicht erfüllen kann.⁴⁷ Hier wäre aber schon das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG angesprochen.⁴⁸

d) Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) gliedert sich in die Anwendungsfälle der aktiven (Erbringung der Dienstleistung) und passiven Dienstleistungsfreiheit (Entgegennahme der Dienstleistung). Dienstleistungen sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen (Art. 50 EG). Eine Dienstleistung ist gem. Art. 50 Satz 1 EG eine Leistung, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird. Werden Träger der freien Wohlfahrtspflege im Rahmen der Leistungserbringung tätig und erhalten sie hierfür Vergütungen, so liegt ohne weiteres eine Tätigkeit gegen Entgelt vor. Für sozial engagierte Personen aus einem anderen Mitgliedstaat, die unentgeltlich in der Bundesrepublik im sozialen Bereich des Dritten Sektors tätig werden wollen, ist die Dienstleistungsfreiheit nicht einschlägig, da sie für ihre Leistungen in der Regel kein Entgelt erhalten. Anderes kann für Träger der freien Wohlfahrtspflege bei der Durchführung subventionierter Tätigkeiten gelten. Hier wird mit guten Gründen vertreten, dass auch in solchen Fällen Dienstleistungen vorliegen.⁴⁹ Allerdings kann nicht jede noch so geringe Vergütung einer Dienstleistung ausreichen, damit diese als Tätigkeit im Wirtschaftsleben im Sinne des Art. 2 EG angesehen werden kann. Zu verlangen ist aber wie in den übrigen Grundfreiheiten, dass das angestrebte/erzielte Honorar ein eng auszulegendes, symbolisches Maß übertrifft. In der Lit. wird dieses Ergebnis teilweise aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Humbel*⁵⁰ hergeleitet.⁵¹

Die Dienstleistung muss gem. Art. 50 S. 1 EG nur »in der Regel« entgeltlich sein. Der EuGH hat sich bisher noch nicht näher damit auseinandersetzen müssen,

46 EuGH Rs. 107/83(Klopp), Slg. 1984, 2971.

47 In dieser Richtung *Luthe* (wie Fn. 12), 513.

48 S. dazu unten Abschnitt II.4.

49 *Luthe* (wie Fn. 12), 515.

50 EuGH Rs. 263/86 (Humbel), Slg. 1988, 5365.

51 In diesem Sinne verlangt *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 50 Rn. 10, dass Leistung und Gegenleistung »nicht völlig außer Verhältnis« stehen dürfen.

wie die Einschränkung zu verstehen ist. Bei sachbezogener Auslegung ist ausreichend, dass Dienstleistungen dieser Art von der überwiegenden Zahl der Erbringer grundsätzlich gegen Entgelt erbracht werden.⁵² Dadurch wird der Kreis der Grundfreiheitsbegünstigten auf eine ganze Reihe ehrenamtlicher Betätigungen ausgedehnt, weil auch Dienstleister erfasst sein können, die immer unentgeltlich tätig werden, obwohl Leistungen in ihrem Gebiet grundsätzlich gegen Bezahlung vorgenommen werden. Eine andere mögliche Deutung der Formulierung orientiert sich am einzelnen Erbringer.⁵³ Wenn dieser sich seine Dienstleistungen überwiegend vergüten lässt und nur sporadisch Ausnahmen davon macht, kommt ihm der Schutz durch die Dienstleistungsfreiheit auch in den Einzelfällen zugute, in denen er auf eine Entlohnung verzichtet (personenbezogene Auslegung).

Die Konsequenzen der sachbezogenen Auslegung des Regelerfordernisses kämen Dienstleistern aus dem Bereich des Dritten Sektors entgegen, da sie in erheblich größerem Umfang in den Genuss europarechtlichen Schutzes gelangen würden als bei personenbezogener Auslegung. Deutsche ehrenamtliche Pflegekräfte, die sich z.B. stets unentgeltlich auch in Frankreich betätigen, könnten sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Umgekehrt müssten subventionierte Träger der freien Wohlfahrtspflege die Dienstleistungskonkurrenz anderer mitgliedstaatlicher Träger befürchten.⁵⁴

4. Allgemeines Diskriminierungsverbot

Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EG) gilt nachrangig gegenüber den besonderen Diskriminierungsverboten. Es umfasst auch versteckte Diskriminierungen. Das Diskriminierungsverbot könnte eingreifen, wenn einer bürgerschaftlich, mitmenschlich oder sozial engagierten Person das Engagement wegen der Staatsangehörigkeit verboten oder erschwert würde. Für die Tätigkeit von Leistungsanbietern aus den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Sozialen könnte das Diskriminierungsverbot dann einschlägig sein, wenn die speziellen Marktfreiheitsrechte nicht greifen sollten. Damit sind die Situationen angesprochen, in denen eine sozial engagierte Tätigkeit grenzüberschreitend ausgeübt wird, für die weder die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit einschlägig sind und auch sonst kein grundfreiheitlicher Anknüpfungspunkt vorhanden ist. Letzteres ist für Konstellationen denkbar, in denen eine weisungsgebundene Arbeit oder eine selbstständige Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufgegeben wurden oder einziger Grund für die Einreise in den Aufnahmestaat die sozial engagierte Betätigung ist. Es stellt sich damit die Frage, ob der Zugang und die Ausübung von freiwilli-

52 Bleckmann, WuV 1987, 119, 127.

53 HandkommEUV/EGV (wie Fn. 44), Art. 60, Rn. 11.

54 So im Ergebnis *Luthe* (wie Fn. 12), 515.

gem sozialen Engagement gemeinschaftsrechtlich in eigenständiger Weise diskriminierungsfrei gestellt ist.

Art. 12 EG kommt im Rahmen der fortschreitenden Lösung der Gemeinschaft von wirtschaftlichen Sachverhalten eine wachsende Bedeutung zu. Im Zusammenspiel mit den Vorschriften über die Unionsbürgerschaft (Art. 18 EG) hat die Rechtsprechung des EuGH eine der interessantesten aktuellen Entwicklungen im Europarecht ausgelöst, deren Auswirkungen auch für den Bereich des freiwilligen sozialen Engagements von Bedeutung sind. Dreh- und Angelpunkt der Frage, inwiefern Art. 12 EG solche Aktivitäten außerhalb von Arbeitsverhältnissen oder selbständigen Tätigkeiten erfasst, ist das die Bestimmung einschränkende Tatbestandsmerkmal des Anwendungsbereichs des Vertrags.

In der Rechtsprechung ließ sich bis in jüngster Zeit keine einheitliche Konzeption erkennen, nach welcher der Anwendungsbereich des Vertrags bestimmt werden sollte. In einigen Entscheidungen wurde darauf abgestellt, dass eine Materie gemeinschaftsrechtlich geregelt ist⁵⁵, es wurde teilweise aber als ausreichend angesehen, dass ein Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht besteht.⁵⁶

Der Schlüssel zur Würdigung der Entwicklung im Rahmen des Art. 12 EG, die die Rechtsprechung in *Bickel und Franz* angestoßen hat, ist die Einbindung der Unionsbürgerschaft. Diese bewirkt die Eröffnung des personellen und sachlichen Anwendungsbereichs des Vertrags. Anknüpfungspunkt ist das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 Abs. 1 EG, dem wichtigsten Bestandteil der Unionsbürgerschaft.⁵⁷ Inhalt des Rechtes ist, dass sich Unionsbürger unabhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat begeben, dort aufhalten und ihren ständigen Wohnsitz nehmen können. Schon die Wahrnehmung dieses Rechts sichert den Diskriminierungsschutz. Die Ausübung von Art. 18 EG schafft die gemeinschaftsrechtliche Situation, die den Anwendungsbereich von Art. 12 EG eröffnet.

In der Unabhängigkeit der Rechtsgewährung von ökonomischen Zusammenhängen liegt die eigentliche Innovation der Urteile. Bedingt durch diese neue Auslegung erwächst Art. 12 EG ein sehr weiter Anwendungsbereich. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Rechte aus den Grundfreiheiten ihre Bedeutung verloren haben. Wird die Linie dieser Rechtsprechung weiter verfolgt, wäre auch für freiwillige und unentgeltliche soziale Aktivitäten auf dem Gebiet des Dritten Sektors ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit denkbar.

55 EuGH Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 606, Rn. 19–25; EuGH Rs. C 274/96 (Bickel u. Franz), Slg. 1998, I-7650, Rn. 15.

56 EuGH Rs. C-398/92 (Mund u. Fester), Slg. 1994 I-474, Rn. 12.

57 So die Einschätzung der Kommission, Zweiter Bericht über die Unionsbürgerschaft vom 27. 5. 1997, KOM (1997), 230 endg. S. 15.

5. Wettbewerbsrecht: Beihilfeverbot

a) Allgemeines

Bislang ist noch nicht eindeutig geklärt, welche Bedeutung das EG-Wettbewerbsrecht erlangt, wenn von Organisationen des Dritten Sektors soziale Leistungen erbracht werden.⁵⁸ Dies gilt insbesondere für die Frage, welche Stellung die nicht-erwerbswirtschaftlich ausgerichteten freien Träger der Wohlfahrtspflege im EG-Wettbewerbsrecht innehaben, wenn sie staatliche Zuwendungen erhalten. Hier geht es zunächst um die Anwendbarkeit des Beihilferechts (Art. 87 EG) und dann weiter um die Frage, ob ggf. die Marktbeschränkungen nach Art. 86 EG greifen.⁵⁹

b) Unternehmen

In der Rechtsprechung des EuGH zum Wettbewerbsrecht wird der Unternehmensbegriff funktional und nicht institutionell verstanden. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁶⁰ Die Unternehmenseigenschaft richtet sich weder nach den Absichten noch nach dem Rechtsstatus des Akteurs, sondern nach dem Gehalt der von ihm vorgenommenen Handlungen.⁶¹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

Im Urteil des EuGH in der Rechtssache Ambulanz Glöckner⁶² stufte der Gerichtshof Krankentransporte als wirtschaftliche Tätigkeit ein, da es sich um eine Leistung handelt, die gegen Entgelt von verschiedenen Notfall- und Krankentransportfirmen angeboten wird. In zwei weiteren Urteilen auf dem Gebiet der Krankenhausversorgung kam der EuGH ebenfalls zu dem Ergebnis, dass medizinische Dienstleistungen eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, unabhängig davon, ob die Leistungen vom Staat oder von den Krankenkassen vergütet werden und nicht von den Patienten unmittelbar bezahlt werden.⁶³ Unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit fällt demnach jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten und die zumindest

58 S. hierzu *Arne von Boetticher*, Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilferecht, 2003 (im Erscheinen). Zum Beihilfebegriff *Crellwitz*, Artikel 87 EGV zwischen Wettbewerbsfreiheit und Beschäftigungspolitik, 2001, S. 32.

59 Aus Sicht der Wohlfahrtspflege s. *Gobde/Erdmenger/Cless*, Zur Rechtsgeltung europäischer Wettbewerbsbestimmungen im Sozialbereich, NDV 2000, 168.

60 EuGH Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov u. a.), Slg. 2000, I-6451.

61 EuGH Rs. C-41/90 (Hoefner und Elser), Slg. 1991, I-1979, Rn. 21.

62 Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-08089.

63 EuGH Rs. C-157/99 (Smits), Slg. 2001, I-5473; EuGH Rs. C-368/98 (Vanbraekel), Slg. 2001, I-5363.

im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte.⁶⁴

Werden Akteure des Dritten Sektors im Sozialbereich als bürgerschaftlich, mitmenschlich oder sozial engagierte Personen unentgeltlich tätig, so ist hierin in der Regel keine wirtschaftliche Tätigkeit zu sehen, da diese Personen oft in Bereichen handeln, die keinen Markt darstellen. Anders ist dies, wenn Träger der Freien Wohlfahrtspflege etwa als Krankenhaus- oder Pflegeeinrichtungsträger tätig werden und hierfür die gesetzlich vorgesehenen und vereinbarten Vergütungen erhalten. Problematisch sind die subventionierten Tätigkeiten (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG, § 74 SGB VIII).⁶⁵ In der jüngeren einschlägigen Literatur wird mit guten Gründen vertreten, dass diese in der Regel auch den Unternehmensbegriff erfüllen. Zu Recht wird angesichts der zur Zeit gegebenen Rechtssituation gesagt, dass nur derjenige mit Rechtssicherheit rein karitativ tätig ist, der seine Tätigkeit nur über Spenden und Mitgliedsbeiträge finanziert.⁶⁶

c) Beihilfen – staatliche Mittel

Freie Wohlfahrtsverbände erhalten Subventionen zur Betätigung auf sozialem Gebiet, sie erhalten steuerliche Vergünstigungen und sie werden gegen Vergütung seitens gesetzlicher Kassen für diese als Leistungserbringer tätig. Dies alles gilt als Beihilfe aus staatlichen Mitteln. Es kommt nicht darauf an, ob der Staat oder andere Gebietskörperschaften die Mittel vergeben. Weiter kommt es nicht darauf an, wie sich die Zufuhr staatlicher Mittel vollzieht, auf direktem oder auf indirektem Weg, etwa durch Steuervergünstigungen. Schwierige Einordnungsfragen ergeben sich jedoch, wenn öffentliche Zuwendungen an Träger sozialer Einrichtungen dazu bestimmt sind zu verhindern, dass Sozialleistungsempfänger zu Sozialhilfeempfängern werden, wie dies bei der sog. subjektorientierten Objektförderung von Pflegeeinrichtungen in einigen Bundesländern praktiziert wird.⁶⁷ Wenn eine solche Förderung dazu führt, dass die öffentlichen Haushalte wegen der durch die Förderung bedingten Nichtinanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht zusätzlich belastet werden, erscheint es zweifelhaft, ob eine Beihilfe vorliegt.

d) Handelsbeeinträchtigung

Die Beihilfen müssen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten sowie den Wettbewerb beeinträchtigen bzw. zu beeinträchtigen drohen. Diese Voraussetzungen stehen in einem Zusammenhang. Eine Beeinträchtigung eines Wettbewerbs setzt einen liberalisierten Markt voraus. Dabei kann eine Beihilfe aber auch den Handel

64 Schlussanträge des Generalanwaltes *M. Jacobs* vom 13. 9. 2001 in der Rs. C-218/99 (*Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*).

65 *Luthe* (wie Fn. 12), S. 505, 511.

66 *Luthe* (wie Fn. 12), S. 512; *von Boetticher* (wie Fn. 58).

67 *Klie* (wie Fn. 20), S. 333.

zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder den Wettbewerb verfälschen, wenn das begünstigte Unternehmen, das im Wettbewerb mit Unternehmen anderer Mitgliedstaaten steht, nicht selbst an grenzüberschreitenden Tätigkeiten teilnimmt. Gewährt ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe, so kann dies das inländische Angebot stabilisieren oder erhöhen und damit die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen mindern, ihre Leistungen auf dem Markt dieses Mitgliedstaates anzubieten.⁶⁸ Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten wurde beispielsweise von der Kommission nicht angenommen in einem Fall, in dem Krankenhäuser öffentliche Zuwendungen in der Form erhielten, dass Investitionen in den Neu- und Ausbau und in die Modernisierung steuervergünstigt waren. Da im konkreten Fall damit lokale Versorgungsengpässe bewältigt werden sollten, ging die Kommission davon aus, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wurde.⁶⁹ Der Kommission liegt nach eigener Aussage daran, dass sie sich auf diejenigen Fälle konzentrieren will, die sich »in wirklich spürbarer Weise auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken.«⁷⁰

e) Begünstigung

Der aus staatlichen Mitteln gewährte Ausgleich muss eine selektive Begünstigung nach sich ziehen. Das Kriterium der Selektivität ist erfüllt, wenn die Begünstigung bestimmten Unternehmen oder einem bestimmten Wirtschaftszweig vorbehalten ist. Dieses Kriterium bereitet vor allem dann Schwierigkeiten, wenn der Ausgleich von Kosten gewährt wird, die in der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen liegen. Der EuGH hat in einem solchen Fall bereits vom Vorliegen einer Begünstigung abgesehen, soweit die Ausgleichsleistungen nicht über die Mehrkosten für die Wahrnehmung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben hinausgehen.⁷¹ Gegenwärtig⁷² liegen noch zwei Rechtssachen vor,⁷³ in denen weitere Äußerungen des Gerichtshofes in dieser Frage erwartet werden. In diesen Rechtssachen gehen die Ansichten der Generalanwälte in ihren Schlussanträgen auseinander. Während Generalanwalt Léger in seinen mit grundsätzlicher Kritik am Urteil in der Rechtssache Ferring verbundenen Schlussanträgen in der Rechtssache Altmark Trans GmbH vorschlägt, Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen selbst dann als Beihilfen anzusehen, wenn dadurch nur die leistungsbe-

68 Rs. T-55/99 (Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)), Slg. 2000, II-03207.

69 Entscheidung der Kommission vom 27. 2. 2002, Beihilfe Nr. N 543/2001.

70 NON-PAPER (wie Fn. 33), Rn. 53.

71 Rs. C-53/00 (Ferring SA), Slg. 2001, I-09067.

72 D.h. zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags im Januar 2003.

73 Rs. C-280/00 (Altmark Trans GmbH), Rs. C-126/01 (GEMO).

dingten Kosten ausgeglichen werden,⁷⁴ will Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache GEMOS SA nach der Enge des Zusammenhangs zwischen den finanziellen Aufwendungen und den auferlegten Aufgaben unterscheiden.⁷⁵ Er geht dazu auf die unterschiedlichen Ansätze zur Beurteilung ein und unterscheidet zwischen dem Beihilfenansatz und dem Ausgleichsansatz. Zwar sei nach beiden Beurteilungsansätzen die wichtigste Sachfrage im Wesentlichen die, ob die staatliche Finanzierung über das hinausgehe, was für eine angemessene Vergütung der Gemeinwohlverpflichtungen oder für einen Ausgleich der hierdurch verursachten zusätzlichen Kosten erforderlich sei. Jedoch hätten die beiden Ansätze ganz unterschiedliche Auswirkungen auf das Verfahren. Stelle eine bestimmte Finanzierungsmaßnahme auf der Grundlage des Ausgleichsansatzes keine staatliche Beihilfe dar, so falle sie nicht in den Anwendungsbereich der Vorschriften über staatliche Beihilfen und brauche der Kommission nicht mitgeteilt zu werden. Auch könnten nationale Gerichte unmittelbar entscheiden, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, und sie brauchten keine Beurteilung der Zulässigkeit der Maßnahme durch die Kommission abzuwarten. Nach dem Beihilfenansatz würde dieselbe Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstellen, die der Kommission nach Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG im Voraus mitzuteilen wäre. Weder der Beihilfen- noch der Ausgleichsansatz biete aber für alle Fälle eine ideale Lösung. Generalanwalt *Jacobs* schlägt vor, für eine zutreffende Beurteilung staatlicher Finanzierungen von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Hinblick auf die Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 86 Abs. 2 EG eine Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Fallkategorien anzubringen, die sich nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen und danach richtet, wie klar diese Verpflichtungen definiert sind.⁷⁶ Danach würde die erste Kategorie Fälle umfassen, in denen die Finanzierungsmaßnahmen eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen sollen oder in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist. Die zweite Kategorie betrifft Fälle, in denen nicht von Anfang an klar ist, dass die Finanzierung durch den Mitgliedstaat eine Gegenleistung für genau definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen soll. In diesen Fällen ist der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich, oder die Gemeinwohlverpflichtungen sind nicht klar definiert.

Die intensive Befassung der Generalanwälte mit der Frage der Beihilfeeigenschaft bei der Gewährung von staatlichen Zuwendungen erhellt auch die Bedeu-

74 Schlussantrag des Generalanwalts *Léger* vom 19. 3. 2002 in der Rs. C-280/00 (Altmark Trans GmbH), Rn. 81 ff.; s. auch Schlussantrag II in dieser Rs. vom 14. 1. 2003.

75 Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 30. 4. 2002 in der Rs. C-126/01 (GEMO), Rn. 111 ff.

76 Wie Fn. 75, Rn. 118 ff.

tung dieses Problems für den zukünftigen Umfang mit Subventionen auf dem Gebiet des Sozialen.

6. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Art. 86 Abs. 2 EG bejaht die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, soweit die Erfüllung dieser Regeln die Dienstleistungen in ihrer Funktionsbestimmung nicht beeinträchtigt. Art. 86 Abs. 2 EG gilt herkömmlich für die Einrichtungen der Daseinsvorsorge, z.B. die öffentlichen Einrichtungen der Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung, der Abwasser- und Abfallentsorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs, der Post- und Telekommunikation.⁷⁷ Diese Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden auch gemeinwirtschaftliche Dienste genannt.⁷⁸

Die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG setzt voraus, dass der Staat die betreffenden Unternehmen mit der Erfüllung einer besonderen Aufgabe betraut hat. Hieraus folgt, dass ein öffentlicher Versorgungsauftrag erforderlich ist, in dem genau festgelegt ist, welche Pflichten die betreffenden Unternehmen und der Staat haben. Die Mitgliedstaaten können jedoch frei entscheiden, welche Unternehmen zu betrauen sind und in welcher Form dies geschieht. Allerdings sind die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit sowie die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit zu beachten.⁷⁹

Wichtig ist, dass Wettbewerbsbeschränkungen nur insofern zulässig sind, als sie für die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages notwendig sind. Um die Notwendigkeit der übertragenen Rechte beurteilen zu können, müssen die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eindeutig feststehen.⁸⁰

III. Zusammenfassung und Ausblick

1. Entwicklungen im EG-Recht

Der Dritte Sektor im Sozialbereich stellt für das primäre Gemeinschaftsrecht in zweifacher Hinsicht kein besonderes Thema dar: Erstens sind die Kompetenzen für Soziales nach wie vor in der Hauptsache bei den Mitgliedstaaten angesiedelt; zweitens nimmt der EG-Vertrag das, was mit dem Dritten Sektor gemeint ist, we-

77 *Mestmäcker*, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: Ruland (Hrsg.), FS für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 635, 641.

78 S. die Definitionen im NON-PAPER (wie Fn. 33), Rn. 9.

79 Rs. C-324/98 (Telaustria), Slg. 2000, I-10745.

80 NON-PAPER (wie Fn. 33), Rn. 74.

der explizit noch implizit auf. Diese doppelte gemeinschaftsrechtliche Fehlanzeige für den Dritten Sektor im Sozialbereich darf aber nicht zu der Feststellung führen, dass das Gemeinschaftsrecht für den Dritten Sektor im Sozialbereich irrelevant wäre. Zum einen wird das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) in Zukunft für den Bereich freiwilligen und unentgeltlichen sozialen Engagements, und damit für den nicht verbandlich gebundenen Personenkreis Engagierter wohl mehr Bedeutung als bisher erlangen – zumindest zeichnen sich solche Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des EuGH ab. Zum anderen wird der Dritte Sektor im Sozialbereich gemeinschaftsrechtlich auf eine Weise aufgeschlossen, die vom EuGH bereits auf dem sozialrechtlichen Gebiet der gesetzlichen Krankenversicherungen praktiziert worden ist: Das Handeln der Akteure auf diesem Gebiet wird an den Marktfreiheiten gemessen. Hiervon werden dann vor allem Einrichtungen und Organisationen erfasst, die auf den Märkten der sozialen Dienstleistungen agieren, also auch die Träger der Freien Wohlfahrtspflege. Damit ist auch der Weg geebnet zu den diese Marktfreiheiten begleitenden Wettbewerbsregularien. Mit dem vom EuGH gepflegten Marktfreiheitsansatz wird damit der Kompetenzansatz zurück gedrängt. Trotz der EG-vertraglich nach wie vor zugestandenen mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf dem Gebiet des sozialen Schutzes und der sozialen Sicherheit werden die Mitgliedstaaten gezwungen, ihr nationales Recht EG-freiheitsrechtskonform auszugestalten. Bislang hat dies – auf dem Gebiet der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung – keine besonderen Probleme bereitet. Es ist aber schon jetzt abzusehen, dass dies besondere Probleme auf dem Gebiet bereiten wird, das im Dritten Sektor von den Trägern der Freien Wohlfahrtspflege und von den vom Gemeinnützigkeitsrecht profitierenden Akteuren dominiert wird.

2. Auswirkungen auf den Dritten Sektor im Sozialbereich der Bundesrepublik Deutschland

Ein Fragenkomplex hat sich jenseits der bislang vorliegenden EuGH-Rechtsprechung als besonders problematisch erwiesen, nämlich die Subventionierung der Träger der Freien Wohlfahrtspflege. Diese EG-beihilferechtliche Problematik ist mittlerweile Gegenstand etlicher Veröffentlichungen, sorgenvoller Tagungen und kontroverser Diskussionen geworden. Diese Diskussionen zeigen mit sehr viel Deutlichkeit, welchen besonderen und vielleicht nicht ganz unproblematischen Weg die Bundesrepublik bei der Gestaltung wichtiger Bereiche der Sozialpolitik durch die Subventionierung der Tätigkeit der freien Wohlfahrtspflege eingeschlagen hat. Ein französischer Soziologe, *Bruno Jobert*, hat dies mit der Formel »financement public, discours privé« gekennzeichnet. Auch in der Bundesrepublik ist dieser Weg unter dem Vorzeichen der Problematik öffentlicher Finanzierung versus (privater) Selbstständigkeit der Träger der freien Wohlfahrtspflege diskutiert worden. Hierzu musste selbst das Bundesverfassungsgericht bemüht werden,

das sich freilich mehr oder weniger elegant dem grundlegenden Konflikt zwischen staatlicher Definitionsbefugnis und Trägerselbstständigkeit entzogen hat.⁸¹

Das EG-rechtlich produzierte Novum liegt aber nicht in einer weiteren An-schärfung des Konfliktes zwischen staatlicher Sozialpolitikkompetenz und privatem, hier wohlfahrtsverbandlichem, eigenständig definierten sozialen Handeln. Vielmehr ist mit dem EG-Recht und seiner durch den EuGH immer stärker forcierten einschlägigen Rechtsprechung eine Front eröffnet worden, die bisher von der Bundesrepublik zwar wahrgenommen und beschickt, jedoch in ihrem Wirkungsgrad wohl ziemlich unterschätzt worden ist: Da der deutsche Gesetzgeber die Erbringung sozialer Dienstleistungen immer weniger in die öffentlichen und immer mehr in die privaten Hände gelegt hat, ja den Staat und die öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften sogar gesetzlich in eine Nachrangposition gegenüber den privaten Händen verwiesen hat, ist der Konflikt nicht einer zwischen Staat und Privaten, sondern zwischen öffentlich geförderten Privaten und nicht öffentlich geförderten Privaten geworden. Dass es einen besonderen Konflikt zwischen Privaten außerhalb der üblichen Wettbewerbskonflikte geben kann, ist auf eine bundesrepublikanische Besonderheit zurückzuführen, nämlich auf die massive Subventionierung und Privilegierung einer Gruppe der Privaten, nämlich der Träger der Freien Wohlfahrtspflege und der Träger mit Gemeinnützigkeitsstatus. Hier nun setzt das EG-rechtliche Skalpell an: Wenn private Rechtssubjekte und private Unternehmen tätig werden, geht es zuerst um den rechtlichen Wirkungsstatus der Privaten und erst dann um den Wirkungsbereich, hier das Soziale, auf dem diese agieren. Man wird heute in der Bundesrepublik – anders als noch vor zehn Jahren – kaum mehr den Einwand ins Feld führen können, dass das Handeln von Subjekten nach dem Wirkungsbereich und nicht nach dem Wirkungsstatus zu beurteilen sei. Mittlerweile ist auch in der Bundesrepublik die Erkenntnis gediehen, dass das Handeln im sozialen Bereich nicht automatisch gleichzusetzen ist mit sozialem Handeln. Die deutsche Sozialgesetzgebung seit Mitte der neunziger Jahre hat sich dieser Erkenntnis geöffnet; der EG-rechtlichen Schlussfolgerungen war sie allerdings nicht gewärtig.

3. Ausblick

Das EG-Recht hat die Besonderheiten der deutschen Sozialpolitikgestaltung nicht zur Kenntnis genommen. Und die Bundesrepublik konnte sich in einem nationalen Freiraum der Sozialpolitikgestaltung wähen, da man sich der sozialpolitischen Kompetenzlosigkeit der EG-Organen sicher glaubte. Für Überraschungen sorgte jedoch der EuGH, der auch die sozialpolitische Gestaltungshoheit der Mitgliedsstaaten in die Beachtung der Marktfreiheiten eingebunden wissen will. Noch gibt es für die Akteure des Dritten Sektors im sozialen Bereich keine Handlungssicher-

81 Wie Fn. 7.

heit, da sich die EuGH-Rechtsprechung erst entwickelt und da sich die Kommission⁸² deswegen noch nicht in der Lage sieht, die eingeforderten Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auszuarbeiten.

IV. Summary

In the Federal Republic of Germany, non-profit welfare organisations play an important role in the field of social services. They are private bodies of public utility and are seen as acting in part as charitable organisations. Their legal status gives them a privileged position as regards tax law. Such non-profit welfare organisations act above all as providers in the field of social insurance and social assistance as well as in the field of social work. As service providers they are entitled to reimbursements in the same way as other private for-profit providers. Their activities in the field of social work are usually financed by state subsidies. In comparison to these activities their purely charitable activity is less important.

Under EC-Law, the activities of these organisations are not subject to specific rules. Thus Article 16 and especially Article 86 of the Treaty may be relevant on the one hand, as well as the competition regulations concerning state aids intervene in the case of economic activities (Article 87) on the other. The main question is under which conditions the activities can be considered as services of general economic interest (SGEI).

The jurisprudence of the European Court has not yet addressed the problems of dealing with state subsidized activities of the German non-profit organisations in the social field. The European Commission, which has the task to elaborate guidelines, is still waiting for indications formulated by the European Court in the Cases C-280/00 (Altmark Trans GmbH) and C-126/01 (GEMO SA).

82 KOM (2002) 636 vom 27. 11. 2002 (wie Fn. 32). Kommissionspräsident *Prodi* hat für das erste Quartal 2003 die Veröffentlichung eines Grünbuchs zu den »öffentlichen Diensten«, worunter auch die gemeinwohlorientierten Dienste verstanden werden, angekündigt, s. EUREPORT social, 12/2002, S. 10.

Gewährleistungsstaat, Zivilgesellschaft und Stiftungswesen

GUNNAR FOLKE SCHUPPERT

I. Stiftungswesen und Staatsverständnis	47	III. Regulierungskultur des Gewährleistungsstaates	54
1. Wandel des Gemeinwohlverständnisses: vom staatlichen Gemeinwohlmonopol zur Pluralität der Gemeinwohlakteure	48	IV. Gewährleistungsstaatliche Verfahrens- und Institutionenkultur	56
2. Wandel des Staatsverständnisses: vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden Gewährleistungsstaat . .	51	1. Vom Gemeinwohl a priori zum Gemeinwohl ex processu	56
II. Stiftungsrecht als Bestandteil der Rechtsverfassung der Zivilgesellschaft – Veränderung von Staatlichkeit als Veränderung des relativen Gewichts des staatlichen, privaten und dritten Sektors . .	52	2. Entwicklung einer gemeinwohl-orientierten Institutionenkultur	57
		V. Zusammenfassung	58
		VI. Summary	59

I. Stiftungswesen und Staatsverständnis

Dass der Umgang mit Stiftungen, insbesondere die Ausgestaltung und Handhabung der Stiftungsaufsicht, entscheidend vom jeweiligen Staatsverständnis geprägt ist, für diesen Befund finden sich allenthalben reichhaltige Belege; zwei Stimmen sollen hier stellvertretend herangezogen werden. Zunächst einmal die Stimme *Hagen Hofs*, der zum engen Zusammenhang von Staatsverständnis und Aufsichtsverständnis folgendes angemerkt hat¹:

»Die im modernen Verfassungsverständnis überkommene Gegenüberstellung von Staat und privatem Rechtssubjekt erfährt dabei spezifische Modifikationen. So greifen im Stiftungsrecht in sonst kaum zu findender Verflechtung privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Normen Hand in Hand. Der dabei für die Privatautonomie verbleibende Spielraum wird wesentlich *vom Staatsverständnis her bestimmt*. So war für die Zeit vor In-Kraft-Treten des Grundgesetzes das Verständnis der Stiftungsaufsicht als ›Stiftungskuratel‹ oder ›Stiftungspolizei‹ zutreffende Konsequenz der damaligen Verfassungswirklichkeit. Die Einsicht in die aus dem Wertgefüge des Grundgesetzes resultierenden Änderungen im Stiftungsrecht hat sich erst in den letzten Jahren zunehmend verbreitet.«

Die andere zu zitierende Stimme ist die *Dieter Reuters*², der darauf hinweist, dass die Diskussion über die Frage »Konzessionssystem oder Normativsystem«

1 *Hagen Hof*, Stiftungsaufsicht, in: von Campenhausen (Hrsg.), Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., München 1999, § 11 Rn. 3.

2 *Dieter Reuter*, Konzessions- oder Normativsystem für Stiftungen, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, 1997, S. 493/494.

schon mehr als 100 Jahre alt ist und dass die von den Befürwortern des Normativsystems gezogene Parallele zu den Vereinen in den Beratungen der Reichstagskommission als völlig unzutreffend verworfen wurde:

»Der Verein – so belehrte sie die Minderheit – lebe und könne die Verwendung seines Vermögens den Zeitverhältnissen entsprechend umgestalten, während die Stiftung ›tot und der Einwirkung der lebenden Generation entzogen‹ sei. Unter diesen Umständen könne der Staat nicht auf eine selbsttätige Gemeinwohlverträglichkeit von Stifter- und Stiftungshandeln vertrauen, sondern müsse diese durch entsprechende Kontrollen von sich aus garantieren. Die Kommissionsmehrheit macht sich damit die Sichtweise zu Eigen, die sich im 18. und 19. Jahrhundert für das Verhältnis von Staat und Stiftung entwickelt hatte: Stiftungen waren nur erwünscht, soweit sie das Staatsmonopol für die Definition und Verwirklichung des Gemeinwohls nicht gefährdeten. Deswegen musste der Staat sich vorbehalten, die Zulassung von Stiftungen auf die ihm jeweils verwaltungspolitisch genehmen Zwecke zu beschränken und das Handeln der Stiftung nach verwaltungspolitischer Opportunität zu lenken. Nicht zufällig sahen schon die Verfasser des 1. Entwurfs zum BGB ›einen engen Zusammenhang des Stiftungswesens mit dem öffentlichen Rechte der Einzelstaaten‹. Die Verfasser des 2. Entwurfs bestätigten, die Genehmigung insbesondere einer öffentlichen Stiftung sei ›eine aufs engste mit dem Verfassungsrecht zusammenhängende Entscheidung.‹

Diese beiden Zitate scheinen uns schon hinreichend die zentrale These unseres Beitrages zu belegen, dass man zur Neuermessung des Stiftungswesens oder zur Beurteilung von schon erfolgten Schritten zu seiner Reform³ nur dann weiterführende Perspektiven wird einbringen können, wenn man sich zuvor über den in letzter Zeit erfolgten Wandel des Staats- und Gemeinwohlverständnisses zumindest in Umrissen vergewissert hat. Beginnen wir mit dem Wandel des Gemeinwohlverständnisses:

1. Wandel des Gemeinwohlverständnisses: vom staatlichen Gemeinwohlmonopol zur Pluralität der Gemeinwohllakteure

Gemeinwohlverantwortung kann heute nicht länger als eine beim Staat monopolisierte Verantwortung gedacht werden⁴; Gemeinwohlverantwortung ist prinzipiell teilbar, und dementsprechend gibt es eine Vielzahl von nicht-staatlichen oder halb-staatlichen *Gemeinwohllakteuren*, die sich nicht nur in Gemeinwohldiskursen vernehmlich zu Wort melden – von den Kirchen über Nichtregierungsorganisationen wie Greenpeace – sondern die darüber hinaus in den Prozess der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen intensiv eingebunden sind – von der Aids-Stiftung bis

3 Materialreicher Überblick bei Bernd Andrick, Die Entwicklungen zum modernisierten Stiftungsrecht, ZSt 2003, 1–12.

4 Vgl. dazu Gunnar Folke Schuppert, Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft – Versuch einer Verhältnisbestimmung, in: Gerd Winter (Hrsg.), Das öffentliche heute. Kolloquium zu Ehren von Alfred Rinke, Baden-Baden 2002, S. 101 ff.

zu den weitgehend bürokratisierten Wohlfahrtsverbänden⁵. Diese Befunde sind im Prinzip so unbestritten, dass es genügen mag, an dieser Stelle nur drei Stichworte zu benennen, die allesamt an die Teilbarkeit der Gemeinwohlverantwortung und die Vielfalt von Gemeinwohllakteuren anknüpfen bzw. sie zur Voraussetzung haben.

a) Gemeinwohlverantwortung und Dritter Sektor

Man ist sich seit längerem darüber einig, dass die Welt sich nicht einfach in die Teilwelten des Marktes und des Staates aufteilen lässt, sondern dass es irgendwo dazwischen noch einen dritten Bereich gibt, den man als dritten Sektor bezeichnen kann⁶. In Abwandlung einer etwas altmodischen Werbung für das Produkt Klosterfrau Melissegeist »Nie war er so wertvoll wie heute«, kann man dies auch und gerade vom dritten Sektor sagen, da der Staat sich von den in ihnen tätigen Organisationen eine spürbare Entlastung erhofft und darüber hinaus die dort beheimateten Assoziationen als das Herzstück der so oft beschworenen *Zivilgesellschaft* gelten⁷. Organisationen des dritten Sektors – so können wir zusammenfassen – sind vom Selbstverständnis und Organisationsverhalten besonders häufig als nicht-staatliche Gemeinwohllakteure qualifizierbar und die Stiftungen gehören dabei in vorderster Linie mit dazu⁸.

b) Gemeinwohlverantwortung und Verantwortungsteilung

Von einer Teilbarkeit der Gemeinwohlverantwortung und einer Vielfalt von Gemeinwohllakteuren geht auch das häufig diskutierte *Konzept der Verantwortungsteilung* aus, mit dem versucht wird, jenseits der ausgetretenen Pfade von Privatisierung und »schlankem« Staat zu einer Neubestimmung der Anteile von privatem, staatlichem und drittem Sektor im Prozess der Gemeinwohlverwirklichung zu ge-

5 Gunnar Folke Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in: Jörn Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, S. 17–37.

6 Helmut K. Anheier/Eckhardt Priller/Wolfgang Seibel/Annette Zimmer (Hrsg.), Der Dritte Sektor in Deutschland. Organisationen zwischen Staat und Markt im gesellschaftlichen Wandel, 2. Aufl. Berlin 1998.

7 Helmut K. Anheier/Eckhardt Priller/Annette Zimmer, Zur zivilgesellschaftlichen Dimension des Dritten Sektors, in: H. Klingemann/F. Neidhardt (Hrsg.), Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung, WZB-Jahrbuch 2000, Berlin, S. 71–98.

8 Vgl. Rainer Walz, Die Renaissance des Dritten Sektors als Forschungs herausforderung, in: Hein Kötz/Peter Rawert/Karsten Schmidt (Hrsg.), Bürgersinn – Stiftungssinn – Gemeinnsinn. Zur Eröffnung des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non Profit-Organisationen an der Bucerius Law School am 28. September 2001, Köln u.a. 2001, S. 29 ff.

langen⁹. Es macht Ernst mit dem im Bereich der Gemeinwohlverantwortung anzutreffenden Teilbarkeits- und Vielfaltsbefund und stellt sich als Aufgabe, Organisations- und Verfahrensstrukturen zu entwickeln und bereitzustellen, in denen sich eine arbeitsteilige, kooperative Gemeinwohlverwirklichung bewerkstelligen lässt. Dazu gehören etwa kooperative Verwaltungsverfahren oder auch hybride Organisationsstrukturen im Grenzbereich des öffentlichen und privaten Sektors¹⁰.

c) Gemeinwohlverantwortung und institutionelle Hüter, Wächter und Anwälte von Gemeinwohlbelangen

Wenn man sich etwas näher mit dem Problem der Institutionalisierung von Gemeinwohlverantwortung beschäftigt, stößt man alsbald auf bestimmte Typen von Organisationen, die als Hüter, Wächter oder Anwälte des Gemeinwohls fungieren¹¹. Diese Rollenzuweisung als Hüter des Gemeinwohls kann z.B. in der Verfassung erfolgen wie etwa bei der Errichtung der Bundesbank als Hüter der Währung oder des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung; die Rollenzuweisung kann ferner auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts stattfinden wie bei der Institutionalisierung des Bundeskartellamts als Hüter des Wettbewerbs oder der Einführung der Verbandsklage im Umwelt- und Naturschutzrecht, mit der Umwelt- und Naturschutzverbände als Wächter des Gemeinwohls installiert werden. Daneben gibt es zahlreiche mehr oder weniger selbst ernannte Anwälte des Gemeinwohls wie die NGOs, die sich aber auf internationaler Ebene zunehmender politischer und rechtlicher Anerkennung erfreuen.

Schon diese wenigen Bemerkungen animieren zu der Frage, wie eigentlich *institutionenpolitisch* mit dem Typ der *gemeinwohlorientierten Allzweckstiftung* angemessen umzugehen wäre; eine – wie jetzt vorgesehene – staatliche Prüfung ihrer Gemeinwohlgefährlichkeit scheint uns dafür nicht der richtige gedankliche Ansatz zu sein.

9 Vgl. dazu die Beiträge in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Baden-Baden 1999.

10 Siehe dazu Gunnar Folke Schuppert, *Verzahnung von öffentlichem und privatem Sektor im Spiegel neuer Organisationsmodelle*, in: Peter Eichhorn/Christoph Reichard/G. F. Schuppert (Hrsg.), *Kommunale Wirtschaft im Wandel – Chancen und Risiken*, Baden-Baden 2000, S. 87–120.

11 Nachweise dazu bei Gunnar Folke Schuppert, *Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohl Konturen zu verleihen*, in: ders./Friedhelm Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, WZB-Jahrbuch 2002, Berlin, S. 19–64.

2. *Wandel des Staatsverständnisses: vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden Gewährleistungsstaat*

Der moderne Staat verfügt über zahlreiche begriffliche Gewänder – kooperativer Staat und aktivierender Staat als jüngere Beispiele – und es wäre eine sicherlich reizvolle Aufgabe, einmal zu untersuchen, welche Faktoren für Umfang und Stil einer solchen Begriffsgarderobe maßgeblich sind; ohne dem hier weiter nachgehen zu können, knüpfen wir mit unseren nachfolgenden Überlegungen einfach an die Beobachtung an, dass immer häufiger und inzwischen wie selbstverständlich vom modernen Staat als *Gewährleistungsstaat* gesprochen wird. Diese Entwicklung zum Gewährleistungsstaat ist von *Wolfgang Hoffmann-Riem* unlängst wie folgt skizziert worden¹²:

»Schlagwortartig lassen sich die Änderungen dahingehend beschreiben, dass der Staat immer weniger für bestimmte Ergebnisse einsteht, insbesondere für die direkte Erfüllung von Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger. Stattdessen schaltet er zunehmend andere (insbesondere Private) in die Problemverarbeitung ein, *gewährleistet aber die Funktionsfähigkeit dieses Weges der Problemverarbeitung* ... Der erfüllende Wohlfahrts- und Interventionsstaat wird durch den *ermöglichenden Gewährleistungsstaat* überlagert und teilweise ersetzt.«

Die Redeweise vom Gewährleistungsstaat bringt also einen *Rollenwechsel des Staates* auf den Begriff, er ist ein Drehbuchbegriff¹³, mit dem die Rollenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beschrieben werden soll; ganz in diesem Sinne heißt es dazu bei *Heinrich Reinermann* wie folgt¹⁴:

»Die öffentliche Hand konzentriert sich auf die Gewährleistung der Erfüllung nach wie vor als öffentlich angesehener Aufgaben; sie sieht ihre eigentliche Rolle zuallererst in einer Steuerung, nicht unbedingt auch in der Erbringung öffentlicher Aufgaben (von ›providing‹ zu ›enabling‹). Mit diesem *Rollenverständnis* öffnet sich der Blick auf eine Fülle neuer Handlungsformen des Staates, die der Orientierung, der Rahmensetzung, der Moderation, der finanziellen Unterstützung, generell der Zusammenarbeit mit nichtstaatlichen Einrichtungen in Netzwerken und Partnerschaften gewidmet sind ... Es könnte sich ... um einen Wandlungsprozess handeln, der schon vor längerer Zeit begonnen hat und der mit der Zeit die Bewertung zulässt, die Auffassung von und das Selbstverständnis der öffentlichen Verwaltung hätten sich paradigmatisch geändert.«

Der Gewährleistungsstaat zieht sich also nicht aus seiner Aufgabenverantwortung zurück, vielmehr verändern sich im Unterschied zur Selbsterfüllung Modi und Strukturen der Zielverwirklichung. Staatliche Gewährleistungsverantwortung

12 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat, DÖV 1999, 221 ff., 222.

13 *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, S. 400 ff.

14 *Heinrich Reinermann*, Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltungen, Speyerer Forschungsberichte Nr. 139, 1994, S. 3 und 26.

kann daher definiert werden als die private Kräfte einbeziehende Steuerungsverantwortung des Staates, die auf die Bereitstellung von bestimmten – insbesondere rechtlichen – Strukturen für die Leistungserbringung durch gesellschaftliche Kräfte gerichtet ist¹⁵. Die sich dabei stellende Steuerungsaufgabe des Staates kann als rechtliche *Struktursteuerung* bezeichnet werden, für deren Funktionieren es der Entwicklung eines entsprechenden Gewährleistungsverwaltungsrechts bedarf¹⁶.

Schon diese wenigen Bemerkungen animieren zu der Frage, wie eigentlich *gewährleistungsrechtlich* mit den Gemeinwohlbeiträgen von Stiftungen als Gemeinwohlakteuren angemessen umzugehen wäre; eine möglichst umfassende Selbstregulierung der Stiftungen scheint uns dafür der richtige gedankliche Ansatz zu sein. Bevor wir darauf noch einmal zurückkommen, wollen wir in unseren Überlegungen auch die zunehmende Bedeutung der Zivil- oder Bürgergesellschaft mit einbeziehen.

II. Stiftungsrecht als Bestandteil der Rechtsverfassung der Zivilgesellschaft – Veränderung von Staatlichkeit als Veränderung des relativen Gewichts des staatlichen, privaten und dritten Sektors

Wir haben wiederholt die Auffassung vertreten, dass es ein untrügliches Anzeichen der Veränderung von Staatlichkeit ist, wenn sich das relative Gewicht der einzelnen Sektoren zueinander verändert, wenn also der staatliche Sektor auf Kosten des privaten Sektors expandiert oder wenn – umgekehrt – staatlich dominierte Bereiche zunehmend von nicht-staatlichen Akteuren »betreut« werden¹⁷. Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass Umfang und Gewicht der einzelnen Sektoren nicht etwa statische Größen sind, sie sich vielmehr dauernd verändern und die Sektoren sich dabei – wie etwa bei Eisschollen beobachtbar – aneinander reiben oder sich gegenseitig überlappen.

In dieser Auffassung fühlen wir uns bestätigt durch die Ausführungen Lord Dahrendorfs zur Eröffnung des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen an der Bucerius Law School am 28. 9. 2001; es heißt dort in für uns lehrreicher Weise wie folgt¹⁸:

15 *Claudio Franzius*, Gewährleistung im Recht. Vorüberlegungen zur rechtlichen Strukturierung privater Gemeinwohlbeiträge am Beispiel des Umweltschutzes, Diskussionspapiere zu Staat und Wirtschaft des Europäischen Zentrums für Staatswissenschaften und Staatspraxis, Berlin 36/2002.

16 Dazu nunmehr *Andreas Voßkuhle*, Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 62, 2003, S. 266–335.

17 Zusammenfassend in: Verwaltungswissenschaft (Fn. 13), S. 354 ff.

18 *Lord Ralf Dahrendorf*, Ämter, Unternehmen, Assoziationen: Die Bürgergesellschaft in Europa, in: Kötz u.a. (Fn. 8), S. 13 ff.

»Es gibt den ›ersten Sektor‹ des Staates, den ›zweiten Sektor‹ der Wirtschaft und den ›dritten‹ oder ›freiwilligen Sektor‹. Ich ziehe es vor, von der Verfassung der Freiheit, der Marktwirtschaft und der Bürgergesellschaft zu sprechen. Aber welche Vokabeln man auch verwendet, es lohnt sich, über die Beziehung zwischen den dreien ein paar Beobachtungen anzubieten.

Die erste und wichtigste Beobachtung ist die, dass die Existenz von drei relativ autonomen Sektoren selbst ein Zeichen der Freiheit ist. In totalitären Staaten gibt es nur eine bestimmende Instanz, die des Staates. Spuren der Bürgergesellschaft sind Instrumente der Opposition und daher eine Bedrohung der Herrschenden ...

Für Europa ist eine zweite Beobachtung ebenso wichtig. Es gibt offenbar *historisch bedingte Unterschiede in der relativen Bedeutung der Elemente der Trias von Sektoren*. Insbesondere unterscheiden sich die angelsächsische und die kontinentaleuropäische Tradition in der Rolle des Staates. ...

Eine dritte Beobachtung ist indes sogleich anzufügen, nämlich dass die *angedeutete Situation sich verändert*. ...

Was immer die Motive sein mögen – und sie reichen von der demographischen Entwicklung bis zu den Voraussetzungen der Währungsunion –, überall beobachten wir einen *gewissen Rückzug des Staates*. Das ist nicht unbedingt ein Anreiz für privates Handeln; in gewisser Weise sind die Lücken, die der reduzierte Staat lässt, für Eigeninitiative einschließlich privater Finanzierung besonders unattraktiv. Wohl aber zeigt sich, dass neue Ideen und damit auch neue institutionelle Entwicklungen in wachsendem Maße von bürgerschaftlichen Initiativen ausgehen. ...

Damit stellt sich – dies meine vierte Beobachtung – die Frage, *wie unter den veränderten Bedingungen die Beziehung zwischen den Assoziationen der Bürgergesellschaft und dem Staat sinnvoll gestaltet werden kann*. Das ist eine besonders schwierige Frage angesichts von Entwicklungen, die in Deutschland noch nicht so ausgeprägt sind wie in Großbritannien, aber auch hier stattfinden, nämlich den gemischt öffentlich-privaten Projekten. Es handelt sich dabei um eine spezifische Form der Mischung: Der Staat verspricht bestimmte Ergebnisse, überlässt es aber dem dritten Sektor, diese zu liefern.«

Es lohnt sich, diese Passagen etwas ausführlicher wiederzugeben, weil mit ihnen an unsere vorherigen Überlegungen zum Wandel des Gemeinwohl- und des Staatsverständnisses angeknüpft und zugleich eine kurze Zwischenbilanz gezogen werden kann; sie lautet wie folgt:

- Die Existenz von staatlichem, privatem und drittem Sektor als autonom existierenden Sektoren ist ein zentrales Element der Freiheitsgewährleistung des Einzelnen. Sie ist Voraussetzung für die Teilbarkeit der Gemeinwohlverantwortung und für eine Pluralität von Gemeinwohlakteuren.
- Das relative Gewicht der einzelnen Sektoren ist in unterschiedlichen Gesellschaftsordnungen vor allem aus historischen Gründen und solchen der politischen sowie der Rechtskultur unterschiedlich groß. Grundlegende Änderungen der Gesellschaftsordnung müssten daher auch an Veränderungen des relativen Gewichts der verschiedenen Sektoren ablesbar sein – wie dies etwa bei der Erstarbung der Zivilgesellschaft in den Ländern Ost- und Mitteleuropas zu beobachten ist.
- Umfang und Gewicht der einzelnen Sektoren im Verhältnis zueinander zu verändern, ist vielfach Gegenstand einer darauf zielenden Regierungs- und Ver-

waltungsreform. Vor diesem Hintergrund ist auch der oben skizzierte Wandel von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung zu sehen.

- Viertens schließlich bedarf es angesichts der angesprochenen Wandlungsprozesse im Verhältnis der Sektoren zueinander einer – vor allem auch rechtlichen – Ausgestaltung ihrer Beziehungen miteinander. Dies bedeutet vor allem die Bereitstellung von solchen Organisations- und Verfahrensstrukturen, in denen zivilgesellschaftliche Akteure in weitgehender Autonomie ihre eigenständigen Gemeinwohlbeiträge erbringen können. Insoweit hat die Rechtsordnung eine Rechtsverfassung der Zivilgesellschaft anbietend bereitzustellen – mit einem modernen Stiftungsrecht als einem ihrer wichtigsten Bausteine.

Nach diesen Vorüberlegungen wollen wir nunmehr der Frage nachgehen, was dies für eine autonomieschonende Ausgestaltung der Rechtsverfassung der Zivilgesellschaft für Konsequenzen hätte.

III. Regulierungskultur des Gewährleistungsstaates

Wie wir an anderer Stelle ausgeführt haben¹⁹, kann man versuchen, unterschiedlichen Staatstypen unterschiedliche Regelungstypen zuzuordnen, um auf diese Weise einen ersten Ausgangspunkt für die Analyse der für einen bestimmten Staatstyp charakteristischen Regulierungskultur zu gewinnen. In diesem Sinne könnte man – so haben wir vorgeschlagen – die folgenden sechs Paarungen unterscheiden:

- Interventionsstaat und interventionistisches Recht,
- Wohlfahrtsstaat und sozialstaatliches Verwaltungsrecht,
- Planender Verwaltungsstaat und Planungsrecht,
- Präventionsstaat und präventionsstaatliches Sicherheitsrecht,
- Kooperativer Staat und kooperative Rechtsstrukturen,
- Gewährleistungsstaat und regulierendes Recht.

Diese Gegenüberstellungs-Methode führt nicht nur zu sonst nicht weiter belangvollen hübschen Paarungen, sondern hilft – wie das Aufsetzen einer neuen, schärferen Brille – die Besonderheiten der jeweiligen Regelungsstrukturen deutlicher wahrnehmen zu können. Am Beispiel des Planungsrechts – geringere Regeldichte, Final- statt Konditionalprogramme, Planungsermesslen – und am Beispiel des präventionsstaatlichen Sicherheitsrechts – Überwindung des klassischen Gefahrenbegriffs, prospektives statt reaktives Handeln, Vorfeldtätigkeit der Sicherheitsverwaltung – ließe sich dies leicht näher erläutern. Uns scheint jedenfalls

¹⁹ *Gunnar Folke Schuppert*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, in: Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001): Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, S. 201–252.

diese Methode ertragreich genug zu sein, um auch einen kurzen Blick auf die dem Gewährleistungsstaat angemessenen Regelungsstrukturen zu werfen.

Dabei können wir zunächst an den wiederholt erhobenen Befund anknüpfen, dass der Gewährleistungsstaat vor allem als *Regulierungsstaat* auf den Plan tritt²⁰. Es bedarf daher einer die spezifischen Regulierungsbedürfnisse des Gewährleistungsstaates aufnehmenden und das Zusammenwirken von staatlichen Strukturvorgaben und gesellschaftlicher Selbstregulierung ermöglichenden Regelungskonzepts, das den für den Gewährleistungsstaat typischen Steuerungsmodus auf den Begriff bringt. Dieses Regulierungskonzept liegt in seinen Grundzügen vor und firmiert unter dem Etikett der »regulierten Selbstregulierung«²¹, womit das Spezifikum einer Steuerungstechnik zutreffend erfasst wird, die durch eine regulatorische Parallelschaltung von privaten und öffentlichen Interessen aus am Eigeninteresse orientierten Beiträgen nicht-staatlicher Akteure Gemeinwohlbeiträge Privater zu machen versucht.

Gewährleistungsrecht im Sinne regulierter Selbstregulierung setzt also einen *Rahmen* für gesellschaftliche Selbstregulierung. Dieser rechtliche Rahmen für eine selbstregulative Gemeinwohlhervorbringung zielt auf die Achtung der Rationalität des jeweiligen Handlungssystems sowie die Minimierung staatlicher Vorgaben und Eingriffe und will auf diese Weise Anstöße für die Entfaltung gesellschaftlicher Innovationspotentiale geben²². *Gewährleistungsrecht ist daher funktional Ermöglichungsrecht*²³.

Diese Funktion des Gewährleistungsstaates, die endogenen Potentiale der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen und dabei die Eigenrationalitäten des öffentlichen wie des privaten Sektors zu erhalten, muss auch die Grundstrukturen eines Gewährleistungsstaates spezifischen Stiftungsrechts prägen. Dies aber würde voraussetzen, von dem *vormundschaftlichen Geist* des früheren Stiftungsrechts, und insbesondere seiner Stiftungsaufsicht, wirklich Abschied zu nehmen und Gründung und Kontrolle der Stiftung im Rahmen rechtlicher Vorgaben der *Selbstregulierung* zu überlassen; dass die neuen Regelungen davon noch weit entfernt sind, dies zeigt der nun einzuschaltende O-Ton der Schlussbemerkungen des schon zitierten Beitrages von *Bernd Andrick*²⁴:

20 Vgl. *Edgar Grande*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, in: Klaus König/Angelika Benz (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, Baden-Baden 1998, S. 576 ff.; ferner *ders./Eberlein*, Der Aufstieg des Regulierungsstaates. Zur Transformation der Politischen Ökonomie der Bundesrepublik Deutschland, Arbeitspapier 2/1999.

21 Vgl. die Beiträge von *Andreas Voßkuhle*, »Regulierte Selbstregulierung« – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, und von *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, beide in: »Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates« (Fn. 19), S. 197 ff., 253 ff.

22 Siehe dazu *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Innovationen durch Recht und im Recht, in: Martin Schulte (Hrsg.), *Technische Innovation und Recht*, 1996, S. 3 ff.

23 So zutreffend *Claudio Franzius* (Fn. 15), S. 9.

24 Fn. 3, S. 11 f.

»Das Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es sich an die *bewährten Elemente des bisherigen Konzessionssystems*, welches immerhin die rechtliche Basis für das sich bereits seit Jahren erfreulich entwickelnde und in der Öffentlichkeit mittlerweile viel Beachtung findende Stiftungswesen gewesen ist, angelehnt hat. Die Stiftung entsteht durch die Anerkennung, einem rechtsgestaltenden Verwaltungsakt der Stiftungsbehörde, womit die *staatliche Fürsorge für die Stiftung* nach wie vor bereits im Entstehungsstadium einsetzt. Die Stiftung ist auf eine solche Betreuung und den staatlichen Schutz auch angewiesen. Denn ihrer eigentümlichen Struktur nach handelt es sich bei ihr um ein mitgliederloses Rechtssubjekt ohne eigene Willensbildung mit einem die Begehrlichkeit reizenden Vermögen. Der Staat übernimmt bereits bei der Gründung der Stiftung die Verantwortung für diese und bietet fortan die Gewähr für die Einhaltung des Stiftungswillens und das rechtskonforme Handeln in der Stiftung und ihrer Organe. Das Modernisierungsgesetz entspricht damit der fundierten Einschätzung der stiftungsrechtlichen Praxis, die sich in den Worten des früheren Ersten Vorsitzenden des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, v. Campenhausen, widerspiegelt: »Das bewährte staatliche Aufsichtswesen darf nicht abgeschafft werden.«

IV. Gewährleistungsstaatliche Verfahrens- und Institutionenkultur

1. Vom *Gemeinwohl a priori* zum *Gemeinwohl ex processu*

Jeder Verlust des Definitionsmonopols für das *Gemeinwohl* hat – welche Instanz auch immer dieses Monopol für sich beanspruchen konnte – bestimmte angebbare Konsequenzen: Gibt es eine *Pluralität von Gemeinwohllakteuren*, so bedarf es eines wie auch immer gearteten *Verfahrens*, um die von ihnen eingebrachten, in der Regel durchaus *unterschiedlichen Gemeinwohlaspekte* zu dem zu verdichten, was als *Gemeinwohl* gelten soll. Dass damit der *Verfahrensgedanke* in den Mittelpunkt der *Gemeinwohlproblematik* rückt, entspricht inzwischen allgemeiner Auffassung; als Zeugen dafür wollen wir *Hans-Detlef Horn* bemühen, der in einem Beitrag mit dem schönen Untertitel »Zur Suche nach Organisationsprinzipien im Kampf ums *Gemeinwohl*« dazu Folgendes ausgeführt hat²⁵:

»Der Verfassungsstaat (westlicher Prägung) geht weder von einer apriorischen, metaphysischen Vorfindlichkeit konkreter *Gemeinwohlinhalte* aus noch toleriert er den autokratisch-totalitären Oktroy definierter *Gemeinwohlwahrheiten*«. Was er vielmehr akzeptiert, ist die unabweisbare Vorfindlichkeit des gesellschaftlichen Pluralismus, d.h. die Vielheit und Vielfalt der vorherrschenden individuellen wie gesellschaftlich-kollektiven Besonderheiten und ihrer unterschiedlichen, aber vom solidarischen Willen zur Staatlichkeit getragenen Vorstellungen vom »guten« Zustand des *Gemeinwesens*.«

25 *Hans-Detlef Horn*, Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus. Zur Suche nach Organisationsprinzipien im Kampf ums *Gemeinwohl*, Die Verwaltung 1993, 545 f., 548.

Regulieren also Kompetenz und Verfahren das Gemeinwohl, so entsteht es – wie Häberle²⁶ es treffend ausgedrückt hat – in processu:

»Die Bestandsaufnahme der mannigfachen Anhörungs- und Mitwirkungsrechte privater Beteiligter und Interessengruppen, die heute im Rahmen von Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit Tatbeständen öffentlichen Interesses normiert sind, also das öffentliche Interesse ›ex processu‹ entstehen lassen, verlangt eine Überprüfung der Funktion von ›Verwaltung‹ schon an dieser Stelle. Denn in diesen Verfahrensvorschriften und Kompetenzbestimmungen zugunsten pluralistischer Beiräte etc. kommt eine tief greifende Wandlung zum Ausdruck: Das von der Verwaltung zu realisierende öffentliche Interesse ist hier nicht mehr selbstverständlich vorgegebene Größe. Es wird vielmehr mit Hilfe im Verfahren zur Geltung kommender betroffener pluraler und privater Interessen mitkonstituiert.«

2. Entwicklung einer gemeinwohlorientierten Institutionenkultur

Haben wir es im modernen Staat mit einer Mehrzahl von Gemeinwohllakteuren zu tun, so bedarf es neben Verfahrensregeln für die Mitwirkung nicht-staatlicher Gemeinwohllakteure auch einer am Gemeinwohl ausgerichteten »konkreten und differenzierten Zuordnung und institutionellen Gestaltung der wechselseitigen Einflussnahme von staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren«²⁷, also einer *funktionsgerechten Gemeinwohlorganisation*, die »die differenzierte Zuordnung der Wahrnehmungskompetenzen von Staat und Gesellschaft im einheitlichen Vorgang der Gemeinwohllieferung je struktur- und funktionsgerecht zu steuern« vermag²⁸. Dazu passt auch, was *Udo Di Fabio* als »Gemeinwohlausrichtung der Organisationsstruktur« bezeichnet und am Beispiel von *Organisationseinheiten als Agenten des Gemeinwohls* wie folgt veranschaulicht hat²⁹:

»Besonders deutlich wird der Ansatz instrumenteller Selbstregulierung im Bemühen des Gesetzgebers, gesellschaftliche Organisationsstrukturen auf Gemeinwohlbelange, insbesondere die Verwirklichung von Gesetzesvorgaben, auszurichten. Der selbstregulative Ansatz möchte Rezeptoren für öffentlich festgelegte Belange in ›egoistische‹ außerstaatliche Systeme einbauen, so wie die Handelsüberwachungsstelle jüngst durch das zweite Finanzmarktförderungsgesetz als ›Agent des Gemeinwohls‹ in die Börse eingebaut worden ist.«

Steuerungstheoretisch gesehen geht es bei der Bereitstellung von gemeinwohlfördernden institutionellen Arrangements also weniger um den sonst mit der

26 *Peter Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, Bad Homburg 1970, S. 52.

27 *Hans-Heinrich Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, 950 ff., 953.

28 *Horn* (Fn. 25), S. 549.

29 *Udo Di Fabio*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 56, 1997, 235 ff., 245/246.

Steuerungsleistung von Recht konnotierten Begriff von verhaltensdirigierenden Bestimmungen im Sinne von »Vorschriften«, sondern um *eine andere Wirkung von Recht*, nämlich um – wie wir es an anderer Stelle genannt haben³⁰ – *strukturelle Steuerung* durch Bereitstellung eines institutionell verfestigten Ordnungsrahmens für gemeinwohlverträgliches Verhalten (Eigenüberwachung, Betriebsbeauftragte, Öko-Audit als Beispiele). Von zentraler Bedeutung wird hier die Funktion des Rechts, gemeinwohlverträgliche und gemeinwohlfördernde Verhaltensmöglichkeiten zu eröffnen und dazu zu motivieren. Ein in diesem Sinne gemeinwohlorientiertes Recht erfordert *die Bereitstellung von institutionellen Arrangements*, die den Raum gemeinwohlfördernden Verhaltens erweitern und kontinuierlich offen halten.

Man kann insoweit mit *Gertrude Lübbe-Wolff*³¹ von der *notwendigen Entwicklung einer institutionellen Kultur* sprechen im Sinne der Bereitschaft aller Beteiligten, an der Entwicklung vernünftiger institutioneller Lösungen, vor allem für die Nutzung von Kollektivgütern (Umwelt) auch ohne Zwang, sondern aus innerer Einsicht mitzuwirken.

Wenn wir bilanzierend die Funktionslogik von gemeinwohlermöglichendem und gemeinwohlerunterstützendem Recht beschreiben sollten, so bestünde sie darin, vernünftige, gemeinwohlverträgliche, institutionelle Lösungen anzubieten, die Mitwirkung daran durch rechtlich vermittelten, motivationalen Druck attraktiv zu machen und auf diese Weise zur Entwicklung einer gemeinwohlorientierten Kultur der Mitwirkung an vernünftigen institutionellen Lösungen beizutragen. In den Bereich des Stiftungswesens übersetzt, ginge es um die Kombination eines steuerrechtlich erzeugten Motivationsschubes mit einem Angebot von organisatorischen Gestaltungsmöglichkeiten (Stichworte: Stiftungskörperschaften, Eigenkontrolle von Stiftungen), eines Stiftungsrechts also, das sich nicht als betreuendes, sondern als optionales Recht versteht.

V. Zusammenfassung

Nach allgemeiner Auffassung befindet sich unsere überkommene Staatlichkeit im Wandel. Unsere erste These ist, dass die Veränderung von Staatlichkeit sich vor allem als Veränderung des relativen Gewichts des staatlichen, privaten und dritten Sektors manifestiert. Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass Umfang und Gewicht der einzelnen Sektoren nicht etwa statische Größen sind, sie sich vielmehr

30 Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 65–114.

31 Gertrude Lübbe-Wolff, Recht und Moral im Umweltschutz, Baden-Baden 1999.

dauernd verändern und die Sektoren sich dabei – wie etwa bei Eisschollen beobachtbar – aneinander reiben oder sich gegenseitig überlappen.

Eine zunehmend wichtiger werdende Eisscholle ist dabei der dritte Sektor oder – anders gewendet – die so genannte Zivilgesellschaft als Heimat einer großen Vielzahl nicht-staatlicher Gemeinwohlakteure: zu ihnen gehören auch und gerade die gemeinnützigen Stiftungen.

Unsere zweite These ist daher, dass das Stiftungsrecht als Bestandteil der Rechtsverfassung der Zivilgesellschaft verstanden werden muss. Daher muss es sich vom vormundschaftlichen Geist des früheren Stiftungsrechts verabschieden und sich der Rechtskultur des staatliche Regulierung und private Selbstregulierung miteinander verbindenden Gewährleistungsstaates verpflichtet fühlen. Gewährleistungsrecht aber ist funktional Ermöglichungsrecht. In den Bereich des Stiftungswesens übersetzt, ginge es um die Kombination eines steuerrechtlich erzeugten Motivationsschubes mit einem Angebot von organisatorischen Gestaltungsmöglichkeiten (Stichworte: Stiftungskörperschaften, Eigenkontrolle von Stiftungen), eines Stiftungsrechts also, das sich nicht als betreuendes, sondern als optionales Recht versteht.

VI. Summary

It is generally recognised that our conventional view of statism is in a process of transition. Our first proposition is that the alteration of the state sector is manifest above all in a shifting of the relative weight of the state, private and third sectors. This is based on the view that the extent and weight of individual sectors are in no way static, but rather constantly change, and that in this process the individual sectors rub against or overlap with each other, somewhat like ice floes.

The third sector is an increasingly important ice floe, or – seen in another way – the so-called civil society is home to a large variety of non-state welfare agencies: including and in a prominent role the non-profit foundations.

Accordingly our second proposition is that foundation law must be seen as an element of the legal constitution of civil society. As such it has to depart from the tutelary spirit of earlier foundation law and declare its allegiance to the legal culture of the welfare state with its combination of state regulation and private self-regulation. Yet welfare law is functionally a law of opportunity. Translated into the field of the foundation, it would involve the combination of motivational impulses created by fiscal law with the scope for organisational structuring (key words: foundation corporations, autonomy of foundations), that is a law of foundations which sees itself not as supervisory but as optional law.

Vertragsregimes im »Dritten Sektor«

Zur Verortung des Verwaltungsrechts angesichts des Zusammenwachsens privat- und öffentlichrechtlicher Handlungsformen

PEER ZUMBANSEN*

I. Einleitung.....	61	III. Erbschaften des Staates und Erbantritte der Gesellschaft: Wissensdefizite im Übergang vom Interventions- zum Verhandelnden Sozialstaat.....	78
II. Reformdebatten in Staats- und Gesellschaftsdiskursen.....	66	IV. Summary.....	83
1. Vertragsrecht im »Dritten Sektor«.....	67	Anhang.....	84
2. Steuerung und Verteilung durch Dezentralität und Autonomieermöglichung.....	76		

I. Einleitung

Im Rahmen der seit mehr als dreißig Jahren geführten Debatte um die Zukunft des Wohlfahrtsstaates in Zeiten der Globalisierung und Privatisierung¹ scheinen Untersuchungen, die nicht die grundsätzliche Finanzierbarkeit und das Überleben wohlfahrtsstaatlicher Einrichtungen selbst zum Gegenstand haben, einer besonderen Rechtfertigung zu bedürfen. Angesichts des sich durch Konjunkturschwäche und Arbeitslosigkeit weiter verstärkenden Drucks auf die Kassen der öffentlichen Hand müssen Überlegungen zur Binnenreform gewachsener Strukturen des Wohlfahrtsstaates um jeden Preis ziel- und ergebnisorientiert sein. Die soziologische Analyse des Gegenstands gerät in die Sogkraft der politischen Diskussion über den Wert und die Berechtigung des Wohlfahrtsstaates selbst. Gerade aber die

* Ich danke *Gralf Calliess* und *Vaios Karavas* für konstruktive Kritik und Anregungen.

1 Vgl. jüngst *Rieger/Leibfried*, Grundlagen der Globalisierung. Perspektiven des Wohlfahrtsstaates, 2001; *Zacher*, Zur Lage des deutschen Sozialstaates, in: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart (FS Brohm), 2002, 645–657, 655 f., mit Hinweis auf die weiterhin wichtige Rolle der Nationalstaaten und der EU bei der Bewältigung der »Konsequenzen der Globalisierung«; *Drezner*, Globalization and Policy Convergence, *International Studies Review* 2001, 53–78, mit einer entschiedenen Zurückweisung der These, dass Globalisierung weltweit zu einem »race to the bottom« und allgemein zur Konvergenz politischer Systeme führe; hierzu auch: *Mosley*, Room to Move: International Financial Markets and National Welfare States, IO 2000, 737–773, 764–6, und *Rhodes*, Why EMU Is – or May Be – Good for European Welfare States, in: Dyson (Hrsg.), European States and the Euro. Europeanization, Variation, and Convergence, 2002, 305–333, 307; vgl. auch: *Thelen*, Varieties of Labor Politics in the Developed Democracies, in: Hall/Soskice (Hrsg.), Varieties of Capitalism, 2001, 71–103, 72 f.

empirischen Arbeiten von Politikwissenschaftlern und Ökonomen der letzten Jahre² weisen auf die Bruchstellen in der Argumentation hin, die in der Globalisierung die exklusive Ursache für die Krise des Wohlfahrtsstaates erkennen will. Demgegenüber wird mit einiger Berechtigung vorgetragen, dass die nationalen, historisch und institutionell gewachsenen Unterschiede in der Ausdifferenzierung von Rechts- und Sozialstaatlichkeit die Anpassungsvarianzen und Adaptionmöglichkeiten moderner Wohlfahrtsstaaten in entscheidendem Maße bestimmen und begrenzen und dass die Globalisierung weniger »von außen« kommt als vielmehr innerhalb dieser institutionellen Einbettung selbst mit hervorgebracht zu werden scheint.³ Auch wenn damit nicht die Öffnung von Kapital- und Produktionsmärkten sowie die ebenso zur Globalisierung gehörende verstärkte internationale Verflechtung politischer und zivilgesellschaftlicher Akteure in Frage gestellt werden soll,⁴ so ist im Rahmen der Debatte über »Sozialstaat und Globalisierung« doch ein besonderes Augenmerk auf die historischen Besonderheiten und kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Eigenheiten zu legen, die zu der jeweiligen Ausgestaltung von Wohlfahrtssystemen entscheidend beigetragen haben. Erst im Rahmen einer historisch informierten Betrachtung der Legitimationsforderungen

2 Siehe *Seliger*, Die Krise der sozialen Sicherung und die Globalisierung – politische Mythen und ordnungspolitische Wirklichkeit, *ORDO* 2001, 215–238, mit einer bestechend klaren, wettbewerbstheoretischen Analyse und Dekonstruktion der gängigen Mythen über die Abhängigkeit der Sozialstaatskrise von der Globalisierung; vgl. hierzu auch die Nachweise in Fn. 1, bes. *Mosley*, *Rhodes* und *Thelen*, die wie *Seliger* zahlreiche Belege einer Konsolidierung »gereifter« Wohlfahrtsstaaten (*Pierson*, vgl. Fn. 3) in den letzten Jahren vorfinden. Vgl. auch *Soskice*, Globalisierung und institutionelle Divergenz: Die USA und Deutschland im Vergleich, *Geschichte und Gesellschaft* 1999, 201–225, der den Wohlfahrtsstaat als ein Element des für Unternehmensgründer entscheidenden, nationalen Systemvorteils hält.

3 Vgl. *Seeleib-Kaiser*, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung: Divergenz, Konvergenz oder divergente Konvergenz, *Zeitschrift für Sozialreform* 1999, 3–23, 7 f.; *Pierson*, Post-Industrial Pressures on Mature Welfare States, in: *Pierson* (Hrsg.), *The New Politics of the Welfare State*, 2001, 80–106, 82 ff., mit Hinweisen auf strukturelle Veränderungen in den nationalstaatlichen, post-industriellen Wirtschaftssystemen; *Seliger*, *Krise der sozialen Sicherung* (Fn. 2), 222.

4 Jüngst etwa *Schmidtchen*, *Lex mercatoria und die Evolution des Rechts*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Räumen*, 2002, 1–31; vgl. auch *Menzel*, *Globalisierung versus Fragmentierung*, 1998, 56 ff., 99 ff.; *Albert/Brock/Hessler/Menzel*, *Die Neue Weltwirtschaft. Entstofflichung und Entgrenzung der Ökonomie*, 1999; *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., 2002, 1; *Mayntz*, *Internationale Organisationen im Prozess der Globalisierung*, in: *Nahamowitz/Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts II: Internationale Organisationen und Regelungsbereiche*, 2002, 85–105; *Brunkhorst*, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002, 153 ff.; *Zumbansen*, *Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*, *Kritische Justiz [KJ]* 2001, 46–68, 52 ff.; wissenschaftstheoretisch sehr erhellend: *Teubner*, *Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in: *Brunkhorst/Kettner* (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000, 240–273, 246 ff., und *Albert*, *Zur Politik der Weltgesellschaft. Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, 2002.

nationaler und internationaler Akteure können gewachsene Strukturen ebenso wie semantische Prägungen gekennzeichnet werden, die für eine Konzeptualisierung neuer Politik- und Steuerungsmodelle kritisch hinterfragt werden müssen.⁵

Die Thematik der zunehmenden *Kontraktualisierung* von Rechtsbeziehungen im sogenannten »Dritten Sektor«, etwa zwischen Leistungs- und Einrichtungsträgern sowie Leistungsempfängern,⁶ bietet reiches Anschauungsmaterial für eine Analyse des gegenwärtigen Umbaus des Sozialstaates. Als Phänomen des verhandelnden, kontraktualisierten Staates⁷ oder sogar einer *Zivilisierung des Wohlfahrtsstaates*⁸ kann sie nur im Kontext der gegenwärtigen Reformbestrebungen in Verwaltung und Verwaltungswissenschaft sowie rechtstheoretischer Überlegungen zur Rolle des Rechts in einer ausdifferenzierten, stärker auf dezentrale Selbstorganisation setzenden Gesellschaft verstanden werden.⁹ Dieser weitere Zusam-

5 Zur Einbettung wohlfahrtsstaatlicher Systeme in nationale Volkswirtschaften sehr erhellend *Huf*, Die sozialstaatliche Einbettung der Marktökonomie, Zeitschrift für Sozialreform 1999, 221–241, der sich von der bei *Granovetter* zu findenden Reduktion der »embeddedness«-Konzeption auf wirtschaftliche Interaktionspartner abgrenzen will; vgl. *Granovetter*, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, American Journal of Sociology 1985, 481–510; zur prägenden Rolle von Begriffssamantiken anhand der Beispiele von »Staat«, »Gesellschaft« und »Vertrag« vgl. *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000.

6 Jüngst *Richter*, Privatisierung und Funktionswandel der freien Wohlfahrtspflege. Strategien in nationalen und europäischen Sozialmärkten, 2002, 115 ff.; s. auch: *Rogge*, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001, 21–23; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 157–167; sehr informativ weiterhin: *Backhaus-Maul/Olk*, Von Subsidiarität zu »outcontracting«: Zum Wandel der Beziehungen von Staat und Wohlfahrtsverbänden in der Sozialpolitik, in: *Streck* (Hrsg.), Staat und Verbände, PVS Sonderheft 25, 1994, 100–135; *Heinze/Strünck*, Kontraktmanagement im Windschatten des »Wohlfahrtsmix«? Neue kommunale Steuerungsmodelle für das System der Wohlfahrtsverbände, in: *Evers/Olk* (Hrsg.), Wohlfahrtspluralismus, 1996, 295–322.

7 *Harden*, The Contracting State, 1992; *Freeman*, The Contracting State, Fla. St. U.L. Rev 2000, 155–214; *Salamon*, The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction, Fordham Urb. L.J. 2001, 1611–1674; für eine historische Entwicklung von Gesellschaftsentwicklung, Staatsaufgaben und -modellen sehr konzise: *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, 51 ff.; ebenso schon: *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Gegenwart, VVDStRL 1972, 245–306; und an diesen anknüpfend: *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

8 Vgl. *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1996, 183 ff.; *ders.*, Why Care? The Trouble with Social Rights, 17 Cardozo L. Rev. 1685 (1996); *ders.*, Solidarität einer »Gesellschaft der Individuen«, in: *Frankenberg* (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, 210–223, 214 ff.

9 Vgl. schon früh die nicht weniger als visionär zu nennende Studie von *Brohm* (Fn. 7); siehe in erster Linie die seit 1993 erschienenen Bände zur Reform des Verwaltungsrechts, hrsg. von *Hoffmann-Riem/Schuppert/Schmidt-Aßmann*, die die Ergebnisse eines hohen Grades an regelmäßiger, themenkonzentrierter Diskussion spiegeln; *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433–442, 434 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Innovation und Flexibi-

menhang soll im Folgenden am Beispiel der Änderungen im Bereich des Sozialhilferechts betreffend die Finanzierung der von Trägern der Freien Wohlfahrtspflege erbrachten Hilfeleistungen erläutert werden.

Dass der Gesetzgeber seit einiger Zeit bestrebt ist, in ein über Jahrzehnte gewachsenes System Flexibilisierungen einzuführen, zeigt der in den neunziger Jahren im Zuge von Spar- und Konsolidierungsmaßnahmen vorgenommene Wandel von einer Finanzierung verbandlicher Hilfeleistung durch die öffentliche Hand nach dem Prinzip der Selbstkostendeckung (mit – bedingter – Nachschusspflicht für die Sozialhilfeträger) hin zum sog. *prospektiven* Leistungsentgelt (aufgrund im voraus beantragter Finanzierung für die in Aussicht gestellten Hilfeleistungen durch den Einrichtungsträger).¹⁰ Freilich hat diese Umstellung, so jedenfalls der Eindruck in der Literatur, in der Realität weniger Unruhe verursacht, als die lebhaft wissenschaftliche Diskussion erwarten ließ.¹¹ Nachdem das Selbstkostendeckungsprinzip 1969 auf Druck der Wohlfahrtsverbände in das BSHG aufgenommen worden war¹² und auf lange Zeit die Finanzierung der Sozialhilfeleistungen durch die Einrichtungsträger bestimmte,¹³ konnte die vehemente Abwehr der

lität des Verwaltungshandelns, 1994, 407–424; *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1997, 235–282, 238 ff.; *Sandforth*, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, 98; spezifisch für den Dritten Sektor *Richter*, Funktionswandel (Fn. 6), 70 ff.; *Walz*, Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, Juristenzeitung (JZ) 2002, 268–275, 270 f.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, 355 ff., jew. m.w.N.; s. aber *Neumann*, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, 429 f., der auf die irreführende Empirielosigkeit verbreiteter Studien zum angeblichen Korporatismus der Wohlfahrtspflege hinweist und demgegenüber die Möglichkeit klarer, sozialrechtlicher Zuordnung der Rechtsverhältnisse zum Privat- oder öffentlichen Recht hervorhebt.

- 10 Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG, 5. Aufl., 1998, Rz. 2 zu § 93; *Schubert*, Nonprofit Governance in der Freien Wohlfahrtspflege, 2002, 49, spricht von einem »Bruch in der Logik sozialer Dienstleistungsproduktion«; s. auch *Richter*, Funktionswandel (Fn. 6), 52 f., vgl. ebda., 46 f., wo *Richter* auf die komplexen Finanzierungsverhältnisse hinweist und das Fehlen eines Konzepts zur Erfassung der dem Nonprofitsektor eigenen ökonomischen Logik beklagt.
- 11 Optimistisch zu den Entwicklungsperspektiven der Verbände: *Backhaus-Maul*, Trägerkonkurrenz und Wirtschaftlichkeitsmaximen im Sozialsektor, NDV 1996, 280–286, 281: »... die Erfolgsaussichten sind nicht schlecht.« Siehe aber *Meyer*, Steuerungsmängel im System der Freien Wohlfahrtspflege, Sozialer Fortschritt 1997, 158–168, 165, der für eine drastische Strukturänderung plädiert, weil nur so »kostengünstig« ein »bedarfsgerechtes Angebot« zur Verfügung gestellt werden könne.
- 12 Siehe dazu *Roth*, Auflösung oder Konsolidierung korporatistischer Strukturen durch die Pflegeversicherung, Zeitschrift für Sozialreform 1999, 418–446, 421, mit Verweis auf *Giese*, Die Entwicklung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) seit 1962, in: Münder (Hrsg.), Zukunft der Sozialhilfe. Sozialpolitische Perspektiven nach 25 Jahren BSHG, 1988, 9–20, 17.
- 13 *Schubert*, Nonprofit Governance (Fn. 10), 28, spricht von 64 % der Finanzierung durch die öffentliche Hand, 32 % aufgrund von Leistungsentgelten und Gebühren und 3 % philanthropischer Zuwendungen.

Verbände gegen die früh einsetzende Monopolismuskritik und die in den Neunzigern begonnenen Systemumstellungen niemanden verwundern.¹⁴ Während die Bindung der Finanzierung an die Prüfungsmaßstäbe Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit¹⁵ aus guten Gründen darauf zielt, Kosten zu reduzieren, zeigen gerade die gegenwärtigen Diskussionen um die Reform des Gesundheitssektors im Zusammenhang mit der jüngst eingesetzten und schon jetzt, angesichts düsterster Konjunkturaussichten für das beginnende Jahr, unter großen Zeitdruck geratenen Rürup-Kommission der Bundesgesundheitsministerin, dass sich Veränderungen nur sehr langsam einleiten lassen. Vor diesem gesellschaftspolitischen Hintergrund steht das Beispiel des Vertragsrechts der Pflegesatzvereinbarungen nach dem BSHG *pars pro toto* für die Analyse von Steuerungspotenzialen im öffentlichen Recht und im Privatrecht und für eine Betrachtung und Bewertung von Selbstorganisationsmodellen im Spannungsfeld von Gewährleistungsverantwortung und wettbewerbsorientierter Sozialpolitik.

Im Folgenden wird aus dem weiten Feld sich anbietender Untersuchungsfelder¹⁶ die Freie Wohlfahrtspflege als Beispiel eines historisch gewachsenen, komplexen institutionellen Zusammenhangs angeführt, wo mit dem Ineinanderspiel regulativer Steuerung und der gewollten Beförderung von Selbstregulierung ›unter Aufsicht‹ auf verschiedenen Ebenen Elemente ›veränderter Staatlichkeit‹ ablesbar sind (II). In einem ersten Abschnitt zum Vertragsrecht im Dritten Sektor (1) wird das Hauptaugenmerk zum einen auf Abgrenzungs- und Rechtswegprobleme (a) und zum anderen auf Möglichkeiten der Ausdifferenzierung staatlicher Supervision bei der Entscheidung von Pflegesatzstreitigkeiten zwischen Sozialhilfe- und Einrichtungsträger (b) gelegt. Nachdem in einem zweiten Abschnitt (2) hieraus einige Schlussfolgerungen für die Weiterentwicklung im Bereich der Freien Wohlfahrtspflege ›zwischen Staat und Markt‹ gezogen werden, skizziert der dritte Teil die interdisziplinären Forschungsherausforderungen für die Verwaltungswissenschaft, die Privatrechtstheorie, für Politikwissenschaft, Organisationssoziologie und Betriebswirtschaft (III).

14 Siehe *Roth*, Auflösung (Fn. 12), 419, der für das Beispiel der Pflegeversicherung von dem Anstimmern »teilweise schriller Begleitmusik« durch die Wohlfahrtsverbände spricht, die anderenorts (etwa von *Backhaus-Maul/Olk*, oben Fn. 6) aufgestellte These vom Ende des Korporatismus allerdings zurückweist: ebda. 420.

15 § 93 Abs. 1 S. 3 BSHG.

16 Vgl. etwa *Meuser/Hitzler*, Gemeinwohrrhetorik ärztlicher Berufsverbände im Streit um die Gesundheitsreform, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Ordnung, 2002, 177–205; *Döhler/Manow*, Staatliche Reformpolitik und die Rolle der Verbände im Gesundheitssektor, in: Mayntz/Scharpf (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, 140–168.

II. Reformdebatten in Staats- und Gesellschaftsdiskursen

Die im folgenden im Mittelpunkt stehende Freie Wohlfahrtspflege (FW) ist ein Beispiel *par excellence* für die Schwierigkeiten staatlicher Steuerung in einem Gebiet, welches der Gesetzgeber explizit unter die Maxime gesellschaftlicher Selbstorganisation gestellt hat, auch wenn die Finanzierung bislang zum überwiegenden Teil von der öffentlichen Hand getragen wird und die Letztverantwortung für die Hilfeleistung beim Staat liegt.¹⁷ Dabei besteht eines der Hauptprobleme der hierzu erscheinenden Literatur darin, dass durch die Konkurrenz und Vermischung der diesen Sachbereich interpretierenden Disziplinen Begriffe zu regelrechten Grenzgängern werden und somit im jeweiligen wissenschaftstheoretischen Zusammenhang des Sozialrechts, der Verwaltungswissenschaft und der Privatrechtstheorie, der Soziologie, Politikwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre zu nur schwer rückübersetzbaren Kategorisierungen führen.

Die seit dem Ende des 19. Jh. fast ungebrochen starke Anbieterposition der sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege¹⁸ ruft wegen der eminenten Leistungsfunktion der von ihnen betriebenen Alten-, Jugend- und Kinderheime, Kindergärten, Erholungsheime, Ehe- und Schwangerschaftsberatungsstellen, Behinderten- und anderen sozialen Einrichtungen einerseits und wegen der in diesem System verursachten Kosten andererseits den gesammelten Kanon wissenschaftlicher Kritik auf den Plan. So kann es nicht verwundern, dass es zu einer komplexen Gemengelage von Diskussionen über Rechtswegfragen¹⁹ und Analysen der Wohlfahrtspflege als eines sich ausdifferenzierenden, eigenständigen Funktionssystems sozialer Hilfe²⁰ kommt. Dabei kontrastieren zwangsläufig Kennzeichnungen der FW als einem sich von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen entwickelnden, neo-korporatistischen System mit sozialrechtlichen Anmahnungen einer nüchterneren Betrachtungsweise.²¹ Angesichts der nationalen Pfadabhängig-

17 Vgl. dazu Rogge, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001, 16 f., der von knapp 100 000 Einrichtungen sowie ca. 2,6 Millionen Mitarbeitern (1,1 Mio. haupt-, nebenamtlich; 1,5 Mio. ehrenamtlich) bei den sechs Spitzenverbänden der Freien Wohlfahrtspflege spricht; zur Finanzierung vgl. ebda. 20–25; Schubert, Nonprofit Governance (Fn. 10); grundlegend Neumann, Freiheitsgefährdung (Fn. 9).

18 DCV (Deutscher Caritas Verband), DPWV (Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband), AWO (Arbeiterwohlfahrt), DRK (Deutsches Rotes Kreuz), Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland), ZWSt (Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland).

19 Siehe hierzu etwa BGHZ 119, 93; Gms-OBG BGHZ 97, 312.

20 Siehe Hermsen, Wohlfahrtsverbände und Sozialmanagement. Differenzierung und Verselbständigung in der sozialen Hilfe, 2000, 14.

21 Neumann, Freiheitsgefährdung (Fn. 9), 422 ff.; vgl. im Unterschied die Beiträge in: Rauschenbach/Sachße/Olk (Hrsg.), Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen, 1995, etwa Brumlik, Der importierte Kommunitarismus: Plädoyer für die verbandliche Wohlfahrtspflege?, ebda., 34 ff., Pankoke, Subsidiäre Solidarität und freies Engagement, Zur anderen Modernität der Wohlfahrtsverbände, ebda., 54 ff., oder Olk, Zwischen Korporatismus und Pluralismus. Zur Zukunft der freien Wohlfahrtspflege im

keiten umfangreicher sozialer Sicherungssysteme und der im Zusammenhang struktureller Änderungen der post-industriellen Produktion und Gesellschaft²² erfolgenden Grenzwerschiebungen von Zuständigkeiten und Kompetenzbestimmungen innerhalb von »Staat und Gesellschaft«²³ ist die Rechtswissenschaft verstärkt zu einer interdisziplinären, tastenden und experimentierenden Vorgehensweise aufgerufen. Die rechtshistorische und -theoretische Rekonstruktion unserer dogmatischen Figuren – im Zentrum: Gesetz, Verwaltungsakt und Vertrag – ist eine notwendige, aber noch nicht hinreichende Voraussetzung für die kritische Hinterfragung unserer gewachsenen Aufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Ohne uns auf unser rechtliches proprium verlassen zu können²⁴, müssten uns die täglich gestellten Gerechtigkeits-, Integrations- und Legitimitäts-herausforderungen an das Recht²⁵ zu einer Öffnung unserer wissenschaftlichen rechtsinternen Kommunikationsgewohnheiten ermutigen.

1. Vertragsrecht im »Dritten Sektor«

Zur Erhellung der rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren des Dritten Sektors, die seit langem Gegenstand einer regen wissenschaftlichen Diskussion unter Juristen, Soziologen, Politikwissenschaftlern, in jüngerer Zeit auch Betriebswirten und Unternehmens-

bundesdeutschen Sozialstaat, ebda., 98 ff.; s. auch *Evers/Olk*, Wohlfahrtspluralismus – Analytische und normativ-politische Dimensionen eines Leitbegriffs, in: dies. (Hrsg.), *Wohlfahrtspluralismus*, 1996, 9–60.

22 Siehe nur *Piore/Sabel*, *Das Ende der Massenproduktion* (1984), 1989; *Bell*, *Die postindustrielle Gesellschaft*, 1996; aus staatswissenschaftlicher Perspektive: *Ossenbühl*, *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*, 2000; *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998, 5 ff.; sehr erhellend auch der Blick auf die schon früh ansetzende Vermischung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht: *Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, ZNR 1989, 129–147, 139 f.

23 Siehe dazu etwa *Di Fabio*, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, JZ 1999, 585–592; eingehend *Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; speziell zum Sozialstaat jetzt *Bäuerle*, in: *Miller/Zumbansen* (eds.), *Annual of German & European Law*, Vol. 1, 2003, im Ersch.

24 *Starck*, *Die Rechtswissenschaft in der Zukunft*, in: *Eberle/Ibler/Lorenz* (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart* (FS Brohm), 2002, 567–583, 572: »Es handelt sich dabei [gem. sind Europäisierung, Globalisierung, Individualisierung u. Utilitarisierung, P.Z.] um mächtige geistige Strömungen, die in alle Institutionen und Strukturen irgendwie einsickern. Da wir über analytischen Verstand verfügen, müssen wir die Rechtsdogmatik diesen Strömungen nicht ausliefern. Auf Grund des Systemwissens der Rechtsdogmatik können wir das Gute an Ihnen herausfiltern und dafür einsetzen, die Strömungen zu beherrschen.«

25 Entsprechende Sensibilitäten befördern seit einiger Zeit die intensive Auseinandersetzung mit dem »state of the art« im öffentlichen Recht und im Privatrecht; vgl. hierzu die von *Hoffmann-Riem/Schuppert/Schmidt-Aßmann* herausgegebenen Bände zur Reform des Verwaltungsrechts, und etwa den von *Hart* edierten Tagungsband: *Privatrecht in der »Risikogesellschaft«* (1997).

beratungen sind, ist es erforderlich, wenigstens in groben Zügen die rechtlichen Grundlagen sowie die einschlägigen, weitreichenden Gesetzesänderungen der letzten Jahre zu kennzeichnen.

Das erste von zwei Urteilen, die im folgenden näher betrachtet werden sollen, ist eine Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* aus dem Jahre 1992, die im Kern eine Rechtswegproblematik betraf und ein Schlaglicht auf die immer wieder auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wirft.²⁶ Die andere zu diskutierende Entscheidung²⁷ stammt vom *Bundesverwaltungsgericht* und betraf die Grenzen richterlicher Kontrolldichte bei der Überprüfung von Schiedsstellenentscheidungen nach § 94 BSHG.²⁸

a) Wirtschaftsverfassung zwischen Staat und Markt:
Kartellrecht im Dritten Sektor?

In seinem Urteil vom 7. 7. 1992 entschied der Kartellsenat des *BGH* über die Zulässigkeit einer Klage auf Unterlassung der Verwendung wettbewerbswidriger Klauseln in einer sog. Pflegesatzvereinbarung zwischen einem Sozialhilfeträger und einer Vereinigung privater Pflegeeinrichtungen. In der Pflegesatzvereinbarung, auch Kostenübernahmeerklärung genannt, legen Leistungsträger und Leistungserbringer die von den Trägern für die Leistungserbringung an die Einrichtungen zu zahlende Vergütung fest. Die Einrichtungsträger erbringen ihre Hilfe entweder aufgrund einer mit dem Leistungsträger abgeschlossenen Pflegesatzvereinbarung oder, wie im vorliegenden Fall, aufgrund einer direkten Kostenvereinbarung und Kostentragung mit sogenannten Selbstzahlern.

Eine Vereinigung von Pflegeeinrichtungen hatte vor dem *Landgericht* die Pflegesatzvereinbarung u.a. deshalb angegriffen, weil der Träger in dem von ihm verwendeten Vertragsmuster den Einrichtungen auferlegte, gegenüber Selbstzahlern keine höheren Sätze zu vereinbaren, als für die anderen Leistungsempfänger vom Träger übernommen werden. Das *Landgericht* wies die Klage wegen Unzulässigkeit ab: Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sei nicht eröffnet. Das Berufungsgericht qualifizierte die streitbefangene Pflegesatzvereinbarung als bürgerlich-rechtlichen Vertrag und verwies die Sache zurück an das Landgericht. Der

26 Siehe BGHZ 119, 93.

27 Siehe BVerwGE 108, 47 (Az. 5 C 17/97) vom 1. 12. 1998; siehe dazu die Kommentare von *Armborst*, Neues zur Schiedsstelle nach § 94 BSHG, NDV 1999, 221–222; *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, 473–479, 476 ff.; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 171–173.

28 Jüngst *Gottlieb*, Die Schiedsstellen nach dem Sozialgesetzbuch, NDV 2001, 261 f., der unter Hinweis auf Schiedsstellen betreffende Entscheidungen des BSG auf die Schwierigkeiten bei der Qualifizierung der im Rahmen von §§ 93, 94 BSHG getroffenen Entscheidungen hinweist. Vgl. auch: *Plantholz/Rochon*, Zur Einschätzungsprärogative der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 94 BSHG, RsDE 2000, 30–50, 31, für die das Urteil des BVerwG vom 1. 12. 1998 eine »Kehrtwende« in Bezug auf die Grenzen richterlicher Kontrolle eingeleitet hat.

BGH schließlich spaltete die Klageanträge auf und verwies alles bis auf den Unterlassungsantrag hinsichtlich der Preisbindungsklausel an das Verwaltungsgericht. Die angegriffene Klausel allerdings machte der BGH zum Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung, für die das Kartellgericht zuständig sei.

Hier folgte der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung, nach der Pflegesatzvereinbarungen regelmäßig als öffentlich-rechtliche Verträge aufzufassen sind.²⁹ Der Grund dafür liege jedoch allein weder im Vorliegen eines Über-Unterordnungsverhältnisses zwischen den Vertragspartnern noch in der Tatsache, daß sich der Hoheitsträger Rechtssätzen des öffentlichen Rechts bedient. Entscheidend seien vielmehr »Gegenstand und Zweck des Vertrages«.³⁰ Der Vertrag wird vom Träger mit dem Leistungserbringer in Erfüllung einer Pflicht geschlossen, welche dem Träger gegenüber dem Sozialhilferechtigen obliegt. Dies allein würde jedoch noch nicht verhindern, daß es sich bei dem Vertrag über die Kostenübernahme um einen bürgerlich-rechtlichen Beschaffungsvertrag handelt. Vielmehr, so der BGH, sei die Pflegesatzvereinbarung gekennzeichnet durch das Zusammenarbeitsverhältnis zwischen Träger und Leistungserbringer bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe, Hilfsbedürftige unterzubringen und zu versorgen.³¹ Nach den einschlägigen Vorschriften soll der öffentliche Träger die Verbände der freien Wohlfahrtspflege bei ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe unterstützen und ist dabei zur Respektierung ihrer Selbständigkeit verpflichtet.³² Der BGH erkennt hierin das »entscheidende öffentlich-rechtliche Gepräge« der vertraglichen Ausgestaltung der Pflegesatzvereinbarung.³³ Er schließt von der Art und Weise der öffentlichen Kostenübernahme nach einem im Gesetz geregelten Antrags- und Genehmigungsverfahren auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses. Dabei bedarf es wohl keiner langen Ausführungen für die Einordnung der »bewährten Zusammenarbeit« zwischen Träger und Einrichtung in das öffentliche Recht.³⁴

Ausschlaggebend nämlich scheint allein zu sein, daß die Kosten der Hilfeleistung von der öffentlichen Hand getragen werden, auch wenn die Hilfe selbst durch private Akteure erbracht wird, da der Staat dem Hilfsbedürftigen gegenüber letztverantwortlich ist. Hingegen hatte die Einführung des Subsidiaritätsprinzips in das BSHG zu einem die Diskussion auf lange Zeit prägenden Rechtskonflikt geführt.³⁵ Im Mittelpunkt der Kontroverse stand dabei die Aufgaben- und Kom-

29 BGHZ 119, 93 (96); vgl. bereits BGH NJW 1992, 1237 (1238).

30 BGHZ 119, 93 (95 f.); Gms-OBG BGHZ 97, 312 (314).

31 BGHZ 119, 93 (96 f.).

32 Vgl. insbes. § 10 Abs. 2, 3 BSHG.

33 BGHZ 119, 93 (97).

34 Vgl. hierzu die klassisch gewordene Formel in BVerfGE 22, 180 (202); siehe weiter *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 28.

35 Siehe aus der umfangreichen Literatur *Rendtorff*, Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, *Der Staat* 1 (1962), 405–430; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, *Der Staat* 2 (1963), 399–423; grundsätzlich *Isesee*, Subsidiarität und

petenzverteilung zwischen öffentlichen und verbandlichen Trägern der Wohlfahrtspflege, besonders die Stärkung der verbandlichen Vorrangstellung gegenüber den noch aus der Weimarer Republik stammenden Regelungen.³⁶ Diese Auseinandersetzung (um Vorrang und Nachrang) wurde durch die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* beendet, und in der Folgezeit war zumeist von der das Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern kennzeichnenden »partnerschaftlichen Zusammenarbeit« die Rede.³⁷

Neben der Qualifizierung des Vertrages als öffentlich-rechtlich besteht der zweite interessante Aspekt der Entscheidung des *BGH* in der Ausgliederung der Preisbindungsklausel aus dem Klageantrag und ihrer Verweisung vor die ordentlichen Gerichte. Begründet wird dies vom *BGH* mit der Steuerung der Wettbewerbsverhältnisse unter verschiedenen Einrichtungsträgern und des Marktverhaltens der privaten Heimträger gegenüber Dritten, nämlich den Selbstzahlern. Der *BGH* lehnt es ab, in dem Bestreben des Sozialhilfeträgers, durch Nivellierung der Kostenhöhe eine »Zweiklassengesellschaft« in Pflegeheimen zu verhindern, eine Regelungskompetenz zur Vereinbarung von Preisbindungsklauseln anzuerkennen.³⁸ Denn die Selbstzahler stünden gegenüber dem hoheitlichen Träger in keinerlei öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehung, auch wenn diese Regelung mittelbar die Stellung der Sozialhilfeempfänger verbessern könnte. So sieht der *BGH* in der Klausel ein wettbewerbswidriges Verhalten der öffentlichen Hand gegenüber dem freien Einrichtungsträger und erklärt wegen der Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf diesen Sachverhalt nur den ordentlichen Rechtsweg als eröffnet.

Dort also, wo sich der Staat auf die Verfolgung allgemeiner Interessen beruft, wenn er eine preisbedingte Schlechterbehandlung von Sozialhilfeempfängern zu verhindern versucht, misst ihn das Gericht an den Maßstäben für den Sachbereich, in den er eingreift. Das Gericht betont somit einerseits die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses zwischen Träger und Einrichtung hinsichtlich der vom Träger zu leistenden Kostenübernahme, löst aber andererseits *den* Teil des Vertrages aus diesem Rechtskreis heraus, der das Wettbewerbsverhältnis zwischen Träger und Einrichtung berührt. Dafür bedarf es nicht erst des Anbietens eigener Hilfeleistungen in Konkurrenz mit den freien Einrichtungen, sondern es genügt, wenn der Hoheitsträger das Marktverhalten der Heimträger jenseits der Grenzen steuern will, die einem »öffentlich-rechtlichen Gepräge« unterliegen.

Grundgesetz, 1968. Zur neuen Rechtslage: *Münder*, in: *LPK – BSHG* (Fn. 10), Rz. 5 zu § 10; *Sachße*, Subsidiarität: Zur Karriere eines sozialpolitischen Ordnungsbegriffs, in: *Z.f.Soz.Ref.* 40 (1994), 717–748, 729 ff.; *Backhaus-Maul/Olk* (Fn. 6), 105 ff.

36 *Backhaus-Maul/Olk* (Fn. 6), 106; s. auch *Backhaus-Maul*, Das »magische« Dreieck der Diakonie: Staat, Markt und Gesellschaft, *RsDE* 40 (1998), 51–60, 52.

37 Siehe nochmals *Münder*, in: *LPK-BSHG* (Fn. 10), Rz. 28.

38 *BGHZ* 119, 93 (98 f.).

Das Gericht beweist große Sensibilität für eine kontextuale und funktionale Behandlung von Rechtsbeziehungen, die sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie mehrere, d.h. öffentliche und private, Systemerfordernisse erfüllen und sich einer einheitlichen Zuordnung entziehen. Während es nachdenklich stimmt, dass die Entscheidung des *BGH* in dieser Hinsicht eine anfangs relativierte Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht durch die entscheidungserhebliche Bezugnahme auf das »öffentlich-rechtliche Gepräge« letztlich wieder unterstreicht, spiegeln sich die in solchen Rechtskonflikten zutage tretenden Suchbewegungen in der seit Jahren lebhaft geführten Debatte über die Kennzeichnung von Verantwortungsfunktionen und Verantwortungsformen des zeitgenössischen Staates³⁹, die in befruchtender Weise die verwaltungswissenschaftlichen Auseinandersetzungen über »Staat und Markt«⁴⁰ mit der staatswissenschaftlichen Privatisierungs- und Globalisierungsdiskussion zusammenführt.⁴¹ Der damit vorliegende Fall der unter Rechtsakademikern beliebten ›richtigen Entscheidung mit einer falschen oder wenigstens unbefriedigenden Begründung‹ wirft ein wertvolles Schlaglicht auf die, negativ ausgedrückt, Schwerfälligkeit der Dogmatik, positiv gesetzt aber auf die notwendigerweise tastend und erprobend voranschreitende Markierung und gleichzeitige Hinterfragung gewohnter Grenzen.

b) Alternative Streitschlichtung im Dritten Sektor?

Die zweite hier zu betrachtende Entscheidung des *BVerwG* aus dem Jahr 1998 verdichtet, wie unter einem Brennglas, die eben angesprochenen Fragen und enthält weitreichende Hinweise für ihre zukünftige Behandlung.⁴² Von den ›harten Nüssen‹, die das Gericht den auf diesem Gebiet arbeitenden Juristen zu knacken aufgegeben habe⁴³, soll hier nur auf die Teile der Entscheidung eingegangen werden, die die Schiedsstellen nach der ab dem 1. 7. 1994 geltenden Fassung des § 94

39 Siehe aus der mittlerweile unüberschaubaren Literatur *Trute*, DVBl. 1996, 950 ff.; *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, 299 ff.; *Vesting*, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der ›Informations- oder Wissensgesellschaft‹*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 101–131.

40 Siehe z.B. *König*, *Markt und Wettbewerb als Staats- und Verwaltungsprinzipien*, DVBl. 1997, 239–248; *Ronellenfötsch*, *Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben*, DÖV 1999, 705–711; siehe schon *Schuppert*, *Staat, Markt, Dritter Sektor – oder noch mehr?*, in: Ellwein/Hesse/Mayntz/Scharpf (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, 1987, 47–87

41 Vgl. etwa *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998; s. auch die Beiträge in: Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, 1998.

42 BVerwGE 108, 47 (= NVwZ-RR 1999, 446 = NDV-RR 1999, 34 = ZfF 1999, 135 = FEVS 49, 337 = DVBl. 1999, 1113 = RsDE Nr. 42, 88).

43 *Armborst*, *Neues zur Schiedsstelle* (Fn. 27), 221.

BHSG betreffen. Diese Vorschrift wurde im Rahmen des 2. SKWPG geändert⁴⁴ und bestimmt die Errichtung, Zusammensetzung und Tätigkeit von Schiedsstellen, die auf der Grundlage von § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG in der durch das 2. SKWPG geänderten Fassung dann tätig werden, wenn sich der Sozialhilfeträger und der Einrichtungsträger oder dessen Verband nicht über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen sowie das hierfür zu entrichtende Entgelt einigen können. Die 1994 in Kraft getretene Fassung des § 94 BSHG beruht auf Erfahrungen im Bereich der Krankenhausfinanzierung und ist konkret dem § 76 SGB XI (Pflegeversicherung) nachgebildet.⁴⁵

Der Gesetzgeber gestaltete die Entscheidung der Schiedsstelle als Verwaltungsakt aus, gegen den direkt, d.h. ohne Vorverfahren, Klage vor dem Verwaltungsgericht möglich ist (§ 93 Abs. 3 S. 4 Halbsatz 1 BSHG). Die Entscheidung des BVerwG vom 1. 12. 1998 verdient besondere Beachtung, weil das Gericht hier feststellte, dass selbst die »gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die auf der Grundlage des § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG ergangene Schiedsstellenentscheidung verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen, (...) indessen nicht zu einer vollinhaltlichen, sondern nur zu einer Überprüfung mit eingeschränkter »Kontrolldichte« führe.⁴⁶ Dies folge »aus dem Wesen und den Aufgaben der Schiedsstelle nach § 94 BSHG sowie aus der Eigenart ihrer Entscheidungen«.⁴⁷ Mit Bezug auf die Gesetzesbegründung stellt das Gericht fest, die »Hauptaufgabe« der Schiedsstelle bestehe »in der Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit in bezug auf die Beurteilung der Höhe und des Umfangs von strittigen Positionen«, wobei der Schiedsstelle »ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum belassen wird, dessen Grenzen von der Funktion und rechtlichen Einordnung der Schiedsstellenentscheidung abhängen«.⁴⁸ Diese Beschreibung des Entscheidungsspielraumes wäre an sich noch keine große Besonderheit innerhalb einer gefestigten, wenn auch innovationsoffenen Verwaltungsrechtsdogmatik,⁴⁹ wenn das Gericht hier nicht schon den öffentlich-rechtlichen Charakter der Schiedsstellenentscheidung mehrfach hinterfragen würde. Damit öffnet das Gericht aber den Interpretationsrahmen und auferlegt sich so eine ungleich schwerere Begründungslast. Nachdem es eingangs die Entscheidung der Schiedsstelle richtigerweise als Verwaltungsakt gekennzeichnet hat, setzt es sich ausführlich mit den Gesetzesmaterialien und der Literatur auseinander. Nach der Gesetzesbegründung wird die Einrichtung der Schiedsstelle »als

44 Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Wachstums- und Konsolidierungsprogramms vom 21. 12. 1993, BGBl. I S. 2374.

45 Der Text von § 3 Abs. 1 sowie §§ 93, 94 BSHG (in der Fassung vom 23. 7. 1996) ist im Anhang abgedruckt.

46 BVerwGE 108, 47, 49.

47 Ebd.

48 BVerwGE 108, 47, 50.

49 Vgl. in diese Richtung *Ladeur*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer »Logik der Netzwerke«, Die Verwaltung, Beiheft 4/2001, 59–77, 76 f.

Ausdruck einer Konfliktlösung nach dem »Vereinbarungsprinzip« (BT-Drucksache 12/5510 v. 4. 9. 1993, S. 11) außerhalb des Bereiches staatlicher Verwaltung und Justiz innerhalb der Rechtssphäre der Vertragsparteien ...«⁵⁰ angesehen. So wie der Gesetzgeber durch die paritätische Zusammensetzung nach § 94 Abs. 2 BSHG habe erreichen wollen, dass alle, d.h. freigemeinnützige und privatgewerbliche Einrichtungsträger »gleichermaßen« an dem Abschluss der Pflegesatzvereinbarungen nach dem BSHG beteiligt würden, sei, u.a. unter Bezugnahme auf das Schiedsamt nach § 368 h RVO, gefolgert worden, »daß Rechte und Pflichten der Schiedsstelle dieselben seien wie diejenigen der Vertragsparteien selbst.«⁵¹

Doch das Gericht erteilt einer möglichen Schlussfolgerung, wonach sich inhaltliche Grenzen der Kompetenzen der Schiedsstelle im wesentlichen nur aus den für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Nichtigkeitsgründen⁵² ergeben würden, eine deutliche Absage. Weil das Schiedsstellenverfahren der §§ 93, 94 BSHG nicht auf einer vertragsautonomen Entscheidung der Verfahrensbeteiligten, sondern auf staatlicher Setzung beruhe, lasse sich auch der für einen Einrichtungsträger begründete wirtschaftliche Zwang, sich einer gegebenenfalls erforderlich werdenden Schiedsstellenentscheidung zu unterwerfen, nicht als Ausdruck der Privatautonomie und einer freiwilligen Unterwerfung unter ein vertragliches Schlichtungsverfahren begreifen.⁵³ »Ungeachtet der Vorstellung des Gesetzgebers, es handle sich bei der Schiedsstellenentscheidung um einen Akt der Beteiligung aller Einrichtungsträger an dem Zustandekommen von Pflegesatzvereinbarungen auf der Grundlage der Vertragsfreiheit des Vereinbarungsrechts, kann [...] zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG) gegenüber einer Schiedsstellenentscheidung nach § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle verzichtet werden. Dabei ist allerdings den gesetzlichen Aufgaben der Schiedsstelle Rechnung zu tragen.«⁵⁴ Das Gericht konkretisiert diese Einschränkung noch und verleiht damit der Funktion der Schiedsstellen weitere Konturen: In Bezug auf die »Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit« müsse, so das Gericht, »eine gerichtliche Überprüfung der Schiedsstellenentscheidung deren Wesen als Schlichtungsmaßnahme eines weisungsfreien, mit Vertretern der Interessen der betroffenen Gruppen besetzten Gremiums gerecht werden.«⁵⁵ Mit ausdrücklichem Hinweis auf die vom Gesetzgeber gewollte, paritätische Besetzung der Schiedsstelle durch Einrichtungs- und

50 BVerwGE 108, 47, 50 m. Verweis auf *Schellhorn/Jirasek/Seipp* (BSHG), 15. Aufl., 1997, § 93 Rn. 48: »Lösung ... im Bereich des Vertragsrechts.«

51 Ebda., mit Verweis auf *Heinze*, in: *BM Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), *Prospektive Pflegesätze im BSHG*, 1994, 61.

52 Gemäß § 58 Abs. 2 SGB X.

53 BVerwGE 108, 47, 50 f.

54 BVerwGE 108, 47, 51.

55 BVerwGE 108, 47, 52.

Sozialhilfeträger nebst einem unparteiischen Vorsitzenden (§ 94 Abs. 1 BSHG)⁵⁶ und der den Mitgliedern der Behörde zugetrauten Kompetenz sei es geboten, »die gerichtliche Überprüfung auf die der Schiedsstelle gesetzten rechtlichen Vorgaben zu beschränken und ihr für ihre Bewertungen im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe (insbesondere Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Leistungsfähigkeit, leistungsgerechtes Entgelt) einen Spielraum, eine Einschätzungsprärogative zu belassen [...]«. ⁵⁷

Die Kontrolldichte des Gerichts hinsichtlich der Schiedsstellenentscheidung ergibt sich aus zwei Komponenten: Eine erste, prozedurale Kontrolle bezieht sich auf die Überprüfung, ob »die Schiedsstelle die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien ermittelt, alle für die Abwägung erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen und die Abwägung frei von Einseitigkeit in einem den gesetzlichen Vorgaben des § 94 Abs. 3 BSHG entsprechenden fairen und willkürfreien Verfahren, inhaltlich orientiert an den materiellrechtlichen Vorgaben des Entgeltvereinbarungsrechts, vorgenommen hat«. ⁵⁸ Der vom Gericht in der Konkretisierung und Materialisierung dieser Kontrollkomponente herausgestellte normative Maßstab ist der »Bedarfsdeckungsgrundsatz« des Sozialhilferechts, wonach die von den Hilfesuchenden benötigten Sozialhilfeleistungen »so erbracht werden können, daß den Anforderungen von § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 BSHG genügt ist«. Dieses wird auch in § 93 Abs. 2 S. 2 BSHG zum Ausdruck gebracht, wonach es die Leistungsentgelte einer Einrichtung ermöglichen sollen, »bedarfsgerechte Hilfe« zu leisten. ⁵⁹

Eine in der Literatur berechtigterweise aufgeworfene Frage betrifft die Bedeutung der Entscheidung aus dem Jahre 1998 auch für die Gesetzeslage nach 1999 und damit auf die nach der vom Gesetzgeber eingeräumten Übergangsfrist von 1996 bis 1998 endgültige Umstellung der Leistungsfinanzierung auf das System des prospektiven Leistungsentgelts. ⁶⁰ Die Ausführungen des Gerichts zu den für die Definition und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe zugrunde zu legenden Vergleichsmaßstäben sind allerdings richtigerweise als auch für die neue Gesetzeslage geltend zu verstehen, weil sich die Übergangsfrist im Kern (nur) auf eine Reihe von Pflichten für die überörtlichen Sozialhilfeträger und kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene bezog, innerhalb dieses Zeitraums mit den Vereinigungen der Träger der Einrichtungen auf Landesebene »gemeinsam und einheitlich Rahmenverträge zu den Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen nach § 93 Abs. 2 in der ab 1. 1. 1999 geltenden Fassung« abzuschließen. ⁶¹

56 Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 5.

57 BVerwGE 108, 47, 52.

58 BVerwGE 108, 47, 53.

59 Ebda. Vgl. dazu § 93 Abs. 2 S. 2 BSHG i.d.F. vom 1994.

60 Vgl. dazu *Zeitler*, Die Schiedsstellen nach dem Pflege-Versicherungsgesetz (SGB XI), dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII) und insbesondere nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG), RsDE 1999, 53–68, 66.

61 § 93d Abs. 2 S. 1 BSHG.

Das BVerwG hat also in seinem Urteil vom 1. 12. 1998 die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte auch für die neue Gesetzeslage definiert, als es feststellte, dass das Gericht nurmehr prüfen dürfe, »ob die Bewertungen der Schiedsstelle dem Sinngehalt dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe gerecht werden und, gemessen daran, in Anbetracht des von der Schiedsstelle vollständig ermittelten Sachverhalts vertretbar sind.«⁶² Das Gericht definiert abschließend die Vergleichsgrundlagen der hier vorzunehmenden Bewertung. Es unterscheidet in diesem Zusammenhang einen »externen Vergleich« von Entgelten verschiedener Einrichtungen für vergleichbare Leistungen und einen »internen Vergleich« einzelner, interner Positionen der Pflegesatzkalkulation eines Einrichtungsträgers anhand von Maßstäben sparsamer und wirtschaftlicher Betriebsführung.⁶³ »Bei der konkreten Beurteilung der Vergleichbarkeit der dem Pflegesatzangebot zugrunde liegenden Leistungen kommt die Einschätzungsprärogative der Schiedsstelle zum Tragen. Erweist sich hiernach, daß der betreffende Einrichtungsträger der preisgünstigste Anbieter ist, reicht der »externe Vergleich« aus.«⁶⁴ Erweist sich der in Frage stehende Einrichtungsträger nicht als der preisgünstigste, komme seine Berücksichtigung nach den Grundsätzen des § 93 Abs. 2 S. 3 BSHG und des in S. 2 dieser Vorschrift niedergelegten Merkmals des »leistungsgerechten Entgelts« nur in Betracht, »wenn der von ihm gewünschte Pflegesatz innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen liegt (sog. »marktgerechter« Preis)«. ⁶⁵

Hier werden die Schwierigkeiten der Zuerkennung einer Einschätzungsprärogative der Schiedsstelle im Spannungsfeld unbestimmter Rechtsbegriffe auf der einen und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte auf der anderen Seite hinreichend deutlich. Auch wenn man den Streit darüber, ob die Anerkennung des jeweils preisgünstigsten Anbieters im sog. »externen Vergleich« bereits hinreichend den Maximen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entspricht oder den Unterschied zu dem skizzierten »internen Vergleich« eher wieder verwischt⁶⁶, wohl nicht allein mit Hinweis auf eine zu erwartende, kompetitive Preisentwicklung unter verschiedenen Anbietern vernachlässigen wird können, dann aber aus einem anderen Grund, der aus der Entscheidung selbst nicht genügend klar hervorgeht. Die vom Gesetzgeber in Maßen angestrebte und in der Literatur vielfach bereits angenommene Vermarktlichung sozialer Hilfeleistungen, einmal durch die Einschränkung oder gar Beseitigung der lange etablierten Vorrangstellung der Wohlfahrtsverbände nach § 93 Abs. 1 S. 1 BSHG zugunsten »anderer«, also auch privatgewerblicher Träger⁶⁷ und, zum anderen, durch die Ersetzung des Kostenerstat-

62 BVerwGE 108, 47, 55.

63 Ebda.

64 BVerwGE 108, 47, 56.

65 Ebda.

66 So *Armborst*, Neues zur Schiedsstelle (Fn. 27), 222.

67 Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 4; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 150; zur Veränderung innerhalb der Verbände und des Partnerschaftsverhältnisses nach §§ 10, 93 BSHG: *Backhaus-Maul*, Trägerkonkurrenz (Fn. 11).

tungsprinzips durch prospektive Pflegesatzvereinbarungen, hat bislang weder zu einer wirklichen Ablösung der Verbände als Hauptträger der Hilfeleistungen noch zum Entstehen eines wettbewerblich strukturierten Marktes für soziale Leistungen geführt. Vor diesem Hintergrund käme derzeit auch den Schiedsstellen im Zweifel neben einer Rolle als Schlichterin in einem vertragsrechtlichen Arrangement weiter (und wohl hauptsächlich) die einer behördlichen Prognosestellerin hinsichtlich der zu erwartenden Preisentwicklung mit Entscheidungs-, d.h. Festsetzungsbefugnis, zu. Angesichts des hiermit wieder notwendigen Ausgleichs zwischen behördlichem Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtlicher Kontrolldichte⁶⁸ kommt dem Urteil des BVerwG von 1998 weiterhin eine wichtige Orientierungsfunktion zu. Dies ist gerade vor dem Hintergrund zu unterstreichen, dass das Gericht die gesetzgeberischen Bestrebungen zur Begünstigung von mehr Selbstregulierung durch Vertrag und Wettbewerb im Bereich der Pflegesatzvereinbarungen ernst nimmt, selbst wenn man augenblicklich noch nicht von einem wirklichen »Markt für soziale Leistungen« sprechen kann.

2. Steuerung und Verteilung durch Dezentralität und Autonomieermöglichung

Mit der Einführung des prospektiven Pflegesatzes⁶⁹ und der damit verbundenen Umstellung der Finanzierung auf ein System von im Voraus zu beziffernden und festzusetzenden Leistungsentgelten⁷⁰ verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, Wettbewerb und Autonomie bei der Distribution und der Inanspruchnahme sozialer Dienstleistungen zu fördern.⁷¹ Das aus der Budgetierung folgende, gesetzliche Kostentransparenzgebot⁷² erhöht den finanziellen Anpassungsdruck innerhalb der Verbände und fördert durch das damit verbundene Qualitätsmanagement die Erhaltung bedarfsgerechter und angemessener Leistungserbringung.⁷³ Auf den ersten Blick also scheint der prospektive Pflegesatz für neue (und alte) Anbieter motivie-

68 Vgl. etwa; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rz. 27 ff., 37 ff.; *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2002, 139, jew. m.w.N.

69 Siehe § 93 II–V BSHG n.F.; vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, Rz. 45 ff. zu § 93.

70 Siehe nochmals *Krahmer*, Zu einigen Folgen, 416, der von der Notwendigkeit für die Anbieter spricht, in die Berechnung der Pflegesätze die »realen Chancen für »Gewinne« oder »Verluste« einzukalkulieren.

71 Diese Tendenz führte unter anderem auch zur BSHG-Reformgesetz im Jahre 1996, welches zur Gleichwertigkeit aller Träger von Einrichtungen und Diensten ohne Rücksicht auf ihre Trägerschaft führte, vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, 15. Aufl. 1997, Rz. 4b zu § 10.

72 Vgl. *Fink*, Ein Verfahren für eine Leistungsvereinbarung nach § 93 Abs. 2 BSHG und für eine Vereinbarung zum Kostenausgleich nach § 13 Abs. 4 SGB XI, NDV 1995, 279–284, 279, der darauf hinweist, dass die Aufschlüsselung der Kosten dem Wunsch nach Trennung der mit dem BSHG bzw. dem PflegeVG verbundenen Leistungen entspricht.

73 *Gottlieb*, Die Neuregelung der §§ 93 ff.: Vom »Selbstkostenblatt« zum Leistungsentgelt, ZFSH/SGB 1998, 461–465, 462; *Hegner*, Organisations-»Domänen« der Wohlfahrtsverbände, Z.f.Soz.Ref. 38 (1992), 165–190, 185.

rend zu sein, alle Leistungen in wirtschaftlich optimaler Weise zu erbringen. Dort, wo nicht nur staatliche Träger, sondern auch die Verbände unter Rückgriff auf professionalisiertes Fachwissen und eine eingerichtete und ausgeübte Organisationsstruktur⁷⁴ Aufgaben der Supervision⁷⁵ in Form von Beratung und Qualitätsmanagement wahrnehmen können, bieten sich aber aus der Sicht neuer Leistungsanbieter Möglichkeiten, innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen Bedürfnigskriterien und Handlungsstrategien zu erarbeiten, die unter anderem auch auf eine stärkere Berücksichtigung der konkreten Bedürfnisse der »Klientel«, also der Leistungsempfänger abgestellt werden könnten.⁷⁶ Die angestrebte Verdrängung der großen Verbände von ihrer Alleinanbieterstellung hingegen zwingt diese auf lange Sicht zur Erneuerung ihrer Organisationsstrukturen im Hinblick auf betriebswirtschaftliche Orientierung einschließlich Kostenrechnung, effizientere Binnenorganisation und sogenanntes »controlling«⁷⁷, aber auch in Hinsicht auf die immer weiter erodierenden Fundamente des für die Freie Wohlfahrtspflege wichtigen ehrenamtlichen, sozialen Kapitals.⁷⁸ Der staatlichen Aufsicht und Supervision über den »Wohlfahrtsmix« kommt hierbei eine besondere Rolle zu, denn bei der Festlegung von Mindeststandards und der Kontrolle von deren Einhaltung

74 *Hartmann*, Neue Steuerung in der öffentlichen Verwaltung: Anspruch, Wirklichkeit und Perspektiven, in: Hanesch (Hrsg.), Überlebt die soziale Stadt? Krise und Perspektiven kommunaler Sozialstaatlichkeit, 1997, 111–135, 130; *Fimis Siegler*, Neue Herausforderungen für die Soziale Arbeit der Freien Wohlfahrtspflege, Sozialer Fortschritt 1999, 228–232, 230 f., sieht einen Bedarf der Verbände an Rückbesinnung auf die eigene Entstehungsgeschichte und der Betonung der gesellschaftlichen Relevanz von Gemeinnützigkeit.

75 Siehe *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907–915, 911: »übergreifendes Verwaltungskooperationsrecht«; s. auch *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, Die Verwaltung 31 (1998), 415–447, 442 ff.; *Strunk*, Das Sozialamt als lernende Verwaltung im Neuen Steuerungsmodell, NDV 1999, 299–304; *Reifarth*, Zur Bedeutung der Supervision in der sozialen Arbeit, NDV 1995, 107–110, 109: »Der Charme der Supervision könnte darin bestehen, bei den Beteiligten die *Lust am Lernen, wie man lernt* zu wecken und damit jene Offenheit und Durchlässigkeit des Bewußtseins zu vergrößern, die für das »Gehen auf schwankendem Boden« eine fast unerläßliche Voraussetzung sind.«

76 *Heinze/Strünck*, Kontraktmanagement (Fn. 6), 309 mit Hinweis auf »Kreispflegekonferenzen«, bei denen von kommunalen Trägern, Verbänden und privaten Anbietern *quality management* betrieben und Bedarf festgelegt wird; *Schneider*, Gemeinwohlorientierung versus Renditesteuering, NDV 1998, 244–248, 247; *Berger*, Der Umbau des Sozialstaates, 1999, 301 ff.

77 Vgl. *Lamping/Schridde*, Konturen neuer Sozialstaatlichkeit: Sozialhilfepolitik zwischen Kontinuität und Wandel, ZfF 1999, 74–100, 90; *Meyer*, Das System der freien Wohlfahrtspflege aus ordnungspolitischer Sicht, ORDO 49 (1998), 341–377, 357 ff.

78 Aus jüngster Zeit *Erlinghagen*, Konturen ehrenamtlichen Engagements in Deutschland, Sozialer Fortschritt 2002, 80–86; *Pott*, Ehrenamt aus dem Blickwinkel von Wohlfahrtsorganisationen, Sozialer Fortschritt 2002, 92–96; *Anheier/Salamon*, Volunteering in cross-national Perspective: Initial Comparisons, Law & Contemp. Problems 1999, 43–65.

wandelt sich die Funktion des »distanzierten Wohlfahrtsstaates«⁷⁹, indem sich die ursprüngliche Rechts- und Fachaufsicht hin zu einer präventiven Gewährleistungs- und Regulierungsaufsicht entwickelt.⁸⁰ Dabei wächst der Sozialverwaltung eine aktive Rolle als Moderatorin von Verhandlungsprozessen zwischen den Trägern, Einrichtungen und Leistungsempfängern zu.⁸¹ Die Stärkung von Selbstverantwortung auf Seiten der Einrichtungsträger als Leistungserbringer geht Hand in Hand mit Bemühungen der Verwaltung um angemessene Formen der Fremdkontrolle von Selbstregulierung. So verstärkt das Vordringen auch kleinerer Anbieter den Anpassungsdruck auf die Verbände⁸², während es gleichzeitig Anschluss findet an verwaltungswissen- und betriebswirtschaftliche Suchbewegungen nach flexibler und autonomiebetonter Organisation der Binnen- und Außenbeziehungen.

Dementsprechend ist wohl auch der Begriff der Partnerschaft weiterzuentwickeln. Diesen gilt es in Richtung eines multipolaren offenen Verhandlungs- und Vertragsmodells neu zu definieren und zwischen den beiden Polen des zu sichernden Hilfeanspruchs des Einzelnen und der Gewährleistungsverantwortung des Staates als verfassungsrechtlich gesichertes Kooperationsverhältnis zu verstehen. Während dies inhaltlich flexible und veränderungsfähige Leistungsstrukturen befördern würde, könnte sichergestellt werden, dass der sozialstaatliche Schutzanspruch nicht leer läuft.

III. Erbschaften des Staates und Erbantritte der Gesellschaft: Wissensdefizite im Übergang vom Interventions- zum Verhandelnden Sozialstaat

Dabei stellt gerade die kontextabhängige, auf Kooperation und Partizipation abstellende Umorientierung in der Freien Wohlfahrtspflege das einzig angemessene Problembewältigungsprogramm zur Verfügung. Bedarfsgerechte Hilfe kann auf Dauer nicht mehr aufgrund eines einseitig festgelegten Plans erbracht werden, sondern unter Einbeziehung und aktiver Beteiligung der Empfänger. Im Kern geht es also um die Stärkung der Vereinbarungskomponente der Hilfe.⁸³ Vor dem

79 *Pitschas*, Der »neue« soziale Rechtsstaat, FS Zacher, 1998, 755–775, 755 m.w.N., 758 f.

80 Siehe *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel (Fn. 75), 912; vgl. *Lamping/Schridde*, Konturen neuer Sozialstaatlichkeit (Fn. 77), 90, die auf den sich gerade im ambulanten Pflegebereich eventuell auch zulasten der Leistungsempfänger zeigenden Verdrängungswettbewerb aufmerksam machen.

81 Deziert *Strunk*, Sozialamt als lernende Verwaltung (Fn. 75), 302 ff.

82 Siehe etwa *Meyer*, Die Wohlfahrtsverbände: Intermediär oder Dienstleister, in: *Dierkes/Zimmermann* (Hrsg.), Sozialstaat in der Krise, 1996, 211–237, 217, 225 f.; *Manderscheid*, Neuorientierung freier Wohlfahrtspflege als Träger sozialer Dienste, in: Hanesch (Fn. 74), 137–151, 137, 144 (»Serviceleistungen auf der Basis von Kundenbeziehungen«).

83 In diese Richtungen gehen insbesondere Überlegungen hinsichtlich einer an den organisatorisch-institutionellen Kriterien der Betroffenennähe, Überschaubarkeit, Einflussnahme und Toleranz ausgerichteten Bereitstellung von Hilfe; vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG, § 10 Rz. 31 ff.; *Manderscheid*, Neuorientierung (Fn. 82), 146 ff.

Hintergrund einer in ihren sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Identitäten immer weiter fragmentierten Gesellschaft scheint allein eine sozialstaatliche Intervention angemessen, die sich der konflikthaftern Wirklichkeit unterschiedlicher Lebensperspektiven und der Gebrochenheit individueller Biografien derart anpasst, daß sie diese nicht zu glätten beansprucht, sondern in der Auseinandersetzung mit ihr die Maßstäbe laufend mit- und weiterentwickelt und dabei auf Prozesse der Selbstregulierung auch deshalb zurückgreift, weil sie Informationen zu generieren vermögen, die der Verwaltung in dieser Form nicht zur Verfügung stehen.

Vor dem Hintergrund der mittlerweile etablierten Charakterisierung der Gesellschaft durch die Chiffre der Wissens- oder (irreführenderweise eine Entsprechung annehmend)⁸⁴ Informationsgesellschaft gewinnt die bereits ältere Inklusions⁸⁵- und Paternalismuskritik⁸⁶ am Wohlfahrtsstaat eine neue Qualität. Die von Vordenkern der Wissensgesellschaft herausgestellte Abhängigkeit des Staates von privatem, verstreutem Wissen⁸⁷ konkretisiert sich im Zusammenhang des Bürger-Staat-Verhältnisses, gerade auch im Bereich der Sozialverwaltung. Diese wird teilweise – im internationalen Vergleich wie auch für die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen – auf reflexive, responsive und allgemein weichere, verhandlungsorientierte Steuerungsformen umgestellt.⁸⁸ Damit stellt sich aber das gerade in

84 Siehe hierzu etwa *Mittelstraß*, Bildung und ethische Maße, in: Killius/J. Kluge/Reisch (Hrsg.), *Die Zukunft der Bildung*, 2002, 151–172, 154.

85 Vgl. insbesondere *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 25.

86 *Pateman*, The Patriarchal Welfare State, in: Gutman (Hrsg.), *Democracy and the Welfare State*, 1988, 231–260; *Fraser/Gordon*, Die Einforderung sozialer Bürgerrechte. Jenseits der Ideologie von Vertrag-kontra-Wohltätigkeit, in: Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, 185–203; *Fraser/Gordon*, Dekodierung von »Abhängigkeit«. Zur Genealogie eines Schlüsselbegriffs des amerikanischen Wohlfahrtsstaats, KJ 1993, 306–323.

87 Siehe etwa *Di Fabio*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, *VerwArch.* 1990, 193–227; vgl. weiter *Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie, 1992, 176 ff.; *ders.*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995; *ders.*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; vgl. auch *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der »Informations- oder Wissensgesellschaft«, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 101–131; *Schulte*, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, ebda., 333–348.

88 *Harlow*, European Administrative Law and the Global Challenge, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 261–285; *Zumbansen*, Quod Omnes Tangit: Globalization, Welfare Regimes and Entitlements, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg.), *The Welfare State in an Era of Globalisation*, 2003, im Erscheinen, m.w.N.; *Diller*, The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government, *New York University Law Review* 2000, 1121–1220, 1140 f., 1147 mit Hinweis auf den (Rückwärts-)Trend zu mehr Ermessen der Sozialverwaltung; s. auch *Trentner*, Kooperativer Rechtsstaat. Das Beispiel Sozialverwaltung, 1998, 59; für eine Einordnung in einen weiteren Rahmen der Verwaltungsreform jüngst *Rehbinder*, *New Public*

klassischen Bereichen der Risikosteuerung gewachsene Bewusstsein des Zwanges zur Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen⁸⁹ als wichtige Voraussetzung auch für die Erfassung sozialer Bedürfnisse einer immer weiter sozial und kulturell fragmentierten Gesellschaft dar. In dem Maße, wie Modelle der Eingriffsverwaltung und die damit eng verbundenen Steuerungserwartungen durch Recht solchen Verwaltungsvorstellungen Platz machen, die die Notwendigkeit eines vorsichtigen Tastens und Experimentierens zwischen Staat und Gesellschaft voraussetzen⁹⁰, gewinnt der Begriff der Wissensgesellschaft auch in den komplex strukturierten Feldern des ›Dritten Sektors‹ an Bedeutung. Denn während Sozialstaatskritiker beispielsweise Wissensdefizite seitens der Antragsteller hinsichtlich der konkreten Anspruchsvoraussetzungen und Realisierungsbedingungen sozialer Leistungen betonten,⁹¹ stellt sich das Wissensproblem im verhandelnden Sozialstaat aus der Perspektive des Staates noch einmal anders dar. Das Verwaltungsermessen und die in diesem Rahmen zu entfaltenden Konsensualbeziehungen zu Leistungsempfängern beziehungsweise privaten Einrichtungsträgern bilden die Grundlage für die Wissens- und Informationsabschöpfung durch den Staat. Grundsätzlich wird ›Wissensgesellschaft‹ damit auch zu einem Leitbegriff für die Erfassung von wohlfahrtsstaatlichen Inklusionen und Beschränkungen herkömmlicher Bedürfnigskennzeichnungen.⁹²

Management – Rückblick, Kritik und Ausblick, in: Lorenz (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart* (FS Brohm), 2002, 727–740; vgl. bereits *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, bes. 110 ff. m.w.N.

89 Siehe in diesem Zusammenhang jüngst die Beiträge in: *Bizer/Führ/Hüttig* (Hrsg.), *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, 2002.

90 Vgl. *Grimm*, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1991, 291–306; sehr erhellend auch *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, 104 ff., 277 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 9–58, 12 f.; kritisch gegenüber einer ›managerialization‹ der Verwaltung: *König*, ›Public Sector Management‹ oder Gouvernanz-, Steuerungs- und Strukturierungsprobleme öffentlicher Verwaltung, in: *Burth/Görlitz* (Hrsg.), *Politische Steuerung in Theorie und Praxis*, 2001, 293–314.

91 Siehe etwa *Freeman*, *Contracting State* (Fn. 7), 184; *Diller*, *The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government*, *New York University Law Review* 2000, 1121–1220, 1151.

92 Vgl. etwa *Lessenich*, *Wohlfahrtsstaatliche Regulierung und die Strukturierung von Lebensläufen. Zur Selektivität sozialpolitischer Interventionen*, *Soziale Welt* 1995, 51–69; s. auch *Hermesen*, *Wohlfahrtsverbände und Sozialmanagement. Differenzierung und Verselbständigung in der sozialen Hilfe*, 2000, 72 ff., der insgesamt eine systemtheoretisch angelegte Analyse der funktionalen Ausdifferenzierung der freien Wohlfahrtspflege als wissensgesteuertes System sozialer Hilfe vorlegt.

Es ist dieser Hintergrund, vor dem die Anleihen bei der Privatrechtstheorie, insbesondere im Bereich der Langzeit- und Relationalverträge⁹³, aber auch bei der gesellschaftsrechtlich/organisationssoziologischen Netzwerkforschung⁹⁴, zu einem besseren Verständnis der Steuerungspotentiale des Vertragsrechts für die Beziehungen zwischen Leistungs- und Einrichtungsträgern sowie Leistungsempfängern führen können. Diese Forschung spiegelt in ihren Suchbewegungen und Kategorisierungen⁹⁵ die Fortentwicklungen des jüngeren Staatsdenkens, welches sich nach individualistischen Anfängen (Sozialstaat als Interventionsstaat) über korporatistisch-kollektive Lernerfahrungen (Rechts- und Sozialstaat) zu Emanzipationskonzeptionen (Wohlfahrtsstaat als Gewährleistungs- und Supervisionsstaat) weiterentwickelt hat. Diese Veränderungen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft haben seit jeher vom öffentlichen Recht wie vom Privatrecht ungeheure Anpassungsleistungen verlangt, wobei sich in beiden Bereichen klare Verwandtschaftsbeziehungen und Ableitungszusammenhänge festmachen lassen, die als feste Bestandteile des eigenen Selbstverständnisses verinnerlicht werden. Auch soweit sich einzelne Beiträge zum Stand der Wissenschaft⁹⁶ als Ausdruck des jeweiligen *state of the art* anbieten, muss es weiterhin ein zentrales rechtstheoretisches Anliegen sein, das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht als eines wechselseitiger Auffangordnungen zu erforschen und kritisch zu hinterfragen.⁹⁷ Die Abhängigkeit unseres Begriffs von Gesellschaft und aller wissenschaftli-

93 Siehe etwa *Macaulay*, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 1963, 28; *Macneil*, Relational Contract: What we do and what we do not know, *Wisconsin Law Review* 1985, 483–525; *Schanze*, Symbiotic Arrangements, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, 1998, 554–559; *Oechsler*, Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik, *RabelsZ* 1996, 91–124; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 241 ff.

94 Grundlegend *Powell*, Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization, *Research in Organizational Behavior* 1990, 295–336; s. weiter *Nobria/Eccles* (Hrsg.), *Networks and Organizations: Structure, Form, and Action*, 1992; *Rauch/Hamilton*, *Networks and Markets: Concepts for Bridging Disciplines*, in: *Rauch/Casella* (Hrsg.), *Networks and Markets*, 2001, 1–29; *Teubner*, Das Recht hybrider Netzwerke, *ZHR* 2001, 550–575, etwa 556; *Ladeur*, Regulierung von Selbstregulierung (Fn. 49); *ders.*, Negative Freiheitsrechte (Fn. 87), 204 ff., s. auch *ebda.*, 252 ff.

95 Siehe den sehr informativen Literaturüberblick von *Müller-Jentsch*, Organisation und Netzwerk als gesellschaftliche Institutionen oder Organisationssoziologie aus gesellschaftstheoretischer Perspektive, *Soziologische Revue* 2002, 418–434.

96 Vgl. etwa *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, und *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, *AcP* 196 (1996), 1–36. Diese Verbindung wurde einmal in einem Rechtstheorieseminar in Frankfurt aus der Sicht des öffentlichen Rechts hergestellt.

97 Vgl. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, siehe darin etwa die Anknüpfung *Bullingers* an sein frühes Thema: Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, *ebda.*, 239–260; vgl. *ders.*, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion einer Unterscheidung*, 1968.

chen Anknüpfungen wie auch Assoziationen von einer fundamentalen Position des Staatsbegriffs⁹⁸ darf nicht als *shortcoming* einer auf Konstitutionalisierung und Zivilisierung⁹⁹ hoffenden Privatrechtswissenschaft verstanden werden, sondern sollte als jeweils innerhalb und zwischen den wissenschaftstheoretischen Selbstbefragungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, als nicht – weder durch Kommunitarismus noch durch Ordoliberalismus oder Subsidiarität – hintergehbare Voraussetzung jeglicher ordnungstheoretischer Arbeit stehend verstanden werden. Die allenthalben bekannten Privatisierungen des öffentlichen Rechts lassen sich nur unreflektiert als späte Rachenahme eines früh interventionsstaatlich publizierten Privatrechts verstehen.¹⁰⁰ Die etwa am Begriff des Rechtsverhältnisses diskutierten Zuordnungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten¹⁰¹ sollten dementsprechend nicht als Dammbüche und Erosionen essenzieller dogmatischer Grenzen gesehen werden, sondern vielmehr als notwendige, dogmatische Anpassungsversuche dieses unseres »Staat und Gesellschafts«-Rechts an im Herzen demokratischer Rechtsstaatlichkeit begründete Legitimationsansprüche, die sich im Wege prozeduraler Unruhestiftung und institutionellen Drucks Bahn zu brechen suchen. Wo es zum einen gelte, die Handelsvertreter-, Bürgschafts- und Ehevertragsentscheidungen des BVerfG ebenso wie die oben angeführte Rechtsprechung des BGH und des BVerwG zu festen Bestandteilen zivilrechtlicher Seminare zu machen, ginge es gleichzeitig darum, zivilrechtliche Arbeiten zu Risiko und Unsicherheit¹⁰² als Themen verwaltungswissenschaftlicher Veranstaltungen zu erkennen. Denn gerade in den hier aufscheinenden Übergangsbereichen und -seman-

98 Siehe hierzu besonders *Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, 91–169, 92–94; vgl. auch die Auseinandersetzung hiermit in *Zumbansen*, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, ARSP-Beiheft 79, 2001, 13–40; *ders.*, Semantics of European Law, 5 *European Law Journal* 116 (1999); sehr erhellend *Möllers*, Staat als Argument, 2000.

99 Siehe *Calliess*, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft. Die abendländische Rechtstradition, das internationale Privatrecht und der Verbraucherschutz, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, 2003, im Ersch.; *Zumbansen*, Das soziale Gedächtnis des Rechts, oder: Juristische Dogmatik als Standeskunst, ebd.

100 Siehe hierzu nochmals *Stolleis*, Entstehung des Interventionsstaates (Fn. 22); s. schon *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.

101 Jüngst *Keller*, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsverhältnislehre, 1997; siehe zuvor *Gröschner*, Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, *Die Verwaltung* 1997, 301–308; *von Danwitz*, Zur Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre, *Die Verwaltung* 1997, 339–363; vgl. schon *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze, in: *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 1980, 248–285 und *Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, *DVBl.* 1986, 912–922.

102 Vgl. nochmals *Hart* (Hrsg.), *Privatrecht im »Risikostaat«*, 1997.

tiken¹⁰³ hätte die interdisziplinäre, öffentlich-privatrechtswissenschaftliche Grauzonenforschung anzusetzen. Auf den Wissensaustausch zwischen den Vertreterinnen und Vertretern der jeweiligen Fachgebiete im Sozial- und Verbraucherrecht, im Verwaltungs- und Vertragsrecht, im Rundfunk- und Internetrecht kann schon lange nicht mehr verzichtet werden.

IV. Summary

The rise of contractual governance in public service delivery and administration has led some observers to believe in an all-encompassing shift from public to private governance. The contention in this paper is that while significant changes relating to bureaucratic organisation and service delivery have doubtless occurred and can be traced back to the introduction of contractual forms of governance, the grand claim of a totally privatized, that is *retreated* state is exaggerated. While the imagery of the ›retreat of the state‹ appears apt in light of progressive public sector reform over time, itself rightly seen not as the outset but as the consequence of privatization politics, it nevertheless falls short of providing a precise description of present day, public welfare governance. The imagery of privatization is admittedly highly persuasive, with its inevitable depictions of greater efficiency, flexibility and responsiveness, not to forget the loudly hailed cost-effectiveness of throwing open the windows of the welfare state to admit the cold winds of competition. At the same time, however, this portrait tends to conceal the persistent activities and values of traditional public administrative law. This body of norms and practices is in a process of constant overhaul and adaptation, and certainly presents a challenging field for innovation and societal responsiveness, even in legal cultures which traditionally have a less developed esteem for and interest in administrative law. The proliferation of new fields of administrative law, relative to the extension of the law's reach into civil society or, possibly, society's claim to self-governance through law, makes for an evergrowing body of specialised norms. Most of these norms result from new and flexible, often multidimensional forms of law making, which have led to a redesign of the separation-of-powers doctrine long established in western European countries. However, with the increasing tendency of parliaments to enact only generally formulated ›framework norms‹, administrative discretion in ›executing‹ these norms, i.e. in unfolding and uncovering their actual content in the practice of application, is being extended. This certainly cannot be without consequences for the judiciary, which is caught

103 Vgl. zu dieser Charakterisierung anlässlich des Bürgschaftsfalls *Teubner*, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 388–404; vgl. zum Begriff des Wirtschafts- und des Sozialrechts schon *Wietbölder*, Artikel Wirtschaftsrecht, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, 531–539; *ders.*, Rechtswissenschaft, 1968, 168.

head on in this institutional, *viz* constitutional conflict between legislative prerogative and administrative discretion.

Beneath this institutional struggle for identity lies a far more powerful conflict, which itself is the real cause for much of the rather misleading debate over the ›retreat of the state‹. The separation of public and private can be seen as nothing less than the lingering base of repeatedly unfolding ideological opposition, and it makes sense therefore to focus more on the symbolic thrust of the separation, or its alleged overcoming, than on finding yet another institutional example underlining that the State is or is not in full retreat. The concrete example of service provision contracts under German Social Welfare Law (*Bundessozialhilfegesetz*) presented in this paper serves to illuminate the potential for private contract law to redefine public welfare against the background of scarce financial resources, involving an intricate institutional mix of private and public actors in the context of a growing dedication to more actor autonomy on the part of the welfare recipient. To understand and further develop the theoretical potential of delimitations, such as »Sector«, »Network« or »public v. private welfare provision contract«, important lessons can be learned from private law theory as well as a growing body of significant scholarship in sociological and organizational studies. Finally, the rather public law discourses over a changed statehood (*veränderte Staatlichkeit*) meet in an illuminating manner with private law and management discourses concerning flexible organization and decentralised, enabling forms of self-regulation.

Anhang

§ 94 BSHG (in der Fassung vom 23. 7. 1996) lautet:

- (1) Für jedes Land oder für Teile eines Landes wird bei der zuständigen Landesbehörde eine Schiedsstelle gebildet.
- (2) Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Träger der Einrichtungen und Vertretern der örtlichen und überörtlichen Träger der Sozialhilfe in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden. Die Vertreter der Einrichtungen und deren Stellvertreter werden von den Vereinigungen der Träger der Einrichtungen, die Vertreter der Träger der Sozialhilfe und deren Stellvertreter werden von diesen bestellt; bei der Bestellung der Vertreter der Einrichtungen ist die Trägervielfalt zu beachten. Der Vorsitzende und sein Stellvertreter werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt. Kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie durch Los bestimmt. Soweit beteiligte Organisationen keinen Vertreter bestellen oder im Verfahren nach Satz 3 keine Kandidaten für das Amt des Vorsitzenden und des Stellvertreters benennen, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer der beteiligten Organisationen die Vertreter und benennt die Kandidaten.
- (3) Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt. Sie sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

Vertragsregimes im »Dritten Sektor«

- (4) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle, die Rechtsaufsicht, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten zu bestimmen.

§ 93 BSHG (Fassung vom 23. 7. 1996) lautet:

- (1) Zur Gewährung von Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen einschließlich Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Vereinbarungen nach Absatz 2 sind nur mit Trägern von Einrichtungen abzuschließen, die insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit und der Gewährleistung der Grundsätze des § 3 Abs. 1 zur Erbringung der Leistungen geeignet sind. Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, soll der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abschließen, deren Vergütung bei gleichem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger.
- (2) Wird die Leistung von einer Einrichtung erbracht, ist der Träger der Sozialhilfe zur Übernahme der Vergütung für die Leistung nur verpflichtet, wenn mit dem Träger der Einrichtung oder seinem Verband eine Vereinbarung über
 1. Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen (Leistungsvereinbarung),
 2. die Vergütung, die sich aus Pauschalen und Beträgen für einzelne Leistungsbereiche zusammensetzt (Vergütungsvereinbarung) und
 3. die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen (Prüfungsvereinbarung)besteht. Die Vereinbarungen müssen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen.
- (3) Ist eine der in Absatz 2 genannten Vereinbarungen nicht abgeschlossen, kann der Träger der Sozialhilfe Hilfe durch diese Einrichtung nur gewähren, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalles geboten ist. Hierzu hat der Träger der Einrichtung ein Leistungsgebot vorzulegen, das die Voraussetzung des § 93a Abs. 1 erfüllt, und sich schriftlich zu verpflichten, Leistungen entsprechend diesem Angebot zu erbringen. Vergütungen dürfen nur bis zu der Höhe übernommen werden, wie sie der Sozialhilfeträger am Ort der Unterbringung oder in seiner nächsten Umgebung für vergleichbare Leistungen nach den nach Absatz 2 abgeschlossenen Vereinbarungen mit anderen Einrichtungen trägt. Für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen gelten die Vereinbarungsinhalte des Sozialhilfeträgers mit vergleichbaren Einrichtungen entsprechend. Der Sozialhilfeträger hat die Einrichtung über Inhalt und Umfang dieser Prüfung zu unterrichten. Absatz 7 gilt entsprechend.

§ 3 Abs. 1 BSHG (in der Fassung vom 23. 7. 1996) lautet:

- (1) Art, Form und Maß der Sozialhilfe richten sich nach der Besonderheit des Einzelfalles, vor allem nach der Person des Hilfeempfängers, der Art seines Bedarfs und den örtlichen Verhältnissen. Wird die Leistung an den Hilfeempfänger durch eine Einrichtung erbracht, ist durch die Vereinbarungen nach Abschnitt 7 zu gewährleisten, daß diese Leistung den Grundsätzen des Satzes 1 entspricht.

Der Dritte Sektor als Teilnehmer am Markt: Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

CHRISTIAN ARMBRÜSTER

I. Einführung	87	1. Bürgerliches Recht	91
1. Fragestellung	87	2. Wettbewerbsrecht	95
2. Erscheinungsformen der Marktteilnahme des Dritten Sektors ...	88	IV. Unechte Privilegierung wegen erhöhter Vertrauens- und Glaubwürdigkeit	100
II. Gesetzliche Ausgangslage	89	1. Veräußerungsgeschäfte	101
1. Austauschverträge	89	2. Beweiswürdigung	101
2. Einseitig verpflichtende Verträge; Geschäftsführung ohne Auftrag	90	V. Fazit	102
III. Privilegierung Gemeinnütziger in der Rechtsprechung	91	VI. Ergebnisse in Thesen	103
		VII. Summary	103

I. Einführung

1. Fragestellung

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit das Privatrecht die dem Dritten Sektor angehörenden Marktteilnehmer deshalb privilegiert, weil sie gemeinnützige Ziele verfolgen. Diese Fragestellung mag auf den ersten Blick verwundern, ist es doch grundsätzlich nicht Aufgabe des vom Grundsatz der Privatautonomie beherrschten Privatrechts, die Motive der Handelnden zu bewerten. Indessen verhält sich das Privatrecht keineswegs völlig indifferent gegenüber der Motivation der Beteiligten. Dies zeigt sich deutlich an der Regelung des § 138 BGB. Aufgrund dieser Vorschrift wird insbesondere übersteigertem und rücksichtslosem Gewinnstreben, wie es sich in wucherähnlichen und Wuchergeschäften manifestiert, die rechtliche Anerkennung versagt. Dies führt zu der Frage, ob nicht umgekehrt – gleichsam spiegelbildlich zu den Sanktionen überzogenen Strebens nach Eigennutz auf Kosten anderer – eine von Gemeinnützigkeit motivierte Teilnahme am Markt durch die Privatrechtsordnung besonders zu schützen und zu fördern ist.

Eine allgemeine Wertentscheidung des Gesetzgebers für den Schutz Gemeinnütziger in ähnlicher Weise, wie er namentlich Verbrauchern¹ und Minderjährigen im BGB zuteil wird, lässt sich nicht ausmachen (s. sogleich II). Dies hat die Rechtsprechung indessen nicht davon abgehalten, verschiedentlich Wege zu beschreiten, die zu

1 Der entgeltlich handelnde Gemeinnützigke ist Gewerbetreibender (s. noch unten bei Fn. 45) und damit Unternehmer i. S. von § 14 BGB; *Micklitz*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, § 14 Rn. 19.

einer Privilegierung gemeinnützigen Handelns führen. Besonders deutlich tritt dies in mehreren jüngeren obergerichtlichen Entscheidungen zum Bürgerlichen Recht zutage (dazu unten III 1). Im Wettbewerbsrecht hat der BGH schon vor einiger Zeit Regeln entwickelt, die eine Besserstellung Gemeinnütziger gegenüber anderen Marktteilnehmern bewirken (s. III 2). Eine Analyse dieser Judikatur soll in die abschließende Frage münden, in welchem Umfang das Privatrecht die Aufgabe zu übernehmen vermag, gemeinnützig motivierte Marktteilnahme zu privilegieren.

2. Erscheinungsformen der Marktteilnahme des Dritten Sektors

Zunächst soll kurz umrissen werden, in welcher Weise der Dritte Sektor überhaupt am Markt auftritt. Die dem Dritten Sektor zuzuordnenden Organisationen zeichnen sich dadurch aus, dass ihr Handeln gemeinnützig motiviert ist. Gemeinnützigkeit ist in der deutschen Rechtsterminologie ein Begriff des Steuerrechts.² Nach der Definition in § 52 Abs. 1 AO sind solche Körperschaften gemeinnützig, deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Diese gesetzliche Definition soll auch im Folgenden zugrunde gelegt werden; ob es sachgerecht ist, außer im Grundsatz jedermann dienenden auch solche Zwecke zu fördern, die nur einem nach persönlichen Merkmalen begrenzten Personenkreis (z. B. Vereinsmitgliedern) nutzen,³ muss hier dahinstehen. Zu den gem. § 51 S. 2 AO erfassten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i. S. des Körperschaftsteuergesetzes zählen u. a. die Kapitalgesellschaften (praktisch bedeutsam: GmbHs) und sonstige juristische Personen des Privatrechts, namentlich rechtsfähige Stiftungen und Vereine, darüber hinaus aber auch nicht rechtsfähige Stiftungen und Vereine.⁴

Um eine selbstlose Förderung der Allgemeinheit zu ermöglichen, müssen naturgemäß in aller Regel finanzielle Mittel vereinnahmt werden. Ein Blick auf die vier möglichen *Einkunftsarten* bereits errichteter gemeinnütziger Körperschaften⁵ erhellt zugleich wesentliche Erscheinungsformen ihrer Marktteilnahme: Sie sind Empfänger von Spenden und sonstigen Zuwendungen⁶, sie betreiben Vermögensverwaltung, vor allem aber äußert sich ihre Marktteilnahme in der Führung von Zweckbetrieben (z. B. Krankenhäusern, Altenheimen, Museen)⁷ und teils auch von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben⁸ (z. B. Raumvermietung, Veranstaltung

2 Vgl. dazu *Benicke*, EuZW 1996, 165 unter Hinweis auf Abweichungen in anderen europäischen Rechtsordnungen.

3 Dagegen im Kontext einer möglichen Privilegierung öffentlicher Zweckverfolgung im Pflichtteilsrecht *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3153.

4 § 1 KStG; s. auch *Schaubhoff*, in: Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, Einl. Rn. 9.

5 Eingehend *Schaubhoff* (Fn. 4), § 6.

6 S. dazu den dem Urteil des OLG Dresden, NJW 2002, 3181 (dazu unten III 1 b) zugrunde liegenden Sachverhalt.

7 Vgl. OLG Naumburg, NJW 2002, 3153 (dazu unten III 1 a).

8 Diese sind dann steuerpflichtig; hierzu und zu den Grenzen der Zulässigkeit s. *Schaubhoff* (Fn. 4), § 6 f.

Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

von Festen).⁹ Was die *Mittelverwendung* angeht, so umfasst die Marktteilnahme Gemeinnützigler praktisch das gesamte Spektrum möglicher privatwirtschaftlicher Betätigung. Im Vordergrund steht der Abschluss von Verträgen über Warenabsatz und Dienstleistungen verschiedenster Art; daneben wird aber etwa auch Werbung betrieben. Der Dritte Sektor tritt mithin in vielfältiger Weise als Teilnehmer am Markt auf.

II. Gesetzliche Ausgangslage

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob das Privatrecht gemeinnütziges Handeln privilegiert, müssen die Vorschriften der ersten beiden Bücher des BGB über Rechtsgeschäfte sein. Diesen für die privatautonome Betätigung am Markt grundlegenden Regeln lassen sich gesetzgeberische Wertentscheidungen darüber entnehmen, welche Marktteilnehmer besonderen Schutz erlangen sollen. So profitieren Verbraucher i.S. des § 13 BGB in vielfältiger Weise von Schutzvorschriften (vgl. nur § 310 Abs. 3, §§ 312-312 f, §§ 474-479 BGB); Minderjährige werden durch die §§ 106 ff. BGB umfassend geschützt. Ob sich daneben auch für gemeinnützig Handelnde Ansätze einer gesetzlichen Privilegierung ermitteln lassen, soll im Folgenden genauer betrachtet werden.

1. Austauschverträge

Blickt man zunächst auf die Regeln des Bürgerlichen Rechts über Austauschverträge, so lässt sich schnell feststellen, dass das Gesetz gemeinnützig Handelnde nicht besonders privilegiert. So ist es für die Anwendbarkeit des Dienst-, Werk- oder Kaufvertragsrechts unerheblich, welche Motive die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten verfolgen. Dient das Handeln eines oder beider Vertragspartner gemeinnützigen Zwecken, so sieht das BGB unter diesem Gesichtspunkt keine besondere Milde vor, etwa was das Recht zur Lösung vom Vertrag oder die Haftung für Vertragsverletzungen anbelangt. Nichts anderes gilt für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 307 BGB.¹⁰ Im Unterschied zu Verbrauchern oder Minderjährigen werden der karitative Verein oder die gemeinnützige Stiftung mithin nicht gegenüber anderen Marktteilnehmern privilegiert.

Anders gewendet: In Austauschverträgen misst das BGB der Entgeltlichkeit und darüber hinaus der Herstellung einer gewissen Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung (s. nur § 138 BGB) Gewicht bei, nicht aber der Motivlage derjenigen, die solche Verträge schließen. Besonders deutlich tritt dies darin zutage, dass das Gesetz es einer Partei im Grundsatz versagt, einen Austauschvertrag wegen ei-

⁹ S. auch das Beispiel des UNICEF-Kartenverkaufs in BGH, NJW 1976, 753 = GRUR 1976, 308 (dazu unten bei Fn. 40).

¹⁰ *Basedow*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rn. 46; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 241; a.A. neuerdings *Baetge*, AcP 202 (2002), 972, 979 ff.

nes Irrtums über diese Motivlage gem. §§ 119 ff. BGB anzufechten: Ein Irrtum darüber, ob das Rechtsgeschäft gemeinnützigen Zwecken dient, berechtigt als reiner Motivirrtum regelmäßig nicht zur Anfechtung.¹¹ Allerdings kann ein Irrtum über die Gemeinnützigkeit des Vertragspartners nach § 119 Abs. 2 BGB als Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person durchaus einen Anfechtungsgrund bilden. Nichts anderes kann gelten, wenn ein Dritter aus einem Vertragsverhältnis begünstigt werden soll¹² und eine der Vertragsparteien sich über dessen Gemeinnützigkeit im Irrtum befindet. In diesen Regeln ist freilich keine Sonderbehandlung Gemeinnütziger zu erblicken. Vielmehr handelt es sich um die schlichte Anwendung der für alle geltenden Vorschriften.

2. Einseitig verpflichtende Verträge; Geschäftsführung ohne Auftrag

Vergegenwärtigt man sich etwa die Regeln des BGB über die Schenkung oder die Leihe, so wird deutlich, dass die Privatrechtsordnung *uneigennütziges* Handeln durchaus honoriert. In vielen, wenn auch nicht allen unentgeltlichen Vertragsverhältnissen privilegiert das BGB den uneigennützig handelnden Vertragspartner weitgehend in Gestalt von Haftungserleichterungen (s. insbesondere §§ 521, 599 BGB; für den Auftrag fehlt freilich eine vergleichbare gesetzliche Regelung¹³). Zudem fördert das Gesetz ein Handeln zum Wohle anderer in den Vorschriften über die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. §§ 679, 680, 683 S. 1 BGB).

Auf den ersten Blick könnte dies auf eine gesetzgeberische Wertung zugunsten Gemeinnütziger hindeuten. Indessen darf uneigennützig nicht mit gemeinnützig gleichgesetzt werden. Zwar kann das uneigennützige Handeln auch dem Gemeinwohl dienen. In der Praxis ist es indessen meist fremdnützig in dem Sinne, dass es einem oder mehreren individuellen Interessenträgern (Beschenkten, Geschäftsherren etc.) zugute kommt. Die Teilnahme Gemeinnütziger am Markt zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass sie der Förderung von überindividuellen Allgemeininteressen dient.¹⁴ Vielfach geschieht dieses Handeln gerade nicht in Gestalt unentgeltlicher Verträge oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag, so dass die angesprochenen Sonderregeln ohnehin nicht eingreifen. Einen Rückschluss auf eine weiter gehende gesetzliche Wertung, wonach gerade gemeinnütziges gegenüber individuell-fremdnützigem Handeln zu privilegieren wäre, lassen diese Regeln nicht zu.

11 Allg. zum (einseitigen) Irrtum über den Zweck der Leistung s. *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 14.

12 S. dazu im Kontext des Eigenschaftsirrtums *Kramer*, in *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. 2001, § 119 Rn. 124 m.w.N.

13 Die Frage einer analogen Anwendbarkeit der gesetzlichen Haftungsmilderungen ist umstritten; s. nur *Grundmann*, AcP 198 (1998), 457, 461 ff.

14 Vgl. *Schaubhoff* (Fn. 4), Einl. Rn. 8.

III. Privilegierung Gemeinnützigter in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich freilich nicht mit diesem Befund begnügt. Verschiedentlich ist es unternommen worden, aus dem Umstand, dass einer der Marktteilnehmer gemeinnützig motiviert war, eine Privilegierung herzuleiten. Als frühes Beispiel mag ein Urteil des OLG Breslau¹⁵ aus dem Jahre 1916 dienen, wonach in einer BGB-Gesellschaft mit ideellem Zweck (Errichtung eines Brunnens) die Gesellschafter nicht persönlich haften. Diese Entscheidung ist freilich im Kontext der Judikatur zur Haftungsprivilegierung im nicht rechtsfähigen Idealverein¹⁶ zu sehen. Jene Judikatur betrifft ebenso wie eine neuere Entscheidung des BGH¹⁷ zur Zulässigkeit einer Abfindungsbeschränkung nicht allein gemeinnützige, sondern jegliche Personenverbände mit ideeller Zwecksetzung. Sie alle werden damit gegenüber den Wirtschaftsvereinen und -gesellschaften privilegiert.

Für die Fragestellung aufschlussreicher erscheint eine Analyse derjenigen Rechtsprechung, die sich spezifisch mit gemeinnützigen Marktteilnehmern befasst. Im Folgenden soll beispielhaft auf zwei aktuelle Urteile zum Bürgerlichen Recht und etwas ausführlicher auf die Entwicklung der Judikatur zum Wettbewerbsrecht eingegangen werden.

1. *Bürgerliches Recht*

- a) Sittenwidrigkeit: Gesellschafterbürgschaft für gemeinnützige GmbH
(OLG Naumburg, OLGR Naumburg 2001, 60)

Schon 1961 hat der BGH¹⁸ entschieden, dass nicht nur das Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen kann, sondern auch dasjenige gegenüber der Allgemeinheit. Als Beispiel wird der Fall angeführt, dass die verwaltungsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von Gemeinden bewusst verletzt werden. In ähnlicher Weise könnte auch Gemeinnützigkeit über § 138 BGB gegen allzu großes Gewinnstreben abgesichert werden.

Auf dieser Linie liegt jedenfalls das Urteil des OLG Naumburg vom 21. März 2000.¹⁹ Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: Ein Benediktinermönch hatte als alleiniger Gesellschafter die »Kloster X gemeinnützige GmbH« gegründet. Noch während der Gründungsphase nahm die Gesellschaft bei einem Kreditinstitut Darlehen in Höhe von insgesamt 500 000 DM auf. Der Mönch übernahm für diese

15 OLGE 32, 362, 363.

16 RGZ 63, 62, 65; BGH, NJW 1979, 2304, 2306; s. auch *Ulmer*, ZGR 2000, 339, 342 f.; *Dauner-Lieb*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2001, S. 117, 134 ff.

17 BGHZ 135, 387, 390 = NJW 1997, 2592, 2593 (betr. eine Gesellschaft für alternatives Wohnen).

18 BGHZ 36, 395, 397 f. = NJW 1962, 955.

19 OLGR Naumburg 2001, 60 ff.

Darlehen eine selbstschuldnerische Bürgschaft. Dabei hat das Kreditinstitut den Bürgen über die mit der Bürgschaft verbundenen Risiken unzutreffend informiert. Als die Gesellschaft, deren alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Mönch und sein Sohn waren, insolvent wurde, nahm das Kreditinstitut den Mönch aus der Bürgschaft in Anspruch.

Eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft kam hier unter anderem deshalb in Betracht, weil letztere angesichts dessen, dass der Mönch das Armutsgelübde abgelegt hatte, wirtschaftlich sinnlos sein könnte.²⁰ Dieser Aspekt soll hier nicht vertieft werden.²¹ Auf die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Bürgen kommt es jedenfalls nach allgemeinen Regeln dann nicht an, wenn es sich um eine *Gesellschafterbürgschaft* handelt: Grundsätzlich ist eine Bürgschaft, die nach den allgemeinen Regeln als sittenwidrig anzusehen wäre, dann nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es sich bei dem Bürgen – wie hier – um einen Gesellschafter der Hauptschuldnerin handelt.²² Zu beurteilen war nun, ob dies auch für den Fall gilt, dass die Hauptschuldnerin eine *gemeinnützige* Gesellschaft ist. Das OLG Naumburg²³ hat diese Frage verneint und zur Begründung darauf verwiesen, dass der Bürge bei dieser Fallgestaltung kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Gewährung des durch die Bürgschaft gesicherten Darlehens habe. Dieser Argumentation hat sich der *IX. Zivilsenat* des BGH²⁴ in einem Beschluss, mit dem er die Annahme der Revision ablehnte, nicht angeschlossen.²⁵ Das wirtschaftliche Interesse, so der BGH, liege bei Krediten an gemeinnützige Gesellschaften darin, dass davon auszugehen sei, dem Bürgen sei es persönlich wichtig, dass die Gesellschaft ihre Aufgaben erfüllen kann und nicht insolvent wird. Auf die Absicht, Gewinn zu erzielen, komme es nicht an.

Gegen diese Erwägungen des *IX. Senats* lässt sich Folgendes einwenden: Die Rechtsprechung, wonach bei *Gesellschafterbürgschaften* die allgemeinen zur Sittenwidrigkeit wegen finanzieller Überforderung entwickelten Regeln nicht gelten sollen, beruht auf dem Gedanken, dass der Bürge durch die Hingabe der Sicherheit für die Gesellschaft, an deren Gewinnen er partizipiert, letztlich zum eigenen wirtschaftlichen Nutzen handelt. Der Kreditgeber soll sich dann nicht mit der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bürgen befassen müssen. Diese Fallgestaltung ist jedoch zu unterscheiden von den Fällen derjenigen Bürgen, die kein eigenes *wirtschaftliches* Interesse an der Sicherung der Hauptschuld haben, sondern die Bürg-

20 So das OLG Naumburg, OLGR Naumburg 2001, 60, 61, a.A. *Klaas*, EWiR § 138 BGB 7/02, 791, 792.

21 S. zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Sinnlosigkeit *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, § 138 Rn. 193.

22 BGHZ 137, 329, 336 = NJW 1998, 597; BGH, NJW 2002, 1337, 1338 f. = ZIP 2001, 1954.

23 OLGR Naumburg 2001, 60, 62.

24 NJW-RR 2002, 1130 = WM 2002, 923 f.

25 Im Ergebnis gelangt der BGH (Fn. 24) zwar zur Sittenwidrigkeit, aber nur unter dem weiteren Gesichtspunkt unzutreffender Information über das Bürgenrisiko.

schaft aus anderen Motiven – insbesondere: aus familiärer Verbundenheit mit einem Gesellschafter des Hauptschuldners – übernehmen. Jene Bürgen verdienen besonderen Schutz gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Gläubigers. Dementsprechend hat der *XI. Zivilsenat* des BGH²⁶ unlängst zutreffend entschieden, dass der Schutz des § 138 Abs. 1 BGB auch solchen Gesellschafterbürgen ungeschmälert zugute kommt, die ihre Gesellschafterstellung – für die Bank offenkundig – nur als fremdnütziger Treuhänder übernommen und daher kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Darlehensgewährung zugunsten der Gesellschaft haben. Ein solches *wirtschaftliches* Interesse fehlt auch dem Mönch, der Gesellschafter einer gemeinnützigen GmbH ist und sich als Bürge für deren Verbindlichkeiten zur Verfügung stellt. Er handelt gerade nicht aus einem – dem Erwerbsinteresse des Kreditinstituts vergleichbaren – wirtschaftlichen Eigeninteresse heraus, sondern aufgrund einer ideellen, eher der familiären Verbundenheit ähnelnden Motivation.²⁷

Vermag es mithin nicht zu überzeugen, wenn der *IX. Senat* entscheidend darauf abstellt, der Mönch habe ein *wirtschaftliches* Eigeninteresse an der gemeinnützigen Gesellschaft gehabt, so ist der Entscheidung im Ergebnis dennoch zu folgen. Zu bedenken ist nämlich Folgendes: Der Mönch war – anders als die Bürgin in dem vom *XI. Senat* entschiedenen Fall – selbst Gründer der Hauptschuldnerin. Er verfolgte mit jener Gesellschaftsgründung und mit der Darlehensaufnahme ausschließlich eigene Zwecke, wenngleich diese nicht wirtschaftlicher, sondern ideeller Natur waren. Grundsätzlich steht es jedermann frei, sich auch für ideelle Anliegen hoch zu verschulden. Nahm der Mönch namens der Gesellschaft, die wirtschaftlich mit ihm identisch war, ein Darlehen auf, so muss er sich letztlich so behandeln lassen, wie wenn er selbst Darlehensnehmer wäre. Die Bürgschaft trug dem Rechnung. Sie mag zwar unter dem Aspekt der Werthaltigkeit wirtschaftlich sinnlos gewesen sein. Allerdings stellte sie eine Korrelation zwischen Einwirkungsmacht auf das Gesellschaftergeschehen und persönlicher Verantwortlichkeit her. Damit war sie geeignet, den Mönch als denjenigen, der hinter der Gesellschaft und dem von ihr verfolgten gemeinnützigen Zweck stand, zu einem verantwortungsvollen, eine vertragsgemäße Rückzahlung des Darlehens ermöglichenden Umgang mit den anvertrauten Mitteln anzuhalten. War der Mönch nicht anders zu behandeln, als hätte er das Darlehen selbst aufgenommen, so kann die Bürgschaft jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der krassen finanziellen Überforderung nichtig sein. Das Darlehen hätte der Mönch nämlich in voller Höhe zurückzahlen müssen. Eine Pflichtwidrigkeit der Bank kommt bei dieser Sichtweise freilich insofern in Betracht, als sie ein Darlehen ausreicht, ohne vorher hinreichend gründlich zu prüfen, ob der damit verfolgte Zweck tragfähig erscheint. Dies mag im Einzelfall einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) begründen, führt aber nicht per se zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.

26 NJW 2002, 1337, 1338 f. = ZIP 2001, 1954.

27 Für Sittenwidrigkeit der Bürgschaft daher *Klaas*, BGH EWiR § 138 BGB 7/02, 791, 792.

Selbst wenn man dies anders sieht und mit dem OLG Naumburg die Schutzbedürftigkeit des Mönchs in den Vordergrund rückt, liegt darin keine echte Privilegierung im Sinne einer Sonderbehandlung gegenüber allen anderen Marktteilnehmern allein aufgrund der gemeinnützigen Zielsetzung der Hauptschuldnerin, die der Bürge unterstützte. Vielmehr beruht dieser Schutz dann auf einer Anwendung allgemeiner Regeln, die der nicht wirtschaftlich ausgerichteten Betätigung gemeinnütziger Gesellschaften Rechnung trägt (unechte Privilegierung).

Eine unechte Privilegierung käme im Bereich der Sittenwidrigkeit darüber hinaus auch im Hinblick auf die Voraussetzungen von Wucher und wucherähnlichen Geschäften in Betracht. Es ließe sich nämlich erwägen, bei der Bewertung von Leistung und Gegenleistung die Vorstellung der Parteien, man verfolge gemeinnützige Zwecke, mit einfließen zu lassen. Indessen ist zumindest für den Bereich wucherähnlicher Geschäfte anerkannt, dass die Leistungen nach ihrem objektiven Wert und nicht nach den subjektiven Interessen der Beteiligten zu veranschlagen sind.²⁸ Hieran ist nicht zuletzt im Hinblick auf das Interesse an Rechtssicherheit festzuhalten.

b) Kein Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen Zuwendungen an Gemeinnützigen (OLG Dresden, NJW 2002, 3181)

Ein Musterbeispiel für das Bemühen eines Gerichts, dem Grundsatz »Gemeinwohl geht vor Eigennutz« Geltung zu verschaffen, bietet ein Urteil des OLG Dresden vom 2. Mai 2002²⁹. Ein Erblasser hatte der gemeinnützigen Stiftung Frauenkirche Dresden lebzeitig und durch ein Vermächtnis hohe Geldbeträge zugewandt. Seine Tochter und Alleinerbin machte nun gegenüber der Stiftung einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2329 Abs. 1 S. 2 BGB geltend. Das OLG Dresden wies die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, in der Zuwendung an eine Stiftung, die ihr Vermögen unmittelbar zur Förderung des Stiftungszwecks zu verwenden habe, liege bereits keine Schenkung i.S. von § 2329 Abs. 1 BGB. Vielmehr habe die Empfängerin der Spenden nach ihrer satzungsmäßigen Konstruktion die Zuwendungen des Erblassers nur als Treuhänderin empfangen. Dieses treuhänderische Vermögen habe als Durchgangsvermögen nicht zu einer Bereicherung der gemeinnützigen Spendenempfängerin i.S. von § 516 Abs. 1 BGB geführt.

Das OLG Dresden war hier ersichtlich darum bemüht, der gemeinwohlorientierten Motivation des Erblassers Rechnung zu tragen. So nachvollziehbar das Anliegen des Gerichts gewesen sein mag, dem Gemeinwohl den Vorrang gegenüber dem Individualinteresse eines Erben zu geben, so unhaltbar ist die Entscheidung

28 *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 21) § 138 Rn. 113 m.w.N. S. freilich auch BGH, NJW 2002, 3165: Sachgerechte Bemühungen um ein angemessenes Leistungsaustauschverhältnis können den Rückschluss auf eine verwerfliche Gesinnung verbieten, auch wenn sie auf falschen tatsächlichen Grundlagen beruhen.

29 NJW 2002, 3181 (nicht rechtskräftig; Revision beim BGH anhängig unter Aktenzeichen IV ZR 249/02).

Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

freilich auf dem Boden des geltenden Rechts. Zutreffend verweist *Rawert*³⁰ darauf, dass die Zuwendungen des Erblassers an die gemeinnützige Stiftung gerade nicht die Merkmale eines Treuhandverhältnisses erfüllen. Vielmehr stellen derartige Zuwendungen auch dann eine Bereicherung dar, wenn sie unter der Auflage vollständiger Verwendung für einen bestimmten Zweck erfolgen.³¹ Geschieht diese Bereicherung vereinbarungsgemäß unentgeltlich, so handelt es sich folglich um eine Schenkung i. S. der §§ 2325, 2329 BGB.³²

Mithin bestand entgegen dem OLG Dresden ein Pflichtteilergänzungsanspruch. Eine andere Frage ist es, ob de lege ferenda Zuwendungen an Gemeinnützige vom Bereich der durch die §§ 2325, 2329 BGB erfassten Schenkungen ausgenommen werden sollten.³³ Insoweit ist die Verteilungsfunktion des Pflichtteilsrechts gegen das Interesse an einer Förderung gemeinwohlorientierten Handelns abzuwägen. Nicht im Wege steht einer gesetzlichen Privilegierung Gemeinnützi-ger jedenfalls, dass das Pflichtteilsrecht nach Ansicht mancher³⁴ der Kumulation großer Vermögen in privater Hand entgegenwirken soll, ganz abgesehen davon, dass diese Ansicht ohnehin erheblichen Bedenken begegnet.³⁵ Es bleibt freilich der weitere Zweck, nahen Angehörigen eine Versorgung zuteil werden zu lassen³⁶. Eine Neuregelung müsste daher sicherstellen, dass durch Zuwendungen an Gemeinnützige die Grundversorgung von Pflichtteilsberechtigten nicht gefährdet wird.³⁷

2. Wettbewerbsrecht

a) Gefühlsbetonte Werbung für Gemeinnützige (BGH NJW 1976, 753)

Nach der Generalklausel des § 1 UWG ist unter anderem die so genannte gefühlsbetonte Werbung verboten. Auch wenn eine an das Gefühl appellierende Werbung wahr ist, untersagt das Wettbewerbsrecht diese Werbung, wenn sie den Kunden unter Ausnutzung seiner Gefühle in einer dem Leitbild des Leistungswettbewerbs widersprechenden Weise in seiner Kaufentscheidung unsachlich beeinflusst.³⁸ So

30 NJW 2002, 3151, 3153.

31 S. nur RGZ 112, 210; *Kollhosser*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1995, § 516 Rn. 18.

32 Zuletzt *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3152.

33 S. dazu *Matschke*, in: FS Bezzenger, 2000, S. 521 ff., 527 f.; *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3153.

34 *Schiemann*, ZEV 1995, 197, 199.

35 Zur Kritik s. *Staudinger/Haas*, 13. Bearb. 1998, Vorbem. zu §§ 2303 ff. Rn. 20.

36 Hierzu s. *Staudinger/Haas* (Fn. 35), Vorbem. zu §§ 2303 ff. Rn. 18.

37 In dieser Richtung auch *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3153, der für den Kreis der begünstigten Zuwendungsempfänger allerdings nicht an die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit, sondern an die Allgemeinheit des geförderten Zwecks anknüpfen will (s. hierzu bereits oben Fn. 3).

38 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 2001, § 1 UWG Rn. 185; *Jacobs/Hasselblatt*, in: Gloy (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl. 1997, § 50 Rn. 22; BGH, GRUR 1965, 485, 487; 1976, 308, 309.

erblickte der BGH³⁹ einen Wettbewerbsverstoß darin, dass ein Schnellimbiss-Restaurant ankündigte, an einem »McHappy Tag« den durch den Verkauf bestimmter Speisen erzielten Erlös als Spende an das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. weitergeben zu wollen. Das Wettbewerbsrecht bietet insofern einem nicht gemeinnützigen Anbieter keinen Anreiz, Gemeinnützige durch Spenden zu unterstützen, da Mitgefühl nicht zur Beeinflussung von Kaufentscheidungen instrumentalisiert werden soll.

Ganz anders beurteilte der BGH⁴⁰ indessen schon im Jahre 1976 die Werbung durch einen *Gemeinnützigen*. Dabei ging es um folgenden Sachverhalt: Das Deutsche Komitee der UNICEF e.V., eine Unterorganisation des Kinderhilfswerks der Vereinten Nationen, bot zum handelsüblichen Preis Grußkarten zum Kauf an. Beworben wurden die Karten u.a. in Druckschriften mit dem Hinweis »Ihr Gruß hilft einem Kinde« und mit näheren Angaben über die Verwendung der eingehenden Gelder. Ein nicht gemeinnütziges Konkurrenzunternehmen erblickte darin eine unzulässige gefühlbetonte Werbung. Sie führe zu einer Wettbewerbsverzerrung. Diese Wettbewerbswidrigkeit entfalle auch nicht deshalb, weil die Verkaufserlöse wohltätigen Zwecken zufließen. Wohltätigkeit müsse aus öffentlichen Mitteln oder aus privaten Spenden finanziert werden, sie dürfe nicht »zu Lasten einer einzelnen zufällig betroffenen, zumeist wehrlosen Branche gehen«⁴¹.

Der BGH⁴² ist dieser Argumentation des Klägers nicht gefolgt. Ob überhaupt ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt, lässt er offen. In den Entscheidungsgründen verweist er vielmehr darauf, dass die Grundsätze des Verbots gefühlbetonter Werbung anhand von Fällen entwickelt wurden, in denen es um Werbemaßnahmen der »gewerblichen Wirtschaft« aus eigennützigem Gewinnstreben gegangen sei. Demgegenüber sei das beklagte deutsche Komitee der UNICEF-Organisation ohne eigenes Gewinnstreben zugunsten hilfsbedürftiger Kinder tätig. Der Kartenverkauf sei eine Art Hilfsgeschäft, um mit dem daraus erzielten Gewinn die karitative Aufgabe durchführen zu können. Der sachlich richtige Hinweis hierauf könne nicht zur Sittenwidrigkeit im Wettbewerb führen. Nach der Verkehrsauffassung werde der Kartenvertrieb als eine besondere Spenden- und Unterstützungsaktion angesehen, für die ohne wettbewerbsrechtliche Bedenken geworben werden könne.

Diese Rechtsprechung verdient im Ergebnis Zustimmung. Der Unterlassungsanspruch scheidet zwar nicht an einem fehlenden Wettbewerbsbezug des Handelns. Hierfür genügt schon die Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit mit einer darauf bezogenen Absicht, was bei einer derartigen Marktteilnahme Gemein-

39 BGH, NJW-RR 1987, 991 f. = ZIP 1987, 878 f.; zust. *Ch. Berg*, EWiR § 1 UWG 7/87, 815; vgl. auch OLG Hamburg, NJW-RR 1989, 1447; KG, NJW-RR 1987, 675.

40 NJW 1976, 753 = GRUR 1976, 308.

41 Parteivortrag, vgl. BGH, GRUR 1976, 308, 308.

42 GRUR 1976, 308, 309. S. auch bereits BVerfG, NJW 1969, 31, 33 [Lumpensammelaktion].

nütziger regelmäßig anzunehmen ist.⁴³ Die Werbung war indessen legitim, weil sich die Grundsätze des Verbots gefühlsbetonter Werbung in der Tat nicht auf die karitative Tätigkeit gemeinnütziger Unternehmen übertragen lassen.⁴⁴ Zwar bestehen auch einige Gemeinsamkeiten mit nicht gemeinnützig agierenden Marktteilnehmern. So handelt es sich auch bei der entgeltlichen Geschäftstätigkeit Gemeinnütziger nach richtiger Ansicht⁴⁵ um eine gewerbliche Betätigung, so dass es zumindest ungenau ist, wenn der BGH den UNICEF-Kartenverkauf von der geschäftlichen Betätigung der »gewerblichen Wirtschaft« abgrenzen will. Zudem fehlt es im Fall des Kartenverkaufs ebenso wie bei der »McHappy Tag«-Aktion des Schnellimbiss-Restaurants an einem sachlichen Bezug zur angebotenen Ware, insbesondere zu ihren Eigenschaften, zu ihrer Qualität oder Preiswürdigkeit.⁴⁶ Indessen besteht auch ein entscheidender Unterschied zwischen beiden Fallgestaltungen. Er rührt daher, dass es einen Markt für »gutes Gewissen« gibt, der gerade durch Gemeinnützigere geschaffen und geprägt wird. Bei der Privilegierung Gemeinnütziger im Wettbewerbsrecht handelt es sich mithin nur um die Absicherung des faktischen Wettbewerbsvorsprungs, den sie eben wegen ihrer Gemeinnützigkeit und des dadurch begründeten guten Rufes am Markt genießen. Es ist mithin das Vorrecht dieser Marktteilnehmer, deren Tätigkeit allein gemeinnützigen Zwecken dient, hierauf – vorbehaltlich von Irreführungsgefahren (s. dazu b) – in ihrer Werbung hinzuweisen. Wer hingegen – wie der Betreiber des Schnellrestaurants – nicht selbst gemeinnützig ist, sondern sich nur durch eine begrenzte Spendenaktion einen gemeinwohlfördernden Anstrich geben will, strebt mit der Einwirkung auf die Gefühlsregungen der Kundschaft letztlich eigennützig eine Steigerung seines Gewinns an. In dieser Instrumentalisierung sozialen Mitleids für den eigenen Warenabsatz liegt nach den Grundsätzen der gefühlsbetonten Werbung die Sittenwidrigkeit.⁴⁷

Allerdings hat das BVerfG in seiner jüngeren Rechtsprechung diese Privilegierung – und den damit verbundenen Wettbewerbsvorsprung gegenüber nicht gemeinnützigen Marktteilnehmern – deutlich eingeschränkt. Dies geschah, indem die Anforderungen an eine unzulässige gefühlsbetonte Werbung generell erhöht wurden. Das in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung,

43 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 11 Rn. 65; s. auch BGH, NJW 1981, 2811, 2812 f.; zurückhaltender freilich in anderem Kontext BGH, VersR 2002, 1498 = EWiR § 3 UWG 2/02, 1109 f. (*Armbrüster*); a. A. für Gemeinnützigere offenbar *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 38), § 1 UWG Rn. 186 d.

44 So auch *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 38), § 1 UWG Rn. 186 d; *Jacobs/Hasselblatt* (Fn. 38), § 50 Rn. 26; *Piper*, in: Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, § 1 Rn. 340. Vgl. bereits das Blindenwarenvertriebsgesetz (BGBl. 1965 I, 311).

45 *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 1996, § 1 Rn. 23, m.w.N. auch zur Gegenansicht. Die Tätigkeit ist zugleich auch gewerblich i. S. von § 14 BGB; s. dazu bereits oben Fn. 1.

46 Zu diesem Gesichtspunkt vgl. BGH, GRUR 1976, 308, 310; 699, 700; NJW 1987, 991, 992; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl. 2002, S. 163; *Jacobs/Hasselblatt* (Fn. 38), § 50 Rn. 22.

47 Deutlich *Piper* (Fn. 44), § 1 Rn. 337.

so das BVerfG⁴⁸, gebiete im kommerziellen Bereich, dass eine konkrete Gefährdung des an der Leistung orientierten Wettbewerbs vorliegen müsse, bevor eine gefühlbetonte Werbemaßnahme untersagt werden könne. Die bloße Ausnutzung von Mitleid, Hilfsbereitschaft oder sozialer Verantwortung allein rechtfertige nicht ein Verbot nach § 1 UWG. Soweit es mit dieser Begründung für zulässig erachtet wurde, dass ein Händler seine Kunstpelzprodukte durch Hervorheben des tierschützenden Aspekts bewirbt,⁴⁹ lässt sich dies noch mit dem sachlichen Bezug der Werbung zu den Eigenheiten des beworbenen Produkts begründen. In seiner Grundsatzentscheidung zur sog. »Schockwerbung« hat das BVerfG⁵⁰ jedoch auch dort gefühlbetonte Werbung zugelassen, wo ein solcher Bezug (in casu: zwischen Missständen wie Epidemien, Kinderarbeit oder Umweltverschmutzung und der beworbenen Kleidung) fehlt. Bisweilen wird aus dieser neuen Rechtsprechung gefolgert, dass der Fallgruppe der gefühlbetonten Werbung künftig überhaupt keine wettbewerbsrechtliche Bedeutung mehr zukomme.⁵¹ Richtig ist daran mit Bezug auf die hier interessierende Thematik, dass nunmehr auch eigennützig agierenden Marktteilnehmern ein Bereich eröffnet wird, der zuvor Gemeinnützigen vorbehalten blieb, nämlich die Möglichkeit, auch bei der Werbung im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe an das soziale Empfinden und insbesondere an die Hilfsbereitschaft der Umworbenen zu appellieren.

Ob freilich damit auch Aktionen wie der »McHappy Tag« künftig wettbewerbsrechtlich zuzulassen sind, ist zweifelhaft. Bei derartiger Werbung steht nicht die grundrechtlich geschützte Meinungsbildung über ein die Öffentlichkeit bewegendes Thema in Rede, sondern ein nicht gemeinnützig agierender Marktteilnehmer versucht sich an den guten Ruf von Gemeinnützigen anzuhängen. Unter diesem Gesichtspunkt sollten derartige Werbemaßnahmen auch künftig wegen Verstoßes gegen § 1 UWG untersagt werden können. Dies steht im Einklang mit dem Schutzzweck jener Vorschrift, die Funktionsfähigkeit des an der Leistung orientierten Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten sicherzustellen.⁵² Es gilt nämlich, die Lauterkeit der Werbung eines Gemeinnützigen mit dem »emotionalen Mehrwert«, den die von ihm erbrachten Leistungen auf Grund der gemeinwohlorientierten Zwecksetzung bieten, gegen nicht gemeinnützige Marktteilnehmer abzusichern, die am Markt für »gutes Gewissen« partizipieren wollen, indem sie ihn im Eigeninteresse instrumentalisieren. Dass den von solchen Marktteilnehmern bedachten gemeinnützigen Organisationen bei einer Untersagung der Werbung Spendengelder entgehen, wenn derartige Aktionen dann nicht mehr

48 BVerfG, NJW 2002, 1187.

49 BVerfG, NJW 2002, 1187, 1188 ff.

50 BVerfGE 102, 347, 363 ff. = NJW 2001, 591, 592 f. [Benetton V]; bestätigt durch BVerfG, ZIP 2003, 642 ff.; vgl. auch NJW 2001, 3403 [Therapeutische Äquivalenz].

51 Fezer, NJW 2001, 580, 582; in dieser Richtung auch *Emmerich* (Fn. 46), S. 165.

52 Zu dieser Schutzrichtung von § 1 UWG s. BVerfG, NJW 2002, 1187, 1188; BGHZ 144, 255, 265 = NJW 2000, 335.

Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

durchgeführt werden, muss dabei hingenommen werden. Ein solcher Spendenausfall belegt nur, dass es den Werbenden nicht um eine nachhaltige Unterstützung Gemeinnütziger, sondern lediglich um deren Instrumentalisierung im eigenen Gewinninteresse geht.

Selbst wenn man dies anders beurteilt, geht jedenfalls eine aktuelle Entscheidung des Hanseatischen OLG Hamburg⁵³ zu weit: Hier wurde die Werbung eines Elektrohändlers im Internet mit dem Hinweis, für jede Bestellung werde er »einen festen Betrag« an UNICEF überweisen, als – vorbehaltlich einer Irreführung (s. dazu sogleich b) – nicht wettbewerbswidrig angesehen. Zur Begründung hat das OLG im Wesentlichen auf die oben geschilderte neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Meinungsfreiheit abgehoben. Indessen gebietet es das wettbewerbsrechtliche Transparenzgebot⁵⁴, dass dem Adressaten solcher Werbung zumindest der ihm für eine konkrete Bestellung in Aussicht gestellte ideelle Mehrwert quantifiziert wird. Anderenfalls wäre einem Kunden entgegen der Zielsetzung von § 1 UWG der sachliche, am Umfang der jeweiligen Leistung orientierte Vergleich zwischen den Angeboten konkurrierender Marktteilnehmer nicht möglich. Zu diesem Leistungsumfang gehört aus Sicht des Kunden gerade auch die Höhe der vom Anbieter werbemäßig herausgestellten, mit einem konkreten Vertragsschluss verbundenen Zuwendung an Gemeinnützigere.

b) Irreführung durch Auftreten als »gemeinnützig« (BGH WM 1981, 1112 f.)

Auch das Auftreten als »gemeinnützig« am Markt unterliegt einem besonderen Schutz. Wer nicht als gemeinnützig anerkannt ist, darf gem. §§ 1, 3 UWG nicht in der Werbung den gegenteiligen Eindruck erwecken. Allerdings steht, wie der BGH⁵⁵ entschieden hat, auch die erfolgte steuerrechtliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch bezüglich der Verwendung des Wortes »gemeinnützig« in der Werbung nicht notwendig entgegen. So soll es gegen § 3 UWG verstoßen können, wenn die Verwendung des Wortes auf ein Unternehmen verweist, das ein Entgelt nicht lediglich zur Deckung der Selbstkosten erhebt.⁵⁶ Geschützt werden damit Zweckbetriebe Gemeinnütziger, die nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind. Sofern es hingegen um die gewinnorientierte Betätigung in Gestalt eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs geht, würden durch die Anwendung von § 3 UWG die Werbemöglichkeiten Gemeinnütziger begrenzt. In diesem Bereich kommt es im Einzelfall darauf an, ob der Hinweis auf Gemeinnützigkeit bei den angesprochenen Verkehrskreisen den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass nur ein die Selbstkosten deckendes Entgelt

53 Urt. v. 2.10.2002 – 5 U 43/02, www.jurion.de.

54 S. dazu jüngst BGH, NJW 2002, 3403, 3404 f. (Koppelungsangebot I), NJW 2002, 3405, 3407 (Koppelungsangebot II).

55 WM 1981, 1112 f. = GRUR 1981, 670 f., unter Hinweis auf RG, MuW 1929, 445 [Be-stattungsverein]; freilich mit Ausnahme bei besonders vorgebildetem Adressatenkreis.

56 BGH, WM 1981, 1112 = GRUR 1981, 670 f.

verlangt werde⁵⁷ oder dass zumindest aufgrund der Steuervorteile das Angebot preisgünstiger als dasjenige von nicht gemeinnützigen Mitbewerbern sei.⁵⁸ Wenn derartige Fehlvorstellungen feststehen, erweist sich die Werbung als irreführend i. S. von § 3 UWG; es besteht dann auch kein Grund für eine Privilegierung Gemeinnützigler gegenüber ihren nicht gemeinnützigen Mitbewerbern. Dasselbe gilt auch im Hinblick auf andere Hinweise, die beim Publikum den sachlich unzutreffenden Schluss auf eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht nahe legen. So hat es der BGH⁵⁹ einer kirchlich getragenen GmbH zu Recht untersagt, für die von ihr angebotene Versicherungsvermittlung mit dem Hinweis zu werben, sie sei unentgeltlich tätig und ein Non-Profit-Unternehmen, wenn sie in Wahrheit von Versicherern Provisionen vereinnahmt.

Firmenrechtlich werden Gemeinnützige dadurch geschützt, dass die Anerkennung der Gemeinnützigkeit gem. §§ 51 ff. AO zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister der als gemeinnützig firmierenden Gesellschaft nachgewiesen sein muss.⁶⁰ Insgesamt verhindern Wettbewerbs- und Firmenrecht mithin, dass nicht gemeinnützige Unternehmen sich an die der Allgemeinheit zum Vorteil reichende Bevorzugung Gemeinnützigler aus eigenem Gewinninteresse anhängen.

IV. Unechte Privilegierung wegen erhöhter Vertrauens- und Glaubwürdigkeit

Bislang wurde deutlich, dass eine Besserstellung Gemeinnützigler gegenüber allen anderen Marktteilnehmern durch Sonderregeln (echte Privilegierung) allein im Wettbewerbsrecht zu verzeichnen ist. Es fragt sich, ob darüber hinaus eine Gemeinnützigern günstige Anwendung von allgemein geltenden Regeln (unechte Privilegierung) möglich ist. In Betracht kommt dies unter dem Aspekt der typischerweise erhöhten Vertrauens- und Glaubwürdigkeit des Dritten Sektors. Darauf ist im folgenden näher einzugehen.

Gemeinnützigern lässt sich im Hinblick darauf, dass ihr Handeln nicht durch individuelle Gewinninteressen bestimmt ist, bei typisierender Betrachtung möglicherweise eine besondere Vertrauens- und Glaubwürdigkeit zuschreiben. Hier sollen zwei Gebiete herausgegriffen werden, auf denen es in Betracht kommt, dass der Dritte Sektor aufgrund seiner Gemeinnützigkeit privilegiert wird. Zum einen könnte das Eigentum Gemeinnützigler durch eine strengere Auslegung der §§ 932 ff. BGB besonders geschützt werden. Zum anderen lässt auch das Beweisrecht Spielräume dafür, eine Gemeinwohlorientierung besonders zu berücksichtigen.

57 So RG, MuW 1929, 445; offen lassend BGH, WM 1981, 1112.

58 *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 38), § 3 UWG Rn. 402.

59 NJW 1981, 2811, 2813 = VersR 1981, 1076.

60 *Bokelmann*, in *MünchKomm-HGB*, 1996, § 18 Rn. 102 m.w.N.

Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

1. Veräußerungsgeschäfte

Wer von einem Gemeinnützigen eine Sache erwerben will, die diesem nicht gehört, ist für den Eigentumserwerb auf die Gutgläubensregeln der §§ 932 ff. BGB angewiesen. Je leichter es für einen Erwerbsinteressenten ist, die Anforderungen an den guten Glauben hinsichtlich einer angebotenen Sache zu erfüllen, umso attraktiver wird der Erwerb von dem betreffenden Veräußerer, was diesem dann – mittelbar – wieder zugute kommt. Zwar beruht die für den gutgläubigen Erwerb gem. §§ 932 ff. BGB maßgebliche Rechtsscheinwirkung entscheidend auf dem Besitz. Indessen ist im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung auch die Gemeinnützigkeit des Veräußerers ein Aspekt, der in die Beurteilung jener Umstände einfließen kann, die den Erwerber grob fahrlässig erscheinen lassen oder nicht.⁶¹ Insoweit gilt es freilich zu differenzieren:

Individuelles eigennütziges Gewinnstreben ist nur einer von mehreren möglichen Gründen dafür, dass ein Veräußerer eine ihm nicht gehörende Sache als eigene zum Erwerb anbietet. Ein viel wichtigerer Grund liegt in schlichter Unachtsamkeit, wie sie auch bei den für einen Gemeinnützigen handelnden Personen auftreten kann. Mit derartiger Fahrlässigkeit muss ein Erwerbsinteressent in ähnlicher Weise wie beim Angebot einer Ware durch einen nicht gemeinnützig motivierten Verkäufer rechnen. Veräußert daher beispielsweise eine gemeinnützige GmbH das zur Betreuung Behinderter (vgl. § 52 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 AO) eingesetzte Fahrzeug ohne Vorlage des Kfz-Briefs,⁶² so kann der Erwerber sich nicht unter Hinweis auf die Gemeinnützigkeit der GmbH auf seinen guten Glauben berufen. Andererseits lässt sich sagen, dass die gemeinwohlorientierte Motivation des Veräußerers immer dann ein Indiz für eine bei typisierender Betrachtung erhöhte Vertrauens- und Glaubwürdigkeit sein kann, wenn es auf die *Seriösität* des Veräußerers ankommt. So wird ein Erwerbsinteressent bei einem dem Gemeinwohl verpflichteten Veräußerer das Risiko *unredlichen* Verhaltens typischerweise als geringer einstufen dürfen als bei nicht gemeinnützigen Anbietern.

2. Beweiswürdigung

Die am Gemeinwohl und nicht an Einzelinteressen orientierte Motivation eines Handelnden und die daraus resultierende typischerweise erhöhte Vertrauens- und Glaubwürdigkeit kann schließlich auch im Beweisrecht zum Tragen kommen. Dies gilt namentlich im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung. Hier gilt ebenso wie bei Veräußerungsgeschäften (oben 1.), dass mit *unredlichem* Verhalten Gemeinnützigter nicht im selben Umfang gerechnet werden muss, wie dies bei nicht gemeinnützig Handelnden der Fall ist.

61 S. nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 52 Rn. 26.

62 Vgl. allg. BGHZ 68, 323, 325 = NJW 1977, 1240.

Sucht man nach einer Formel, die der gebotenen Beweiserleichterung Ausdruck verleiht, so mag eine Anleihe beim Privatversicherungsrecht gemacht werden. Ist das objektive Bild des Diebstahls eines versicherten Fahrzeugs hinreichend wahrscheinlich, so kann der Tatrichter im Rahmen der freien Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Behauptungen und Angaben des Versicherungsnehmers auch dann glauben, wenn dieser die Richtigkeit sonst nicht beweisen kann.⁶³ Regelfall, so der BGH, sei nämlich der redliche und nicht der unredliche Versicherungsnehmer. Von einem Regelfall könne allerdings nicht mehr ausgegangen werden, wenn Tatsachen feststehen, d.h. unstreitig oder bewiesen sind, die den Versicherungsnehmer als unglaubwürdig erscheinen lassen oder schwer wiegende Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit und an der Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptungen aufdrängen. Diese Maximen lassen sich – wenngleich sie andere beweisrechtliche Gründe haben⁶⁴ – sinngemäß durchaus auf Gemeinnützigige übertragen, um in Situationen, in denen *unredliches* Verhalten in Rede steht, deren erhöhter Vertrauens- und Glaubwürdigkeit Rechnung zu tragen.

V. Fazit

Die Allgemeinheit hat ein Interesse an der Unterstützung gemeinnützig am Markt Auftretender. Das Privatrecht verhält sich demgegenüber hinsichtlich der von den Handelnden verfolgten Interessen grundsätzlich neutral. Es begrenzt zwar die Privatautonomie, um den Einzelnen vor einer allzu einseitigen Durchsetzung von Individualinteressen anderer zu schützen. Dies schlägt sich außer in den allgemeinen Regeln (etwa § 138 BGB) namentlich in den Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern und Minderjährigen nieder. Wird durch derartige Schutzregeln zugleich die Verfolgung von Individualinteressen begrenzt, so steht dem jedoch keine besondere Förderung gemeinnützig Handelns gegenüber. Das BGB differenziert zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Geschäften und nicht danach, welche gemeinwohlorientierten Ziele mit den Rechtsgeschäften verfolgt werden. Wer ein Entgelt erwartet, muss sich daher den für alle geltenden Regeln unterwerfen. Wer kein Entgelt fordert, ist durch die für unentgeltliche Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften des BGB hinreichend geschützt. Lediglich im Wettbewerbsrecht lässt sich eine ausdrückliche Bevorzugung Gemeinnützigiger im Hinblick auf gefühlsbetonte Werbemaßnahmen feststellen. Jene echte Privilegierung gegenüber allen anderen Marktteilnehmern sichert den Vorteil, den Gemeinnützigige am Markt aus ihrer Gemeinwohlorientierung ziehen.

Die Zurückhaltung des Privatrechts gegenüber einer Sonderbehandlung Gemeinnützigiger erscheint sachgerecht. Aufgabe dieser Teilrechtsordnung ist es, die

63 St. Rspr., BGH, VersR 1997, 896, 897; OLG Düsseldorf, OLGR 1998, 9, 10.

64 S. dazu *Pröls*, in: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 5, 1993, § 49 VVG Rn. 20 ff.

Zur Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht

rechtliche Handlungsgrundlage für die Betätigung von Privatrechtssubjekten zu schaffen und ihrem Interessenausgleich zu dienen, nicht aber, besondere Anreize für gemeinnützige Betätigung zu schaffen. Mit der Herausbildung von Sonderregeln für Gemeinnützige würde daher ein systemfremdes Element in das Privatrecht hineingetragen. Die Rechtsprechung würde, wenn sie allein mit Blick auf ein »gemeinwohlfreundliches« Ergebnis judizierte, schnell die Grenzen des geltenden Privatrechts überschreiten; die Entscheidung des OLG Dresden zum Pflichtteils-ergänzungsanspruch (oben III 1 b) führt dies deutlich vor Augen.

Diese grundsätzliche Resistenz des Privatrechts gegen eine *echte* Privilegierung Gemeinnütziger gegenüber allen anderen Marktteilnehmern, die nur im Wettbewerbsrecht eine gewisse Ausnahme erfährt, steht freilich *unechten* Privilegierungen nicht entgegen: Führt die Anwendung *allgemeiner* Regeln aufgrund der Gemeinwohlorientierung des Handelnden dazu, dass dieser begünstigt wird, so liegt hierin lediglich eine den Besonderheiten Gemeinnütziger – nämlich der erhöhten Vertrauens- und Glaubwürdigkeit aufgrund fehlender individueller Profitorientierung – Rechnung tragende Subsumtion. Die gezielte Förderung Gemeinnütziger ist hingegen originäre Aufgabe des Steuerrechts, das auch die geeigneten Instrumente hierzu bereithält.⁶⁵

VI. Ergebnisse in Thesen

1. Das Privatrecht unterscheidet grundsätzlich *nicht* danach, ob ein Marktteilnehmer gemeinnützige Ziele verfolgt oder nicht. Auch aus der Tatsache, dass das BGB uneigennütziges Handeln verschiedentlich privilegiert, lässt sich nichts Abweichendes herleiten.
2. Im Wettbewerbsrecht hat der Dritte Sektor dadurch einen Vorsprung, dass er ohne weiteres mit der Gemeinnützigkeit werben darf. Darin lässt sich eine *echte Privilegierung* gegenüber allen anderen Marktteilnehmern sehen. Sie schwindet freilich in dem Maße, in dem die Anforderungen an wettbewerbswidriges Verhalten anderer Marktteilnehmer erhöht werden.
3. Zudem genießt der Dritte Sektor bei typisierender Betrachtung dort gewisse Vorteile, wo bei der Anwendung von Privatrecht Vertrauen und Glaubwürdigkeit eine Rolle spielen (*unechte Privilegierung*). Dies gilt namentlich für den Gutgläubensschutz bei Veräußerungsgeschäften und für die Beweiswürdigung.

VII. Summary

Does German private law privilege legal actions of charitable institutions? Although the general principle of party autonomy would *prima facie* predict a nega-

⁶⁵ S. dazu eingehend *Schaubhoff* (Fn. 4), §§ 5 ff.

tive answer in this respect, a party's motivation to enter into a contractual relationship cannot always be faded out. Rules protecting public policy, such as § 138 BGB, are not indifferent to reckless behaviour of greedy profit accumulation. Contracts contrary to public policy are generally caught by a sanction of nullity. Inversing this rule the article asks why we should not foster charitable deals through an encouraging application of the law.

The first part of the analysis concentrates on the written law laid down in the German Civil Code. It is shown that the law privileges altruistic behaviour. The possible argument that there was an underlying legal principle in the written law privileging non-profit institutions is nonetheless rejected by the author. Likewise, German case-law is scarce that has been more willing to accept such an assertion. However, recent decisions rendered by two Higher Regional Courts (*Oberlandesgerichte*) sought to reconcile the law with the special needs of non-profit organisations. One case dealt with the validity of a contract of surety given by a mendicant friar in favour of a charitable company. The question was whether the financially excessive surety should not be void regardless of the fact that the friar himself was the sole member of the beneficiary. The affirmative answer of the *OLG Naumburg* was finally reversed by the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) in February 2002. Indeed, the mere fact that the surety was given in favour of a charity does not discharge the friar from his obligations. The second case ruled on by the *OLG Dresden* in May 2002 concerns the revocation of a legacy to a non-profit organisation by a person entitled to a compulsory portion of the estate. The legal contortions engaged in by the *OLG Dresden* in order to favour the charitable institution are anything but convincing.

The only true legal privilege of non-profit organisations seems to be contained in the German law on competition. Although German competition law generally prohibits certain types of emotional advertising, an exception is made for the benefit of non-profit institutions. However, due to the recent jurisprudence of the German Constitutional Court this advantage of charitable market participants is currently fading away.

The final part of the article is dedicated to the question whether the obstacles to *bona fide* purchases from non-profit organisations should be lowered. To a certain extent, in this field one has to acknowledge the special legitimacy of charitable institutions that reduces the risk of fraud. The same is true for the evaluation of evidence.

Therefore, the article concludes with a set of three theses: (1) There is no general principle in the written private law that non-profit market participants should be favoured. (2) An exception to this principle exists in the law of competition where non-profit players are equipped with special advantages in their advertising activities. (3) The special legitimacy of the non-profit sector favours those transactions where qualified reliance on the business partner is essential.

Dritter Sektor und Kartellrecht¹

FELIX ENGELSING

I. Einleitung	105	III. Kartellrechtspraxis im Dritten Sektor	116
1. Gegenstand dieses Beitrages	105	1. Horizontale Wettbewerbs-	
2. Der Dritte Sektor	106	beschränkungen	117
II. Anwendbarkeit des deutschen und		2. Vertikale Wettbewerbs-	
europäischen Kartellrechts	109	beschränkungen	121
1. Unternehmensbegriff des deutschen		3. Missbrauch einer marktbeherr-	
Kartellrechts	109	schenden Stellung	122
2. Unternehmensbegriff des		4. Fusionskontrolle	130
europäischen Kartellrechts	110	IV. Zusammenfassung	132
3. Unternehmerische Tätigkeit von Non-		1. Ergebnisse	132
Profit-Organisationen	112	2. Summary	134
4. Anwendbarkeit des europäischen			
Beihilferechts	116		

I. Einleitung

1. *Gegenstand dieses Beitrages*

Das Recht der Non-Profit-Organisationen scheint zunächst ein vom deutschen und europäischen Kartellrecht sehr entfernt liegendes, vor allem zivil- und steuerrechtlich geprägtes Rechtsgebiet zu sein; für einen Kartellrechtler ist es daher »terra incognita«, selbst in Verbindung mit Kartellrecht. Auch gibt es zu dem Thema »Dritter Sektor und Kartellrecht« bisher keine übergreifende Systematisierung und – soweit ersichtlich – keine Literatur. Das macht das Thema einerseits wegen des damit betretenen Neulandes reizvoll, andererseits auch schwierig. Vor allem fällt die Suche nach dem »roten Faden« angesichts der Vielfältigkeit des Dritten Sektors² schwer.

Bei der Analyse des Verhältnisses des Dritten Sektors zum Kartellrecht ist ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der für die Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Kartellrechts erforderlichen wirtschaftlichen Tätigkeit und dem Selbstverständnis des Dritten Sektors mit seinen primär selbstlosen, ideellen Zielen zu konstatieren. Der Dritte Sektor arbeitet und wirtschaftet aber nicht unabhängig und losgelöst von den anderen beiden Sektoren – öffentliche Hand und Privatwirtschaft. In fast all den Bereichen, in denen Non-Profit-Organisationen tätig sind (Gesundheitsfürsorge, soziale Dienste, Bildung und Forschung, Kirchen, Kultur,

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf den 2. Hamburger Tagen des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts am 9. 11. 2002 in Hamburg gehalten hat.

2 Vgl. Zimmer, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 7; Walz, JZ 2002, 268.

Umweltschutz, Sport), konkurrieren sie auch mit privatwirtschaftlichen Organisationen.³ Sie stehen in der Regel in vielfältigem Wettbewerb mit öffentlich-rechtlichen oder eigenwirtschaftlich arbeitenden Trägern. Damit ist der Berührungspunkt zum Kartellrecht gegeben: Das deutsche ebenso wie das europäische Kartellrecht gilt für die wirtschaftliche Tätigkeit bzw. Teilnahme am geschäftlichen Verkehr in Konkurrenz zu Dritten.⁴

Die Frage, welche Tätigkeiten im Bereich des Dritten Sektors den Unternehmensbegriff des deutschen und europäischen Kartellrechts erfüllen und damit deren Anwendungsbereich unterliegen, bildet den ersten Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung. Dafür ist sowohl eine Übersicht über die Tätigkeitsfelder und Organisationsformen des Dritten Sektors (dazu unter II.) als auch die Erörterung des Unternehmensbegriffes als zentrale Anwendbarkeitsvoraussetzung sowohl des deutschen (dazu unter III. 1.) als auch des europäischen Kartellrechts (dazu unter III. 2.) erforderlich. Daran anschließend (siehe III. 3.) wird die unternehmerische Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen analysiert. Der Unternehmensbegriff ist auch entscheidend für die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts (siehe IV.)

Der zweite Schwerpunkt dieses Beitrages (dazu unter V.) liegt in der wettbewerbsrechtlichen Analyse von Einzelfällen, bei denen Organisationen des Dritten Sektors gegen kartellrechtliche Normen verstoßen. Nach einer jeweiligen kurzen Übersicht über die materiellen Regelungen wird anhand von Fällen aufgezeigt, welche Verhaltensweisen von Organisationen des Dritten Sektors kartellrechtlich bedenklich sind und welche kartellrechtlichen Probleme in der Praxis bei Non-Profit-Organisationen auftreten bzw. schon aufgetreten sind (vgl. V. 1. bis V. 4.).

2. Der Dritte Sektor

Während das Rechtsgebiet des Kartellrechts fest durch einschlägige Gesetze wie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵ das auch als Verfassungsrecht der Wirtschaft bezeichnet wird⁶ – umrissen ist, weist das Rechtsgebiet des Dritten Sektors weniger feste Konturen auf. Zum einen gibt es keine eigenständige und allein angewandte Rechtsform für Non-Profit-Organisationen, zum anderen sind für die Organisation des Dritten Sektors verschiedene Rechtsgebiete relevant. Dazu zählen vor allem das Steuerrecht, dessen Vorschriften über die Gemeinnützigkeit für die Praxis am wichtigsten sind, das Gesellschaftsrecht, das Stiftungsziivilrecht und das Stiftungsaufsichtsrecht sowie andere Bereiche des privaten und öffentlichen Rechts. Für das Verhältnis des Dritten Sektors zum Kartellrecht ist

3 Vgl. *Walz*, JZ 2002, 270; *Reuter*, in: Non-Profit-Law-Yearbook 2001, S. 54.

4 Siehe dazu unten unter III. 1. und III. 2.

5 I.d.F der Bekanntmachung der Neufassung vom 26.8.1998 (BGBl. I S. 2546).

6 *Bechtold*, GWB-Kommentar, 3. Aufl. 2002, Einführung Rn. 41.

daher zunächst zu klären, was unter dem Oberbegriff »Dritter Sektor« zu verstehen ist und welche Organisationsformen und Tätigkeiten er erfasst.

Walz sieht als zentral für den Dritten Sektor – in Abgrenzung vom ersten Sektor (Staat), zweiten Sektor (Privatwirtschaft) und vierten Sektor (Familie/Freunde etc.) – die Verfolgung ideeller Zwecke im öffentlichkeitsrelevanten Bereich und der Ausschluss der Kapitalinvestoren von der Ausschüttung des Residualgewinns an.⁷ Der mit dem Begriff des Dritten Sektors korrespondierende Begriff der Non-Profit-Organisationen beschreibt keine Rechtsform, sondern ist der Oberbegriff für eine gesellschaftliche Erscheinung.⁸ Anders als der englische Begriff »non-profit« impliziert, sind Non-Profit-Organisationen nicht dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Überschüsse erzielen. Steuerbegünstigte Non-Profit-Organisationen erzielen nicht selten durch Zweckbetriebe oder wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Rahmen des Nebenzweckprivilegs Gewinne oder aus der Verwaltung ihres Vermögens erhebliche Überschüsse.⁹ Diese Überschüsse werden allerdings regelmäßig aufgrund der Selbstlosigkeit nicht an die Mitglieder der Organisation, sondern an Dritte oder die Allgemeinheit ausgeschüttet. Kennzeichnend für Non-Profit-Organisationen ist demnach das Kriterium der Selbstlosigkeit und nicht die fehlende Gewinnerzielungsabsicht.¹⁰ Das für das Recht des Dritten Sektors prägende Steuerrecht bestimmt insoweit in § 52 Abs. 1 AO, dass eine Körperschaft gemeinnützige Zwecke verfolgt, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern; das entscheidende Kriterium der Selbstlosigkeit wird in § 55 AO definiert.

Typische Rechtsformen im Dritten Sektor sind der Idealverein, die Stiftung und die gemeinnützige GmbH.¹¹ Da die Selbstlosigkeit kennzeichnend ist für Non-Profit-Organisationen, stehen diesen alle Rechtsformen offen, deren Zweck entweder frei festgelegt werden kann (AG, GmbH) oder nicht auf wirtschaftliche Betätigung ausgerichtet ist (Idealverein und Stiftung).¹² Aber auch Organisationen in der Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins werden dem Dritten Sektor zugerechnet. Bei der Stiftung besteht die grundlegende Unterscheidung hinsichtlich des Zwecks der Stiftung zwischen gemeinnütziger (öffentlicher) Stiftung einerseits und Familien-/Unternehmensstiftung (in der Form der Unternehmensträger-

7 Walz, JZ 2002, 268, 270. Nach Zimmer, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 12 f., sind – unter Bezugnahme auf die Definition, die dem internationalen John Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project zugrunde liegt – alle diejenigen Organisationen zu rechnen, die eine formelle Struktur aufweisen, organisatorisch unabhängig vom Staat sind, regelmäßig nicht gewinnorientiert arbeiten, keine Zwangsverbände darstellen, eine eigenständige Verwaltung besitzen und zu einem gewissen Grad von freiwilligen Leistungen getragen werden.

8 Katschinski, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 66.

9 Katschinski, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 66.

10 Katschinski, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 87.

11 Vgl. Walz, JZ 2002, 268.

12 Katschinski, in: Non-Profit-Law-Yearbook 2001, S. 65, 66.

Beteiligungsträger- oder Anstaltsträger-Stiftung sowie der Stiftung & Co.) andererseits.¹³ Daneben ist zwischen privatrechtlichen Stiftungen und öffentlich-rechtlichen Stiftungen zu unterscheiden; der Staat selbst hat eine Vielzahl von Stiftungen des öffentlichen Rechts errichtet.¹⁴

Schließlich lässt sich die Tätigkeit von Stiftungen, Vereinen und gemeinnützigen GmbHs nach ihrer Art, ihrer »Branche«, systematisieren.¹⁵ Dabei bietet es sich an, die Systematisierung in Anlehnung an die in § 52 Abs. 2 AO genannten Bereiche der gemeinnützigen Zwecke vorzunehmen. Der Art der Tätigkeit kommt im Kartellrecht wegen des funktionalen Unternehmensbegriffes und materiell wegen branchenspezifischer Besonderheiten eine nicht unerhebliche Bedeutung zu.¹⁶ In-soweit sind im Folgenden auch Fälle, bei denen Non-Profit-Organisationen mit dem Kartellrecht in Berührung gekommen sind, bei den einzelnen Schwerpunkten der Tätigkeiten aufgeführt:

- Gesundheitsfürsorge/Soziale Zwecke,¹⁷
- Sport (vgl. Ausnahmenvorschrift des § 31 GWB),¹⁸
- Wissenschaft und Forschung,
- Kunst und Kultur,¹⁹
- (Aus-)Bildung und Erziehung,²⁰
- Religion, Kirchen,²¹
- Umwelt- und Naturschutz,
- Tierzucht, Brauchtum, Hundesport.²²

13 Vgl. *Rawert*, in: Stiftungsrecht in Europa, S. 109.

14 Siehe dazu *Schulte*, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 127 ff.

15 Vgl. dazu *Walz*, JZ 2002, 268 ff., und für Stiftungen *Mecking*, in: Stiftungsrecht in Europa, S. 50 f.

16 So sind die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes, die die Entscheidungen des Bundeskartellamtes treffen (vgl. § 51 Abs. 2 GWB), nach Branchen gegliedert.

17 BGH, WuW/E DE-R 839 (Privater Pflegedienst); BGH, WuW/E BGH 2399 (Krankentransporte); BGH, WuW/E BGH 2571 (Krankentransportbestellung); BGH, WRP 1997, 1199 (Hilfsmittelliefervertrag).

18 BGH, WuW/E BGH 2406, 2408 (Inter-Mailand-Spiel); BGH, WuWE DE-R 17 (Europapokalheimspiele); KG, WuW/E OLG 5565 (Fernsehübertragungsrechte); BGH, WuW/E BGH 1347 (Rad- und Kraftfahrerbund e.V.); BGH, WuW/E BGH 947 (Universitätssportclub); BGH, WuW/E BGH 2226 (Aikido-Verband); OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 3562 (Motoryachtverband); OLG Frankfurt a.M., WuW/E OLG 3568 (Sportverein Jägermeister Braunschweig).

19 BGH, WuW/E BGH 1142 (Volksbühne II); OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2072 (Düsseldorfer Volksbühne); OLG Hamm, WuW/E OLG 4425 (Theaterrabatt); KG, WuW/E OLG 29 (Filmmusik); OLG München, WuW/E OLG 2504.

20 BGH, WuW/E BGH 1663 (Musikschule); OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 4052 (Gesprächstherapeut); OLG München, WuW/E OLG 4030 (Dolmetscherverzeichnis).

21 BGH, WuW/E BGH 127 (Gesangbuch).

22 BGH, WuW/E BGH 1726 (Landseer); KG, WuW/E OLG 2029 (Landseer); BGH, WuW/E BGH 647 (Rinderbesamung); BGH, WuW/E BGH 2191 (Schwarzbuntzüchter); OLG Hamburg, WuW/E OLG 2775 (Hauptverband für Traberzucht und -rennen).

Unabhängig von der Branchenzugehörigkeit sind im Kartellrecht vor allem die häufig in der Rechtsform des Idealvereins organisierten Wirtschafts- und Berufsverbände von zentraler Bedeutung.²³ Sie werden beispielsweise ausdrücklich in §§ 20 Abs. 6, 22 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4, 24 Abs. 1 GWB genannt.

II. Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Kartellrechts

1. Unternehmensbegriff des deutschen Kartellrechts

Das GWB richtet sich nur an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen.²⁴ Sie sind die Normadressaten des GWB. Der Begriff des Unternehmens ist damit der Zentralbegriff für die subjektive Anwendbarkeit des GWB.

Der Unternehmensbegriff des GWB wird sehr weit ausgelegt.²⁵ Rechtsprechung und Literatur gehen von einem funktionalen und nicht von einem institutionellen Unternehmensbegriff aus.²⁶ Entscheidend ist die Art der Tätigkeit und nicht die Rechts- und Organisationsform. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass »jedwede Teilnahme am geschäftlichen Verkehr« den Unternehmensbegriff erfüllt.²⁷ Ausgeschlossen aus dem Anwendungsbereich des GWB werden damit vor allem der rein private Verbrauch, die abhängige und weisungsgebundene Arbeit durch Arbeitnehmer und das rein hoheitliche Handeln des Staates.²⁸

Dagegen ist die Absicht der Gewinnerzielung für die Erfüllung des Unternehmensbegriffs des GWB nicht erforderlich.²⁹ Auch die Verfolgung ideeller Zwecke ohne die Absicht der Gewinnerzielung wird vom Anwendungsbereich des GWB erfasst. Gemeinnützige Unternehmen können als Marktteilnehmer auftreten und Wettbewerbsbeschränkungen bewirken. Folglich ist das GWB grundsätzlich anwendbar auf Idealvereine, Wirtschaftsvereine, Stiftungen sowie gemeinnützige

23 Daher gibt es bzgl. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen auch eine große Zahl von kartellrechtlichen Fällen: vgl. z.B. BGH, WuW/E BGH 1625 (Anwaltsverein); KG, WuW/E OLG 4026, 4028 (Äthanolhaltige Präparate); OLG München, WuW/E OLG 4030, 4031 (Dolmetscherverzeichnis).

24 Siehe z.B. §§ 1, 19, 20, 35 GWB.

25 Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 1 Rn. 31.

26 BGH, WuW/E BGH, 1474, 1477 (Architektenkammer); BGH, WuW/E BGH 1841, 1842 (*Ganser-Dahlke*); *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 24, 30.

27 BGH, WuW/E BGH 1469 (Autoanalyzer); BGH, WuW/E BGH 1325 (Schreibvollautomat); BGH, WuW/E BGH, 2627, 2632 (Sportübertragungen); BGH WuW/E DE-R 17, 19 (Europapokalheimspiele); BGH, WuW/E DE-R 289, 291 (Lottospielgemeinschaft).

28 Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 1 Rn. 26 ff. m.w.N.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen u. europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, GWB § 1 Rn. 13.

29 Vgl. BGH, WuW/E BGH 1142, 1143 (Volksbühne II).

GmbHs und AGs, soweit diese am geschäftlichen Verkehr teilnehmen. Sozialversicherungsträger als öffentlich-rechtliche Körperschaften sind als Unternehmen behandelt worden, soweit sie am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, insbesondere als Nachfrager nach Leistungen.³⁰

Geschäftlich nimmt am Verkehr teil, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustauschs auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen erscheint.³¹ Dabei reicht es aus, wenn ein Rechtsträger nur für einen Teilbereich seiner Tätigkeit am geschäftlichen Verkehr teilnimmt, während er ansonsten nicht wirtschaftlich tätig ist. Denn ein Rechtsträger kann nach dem funktionalen Unternehmensbegriff nur für einen Teil seiner Tätigkeit als Unternehmen zu qualifizieren sein und im Übrigen nicht wirtschaftlich handeln.³²

2. Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts

Der subjektive Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts deckt sich weitgehend mit dem des deutschen Kartellrechts. Normadressaten der Art. 81, 82 EG und der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)³³ sind ebenfalls Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Die Konzeption des EG-Kartellrechts als überstaatliche Wettbewerbsordnung lässt es nicht zu, auf die innerstaatliche Rechtsform eines Unternehmens abzustellen. Die Mitgliedstaaten oder auch die Unternehmen hätten es andernfalls in der Hand, durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsrechts bzw. der Unternehmensverfassung die Reichweite des EG-Kartellrechts zu beeinflussen.

Im europäischen Kartellrecht gilt daher ebenfalls der funktionale Unternehmensbegriff, der ebenso wie im deutschen Recht sehr weit ausgelegt wird.³⁴ Auf die Rechtsform oder auf die Art der Finanzierung kommt es nicht an.³⁵ Entscheidend ist vielmehr die Art der Tätigkeit: Art. 81 und 82 EG erfassen natürliche und juristische Personen sowie sonstige nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, soweit diese eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.³⁶ Wirtschaftlich meint eine Tätigkeit, die auf den Austausch von Leistungen oder Gütern am Markt gerichtet

30 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB* § 1 Rn. 57 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

31 BGH, *WuW/E BGH* 1474, 1477 (Architektenkammer).

32 Vgl. BGH, *WuW/E BGH* 647 (Rinderbesamung); BGH *WuW/E BGH* 1469 (Autoanalyzer).

33 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21. 12. 1989, *ABl. L* 395, S. 1.

34 Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EU-/EG*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, *EGV Vorb. zu Art. 85 bis 89 Rn.* 21; Bunte, in: Langen/Bunte, *EG*, Art. 81 Rn. 5.

35 EuGH, *Slg.* 1991 I-1979, 2016 (Höfner u. Elser).

36 St. Rspr., vgl. EuGH, *Slg.* 1997, I-7140 Rn. 21 ff. (Job-Centre); 1991, I-1979 Rn. 20 ff. (Höfner u. Elser); Lange, *WuW* 2002, 953 f.; Dörr/Haus, *JuS* 2001, 313, 314.

ist.³⁷ Wesentlich für die unternehmerische Tätigkeit ist das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung gegen Entgelt.³⁸ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist zwar regelmäßig Ziel der wirtschaftlichen Tätigkeit; ebenso wie im deutschen Recht ist sie jedoch keine Voraussetzung für die Unternehmenseigenschaft im Sinne des europäischen Kartellrechts.³⁹ Auch gemeinnützige Unternehmen, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, unterliegen daher grundsätzlich dem europäischen Kartellrecht.⁴⁰

Die reine Vermögensverwaltung durch einen Privaten oder eine Non-Profit-Organisation stellt allerdings keine unternehmerische Tätigkeit i.S.d. europäischen Kartellrechts dar.⁴¹ Nicht vom Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts erfasst sind auch der hoheitlich handelnde Staat, der private Verbraucher und der abhängige Arbeitnehmer.⁴² Verbundene Unternehmen, bei denen das eine Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf das andere hat, gelten als Einheit.⁴³ Bei der Verwaltung von Systemen der gesetzlichen Sozialversicherung (insbesondere Krankenkassen und Pensionsfonds) hat der EuGH die zugehörigen Tätigkeiten wegen des ausschließlich sozialen Charakters der Aufgabe als nicht wirtschaftlicher Natur beurteilt.⁴⁴ Leistungen, die Sanitätsorganisationen auf dem Markt für Notfall- und Krankentransport erbringen, hat der EuGH als eine dem Art. 82 EG unterfallende wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet.⁴⁵ In einem ganz neuen Urteil vom 4. 3. 2003 hat das Gericht Erster Instanz (EuG) für die wirtschaftliche Tätigkeit nicht die Einkaufstätigkeit an sich ausreichen lassen, sondern entschieden, dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses auch den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimme.⁴⁶

37 EuGH, Slg. 1987, 2588, Rn. 7 (Kommission/Italien); EuGH, EuZW 1997, 312 Rn. 16 (Cali /SEPG); Kommission, ABL. EG 1992 L 326/31 (Fußball WM 1990); Weiß, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, EG, Art. 81 Rn. 35.

38 EuGH, Slg. 1980, 3125 (FEDETAB).

39 EuGH, Slg. 1971, 475, 487 (Deutsche Grammophon); Kommission, ABL. 1971 L 134/15 (GEMA I).

40 Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, Vorb. zu Art. 85 bis 89 Rn. 22.

41 Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, Vorb. zu Art. 85 bis 89 Rn. 24; Bunte, in: Langen/Bunte, EG, Art. 81 Rn. 7. Vgl. speziell für den Dritten Sektor die Entscheidung der EG-Kommission zu der sog. italienischen Bankenstiftung vom 22.8.2002, Az.: C (2002) 3118.

42 Bunte, in: Langen/Bunte, EG, Art. 81 Rn. 7, 8; Dörr/Haus, JuS 2001, 313, 314.

43 EuGH, Slg. 1996, I-5457 Rn. 16 f. (Viho/Kommission); Slg. 1989, 803 Rn. 35 (Ahmed Saeed).

44 EuGH, Slg. 1993, I-637, 670 Rn. 18 (Poucet und Pistre); Slg. 2002, I-146 (INAIL); Lange, WuW 2002, 953, 959 f.

45 EuGH, Slg. 2001, I-8089 = WuW/E EU-R 483, 485 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südpfalz).

46 EuG, Urteil vom 4. 3. 2003, T-319/99 (FENIN), Rz. 36, abrufbar im Internet unter www.curia.eu.int.

3. *Unternehmerische Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen*

a) *Wirtschaftliche Tätigkeit*

aa) *Nachfrageseite*

Zunächst ist festzuhalten, dass Non-Profit-Organisationen bei der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb zu anderen Nachfragern stehen. Die Existenz eines Nachfragewettbewerbs, der durch das GWB geschützt ist, wird nach früher kontroverser Diskussion heute von der ganz herrschenden Meinung angenommen.⁴⁷ Auch der Gesetzgeber geht in § 4 Abs. 2 GWB von der Tatbestandsmäßigkeit einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs aus. Der gesamte Bereich der Nachfrage nach Waren und gewerblichen Leistungen durch Stiftungen und Vereine unterliegt damit dem deutschen Kartellrecht. Das ist vor allem hinsichtlich der Beurteilung der Nachfragebündelung durch Einkaufskooperationen anhand der §§ 1, 4 Abs. 2 GWB relevant. Für das europäische Kartellrecht ist dies nach der Entscheidung des EuG vom 4. 3. 2003 (FENIN) fragwürdig geworden, da der für die Anwendung des Kartellrechts erforderliche wirtschaftliche Charakter der Einkaufstätigkeit von dem wirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses abhängt.⁴⁸ Angesichts der in manchen Bereichen bestehenden großen Nachfragemacht (bis hin zum Nachfragemonopol) der öffentlichen Hand und von Sozialversicherungsträgern ist diese Rechtsprechung sehr bedenklich; die untrennbare Verknüpfung ist auch nicht überzeugend, da Einkaufstätigkeit und spätere Verwendung nicht untrennbar miteinander zusammenhängen.

bb) *Angebotsseite*

Auf der Angebotsseite nehmen Organisationen des Dritten Sektors in vielfältiger Weise wirtschaftlich am Geschäftsverkehr teil. Das gilt vor allem für das Betreiben von Zweckbetrieben oder wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben im Rahmen des steuerrechtlichen Nebenzweckprivilegs durch Non-Profit-Organisationen. Eine solche wirtschaftliche Tätigkeit findet sich in allen Bereichen des Dritten Sektors, insbesondere aber in den Bereichen Sport, Gesundheitsfürsorge und Soziale Dienste, daneben auch im Bereich Wissenschaft und Kunst.

Interessant hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit ist ein Blick in das Steuerrecht: Die Abgabenordnung geht davon aus, dass auch gemeinnützige Organisationen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S.d. § 14 AO unterhalten können (vgl. § 64 AO). Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb ist als Zweckbetrieb im Hin-

47 BGH, WuW/E BGH 2049 f. (Holzschutzmittel); KG, WuW/E OLG 2745, 2751 (HFGE); KG, WuW/E OLG 3731, 3741 (Selex – Tania); *Zimmer*, in: Immennga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 160 f. m.w.N.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, GWB, § 1 Rn. 86.

48 EuG, Urteil vom 4. 3. 2003, T-319/99 (FENIN), Rz. 36.

blick auf die Gemeinnützigkeit und deren steuerrechtliche Privilegien jedoch unschädlich, wenn er die in § 65 AO genannten Voraussetzungen erfüllt. Interessant für das Wettbewerbsrecht ist dabei § 65 Nr. 3 AO, nach der der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb treten darf, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus viele Bereiche des Dritten Sektors – teilweise sogar pauschal für deren gesamte Tätigkeiten – als Zweckbetrieb und damit steuerrechtlich als gemeinnützig qualifiziert. Bezeichnenderweise werden hier die Bereiche Wohlfahrtspflege (§ 66 AO), Krankenhäuser (§ 67 AO), Sportveranstaltungen (§ 67a AO) sowie Sonstige (§ 68 AO) wie Kultur, Bildung und Wissenschaft geregelt.

Ein Hauptanwendungsbereich des Kartellrechts im Bereich des Dritten Sektors ist der Sport. Sportvereine sind zwar in der Regel Idealvereine i.S.d. § 21 BGB, haben sich aber in der Praxis durch die wachsende Kommerzialisierung des Sports zu bedeutenden Wirtschaftssubjekten entwickelt. Sportvereine nehmen in großem Ausmaß am geschäftlichen Verkehr teil, beispielsweise durch die entgeltliche Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten, den »Ein- und Verkauf« von Spielern, das Merchandising und das Anbieten von Lizenzrechten zur Werbung. Der Bereich Sport hat das Kartellrecht und die Kartellbehörden und Kartellgerichte schon in vielfältiger Weise beschäftigt.⁴⁹

Der Bereich Gesundheitsfürsorge und soziale Dienste stellt einen weiteren kartellrechtsrelevanten Bereich des Dritten Sektors dar.⁵⁰ Das folgt daraus, dass hier Non-Profit-Organisationen im Wettbewerb mit öffentlich-rechtlichen und eigenwirtschaftlich arbeitenden Organisationen Leistungen erbringen. In diesem Sektor gibt es erhebliches Konfliktpotential, weil die Organisation des Dritten Sektors und die öffentlichen Unternehmen nicht selten im Wettbewerb gegenüber den privaten Anbietern bevorzugt werden.

Die wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit vollzieht sich zwar außerhalb des Geschäftsverkehrs, ihre wirtschaftliche Verwertung ist jedoch eine unternehmerische Tätigkeit i.S.d. GWB.⁵¹ Da Theater künstlerische Leistungen ihrer

49 BGH, WuW/E BGH 2406, 2408 (Inter-Mailand-Spiel); BGH, WuWE DE-R 17 (Europapokalheimspiele); KG, WuW/E OLG 5565 (Fernsehübertragungsrechte); BGH, WuW/E BGH 1347 (Rad- und Kraftfahrerbund e.V.); BGH, WuW/E BGH 947 (Universitätssportclub); BGH, WuW/E BGH 2226 (Aikido-Verband); OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 3562 (Motoryachtverband); OLG Frankfurt a.M., WuW/E OLG 3568 (Sportverein Jägermeister Braunschweig); BKartA, WuW/E BKartA 357, 359 (Berufsboxer).

50 BGH, WuW/E BGH 2399 (Krankentransporte); BGH WuW/E BGH 2571 (Krankentransportbestellung); BGH, WRP 1997, 1199 (Hilfsmittelliefervertrag).

51 BGH, WuW/E BGH 1142 (Volksbühne II); OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2072 (Düsseldorfer Volksbühne); OLG München, WuW/E OLG 2504, 2505; KG WuW/E OLG 4040, 4044 (Wertungsverfahren); OLG Hamm, WuW/E OLG 4425 (Theaterrabatt); BGH, WuW/E BGH 127, 131 (Gesangbuch); KG, WuW/E AG 29, 30 (Filmmu-

Schauspieler gegen Entgelt anbieten, sind sie als Unternehmen i.S.d. GWB anzusehen.⁵² Dasselbe gilt für Museen, die ebenfalls künstlerische Leistungen in Ausstellungen gegen Entgelt anbieten. Die Bezugnahme des BGH auf die wirtschaftliche Verwertung gegen Entgelt zeigt, dass die entgeltliche Leistung ein entscheidendes Merkmal für die Bejahung der wirtschaftlichen Tätigkeit ist. Dem Anwendungsbereich des Kartellrechts unterfallen auch die Verträge, die Wissenschaftler und Künstler zur Verwertung ihrer Leistungen abschließen, insbesondere Verträge über Urheber- und Leistungsschutzrechte sowie Lizenzverträge über wissenschaftliche Erkenntnisse, Erfindungen und Entdeckungen.⁵³

b) Nichtwirtschaftliche Tätigkeit

Von der dem deutschen und europäischen Kartellrecht unterfallenden wirtschaftlichen Tätigkeit bzw. Teilnahme am geschäftlichen Verkehr sind Tätigkeiten nicht-wirtschaftlicher Art zu unterscheiden, die nicht vom GWB bzw. Art. 81, 82 EG erfasst werden.

aa) Vermögensverwaltung

Die reine Vermögensverwaltung ist keine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts, wie die EG-Kommission in einer neueren Entscheidung zur Vermögensverwaltung der sog. italienischen Bankenstiftungen entschieden hat.⁵⁴ Sofern eine Stiftung ansonsten nicht erwerbswirtschaftlich tätig wird, sondern sich auf die Verwaltung ihres Vermögens beschränkt, unterliegt sie daher nicht dem Kartellrecht.

bb) Förderung

Die Selbstlosigkeit von Stiftungen und gemeinnützigen Vereinen kommt vor allem in der Verwendung der Gewinne und Erträge für die finanzielle Förderung von Dritten oder der Allgemeinheit zum Ausdruck. Insoweit stellt sich hier die bisher – soweit ersichtlich – noch nicht erörterte Frage, ob die Vergabe von Fördermitteln und finanziellen Leistungen dem Anwendungsbereich des Kartellrechts unterfällt.

Unentgeltliche Leistungen wie beispielsweise die finanzielle Förderung von Projekten, Organisationen, Personen etc. sind regelmäßig keine wirtschaftliche

sik); BKartA WuW/E BKartA 704, 708 (Verwertungsgesellschaften). Zum EU-Kartellrecht: Kommission, ABl. L 157/39 (RAI/Unitel).

52 BGH, WuW/E BGH 1142, (Volksbühne II). Ebenso OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2072 (Düsseldorfer Volksbühne); OLG München, WuW/E OLG 2504, 2505; KG WuW/E OLG 4040, 4044 (Wertungsverfahren); OLG Hamm, WuW/E OLG 4425 (Theaterrabatt).

53 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 70.

54 EG-Kommission, Entscheidung vom 22. 8. 2002, Az.: C (2002) 3118 def.

Tätigkeit; die Handelnden nehmen nicht am Marktgeschehen teil. Entscheidend für die wirtschaftliche Tätigkeit ist, ob die Leistung ohne geldwerte Gegenleistung erfolgt. So hat der BGH im Fall *Volksbühne II* schon 1970 entschieden, dass Theater Unternehmen i.S.d. GWB sind, weil sie künstlerische Leistungen ihrer Schauspieler gegen *Entgelt* anbieten.⁵⁵ Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit entscheidet also maßgeblich darüber, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Wird eine finanzielle Förderung als unentgeltlicher Zuschuss nur gegen ideellen Dank gewährt, ist dies keine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr i.S.d. Unternehmensbegriffes des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Anders dürfte dagegen die Situation zu beurteilen sein, wenn die Non-Profit-Organisation für ihre Förderung eine finanzielle oder sonstige Gegenleistung erhält, z.B. durch Zinsen verbunden mit einer Rückzahlungsverpflichtung. Dadurch nehmen die gemeinnützigen Organisationen am geschäftlichen Verkehr auf dem Markt der Vergabe von Krediten in Konkurrenz zu anderen Unternehmen teil. Das gilt selbst dann, wenn – wie wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle – die entgeltliche Gegenleistung nicht marktüblich oder markadäquat ist (und gerade hierin die finanzielle Zuwendung besteht). Denn auch in diesem Fall liegt – aufgrund des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses – eine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr vor.

Die Vergabe von Leistungen ohne geldwerte Gegenleistung durch gemeinnützige Organisationen unterfällt auch nicht dem Kartellvergaberecht, selbst wenn die gemeinnützigen Organisationen öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB wären. Denn das Kartellvergaberecht ist nur auf öffentliche Aufträge anwendbar. § 99 Abs. 1 GWB definiert als öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

cc) Fundraising

Während die Vergabe von finanziellen Zuwendungen die Ausgabenseite betrifft, ist für die Organisationen des Dritten Sektors auf der Einnahmenseite die Zuwendung durch Spenden und Sponsoring⁵⁶ (Fundraising) durch Dritte ein wichtiger Faktor. In Deutschland nimmt die Finanzierung von Non-Profit-Organisationen mit einem Anteil von 3,4 % an der Gesamtfinanzierung im Vergleich zum Ausland (19-Länder-Durchschnitt 11,0 %) und im Vergleich zur Finanzierung durch die öffentliche Hand (64,3 %) und durch selbst erwirtschaftete Mittel (32,3 %) zwar einen untergeordneten Anteil ein,⁵⁷ ist aber dennoch in manchen Bereichen eine relevante Einnahmequelle.

⁵⁵ BGH, WuW/E BGH 1142 (Volksbühne II).

⁵⁶ Zum Sponsoring siehe *Raupach*, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 169 ff.

⁵⁷ Zur Finanzierungsstruktur des Non-Profit-Organisationen auch im Vergleich zum Ausland siehe *Zimmer*, in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 20 f.

Auch hier stellt sich die Frage, ob Non-Profit-Organisationen bei der Einwerbung von Spenden oder Sponsoring unternehmerisch im Sinne des Kartellrechts tätig werden. Sofern die Einwerbung von Spenden auf rein unentgeltlicher Basis erfolgt, dürfte auch hier eine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr ausscheiden. Die Wohltätigkeitsorganisationen stehen beim Fundraising zwar in einem Wettbewerb um Spenden miteinander. Dies ist jedoch keine wirtschaftliche Tätigkeit. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt handelt es sich aber, wenn der »Spende« eine Gegenleistung in Form von Waren (z.B. Grußkarten) oder Dienstleistungen (z.B. Benefizveranstaltung) erhält, selbst wenn diese – wie regelmäßig – nicht gleichwertig oder marktgerecht sind.

4. Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts

Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind, soweit im EG nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Zum Begriff der Beihilfe i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EG gehört, dass nur Vergünstigungen an Unternehmen oder Produktionszweige erfasst werden. Das europäische Beihilferecht regelt die Wirtschaftssubventionierung im Gegensatz zur reinen Kulturförderung, zu Sozialleistungen, zur wirtschaftsfernen Grundlagenforschung und reinen Verbraucherunterstützung.⁵⁸ Der Unternehmensbegriff des Art. 87 EG entspricht dem der Art. 81 und 82 EG.⁵⁹ Die Bejahung der Unternehmenseigenschaft von Non-Profit-Organisationen im Sinne des deutschen und europäischen Kartellrechts eröffnet damit auch den Anwendungsbereich des europäischen Beihilferechts. Insoweit können die Ausführungen zur Unternehmenseigenschaft von Non-Profit-Organisationen auch für das europäische Beihilferecht fruchtbar gemacht werden.

Nicht Gegenstand dieses Beitrages ist allerdings die materielle Frage, ob die Privilegierung gemeinnütziger Anbieter gegenüber privaten Wettbewerbern durch steuerliche oder sonstige Vergünstigungen in Deutschland mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar ist.

III. Kartellrechtspraxis im Dritten Sektor

Das deutsche und das europäische Kartellrecht basieren materiell auf den folgenden drei Säulen:

⁵⁸ *Mederer*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, Art. 92 Rn. 20.

⁵⁹ EuGH, Slg. 1993 I, 887, Rn. 55 (Slovan Neptun Schifffahrts); *Mederer*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, Art. 92 Rn. 20.

Dritter Sektor und Kartellrecht

- horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, §§ 1 bis 18 GWB, Art. 81 EG,
- Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, §§ 19 bis 23 GWB, Art. 82 EG,
- Fusionskontrolle, §§ 35–43 GWB, Fusionskontrollverordnung.

Der Schwerpunkt der Anwendungspraxis des Kartellrechts im Dritten Sektor liegt im Bereich der Missbrauchskontrolle. Jedoch ist auch der Bereich der horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen für Non-Profit-Organisationen relevant. Die Fusionskontrolle dürfte dagegen lediglich für Unternehmensstiftungen (und gegebenenfalls auch Fusionen im Gesundheitssektor) Bedeutung haben.

1. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Art. 81 EG

a) Grundlagen

Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen miteinander im – aktuellen oder potentiellen – Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EG erklärt alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, für nichtig. Beispiele für besonders schwere Kartellabsprachen (als *hard-core-Kartelle* bezeichnet) sind Preis-, Quoten- und Gebietsabsprachen.

Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet Beeinträchtigung der wettbewerbliehen Handlungsfreiheit als Anbieter oder Nachfrager. Auch die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs fällt unter § 1 GWB und Art. 81 EG, unabhängig davon, ob die Vertragspartner miteinander im Absatzwettbewerb stehen oder ob ein Bezugszwang existiert.⁶⁰ Von § 1 GWB erfasst werden damit auch Einkaufskooperationen, für die in § 4 Abs. 2 GWB eine spezielle Freistellungsmöglichkeit besteht.

Ein allgemein anerkanntes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Rahmen des § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EG ist die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Die EG-Kommission hat hierzu 2001 eine eigene *de-minimis*-Bekanntmachung erlassen;⁶¹ die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes

60 KG, WuW/E OLG 3731, 3741 (Selex – Tania) m.w.N.; BGH, WuW/E BGH 2049 f. (Holzschutzmittel).

61 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 EG nicht spürbar beschränken (*de minimis*) vom 22. 12. 2001, ABl. EG C 368, S. 13.

stammt aus dem Jahr 1980.⁶² Eine Eignung zur spürbaren Außenwirkung kommt einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu, wenn sie die Verhältnisse auf den Märkten in mehr als nur unbedeutendem Umfang beeinflussen kann.⁶³ Als quantitatives Kriterium für die Feststellung der Spürbarkeit wird vor allem der Marktanteil berücksichtigt, den die Vertragsparteien auf dem relevanten Markt besitzen.⁶⁴

Spürbare wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind nach § 1 GWB und Art. 81 EG verboten und – in Verbindung mit § 134 BGB – nichtig. Im deutschen Kartellrecht können Kartelle allerdings nach den §§ 2 bis 7 GWB durch die Kartellbehörden vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt werden. Hinsichtlich der Nachfrageseite besteht für Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen nach § 4 Abs. 2 GWB eine weitere spezielle gesetzliche Freistellungsmöglichkeit.

Eine Freistellung vom Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG ist nach Art. 81 Abs. 3 EG möglich. Dieser sieht vor, dass die Kommission unter bestimmten Voraussetzungen das Kartellverbot für nicht anwendbar erklären kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn die angestrebten Vorteile einer angemeldeten Wettbewerbsbeschränkung ihre Nachteile überwiegen.⁶⁵ Zu unterscheiden ist dabei zwischen der Einzelfreistellung durch die EG-Kommission und der Gruppenfreistellung durch Verordnungen der EG-Kommission, die in abstrakt-genereller Form bestimmt, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Typen wettbewerbsbeschränkender Verträge ausnahmsweise nicht das Kartellverbot verletzen. Horizontale Gruppenfreistellungsverordnungen sind beispielsweise die Verordnung betreffend Spezialisierungsvereinbarungen⁶⁶ und die Verordnung betreffend Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen.⁶⁷ Zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit hat die EG-Kommission am 6. 1. 2001 Leitlinien bekannt gemacht.⁶⁸

62 Bekanntmachung Nr. 57/80 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 8. 7. 1980, BAnz. Nr. 133.

63 BGH, WuW/E DE-R 115 (Carpenter).

64 *Bunte*, in: Langen/Bunte, GWB § 1 Rn. 182.

65 *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, S. 423; *Brinker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, EGV Art. 81 Rn. 71 ff. Ökonomische Analyse bei *Lever/Neubauer*, ECLR 2000, 7 ff.

66 Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. 11. 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EG L 304, S. 3.

67 Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. 11. 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EG L 304, S. 7.

68 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 6. 1. 2001, ABl. EG C 3, S. 2.

b) Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen im Dritten Sektor

Horizontale wettbewerbsbeschränkende Effekte können in unterschiedlichen Varianten auftreten. Auf der einen Seite können Organisationen als Kunden von Kartellen und den damit regelmäßig verbundenen höheren Preisen betroffen sein. Tendenziell dürften Non-Profit-Organisationen besonders anfällig für nicht im Wettbewerb gebildete Preise sein. Denn Non-Profit-Organisationen mangelt es häufig auch an einer Kontrolle durch externen Produkt- und Leistungswettbewerb sowie an einer internen Rechnungslegung und einer Kosten- und Leistungstransparenz.⁶⁹ Darüber hinaus fehlt Stiftungen die Kontrolle durch Mitglieder bzw. Gesellschafter, die auch nicht adäquat durch die Stiftungsaufsicht ersetzt wird.⁷⁰

Non-Profit-Organisationen können auf der anderen Seite als Anbieter in horizontale Wettbewerbsbeschränkungen involviert sein. In Betracht kommen dabei alle Bereiche des Dritten Sektors, wo Waren und gewerbliche Leistungen am Markt angeboten werden; in diesen Bereichen kann durch eine Kartellbildung eine Gewinnmaximierung erfolgen. Bekannt gewordene Fälle von Kartellabsprachen betrafen vor allem den Sportsektor und den Bereich Gesundheitsfürsorge/Soziale Dienste.

Des Weiteren schließen sich auch im Dritten Sektor Organisationen häufig zu Einkaufskooperationen zusammen, um günstigere Einkaufspreise zu erreichen. Aktuelle Fälle des Bundeskartellamtes betreffen beispielsweise Einkaufskooperationen von Krankenhäusern. Dies stellt grundsätzlich eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs dar. Zum einen fehlt es aber bei Einkaufskooperationen, die nur ein geringes Volumen und geringe Auswirkungen auf den Markt haben, häufig schon an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Zum anderen besteht auch die Freistellungsmöglichkeit des § 4 Abs. 2 GWB. Danach sind Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen, die keinen Bezugswang enthalten und den Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigen, kraft Gesetzes von § 1 GWB freigestellt.

Der bekannteste Fall, bei dem eine Organisation des Dritten Sektors als Anbieter eine gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßende Vereinbarung getroffen hat, war die Zentralvermarktung der Fußball-Fernsehübertragungsrechte für Europapokalheimspiele durch den Deutschen Fußball Bund e.V. (DFB).⁷¹ Das Bun-

69 Siehe *Maßmann*, Vortragsmanuskript auf den 2. Hamburger Tagen des Non-Profit- und Stiftungsrechts am 8. 11. 2002, S. 15 f.

70 Vgl. *Hüttemann*, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 151 ff.

71 BGH, WuW/E DE-R 17 (Europapokalheimspiele); KG, WuW/E OLG 5565 (Fernsehübertragungsrechte); BKartA, WuW/E BKartA 2682 und 2696 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I und II).

Vgl. dazu *Hausmann*, BB 1994, 15; *Parlasca*, Kartelle im Profisport, 1993; *Hannemann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2001; *Jänich*, GRUR 1998, 438; *Stockmann*, ZIP 1996, 411; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, 1997; Zum europäischen Recht: *Wertenbruch*, ZIP 1996, 1417; *Deselaers*, WuW 1998, 946; *Fleischer*, WuW 1996, 473; *Hobmann*, WRP 1997, 1011.

deskartellamt hatte dem DFB durch Beschluss vom 2. 9. 1994⁷² wegen Verstoßes gegen § 1 GWB verboten, die Fernsehübertragungsrechte für die Heimspiele der am UEFA-Pokal und am Pokal der europäischen Pokalsieger teilnehmenden deutschen Fußballvereine zentral zu vermarkten. Durch Beschluss vom selben Tag hatte das Bundeskartellamt zugleich einen vorsorglich gestellten Antrag des DFB zurückgewiesen, die Erlaubnis für ein Rationalisierungskartell nach § 5 GWB zu erteilen.⁷³

Der DFB ist ein eingetragener, gemeinnütziger Verein mit Sitz in Frankfurt am Main, in dem sich die ebenfalls in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisierten Regional- und Landesverbände des Fußballsports zusammengeschlossen haben. Aufgrund eines Beschlusses von 1986 hatte der DFB die Fernsehübertragungsrechte für die Heimspiele des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger zentral vermarktet; die entsprechenden Rechte für das Endspiele der genannten Wettbewerbe sowie der Champions-League hat dagegen die UEFA vergeben.

Der BGH⁷⁴ hat ebenso wie zuvor das Kammergericht (KG)⁷⁵ die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes als rechtmäßig bestätigt und einen Verstoß gegen § 1 GWB bejaht. Der DFB sei nach dem funktionalen Unternehmensbegriff eine Vereinigung von Unternehmen i.S.d. § 1 GWB. Ebenso seien die damals noch als eingetragener Verein organisierten Lizenzligavereine als Unternehmen zu qualifizieren, da sie in vielfältiger Weise – z.B. durch Verkauf von Eintrittskarten, Transfer von Spielern, Abschluss von Werbeverträgen und als Anbieter von Fernsehübertragungsrechten – am geschäftlichen Verkehr teilnehmen. Die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte sei eine spürbare Beschränkung des Marktes für die Gestattung von Fernsehübertragungen von Europapokalspielen in Deutschland, da die einzelnen Vereine als Anbieter derartiger Übertragungsrechte ausgeschaltet werden und allein der DFB als Rechteanbieter übrig bleibe.⁷⁶ Nach Auffassung des BGH, des KG und des Bundeskartellamtes konnten weder Immanenzgesichtspunkte noch der Arbeitsgemeinschaftsgedanke die zentrale Vermarktung der Fernsehrechte für die Heimspiele der europäischen Fußballwettbewerbe rechtfertigen.⁷⁷ Nach dem geltenden Recht war der bezahlte Fußball auch nicht aus anderen Gründen von der Beachtung des Kartellverbots freigestellt; und die Voraussetzungen für ein Rationalisierungskartell nach § 5 GWB lagen nicht vor.⁷⁸

72 BKartA, WuW/E BKartA 2682 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I).

73 BKartA, WuW/E BKartA 2696 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte II).

74 BGH, WuW/E DE-R 17 (Europapokalheimspiele).

75 KG, WuW/E OLG 5565 (Fernsehübertragungsrechte).

76 BGH, WuW/E DE-R 17, 19 (Europapokalheimspiele).

77 BGH, WuW/E DE-R 17, 22 (Europapokalheimspiele); KG, WuW/E OLG 5565, 5575 f. (Fernsehübertragungsrechte); BKartA, WuW/E BKartA 2682 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I).

78 BGH, WuW/E DE-R 17, 24 (Europapokalheimspiele); KG, WuW/E OLG 5565, 5578 f. (Fernsehübertragungsrechte); BKartA, WuW/E BKartA 2696 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte II).

Als Reaktion auf dieses Verfahren und die bestätigende Entscheidung des BGH hat der Gesetzgeber mit der 6. GWB-Novelle 1998 mit § 31 GWB eine Ausnahmenvorschrift für den Sportsektor in das GWB eingefügt, die die Zentralvermarktung von Fernsehübertragungsrechten unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.⁷⁹

2. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, §§ 14–18 GWB; Art. 81 EG

a) Grundlagen

Während § 1 GWB horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. solche zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, erfasst, fallen unter § 14 GWB vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. solche zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen. Das GWB unterscheidet dabei zwischen Beschränkungen der Inhaltsfreiheit (Preis- und Konditionenbindungen), die nach § 14 GWB grundsätzlich nichtig sind, und Beschränkungen der Abschlussfreiheit (sog. Ausschließlichkeitsbindungen), die nach § 16 GWB grundsätzlich zulässig sind, aber der Missbrauchsaufsicht unterliegen.⁸⁰ Die Kartellbehörde kann vertikale Bindungen der Abschlussfreiheit (z.B. Verwendungsbeschränkungen, Vertriebsbindungen) verbieten, wenn durch die Vereinbarungen der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt wesentlich beeinträchtigt wird.

Durch Preisbindungen verpflichtet der eine Partner den anderen, bestimmte Preise oder Konditionen beim Weiterverkauf an Dritte einzuhalten. Dadurch kann der Preiswettbewerb zwischen Händlern ausgeschaltet werden. In einer wettbewerblichen Ordnung soll aber jedes Unternehmen seine Preise und Geschäftsbedingungen gegenüber nachgelagerten Wirtschaftsstufen und gegenüber dem Verbraucher frei gestalten. Deshalb ist eine rechtliche oder wirtschaftliche Bindung eines Vertragspartners nicht zulässig.⁸¹

Anders als das deutsche Kartellrecht unterscheidet das europäische Kartellrecht in Art. 81 EG nicht zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (sog. vertical restraints) werden von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst (vgl. Art. 81 I lit. c EG). Eine Freistellung ist nach Art. 81 Abs. 3 EG möglich. Für vertikale Vereinbarungen gilt allgemein die

⁷⁹ § 31 GWB lautet: »§ 1 findet keine Anwendung auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe durch Sportverbände, die in Erfüllung ihrer gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und dieser Verpflichtung durch angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung tragen.«

⁸⁰ Vgl. *Klosterfelde/Metzlaff*, in: *Langen/Bunte, GWB*, § 14 Rn. 2.

⁸¹ Aus kulturpolitischen Gründen ist allerdings auch nach der Aufhebung der Preisbindung für Markenwaren im Jahre 1973 die vertikale Preisbindung für nicht grenzüberschreitend vertriebene Verlagszeugnisse, sog. Buchpreisbindung, zulässig (§ 15 GWB).

Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999 für Vertikalvereinbarungen⁸² und für bestimmte Sektoren spezielle Gruppenfreistellungsverordnungen, z.B. die Gruppenfreistellungsverordnung für Kraftfahrzeuge.⁸³

b) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Dritten Sektor

Im Bereich des Dritten Sektors dürften vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ebenso wie in anderen Wirtschaftsbereichen vorkommen, insbesondere Preisbindung eines Vertragspartners hinsichtlich des Verkaufs von Waren oder gewerblichen Leistungen an Endkunden.

Als Beispielsfall für eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung sei die Höchsthonorarklausel einer Musikschule genannt.⁸⁴ Die Berliner Musikschule, damals eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (heute werden Musikschulen häufig in der Rechtsform des Idealvereins betrieben und von der öffentlichen Hand finanziell unterstützt), hatte mit freischaffenden Musiklehrern Verträge über die Vermittlung von Schülern durch die Musikschule geschlossen. In diesen Verträgen fand sich u.a. eine Klausel über ein Höchsthonorar, das der Musiklehrer bei den vermittelten Schülern nehmen durfte. Die Musikschule ist ebenso wie die selbständigen Musiklehrer nach dem funktionellen Unternehmensbegriff als Unternehmen i.S.d. GWB anzusehen. Die Höchsthonorarklausel verstieß gegen § 15 GWB a.F. (= § 14 GWB n.F.), da die Musiklehrer in der Gestaltung ihrer Preise gegenüber den vermittelten Schülern durch die Höchsthonorarklausel beschränkt waren.⁸⁵

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

a) Grundlagen

Das europäische Kartellrecht sieht in Art. 82 EG ebenso wie § 19 GWB ein unmittelbar geltendes Missbrauchsverbot vor. Daneben statuiert § 20 Abs. 1 als ein konkretisierender Unterfall des allgemeinen Missbrauchsverbots des § 19 GWB ein Behinderungs- und Diskriminierungsverbot.⁸⁶ § 20 GWB geht in seinem Anwendungsbereich aber – insbesondere durch die Erfassung missbräuchlichen Ver-

82 Insb. VO (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 III des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336, S. 21. Hierzu *Bechtold*, EWS 2001, 49 ff.; *Ackermann*, EuZW 1999, 741 ff.

83 VO (EG) 1400/2002 über die Anwendung von Artikel vom Art. 81 III EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EG 2002 Nr. L 203, S. 30 = EuZW 2002, 563. Dazu *Pfeffer*, NJW 2002, 2910 ff.; *Creutzig*, EuZW 2002, 560 ff.; *Ensthaler*, WuW 2002, 1042 ff.

84 BGH, WuW/E BGH 1661 (Berliner Musikschule).

85 BGH, WuW/E BGH 1661, 1664 (Berliner Musikschule)

86 *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 255.

haltens auch lediglich marktstarker Unternehmen in § 20 Abs. 2 GWB und der Sonderregeln der § 20 Abs. 3 bis Abs. 6 GWB – über § 19 GWB hinaus.

Bis zur 6. GWB-Novelle, die am 1. 1. 1999 in Kraft trat, war der Missbrauchstatbestand des § 22 GWB a.F. (= § 19 GWB n.F.) kein unmittelbarer Verbotstatbestand, sondern nur durch Verfügungen der Kartellbehörde (vgl. § 32 GWB n.F.) durchsetzbar. Der § 20 Abs. 1 GWB n.F. entsprechende § 26 Abs. 2 GWB a.F. war dagegen ebenso wie Art. 82 EG ein Verbotstatbestand, der zivilgerichtlich auch durch Private über Schadensersatz- und Unterlassungsklagen (vgl. § 33 GWB n.F.) durchsetzbar war. Der Großteil der Missbrauchsfälle vor 1999 wurde daher auf § 26 Abs. 2 GWB a.F. gestützt. Heute werden bei Behinderungen und Diskriminierungen regelmäßig §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB zusammen herangezogen.

Normadressaten der Missbrauchsbestimmungen der §§ 19, 20 GWB und des Art. 82 EG sind marktbeherrschende Unternehmen. § 20 GWB verpflichtet darüber hinaus auch marktstarke Unternehmen i.S.d. § 20 Abs. 2 GWB. Der Gesetzgeber hat in § 19 Abs. 2 GWB eine Legaldefinition der Marktbeherrschung verankert. Die Marktmacht eines Unternehmens auf dem betreffenden Markt wird dabei an der Marktstruktur – insbesondere am Marktanteil – und am Marktverhalten gemessen. Art. 82 EG setzt die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder eines wesentlichen Teil desselben voraus. Der EuGH hat z.B. das Land Rheinland-Pfalz angesichts der Fläche und der Einwohnerzahl als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen.⁸⁷

Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG erfasst – ebenso wie §§ 19, 20 GWB – Verhaltensweisen, die die Struktur des Marktes und die Entwicklung von Wettbewerb negativ beeinflussen können, also den Einsatz von Mitteln, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen.⁸⁸ Art. 82 Abs. 2 EG zählt – nicht erschöpfend – Beispiele für missbräuchliche Verhaltensweisen auf.⁸⁹ In der Literatur hat sich die Systematisierung anhand der im deutschen Kartellrecht vertrauten Einteilung in § 19 GWB durchgesetzt.⁹⁰ § 19 GWB sieht in Abs. 1 ein allgemeines Missbrauchsverbot als Generalklausel vor und führt zur Konkretisierung in Abs. 4 vier Regelbeispiele auf:

- Behinderungsmissbrauch, § 19 Abs. 4 Nr. 1 (ähnlich § 20 Abs. 1 GWB),
- Ausbeutungsmissbrauch, § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB,
- Strukturmissbrauch, § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB,

87 Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-8089 = WuW/E EU-R 483, 487 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südpfalz).

88 *EuGH*, Slg. 1991, I-3359 Rn. 69 (AKZO); Slg. 1979, 461 Rn. 91 (Hoffmann-Laroche).

89 Vgl. EuGH, Slg. 1973, 215, 246 (Continental Can); *Dirksen*, in: Langen/Bunte, EGV, Art. 82 Rn. 72.

90 Vgl. *Dirksen*, in: Langen/Bunte, EGV, Art. 82 Rn. 76 m.w.N.

– Zugang zu wesentlichen Infrastruktureinrichtungen und Netzen gegen angemessenes Entgelt, § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

Nach § 20 Abs. 1 und 2 GWB dürfen marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Während das Behinderungsverbot vornehmlich die Wettbewerber des diskriminierenden Unternehmens schützt, stellt das Diskriminierungsverbot den Schutz von Abnehmern und Lieferanten vor einer ungerechtfertigten Benachteiligung im Verhältnis zu ihren Konkurrenten sicher.

Da es bei der Behinderung oder Ungleichbehandlung auf eine objektive Betrachtung ankommt,⁹¹ kommt der sachlichen Rechtfertigung für die Feststellung eines Missbrauchs entscheidende Bedeutung zu. Dabei hat eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen und sachlichen Gründe im Einzelfall zu erfolgen und zwar unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB einerseits⁹² und der Interessen des betroffenen Unternehmens andererseits.⁹³ Auf Seiten des Dritten Sektors können dabei neben den aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigenden Interessen der Beteiligten abstrakt die folgenden Interessen in die Abwägung einbezogen werden:

- die durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützte Vereins- und Verbandsautonomie sowie negative Koalitionsfreiheit⁹⁴,
- die durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Kunstfreiheit⁹⁵,
- die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG,
- die Religionsfreiheit, Art. 4 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 bis 141 Weimarer Reichsverfassung,
- die Privilegierung des Sports in § 31 GWB,
- abhängig vom Einzelfall u.U. auch die ideellen Ziele und die Selbstlosigkeit bei der Mittelverwendung,
- auf europäischer Ebene Art. 86 Abs. 2 EG, der für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (»Daseinsvorsorge«), die Wettbewerbsregeln der Art. 81, 82 EG einschränkt.⁹⁶

91 BGH, WuW/E DE-R 201, 204 (Schilderpräger im Landratsamt); *Bunte*, in: Langen/Bunte, GWB, § 20 Rn. 108.

92 St. Rspr. des BGH; vgl. zuletzt WuW/E DE-R 357, 359 (Feuerwehrgeräte).

93 Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20 Rn. 129 ff.

94 Vgl. BGH, WuW/E BGH 947 (Universitätssportclub); BGH, WuW/E BGH 1725 (Landseer Club); BGH WuW/E BGH 1347 (Rad- und Kraftfahrerbund); BGH, WuW/E BGH 2226 (Aikido-Verband); *Traub*, WRP 1985, 591.

95 Vgl. BGH, WuW/E BGH 1142 (Volksbühne II).

96 Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-8089 = WuW/E EU-R 483, 487 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südpfalz).

b) Missbrauchsfälle im Dritten Sektor

Die kartellrechtliche Analyse der Fälle zeigt einerseits, dass Non-Profit-Organisationen selbst eine bestehende marktbeherrschende Stellung durch Ungleichbehandlung, Diskriminierung oder missbräuchlich überhöhte Entgelte missbrauchen. In bestimmten Märkten verfügen Organisationen des Dritten Sektors über eine marktbeherrschende oder zumindest eine marktstarke Stellung. Das ist gerade im Sportsektor häufig der Fall. Die Praktizierung problematischer Verhaltensweisen durch Non-Profit-Organisationen erfasst dabei die ganze Breite der üblicherweise als Missbrauch qualifizierten Verhaltensweisen und weist gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen grundsätzlich keine Besonderheiten auf. Schwerpunktmäßig geht es um von § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1 GWB und § 20 Abs. 1 und 2 GWB erfasste behindernde und diskriminierende Verhaltensweisen. Besonderheiten bestehen allerdings im Hinblick auf die Interessenabwägung im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung, bei der Non-Profit-Organisationen sich im Einzelfall auf Grundrechtsnormen oder auch auf ihre ideelle Zielsetzung berufen können.⁹⁷

Zum anderen können Non-Profit-Organisationen nicht nur »Täter«, sondern auch Begünstigte von kartellrechtswidrigen Handlungen sein. Denn Organisationen des Dritten Sektors erfahren wegen ihrer oftmals engen Beziehung zur öffentlichen Hand (wie oben gezeigt, werden Non-Profit-Organisationen in Deutschland zu ca. 64 % vom Staat finanziert) in manchen Bereichen eine im Vergleich zu ihren privaten Wettbewerbern bevorzugte Behandlung durch die öffentliche Hand, die dem kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbot widerspricht. Dies scheint insbesondere im Bereich Gesundheitsfürsorge und soziale Dienste der Fall zu sein. Es ist aber genauso in allen anderen Bereichen denkbar, in denen Non-Profit-Organisationen mit privaten Anbietern im Wettbewerb stehen.

Im Folgenden werden einige wichtige und aktuelle Fälle im Hinblick auf die vorherige Analyse und die Vielfalt der Missbrauchsmöglichkeiten dargestellt:

aa) Sport

In dem Fall Inter-Mailand-Spiel untersagte die zuständige Landeskartellbehörde 1985 dem 1. FC Köln, damals einem eingetragenen Idealverein, den Erwerb einer Eintrittskarte für das Europacup-Viertelfinalspiel gegen Inter Mailand mit dem Erwerb einer Eintrittskarte für das Bundesligaspiel gegen Eintracht Braunschweig (damals Tabellenletzter) zu koppeln.⁹⁸ Die auf § 22 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F. (= § 19 Abs. 1 GWB n.F.) beruhende Untersagungsverfügung wurde von OLG Düsseldorf und BGH als rechtmäßig bestätigt.⁹⁹ Der 1. FC Köln habe auf den sachlich,

⁹⁷ Vgl. den vorigen Abschnitt III.3.a).

⁹⁸ WuW 1985, 299.

⁹⁹ BGH, WuW/E BGH 2406 (Inter-Mailand-Spiel); OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 3335 *Inter-Mailand-Spiel*.

räumlich und zeitlich auf das Angebot von Eintrittskarten für das fragliche Spitzenspiel begrenzten relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung inne.¹⁰⁰ Die Kopplung der Eintrittskarten mit dem Ziel, die Zuschauer wegen des großen Interesses an dem Inter-Mailand-Spiel zu zwingen, auch Eintrittskarten für das Eintracht-Braunschweig-Spiel zu kaufen, stelle die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung dar, die sachlich nicht gerechtfertigt sei.

Weitere aktuelle Fälle des Bundeskartellamtes und der EG-Kommission im Hinblick auf §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG befassen sich mit Zulassungs- bzw. Prüfgebühren, die seitens der Sportverbände von den Herstellern verlangt werden. Beispielsweise erheben Landessportverbände, die regelmäßig eingetragene Vereine sind, Entgelte für die Zulassung von Feder- oder Tischtennisbällen für den Wettkampfsport. Ohne die Zulassung dürfen die Bälle nicht in den von diesen Verbänden veranstalteten Wettkämpfen verwendet werden. Die Sportverbände besitzen bzgl. der Veranstaltung der Wettkämpfe i.d.R. eine marktbeherrschende Stellung.

Schließlich sei als Beispiel für missbräuchliche Verhaltensweisen von Sportvereinen als Non-Profit-Organisationen auf zwei aktuelle kartellzivilrechtliche Urteile hingewiesen: Streitgegenstand des einen Verfahrens war die Wertung der Ligaspiele einer Damenmannschaft durch einen Landestischtennisverband als verloren wegen eines Verstoßes gegen eine »Ausländerklausel« (§§ 20, 33 GWB).¹⁰¹ Streitgegenstand des anderen Verfahrens war die Praxis eines Fußballverbandes, im Rahmen von Schiedsrichterpflichtungserklärungen die Schiedsrichter zu verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass auch die Schiedsrichterassistenten Sportbekleidung eines bestimmten Unternehmens tragen (§§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 33 GWB).¹⁰²

bb) Kultur

Im Bereich der Kunst entschied der BGH in dem Fall *Volksbühne II* schon 1970, dass Theater Unternehmen i.S.d. GWB sind, weil sie künstlerische Leistungen ihrer Schauspieler gegen Entgelt anbieten.¹⁰³ In dem zugrunde liegenden Sachverhalt beschwerte sich ein Theater, dass die Hamburger Besucherorganisation von ihren Vorstellungen weniger Karten abnahm als von den anderen Hamburger Bühnen. Der BGH sah die unterschiedliche Behandlung bei der Abnahme von Eintrittskarten auch im Hinblick auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG jedoch als sachlich gerechtfertigt an.

100 BGH, WuW/E BGH 2406, 2408 f. (Inter-Mailand-Spiel); vgl. auch BGH, WuW/E BGH 1027 (Sportartikelmesse). Der BGH nimmt damit zutreffend eine sehr enge Marktabgrenzung vor.

101 LG München, Urteil vom 11. 7. 2002, Az.: 7 O 8605/02 (unveröffentlicht).

102 LG Frankfurt a.M., Urteil vom 10. 7. 2002, Az.: 2-06 O 57/02 (unveröffentlicht).

103 BGH, WuW/E BGH 1142 (Volksbühne II).

Dritter Sektor und Kartellrecht

In dem – vom Sachverhalt her umgekehrten – Fall *Theaterrabatt* beschwerte sich die Theatergemeinde Essen, dass die Theater und Philharmonie Essen dem Theaterring e.V. 60 % Preisnachlass gewährte, ihr diesen Rabatt aber nicht einräumte.¹⁰⁴ Das OLG Hamm gab der Klage der Theatergemeinde Essen auf Gewährung des gleichen Preisnachlasses gestützt auf § 26 Abs. 2 GWB a.F. (= § 20 Abs. 1 GWB n.F.) statt.¹⁰⁵ Der Markt wurde dabei sachlich und räumlich auf Theater-, Philharmonie- und Opernveranstaltungen in Essen begrenzt; auf diesem Markt hatte die Theater und Philharmonie Essen eine marktbeherrschende Stellung inne.

cc) Gesundheitsfürsorge/Soziale Dienste

Im Bereich Gesundheitsfürsorge bejahte das LG Düsseldorf den kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch aus §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 33 GWB eines privaten Unternehmens gegen die gemeinnützige Blutspendedienst-GmbH einer Wohlfahrtsorganisation.¹⁰⁶ Die beklagte BlutspendedienstGmbH sei auf dem Markt für Erythrozytenpräparate in Nordrhein-Westfalen marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung habe sie dadurch missbraucht, dass sie Kunden bei Abschluss von Vollversorgungsverträgen (Lieferung mehrerer Produkte) im Falle von Versorgungsengpässen bevorzugt mit Erythrozytenkonzentraten beliefe.

In dem Fall *Privater Pflegedienst*¹⁰⁷ ging es um die Bevorzugung von Wohlfahrtsverbänden gegenüber privaten Pflegediensten durch die AOK Hannover, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Private Anbieter erhielten in den mit der AOK geschlossenen Rahmenabkommen geringere Vergütungen für die Erbringung von Pflegedienstleistungen als die von den freien Wohlfahrtsverbänden getragenen Sozialstationen, die den Non-Profit-Organisationen zugerechnet werden (vgl. § 66 AO). Der AOK kam dabei auf dem sachlich und räumlich auf die Nachfrage nach häuslichen Pflegedienstleistungen im Bezirk Rothenburg/Wümme begrenzten Markt eine marktbeherrschende Stellung zu. Zwar sei – so der BGH – auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nach § 20 Abs. 1 GWB nicht gehalten, allen Anbietern von ihm benötigter Leistungen ausnahmslos die Vergütung zu zahlen, die es dem Anbieter mit dem höchsten Angebotspreis zahlen muss.¹⁰⁸ Allerdings habe das marktbeherrschende Unternehmen beim Aushandeln der Preise in besonderem Maße dafür Sorge zu tragen, dass die unterschiedliche Preisbemessung für gleiche Leistungen durch sachliche Unterschiede gerechtfertigt sei; es obliege dem Marktbeherrscher, die Gründe für die unterschiedliche Behandlung darzulegen. Die Annahme des Berufungsgerichts, den Sozialstationen der freien Wohlfahrtsverbände müsse ein gewisse Übergangszeit eingeräumt werden, um ih-

104 OLG Hamm, WuW/E OLG 4425 (Theaterrabatt).

105 OLG Hamm, WuW/E OLG 4425 (Theaterrabatt).

106 LG Düsseldorf, Urteil vom 25. 9. 2002, Az.: 34 O (Kart) 76/02 (unveröffentlicht).

107 BGH, WuW/E DE-R 839 (Privater Pflegedienst).

108 BGH, WuW/E DE-R 839, 841 (Privater Pflegedienst).

re Kostenstruktur den neuen Marktverhältnissen anzupassen, hat der BGH dabei nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.¹⁰⁹

Im Fall *Krankentransporte* ging es ebenfalls um die Bevorzugung von Non-Profit-Organisationen gegenüber privaten Dritten durch die öffentliche Hand. Der BGH entschied hier, dass kein Wettbewerbsverstoß darin liege, wenn eine Kommune die im Bereich ihrer Krankenhäuser anfallenden Transportaufträge ausschließlich an die örtliche Rettungsleitstelle weiterleitet, auch wenn sie auf diese Weise über ihre Berufsfeuerwehr an dem Aufkommen partizipiert.¹¹⁰ Die kommunale Berufsfeuerwehr hatte sich mit den gemeinnützigen Wohlfahrtsorganisationen zu einer Arbeitsgemeinschaft zum Betrieb einer Rettungsleitstelle zusammengeschlossen. Der Wettbewerb zwischen den Arbeitsgemeinschaftsmitgliedern war damit ausgeschlossen. Die Kommune wies ihre Krankenhäuser an, Rettungsaufträge nur über diese Rettungsleitstelle abzuwickeln, wogegen ein privates Krankentransportunternehmen klagte.

Auch wenn der Sachverhalt Elemente einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB enthält, ging es hier um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das OLG Celle als Berufungsgericht hatte eine marktbeherrschende Stellung der Kommune zusammen mit den Wohlfahrtsverbänden als Oligopolisten auf dem Markt der räumlich auf das Stadtgebiet begrenzten Krankentransportdienstleistungen bejaht.¹¹¹ Der BGH ließ diese Frage offen, weil er einen unbilligen Behinderung durch die Kommune verneinte: Als Anbieterin sei es der Kommune – wegen ihrer Doppelstellung als Anbieter und Nachfrager nach Krankentransportdienstleistungen – grundsätzlich nicht verwehrt, die Nachfrage nach Krankentransportdienstleistungen auf sich zu ziehen.¹¹² Ein Kontrahierungszwang aus § 26 Abs. 2 GWB a.F. (= § 20 Abs. 1 GWB n.F.) bestehe im vorliegenden Fall – im Gegensatz zu dem sonst in der Rechtsprechung anerkannten Kontrahierungszwang für die öffentliche Hand als Nachfrager¹¹³ – nicht.¹¹⁴

Der EuGH hatte aufgrund einer Vorlage des OVG Koblenz über eine nationale Vorschrift (§ 18 Abs. 3 Rettungsdienstgesetz Rheinland-Pfalz) zu entscheiden, die nach Ansicht des OVG Koblenz faktisch dazu führte, dass Sanitätsorganisationen von Wohlfahrtsverbänden (Non-Profit-Organisationen) ein Monopol für Leistungen auf dem Markt für Notfalltransporte und auf dem Markt für Krankentransporte in Rheinland-Pfalz eingeräumt wurde.¹¹⁵ Nach Ansicht des EuGH ver-

109 BGH, WuW/E DE-R 839, 843 (Privater Pflegedienst).

110 BGH, WuW/E BGH 2399 (Krankentransporte).

111 OLG Celle, WuW/E OLG 3564, 3566 (Krankentransportdienste).

112 BGH, WuW/E BGH 2399, 2403 f. (Krankentransporte).

113 Vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2274, 2280 f. (Fernmeldetürme); BGH, WuW/E BGH 442 (Gummistrümpfe); BGH, WuW/E BGH 1423 (Augenoptiker); BGH, WuW/E BGH 2301 (Orthopädische Hilfsmittel).

114 BGH, WuW/E BGH 2399, 2405 f. (Krankentransporte)

115 Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-8089 = WuW/E EU-R 483, 487 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südpfalz).

stieß die Vorschrift unter bestimmten Umständen, die noch vom vorliegenden nationalen Gericht aufzuklären waren, gegen Art. 86 EG a.F. (= Art. 82 EG n.F.), stellten also den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Das Verhalten war nicht nach Art. 90 Abs. 2 EG a.F. (= Art. 86 Abs. 2 EG n.F.) aus Gründen der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG n.F.) gerechtfertigt.

c) Sonderbereich: Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen

Eine spezielle kartellrechtliche Missbrauchsvorschrift für Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, die häufig als Idealvereine organisiert sind, findet sich in § 20 Abs. 6 GWB n.F. (= § 27 GWB a.F.). Danach besteht für Wirtschafts- und Berufsvereinigungen ein Aufnahmезwang, wenn die Ablehnung eines Unternehmens eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde. In § 20 Abs. 6 GWB wird aufgrund einer typisierenden Betrachtungsweise davon ausgegangen, dass Wirtschaftsverbände i.d.R. über eine wirtschaftliche Macht verfügen; sie werden deshalb in der Zugangsfrage generell einer Nichtdiskriminierungsregelung unterworfen, ohne dass es des Nachweises einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung bedarf.¹¹⁶ Das EG-Recht enthält keine entsprechende Sondervorschrift für den Zugang zu Wirtschaftsverbänden; Zugangsverweigerungen sind dort nur mit den allgemeinen Regeln der Art. 81 und 82 EG erfassbar.¹¹⁷

In dem Fall *Deutscher Landseer Club* hat der BGH entschieden, dass der Antragsteller Deutscher Landseer Club ein Unternehmen i.S.d. GWB und der Verband für das Deutsche Hundewesen eine Wirtschaftsvereinigung i.S.d. § 27 GWB a.F. (= § 20 Abs. 6 GWB n.F.) sei.¹¹⁸ Die Ablehnung der Aufnahme des Antragstellers sei jedoch im Rahmen der beiderseitigen Interessenabwägung unter Berücksichtigung der durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Vereins- und Verbandsautonomie sachlich gerechtfertigt, da in seiner Satzung – kartellrechtlich zulässig – das »Ein-Platz-Prinzip« verankert sei und die Interessen der Züchter von Landseer Hunden bereits von einem anderen Verein innerhalb des Verbandes wahrgenommen würden.

116 Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 20 Rn. 328.

117 Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 20 Rn. 328.

118 BGH, WuW/E BGH 1725 (Deutscher Landseer Club); Vorinstanz: KG, WuW/E OLG 2028. Weitere Fälle zum § 20 Abs. 6 GWB n.F. = § 27 GWB a.F.: BGH, WuW/E BGH 1625 (Anwaltsverein); BGH, WuW/E BGH 2191 (Schwarzbuntzüchter); BGH, WuW/E BGH 2226 (Aikido-Verband); BGH, WuW/E BGH 1347 (Rad- und Kraftfahrerbund); *Steinbeck*, Anspruch auf Aufnahme in einen Verein, WuW 1996, 91.

4. *Fusionskontrolle*

a) Grundlagen

Ein Unternehmenszusammenschluss verändert dauerhaft die Marktstruktur und ist daher geeignet, die wettbewerbliche Situation nachhaltig zu beeinflussen. Für die Entscheidung über inländische Fusionen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung nach der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)¹¹⁹ besitzen, ist ausschließlich das Bundeskartellamt zuständig. Das Eingreifen der deutschen Fusionskontrolle setzt neben dem Vorliegen der in § 35 GWB normierten Bestimmungen über den Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle voraus, dass ein Zusammenschluss von Unternehmen i.S.d. § 37 GWB vorliegt. Als Zusammenschlusstatbestände erfasst das GWB den teilweisen oder vollständigen Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB), den Erwerb der alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle über ein Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), den Anteilserwerb von mehr als 25 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a GWB) bzw. mehr als 50 % der Anteile an einem anderen Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) und als Auffangtatbestand den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf ein anderes Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB).

Materiell ist ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

Seit 1990 müssen Fusionen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung bei der Kommission angemeldet werden, damit diese sie nach der FKVO auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt prüfen kann. Gemeinschaftsweite Bedeutung hat ein Zusammenschluss unter den in Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO genannten Voraussetzungen. Ein der FKVO unterfallender Zusammenschluss wird durch Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO) oder durch Kontrollerwerb durch ein Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 FKVO) oder mehrere Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 FKVO) – überdies durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 2 FKVO) – bewirkt. Ebenso wie im deutschen Kartellrecht ist materielles Prüfungskriterium, ob der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, Art. 2 Abs. 3 FKVO. Ist dies der Fall, erklärt die Kommission den Zusammenschluss nach Art. 8 Abs. 3 FKVO für unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt.

¹¹⁹ Näher dazu *Müller-Laube*, JuS 1991, 184 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 457 ff.; *Hirsbrunner*, EuZW 2001, 197 ff.; *Montag/Leibenath*, WuW 2000, 852 ff.

b) Fusionskontrolle im Dritten Sektor

Die Fusionskontrolle ist sowohl im deutschen wie auch im europäischen Kartellrecht von erheblicher praktischer Bedeutung. Ein Großteil der Ressourcen der Kartellbehörden werden durch die Fusionskontrolle gebunden. Im Bereich der Non-Profit-Organisationen spielt die Fusionskontrolle dagegen – abgesehen von dem Bereich der Unternehmensstiftungen – nur eine untergeordnete Rolle, da hier weniger Zusammenschlüsse stattfinden und häufig die Schwellenwerte für die Anmeldepflicht nicht erreicht werden.

Wegen der Besonderheiten der Stiftung als juristischer Person scheidet eine Stiftung als Erwerbssubjekt im Rahmen der Fusionskontrolle regelmäßig aus. Da eine Stiftung keine Mitglieder oder Gesellschafter hat, sondern es sich bei ihr um ein dauerhaft gewidmetes Vermögen handelt,¹²⁰ können Dritte nicht die alleinige oder gemeinsame Kontrolle i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB oder Anteile über 50 % oder 25 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) oder einen wettbewerblich erheblichen Einfluss i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB über eine Stiftung erwerben. Möglich ist es allerdings, von einer Stiftung ihr ganzes oder einen wesentlichen Teil ihres Vermögens zu erwerben, was als Vermögenserwerb den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfüllt. Dagegen kann ein Verein sowohl Erwerbs- als auch Veräußerungsobjekt sein.

Als Erwerber oder Veräußerer kann die Stiftung dagegen – ebenso wie ein Verein – gesellschafts- und kartellrechtlich in Erscheinung treten. Eine Stiftung oder ein Verein kann an einem anderen Unternehmen die Kontrolle oder Anteile oder einen wettbewerblich erheblichen Einfluss oder einen wesentlichen Teil des Vermögens erwerben und insoweit die verschiedenen Zusammenschlusstatbestände erfüllen. Das gilt auch für die Stellung von Stiftung oder Verein als Veräußerer.

In der Praxis ist der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen fast ausschließlich bei Unternehmensstiftungen relevant. Solche Stiftungen, die unter der Rechtsform der Stiftung selbst ein Unternehmen betreiben (Unternehmensträgerstiftungen) oder Beteiligungen an Unternehmen halten (Beteiligungsträgerstiftungen), sind in der Praxis weit verbreitet.¹²¹ Als bekannte und bedeutende Unternehmensstiftungen seien beispielsweise die Carl-Zeiss-Stiftung, die Kaufland-Stiftung, die Lidl-Stiftung Co. KG und die Moeller-Stiftung genannt. Beim Bundeskartellamt sind in den letzten Jahren weit über 50 Fusionsfälle angemeldet und freigegeben worden, bei denen Stiftungen involviert waren. Dabei handelte es sich fast ausschließlich um Unternehmensstiftungen, die sich als Holding an anderen Unternehmen beteiligten oder an Dritte Beteiligungsunternehmen veräußerten.

Ein aktuelles Beispiel für einen in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle fallenden Zusammenschluss, an dem eine Unternehmensstiftung beteiligt war, ist der am 17. 10. 2002 von der Kommission freigegebene Fall RWE

120 *Rawert*, in: *Stiftungsrecht in Europa*, S. 109.

121 Vgl. *Rawert*, in: *Stiftungsrecht in Europa*, S. 112.

Solutions/Schott Glaskontor/RWE Schott Solar.¹²² Dabei haben die RWE Solutions AG, die zum RWE-Konzern gehört, und die Schott Glaskontor GmbH, die zur Carl-Zeiss-Stiftung gehört, die gemeinsame Kontrolle i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO über das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen RWE Schott Solar durch Übertragung von Vermögenswerten erworben.

Ein sehr interessanter, ganz aktueller Fall der Verbindung von Drittem Sektor und Kartellrecht ist die Berliner Zeitungsfusion (Tagesspiegel/Berliner Zeitung). Nach der Untersagung durch das Bundeskartellamt¹²³ haben die Unternehmen eine Ministererlaubnis nach § 42 GWB beantragt. Um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken (Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Berliner Zeitungsmarkt) auszuräumen, hat der Erwerber Holtzbrinck angeboten, eine eigene »Stiftung Tagesspiegel« zu schaffen (besetzt mit einem unabhängigen Kuratorium), die die redaktionelle Unabhängigkeit des Tagesspiegels institutionell absichern soll.¹²⁴ Fusionskontrollrechtliche Verfahren, bei denen Vereine beteiligt waren, sind seltener als Zusammenschlüsse von Stiftungen. Insoweit sind auch Fallbeispiele Mangelware in der Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes.¹²⁵

IV. Zusammenfassung

1. Ergebnisse

Grundsätzlich werden Organisationen des Dritten Sektors von den Vorschriften des deutschen Kartellrechts und des europäischen Kartellrechts erfasst.

a) Der subjektive Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Kartellrechts wird vom Unternehmensbegriff bestimmt; nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind Normadressaten des Kartellrechts. Nach dem im deutschen und europäischen Kartellrecht geltenden funktionalen Unternehmensbegriff ist die Art der Tätigkeit und nicht die Rechts- und Organisationsform entscheidend. Einer Gewinnerzielungsabsicht bedarf es nicht. Allerdings ist eine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr bzw. eine wirtschaftliche Tätigkeit Voraussetzung. D.h. die Tätigkeit muss auf den Austausch von Leistungen oder Gütern am Markt gegen Entgelt gerichtet sein. Der für die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts maßgebliche Unternehmensbegriff entspricht dem des Kartellrechts.

Kennzeichnend für Non-Profit-Organisationen ist das Kriterium der Selbstlosigkeit, nicht die fehlende Gewinnerzielungsabsicht. Typische Rechtsformen für den Dritten Sektor sind der Idealverein, die Stiftung und die gemeinnützige

122 Comp/M. 2963 (RWE Solutions/Schott Glaskontor/RWE Schott Solar).

123 BKartA, WuW/E DE-V 695 (Tagesspiegel/Berliner Zeitung).

124 Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 29. 3. 2003, S. 18; FAZ vom 2. 4. 2003, S. 42.

125 Dem Autor ist nur der – unveröffentlichte Fall – des Erwerbs sämtlicher Geschäftsanteile an zwei Forschungs-GmbH durch einen im Bereich der Forschung tätigen Verein bekannt.

GmbH. Non-Profit-Organisationen konkurrieren in vielen Bereichen mit öffentlich-rechtlichen oder eigenwirtschaftlich arbeitenden Trägern.

b) Für die Anwendbarkeit des Kartellrechts ist im Hinblick auf den funktionalen Unternehmensbegriff nach der Art der Tätigkeit zu differenzieren. Als Nachfrager nehmen Non-Profit-Organisationen regelmäßig am Geschäftsverkehr teil. Auf der Angebotsseite sind als wirtschaftliche Tätigkeiten, für die das Kartellrecht gilt, insbesondere das Betreiben von Zweckbetrieben oder wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben zu qualifizieren. Wirtschaftliche Tätigkeiten üben Non-Profit-Organisationen vor allem in den Bereichen Sport und Gesundheitsfürsorge/Soziale Dienste aus. Die wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit vollzieht sich zwar außerhalb des Geschäftsverkehrs, ihre wirtschaftliche Verwertung ist jedoch eine unternehmerische Tätigkeit.

Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Non-Profit-Organisationen, die nicht unter das Kartellrecht fallen, sind vor allem solche Tätigkeiten, die nicht auf den Austausch von Leistungen oder Gütern am Markt gegen Entgelt gerichtet sind. Das gilt für die eigene Vermögensverwaltung, die finanzielle oder sonstige Förderung von Dritten oder der Allgemeinheit ohne Gegenleistung sowie die Akquise von Spenden und Sponsoring bzw. das Fundraising, sofern dies ohne Gegenleistung erfolgt.

c) Der Schwerpunkt der Anwendungspraxis des Kartellrechts im Dritten Sektor liegt im Bereich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 19, 20 GWB und Art. 82 EG).

In bestimmten Märkten verfügen Organisationen des Dritten Sektors über eine marktbeherrschende oder eine marktstarke Stellung und sind damit Normadressaten der Missbrauchsvorschriften. Diese verbieten insbesondere eine Behinderung oder Ungleichbehandlung ohne sachliche Rechtfertigung. Die problematischen Verhaltensweisen der bisherigen Fälle, bei den Non-Profit-Organisationen involviert waren, erfassen die ganze Bandbreite der als Missbrauch qualifizierten Verhaltensweisen. Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung solcher Verhaltensweisen können sich Non-Profit-Organisationen – abhängig vom Einzelfall – zu ihren Gunsten auf verfassungsrechtliche Bestimmungen oder Art. 86 Abs. 2 EG berufen.

Die Analyse der Fälle zeigt, dass Non-Profit-Organisationen nicht nur »Täter«, sondern auch Begünstigte von kartellrechtswidrigen Handlungen insbesondere der öffentlichen Hand sind. Organisationen des Dritten Sektors erfahren wegen ihrer oftmals engen Beziehung zur öffentlichen Hand (sie werden in Deutschland zu ca. 64 % vom Staat finanziert) teilweise eine Privilegierung gegenüber ihren privaten Wettbewerbern durch die öffentliche Hand (vor allem im Bereich Gesundheitsfürsorge/soziale Dienste), die dem kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbot widersprechen kann.

d) Von den drei Säulen des Kartellrechts (Wettbewerbsbeschränkungen, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Fusionskontrolle) ist der Bereich der horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen für Non-Profit-Organisationen ebenfalls relevant. Auf der einen Seite können Non-Profit-

Organisationen als Kunden durch Kartelle und die damit regelmäßig verbundenen höheren Preise betroffen sein. Auf der anderen Seite können sie als Anbieter und Nachfrager in horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen involviert sein. Das gilt für alle Bereichen des Dritten Sektors, wo Waren und gewerbliche Leistungen am Markt gegen Entgelt angeboten werden. Bekannt gewordene Fälle von horizontalen Kartellabsprachen betrafen vor allem den Sportsektor und den Bereich Gesundheitsfürsorge/Soziale Dienste.

e) Die Fusionskontrolle spielt im Bereich der Non-Profit-Organisationen nur eine untergeordnete Rolle, da hier selten Zusammenschlüsse stattfinden und häufig die Schwellenwerte für die Anmeldepflicht nicht erreicht werden. Die Fusionskontrolle findet im Dritten Sektor vor allem bei Zusammenschlüssen von Unternehmensstiftungen statt. Eine Stiftung kann nur Erwerber oder Veräußerer von Unternehmen sein, nicht aber Erwerbsobjekt, da sie keine Mitglieder oder Gesellschafter hat.

2. Summary

Organisations of the Third Sector fall to be governed according to the provisions of German anti-trust law and of European anti-trust law (Arts. 81 ff. EC Treaty and subsidiary legislation).

The field of application of German and European anti-trust law is defined according to the concept of the enterprise; only companies and groups of companies are the subject of anti-trust norms. According to the current functional concept of the enterprise in German and European anti-trust law, the type of activity is decisive rather than the legal and organisational form. No profit-making purpose is required. Nevertheless participation in business activity or commercial activity is required, that is the activity must be directed towards the exchange for payment of goods or services in the market place. The concept of the enterprise governing the European law on the restriction of state aid is equivalent to that under anti-trust law.

Non-commercial activities of non-profit organisations, which do not fall under anti-trust law, are above all such activities which are not directed towards the exchange for payment of goods or services in the market place. This applies to the administration of assets, the financial or otherwise advancement of third parties or the general public without payment, as well as the acquisition of donations and sponsorship or fund raising, provided this is not remunerated.

In the practical application of the anti-trust law in the Third Sector, the emphasis lies on the area of abuse of a dominant market position (§§ 19, 20 GWB and Art. 82 EC Treaty).

In certain markets organisations of the Third Sector hold a market dominant or strong market position and are accordingly targets of the abuse regulations. These regulations prohibit abuse without substantive justification by an obstruction,

unequal treatment, or exploitation. Previous cases involving non-profit organisations in this problematic area encompass the entire range of behaviours which qualify as abuse.

Among the three pillars of anti-trust law (restriction of competition, abuse of dominant market position, merger control) the field of horizontal and vertical restriction of competition is also relevant to non-profit organisations. On the one hand non-profit organisations can be affected in their role as purchasers by cartels and their associated higher prices. On the other hand they can be involved in horizontal and vertical restriction of competition in their role as providers and clients.

Merger control is certainly of immense practical importance in both German and European anti-trust law. However, in the non-profit field, with the exception of the enterprise related foundation, it plays a merely secondary role, as fusions seldom occur and the threshold for obligatory registration is often not met. In practice merger control is largely relevant for enterprise related foundations. A foundation can only be the acquirer or transferor of an enterprise, but not the object of an acquisition, as it has no members or shareholders.

Insolvenz von Vereinen und Stiftungen

HANNS PRÜTTING

I. Einleitung	137	IV. Die Insolvenz des nicht rechtsfähigen Vereins	150
II. Entwicklung und aktueller Stand des Insolvenzrechts	137	V. Die Insolvenz der rechtsfähigen Stiftung	151
III. Die Insolvenz des eingetragenen Vereins	139	VI. Die unselbständige Stiftung	151
1. Regelungsansätze	139	1. Grundlagen	152
2. Insolvenzfähigkeit	139	2. Insolvenz des Treuhänders	152
3. Insolvenzbeteiligte	141	3. Insolvenz des Stifters (Treugebers) ...	153
4. Ablauf des Insolvenzverfahrens	141	4. Eigenständiges Insolvenzverfahren der unselbständigen Stiftung?	153
5. Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit in der Insolvenz	148	VII. Fazit	154
6. Zwischenergebnis	149	VIII. Summary	155

I. Einleitung

In einer Zeit außerordentlich schwieriger wirtschaftlicher Rahmenbedingungen, schwacher Konjunktur und schlechter Arbeitsmarktlage wäre es sicherlich naiv zu glauben, dass die schlechte gesamtwirtschaftliche Situation nicht auch massive Auswirkungen auf den Bereich gemeinnützigen Handelns hätte. Insbesondere dort, wo Stiftungskapital und anderes gemeinnütziges Vermögen in Wertpapieren angelegt ist, vermindern sich Anlagevermögen und Kapitalerträge zur Zeit in massivem Umfang. Angesichts dieser traurigen Lage ist es erfreulich, dass es noch Bereiche gibt, die mit Erfolgsmeldungen dienen können und sich in einem ständigen Aufwärtstrend befinden. Dazu gehört vor allem das Insolvenzrecht: Die Zahl der Insolvenzen in Deutschland nimmt seit 1992 permanent und regelmäßig zu und wird im Jahre 2002 einen absoluten, in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland noch nie dagewesenen Rekord von ca. 67 000 Anträgen (Vorjahr 49 000) und ca. 50 000 eröffneten Insolvenzverfahren erreichen. Es liegt daher nahe, im Zusammenhang mit Vereinen und Stiftungen das Insolvenzrecht näher ins Auge zu fassen.

II. Entwicklung und aktueller Stand des Insolvenzrechts

Das deutsche Insolvenzrecht geht wie große Teile des gesamten Verfahrensrechts auf die Reichsjustizgesetze des Jahres 1877 zurück. Damals wurde im Zuge der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts im Deutschen Reich die Konkursordnung geschaffen. Vorbild waren zunächst das französische Insolvenzrecht des 19. Jahrhunderts und sodann die Preußische Konkursordnung aus dem Jahre 1855 gewesen. Auf dem Wege weiterer Arbeiten im Rahmen des Norddeutschen Bundes

wurde dieser preußische Kodex schließlich zum Vorbild für die im Jahre 1877 verkündete reichseinheitliche Konkursordnung, die über lange Zeit hohes Lob erfahren hat. Man hat sie früher oftmals als Perle der Reichsjustizgesetze bezeichnet.

Allerdings ergab sich spätestens im Rahmen der wirtschaftlichen Entwicklungen und Konsequenzen des 1. Weltkrieges, dass die Prognose falsch gewesen war, wonach das Bedürfnis für einen besonderen Konkursabwendungsvergleich durch das 1877 geschaffene neue Recht entfallen sei. So wurden in der Weimarer Zeit zunächst durch Verordnung und im Jahre 1927 durch Gesetz Regelungen geschaffen, die ein gerichtliches Vergleichsverfahren als Alternative zur Liquidation der Konkursordnung vorsahen. Im Jahre 1935 wurde schließlich die Vergleichsordnung verabschiedet, die bis zum 31. 12. 1998 gegolten hat.

Nach dem 2. Weltkrieg setzte schon bald eine Phase intensiver Diskussionen zur Reform des Konkursrechts ein. Berühmt geworden ist das Schlagwort vom Konkurs des Konkurses, mit dem die Reformbedürftigkeit des gesamten deutschen Insolvenzrechts gekennzeichnet wurde. Die durch eine Sachverständigenkommission über lange Zeit und intensiv vorbereitete Reformdebatte und die gesetzgeberischen Bemühungen ab 1988 erhielten einen zusätzlichen Schub dadurch, dass im Rahmen der Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern bereits vorhandenes DDR-Recht in abgeänderter Form als sog. Gesamtvollstreckungsordnung in Kraft gesetzt wurde. Wegen der fortgeschrittenen Reformdebatte waren die Konkursordnung und die Vergleichsordnung nicht zur Übernahme für die neuen Bundesländer ausgewählt worden.

So war es zugleich ein Akt der Erneuerung des Rechts und der Rechtsvereinheitlichung, als im Jahre 1994 die heute geltende Insolvenzordnung erlassen wurde, die am 1. 1. 1999 in Kraft getreten ist. Sie hat die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die Gesamtvollstreckungsordnung vollständig abgelöst. Das neue Gesetz soll für natürliche und juristische Personen sowie für nicht rechtsfähige Gemeinschaften bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eine Abwicklung und Gesamtvollstreckung ermöglichen, sei es durch Liquidation, durch Reorganisation oder durch übertragende Sanierung.

Die neue Insolvenzordnung hat (wie viele andere moderne Gesetze) allerdings auch bereits den kurzen Atem und die Hektik moderner Gesetzgebung gespürt. Vor dem In-Kraft-Treten, also zwischen September 1994 und Dezember 1998 wurde sie schon neunmal geändert, seit dem 1. 1. 1999 sind weitere sieben Änderungen hinzugekommen, darunter am 26. 10. 2001 eine umfangreiche Novellierung durch das sog. InsOÄndG 2001¹. Mit dem neu geschaffenen Recht entwickelte sich zugleich die Literatur und die Rechtsprechung in ungeahntem Ausmaß. So gibt es heute allein zehn Kommentare² und etwa zehn größere Handbücher³

1 Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. 10. 2001, BGBl. I S. 2710.

2 *Braun*, InsO, 2002; *Breutigam/Blersch/Goetsch*, Berliner Kommentar zur InsO, 2 Bände, Loseblatt (Stand: September 2002); *Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Land-*

zum neuen Recht, ferner befassen sich sieben Zeitschriften⁴ schwerpunktmäßig mit insolvenzrechtlichem Schrifttum und Rechtsprechung, während es in früherer Zeit nur eine einzige gab, nämlich die KTS. Vor diesem Hintergrund mag es erstaunen, dass die Insolvenz von Vereinen und Stiftungen in der Literatur und der Rechtsprechung kaum Erwähnung findet.

III. Die Insolvenz des eingetragenen Vereins

1. Regelungsansätze

Die neue Insolvenzordnung bringt grundsätzlich für alle insolvenzfähigen Rechtssubjekte und alle unterschiedlichen Lebenssachverhalte ein einheitliches Insolvenzrecht. Das Gesetz gilt also unabhängig davon, ob ein Vermögensträger zerschlagen oder saniert werden soll. Es wird auch nicht danach differenziert, ob der insolvente Vermögensträger eine natürliche Person, ein wirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen, ein gemeinnütziger Verein oder eine Stiftung ist. Eine unterschiedliche Behandlung aus insolvenzrechtlicher Sicht wegen der verschiedenen Zwecke, die mit der Verwaltung von Vermögenswerten angestrebt werden können und angestrebt werden, findet im Gesetz nicht statt. Insoweit existieren auch keine Sonderregelungen in der InsO, die etwa nur für die Insolvenz gemeinnütziger Organisationen gelten würden. Soweit man daher die allgemeinen Normen des Insolvenzrechts auf die besondere Situation gemeinnütziger Vereine und Stiftungen anwendet, ergibt sich zwangsläufig die Frage, ob das Gesetz deren besonderer Situation gerecht wird und wie im Einzelfall die Normen der Insolvenzordnung anzuwenden sind.

2. Insolvenzfähigkeit

Anders als die Parteifähigkeit im Zivilprozess ist die Insolvenzfähigkeit nicht definiert und abstrakt geregelt. Im förmlichen Sinn bedeutet Insolvenzfähigkeit die

fermann/Marotzke, Heidelberger Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2001; *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, 2. Aufl. 2001; *Kübler/Prütting*, InsO, 3 Bände, Loseblatt (Stand: Dezember 2002); Münchener Kommentar zur InsO, Band 1, 2001, Band 2, 2002; *Nerlich/Römermann*, InsO, Loseblatt (Stand: Juli 2002); *Smid*, InsO, 2. Aufl. 2001; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003; *Wimmer*, Frankfurter Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2002.

3 Vgl. aus der vielfältigen Literatur vor allem *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Handbuch der Rechtspraxis, 6. Aufl. 2002; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003; *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 2002; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 6. Aufl. 2002.

4 Es handelt sich um DZWiR, InVo, KTS, NZI, ZInsO, ZIP, ZVI.

rechtliche Möglichkeit, Schuldner eines Insolvenzverfahrens zu sein⁵. Damit ist die Insolvenzfähigkeit ein Teilaspekt der allgemeinen verfahrensrechtlichen Beteiligtenfähigkeit. Da Insolvenzrecht letztlich auch eine Form von Zwangsvollstreckung darstellt (wie der Name Gesamtvollstreckung deutlich macht), liegt die These nahe, die Insolvenzfähigkeit mit der passiven Parteifähigkeit i.S. der §§ 50 Abs. 2, 735 ZPO gleichzusetzen. § 11 Abs. 1 InsO bestätigt grundsätzlich diesen Sachverhalt, wobei allerdings § 11 Abs. 2 InsO aus praktischen Gründen bezüglich des Nachlasses und der von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwalteten Gütergemeinschaft eine Erweiterung vorsieht.

Für unseren Gegenstand ergibt sich damit zwanglos, dass der rechtsfähige Verein sowie die rechtsfähige Stiftung als juristische Personen nach § 11 Abs. 1 InsO insolvenzfähig sind. Entsprechend der ausdrücklichen Anordnung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO ist aber auch der nicht rechtsfähige Verein ausdrücklich für insolvenzfähig erklärt worden, eine Regelung, die angesichts der §§ 50 Abs. 2, 735 ZPO eigentlich überflüssig war. Auszuklammern ist hier lediglich die unselbständige Stiftung, auf die am Ende näher einzugehen ist.

Im Hinblick auf diese Ausgangslage ist gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO auch derjenige Verein insolvenzfähig, der sich noch im Gründungsstadium befindet und deshalb noch nicht die angestrebte Rechtsfähigkeit erlangt hat.

Sofern das Insolvenzverfahren über einen Dachverband eröffnet werden soll, der selbständige Untergliederungen hat, die ebenfalls rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine sind, erfaßt das Insolvenzverfahren nur den Dachverband⁶. Umgekehrt würde ein Dachverband nicht erfaßt, wenn das Insolvenzverfahren gegen eine rechtsfähige oder nicht rechtsfähige selbständige Untergliederung des Dachverbands eröffnet werden soll. Eine solche Untergliederung kann auch eine Sparte eines Mehrsparten-Vereins sein⁷. Ob eine selbständige Untergliederung vorliegt, hängt davon ab, ob die Untergliederung vom Dachverein vermögensrechtlich selbständig behandelt wird.

Die folgenden Überlegungen gehen vom rechtsfähigen Verein als dem Grundmodell einer juristischen Person für ein Insolvenzverfahren aus. Wie bereits angedeutet, gelten diese Überlegungen aber entsprechend für den nicht rechtsfähigen Verein, weil dieser gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO dem rechtsfähigen Verein insolvenzrechtlich ausdrücklich gleichgestellt ist.

5 Zur Insolvenzfähigkeit s. näher *Prütting*, ZIP 1997, 1725; *Kübler/Prütting*, InsO, § 11 Rn. 5 ff.

6 *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 8. Aufl. 2001, Rn. 2031.

7 *Reichert* (Fn. 6), Rn. 2032.

Insolvenz von Vereinen und Stiftungen

3. Insolvenzbeteiligte

An einem Insolvenzverfahren beteiligt sind nach allgemeinen Regeln der Insolvenzschuldner, die Insolvenzgläubiger, das Insolvenzgericht sowie ein Insolvenzverwalter.

Insolvenzschuldner ist diejenige Person, die zahlungsunfähig geworden oder überschuldet ist und über deren Vermögen daher ein Insolvenzverfahren eröffnet werden soll, also der Verein selbst. Insolvenzgläubiger sind demgegenüber alle diejenigen, die gegen diesen Schuldner einen vermögensrechtlichen Anspruch geltend machen können. Der Anspruch muss zwar vermögensrechtlicher Natur sein, es braucht aber nicht ein Zahlungsanspruch zu sein. Insolvenzgericht ist nach §§ 2, 3 InsO eine Abteilung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Bei Vereinen und Stiftungen ist dies gemäß § 17 ZPO der Sitz. Insolvenzverwalter ist schließlich eine gemäß § 56 InsO vom Insolvenzgericht bestellte unabhängige Person, in der Regel ein Rechtsanwalt, ein Steuerberater und ein Wirtschaftsprüfer, der das Insolvenzverfahren durchzuführen hat.

4. Ablauf des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren lässt sich grob in zwei Teile aufteilen. Man kann zum einen das Eröffnungsverfahren oder auch Vorverfahren und zum anderen das eigentliche Insolvenzverfahren oder Hauptverfahren unterscheiden.

a) Eröffnungsverfahren

Das Eröffnungsverfahren wird dadurch eingeleitet, dass ein Insolvenzantrag beim Insolvenzgericht gestellt wird. Dieser Insolvenzantrag kann aber nicht von jedermann gestellt werden, sondern nur vom insolventen Schuldner selbst oder von einem Gläubiger (§§ 13, 14 InsO). Ein Gläubiger muss allerdings ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und einen Insolvenzgrund glaubhaft machen. Es genügt also nicht, dass der Gläubiger lediglich behauptet, der Schuldner sei insolvent.

Bei einem Verein können alle Vorstandsmitglieder einzeln einen Insolvenzantrag stellen, auch wenn der Vorstand im Übrigen nur gemeinschaftlich handeln kann (§ 15 InsO). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Verein wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt. In diesem Falle müssen gemäß § 18 Abs. 3 InsO alle Mitglieder des Vertretungsorgans den Antrag stellen. Der Antrag einzelner Personen kommt nur dann in Betracht, wenn diese zur Vertretung der juristischen Person berechtigt sind.

Bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Insolvenzgericht kann der Insolvenzantrag wieder zurückgenommen werden (§ 13 Abs. 2 InsO). Wird von einem Gläubiger des Schuldners ein zulässiger Insolvenzantrag gestellt, so wird der Schuldner vom Insolvenzgericht zunächst angehört (§§ 14 Abs. 2, 10 InsO).

Nach der Antragstellung prüft das Insolvenzgericht in erster Linie, ob die Verfahrenskosten gedeckt sind. Wenn nämlich beim Schuldner nicht genug Vermögen vorhanden ist, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken, so wird die Eröffnung des Verfahrens schon »mangels Masse« abgelehnt (§ 26 InsO). Anschließend wird vom Insolvenzgericht geprüft, ob ein Insolvenzgrund vorliegt (§§ 16–19 InsO). Im Einzelnen kommen Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Insolvenzgrund in Betracht. Ein Verein ist zahlungsunfähig, wenn er seine laufenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen kann. Für die Annahme einer drohenden Zahlungsunfähigkeit reicht es aus, wenn der Verein voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). Dies setzt eine Prognose voraus, wonach die Entwicklung des vorhandenen Vermögens und der Verbindlichkeiten den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt wahrscheinlicher als deren Vermeidung erscheinen lässt. Nicht ausreichend ist hierfür, dass es zu bloßen Zahlungsstockungen kommt. Überschuldet ist ein Verein, wenn die Schulden die Vermögenswerte übersteigen (§ 19 InsO).

b) Organverantwortlichkeit

Entsprechend der strikten Trennung der verschiedenen Rechtssubjekte und der getrennten Beurteilung ihrer Insolvenzsituation ist grundsätzlich auch haftungsrechtlich zu trennen. Wird ein Antrag auf Insolvenzeröffnung gegen einen eingetragenen Verein geltend gemacht, so haftet in diesem Verfahren nur das Vereinsvermögen. Die Mitglieder als Person bzw. mit ihrem privaten Vermögen haften hierbei grundsätzlich nicht. Eine wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz stellt § 42 Abs. 2 BGB dar. Soweit hiernach ein Insolvenzgrund vorliegt, sind alle Mitglieder des Vorstandes dazu verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 42 Abs. 2 BGB, § 15 InsO). Wird ein solcher Antrag verzögert oder nicht gestellt, so haften diejenigen Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden als Gesamtschuldner. Nach umstrittener Auffassung handelt es sich dabei allerdings nur um den Quotenschaden (Schaden aus der insoweit verringerten Insolvenzmasse), während der BGH seine frühere Rechtsprechung geändert hat und die Lehre vom begrenzten Schutzzweck des § 42 BGB nicht mehr anerkennt⁸. Daneben kann es freilich in jedem Fall aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (also § 311 Abs. 2 BGB) eine Haftung geben, soweit Vorstandsmitglieder eines rechtsfähigen Vereins trotz Vorliegen eines Insolvenzgrundes im Rahmen der Begründung neuer Vereinsverbindlichkeiten besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben⁹. Unabhängig von einer Haftung gegenüber Gläubigern sind die Mitglieder des Ver-

⁸ BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220.

⁹ Vgl. *Uhlenbruck*, Festschrift für Merz, 1992, S. 581, 583.

Insolvenz von Vereinen und Stiftungen

einsvorstands gemäß § 27 Abs. 3 BGB gegenüber dem Verein verpflichtet, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Soweit durch eine Verletzung dieser Pflicht dem Verein ein Schaden entsteht, haften die Vorstandsmitglieder (bzw. Liquidatoren) nach den allgemeinen Regeln des Auftragsrechts.

c) Vorläufige Maßnahmen

Um Gefahren für die Insolvenzmasse im Rahmen des Vorverfahrens abzuwenden, kann das Insolvenzgericht verschiedene Sicherungsmaßnahmen anordnen (§§ 21, 22 InsO). Insbesondere kann das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Zu unterscheiden ist dabei, ob das Gericht anordnet, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam werden. In einem solchen Fall wird bereits im Eröffnungsverfahren dem Schuldner das Verfügungsrecht über die Masse vollständig entzogen (sog. starker vorläufiger Verwalter). Nur in diesem Fall werden Verbindlichkeiten, die von einem solchen vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, nach der Eröffnung des Verfahrens Masseverbindlichkeiten (vgl. § 55 Abs. 2 InsO). Dies hat entgegen der bisherigen st. Rspr. und h.M. der BGH jüngst entschieden¹⁰.

d) Hauptverfahren (eröffnetes Verfahren)

Das Hauptverfahren wird durch den Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichts eröffnet. Das eröffnete Verfahren wird maßgeblich durch den Insolvenzverwalter und zusätzlich durch die Gläubigerversammlung sowie den Gläubigerausschuss gestaltet. Der Beschluss des Insolvenzgerichts zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat bedeutsame Wirkungen im Hinblick auf den schuldnerischen Verein.

Zunächst bestellt das Insolvenzgericht mit Eröffnung des Verfahrens regelmäßig einen Insolvenzverwalter. Auf diesen geht das Verfügungsrecht des Schuldners über, so dass der Schuldner nicht mehr wirksam über sein Vermögen verfügen kann (§ 80 InsO). Der Insolvenzverwalter wickelt nunmehr das gesamte Insolvenzverfahren selbständig und allein ab. Allerdings bleibt der Schuldner, also insbesondere der Vorstand eines Vereins, zur Mitwirkung und Unterstützung des Insolvenzverwalters verpflichtet (§ 97 InsO), und zwar selbst dann, wenn der Vorstand von seinem Amt zurücktritt¹¹.

e) Insbesondere: Die Auflösung des Vereins

Eine besonders bedeutsame Wirkung des Eröffnungsbeschlusses besteht darin, dass der eingetragene Verein aufgelöst wird (§ 42 Abs. 1 BGB; vgl. auch § 86, 728 BGB). Dies bedeutet aber nur, dass der Verein seine werbende Tätigkeit einstellen

10 BGH, Urteil vom 18. 7. 2002, ZIP 2002, 1625; dazu *Prütting/Stickelbrock*, ZIP 2002, 1608.

11 Vgl. *Reichert* (Fn. 6), Rn. 2041.

muss und ein Liquidationsverfahren beginnt. Die Rechtsfähigkeit und die Kompetenzen der einzelnen Vereinsorgane bleiben erhalten, sofern sie nicht vom Insolvenzverwalter wahrgenommen werden. Soweit auf eine Beschwerde des Vereins gegen den Eröffnungsbeschluss das Verfahren aufgehoben wird, gilt die Auflösung mit Rückwirkung als nicht erfolgt¹².

Erst wenn das Insolvenzverfahren beendet ist, erlöschen regelmäßig der Verein und dessen Rechtsfähigkeit. Etwas anderes gilt nur, wenn die Satzung vorsieht, dass der Verein im Falle der Insolvenzeröffnung als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen soll. Dies hat keine Auswirkungen auf das Insolvenzverfahren, weil auch der nicht rechtsfähige Verein insolvenzfähig ist. Doch bedeutet es zumindest, dass der Verein im sonstigen Wirtschaftsleben nicht mehr als juristische Person auftreten kann. Die Mitgliederversammlung kann allerdings beschließen, dass der Verein als rechtsfähiger Verein fortgesetzt werden soll (§ 42 Abs. 1 Satz 3 BGB). Im Regelfall dürfte hierbei jedoch eine Neugründung günstiger sein, weil der fortgesetzte Verein für die Verbindlichkeiten des aufgelösten Vereins haften müsste, so dass im Extremfall nach dem Fortsetzungsbeschluss sogleich wiederum ein Insolvenzantrag zu stellen wäre¹³.

Da der Insolvenzverwalter in erster Linie Aufgaben der Geschäftstätigkeit des Vereins wahrnimmt, verbleiben der Mitgliederversammlung und dem Vorstand alle Kompetenzen, die die Organisation des Vereins betreffen. Die Mitgliederversammlung kann insbesondere einen anderen Vorstand wählen oder die Satzung anpassen. Soweit allerdings die Mitgliederversammlung einen Beschluss fasst, der das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters betrifft, wäre dieser Beschluss unwirksam und der Insolvenzverwalter könnte die Unwirksamkeit des Beschlusses gerichtlich feststellen lassen¹⁴.

Der Vorstand bleibt Vertretungsorgan des Vereins für denjenigen Bereich, in dem der Insolvenzverwalter nicht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hat. Dieser insolvenzfreie Bereich ist im wesentlichen der sog. Vereinsinnenbereich. Der Vorstand bleibt somit für alle internen Geschäfte des Vereins zuständig. Dazu zählen insbesondere die Aufgaben im Zusammenhang mit der Mitgliederverwaltung¹⁵.

Sofern der Verein außerhalb eines Insolvenzverfahrens seine Auflösung beschließt, wird ein Liquidator bestellt, der die Liquidation außerhalb eines Insolvenzverfahrens durchführt. Wird aber ein Insolvenzverfahren eröffnet, wird die Liquidation vom Insolvenzverwalter im Rahmen dieses Insolvenzverfahrens und nach den Normen der InsO durchgeführt. Die Liquidationsregeln des BGB werden insoweit also verdrängt. Liquidation im Sinne des Insolvenzrechts bedeutet freilich nicht zwangsläufig Zerschlagung der noch vorhandenen vereinsrechtlichen

12 MünchKomm-BGB/Reuter, 4. Aufl. 2001, § 42 Rn. 12.

13 Vgl. MünchKomm-BGB/Reuter, 4. Aufl. 2001, § 42 Rn. 9.

14 Reichert (Fn. 6), Rn. 2040.

15 Reichert (Fn. 6), Rn. 2041.

Strukturen und Vermögensmasse. Auch eine Sanierung ist im Sinne des Gesetzes Liquidation. Daraus folgt, dass ein außerinsolvenzrechtliches Liquidationsverfahren sich keineswegs grundsätzlich von einem Insolvenzverfahren unterscheidet. Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wird deshalb auch das Liquidationsverfahren nach BGB fortgesetzt. Umgekehrt kann auch nach Beginn eines vereinsrechtlichen Liquidationsverfahrens noch ein Insolvenzverfahren eröffnet werden, so lange noch nicht das gesamte Vermögen verteilt ist (§ 11 Abs. 3 InsO).

Eine weitere Wirkung der Verfahrenseröffnung ist es, dass grundsätzlich die Beitragspflicht der Vereinsmitglieder endet¹⁶. Bereits fällige Mitgliedsbeiträge werden aber vom Insolvenzverwalter noch eingezogen¹⁷. Die Beitragspflicht der Vereinsmitglieder besteht nur insoweit fort, als die Satzung dies vorsieht. Auch neue Vereinsmitgliedschaften können im Rahmen des Insolvenzverfahrens begründet werden. Freilich setzt dies voraus, dass die Satzung ein solches Vorgehen vorsieht¹⁸.

Im Eröffnungsbeschluss werden die Gläubiger im Übrigen aufgefordert, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist beim Insolvenzverwalter zur Tabelle anzumelden. Es werden im Rahmen des Insolvenzverfahrens nur Gläubiger berücksichtigt, die ihre Forderungen angemeldet haben (§§ 28, 87, 174 ff. InsO).

f) Rolle des Insolvenzverwalters

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht auf den vom Gericht bestellten Insolvenzverwalter das gesamte Verfügungsrecht über, das bis dahin die Organe des Vereins innehatten (§ 80 InsO). Dem Vorstand verbleiben nur organschaftliche Kompetenzen, die in keinem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Insolvenzverfahrens stehen. Verfügungen des Schuldners sind ab diesem Zeitpunkt unwirksam (§ 81 InsO). Bestehen für den insolventen Verein mitgliedschaftliche Verbandspflichten (z.B. im Rahmen von Sportveranstaltungen), finden diese dort ihre Grenze, wo durch das weitere Auftreten des Vereins die Insolvenzmasse beeinträchtigt würde¹⁹.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keine Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Verein und Dritten bestehen. Daher bleiben Mietverhältnisse, Arbeitsverhältnisse und alle sonstigen Verträge zunächst bestehen (vgl. § 108 InsO). Soweit solche Verträge zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht vollständig erfüllt sind, muss der Insolvenzverwalter entscheiden, ob diese Verträge auch in Zukunft erfüllt werden sollen (§ 103 InsO). Darüber hinaus kann der Verwalter Arbeitsverhältnisse nach Verfahrenseröffnung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen (§ 113 InsO).

¹⁶ BGHZ 96, 253.

¹⁷ Reichert (Fn. 6), Rn. 2034.

¹⁸ Vgl. Reichert (Fn. 6), Rn. 2039 mit Fn. 21.

¹⁹ Uhlenbruck, Festschrift für Merz, 1992, S. 581, 590.

Ziel des Insolvenzverfahrens ist es, das noch vorhandene Vermögen des Schuldners an die Gläubiger zu verteilen. Zur Insolvenzmasse gehört nach neuem Recht auch dasjenige Vermögen, das der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erwirbt (sog. Neuerwerb, vgl. § 35 InsO). Nicht zur Insolvenzmasse gehört die Mitgliedschaft des Vereinsmitgliedes selbst, weil dies ein höchstpersönliches Recht ist. Zu Beginn des Insolvenzverfahrens muss der Insolvenzverwalter also zunächst eine Bestandsaufnahme machen, welche Vermögensgegenstände der Schuldner hat. Soweit im Rahmen der Zusammenstellung der Insolvenzmasse Gegenstände enthalten sind, die Dritten gehören, sind diese im Wege der Aussonderung an den Berechtigten herauszugeben (§ 47 InsO). Hat der Verein seinerseits noch Forderungen gegen Dritte, wird diese der Insolvenzverwalter einziehen. Nach einer derartigen Bereinigung der Insolvenzmasse bleibt also letztlich diejenige Vermögensmasse übrig, die an die Gläubiger verteilt werden kann.

Soweit Gläubigerforderungen gegen den Verein durch dingliche Kreditsicherheiten abgesichert sind, steht diesen Gläubigern ein Absonderungsrecht zu (§§ 49 ff. InsO). Zwar erhält der absonderungsberechtigte Gläubiger den Sicherungsgegenstand nicht aus der Masse. Vielmehr wird ein solcher Gegenstand vom Verwalter verwertet. Der daraus erzielte Erlös wird aber ausschließlich an den absonderungsberechtigten Gläubiger ausgezahlt. Nur soweit dieser Erlös nicht ausreicht, um die bestehende Forderung vollständig zu tilgen, wird der absonderungsberechtigte Gläubiger auch als normaler Insolvenzgläubiger bei der Verteilung berücksichtigt.

Alle Gegenstände des Schuldners, die zur Insolvenzmasse gehören, werden vom Insolvenzverwalter verwertet (§§ 165 ff. InsO). Bei Grundstücken kommt eine Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in Betracht, bewegliche Sachen kann der Verwalter auch freihändig verkaufen. In jedem Falle muss der Insolvenzverwalter versuchen, den bestmöglichen Preis für den Gegenstand zu erzielen. Neben der Verwertung kommt aber auch eine weitere Nutzung der Gegenstände in Betracht, insbesondere soweit der Verwalter die Fortführung beschließt.

Nach der Verwertung wird der erzielte Erlös an die Gläubiger verteilt, deren Forderungen gegen den Verein entweder unstreitig oder im Feststellungsverfahren festgestellt sind. Die Verteilung erfolgt nach der vom Verwalter errechneten Insolvenzquote, die seit langem durchschnittlich bei ca. 5 % der angemeldeten Forderungen liegt.

g) Insolvenzplan

Die bisherigen Überlegungen bezogen sich ausschließlich auf das normale Insolvenzverfahren. Die InsO stellt aber auch Instrumente zur Verfügung, durch die von diesem Normalverfahren abgewichen werden kann. Die Insolvenzgläubiger können einen Insolvenzplan beschließen, durch den abweichende Regelungen zur Verwertung der Insolvenzmasse, deren Verteilung sowie der Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens getroffen werden können

(§§ 217 ff. InsO). Eine solche Regelung ist vor allem dann interessant, wenn der Verein nicht zerschlagen werden, sondern fortbestehen soll. In diesem Fall können Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten, um dem Verein eine Weiterführung zu ermöglichen. Es kann also zu einer Restschuldbefreiung kommen (§ 227 Abs. 1 InsO). Die Anwendung des Insolvenzplanverfahrens lässt sich grundsätzlich bereits aus § 75 Nr. 5 BGB entnehmen. Da durch einen solchen Insolvenzplan in Rechte der Gläubiger und des Insolvenzschuldners eingegriffen werden kann, müssen diejenigen dem Plan zustimmen, deren Rechte beeinträchtigt werden. Neben einer Zustimmung der Insolvenzgläubiger muss also regelmäßig auch der Schuldner zustimmen. Ferner bedarf es einer gerichtlichen Bestätigung (§ 248 InsO). Sobald ein solcher Insolvenzplan rechtskräftig ist, wird das Insolvenzverfahren aufgehoben. Damit erlischt auch das Amt des Insolvenzverwalters, weil der Schuldner seine vorherige Rechtsstellung wiedererlangt. Es kann aber bestimmt werden, dass der Verwalter die Planerfüllung überwacht (§§ 254 ff. InsO).

In der Literatur wird berichtet, dass neuerdings verschiedentlich der Versuch gemacht wird, gemeinnützige Vereine durch einen Insolvenzplan zu sanieren. Auf die dabei möglicherweise auftretende besonders heikle Frage des Fortbestands der Gemeinnützigkeit im Hinblick auf die Zwecksetzung des Insolvenzverfahrens allgemein und des Planverfahrens im Besonderen ist im Folgenden sogleich noch einzugehen (s. unten 5).

h) Eigenverwaltung

Eine weitere Besonderheit in Abweichung vom Regelinsolvenzverfahren hat die neue InsO mit der sog. Eigenverwaltung gebracht (§§ 270 ff. InsO). Bei einer solchen Eigenverwaltung kann der Verein unter Aufsicht eines vom Gericht bestellten Sachwalters die Insolvenzmasse selbst verwalten und über sie verfügen, wenn dies das Gericht anordnet. Voraussetzung ist lediglich, dass der Verein eine solche Eigenverwaltung beantragt und dass nach den Umständen zu erwarten ist, dass die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Der Gesetzgeber hat diese Eigenverwaltung nach amerikanischem Vorbild geschaffen, obgleich in der Praxis und auch im bisherigen Schrifttum erkennbar große Vorbehalte gegen ein solches besonderes Verfahren bestehen. Allerdings scheint sich hier in jüngster Zeit ein gewisser Umschwung zu ergeben, seit in einigen bekannt gewordenen Großverfahren Eigenverwaltung angeordnet wurde und (soweit bisher erkennbar) auch erfolgreich war (so etwa in dem Verfahren KirchMedia und Babcock Borsig). Wie sich aus § 75 Nr. 3 BGB ergibt, kann auch im Falle der Insolvenz des eingetragenen Vereins eine Eigenverwaltung angeordnet werden, ebenso wie § 75 Nr. 5 BGB die Erstellung eines Insolvenzplans als Möglichkeit selbstverständlich voraussetzt. Über den Erfolg solcher besonderer Abwicklungsverfahren können noch keine abschließenden Bewertungen gegeben werden. In der Praxis scheint sich aber folgende Lösung abzuzeichnen: Der Schuldner engagiert sich einen Insolvenzfachmann,

den er in seinen Vorstand aufnimmt. Sodann wird ein Insolvenzplan ausgearbeitet und dieser zusammen mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem Antrag auf Eigenverwaltung dem Gericht vorgelegt. Die gegen eine solche Vorgehensweise jüngst geltend gemachten Einwände, es werde damit das Recht des Insolvenzgerichts auf Benennung des Insolvenzverwalters gemäß § 56 InsO umgangen²⁰, sind nicht berechtigt. Vorsicht mag bezüglich einer Eigenverwaltung allerdings dann geboten sein, wenn die ehrenamtlich tätigen Personen eines Vereinsvorstandes in der Vergangenheit durch unsachgemäßes Wirtschaften oder erhebliche Verfilzungen zur wirtschaftlichen Gefährdung des Vereins erheblich beigetragen haben.

i) Beendigung des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren kann durch verschiedene Umstände beendet werden. Es wird aufgehoben, wenn die Schlussverteilung vom Insolvenzverwalter vorgenommen wurde (§ 200 InsO) oder ein Insolvenzplan bestätigt ist (§ 258 InsO). Es wird eingestellt, wenn während des Verfahrens ein Zustand eintritt, bei dem nicht die Verfahrenskosten aus der Insolvenzmasse beglichen werden können (§ 207 InsO). Eine Einstellung erfolgt auch, wenn der Eröffnungsgrund wegfällt (§ 212 InsO) oder alle Insolvenzgläubiger einer Einstellung zustimmen (§ 213 InsO).

Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erhält zwar der Verein das Verfügungsrecht über das Vereinsvermögen zurück, aber die Rechtsstellung des Vereins entspricht nicht derjenigen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Denn trotz Beendigung des Insolvenzverfahrens wird das Liquidationsverfahren nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch fortgesetzt (§§ 47 BGB). Allerdings hat die Mitgliederversammlung des Vereins die Möglichkeit, die Fortsetzung des Vereins zu beschließen. Ohne Fortsetzungsbeschluss ist der Verein im Vereinsregister zu löschen²¹.

5. Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit in der Insolvenz

Wie bereits angedeutet, sind in der Praxis in neuerer Zeit Versuche zu beobachten, gemeinnützige Vereine durch einen Insolvenzplan zu sanieren. Bevor allerdings ein solcher Weg empfohlen oder beschritten wird, gilt es die Frage zu prüfen, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines gemeinnützigen Vereins dessen steuerliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit berührt. Diese Frage dürfte in der Regel deshalb von großer Bedeutung sein, weil im Rahmen von Insolvenzplanverfahren Gläubiger möglicherweise in erheblichem Umfang auf ihre Forderungen verzichten. Dadurch könnte der Erfolg eines Insolvenzplans im

20 Vgl. zu dieser Argumentation *Ringstmeier/Homann*, NZI 2002, 406, 408; *Frind*, ZInsO 2002, 745, 751 f.

21 MünchKomm-BGB/*Reuter*, 4. Aufl. 2001, § 42 Rn. 6.

Hinblick auf die eventuell anfallenden und zu versteuernden Sanierungsgewinne erheblich erschwert oder unmöglich gemacht werden²².

Entscheidender Aspekt für die Frage der fortbestehenden Gemeinnützigkeit ist die Überlegung, ob die im Steuerrecht vorausgesetzten gemeinnützigen Zwecke auch im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens fortbestehen. Tatsächlich kann es nicht zweifelhaft sein, dass durch Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Zwecksetzung des jeweiligen Schuldners verändert wird. An die Stelle der wirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zwecke einer juristischen Person treten zwangsläufig die in § 1 InsO beschriebenen Insolvenz Zwecke. Diese bestehen aber nicht einseitig in der Gläubigerbefriedigung durch Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens. Vielmehr erkennt die InsO ausdrücklich auch die Sanierung des Schuldners als Insolvenz Zweck an. Die Tatsache, dass die Gläubigerbefriedigung in jedem Falle Teil der Insolvenz Zwecke ist, muss dem Gedanken der Gemeinnützigkeit des schuldnerischen Vereins auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zwingend entgegenstehen²³. Dagegen wird man schwerlich behaupten können, im Rahmen eines normalen Liquidationsverfahrens zur reinen Gläubigerbefriedigung könnten die ursprünglichen gemeinnützigen Zwecke vollständig aufrechterhalten werden. Anders sieht dies sicherlich im Falle einer geplanten Fortführung und Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens aus. Schon der Gedanke der Fortführung eines Vereins als solcher dürfte in aller Regel zugleich die Fortsetzung der ursprünglichen Vereinszwecke enthalten. Insoweit kann der Gedanke der Gläubigerbefriedigung für den Schuldner eher als ein Mittel zum Zweck betrachtet werden. Dagegen wird man in dem Fortführungsgedanken unter Aufrechterhaltung der nach der Vereinsatzung vorgesehenen Geschäftsführung zur Verfolgung gemeinnütziger Zwecke kein Hindernis für den Fortbestand der Gemeinnützigkeit sehen können. Wollte man diese Frage anders entscheiden, so würde die steuerrechtliche Bewertung den insolvenzrechtlich zulässigen Versuch einer Sanierung des Vereins weitgehend ausschließen. Ein solcher Wertungswiderspruch zwischen Steuerrecht und Insolvenzrecht sollte vermieden werden²⁴.

6. Zwischenergebnis

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass im Falle der Insolvenz eines eingetragenen Vereins in nahezu allen wesentlichen Punkten die allgemeinen Regeln der Insolvenzordnung zur Anwendung gelangen. Insbesondere ist der eingetragene Verein als juristische Person insolvenzfähig und kann und muss durch seine Organe nach allgemeinen Regeln einen Insolvenzantrag stellen. Unter den Wirkungen der Insolvenzeröffnung ist hervorzuheben, dass der Rechtsträger aufgelöst wird. Es

22 Zu dieser Problematik vgl. nunmehr auch *Denkhaus/Mühlenkamp*, ZInsO 2002, 956 ff.

23 Wie hier auch *Denkhaus/Mühlenkamp*, ZInsO 2002, 959.

24 *Denkhaus/Mühlenkamp*, ZInsO 2002, 956, 961.

schließt sich sodann eine Liquidationsphase nach insolvenzrechtlichen Regeln an, die die Normen über die Liquidation nach BGB verdrängt. Soweit eine Fortsetzung des Vereins nicht beschlossen wird, erlischt dieser, wenn das Insolvenzverfahren beendet ist. Auf die Insolvenz des Vereins sind auch die in der InsO vorgesehenen besonderen Verfahrensarten wie das Insolvenzplanverfahren und die Eigenverwaltung anwendbar. Diese rechtlichen Möglichkeiten erscheinen besonders geeignet, um eine beabsichtigte Fortführung des Vereins zu realisieren.

IV. Die Insolvenz des nicht rechtsfähigen Vereins

Wie bereits im Einzelnen dargestellt, ist auch der nicht rechtsfähige Verein gemäß der ausdrücklichen Anordnung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO insolvenzfähig. Dies ergibt sich im übrigen bereits aus den §§ 50 Abs. 2, 735 ZPO. Einer insolvenzrechtlichen Gleichstellung des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem eingetragenen Verein steht auch § 54 BGB nicht im Wege. Dieser verweist zwar für den nicht rechtsfähigen Verein auf die Vorschriften über die Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass nach der Neuregelung der InsO gemäß § 11 Abs. 2 auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts insolvenzfähig ist. Weiterhin gilt es zu bedenken, dass die BGB-Gesellschaft durch die jüngste Rechtsprechung des BGH ausdrücklich für rechts- und parteifähig erklärt worden ist²⁵. Die insolvenzrechtliche Gleichstellung des nicht rechtsfähigen Vereins war allerdings auch schon vor diesen neuen rechtlichen Entwicklungen im gleichen Sinne zu beurteilen. Dies ergab sich nach weithin anerkannter Auffassung daraus, dass auch der nicht rechtsfähige Verein eine korporationsrechtliche Verfassung hat, so dass auf ihn die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein in weitem Umfang entsprechende Anwendung finden müssen, soweit die einzelnen Normen nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzen²⁶.

Im Insolvenzverfahren eines nicht rechtsfähigen Vereins ist also allein der Verein Insolvenzschuldner. Die Vereinsmitglieder haften nach heute weithin anerkannter Auffassung ebensowenig persönlich für Verbindlichkeiten des Vereins wie im Falle des eingetragenen Vereins²⁷. Die Einzelheiten zur Insolvenzfähigkeit, zu den Insolvenzbeteiligten und zum Insolvenzgrund sowie der Ablauf des Insolvenzverfahrens ist in gleicher Weise wie beim eingetragenen Verein zu beurteilen²⁸. Es gilt also auch hier der Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO)²⁹.

25 BGH, Urteil vom 29. 1. 2001, NJW 2001, 1056.

26 BGHZ 50, 325, 328; OLG Frankfurt, ZIP 1985, 213, 215.

27 BGHZ 50, 325, 329.

28 Zur Behandlung des nicht rechtsfähigen Vereins in der Insolvenz vgl. weiter *Schöpflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 388 ff.; *Rustenbach*, Der Konkurs des Vereins ohne Rechtsfähigkeit, Diss. Würzburg 1904; *Noack*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Sonderband 1, 1999, Rn. 696 ff.; *Reichert* (Fn. 6), Rn. 2463.

29 *Schöpflin* (Fn. 28), S. 389.

Insolvenz von Vereinen und Stiftungen

Sofern man im Einzelfall eine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder bejaht, wäre eine entsprechende Anwendung von § 93 InsO in Betracht zu ziehen. Nach dieser Norm kann die persönliche Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten während des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Dies muss analog auch für den Verein gelten. Davon abweichend gewährt die Handelndenhaftung nach § 54 Satz 2 BGB einen eigenständigen Anspruch, der sich auch gegen Nichtvereinsmitglieder richten kann und der deshalb auch während des Insolvenzverfahrens selbständig geltend gemacht werden kann.

V. Die Insolvenz der rechtsfähigen Stiftung

Im Falle der rechtsfähigen Stiftung gibt es im Gesetz keine insolvenzrechtlichen Sonderregeln. Sie ist als juristische Person ohne weiteres insolvenzfähig, und kraft der Verweisung in § 86 BGB finden auf sie die Regelungen des rechtsfähigen Vereins entsprechende Anwendung. Damit gelten in allen wesentlichen Fragen für das Insolvenzverfahren der Stiftung dieselben Normen wie für den Verein. Auch der Stiftungsvorstand muss in gleicher Weise wie der Vorstand eines Vereins behandelt werden. Allerdings hat die Stiftung im Gegensatz zum Verein keine Mitglieder und damit auch keine Mitgliederversammlung. Diese Tatsache hat aber auf das Insolvenzverfahren als solches keinen bedeutsamen Einfluss. Durch Satzung kann freilich auch die rechtsfähige Stiftung besondere Organe schaffen, die wesentlichen Einfluss auf den Innenbereich der Stiftung haben. Auch auf solche Organe würde das zur insolvenzrechtlichen Behandlung des Vereins Gesagte anwendbar sein. Die satzungsmäßigen Kompetenzen eines solchen Stiftungsorgans werden von den Befugnissen des Insolvenzverwalters insoweit verdrängt, wie das Verfügungsrecht des Verwalters reicht. Darüber hinaus kann es auch hier eine Restzuständigkeit der Stiftungsorgane geben.

VI. Die unselbständige Stiftung

1. Grundlagen

Soweit eine Stiftung keine Rechtsfähigkeit erlangt, sondern als unselbständige Stiftung eingerichtet wird, stellt sie ein treuhänderisch gebundenes Zweckvermögen dar. Die durch die Stiftung entstandene Vermögensmasse kann daher für sich betrachtet nicht rechtsfähig sein. Vielmehr stellt der Stifter das Vermögen einer anderen Rechtspersönlichkeit, dem Treuhänder, zur Verwaltung im Sinne des Stiftungszwecks zur Verfügung. Es ist also zwingend erforderlich, diese unselbständige Vermögensmasse immer einer bestimmten Person im Rechtssinne zuzuordnen. Damit kann sich zunächst die Frage stellen, welcher konkreten Person das

Vermögen einer unselbständigen Stiftung zuzuordnen ist. Es ist anerkannt, dass eine solche Zuordnung des Stiftungsvermögens zum Vermögen einer bestimmten Person nach einer rein formalrechtlichen Betrachtung vorzunehmen ist³⁰. Daher gehört jeder Stiftungsgegenstand allgemein wie auch insolvenzrechtlich zum Vermögen des Treuhänders, wenn dieser Gegenstand dem Treuhänder unmittelbar übertragen worden ist. Nicht entscheidend ist die jeweilige treuhänderische Innenbindung. In aller Regel wird der Treuhänder das Stiftungsvermögen im Sinne des Treugebers verwalten müssen, so dass es sich um eine uneigennützig echte Treuhand handelt.

Anders wäre die Situation zu beurteilen, wenn das Stiftungsvermögen im Rechtssinne nicht dem Treuhänder vollständig übertragen wird, sondern rechtlich in der Sphäre des Treugebers verbleibt. Da hier der Treuhänder allenfalls im Wege einer Vollmacht über das Stiftungsvermögen verfügen könnte, ohne selbst Inhaber des formalen Rechtes zu sein, läge in diesem Fall eine unechte Treuhand vor. Diese unechte Treuhand ist im Folgenden nicht weiter zu behandeln. Insolvenzrechtlich wäre ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Treuhänders ohne Bedeutung für das Stiftungsvermögen. Dagegen würde im Falle der Insolvenz des Treugebers, also des Stifters, nach allgemeinen Regeln auch das Stiftungsvermögen in die Insolvenz fallen.

2. Insolvenz des Treuhänders

Im Falle der echten uneigennützigen Treuhand wird zwar im Rechtssinne eine vollständige Übertragung des Gegenstandes auf den Treuhänder vorgenommen, dieser übt seine formale Rechtsstellung aber nur nach den Weisungen des Treugebers aus. Eine wirtschaftliche Betrachtung dieser Situation zeigt, dass der Stifter trotz Fehlens der formalen Eigentümerposition weiterhin der in wirtschaftlicher Hinsicht Berechtigte ist. Für diesen Fall ist es daher gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass der Vermögensgegenstand wirtschaftlich weiterhin zum Vermögen des Treugebers zu rechnen ist. Im Insolvenzfall muss das bedeuten, dass bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über den Treuhänder der Stifter das Stiftungsvermögen vom Treuhänder im Wege der Aussonderung nach § 47 InsO heraus verlangen kann. Dieses Stiftungsvermögen kann also in der Insolvenz des Treuhänders nicht verwertet werden, sondern es fließt zum Stifter zurück, so dass dieser das Stiftungsvermögen weiterhin dem Stiftungszweck entsprechend verwenden kann. Insbesondere kann er das Stiftungsvermögen einem neuen Stiftungsträger übertragen.

³⁰ *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 1 Rn. 89 f.

Insolvenz von Vereinen und Stiftungen

3. Insolvenz des Stifters (Treugebers)

Im Falle einer Insolvenz des Stifters (also des Treugebers) muss umgekehrt nach anerkannter Auffassung das Stiftungsvermögen in die Insolvenzmasse des Stifters fallen. Dem Wesen der uneigennütigen Treuhand entspricht es, dass auch hier nach der wirtschaftlichen Betrachtung das Stiftungsvermögen dem Treugeber zugerechnet wird. Im Falle der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Stifters wird also der Insolvenzverwalter vom Treuhänder das Stiftungsvermögen heraus verlangen³¹.

4. Eigenständiges Insolvenzverfahren der unselbständigen Stiftung?

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass das Stiftungsvermögen einer unselbständigen Stiftung einem bestimmten Rechtsträger zuzuordnen ist. Daraus ergibt sich zugleich, dass das unselbständige Stiftungsvermögen nicht für sich genommen Zuordnungsobjekt eines Insolvenzverfahrens sein kann. Soweit dementsprechend der Verwalter des Stiftungsvermögens rechtserheblich handelt und Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Stiftung begründet, kann dies nur zur Folge haben, dass entweder er (als Treuhänder) oder der Treugeber daraus verpflichtet wird. Weitere zwangsläufige Folge ist es, dass die Frage, ob ein Insolvenzgrund vorliegt, sich mangels Selbständigkeit des Stiftungsvermögens wiederum nur nach der Person des Treuhänders oder Treugebers richten kann. Der jeweilige Umfang und Bestand des Stiftungsvermögens für sich betrachtet kann für diese Frage nicht von Bedeutung sein, weil keine Verbindlichkeiten allein in Bezug auf das Stiftungsvermögen begründet werden. Dies alles mündet in die Feststellung, dass ein selbständiges Insolvenzverfahren über ein unselbständiges Stiftungsvermögen nicht eröffnet werden kann³².

Etwas anderes wird man auch sicherlich nicht aus der Tatsache entnehmen können, dass es nach deutschem Recht in einem Einzelfall ein Sondervermögen des Insolvenzverfahrens gibt. Der Gesetzgeber hat nämlich im Rahmen des Nachlassinsolvenzverfahrens eine solche Möglichkeit vorgesehen. Angesichts der Sonderstellung dieser Regelung kann aber wohl nicht zweifelhaft sein, dass im Falle der unselbständigen Stiftung *de lege lata* die Bejahung eines Sonderinsolvenzvermögens (etwa im Wege der Analogie zu den §§ 315 ff. InsO) nicht in Betracht kommt.

Eine von den bisherigen Überlegungen abweichende Einschätzung kommt auch nicht in Betracht, wenn die Haftung für die Verbindlichkeiten, die der Treuhänder im Interesse der Stiftung begründet, auf das Stiftungsvermögen beschränkt ist. Zwar ist es nach herrschender Meinung möglich, dass der Treuhänder mit Dritten

31 BGH, Urteil vom 19. 11. 1992, ZIP 1993, 213, 214.

32 Häsemeyer, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, S. 775.

vereinbart, dass für Verbindlichkeiten nur das Stiftungsvermögen haftet³³. Hierbei wird die jeweilige Verbindlichkeit zwar beim Treuhänder persönlich begründet, jedoch die Haftung ist auf das Treuhandvermögen beschränkt. In einem solchen Falle stellt sich die Frage, ob dies Auswirkungen auf die insolvenzrechtliche Situation haben kann. Denn bei dieser Konstellation ist es denkbar, dass das Treuhandvermögen für sich betrachtet »überschuldet« ist, nicht aber die Person, die persönlich verpflichtet wurde. Daraus könnte man folgern, dass jedenfalls in dem Fall einer begrenzten Haftung eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen sei, wonach ein Insolvenzverfahren nicht isoliert über das Vermögen der unselbständigen Stiftung eröffnet werden kann.

Andererseits steht solchen Überlegungen die gesetzliche Regelung in § 11 InsO eindeutig entgegen. Man wird wohl schwerlich über die dortige Aufzählung der insolvenzfähigen Sondervermögen hinausgehen können. Daran kann die Haftungsbeschränkung nichts ändern. Dafür ließe sich im Übrigen auch anführen, dass nach dem bis 1998 geltenden Konkursrecht es anerkannt war, dass die damals nicht konkursfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch dann nicht konkursfähig wurde, wenn bei ihr die Haftung auf das Gesamthandsvermögen beschränkt worden war³⁴. Dies alles legt die Argumentation nahe, dass im Falle einer unselbständigen Stiftung, bei der die Haftung auf das Stiftungsvermögen beschränkt wird, erst recht keine Insolvenzfähigkeit vorliegen kann, weil diese unselbständige Stiftung noch nicht einmal eine gesamthänderische Bindung des Vermögens aufweist.

Im Ergebnis ist also über das vollständige Aufbrauchen des Treuhandvermögens hinaus eine gewisse Form der Überschuldung der unselbständigen Treuhand denkbar. Jedoch hat ein solcher Fall keine insolvenzrechtlichen Konsequenzen. Ein isoliertes Insolvenzverfahren über das unselbständige Treuhandvermögen existiert nicht. Es kann deshalb auch keine Pflicht zur Stellung eines solchen Insolvenzantrags geben.

VII. Fazit

Das deutsche Insolvenzrecht wendet sich einheitlich an alle insolvenzfähigen Rechtsträger. Ein besonderes Insolvenzrecht gemeinnütziger Organisationen gibt es nicht. Grundlage für die Insolvenzfähigkeit ist § 11 InsO. Danach sind zunächst alle juristischen Personen insolvenzfähig. Ausdrücklich gleichgestellt wird vom Gesetz der nicht rechtsfähige Verein. Darüber hinaus gelten für die rechtsfähige Stiftung in allen wesentlichen Fragen die zum Vereinsrecht vorhandenen Regelungen, wie sich aus § 86 BGB ergibt. Lediglich die unselbständige Stiftung stellt

33 Westebbe, Die Stiftungstreuhand, 1993, S. 125; Staudinger/Rawert, BGB, Bearbeitung 1995, Vorbem. zu § 80 ff. Rn. 167.

34 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, Vorbem. B zu § 207 Rn. 2.

hier einen Sonderfall dar. Im Rahmen des Insolvenzrechts ist bei ihr ein eigenständiges Sonderinsolvenzverfahren über das Stiftungsvermögen nicht möglich.

Die für die Praxis entscheidenden Fragen im Falle der Insolvenz von Vereinen und Stiftungen dürften aber weniger in der normalen Rechtsanwendung der Insolvenzordnung liegen. Entscheidend dürften vielmehr Fragen wie die Erhaltung der Gemeinnützigkeit im Falle der Insolvenzeröffnung sein. Von zentraler Bedeutung wird ferner der Versuch sein, durch Aufstellung eines Insolvenzplans die Fortführung des Vereins zu sichern. Von besonderer Bedeutung könnte hierbei künftig die sog. Eigenverwaltung werden. Mangels ausreichender praktischer Erfahrungen sind in diesem Bereich abschließende Bewertungen aber noch nicht möglich.

VIII. Summary

German insolvency law applies uniformly to all legal entities capable of insolvency. There are no insolvency provisions specific to non-profit organizations. The basis of insolvency is § 11 German Insolvency Code (InsO), pursuant to which all legal persons are initially deemed to be capable of insolvency. The association without legal capacity is expressly put on the same level under the law. In addition, according to § 86 BGB, foundations with legal capacity are subject in all significant respects to the regulations of association law. The sole exception is the unincorporated foundation, in that an independent insolvency procedure within the framework of insolvency law is not possible with regard to the foundation assets.

In practice, however, the decisive questions in cases of insolvency of associations and foundations will arise not so much within the routine application of the insolvency code, but rather will be questions involving the maintenance of non-profit status on commencement of insolvency proceedings. Also of central importance will be the endeavour to secure the continuance of the association by creating an insolvency plan. So-called self administration could in the future be of particular importance in this connection. Given the lack of practical experience, however, conclusive evaluations are not yet possible in this area.

Die Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber der Stiftung, Dritten und dem Fiskus

DIETER REUTER

I.	Grund und Inhalt der Haftung des Stiftungsvorstands	157	1.	Die Stiftung – eine juristische Person nach dem Ebenbild der unmündigen natürlichen Person	167
	1. Der Stiftungsvorstand als Treuhänder der Stiftung	157	2.	Durchsetzungsdefizite der Vorstandshaftung	168
	2. Das Verbot der Förderung eigener Interessen und der Interessen Dritter zulasten der Stiftung	158	3.	Ausgleich der Durchsetzungsdefizite der Vorstandshaftung durch Anerkennung von Destinatärsklagen?	172
	3. Die Pflicht zur Erfüllung des Stifterauftrags	159	III.	Ausnahmsweise Berechtigung Dritter und der Allgemeinheit	175
	4. Inhalt der Haftung des Stiftungsvorstands	166	IV.	Fiskus	176
	5. Haftungsverzicht durch Entlastung des Stiftungsvorstands?	166	V.	Zusammenfassung	176
II.	Die Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands	167	VI.	Summary	177

I. Grund und Inhalt der Haftung des Stiftungsvorstands

1. Der Stiftungsvorstand als Treuhänder der Stiftung

Nach § 86 BGB findet auf die Stiftung u.a. § 27 III BGB entsprechende Anwendung, der seinerseits auf die §§ 664–670 BGB verweist. Das Rechtsverhältnis zwischen Stiftung und Stiftungsvorstand ist danach ein Geschäftsbesorgungs- oder – anders ausgedrückt – ein Treuhandverhältnis. Als solches ist es durch die Unterordnung der Interessen der Mitglieder des Stiftungsvorstands unter die der Stiftung gekennzeichnet. Sie haben ihre Belange hinter die Interessen der Stiftung zurückzustellen. Ihr Handeln muss so sein wie das der Stiftung, wenn sie eine natürliche Person wäre und ihre Interessen selbst wahrnehmen könnte¹. Freilich zeigt schon die Übertragung der §§ 664–670 BGB auf die Stiftung, dass die Bindung des Stiftungsvorstands an das Interesse der Stiftung weniger gut gesichert ist als die Bindung des Vereinsvorstands an das Interesse des Vereins, dem sie gleichen soll. Es gibt in der Stiftung, anders als im Verein, grundsätzlich keine Instanz, die das Weisungsrecht der Stiftung gem. § 665 BGB ausüben kann. Die Vorstellung des historischen BGB-Gesetzgebers, die Stiftungsbehörde komme dafür in Betracht, ist überholt, seitdem das BVerwG anerkannt hat, dass die Stiftungsaufsicht nicht zur Fachaufsicht berufenes oberstes Organ (Obervormund) der Stiftung, sondern

1 *Martinek*, Franchising, 1987, S. 240 f.

auf die Rechtsaufsicht beschränkte externe Schutzinstanz ist². Die Auskunftspflicht gemäß § 666 BGB ist gegenüber der Stiftung zu erfüllen, die mangels eines besonderen, zur Vertretung gegenüber dem Stiftungsvorstand bestellten Organs ihre Obliegenheit schuldig bleibt, einen Adressaten für Nachricht, Auskunft und Rechenschaft zu benennen. Die Stiftungsaufsicht kann dieser Adressat entgegen bisweilen vertretener Ansicht³ mangels Organeigenschaft nicht sein. Allerdings hat die Stiftung gegenüber der Stiftungsaufsicht die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Auskunft und Rechenschaftslegung kraft Landesstiftungsrechts, die zu erfüllen im Innenverhältnis der Stiftung Aufgabe des Stiftungsvorstands ist. Aber das läuft auch praktisch nicht auf das Gleiche hinaus wie die Anwendung des § 666 BGB. Anders als die Mitgliederversammlung des Vereins vom Vereinsvorstand nach den §§ 27 III, 666 BGB kann die Stiftungsaufsicht von der Stiftung (= dem Stiftungsvorstand) nicht nach Belieben Auskunft verlangen, sondern nur zum Zweck der Rechtsaufsicht und unter dem Vorbehalt der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Obwohl die meisten Landesstiftungsgesetze den Aufsichtsbehörden das Recht einräumen, sich über alle Angelegenheiten der Stiftung jederzeit zu unterrichten, dürfen sie daher nach Ansicht von *Andrick/Suerbaum* die Stiftung nicht ausforschen, sondern müssen ihr Auskunftsbegehren auf konkrete Sachverhalte stützen⁴. Zwar wird hinzugefügt, die Aufsichtsbehörde brauche nicht abzuwarten, dass von irgendeiner Seite Bedenken gegen die Stiftungstätigkeit an sie herangetragen würden⁵. Aber es ist schwer erkennbar, wie die Behörde in der Lage sein soll, das Auskunftsverlangen durch konkrete Sachverhalte zu rechtfertigen, wenn sie nicht von irgendeiner Seite auf problematisches Verhalten des Stiftungsvorstands hingewiesen worden ist. Zusammenfassend spricht *Hof* von einer »Machtfülle« des Stiftungsvorstands, »die bei anderen juristischen Personen des Privatrechts unbekannt ist«⁶. Umso wichtiger ist, dass der Macht eine ihr angemessene Verantwortlichkeit des Stiftungsvorstands entspricht.

2. Das Verbot der Förderung eigener Interessen und der Interessen Dritter zulasten der Stiftung

Für den Stiftungsvorstand als Treuhänder der Stiftung gilt zunächst – sozusagen als negatives Element – das Verbot, auf Kosten der Stiftung eigene Interessen oder Interessen Dritter zu verfolgen⁷. Die meisten Landesstiftungsgesetze unterwerfen

2 BVerwGE 40, 347, 352.

3 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 164.

4 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 7 Rn. 9.

5 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 7 Rn. 8.

6 *Seifart/v. Campenhansen-Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 4 Rn. 113.

7 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 152.

folgerichtig Rechtsgeschäfte, bei denen die Gefahr der Verfolgung eigener Interessen besonders nahe liegt, nämlich die Rechtsgeschäfte zwischen der Stiftung und Mitgliedern des Stiftungsvorstands, dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht⁸. Der Abschluss solcher Rechtsgeschäfte mit einem die Stiftung benachteiligenden Inhalt ist für die beteiligten Vorstandsmitglieder stets eine Pflichtverletzung, gleichgültig, ob sie die Stiftung vertreten oder ihr Geschäftspartner sind. Auch die Genehmigung der Stiftungsaufsicht, die in den meisten Landesstiftungsgesetzen für Rechtsgeschäfte zwischen der Stiftung und Mitgliedern des Stiftungsvorstands vorgesehen ist, heilt die Pflichtverletzung nicht. Denn die Stiftungsbehörde hat als Inhaberin der Rechtsaufsicht nicht die Kompetenz, den Vorstand von seinen Pflichten zu entbinden, sondern im Gegenteil die Aufgabe, diese Pflichten durchzusetzen⁹. Das entspricht der Rechtslage im Fall der vergleichbaren vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften des Vormundes im Namen des Mündels¹⁰. Eine andere Frage ist, ob die Genehmigung nicht im Einzelfall die Haftung des Stiftungsvorstands deshalb ausschließt, weil sie das Verschulden beseitigt. Für die Praxis ist zu beachten, dass das Interesse der Stiftung dem Eigeninteresse der Vorstandsmitglieder oder dem Interesse Dritter nicht notwendig entgegengesetzt ist, sondern im Gegenteil die Beachtung dieser Interessen verlangen kann. Auch eine Stiftung darf z.B. hohe Vorstandsgehälter zahlen, wenn Personen mit der für die erfolgreiche Führung der Stiftung erforderlichen Qualifikation ohnedem nicht gewonnen werden können. Die *Carl-Zeiss-Stiftung* ist bekanntlich nicht zuletzt deshalb in erhebliche Schwierigkeiten geraten, weil sie wegen der von ihrem Stifter Ernst Abbe verordneten Gehaltshöchstgrenzen für die Mitglieder des Stiftungsvorstands auf dem Markt für Spitzenmanager nicht mithalten können. Ebenfalls nichts einzuwenden ist gegen einen angemessenen Repräsentationsaufwand. Doch wird im Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen, dass namentlich einer gemeinnützigen Stiftung eine Außendarstellung ansteht, die den Eigenbedarf gering hält. Ein großzügiger Stil ist dem Ansehen einer solchen Stiftung nicht zu-, sondern abträglich¹¹.

3. Die Pflicht zur Erfüllung des Stifterauftrags

a) Die Vermögenserhaltungspflicht

Das positive Element der Treuhänderposition des Stiftungsvorstands besteht in der Pflicht, den im Stiftungsgeschäft niedergelegten Stifterauftrag zu erfüllen. Der

⁸ § 13 I 1 Nr. 4 bad-württ. StiftG; Art. 27 I Nr. 7 bay StiftG; § 20 S. 1 Nr. 4 StiftGMVP; § 21 I Nr. 5 StiftG NRW.

⁹ Vgl. schon MK-*Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 86 Rn. 10 a.E.

¹⁰ Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 71 V 2, S. 1178.

¹¹ *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 154 Fn. 288.

Stifterauftrag lautet auf Verwirklichung des Stiftungszwecks. Dabei ist zu beachten, dass die Verwirklichung des Stiftungszwecks sowohl eine möglichst dauerhafte als auch eine möglichst wirksame zu sein hat. Die aus den Landesstiftungsgesetzen übernommene Forderung des neuen § 80 II BGB, das Stiftungsvorhaben müsse die »dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks« gewährleisten, bestätigt das unmissverständlich. Wichtigste Konsequenz ist, dass das Stiftungsvermögen als *Mittel* der Erfüllung des Stiftungszwecks, soweit er nicht ausnahmsweise auf Verbrauch des Vermögens angelegt ist (z.B. Stiftung für den Wiederaufbau eines Bauwerks, sog. Verbrauchsstiftung), zu *erhalten* ist¹². Dem hat das Verständnis der Vermögenserhaltung zu entsprechen. Dieses darf weder so sein, dass es die möglichst dauerhafte, noch so, dass es die möglichst wirksame Verwirklichung des Stiftungszwecks beeinträchtigt.

Der Meinungsstand im stiftungsrechtlichen Schrifttum hat sich von dieser Vorgabe mehr oder weniger emanzipiert. Zwar herrscht mit Rücksicht auf die abweichenden landesstiftungsrechtlichen Regelungen Einigkeit darüber, dass die Pflicht zur Vermögenserhaltung nicht die Pflicht zur Erhaltung der Substanz der ursprünglichen Vermögensausstattung meint. Ein solches Verbot der aktiven Bewirtschaftung des Vermögens ist mit der Pflicht zur Sicherung der Existenzgrundlagen der Stiftung, die sich aus dem Auftrag zur dauerhaften Verwirklichung des Stiftungszwecks ergibt, offenkundig unvereinbar. Überwiegend nimmt man daher an, Vermögenserhaltung bedeute Erhaltung des Stammvermögens in seinem Wert¹³. Doch wird der Wertbegriff ganz unterschiedlich konkretisiert. Das Meinungsspektrum reicht von der Erhaltung des Nominalwerts bis zur Erhaltung der Kaufkraft des Stammvermögens¹⁴. Demgegenüber verneint eine von *Hüttemann* begründete, vordringende Auffassung die Zulässigkeit einer allgemein gültigen Aussage. Ausschließlich der Stifterwille soll darüber entscheiden, was für die jeweilige Stiftung unter Vermögenserhaltung zu verstehen ist. Dabei soll der Wille des Stifters im Zweifel verlangen, dass die bisherige Nutzung des gestifteten Vermögens fortgesetzt wird. Eine karitative Stiftung, der ein Mietshaus übertragen worden ist, hat danach den karitativen Zweck mit Hilfe des Mietertrags, eine, der ein Landgut übertragen worden ist, ihn mit Hilfe der landwirtschaftlichen Erträge zu erfüllen. Der Wechsel in eine andere Vermögensanlage soll grundsätzlich ausgeschlossen sein¹⁵.

12 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 96 ff., 130 ff.

13 *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 94; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 10 Rn. 35; *Siegmund-Schultze*, StiftG Niedersachsen, 8. Aufl. 2002, § 6 Anm. 1.

14 Zusammenfassend *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 62 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 98 ff.

15 *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 68 ff.; ihm folgend *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts,

Dieses *stifterbezogene Verständnis* der Vermögenserhaltung hat für sich, dass der Wille des Stifters vorbehaltlich einer Überschreitung der Grenzen der Stifterautonomie für die Stiftungsorgane verbindlich ist. Aber es hat gegen sich, dass es *das Verhältnis von Mittel und Zweck missachtet*. Wenn der Stifter als Zweck der Stiftung die Unterstützung hilfsbedürftiger Menschen angibt und der Stiftung – Beispiel von *Hüttemann* – als Mittel ein Vermögen in Gestalt eines Landguts überträgt, dann ist Maßstab für den pflichtgemäßen Umgang des Stiftungsvorstands mit dem Stiftungsvermögen die Antwort auf die Frage, wie die Grundlage für eine möglichst dauerhafte und nachhaltige Unterstützung möglichst vieler hilfsbedürftiger Menschen gesichert werden kann. Wenn die Möglichkeit besteht, das ertragsarme Landgut – z.B. weil die dazugehörigen Ländereien Bauland geworden sind – ohne Erhöhung des Risikos in eine wesentlich ertragreichere Vermögensanlage umzuschichten, dann muss der Stiftungsvorstand sie nutzen. Der Stifterwille steht dem nicht entgegen, es sei denn, das Stiftungsgeschäft, das dem Vermögen als Mittel eine dienende Funktion gegenüber dem Zweck zuweist, ist nicht ernst gemeint, und das wiederum ist nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. Sicherlich kann der Stifter ausdrücklich anordnen, dass das Vermögen, das der Stiftungsvorstand erhalten soll, das Landgut ist, die Unterstützung hilfsbedürftiger Menschen sich also in jedem Fall auf die Erträge beschränkt, für die das Landgut keinen Eigenbedarf hat. Aber dann ist die Erhaltung des Vermögens nicht mehr Mittel zur möglichst sicheren (= dauerhaften) und wirksamen (= nachhaltigen) Verwirklichung des karitativen Zwecks, sondern *selbst Zweck der Stiftung*, und zwar sogar der im Verhältnis zum karitativen Zweck vorrangige Zweck: Erst muss die wirtschaftliche Zukunft des Landguts sichergestellt werden. Ob und inwieweit der karitative Zweck bedient wird, hängt davon ab, ob es danach noch etwas zu verteilen gibt. Die Stiftung »dient« in erster Linie der Erhaltung des Landguts und allenfalls in zweiter Linie der Unterstützung hilfsbedürftiger Personen¹⁶. Das Verbot der Umschichtung des Stiftungsvermögens ist mit dem Stiftungszweck lediglich dann vereinbar, wenn die Verwaltung des Vermögens den Stiftungszweck nicht – durch Beschaffung finanzieller Mittel – mittelbar, sondern unmittelbar verwirklicht. Wenn der Stifter die Fürsorge für kranke Menschen durch den Betrieb des X-Krankenhauses in Y oder die Förderung der Kunst durch die Unterhaltung des X-Museums in Y vorschreibt, verändert die Festschreibung des Mittels den Stiftungszweck nicht, sondern konkretisiert ihn.

Diese Überlegungen mögen für diejenigen, die – wie ich und einige wenige Mitstreiter – die Erhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs grundsätzlich nicht für einen zulässigen Stiftungszweck halten, wichtiger sein als für die h.M.,

2001, S. 102 ff.; *Siegmond-Schultze*, StiftG Niedersachsen, 8. Aufl. 2002, § 6 Anm. 1 (S. 43).

16 Vgl. MK-*Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 47; ähnlich *Fleischman*, Handbuch Stiftungen (Hrsg. Bertelsmann-Stiftung), 1998, S. 361, 390; widersprüchlich *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 163.

die solche Bedenken nicht hat¹⁷. Aber auch die h.M. kommt nicht daran vorbei, dass die Erhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs kein steuerbegünstigter Stiftungszweck ist. Deshalb versperrt der Stifterwille, der die Erwirtschaftung der Stiftungserträge durch die Unterhaltung eines bestimmten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ohne Rücksicht auf objektiv bessere Anlagealternativen verbindlich festschreibt, – wenn es, was nicht immer der Fall ist, mit rechten Dingen zugeht¹⁸ – den Zugang zur steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit. Umgekehrt sperrt die zu Recht zuerkannte Gemeinnützigkeit die Möglichkeit, den Stiftungsvorstand für verpflichtet oder auch nur für berechtigt zu halten, auf Kosten der sicheren und/oder wirksamen Verwirklichung des gemeinnützigen Zwecks eine riskante und ertragsarme Vermögensanlage fortzusetzen. Insbesondere kann man nicht, wie *Hüttemann* das tut, argumentieren, weil kein Stifter Vermögen »irgendwie« widme, sei von einem Stifterwillen auszugehen, der bis zur Grenze der Existenzfähigkeit der Stiftung auf Fortsetzung der bisherigen Nutzung des gewidmeten Vermögens gerichtet ist¹⁹. Im Zweifel ist im Gegenteil anzunehmen, dass der Stifter, der für seine Stiftung die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit angestrebt hat, die dienende Funktion des gestifteten Vermögens im Verhältnis zum gemeinnützigen Zweck nicht in Frage gestellt wissen will. Das Zwischenfazit: Nicht der *Stifterwille*, sondern der *Stiftungszweck* bestimmt den Inhalt der Vermögenserhaltungspflicht des Stiftungsvorstands. Das muss man nicht erst – wie *Richter* annimmt²⁰ – vom US-amerikanischen Stiftungsrecht lernen, sondern das ergibt sich bereits aus der logischen Selbstverständlichkeit, dass Mittel nur eine Vermögensverwaltung sein kann, die durch den Zweck gerechtfertigt ist.

Das demnach gebotene *stiftungszweckbezogene* Verständnis der Vermögenserhaltung ist durch die Forderung nach Vermögenswerterhaltung unzureichend bestimmt. Soweit Wert mit *Nominalwert* gleichgesetzt wird, ist das schon deshalb der Fall, weil auf dieser Grundlage die Leistungsfähigkeit der Stiftung unter den Inflationsverlusten zu zerbröseln droht²¹. Soweit die Vermögenserhaltung als *Er-*

17 Nach *Schwarz*, DStR 2002, 1767, 1768, ist die Minderheitsmeinung, die außer von *MK-Reuter* BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 43 ff., vor allem von *Staudinger/Rawert*, BGB, 13. Aufl. 1995, Vor § 80 Rn. 83 ff. vertreten wird, »– jedenfalls seit der Neuregelung des Stiftungsprivatrechts – keine Rechtsauffassung zum geltenden Recht, sondern ein – gescheitertes bzw. nicht mehr verfolgtes – rechtspolitisches Desiderat«. Diese Auffassung erkennt, dass die Gemeinwohlsgrenze nach wie vor der Konkretisierung durch den Rückgriff auf gesetzliche Wertentscheidungen bedarf und dass eine Bindung an Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren – wie das BVerfG bestätigt (BVerfGE 1, 329) – nicht besteht. Vgl. *MK-Reuter*, BGB, Bd. 1a, 4. Aufl. 2003, §§ 80, 81 Rn. 17 ff.

18 Vgl. *MK-Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 48.

19 *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 69.

20 *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 361 ff., 438.

21 Vertiefte Begründung bei *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 62 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 98 f.

haltung der Kaufkraft der Stiftung definiert wird²², geht das einerseits zu weit und andererseits nicht weit genug. Es geht zu weit insofern, als es die Möglichkeit einschließt, dass der Stiftungsvorstand die Erträge nur noch thesaurieren kann, der eigentliche Lebenssinn der Stiftung – die Förderung ihres (gemeinnützigen) Zwecks – mithin auf der Strecke bleibt. Nach ganz h.M. ist die sog. Selbstzweckstiftung nicht anerkennungsfähig²³. Das verbietet Konzepte der Vermögenserhaltung, die die Entwicklung der Stiftung zur faktischen Selbstzweckstiftung möglich machen²⁴. Dieses Verbot richtet sich auch gegen die vorübergehende Existenz der Stiftung als faktische Selbstzweckstiftung. Es ist keineswegs – wie behauptet wird – »stiftungsrechtlich unproblematisch, wenn zunächst über zehn oder zwanzig Jahre überhaupt keine Ausschüttungen vorgenommen werden, um auf diese Weise einen gewissen Vermögensstock zu bilden, dessen Erträge in der Folgezeit zeitnah zu verwenden sind«²⁵. Die Anerkennungsfähigkeit einer Stiftung setzt voraus, dass sie ihren Zweck vom Beginn ihrer Existenz an – und nicht erst in 10 oder 20 Jahren – erfüllen kann und will. Überhaupt gilt, dass die von *Hüttemann* sog. Zeitstruktur der Stiftung²⁶ dem Stiftungszweck nicht widersprechen darf. Andernfalls scheidet die Anerkennung der Stiftung daran, dass die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks nicht gewährleistet ist. Soweit die Stiftung – wie in der Regel – gemeinnützig ist, hat der Stiftungsvorstand ohnehin die engen Grenzen des Gemeinnützigkeitsrechts zu beachten, das z.Zt. eine Vermögenserhaltung durch Thesaurierung von mehr als einem Drittel der jährlichen Erträge gar nicht zulässt²⁷. Nicht weit genug geht die Gleichsetzung der Vermögenserhaltungspflicht des Stiftungsvorstands mit der Pflicht zur Erhaltung der Kaufkraft der Stiftung insofern, als sie impliziert, dass die Kaufkrafterhaltung Grenze der Vermögenserhaltungspflicht ist. Wenn der Stiftungsvorstand im Interesse der dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks verpflichtet ist, Möglichkeiten der Verbesserung der wirtschaftlichen Grundlagen der Stiftung durch Änderung der Vermögensanlage zu nutzen, dann muss er die durch eine dementsprechende Umschichtung des Stiftungsvermögens erzielten außerordentlichen Erträge dem nicht ausschüttbaren Stiftungsvermögen zuschlagen²⁸. Denn ein Recht oder gar eine Pflicht, den Wertzuwachs ganz oder zum Teil durch zeitnahe

22 Vor allem *Carstensen*, Vermögensverwaltung, Vermögenserhaltung und Rechnungslegung gemeinnütziger Stiftungen, 2. Aufl. 1996, S. 43 f.

23 *Soergel/Neuhoff*, BGB, 12. Aufl. 2000, Vor § 80 Rn. 70; *Staudinger/Rawert* BGB, 13. Aufl. 1995, Vor § 80 Rn. 9; *MK-Reuter* BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 17.

24 Insoweit zutreffend *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 88.

25 *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 88.

26 *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 91 ff.

27 *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 90 f.

28 Im Ergebnis ebenso *Siegmund-Schultze*, StiftG Niedersachsen, 8. Aufl. 2002, § 6 Anm. 1 (S. 43); *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 113; *Hüttemann*, Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59, 78 f.

Verwendung zu verbrauchen, würde das mit der Umschichtungspflicht verfolgte Ziel der möglichst optimalen Gestaltung der wirtschaftlichen Grundlagen der Stiftung konterkarieren. Diese Thesaurierungspflicht gilt auch für die gemeinnützige Stiftung. Das Gemeinnützigkeitsrecht hat keinerlei Anlass, auf der Ausschüttung der außerordentlichen Erträge aus der Umschichtung des Stiftungsvermögens zu bestehen. Denn solche Erträge sind bei Privatpersonen, denen die Stiftung gleichsteht, unabhängig von der Gemeinnützigkeit nicht steuerbar²⁹.

b) Die Pflicht zur Verwirklichung des Stiftungszwecks

Die Pflicht zur Verwirklichung des Stiftungszwecks ist, soweit mit den verfügbaren Mitteln möglich, nach den Vorgaben des Stiftungsgeschäfts zu erfüllen. Diese Vorgaben müssen freilich ihrerseits zweckkonform sein; andernfalls ist die Stiftung nicht anerkennungsfähig, weil die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks nicht gewährleistet ist. Die Landesstiftungsgesetze machen z.T. weitere Vorgaben, die jedoch mehr Appell- als Normcharakter haben. Das Gebot der Sparsamkeit, das vor allem genannt wird³⁰, ist allenfalls in Extremfällen justiziabel. Wirklich verbindliche allgemein gültige Anforderungen für die Wirksamkeit der Zweckerfüllung lassen sich nicht formulieren. Sie scheitern daran, dass – so *Schwintek* – »der Stiftungszweck in aller Regel nicht einer einzig richtigen Erkenntnis und damit auch nicht einer einzig richtigen Realisation zugänglich ist«³¹. Der Stiftungsvorstand handelt pflichtgemäß, wenn er sein Verhalten für die gebotene Form der bestmöglichen Verwirklichung des Stiftungszwecks *halten darf*, nicht erst, wenn es die gebotene Form der bestmöglichen Verwirklichung des Stiftungszwecks *ist*. Ein solcher Ermessensspielraum ist nicht zuletzt im Interesse einer fruchtbaren Stiftungstätigkeit unerlässlich. In nicht wenigen Bereichen hängt fruchtbare Stiftungstätigkeit – ähnlich wie die erfolgreiche Unternehmensleitung – entscheidend davon ab, dass man sich nicht nur in eingefahrenen Geleisen bewegt, sondern mit kreativer Phantasie gestaltet. Diese Einsicht ist offenbar grenzüberschreitendes stiftungsrechtliches Allgemeingut. Hingewiesen sei nur auf Section 8.30 des US-amerikanischen Revised Model Nonprofit Corporation Act (RMNCA), dem zufolge der Vorstand der Stiftung seine Pflicht ordnungsgemäß erfüllt, wenn er handelt 1. in gutem Glauben, 2. mit der Sorgfalt, die ein durchschnittlich umsichtiger Mensch in einer ähnlichen Position unter ähnlichen Umständen walten lassen würde, und 3. in einer Weise, die er vernünftigerweise für im besten Interesse der Stiftung liegend halten darf³².

29 Vertiefende Darstellung bei *Seifart/v. Campenhausen-Orth*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 37 Rn. 228.

30 Vgl. § 7 I 1 bad-württ StiftG; Art. 15 S. 1 bay StiftG; § 11 I bdb StiftG; § 6 II 1 bre StiftG; § 6 IV 1 nds StiftG; § 9 I StiftG NRW; § 16 I rhpf StiftG.

31 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 130.

32 Vgl. *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 942.

Einige deutsche Landesstiftungsgesetze weichen von diesem Muster allerdings insofern ab, als sie den Sorgfaltsmaßstab teils generell, teils auf ehrenamtliche Vorstandstätigkeit begrenzt, zusätzlich ermäßigen. Der Stiftungsvorstand soll nicht schon für die Verletzung der durchschnittlichen Sorgfalt, sondern erst für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften³³. Das stiftungsrechtliche Schrifttum nimmt im Anschluss an *Rawert*³⁴ wohl überwiegend an, dass der Landesgesetzgeber damit seine Regelungskompetenz überschritten hat. Das Haftungsrecht soll nicht dem Stiftungsverfassungsrecht angehören, für das § 85 BGB dem Landesgesetzgeber die Befugnis zur ergänzenden Regelung einräumt, sondern bundesgesetzlich abschließend geregeltes bürgerliches Recht sein³⁵. Folgerichtig werden die Vorschriften verfassungskonform auf die deklaratorische Klarstellung reduziert, dass das Stiftungsgeschäft die Haftungsmilderung bestimmen kann. Auch diese Sicht setzt sich jedoch in Widerspruch dazu, dass der Sorgfaltsmaßstab des »ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters« nach h.M. bei allen körperschaftlich organisierten juristischen Personen des Privatrechts zwingendes Recht ist, und zwar unabhängig davon, ob die Vorstandstätigkeit eine hauptberufliche oder ehrenamtliche ist³⁶. Denn die Begründung, das Handeln der juristischen Person durch ihre Organe müsse ähnlich verlässlich an ihrem Eigeninteresse orientiert sein wie das der natürlichen Person, weil sonst ihre Gleichstellung mit der natürlichen Person im Rechtsverkehr nicht zu rechtfertigen sei, passt auf die Stiftung mindestens genauso wie auf die körperschaftlich organisierte juristische Person. Noch mehr befremdet der Unterschied zum Recht der Testamentsvollstreckung. Dort ergibt sich nämlich aus den §§ 2219, 2220 BGB ganz unzweideutig, dass der Erblasser den Sorgfaltsmaßstab für den Testamentsvollstrecker nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit herabsetzen kann³⁷. Da der Testamentsvollstrecker ähnlich wie der Stiftungsvorstand ein verselbständigtes Vermögen nach dem objektivierten Willen eines Dritten treuhänderisch verwaltet, ist es wertungswidersprüchlich anzunehmen, der Stifter könne die Haftung des Stiftungsvorstands doch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken. Die Sorge von Teilen des stiftungsrechtlichen Schrifttums, ohne die Haftungsmilderung könne die Bereitschaft zur Übernahme des Vorstandsamtes leiden³⁸, ist einmal eine Sorge, die, wenn sie berechtigt wäre, die Testamentsvollstreckung und die körperschaftlich organisierten juristischen Personen nicht weniger betreffen würde. Zum anderen und vor allem ist festzustellen, dass Personen, die Wert darauf legen, für Fehlver-

33 Art. 14 S. 2 bay StiftG; § 8 hess StiftG; § 8 II 2 StiftG MVP; § 19 II rhpf StiftG; § 12 II StiftG DDR (Sachsen, Thüringen, in der Sache auch Sachsen-Anhalt).

34 *Staudinger/Rawert*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 86 Rn. 13.

35 Zustimmend MK-*Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 86 Rn. 10; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 194 f.

36 Statt aller *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 213.

37 Statt aller MK-*Brandner*, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2219 Rn. 3; § 2220 Rn. 2.

38 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 198.

halten jenseits unverständlicher Missgriffe nicht verantwortlich zu sein, schwerlich geeignete Kandidaten für die Bestellung zum Stiftungsvorstand sind.

4. Inhalt der Haftung des Stiftungsvorstands

Die schuldhafte Pflichtverletzung verpflichtet den Stiftungsvorstand nach § 280 I BGB zum Ersatz des Schadens, der der Stiftung dadurch entsteht. Ein Schaden der Stiftung ist in diesem Sinne auch insoweit anzunehmen, als das Verhalten die ausschüttungspflichtigen Erträge gemindert hat. Zwar hat die Stiftung dann rechnerisch keinen Schaden. Doch widerspricht es dem Sinn der Befreiung von der Ausschüttungspflicht infolge der Minderung der ausschüttungspflichtigen Erträge, dass der Schädiger davon profitiert. Nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation kann die Stiftung den Schaden der Destinatäre daher wie einen eigenen Schaden geltend machen³⁹. Das gilt auch, wenn die Destinatäre keine Ansprüche auf die Stiftungsleistung haben und deshalb nicht nach § 285 BGB Ansprüche auf Abtretung der Schadensersatzansprüche gegen die Stiftung erheben können. Neben Schadensersatzansprüchen kommen nach den §§ 86, 27 III, 667 BGB Herausgabeansprüche der Stiftung in Betracht, soweit das pflichtwidrige Verhalten zwar der Stiftung nicht nachweisbar geschadet, jedoch dem Stiftungsvorstand Vorteile gebracht hat. Paradefall ist das Bestechungsgeld, das der Vorstand dafür erhält, dass er die Vergabe eines begehrten Preises der Stiftung im Sinne des Bestechenden beeinflusst⁴⁰.

5. Haftungsverzicht durch Entlastung des Stiftungsvorstands?

Eine Entlassung des Stiftungsvorstands aus der Haftung wird unter dem Gesichtspunkt diskutiert, dass er durch ein dazu berufenes Stiftungsorgan oder die Stiftungsaufsicht entlastet werden kann⁴¹. Richtiger Ansicht nach ist die Entlastung zwar kein rechtsgeschäftlicher Anspruchsverzicht, sondern die Bekundung von Zufriedenheit mit der Amtsführung⁴². Als solche kann sie selbstverständlich sowohl von Stiftungsorganen als auch von der Stiftungsaufsicht erklärt werden. Eine andere Frage ist aber, ob die Stiftung dadurch ihre Ansprüche gegen den Stiftungsvorstand verliert. Diese Frage wird (mit einer ausdrücklichen Ausnahme im Fall

39 Problematische Annahme eines Doppelschadens bei *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 174 ff.

40 *Baumbach/Hueck-Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 35 Rn. 24 (für GmbH-Geschäftsführer).

41 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 202 ff. Vgl. auch *MK-Reuter* BGB, 4. Aufl. 2001, § 86 Rn. 10 a.E.; *Staudinger/Rawert*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 86 Rn. 13.

42 Grundlegend *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 434 ff.; ihm folgend *MK-Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 27 Rn. 42 f.

der AG, § 120 II 2 AktG) im Fall der körperschaftlich organisierten juristischen Personen deshalb für die bekannten und aus dem Rechenschaftsbericht erkennbaren Ansprüche zu Recht bejaht⁴³, weil insoweit das zur Verfügung über die Ansprüche der juristischen Person berufene autonome Organ die Zufriedenheit bekundet. Es stellt mithin ein unzulässiges selbstwidersprüchliches Verhalten dar, wenn das Organ das Handeln, auf das sich die Zufriedenheit bezieht, zum Gegenstand eines Regressbegehrens wegen Pflichtverletzung macht. Demgegenüber ist die Stiftungsaufsicht als Rechtsaufsicht ausschließlich zur Durchsetzung der Ansprüche der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand berufen. Da sie nicht auf die Ansprüche verzichten kann, scheidet die Annahme aus, sie handele bei der Geltendmachung der Ansprüche selbstwidersprüchlich. Soweit ein Sonderorgan für die Vertretung der Stiftung gegenüber dem Stiftungsvorstand existiert, kommt zwar ein Verzicht auf Ansprüche der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand in Betracht. Da das Sonderorgan kein autonomes, sondern ein an das Interesse der Stiftung gebundenes Organ ist, kann es jedoch nur dann wirksam verzichten, wenn dies durch das Interesse der Stiftung zu rechtfertigen ist. Die Entlastung durch ein solches Organ wird deshalb ebenfalls nur in Ausnahmefällen dazu führen, dass Ansprüche der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand erlöschen⁴⁴.

II. Die Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands

1. Die Stiftung – eine juristische Person nach dem Ebenbild der unmündigen natürlichen Person

Die Haftung des Vorstands hat bei allen juristischen Personen des Privatrechts die Aufgabe, den Vorstand zu einer Amtstätigkeit im Interesse der juristischen Person anzuhalten. Obwohl auch Dritte und die Allgemeinheit in vielfacher Hinsicht an einer gesetz- und pflichtgemäßen Verwaltung der juristischen Person interessiert sind, besteht die Haftung grundsätzlich allein gegenüber der juristischen Person. Dritte und die Allgemeinheit sind genauso wie im Verhältnis zur natürlichen Person auf die Hoffnung verwiesen, dass die juristische Person sich dank der Haftung des Vorstands im eigenen Interesse richtig verhält⁴⁵. Freilich steht und fällt die Funktionsfähigkeit der Haftung des Vorstands in diesem Sinne mit der Qualität der Garantien für ihre Durchsetzung. Eine Haftung ohne solche Garantien ist weder als Mittel der Kompensation entstandener Nachteile noch als Mittel der präventiven Steuerung des Vorstandsverhaltens zu gebrauchen. In den körperschaftlich organisierten juristischen Personen steht die Durchsetzungskompetenz un-

43 BGH, NJW 1986, 2250, 2251.

44 Zutreffend *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 203.

45 Ausführlicher MK-*Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 21 Rn. 17 f.

mittelbar oder doch wenigstens mittelbar denjenigen zu, die das Interesse der juristischen Person autonom bilden, nämlich den Mitgliedern. Ihre Wahrnehmung ist deshalb zu erwarten, weil das Interesse der juristischen Person dem in der Satzung niedergelegten Gesamtwillen der Mitglieder entspricht. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Mitglieder Mehrheit verbandsfremde Sonderinteressen hat und diese dem Interesse der juristischen Person vorzieht. Aber dagegen trifft das Gesellschaftsrecht gerade im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Vorstandshaftung Vorsorge: In der konzernfreien AG hat nach § 147 AktG eine Minderheit von wenigstens $\frac{1}{10}$ des Grundkapitals, in der konzernabhängigen AG sogar jeder Aktionär die Durchsetzungsbefugnis⁴⁶. Im GmbH-Recht erkennt die ganz h.M. das Recht des einzelnen Gesellschafters an, Ansprüche der GmbH gegen ihre Geschäftsführer in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend zu machen, wenn die eigentlich dazu berufene Gesellschafterversammlung dies pflichtwidrig unterlässt⁴⁷. Für die übrigen körperschaftlich organisierten juristischen Personen ist die Anerkennung solcher Einzelklagebefugnis jedenfalls in vollem Gange⁴⁸. Die Stiftung ist demgegenüber eine juristische Person, die nicht über die Fähigkeit zur eigenständigen Wahrnehmung ihres Interesses über natürliche Trägerpersonen mit kongruenten Interessen verfügt. Weder die unmittelbar für sie handelnden natürlichen Personen noch die Mitglieder eines etwaigen Bestellungs- und Kontrollorgans sind zur authentischen Bestimmung ihres Interesses berufen. Stattdessen ist das Stiftungsinteresse durch das grundsätzlich nicht veränderbare Stiftungsgeschäft vorgegeben. Das Ebenbild der Stiftung ist mithin nicht wie das der körperschaftlichen juristischen Personen die mündige, sondern die *unmündige* natürliche Person. Ihr Vorstand ist nicht wie bei der körperschaftlich organisierten juristischen Person ihr *Mund* (ihr Ohr, ihre Hand), sondern ihr *Vormund*⁴⁹.

2. Durchsetzungsdefizite der Vorstandshaftung

Die Parallele zur Vormundschaft legt es nahe, die Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands nach dem Vorbild der Durchsetzung der Haftung des Vormunds für pflichtwidrige Verletzung des Mündelinteresses zu organisieren. Diesen Weg gehen in der Tat mehrere stiftungspolitisch sehr erfolgreiche ausländische Rechtsordnungen. Wie das Vormundschaftsgericht mit Unterstützung des Jugendamtes die Rechte des Mündels gegen den Vormund wahrnimmt⁵⁰, so setzen in den

46 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 641.

47 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 641 f.

48 Umfassend Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997.

49 Zu den historischen Wurzeln dieser Betrachtungsweise Richter, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 271 ff.

50 Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 71 IV 3 (S. 1175).

USA die Gerichte auf Klage des Attorney General⁵¹ oder auch auf Klage speziell interessierter Personen (special interest doctrine)⁵² die Ansprüche der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand durch. Ähnlich handeln in den Niederlanden die zuständigen Gerichte auf Antrag des Staatsanwalts oder sog. Beteiligter (Gläubiger und Arbeitnehmer der Stiftung, u.U. auch Vertreter des gleichen Interesses – z.B. Universitäten bei Wissenschaftsstiftungen⁵³). Der deutsche Weg ist anders. Man unterscheidet einmal zwischen privatnützigen Stiftungen und Stiftungen des öffentlichen Wohls.

Für die *privatnützigen Stiftungen* ist z.T. von Gesetzes wegen überhaupt keine Zuständigkeit für die Durchsetzung der Vorstandshaftung vorgesehen. In den meisten Landesstiftungsrechten gilt die Stiftungsaufsicht entweder nicht oder doch nur in den Grenzen, in denen es auch eine behördliche Vereinsaufsicht gibt⁵⁴. Zwar ist das in der Regel mit einer eingeschränkten Genehmigungsfähigkeit privatnütziger Stiftungen verbunden⁵⁵. Aber damit soll es ja nach der jüngst erfolgten sog. Modernisierung des bürgerlichrechtlichen Stiftungsrechts ein Ende haben, sodass in Zukunft verstärkt mit privatnützigen Stiftungen zu rechnen ist⁵⁶. Der BGH nimmt *auch* an, dass vorbehaltlich anderweitiger Regelung des Stiftungsgeschäfts eine Klagebefugnis der Destinatäre ausscheidet. Konkret hat er mit dieser Begründung die Klage von Destinatären einer über 400 Jahre alten Lübecker Familienstiftung gegen eine Satzungsänderung abgewiesen, durch die die Familienstiftung den Charakter einer gemeinnützigen Stiftung erhalten hatte⁵⁷. Die Konsequenz besteht in der Existenz von Stiftungen, in denen die Vorstandshaftung leer läuft, weil niemand vorhanden ist, der sie durchsetzen kann. Manche halten das für unproblematisch, weil der Stifter – durch die Ausstattung der Destinatäre mit Klagebefugnissen oder die Schaffung eines besonderen Stiftungsorgans – dagegen vorsorgen kann⁵⁸. Aber dabei wird übersehen, dass, wie oben dargelegt, nicht nur das Interesse des Stifters, sondern auch die Interessen Dritter und der Allgemeinheit – die Interessen des Rechtsverkehrs – die Sicherung des Eigeninteresses der Stiftung und damit die Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands verlangen. Die Interessen des Rechtsverkehrs hat nicht der Stifter, sondern das zwingende Recht zu wahren⁵⁹. Folgerichtig wird in der Schweiz das Fehlen einer staatlichen Stif-

51 *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 226 f.

52 *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 381.

53 Vgl. *van der Ploeg*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 405, 410.

54 *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 11 Rn. 33.

55 *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 7 Rn. 278 f.

56 Zuletzt *Schwarz*, DSStR 2002, 1767, 1768; *Burgard*, NZG 2002, 697, 702.

57 BGH, NJW 1987, 2364–2367.

58 *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 11 Rn. 33.

59 Ausführlicher *Reuter*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 139, 148 f. Ebenso *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 216 f.

tungsaufsicht über Familienstiftungen nicht durch die Möglichkeit einer Vorsorge im Stiftungsgeschäft, sondern damit gerechtfertigt, solche Stiftungen nähmen kaum am Rechtsverkehr teil⁶⁰. Letzteres mag für die nur begrenzt zulässigen⁶¹ Familienstiftungen nach schweizerischem Recht zutreffen. Von einer fehlenden Teilnahme privatnütziger Stiftungen am Rechtsverkehr kann indessen in Deutschland offenbar keine Rede sein, wenn man erlebt, mit welchem Eifer Teile der Kautelarpraxis nach dem Scheitern der Bemühungen um eine gesetzliche Begrenzung der Zulässigkeit unternehmensverbundener Stiftungen sogar den Einsatz der Stiftung als Komplementärin von KGs betreiben⁶².

Die *Stiftungen des öffentlichen Wohls* unterliegen nach dem Landesstiftungsrecht zwar durchgängig der Stiftungsaufsicht. Doch ist deren Wirksamkeit als Mittel zur Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands durch die Entwicklung des materiellen Stiftungsrechts nachhaltig in Frage gestellt. Bis in die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein ist die Stiftungsaufsicht Bestandteil eines stiftungsrechtlichen Systems gewesen, das auf Integration der Stiftungen des öffentlichen Wohls in die öffentliche Verwaltung angelegt war. Am weitesten ging das für den Landesteil Baden von Baden-Württemberg bis 1977 geltende badische Stiftungsgesetz von 1871, das nach herrschendem Verständnis sämtliche Stiftungen des öffentlichen Wohls den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zurechnete und damit zu Trägern mittelbarer Staatsverwaltung erklärte⁶³. Für das übrige Deutschland (West) berichtet *Coing* noch in der 12. Auflage des BGB-Kommentars von *Staudinger* aus dem Jahre 1980 über eine h.M., nach der die Genehmigung von Stiftungen des öffentlichen Wohls von der zuständigen Behörde nach freiem Ermessen erteilt oder versagt werden kann⁶⁴ und die behördliche Stiftungsaufsicht nicht nur Rechts-, sondern Fachaufsicht ist⁶⁵. Auf dieser Basis war sowohl gewährleistet, dass sich das Interesse der Stiftungen mit dem Interesse der öffentlichen Verwaltung deckte, als auch, dass die öffentliche Verwaltung ihre Auffassung von der gebotenen Konkretisierung des (gemeinsamen) Interesses ohne Behinderung durch Gegenrechte der Stiftung durchsetzen konnte. Der durch die sog. Modernisierung des Stiftungsrechts (mit verfassungsrechtlich bedenklichen Einschränkungen) bestätigte Rechtsanspruch des Stifters auf Anerkennung der Stiftung, der sich aus seinem Grundrecht auf Stiftung ergibt, hat dem Konzept die Grundlage entzogen. Denn er ermöglicht Stiftungen, deren Ziele und Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung gleichgültig sind oder ihr sogar missfallen⁶⁶. In sol-

60 *Pavel*, in: Neuhoff/Pavel (Hrsg.), *Stiftungen in Europa*, 1971, S. 61, 74.

61 *Pavel*, in: Neuhoff/Pavel (Hrsg.), *Stiftungen in Europa*, 1971, S. 61, 75.

62 Dazu trefflich *K. Schmidt*, ZHR 166 (2002), 145, 148.

63 *Neuhoff/Vinken*, *Deutsche Stiftungen für Wissenschaft, Bildung und Kultur*, 1969, S. XIV.

64 *Staudinger/Coing*, BGB, 12. Aufl. 1980, § 80 Rn. 21.

65 *Staudinger/Coing*, BGB, 12. Aufl. 1980, Vor § 80 Rn. 17.

66 Sollten sich über die Gemeinwohlgrenze Tendenzen zur Beschränkung der Anerkennung auf politisch opportune Stiftungen durchsetzen, so wäre das mit dem Grundrecht

chen Fällen besteht die reale Gefahr, dass die Stiftungsaufsicht pflichtwidriges Verhalten des Stiftungsvorstands nicht verhindert, sondern u.U. sogar dazu ermutigt. Diese Gefahr wird dadurch verstärkt, dass die seit der Entscheidung des BVerwG vom 22. 9. 1972 auch für die Praxis geklärte Anerkennung der Stiftung als Grundrechtssubjekt die Stiftungsaufsicht aus einer Befugnis zur Steuerung (Fachaufsicht) in eine Pflicht zum Schutz der Stiftung verwandelt hat⁶⁷. Tendenziell geht dadurch nämlich mit einer Pflichtverletzung des Stiftungsvorstands, die zum Schaden der Stiftung führt, eine Amtspflichtverletzung der Aufsichtsbehörde einher, die sich darauf gründet, dass sie nicht rechtzeitig gegen das Fehlverhalten eingeschritten ist, u.U. sogar darauf, dass sie in Erfüllung ihrer von der h.M. propagierten Beratungspflicht das Fehlverhalten unterstützt und gefördert hat⁶⁸. Im Ergebnis gibt es wegen der Schädigung der Stiftung einen Anspruch der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand, der von der Aufsichtsbehörde, und zugleich einen Anspruch der Stiftung gegen den Träger der Aufsichtsbehörde, der vom Stiftungsvorstand geltend zu machen ist. Der einzige höchstrichterlich entschiedene Fall einer Haftung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands behandelt genau diese Situation: Die Stiftungsaufsicht Berlin hatte einen Stiftungsvorstand wegen pflichtwidriger Schädigung der Stiftung abberufen und einen neuen Stiftungsvorstand bestellt, der alsbald pflichtgemäß nicht nur den alten Vorstand, sondern nach erfolglosem Vollstreckungsversuch auch das Land Berlin auf Schadensersatz in Anspruch nahm. Der BGH hat das Land – nach dem damaligen stiftungsrechtlichen Meinungsstand trotz der stark vier Jahre zurückliegenden Entscheidung des BVerwG vom 22. 9. 1972⁶⁹ noch überraschend – wegen Amtspflichtverletzung um einen Mitverschuldensanteil gekürzt zur Leistung von Schadensersatz verurteilt⁷⁰. Dem Vorgang verdankt das Landesstiftungsgesetz Berlin vorübergehend eine Vorschrift, die die Stiftungsaufsicht berechnigte, Stiftungsvorstände zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu verpflichten⁷¹. Seither (und anderswo) regelt man einschlägige Fälle offenbar »eilvernehmlich«: Der Stiftungsvorstand kommt mit einer Art Abmahnung davon; Schadensersatzansprüche werden nicht geltend gemacht⁷². M.a.W.: Die Stiftungsaufsicht schont den Stiftungsvorstand, weil ihr sonst Bumerangeffekte drohen; den Nachteil hat die (wehrlose) Stiftung.

auf Stiftung nicht vereinbar. Vgl. *Reuter*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 139, 144 ff.

67 BVerwGE 40, 347, 352.

68 *Reuter*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 139, 152 f.; *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, 2001, S. 370.

69 BVerwGE 40, 347.

70 BGH, NJW 1977, 1148 f.

71 *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, 2001, S. 370 Fn. 116.

72 *Härtl*, *Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?*, 1990, S. 154 f.; *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, 2001, S. 370.

3. Ausgleich der Durchsetzungsdefizite der Vorstandshaftung durch Anerkennung von Destinatärsklagen?

Die (durch die Entwicklung des materiellen Stiftungsrechts bedingten) Schwächen der regulären Vertretung der Stiftung bei der Durchsetzung der Haftung des Vorstands werfen die Frage auf, ob man ihnen nicht nach ausländischem Vorbild in ähnlicher Weise begegnen kann, wie das Gesellschaftsrecht auf entsprechende Defizite der regulären Vertretung körperschaftlich organisierter juristischer Personen reagiert⁷³. Dabei kann es sicherlich nicht um eine Gesellschafterklage im engeren Sinne gehen, denn die Stiftung hat keine Gesellschafter oder Mitglieder. Immerhin kann es Personen geben, die ein Interesse an einer wirksamen Haftung des Stiftungsvorstands haben. Zu denken ist vor allem an Destinatäre der Stiftung, die mittelbar zu leiden haben, wenn die Haftung des Vorstands als Mittel der Abschreckung von Fehlverhalten und Ausgleich entstandener Nachteile nicht funktioniert. Das RG hat im Jahre 1909, ohne auf die damals in ihrer heutigen Form noch unbekannte Gesellschafterklage Bezug zu nehmen, für eine privatnützige Stiftung – konkret eine Familienstiftung nach preußischem Recht – die Möglichkeit einer Destinatärsklage anerkannt⁷⁴. Die heute h.M. (einschließlich des BGH) lehnt die Entscheidung ab. Ausschließlich das Stiftungsgeschäft soll in der Lage sein, Destinatärrechte zu schaffen⁷⁵. Daran ist sicher richtig, dass Ansprüche auf die Stiftungsleistungen auch dann nicht ohne weiteres anzunehmen sind, wenn sich die Berechtigten aufgrund des Stiftungsgeschäfts konkret ermitteln lassen. Insofern ist die h.M. sogar zu großzügig. Maßgebend für die Entwicklung der Stiftung sind die Anforderungen, die ihr Zweck stellt. Individualansprüche, die die danach notwendige Fortentwicklung der Stiftung behindern, weil sie nur mit Zustimmung ihrer Inhaber beseitigt werden können, sind damit nicht vereinbar. M.E. können sie selbst durch das Stiftungsgeschäft nicht geschaffen werden⁷⁶. Davon zu unterscheiden sind Rechte, die – wie die Klagebefugnis der Destinatäre (analog der Einzelklagebefugnis von Mitgliedern) – die Verwirklichung des Stiftungszwecks nicht behindern, sondern gegen stiftungsfremde Sonderinteressen schützen. Solche Rechte sind – jedenfalls unter dem Blickwinkel einer möglichst optimalen Verwirklichung des Stiftungszwecks – nicht nur unbedenklich, sondern wünschenswert⁷⁷. Von den Argumenten, die die h.M. gleichwohl davon abhalten, eine Notzuständigkeit des Destinatärs analog der Gesellschafter- oder Mitgliederklage anzuerkennen, ist wohl am gewichtigsten dasjenige, dass der Destinatär im Gegen-

73 Vgl. oben II.1.

74 RG, JW 1909, 160.

75 Ausdrücklich gegen das RG *Staudinger/Rawert*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 85 Rn. 21; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 164 ff.

76 Vgl. MK-*Reuter* BGB, 4. Aufl. 2001, § 85 Rn. 18 f.

77 Ausführlicher *Hopt/Reuter*, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 1, 10 ff.

satz zum Gesellschafter bzw. Mitglied nicht einer Treuepflicht unterliegt⁷⁸. Aber dieses Argument spricht, wenn es tragfähig ist, auch gegen die unstreitige Anerkennung der Destinatärsklage, die der Stifter im Stiftungsgeschäft anordnet. Gewiss kann man – wie etwa *Flume* – die Ansicht vertreten, jeder Einbezug eines Dritten in die Zuständigkeitsordnung der juristischen Person mache diesen zum Organ und dadurch kraft Organeigenschaft treuepflichtig⁷⁹. Doch ist nicht einzusehen, weshalb dies nur dann der Fall sein soll, wenn die Zuständigkeit des »Dritten« durch das Stiftungsgeschäft, und nicht auch dann, wenn sie kraft Rechtsfortbildung begründet wird. M.E. sollte vor diesem Hintergrund mit dem RG und entgegen der h.M. eine Einzelklagebefugnis der Destinatäre im Sinne einer gesetzlichen Prozessstandschaft für die privatnützige Stiftung bejaht werden. Dabei gilt die Analogie zur Gesellschafterklage selbstverständlich auch für die Schranken. Soweit die Stiftungsaufsicht und/oder ein besonderes Stiftungsorgan für die Durchsetzung der Vorstandshaftung vorhanden sind, setzt schon die Zulässigkeit der Destinatärsklage den Nachweis voraus, dass diese an sich zuständigen Instanzen ihre Aufgabe pflichtwidrig nicht erfüllen⁸⁰.

Die Analogie zur Gesellschafter- bzw. Mitgliederklage stößt an ihre Grenzen, wenn es keine bestimmten Destinatäre gibt, sondern – wie bei den Stiftungen des öffentlichen Wohls – eine örtlich oder personell beschränkte Allgemeinheit begünstigt ist. Die Destinatärklage müsste insoweit folgerichtig zur Popularklage werden, deren Zulässigkeit im gesamten stiftungsrechtlichen Schrifttum nicht einmal erwogen, geschweige denn ernsthaft diskutiert wird. Immerhin hat *Richter* jüngst darauf aufmerksam gemacht, dass kein Geringerer als *Rudolf von Ihering* ein Befürworter der Popularklage im Stiftungsrecht gewesen ist⁸¹. Das Publikum – so hat *von Ihering* gefordert – dürfe nicht machtlos sein, wenn die Stiftungsorgane die ganze Stiftung ihrem Zweck entfremden, z.B. die von ihr betriebene Kunstanstalt schliessen⁸². Dass der Gedanke trotz der Prominenz des Urhebers in der Folgezeit keine Rolle mehr gespielt hat, erklärt sich aus der Integration der Stiftungen des öffentlichen Wohls in die staatliche Verwaltung, die das Stiftungswesen der folgenden 100 Jahre beherrscht hat. Wenn die Verwaltung nach verwaltungspolitischen Gutdünken darüber entscheidet, welche Stiftungen des öffentlichen Wohls sie genehmigt, und über die Fachaufsicht in der Lage ist, die Stiftungstätigkeiten zu steuern, ist sie der wahre Destinatär. Denn die ordnungsgemäße Stiftungstätigkeit besteht dann darin, dass sie die Tätigkeit der zuständigen Verwaltungen unterstützt und ergänzt. Da das Grundrecht auf Stiftung Stiftungen nach den eigenen

78 *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 82.

79 *Flume*, Die juristische Person, 1983, S. 191.

80 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 643 f.

81 *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 327 f.

82 *v. Ihering*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III.1., 6./7. Aufl. 1924, S. 359 f.

Gemeinwohlvorstellungen des Stifters ermöglicht und die Grundrechtssubjektivität der Stiftungen der Steuerung der Stiftungstätigkeit durch die Verwaltung entgegensteht, die durch die Stiftung begünstigte Allgemeinheit mithin durch die verwaltungsbehördliche Stiftungsaufsicht *nicht mehr verlässlich authentisch repräsentiert wird*, ist die Forderung *v. Itherings* nach der Zulässigkeit der Popularklage im Stiftungsrecht wieder aktuell geworden⁸³. Eine solche Klage darf ggf. selbstverständlich nicht unbegrenzt gestattet sein. Was für die normale Destinatärklage gilt, nämlich dass sie nur als Notzuständigkeit für den Fall des Versagens der an sich zuständigen Instanz eröffnet sein kann, muss für die Populardestinatärklage erst recht gelten. Da Stiftungen des öffentlichen Wohls stets der verwaltungsbehördlichen Stiftungsaufsicht unterliegen, ist dieser Vorbehalt – anders als im Fall der normalen Destinatärklage – umfassend wirksam. Zweifelhaft ist, ob man als zusätzliche Einschränkung ein spezielles Interesse des Popularklägers braucht. In den USA, in denen es nach der sog. special interest doctrine grundsätzlich gefordert wird, tut man sich mit der praktischen Umsetzung offenbar sehr schwer. In der Sache dient es weniger der subjektiven Begrenzung der Klagebefugnis als ihrer Beschränkung auf schwer wiegende Fälle⁸⁴. Eine solche Beschränkung dürfte sich aber schon daraus ergeben, dass der Popularkläger nicht nur die nervlichen Belastungen eines Prozesses, sondern auch das Kostenrisiko tragen muss. Vor allem deshalb sind die Populardestinatärklagen in den USA seltene Einzelfälle geblieben. In Deutschland wird es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht anders sein. Die Möglichkeit der Populardestinatärklage erfüllt ihre Funktion jedoch bereits dann, wenn sie als nicht ausschließbares Risiko wirkt und dadurch opportunistisches Verhalten der Stiftungsaufsicht behindert. Diese Funktion ist angesichts des veränderten Verhältnisses von Staat und Stiftung wichtig. Prozessrechtliche Unzuträglichkeiten sind m.E. nicht zu befürchten. Die Stiftung kann nur gewinnen: Obsiegt der Populardestinatärkläger, so wirkt das Urteil wegen dessen gesetzlicher Prozessstandschaft mit Rechtskraft zugunsten der Stiftung. Verliert er, so wird die Klage stets mangels Vorliegens der Prozessvoraussetzung pflichtwidrigen Verhaltens der regulären Vertretung als *unzulässig* abgewiesen; die Stiftung kann ihre Ansprüche weiter geltend machen. Der beklagte Stiftungsvorstand läuft zwar theoretisch Gefahr, sich nach Abweisung der ersten Klage mit weiteren Klägern auseinander setzen zu müssen. Doch wird die ohnehin geringe Bereitschaft, im Interesse der Stiftung zu prozessieren, einen ersten, für den Stiftungsvorstand günstigen Prozessausgang allenfalls überleben, wenn evident falsch entschieden worden ist. In diesem Fall verdient der Vorstand keinen Schutz.

83 Richter, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 377 ff.

84 Richter, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 381.

III. Ausnahmsweise Berechtigung Dritter und der Allgemeinheit

Eine Verantwortlichkeit des Vorstands gegenüber Dritten, die sich nicht als Notzuständigkeit zur Wahrung des Interesses der Stiftung darstellt, kommt nur in Betracht, soweit die Drittinteressen nicht schon durch den Schutz des Eigeninteresses der Stiftung gewahrt sind, weil das Eigeninteresse der juristischen Person und das Interesse der Dritten in verschiedene Richtungen drängen. Das trifft zu, wenn die juristische Person insolvenzreif ist. Denn dann drängt das Interesse der Gläubiger auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, während das Interesse der Stiftung ihrer damit verbundenen Auflösung entgegensteht. Folgerichtig ordnet § 86 BGB durch die Verweisung auf § 42 II BGB eine unmittelbare Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber den Gläubigern an, wenn und soweit diese durch die Verzögerung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschädigt werden. Darüber hinaus wird erörtert, ob das sog. Verfolgungsrecht der Gläubiger aus dem Aktien- und Genossenschaftsrecht durch analoge Anwendung der §§ 93 V, 117 V AktG, 34 V GenG auf das Stiftungsrecht übertragen werden kann⁸⁵. Die Gläubiger könnten danach ggf. wegen ihrer Ansprüche gegen die Stiftung auf die Vorstandsmitglieder durchgreifen, wenn und soweit sie von der Stiftung keine Befriedigung erlangen können und die Vorstandsmitglieder der Stiftung wegen grob fahrlässiger Pflichtverletzung schadensersatzpflichtig sind. Gegen die Zulässigkeit der analogen Anwendung spricht indessen, dass der Gesetzgeber das Verfolgungsrecht für die GmbH geplant, aber letztlich nicht verwirklicht hat⁸⁶. Das verbietet es, einen für alle juristischen Personen des Privatrechts gültigen Rechtsgedanken anzunehmen. Darüber hinaus verbessert das Verfolgungsrecht die Rechtsstellung der Gläubiger im Verhältnis zum allgemeinen Recht kaum. Ob der Gläubiger von der Stiftung keine Befriedigung erlangen kann, lässt sich verlässlich nur mittels eines erfolglosen Vollstreckungsversuchs feststellen. Wenn der Gläubiger aber über einen vollstreckbaren Titel verfügt, kann er den Anspruch der Stiftung gegen das Vorstandsmitglied auch pfänden und an sich überweisen lassen. Dadurch schützt er sich vor der bei Ausübung des Verfolgungsrechts bestehenden Gefahr, dass das Vorstandsmitglied durch Leistung an die Stiftung seine Bemühungen durchkreuzt. Nicht von ungefähr spielt das Verfolgungsrecht auch im Aktien- und Genossenschaftsrecht praktisch keine Rolle⁸⁷.

85 *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 171 ff.

86 BGH, NJW 1990, 1725.

87 *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 171 f.

IV. Fiskus

Dem Steuerfiskus haftet der Stiftungsvorstand nach den §§ 69, 34 AO, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig die steuerrechtlichen Pflichten der Stiftung verletzt und der Fiskus infolgedessen weniger Steuern erhält, als ihm zustehen. Die Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber dem Fiskus ist demnach eine Ausfallhaftung. Im stiftungstypischen Fall der Aberkennung der Gemeinnützigkeit wegen Verletzung der §§ 51 ff. AO haftet der Vorstand nicht auf die dadurch anfallende Steuernachzahlung, sondern lediglich auf den eventuellen Betrag, der von der Stiftung selbst wegen Erschöpfung ihrer Leistungsfähigkeit nicht zu erlangen ist⁸⁸. Davon zu unterscheiden ist die Haftung des Vorstands gegenüber der Stiftung, die den Schaden der Stiftung infolge der Nachzahlungspflicht umfasst und auch in subjektiver Hinsicht nicht von den engen Voraussetzungen des § 69 AO abhängt.

V. Zusammenfassung

Die Haftung von Stiftungsvorständen spielt in der Praxis so gut wie keine Rolle. Dafür gibt es verschiedene Erklärungen. Die erste lautet, die Mitglieder von Stiftungsvorständen stellten in charakterlicher und fachlicher Hinsicht eine Elite dar, die in der Regel keinen Anlass für Beanstandungen liefere. Frei nach *Hegel*: Was wirklich ist, ist vernünftig. Eine zweite Erklärung ist, die Stiftungsvorstände würden durch die (bei privatnützigen Stiftungen überwiegend gar nicht vorhandene) staatliche Stiftungsaufsicht so vorzüglich überwacht und beraten, dass Fehlleistungen sozusagen im Keim erstickt würden. Gleichzeitig hört man, die Stiftungsaufsicht werde meistens von Beamten des gehobenen Dienstes wahrgenommen, die überwiegend mit anderen Aufgaben befasst, im Stiftungsrecht nicht geschult, mangels Profilierungschance desinteressiert und deshalb auf baldigen Wechsel in attraktivere Tätigkeitsfelder bedacht seien. Fazit: Zwischen Ergebnis und Prämisse besteht eine unüberbrückbare Kluft. Realitätsnah dürfte allein eine dritte Erklärung sein, die sich auf Defizite des praktizierten Stiftungsrechts stützt, nämlich 1. auf die teils (weil auf der Natur der Sache beruhende, nicht vermeidbare, teils aber auch) unnötige Konturenlosigkeit der Pflichten des Stiftungsvorstands, 2. auf die jedenfalls nach einigen Landesstiftungsrechten im Vergleich zu ähnlichen privaten Ämtern zu geringen Anforderungen an die Sorgfalt der Amtsführung des Stiftungsvorstands und 3. vor allem auf die unzureichenden Garantien für eine funktionsfähige Durchsetzung der Haftung des Vorstands, deren Schwäche sich nicht zuletzt daraus ergibt, dass die Entwicklung des materiellen Stiftungsrechts diese Garantien überholt hat. Der Diagnose der Defizite entsprechen die gebotenen Therapien: Die Pflichten des Stiftungsvorstands sind besser zu strukturieren

88 Zu den diesbezüglichen Pflichten des Stiftungsvorstands *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 333 ff.

(Verbot der Verfolgung eigener Interessen oder der Interessen Dritter zulasten der Stiftung; strikte Orientierung der Vermögenserhaltungspflicht an den Erfordernissen der dauernden und nachhaltigen Erfüllung des jeweiligen Stiftungszwecks). Die Anforderungen an die Sorgfalt der Amtsführung des Stiftungsvorstands sind (auch zwecks Vermeidung unzulässiger Wertungswidersprüche) an die Anforderungen an die Sorgfalt der Amtsführung der Inhaber ähnlicher Positionen (Mitglieder des Vorstands körperschaftlich organisierter Personen, Testamentsvollstrecker) anzugleichen; die Wirkungen einer etwaigen Entlastung sind der begrenzten Rechtsmacht der entlastenden Instanzen (Stiftungsaufsicht, evtl. Verwaltungsrat der Stiftung) entsprechend zu beurteilen. Und last but not least: Zum Ausgleich der unzureichenden Sicherung der Durchsetzung der Haftung des Stiftungsvorstands sind analog der Gesellschafterklage im Gesellschaftsrecht und nach ausländischem Vorbild im Fall der privatnützigen Stiftung bei Versagen der regulären Vertretung eine (subsidiäre) Destinatärsklage und im Fall der Stiftung des öffentlichen Wohls sogar eine (subsidiäre) Popularklage anzuerkennen.

VI. Summary

In legal practice, the personal liability of charitable organisation directors is not a significant issue. This can be explained by three rivalling theories. First, directors of charitable organisations are part of the elite in personal and professional terms, and usually do not provoke complaints. As *Hegel* put it: what is real, is reasonable. According to the second theory, charity boards are excellently supervised and counselled by governmental authorities (something that is almost non-existent for private foundations). This supervision is supposed to prevent mistakes through timely intervention. This theory is belied, however, by the deplorable state of charity supervision in most German states. Governmental supervision of charitable organisations is carried out by middle-ranking state officials, who are mainly concerned with other duties, who receive no instruction in the law of charities, and who - due to a lack of career prospects - seek to avoid involvement with charity law and instead look to be transferred to more attractive fields of duty. Hence, there is an unbridgeable gap between premise and outcome.

In fact, only the third explanation corresponds to the shortcomings of current charity law: (1) the *uncertain outline* of board members' duties; (2) the (in comparison to other private offices) relatively low standard of *duty of care* that rests upon board members under some state laws of charitable organizations; and above all (3) insufficient guarantees and executable means for enforcing the *board members' liability*, a shortcoming that results to a considerable degree from the fact that changes to the substantive law on charitable organisations outdated the existent guarantees.

The shortcomings diagnosis correlates with the necessary remedies. The structure of the board member's duties needs to be redrafted in a more sophisticated

way, and the standards of duty of care in performing an office within a charitable organization need to be adjusted to the duties of care in carrying out similar offices (such as board member of a corporation, and executor). The effects of exoneration need to be construed with regard to the limited powers of the exonerating bodies (such as the governmental supervision authority, and where existent, an organisation's supplementary boards). Finally and no less important, to compensate insufficient guarantees for an efficient enforcement of directors' liability a (default) standing should be granted to the beneficiaries in the case of private foundations, and to concerned individuals in the case of public-welfare organizations, such standing to be comparable to the shareholder's standing and similar foreign models for enforcing charity board members' liability.

Die Grenzen der Vereinsautonomie

ANJA STEINBECK-MENKE

I. Rechtliche Anknüpfungspunkte der Vereinsautonomie	179	2. Externe Betätigung des Vereins	183
1. Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG	179	3. Interne Selbstbestimmung	184
2. Vereinsautonomie des Privatrechts	180	III. Grenzen der Vereinsautonomie	185
II. Inhalt der Vereinsautonomie	181	1. Höchstgehalt der Vereinsautonomie ..	186
1. Gründungs-, Beitritts- und Austrittsfreiheit	182	2. Mindestgehalt der Vereinsautonomie ..	190
		IV. Zusammenfassung	195
		V. Summary	196

Das Wort »Autonomie« setzt sich aus den griechischen Wörtern *autos* (= selbst) und *nomos* (= Gesetz) zusammen. Die Vereinsautonomie bezeichnet bei wortgetreuer Übersetzung also die Befugnis und die Fähigkeit eines Vereins, sich selbst Rechtsnormen zu geben. Die Befugnis zur »Selbstgesetzgebung« kann jedoch nur insoweit bestehen, als sich der Verein im Rahmen der vorgegeben rechtlichen Ordnung hält.

Mit dieser allgemeinen Erläuterung sind weder der Inhalt noch die Grenzen der Vereinsautonomie in konkreter Form bestimmt. Der folgende Beitrag soll die Grenzen der Vereinsautonomie beschreiben. Dies ist jedoch nur möglich, wenn zuvor die rechtlichen Anknüpfungspunkte und der Inhalt der Vereinsautonomie dargelegt werden.

I. Rechtliche Anknüpfungspunkte der Vereinsautonomie

Rechtliche Anknüpfungspunkte der Vereinsautonomie lassen sich sowohl aus der Verfassung als auch aus den einfachen Gesetzen gewinnen.

1. Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG

Die verfassungsrechtliche Grundlage der Vereinsautonomie findet sich in Art. 9 Abs. 1 GG. Das dort umschriebene Grundrecht gewährleistet allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Die in Art. 9 Abs. 1 GG garantierte Vereinigungsfreiheit trägt dem Menschenbild des Grundgesetzes Rechnung. Das Grundgesetz geht nicht von einem isoliert lebenden Individuum aus, sondern – so das Bundesverfassungsgericht¹ – von dem gemeinschaftsbezogenen und gemein-

¹ BVerfGE 4, 7, 15 = NJW 1954, 1235 ff.; BVerfGE 45, 187, 227 = NJW 1977, 1525 ff.; BVerfGE 50, 290, 355 = NJW 1979, 669 ff.

schaftsverbundenen Menschen, der zur Entfaltung seiner Persönlichkeit auf vielfältige zwischenmenschliche Kontakte angewiesen ist. Es gehört daher zu den elementaren Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit, sich zu beliebigen Zwecken mit anderen in Vereinen, Vereinigungen und Assoziationen aller Art zusammenzuschließen². Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG ist das speziellere Grundrecht im Verhältnis zu der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit³, die die Privatautonomie verfassungsrechtlich garantiert⁴. Folglich handelt es sich bei der in Art. 9 Abs. 1 GG verankerten Vereinsautonomie um einen besonderen Teilbereich der allgemeinen Privatautonomie.

2. Vereinsautonomie des Privatrechts

Während die Vereinsautonomie in Art. 9 Abs. 1 GG eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage hat, findet sich im einfachgesetzlichen Recht keine Vorschrift, die die Vereinsautonomie ausdrücklich garantiert. Rechtsprechung⁵ und Literatur⁶ greifen daher zu ihrer Begründung auf die Gesamtheit der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zurück, aus denen sich ergibt, dass die Konstituierung und Organisation des Vereins sowie die Wahrnehmung der Vereinsangelegenheiten auf den Willen der Vereinsmitglieder zurückzuführen ist und von diesen durch rechtsgeschäftliche Handlungsformen verwirklicht werden kann. Zu diesen Vorschriften zählen die §§ 25, 32 Abs. 1 und 58 BGB⁷. § 25 BGB gibt dem Verein das Recht, seine Verfassung durch die Vereinsatzung selbst zu regeln. Bei der Gestaltung der Satzung sind die Vereinsmitglieder weitgehend frei. Das folgt aus § 40 BGB, der die Vorschriften der §§ 26 ff BGB in großem Umfang für dispositiv erklärt⁸. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BGB werden die »Angelegenheiten

2 BVerfGE 17, 306, 314 = NJW 1964, 1219 ff.; BVerfGE 38, 281, 303 = NJW 1975, 1265 ff.

3 v. Münch/Löwer, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. 1992, Art. 9 GG Rn. 85; Scholz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl., 35. Lieferung 1999, Art. 9 GG Rn. 111.

4 BVerfGE 12, 341, 347; 60, 329, 339; 65, 196, 210; 70, 115, 123; 72, 155, 170; BVerfG, JZ 1987, 874 ff.; BVerfG, NJW 1996, 2021 ff.

5 BVerfGE 83, 341, 358 = NJW 1991, 2623 ff.

6 Soergel/Hadding, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 13. Aufl. 2000, vor § 21 Rn. 79; Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 29; Vieweg, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, 1990, S. 156; Schaible, Der Gesamtverein und seine vereinsmäßig organisierten Untergliederungen, 1992, S. 33.

7 Vgl. RGZ 49, 150, 155; 73, 187, 194; BGHZ 29, 352, 355; KG, OLGZ 1974, 385, 387 = Rpfleger 1974, 394 ff.; OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 995, 996; OLG Celle, Nds. Rpfleger 1995, 48 ff.

8 Zwingend sind nur das Recht, den Vorstand bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abzu-berufen (§ 27 Abs. 2 BGB), das Recht einer Minderheit, die Einberufung der Mitgliederversammlung zu verlangen (§ 37 BGB), das Austrittsrecht der Mitglieder (§ 39 BGB) und das Recht, den Verein aufzulösen (§ 41 BGB).

des Vereins« durch Beschlussfassung der Mitgliederversammlung »geordnet«, soweit nicht ein anderes Organ zuständig ist. Schließlich lässt sich auch § 58 BGB als Hinweis auf die Gestaltungsfreiheit deuten. Diese Norm enthält Angaben über den Inhalt der Satzung. Da § 58 BGB als bloße Ordnungsvorschrift zu verstehen ist⁹, können die Mitglieder abweichende Regelungen treffen.

Der den Vereinsmitgliedern zur Verfügung gestellte Gestaltungsspielraum und die möglichen rechtsgeschäftlichen Handlungsformen (Satzungserrichtung und Beschlussfassung) zeigen, dass die Vereinsautonomie im Bürgerlichen Gesetzbuch stillschweigend vorausgesetzt und anerkannt wird. Ohne das Bestehen der Vereinsautonomie wären die Gestaltungsfreiheit der Mitglieder und die Formen des rechtsgeschäftlichen Handelns weitgehend ohne Bedeutung. Die Tatsache, dass die Vereinsautonomie im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich geregelt ist (ebensowenig die Privatautonomie), ist damit zu erklären, dass der Gesetzgeber sie als selbstverständlich vorausgesetzt hat. Eine ausdrückliche Festlegung der Vereinsautonomie hätte nicht dem Stil des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprochen¹⁰.

Neben diesen gesetzlichen Anknüpfungspunkten beruht die Anerkennung einer umfassenden Vereinsautonomie auch auf einer Rechtsentwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹¹. Im Zuge der politischen Liberalisierung war die Forderung nach Vereinsfreiheit, im Sinne der Freiheit von staatlicher Einmischung in innere Vereinsangelegenheiten, erhoben worden. Die Autonomie der Vereine wurde vornehmlich als Freiheit von Fremdbestimmung durch den Staat verstanden¹². Vor diesem Hintergrund wurde das Fehlen eines staatlichen Aufsichtsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch als ein bewusster Gegensatz zum Preußischen Allgemeinen Landrecht gesehen¹³ und folglich als Hinweis auf die Anerkennung einer umfassenden Autonomie der Vereine gewertet¹⁴.

II. Inhalt der Vereinsautonomie

Bei der Konkretisierung des Inhalts der Vereinsautonomie ist zwischen zwei Rechtsträgern zu unterscheiden. Die Vereinsautonomie begründet zum einen Rechte der natürlichen Person als Vereinsmitglied oder -gründer und zum anderen

⁹ *Soergel/Hadding* (Fn. 6), § 58 BGB Rn. 1.

¹⁰ *Flume*, JZ 1992, 238, 239.

¹¹ Ausführlich dazu *Simon*, Die Rechtsprechung des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts zur Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung von Vereinsentscheidungen, 1972, S. 114.

¹² BGHZ 87, 337, 345, wonach die beschränkte richterliche Überprüfung von Vereinsstrafen gewährleisten solle, »dass die interne Gestaltung des Vereinslebens und die Vereinspolitik nicht auf staatliche Wertvorstellungen festgelegt werden«.

¹³ Das Preußische Allgemeine Landrecht sah eine weitgehende Staatsaufsicht über Vereine vor, vgl. ALR II. 6 § 44.

¹⁴ RGZ 49, 150, 155; *Simon* (Fn. 11), S. 114 f.; *van Look*, Vereinsstrafen als Vertragsstrafen. Ein Beitrag zum inneren Vereinsrecht, 1990, S. 35; *Baecker*, Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen, 1985, S. 24.

Rechte des Vereins. Der zweifache Regelungsgehalt spiegelt sich in der Bezeichnung der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG als sog. »Doppelgrundrecht« wider¹⁵.

1. Gründungs-, Beitritts- und Austrittsfreiheit

Als Individualgrundrecht gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG allen Deutschen das Recht, sich im Rahmen der Gesetze, insbesondere der Typenordnung, in Vereinen und Gesellschaften zusammenzuschließen¹⁶. Mit dieser sog. Gründungsfreiheit ist jedoch der individualrechtliche Regelungsgehalt von Art. 9 Abs. 1 GG nicht erschöpft. Der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit umfasst auch den Beitritt zu einem bereits bestehenden Verein¹⁷, die Betätigung innerhalb eines Vereins, den Verbleib in einem Verein (positive Vereinigungsfreiheit) und auch das Recht, einem Verein fernzubleiben oder aus ihm auszutreten (negative Vereinigungsfreiheit)¹⁸.

Dem verfassungsrechtlich verankerten Grundrecht jedes Deutschen, sich in einem Verein zusammenzuschließen, korrespondiert im Privatrecht die Gründungsfreiheit. Der Einzelne kann autonom, d.h. frei nach seinem Willen entscheiden, ob er mit anderen Rechtssubjekten zusammen einen Verein gründen möchte. Zur Erreichung dieses Ziels stellt ihm die Privatrechtsordnung das Mittel des Rechtsgeschäfts zur Verfügung. Es besteht insoweit eine Parallele zur Abschlussfreiheit im Rahmen der Privatautonomie¹⁹. In unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründungsfreiheit steht das Recht des Einzelnen, einem bestehenden Verein beizutreten (Beitrittsfreiheit) oder die Mitgliedschaft zu beenden, d.h. aus dem Verein auszutreten (Austrittsfreiheit).

Anders als in Art. 9 Abs. 1 GG werden weder die Gründungs- noch die Beitrittsfreiheit im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich genannt. Nur die Austrittsfreiheit hat in § 39 BGB eine Regelung erfahren. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt die Gründungs- und die Beitrittsfreiheit in den §§ 21 ff., 55 ff. BGB jedoch stillschweigend voraus, indem es in diesen Vorschriften die Voraussetzungen bestimmt, unter denen ein Verein die Eigenschaft als juristische Person erlangen kann²⁰.

15 v. Münch-Löwer (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 32; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 414; kritisch zu der Qualifizierung als Doppelgrundrecht: Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, S. 65 ff.

16 BVerfGE 38, 281, 302 = NJW 1975, 1265 ff.

17 BVerfGE 10, 89, 102 = NJW 1959, 1675 ff.; BVerfGE 50, 290, 354 = NJW 1979, 699 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 42.

18 BVerfGE 10, 89, 102 = NJW 1959, 1675 ff.; BVerfGE 30, 415, 426; BVerfG, NJW 1979, 706 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 42; Krogmann (Fn. 15), S. 56; a.A. Friauf, Die negative Vereinigungsfreiheit als Grundrecht, in: FS Reinhardt, 1972, S. 389, 392.

19 Van Look (Fn. 14), S. 65.

20 Van Look (Fn. 14), S. 65.

2. Externe Betätigung des Vereins

Neben dem Recht des Einzelnen, Vereine zu bilden und sich in ihnen zu betätigen, gewährt Art. 9 Abs. 1 GG auch den Vereinen selbst ein Recht auf Fortbestand und Tätigwerden. Zwar gewährleistet der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 GG ausdrücklich nur das Individualgrundrecht, sich in Vereinen zusammenzuschließen. Im Wege einer teleologischen und an der Grundrechtseffektivität ausgerichteten Interpretation gelangen Rechtsprechung²¹ und Literatur²² aber zu der Ansicht, dass nicht nur der Einzelne, sondern auch der Verein selbst Grundrechtsträger ist (sog. kollektive Vereinigungsfreiheit). Die Rechtsordnung gewährleistet damit, dass nicht nur dem Einzelnen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ermöglicht wird. Vielmehr wird der Einzelne auch als Glied einer Vereinigung anerkannt und erhält die Möglichkeit zur »Persönlichkeitsentfaltung in Gemeinschaft«²³. Die kollektive Grundrechtsausübung ist daher letztlich Ausdruck der freien Entfaltung derjenigen natürlichen Personen, die als Mitglieder hinter dem Verein stehen. Dem Verein kommt also in unmittelbarer Anwendung von Art. 9 Abs. 1 GG Grundrechtssubjektivität und eigene Vereinsautonomie zu, wobei es hier dahingestellt bleiben soll, ob sich die Grundrechtsinhaberschaft direkt aus Art. 9 Abs. 1 GG²⁴ oder erst aus Art. 19 Abs. 3 GG ergibt²⁵. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG umfasst insoweit auch das Recht eines Vereins, sich selbst mit anderen wiederum zu einer Vereinigung i.S. v. Art. 9 Abs. 1 GG zusammenzuschließen²⁶.

Auch auf einfachgesetzlicher Ebene können Personenvereinigungen als Rechtsobjekte am Rechtsverkehr teilnehmen. Die Rechtsfigur der juristischen Person ermöglicht es der Personenvereinigung, wie eine natürliche Person (§ 1 BGB) Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Verein als juristische Person rechtsfähig wird, ergeben sich aus dem einfachen Gesetz (§§ 21, 22 BGB).

Grundsätzlich kann eine juristische Person mittels der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsformen die gleichen Rechte und Pflichten begründen wie eine natürliche Person, soweit diese ihrem Sinn und Zweck nach nicht ausschließlich natürlichen

21 BVerfGE 13, 174, 175 = NJW 1961, 2251 ff.; BVerfGE 30, 227, 241 = NJW 1971, 1123 ff.; BVerfGE 50 290, 354 = NJW 1979, 669 ff.

22 Scholz, in: Maunz/Dürig, (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 23.

23 Leßmann, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976, S. 207; W. Schmidt, Die »innere Vereinigungsfreiheit« als Bedingung der Verwirklichung von Grundrechten durch Organisation, ZRP 1977, 255, 258, bezeichnet dies als »Grundrechtsverwirklichung durch Organisation«; vgl. auch van Look (Fn. 14), S. 70.

24 BVerfGE 50, 290, 354 = NJW 1979, 699 ff.

25 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 25.

26 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 55; Beuthien, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 138 f.

Personen vorbehalten sind. So hat z.B. auch ein Verein das Recht, einem anderen Verein beizutreten oder die Mitgliedschaft in diesem wieder zu beenden.

3. Interne Selbstbestimmung

Die freie Betätigung eines Vereins nach außen ist nur dann in effektiver Weise möglich, wenn dem Verein die Freiheit zukommt, über den Vereinszweck frei zu entscheiden. Er hat außerdem das Recht, sich selbst diejenige Organisation zu geben, die er für geeignet hält, um auf Dauer im Hinblick auf den Vereinszweck erfolgreich tätig zu sein. Der Verein muss in der Lage sein, das Vereinsleben autonom zu gestalten und dabei das Verfahren der internen Willensbildung und die Art und Weise der Geschäftsführung eigenverantwortlich zu regeln²⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Urteil zum Mitbestimmungsgesetz ausdrücklich zum Umfang der Vereinsautonomie Stellung genommen. Das Gericht führt aus, der Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG umfasse »für die Vereinigung die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Denn ohne solche Selbstbestimmung könnte von einem freien Vereinigungswesen keine Rede sein; Fremdbestimmung würde dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 1 GG zuwiderlaufen«²⁸. In ähnlicher Weise hat das Bundesverfassungsgericht in dem Bahá'í-Beschluss zum Inhalt des internen Selbstbestimmungsrechts Stellung genommen: »Es gehört zu dieser Autonomie, den mit dieser Autonomie ausgestatteten Einrichtungen das Recht einzuräumen, sich die ihren Zwecken entsprechende Organisation selbst zu geben und diese frei zu bestimmen, soweit dem nicht zwingende Vorschriften oder dem Wesen der entsprechenden Institution zu entnehmende Grundsätze entgegenstehen.«²⁹

Auf einfachgesetzlicher Ebene umfasst die Vereinsautonomie neben der Befugnis zur Selbstgesetzgebung in Form von Satzungen und Vereinsordnungen auch das Recht der Vereine zur Selbstverwaltung, also das Recht zur Anwendung und Durchsetzung der selbst gegebenen Normen im Verhältnis zu den Mitgliedern³⁰. Denn die Befugnis, eine Regel zu setzen, umfasst notwendigerweise auch das Recht zur Anordnung von Sanktionen und zu deren Vollzug im Falle der Regel-

27 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 82.

28 BVerfGE 50, 299, 354 = NJW 1979, 699 ff.

29 BVerfGE 83, 341, 359 = NJW 1991, 2623 ff. Der Beschluss betrifft einen religiösen Verein, der der international verbreiteten Religionsgemeinschaft der Bahá'í angehört und der in seiner Satzung weitreichende Mitwirkungsrechte zugunsten eines außenstehenden, religiös übergeordneten Gremiums vorsieht.

30 RG, JW 1928, 2208 u. 2209; RGZ 107, 386, 387; 125, 338, 340; 147, 11, 14; 152, 228, 231; BGHZ 21, 370, 373; 28, 131, 133; 29, 352, 355; 47, 172, 174; 47, 381, 384; 49, 396, 398; BGHZ 128, 93, 105; Soergel/Hadding (Fn. 6), vor § 21 BGB Rn. 79; Habscheid, Vereinsautonomie, Vereinsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit, in: Schroeder/Kaufmann, Sport und Recht, 1972, S. 158, 159; Lukes, in: FS Westermann, 1974, S. 325, 327; van Look (Fn. 14), S. 32; Vieweg (Fn. 6), S. 149; Krogmann (Fn. 15), S. 60.

verletzung. Autonomie bedeutet damit inhaltliche Gestaltungsfreiheit hinsichtlich aller vereinsinternen Regelungsgegenstände³¹. Versteht man die Vereinsautonomie in diesem umfassenden Sinne, dann unterliegen der Vereinsautonomie unter anderem folgende Regelungsgegenstände: die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern, die Entscheidung des Vereins über die Aufnahme oder den Ausschluss der Mitglieder, die Regelung der inneren Organisation des Vereins durch das Aufstellen einer Satzung nach § 25 BGB, die Verwirklichung dieser Organisation durch die Bestellung von Organen nach §§ 27 Abs. 1, 30 BGB, die Geschäftsführung nach § 27 Abs. 3 BGB sowie die Regelung der sonstigen Angelegenheiten des Vereins i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 BGB. Darüber hinaus umfasst die Autonomie das Recht des Vereins, sich jederzeit aufzulösen (§ 41 BGB). In diesem Zusammenhang sei schließlich noch auf einen weiteren Bestandteil der Vereinsautonomie hingewiesen, den das Bundesverfassungsgericht im Bahá'í-Beschluss hervorhebt. Dort führt das Gericht aus, »dass die Autonomie auch in der Weise ausgeübt werden kann, dass das Selbstverwaltungsrecht satzungsgemäß beschränkt wird ...«³². Damit wird deutlich, dass das Recht auf interne Selbstbestimmung grundsätzlich auch die Möglichkeit des Vereins umfasst, sich einem fremden Willen zu unterwerfen.

III. Grenzen der Vereinsautonomie

Keine Freiheit kann in unserer Rechtsordnung ohne Grenzen bestehen. Dementsprechend bedarf auch die Vereinsautonomie gewisser Schranken, die sich in zwei Richtungen festlegen lassen. Zum einen muss eine Grenze gefunden werden, die den Höchstgehalt der Vereinsautonomie festlegt (sog. Maximalgrenze). Zum anderen ist der Mindestgehalt der Vereinsautonomie zu bestimmen (sog. Minimalgrenze)³³. Der Höchstgehalt der Vereinsautonomie umfasst das Maß an Vereinsautonomie, das ein Verein gegenüber Dritten, aber auch gegenüber seinen Mitgliedern bei der Ausgestaltung seiner Rechtsverhältnisse höchstens in Anspruch nehmen darf. Geht es um die Maximalgrenzen der Vereinsautonomie, steht also vor allem der Schutz der Mitglieder und außenstehender Dritter vor belastenden Satzungsregelungen und anderen Maßnahmen des Vereins in Rede. Der Mindestgehalt der Vereinsautonomie dagegen kennzeichnet den unantastbaren Kernbereich der Vereinsautonomie, der weder durch staatliche Gewalt noch durch privatautonome Gestaltung eingeschränkt werden darf. Die Minimalgrenzen der Vereinsautonomie haben nicht das Ziel, die Macht des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern oder Dritten zu begrenzen. Es geht hier in erster Linie um die Frage, welchen Grenzen das Recht der Gründer und der Vereinsmitglieder unterliegt, die für das Vereinsle-

31 *Van Look* (Fn. 14), S. 68.

32 BVerfGE 83, 341, 359 = NJW 1991, 2623 ff.

33 So die Terminologie bei *Vieweg* (Fn. 6), S. 166 ff.

ben notwendigen Entscheidungen unter Mitwirkung oder gar ausschließlich von Dritten treffen zu lassen. Die Vereinsautonomie, die das Recht zu einer eigenverantwortlichen Regelung und Verwaltung gewährleistet, wird hier verstanden als »die Freiheit vom Einfluss Außenstehender«³⁴. Der Mindestgehalt der Vereinsautonomie hat demnach die Aufgabe, die Selbstbestimmung des Vereins zu sichern.

1. Höchstgehalt der Vereinsautonomie

Auch bei der Bestimmung des Höchstgehalts der Vereinsautonomie lassen sich verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen unterscheiden.

a) Verfassungsrechtliche Grenzen

Auf verfassungsrechtlicher Ebene ergeben sich ausdrückliche Schranken der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 2 GG. Danach sind Vereine, deren Zwecke oder Tätigkeiten den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten, verboten.

Aus der sog. Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG lassen sich keine Grenzen der Vereinigungsfreiheit herleiten. Die dort genannten Schranken sind nicht auf andere Grundrechte und damit auch nicht auf die Vereinigungsfreiheit anwendbar, denn Art. 2 Abs. 1 GG ist subsidiär zu den spezielleren Einzelfreiheitsrechten³⁵.

Weitere Grenzen der Vereinigungsfreiheit folgen jedoch aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien. Hier ist insbesondere an die grundrechtsimmanenten Schranken zu denken. Grundrechtsimmanente Schranken ergeben sich aus kollidierenden Grundrechten Dritter und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten. Wenn diesen Rechtsgütern im konkreten Einzelfall das höhere Gewicht zukommt, können sie mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte Wertordnung andere Grundrechte begrenzen³⁶. Dementsprechend findet die Vereinigungsfreiheit ihre Grenze dort, wo ihre Ausübung die Grundrechte anderer verletzt³⁷. Anhaltspunkte zur Konkretisierung der grundrechtsimmanenten Schranken lassen sich aus dem bereits genannten Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts gewinnen. Dort heißt es: »Die Vereinigungsfreiheit ist in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, die Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen.«³⁸

34 *Soergel/Hadding* (Fn. 6), vor § 21 BGB Rn. 79.

35 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 114; *Vieweg* (Fn. 6), S. 176; vgl. auch BVerfGE 30, 173, 192 (zu Art. 5 Abs. 3 GG); 32, 98, 107 (zu Art. 4 GG).

36 BVerfGE 28, 242, 261 ff.

37 *v. Münch/Löwer* (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 33.

38 BVerfGE 50, 290, 354 = NJW 1979, 669 ff.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese Regelungen als Ausgestaltung des Inhalts und nicht als Schranken der Vereinsautonomie versteht (sog. Ausgestaltungsvorbehalt), lassen sich aus den Ausführungen Kriterien entnehmen, die für die Bestimmung des Umfangs der Vereinsautonomie von Bedeutung sind. Insbesondere die genannten »Rechte der Mitglieder« und »schutzbedürftigen Belange Dritter« weisen auf die grundrechtssimmanenten Schranken der Vereinsautonomie hin.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob sich der Verein auch im Verhältnis zu seinen Mitgliedern auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen kann, ob mit anderen Worten die Autonomie des Vereins ihrerseits eine Schranke für die Grundrechte der Mitglieder darstellt. Dies wird zum Teil mit dem Argument verneint, dass die kollektive Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG nur die individuelle Vereinigungsfreiheit selbst stärken solle, so dass die Vereinigung in Entstehung und Fortbestand von der freiheitlichen Grundrechtsausübung ihrer Mitglieder abhängig sei. Sei das kollektive Grundrecht jedoch individualschutzorientiert und aus der Effektivierung des Individualschutzes allein gerechtfertigt, müsse es in dieser Legitimation auch seine Grenze finden³⁹. Die kollektive Vereinigungsfreiheit könne folglich nicht herangezogen werden, um die Grundrechte der Mitglieder zu beschränken. Ähnliche Bedenken äußert *v. Look*, der befürchtet, die Wertentscheidung und Wertordnung des Grundgesetzes, das den Freiheitsbereich des Einzelnen durch die Zulassung kollektiver Rechtsausübung erweitern wolle, würden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man aus Art. 9 Abs. 1 GG eine Form der Autonomie herleitet, kraft derer die einzelnen Mitglieder nunmehr einer Fremdbestimmung durch das übergeordnete Kollektiv unterworfen sind⁴⁰.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Zuzustimmen ist zwar dem Gedanken, dass die Institutionsgarantie des Art. 9 Abs. 1 GG dem Verein keine Vorrangstellung gegenüber seinen Mitgliedern einräumt. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, das Verhältnis zwischen Verein und Mitglied als ein Über-Unterordnungsverhältnis zu qualifizieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich Verein und Mitglied auf der Ebene der Gleichordnung begegnen. Allerdings erscheint es bedenklich, unter Hinweis auf den »Effektivierungsgedanken« dem Verein gegenüber seinen Mitgliedern jeglichen Grundrechtsschutz zu versagen. Auch der Verein kann sich in einer schutzwürdigen Position befinden, die gegenüber den Grundrechten der einzelnen Mitglieder abgewogen werden muss. Dies wird deutlich, wenn man sich die typische Konstellation eines Konfliktes zwischen Verein und Mitglied vor Augen führt. In einem solchen Fall schützt die Institutionsgarantie die Grundrechtsausübung der Mehrheit, die den Willen des Vereins bildet. Man würde die Grundrechtsausübung durch die Mehrheit ignorieren, wenn die Institutionsgarantie keine Geltung gegenüber den Mitgliedern beanspruchen könnte. Dementsprechend stellt es keine Verkehrung der Werte dar, wenn die Grundrechte des einzel-

39 Jötten, Vereinsautonomie und Grundrechtsschutz der Vereinsmitglieder, 1976, S. 320.

40 *Van Look* (Fn. 14), S. 70.

nen Mitglieds in diesem Fall nicht schrankenlos bestehen, sondern gegenüber der institutionell garantierten Vereinigungsfreiheit (als zusammengefasste Grundrechtsausübung der Mehrheit) abgewogen werden müssen. Dem Verein muss daher gegenüber seinen Mitgliedern Grundrechtssubjektivität zuerkannt werden⁴¹. Hervorgehoben sei jedoch, dass damit noch keine Aussage über den etwaigen Vorrang der einen oder der anderen Position getroffen ist⁴².

b) Einfachgesetzliche Grenzen

Einfachgesetzliche Grenzen der Vereinsautonomie ergeben sich zunächst aus den zwingenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Vereinsrecht ist jedoch in nur wenigen und zudem weitgehend dispositiven Vorschriften geregelt. Zwingende Vorschriften gibt es nur wenige. Sie betreffen entweder das Außenverhältnis des Vereins, wie die Vertretungsmacht und die Außenhaftung (§§ 26, 28 Abs. 2, 29 bis 31 BGB), oder die Ausgestaltung der Satzung (§§ 27 Abs. 2, 39 und 41 BGB). Nach letzteren Vorschriften ist das Recht, den Vorstand aus wichtigem Grund abzurufen, ebensowenig abdingbar wie das Austrittsrecht der Mitglieder und das Recht, den Verein aufzulösen. Von diesen Grenzen abgesehen genießen die Vereinsmitglieder weitgehende Freiheit bei der Gestaltung des Vereinslebens. Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass die Vereinsautonomie ein Teilbereich der Privatautonomie ist⁴³. Infolgedessen lassen sich weitere Schranken der Vereinsautonomie aus den allgemeinen Grenzen der Privatautonomie herleiten.

Von weiterführendem Interesse sind hier die Vorschriften der §§ 134, 138 und 242 BGB. Satzungsregelungen oder andere Vereinsmaßnahmen sind vom Umfang der Vereinsautonomie nicht mehr gedeckt und damit unwirksam, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen. Ein sittenwidriger Eingriff in die Rechte der Mitglieder wird beispielsweise von der Rechtsprechung angenommen, wenn die Satzung für Vereinsstreitigkeiten einen völligen Ausschluss des Rechtswegs vorsieht⁴⁴.

41 Im Ergebnis ebenso *Vieweg* (Fn. 6), S. 192; *Baecker* (Fn. 14), S. 59; *Reemann*, Die Verfassung des Vereins. Notwendiger Inhalt und Individualschutz, 1988, S. 204 f.; OLG Frankfurt, WRP 1985, 500, 503: »Der Vereinsautonomie des Klägers (Verein) steht die Vereinsautonomie des Beklagten (Verband) gegenüber«; a.A. *Jötten* (Fn. 39), S. 325.

42 A.A. *Reemann* (Fn. 41), S. 205, der davon ausgeht, dass die Abwägung in der Regel zugunsten des Vereins ausfällt.

43 BayObLGZ 1977, 6, 9; *Flume*, Die Vereinsstrafe, in: FS Bötticher, 1969, S. 101 ff.; *Coing*, Das Privatrecht und die Probleme der Ordnung des Verbandswesens, in: FS Flume, Band I, 1978, S. 429, 430; *Soergel/Hadding* (Fn. 6), vor § 21 BGB Rn. 79; *Staudinger/Weick*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1979, 13. Bearb. 1995, Vorbem. § 21 BGB Rn. 38; Reichsgerichtsrätekommentar/*Steffen*, Das BGB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH, Band 1, 12. Aufl., 1982, vor § 21 BGB Rn. 32; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, § 1 I 1; *Säcker*, Probleme der Repräsentation von Großvereinen, 1986, S. 12.

44 OLG Celle, WM 1988, 495 m. Anm. *Grunewald* = WuB II L. § 38 BGB 2.88 (*van Look*).

Neben den Grenzen, die sich aus §§ 134 und 138 BGB ergeben, kann auch die an § 242 BGB geknüpfte Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen zu einer Einschränkung der Vereinsautonomie führen. Eine Inhaltskontrolle ist nach Ansicht der Rechtsprechung⁴⁵ jedenfalls bei den Vereinen zulässig, die eine Monopolstellung oder zumindest eine überragende Machtstellung in einem wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben. Neben der Satzung werden bei diesen Vereinen auch andere Maßnahmen, wie etwa die Verweigerung der Aufnahme eines Mitglieds⁴⁶ oder der Ausschluss eines Mitglieds⁴⁷, einer Angemessenheitskontrolle durch die Gerichte unterzogen. In der Literatur⁴⁸ wird zum Teil eine Inhaltskontrolle bei allen Vereinen befürwortet. Für einen so weitgehenden Eingriff in die Vereinsautonomie durch die Gerichte besteht jedoch keine Rechtfertigung, weil in den meisten Vereinen die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft und die Möglichkeit der Mitwirkung der Mitglieder bei der Willensbildung eine hinreichende Gewähr für die Angemessenheit des Regelwerkes bietet⁴⁹.

Eine Grenze der Vereinsautonomie ergibt sich schließlich aus § 25 BGB. Diese Vorschrift ist nicht nur rechtlicher Anknüpfungspunkt der Vereinsautonomie⁵⁰. Sie legt darüber hinaus auch eine Grenze der Vereinsautonomie fest, indem sie vorschreibt, dass Regelungen, die materiell die Verfassung des Vereins bilden, nur wirksam in der Satzung geregelt werden können (sog. Satzungsvorbehalt)⁵¹. Die Gestaltungsfreiheit des Vereins ist folglich insoweit eingeschränkt, als die betref-

45 BGHZ 63, 282 ff. = NJW 1988, 554 ff.; BGH, NJW 1980, 186 ff.; BGHZ 93, 151 ff. = NJW 1985, 1216 ff.; BGHZ 102, 265 ff. = NJW 1988, 552 ff.; BGH, WM 1991, 948 ff.; BGHZ 105, 306 ff. = NJW 1989, 1724 ff.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 503 ff.; OLG Celle, NJW-RR 1989, 313 ff.; KG, NJW-RR 1993, 183 ff.; LG Heidelberg, 1990, 625 ff.

46 Zum Anspruch auf Aufnahme in einen Verein vgl., RGZ 106, 120 ff.; BGH, NJW 1969, 316 ff.; BGHZ 63, 282 ff. = NJW 1975, 771 ff.; BGH, NJW 1980, 186 ff. = GRUR 1979 m. Anm. *Gaedertz*; BGHZ 93, 151 ff. = NJW 1985, 1216 ff.; BGHZ 101, 193 ff. = NJW 1987, 2502 ff.; OLG Celle, NJW-RR 1989, 313; KG, NJW-RR 1993, 183 ff. = JuS 1993, 420 m. Anm. *K. Schmidt*; *Birk*, Der Aufnahmewang von Vereinen und Verbänden, JZ 1972, 343 ff.; *Nicklisch*, Der verbandsrechtliche Aufnahmewang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevorschriften, JZ 1976, 105 ff.; *Grunewald*, Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, AcP 82 (1982), 181 ff.; *Traub*, Verbandsautonomie und Diskriminierung, WRP 1985, 591 ff.; *Bartodziej*, Ansprüche auf Mitgliedschaft in Vereinen und Verbänden, ZGR 1991, 517 ff.; *Steinbeck*, Der Anspruch auf Aufnahme in einen Verein, WuW 1996, 91 ff.

47 Zur Überprüfbarkeit von Vereinsausschlüssen und Vereinsstrafen durch die Gerichte vgl. RGZ 107, 386 ff.; RGZ 140, 23; 147, 11 ff.; RG, JW 1928, 2208 u. 2209; BGHZ 13, 5; 21, 370 ff.; 29, 352 ff.; 47, 172 ff. = NJW 1967, 1268; BGH, NJW 1973, 35 ff.; BGHZ 71, 126 ff.; BGHZ 75, 158 ff.; BGH, NJW 1981, 2178 ff.; BGHZ 87, 337 ff. = NJW 1984, 918; BGHZ 102, 265 ff. = NJW 1988, 552 ff.; BGH, ZIP 1997, 1501.

48 *Van Look* (Fn. 14), S. 179; *Vieweg* (Fn. 6), S. 234;

49 Siehe ausführlich dazu *Steinbeck*, Vereinsautonomie und Dritteinfluss, 1999, S. 217 ff.

50 Siehe dazu oben I. 2.

51 BGHZ 47, 172, 177.

fende Regelung nicht in einer Vereinsordnung oder einer anderen, der Satzung nachrangigen, rechtlichen Grundlage getroffen werden kann.

2. Mindestgehalt der Vereinsautonomie

Der Mindestgehalt der Vereinsautonomie beschreibt den rechtlich garantierten Kernbereich der Vereinsautonomie. Es geht also um die Frage, wieviel an Selbstbestimmung einem Verein mindestens verbleiben muss, wenn die Mitglieder sich entscheiden, Entscheidungskompetenzen auf außenstehende Dritte zu übertragen. Auch bei der Konkretisierung des Mindestgehalts der Vereinsautonomie erscheint eine Differenzierung zwischen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grenzen dienlich.

a) Verfassungsrechtliche Grenzen

Positivrechtlicher Anknüpfungspunkt auf Verfassungsebene für die Bestimmung des Kernbereichs der Vereinsautonomie ist die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Damit ist jedoch noch nicht viel gewonnen, denn der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts lässt sich nur schwer bestimmen⁵². Einen Anhaltspunkt zur Konkretisierung des Kernbereichs liefert erneut das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts⁵³. Das Gericht hat ausgeführt, der Gesetzgeber dürfe die Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit nicht nach Belieben vornehmen, sondern habe sich hierbei an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren. Die Ausgestaltung müsse auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet sei, die Selbstbestimmung des Vereins unter Berücksichtigung der Notwendigkeiten eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten. Der Mindestgehalt der Vereinsautonomie sei insbesondere dann nicht mehr gewährleistet, wenn durch die Einflussnahme außenstehender Dritter die organisatorische Funktionsfähigkeit der Vereine oder deren Selbstbestimmung im Hinblick auf die Satzungsgebung oder Selbstverwaltung aufgehoben werde. Im Hinblick auf die Selbstbestimmung betont das Bundesverfassungsgericht weiter, dass nicht jegliche Fremdbestimmung einen unzulässigen Eingriff in die Autonomie eines Vereins darstelle. In dem konkreten Fall entschied das Gericht, dass Art. 9 Abs. 1 GG den Gesetzgeber nicht verpflichte, bei der Ausgestaltung des Rechts der Kapitalgesellschaften jegliche Fremdbestimmung bei der Organbestellung und Willensbildung der Gesellschaften auszuschließen. Vielmehr sei ein gewisses Maß an Fremdbestimmung in Kauf zu nehmen, sofern die gesetzlichen Regelungen nicht sachfremd seien und im Interesse schutzwürdiger Belange ergingen⁵⁴.

52 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 3), Art. 19 Abs. 2 GG Rn. 1 ff.; v. *Münch/Krebs* (Fn. 3), Art. 19 GG Rn. 22; *Hesse* (Fn. 15), Rn. 332.

53 BVerfGE 50, 290, 299 = NJW 1979, 699 ff.

54 BVerfGE 50, 290, 360 f. = NJW 1979, 699 ff.

b) Einfachgesetzliche Grenzen

Aus dem Wortlaut der wenigen zwingenden Vorschriften des Vereinsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs lassen sich Grenzen für den Einfluss außenstehender Dritter nicht ermitteln. Vielmehr ist die Binnenstruktur des Vereins und damit die Art und Weise der innerorganisatorischen Willensbildung weitgehend zur Disposition der Mitglieder gestellt (vgl. § 40 BGB). So ist beispielsweise auch die in § 32 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene Zuständigkeit der Mitgliederversammlung für alle Angelegenheiten des Vereins dispositiv. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann die Satzung also eine andere Zuständigkeit begründen und Dritten die Entscheidungen übertragen.

Dennoch besteht in Rechtsprechung⁵⁵ und Literatur⁵⁶ Einigkeit darüber, dass die Dispositionsfreiheit der Mitglieder und damit die mögliche Einflussnahme Dritter auf einen Verein gewissen Schranken unterliegt. Die dogmatische Grundlage für eine solche Grenze ist umstritten⁵⁷, richtigerweise jedoch in dem Verbot der Selbstentmündigung nach § 138 BGB zu finden⁵⁸. Das für natürliche Personen geltende Verbot, sich der Selbstbestimmung gänzlich zu begeben, ist auf juristische Personen übertragbar, denn das schutzwürdige Interesse einer natürlichen Person, vor einer übermäßigen Fremdbestimmung geschützt zu werden, besteht auch dann fort, wenn sich der Einzelne mit anderen zu einem Verein zusammenschließt. Da die Mitglieder eines Vereins – durch den Vereinszweck objektiviert – das Interesse des Vereins bilden, kehrt das Interesse des Einzelnen an einem Mindestmaß an Selbstbestimmung als Interesse des Vereins an körperschaftlicher Selbstbestimmung wieder. Daraus folgt: Ebensowenig wie das Interesse einer natürlichen Person, übermäßige Fremdbestimmung abzuwehren, zur Disposition des Einzelnen steht, kann sich der Verein seiner körperschaftlichen Selbstbestimmung begeben.

Ein solcher unzulässiger Fremdeinfluss wird nach überwiegender Ansicht eröffnet, wenn die Mitglieder das Schicksal des Vereins völlig in fremde Hände legen,

55 BVerfGE 83, 341, 360 = NJW 1991, 2625 ff.; KG OLGZ 1974, 385, 387 = Rpfleger 1974, 394 ff.; BayObLGZ 1975, 435, 440; BayObLG, NJW 1980, 1756, 1757; OLG Frankfurt a.M., NJW 1983, 2576; OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 995, 996; OLG Köln, NJW 1992, 1048; LG Hildesheim, NJW 1965, 2400; LG Siegen, Rpfleger 1964, 267; LG Krefeld, Rpfleger 1968, 17; LG Aachen, DVBl 1976, 914, 915; LG Bremen, Rpfleger 1989, 202; LG Schweinfurt, KirchenE 1987, 189.

56 *Bondi*, Übertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen, in: FS Liebmann, 1920, S. 278, 283 »willenloses Werkzeug in den Händen dritter Personen«; *Dütz*, Tendenzaufsicht im Vereinsrecht, in: FS Herschel, 1982, S. 55, 57; *Wiedemann*, Verbandssouveränität und Außeneinfluss, in: FS Schilling, 1979, S. 105, 111; *Priester*, Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, in: FS Werner, 1984, S. 657, 663; *Sauter/Schweyer*, Der eingetragene Verein, 16. Aufl. 1997, Rn. 39 a; *Stöber*, Vereinsrecht, 8. Aufl. 2002, Rn. 30; *Soergel/Hadding* (Fn. 6), vor § 21 BGB Rn. 79; *RGRK-Steffen* (Fn. 43), vor § 21 BGB Rn. 25; *Summerer* in: Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 2/4; *Schaible* (Fn. 6), S. 34.

57 Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen *Steinbeck* (Fn. 49), S. 33 ff.

58 *Steinbeck* (Fn. 49), S. 42 ff.

wenn die Satzung des Vereins also so gestaltet wird, dass dem Verein keine eigene Bedeutung mehr zukommt, weil keine genügende Selbstständigkeit zur eigenen Willensbildung und gemeinsamen Zweckverfolgung der Mitglieder mehr vorhanden ist. In diesem Fall ist der Verein vielmehr nur noch ein rechtlich verselbstständigtes Sondervermögen des Dritten⁵⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat im Bahá'í-Beschluss den Standpunkt der zivilrechtlichen Rechtsprechung wie folgt beschrieben: »In der Rechtsprechung wird hervorgehoben, dass diese Autonomie auch in der Weise ausgeübt werden kann, dass das Selbstverwaltungsrecht des Vereins satzungsgemäß beschränkt wird (...)»⁶⁰. (...) Die Grenze ist erst dort erreicht, wo die Selbstbestimmung und Selbstverwaltung des Vereins nicht nur in bestimmten Hinsichten, wie sie sich aus der religionsrechtlich vorausgesetzten hierarchischen Einordnung ergeben, sondern darüber hinaus in weitem Umfang ausgeschlossen werden; der Verein würde dann nicht mehr vornehmlich vom Willen der Mitglieder getragen, sondern zur bloßen Verwaltungsstelle oder einem bloßen Sondervermögen eines anderen.«⁶¹

Die Grenzen des Dritteinflusses werden in Rechtsprechung und Literatur also weitgehend mit gleichen Worten beschrieben. Doch bürgen die nahezu übereinstimmenden Formulierungen nicht für eine Übereinstimmung in der Sache. Hinter der vordergründig einheitlichen Sichtweise verbergen sich bei näherer Betrachtung sehr unterschiedliche Auffassungen im Hinblick darauf, wo die Grenze zwischen der zulässigen Ausübung von Vereinsautonomie und der unzulässigen Einräumung von Fremdbestimmung im Einzelfall verläuft.

So wird es beispielsweise nicht einheitlich beurteilt, ob ein Verein das Recht zur Gestaltung der Satzung auf vereinsfremde Dritte übertragen darf, oder ob darin bereits ein Eingriff in den Kernbereich der Vereinsautonomie zu sehen ist⁶². Die gleiche Frage stellt sich bei der Bestellung des Vorstandes durch einen vereinsfremden Dritten.

aa) Satzungsgestaltung durch Dritte

Rechtsprechung und Literatur halten es zum Teil für zulässig, wenn ein nicht dem Verein angehöriger Dritter Einfluss auf den Inhalt der Satzung nimmt, sei es durch eine Gestaltung der Satzung⁶³, sei es durch einen Zustimmungsvorbehalt zu einer von der Mitgliederversammlung beschlossenen Satzungsänderung. Diese Ansicht

59 So oder ähnlich die in Fn. 56 Genannten.

60 BVerfGE 83, 341, 359 = NJW 1991, 2623 ff.

61 BVerfGE 83, 341, 360 = NJW 1991, 2623 ff., Bezug nehmend auf KG, OLGZ 1974, 385, 390; BayObLGZ 1979, 303, 308 ff.

62 Zur Zulässigkeit anderer Einflussrechte siehe *Steinbeck* (Fn. 49), S. 82 ff.

63 RG, JW 1927, 2363; BGHZ 90, 331, 334 = NJW 1984, 2223; BayObLGZ 1977, 6, 9; OLG Karlsruhe, OLGZ 1978, 226, 227; OLG Bamberg, NJW 1982, 895, 896; ebenso *Soergel/Hadding* (Fn. 6), vor § 21 Rn. 53; *Reichert*, Rn. 2763; *Sauter/Schweyer* (Fn. 56), Rn. 329 (alle für den Fall, dass es sich bei dem Dritten um einen Gesamtverein handelt, der seinem Zweigverein den Inhalt der Satzung vorschreibt).

ist bedenklich, ist es doch Merkmal einer jeden rechtlich verselbstständigten Personenvereinigung, dass die Mitglieder des Vereins in der Lage sind, die rechtlichen Grundlagen ihres Zusammenschlusses selbstständig zu gestalten. Daher muss auch die Errichtung und die Änderung der Satzung auf den Willen der Mitglieder zurückzuführen sein. Liegt die Satzungsautonomie nicht bei den Mitgliedern, kann der aktuelle Mitgliederwille nicht zum Tragen kommen, und von einem eigenverantwortlichen Handeln des Vereins kann keine Rede mehr sein.

Gegen die fundamentale Bedeutung der Satzung für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse in einem Verein ist eingewendet worden, die Satzung sei nur das »abstrakte Gerüst« für das tägliche Vereinsleben, das die Mitgliederversammlung und der Vorstand erst mit Inhalten entsprechend dem Vereinszweck füllen müssten. Innerhalb der Satzung könne der Verein rechtlich unabhängig seine Tätigkeit entfalten⁶⁴, denn in die laufende Verwaltung durch die Mitgliederversammlung und den Vorstand könne der Dritte nicht eingreifen. Da das Vereinsrecht nicht durch ständige Änderungen der Satzung gekennzeichnet sei, bleibe der Einfluss des Dritten auf das normale »Alltagsleben« eines Vereins im Regelfall gering⁶⁵. Eine solche Argumentation verkennt, dass die Satzung das Fundament für das gesamte Vereinsleben ist. Sie regelt die organisatorischen Grundlagen des Vereins und die Rechtsverhältnisse der Mitglieder untereinander und zum Verein. Der Satzung kommt damit sehr wohl eine entscheidende Bedeutung für das »Alltagsleben« eines Vereins zu. Es ist deshalb daran festzuhalten, dass die Kompetenz der Mitgliederversammlung zur Satzungsgestaltung der empfindlichste Bereich der Vereinsautonomie ist. Das Recht eines Dritten, die Satzung eines Vereins zu gestalten, stellt daher die denkbar weiteste Einflussnahme auf die Geschicke des Vereins dar und führt zur weitgehenden Selbstentmündigung der Mitglieder⁶⁶. Wenn nicht einmal die Übertragung der Zuständigkeit zur Satzungsänderung auf einen Dritten zu einer Selbstentmündigung des Vereins führt, so ist schwerlich vorstellbar, in welchen Fällen eine Selbstentmündigung dann überhaupt angenommen werden sollte. Dementsprechend kann das Recht zur Gestaltung der Satzung nicht auf Dritte übertragen werden⁶⁷.

64 KG, OLGZ 1974, 385, 391= Rpfleger 1974, 394 ff.

65 *Schaible* (Fn. 6), S. 42; *Edenfeld*, Die Rechtsbeziehungen des bürgerlich-rechtlichen Vereins zu Nichtmitgliedern, 1996, S. 97, die diese Argumentation allerdings nur heranziehen, um die Zulässigkeit eines Zustimmungsrechts zu begründen. Konsequenterweise müssten sie Gleiches auch für die rechtliche Beurteilung eines Alleinentscheidungsrechts geltend machen. In diesem Zusammenhang bezeichnet *Schaible* (Fn. 6), S. 50, jedoch die Satzungsbefugnis der Mitgliederversammlung als wesentlichen Faktor im »Leben« eines Vereins.

66 *Steinbeck* (Fn. 49), S. 89 ff.; ähnlich MünchKomm/Reuter, Kommentar zum BGB, Band 1, 4. Aufl. 2001, vor § 21 Rn. 133, der das Recht zur Satzungsgestaltung als konstitutives Element für die Vereinseigenschaft ansieht.

67 OLG Frankfurt a.M., NJW 1983, 2576 f. m. Anm. *Machanek*, JuS 1985, 440 ff.; kritisch auch OLG Celle, Nds., Rpfleger 1995, 48, 49; *Steinbeck* (Fn. 57), S. 85, 89 ff. m.w.N.; *Flume*, Die Vereinsautonomie und ihre Wahrung durch die Mitglieder hinsichtlich der

Es schließt sich die Frage an, ob der Mindestgehalt der Vereinsautonomie gewahrt ist, wenn einem Dritten ein Zustimmungsrecht zu Satzungsänderungen eingeräumt wird. Im Unterschied zu einer vollständigen Übertragung der Satzungsautonomie kann der Dritte bei einem bloßen Zustimmungsrecht Satzungsänderungen nicht ohne die Mitwirkung der Mitglieder vornehmen. Das Zustimmungsrecht verleiht dem Dritten nur die Macht, eine durch die Mitgliederversammlung beschlossene Satzungsänderung zu verhindern. Eine Satzungsänderung kann er aus eigener Initiative, losgelöst vom Willen der Mitglieder, weder anregen noch beschließen⁶⁸. Daraus wird zum Teil der Schluss gezogen, ein Zustimmungsrecht zugunsten eines Dritten respektiere das erforderliche Mindestmaß an Selbstbestimmung, da die »eigentliche« Satzungsänderungskompetenz dem Verein erhalten bleibe⁶⁹. Diese formalistische Argumentation wird dem tatsächlichen Ablauf des Entscheidungsprozesses bei Satzungsänderungen jedoch nicht gerecht. Der Inhaber eines Zustimmungsrechts kann jede von der Mitgliederversammlung beschlossene Satzungsänderung verhindern. Sowohl bei einem Alleinentscheidungsrecht als auch bei einem Zustimmungsrecht ist daher eine Satzungsänderung gegen den Willen des Dritten nicht möglich. Zwar könnte man argumentieren, dass ein Zustimmungsrecht – anders als ein Alleinentscheidungsrecht – ein Hineinregieren des Dritten in die Angelegenheiten des Vereins nicht ermögliche, weil die fehlende Zustimmung des Dritten nicht mehr bewirke, als dass der Verein seine Satzung nicht ändern könne und daher am status quo festgehalten werde⁷⁰. Das Festhalten am status quo kann aber unter veränderten Außenbedingungen genauso einschneidende Auswirkungen auf das Vereinsleben haben wie eine aufgedrängte neue Satzungsregelung. Zur Wahrung der Vereinsautonomie kann es nicht genügen, dass die konkrete Satzungsänderung (auch) auf dem Willen der Mitglieder beruht. Es kommt vielmehr darauf an, dass der aktuelle Inhalt der Satzung den Willen der Mitglieder widerspiegelt. Das ist jedoch nicht gewährleistet, wenn für eine Änderung der Satzung die Zustimmung eines außenstehenden Dritten erforderlich ist. In diesen Fällen verläuft der Entscheidungsprozess innerhalb des Vereins gerade nicht autonom. Im Konfliktfall kann das Zustimmungsrecht des Dritten ein ebenso wirksames Instrument zur Fremdbestimmung des Vereins sein wie eine Sat-

Selbstverwaltung der Vereinsangelegenheiten und der Satzungsautonomie, in: FS Coing Band II, S. 97, 102; Reichert, Rn. 418; Sauter/Schweyer (Fn. 56), Rn. 136; Stöber, Rn. 619; Soergel/Hadding (Fn. 6), § 33 BGB Rn. 7; Beuthien/Gätsch, Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR 156 (1992), 459, 479; a.A. LG Stuttgart, zitiert in den Entscheidungsgründen des Urteils des OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 995, 996 = Rpfleger 1986, 262 ff.

68 Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987, S. 299; ihm folgend Edenfeld (Fn. 65), S. 97.

69 Sauter/Schweyer (Fn. 56), Rn. 136; Dütz (Fn. 56), S. 55, 72; Mummenhoff, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 169 f.; Schaible (Fn. 6), S. 39; Edenfeld (Fn. 65), S. 97.

70 Dütz (Fn. 56), S. 55, 73.

Die Grenzen der Vereinsautonomie

zungsänderungskompetenz. Im Ergebnis überschreitet auch ein Zustimmungsgeschäft zugunsten eines Dritten die Grenzen der Vereinsautonomie⁷¹.

bb) Vorstandsbestellung durch Dritte

Keinen Verstoß gegen die Grenzen der Vereinsautonomie stellt es dagegen dar, wenn einem Dritten das Recht eingeräumt wird, den Vorstand des Vereins zu bestellen⁷². Folglich kann erst recht die Wahl des Vorstandes eines Vereins von der Bestätigung durch einen Dritten abhängig gemacht werden. Die Selbstbestimmung des Vereins ist hier gewahrt, weil den Mitgliedern zumindest das Recht verbleibt, den Vorstand aus wichtigem Grund abzurufen. Wenn der Dritte anschließend das Geschehen im Verein blockiert, indem er sich weigert, einen neuen Vorstand zu bestellen⁷³, oder indem er erneut einen unerwünschten Vorstand bestellt⁷⁴, bleibt der Mitgliederversammlung des Vereins immer noch die Möglichkeit, das Recht des Dritten zur Vorstandsbestellung durch eine Satzungsänderung wieder zu beseitigen und so dessen Blockadehaltung zu überwinden.

IV. Zusammenfassung

Die Vereinsautonomie hat eine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 1 GG. Im einfachgesetzlichen Recht wird die Vereinsautonomie nicht ausdrücklich erwähnt, doch hat der Gesetzgeber sie als selbstverständlich vorausgesetzt. Andernfalls wären die rechtsgeschäftlichen Handlungsformen, die den Vereinsmitgliedern zur Verfügung stehen – wie die Satzungsgestaltung (§ 25 BGB) und die Beschlussfassung (§ 32 Abs. 1 Satz 1) –, nicht erklärlich.

Zum Inhalt der Vereinsautonomie gehört zum einen das Recht des Einzelnen, einen Verein zu gründen, einem bestehenden Verein beizutreten oder die Mitgliedschaft in diesem zu beenden. Zum anderen gewährt die Vereinsautonomie dem Verein selbst die Möglichkeit, als Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilzunehmen. Daneben steht dem Verein die Freiheit zu, seine internen Angelegenheiten durch Aufstellen einer Satzung und durch Vollzug derselben eigenständig zu regeln.

Die Ausübung der Vereinsautonomie unterliegt jedoch gewissen Maximal- und Minimalgrenzen. Die Maximalgrenzen stecken den Höchstgehalt der Vereinsautonomie ab, beschreiben also das Maß an Vereinsautonomie, das ein Verein gegen-

71 AK/Ott, § 33 BGB Rn. 6; ähnlich *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991, S. 66.

72 RAGE 1, 349, 352; *Reichert*, Rn. 2763; *Steinbeck* (Fn. 49) S. 134; a.A. *Münch-Komm/Reuter* (Fn. 66), vor § 21 Rn. 138; *Sauter/Schweyer* (Fn. 56), Rn. 329.

73 So *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 197; *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 174; *König*, Der Verein im Verein, 1992, S. 295.

74 So LG Siegen, Rpfleger 1964, 267, 268; LG Hildesheim, NJW 1965, 2400, 2401.

über Dritten, aber auch gegenüber seinen Mitgliedern, bei der Ausgestaltung seiner Rechtsverhältnisse höchstens in Anspruch nehmen darf. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ergeben sich die Maximalgrenzen aus Art. 9 Abs. 2 GG und aus den grundrechtsimmanenten Schranken. Letztere greifen ein, wenn Grundrechte Dritter oder andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang durch die Ausübung der Vereinsautonomie verletzt werden. Einfachgesetzliche Maximalgrenzen der Vereinsautonomie finden sich neben den wenigen zwingenden Vorschriften im Vereinsrecht (bspw. §§ 27 Abs. 2, 39, 41 BGB) in den allgemeinen Grenzen der Privatautonomie (§§ 134, 138, 242 BGB). Insbesondere die auf § 242 BGB gestützte Inhaltskontrolle von Satzungen von Vereinen, die eine Monopolstellung oder eine überragende Machtstellung in einem wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben, kann zu einer Eingrenzung der Selbstgesetzgebung führen.

Die Minimalgrenzen legen den unantastbaren Kernbereich der Vereinsautonomie fest, d.h. den Umfang an Selbstbestimmung, der einem Verein zwingend verbleiben muss. Insoweit setzt die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG der Vereinsautonomie verfassungsrechtliche Grenzen. Auf einfachgesetzlicher Ebene lässt sich aus dem Verbot der Selbstentmündigung (§ 138 BGB) folgern, dass die Mitglieder das Schicksal des Vereins nicht völlig in die Hände außenstehender Dritte legen dürfen. So ist es unzulässig, wenn die Kompetenz zu Änderungen der Satzung auf einen vereinsfremden Dritten übertragen wird. Ebenso wird die Vereinsautonomie verletzt, wenn eine von der Mitgliederversammlung beschlossene Satzungsänderung nur mit der Zustimmung eines Dritten möglich ist. Dagegen ist eine Übertragung des Rechts zur Vorstandsbestellung auf einen Dritten mit der Vereinsautonomie vereinbar, weil der Mitgliederversammlung das jederzeitige Recht verbleibt, die Kompetenz des Dritten durch eine Änderung der Satzung zu beseitigen. Ebenso kann die Vorstandsbestellung durch die Mitgliederversammlung von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht werden.

V. Summary

The autonomy of an association includes on the one hand the rights of the individual to found an association, to join an existing association or to terminate his membership of an association. On the other hand association autonomy grants the association itself the possibility to enter as a legal entity into legal transactions. In addition the association enjoys the freedom to regulate its own internal affairs by drafting and executing its own articles.

The exercise of association autonomy, however, is subject to certain maximal and minimal limits. The maximal limits define the highest degree of association autonomy by describing the extent to which the association can lay claim to autonomy regarding its dealings with third parties as well as its own members in the structuring of its legal relations. On the level of constitutional law the maximal

limits derive from Art. 9 Para. 2 Basic Law (GG) and the intrinsic limits of the Basic Law. The latter apply if the basic rights or protected interests of a third party are infringed through the exercise of association autonomy. Statutory maximal limits are found alongside the few mandatory regulations in association law (e.g. §§ 27 Paras. 2, 39, 41 German Civil Code (BGB) in the general limits to private autonomy (§§ 134, 138, 242 BGB).

The minimal limits define the inviolable core of association autonomy, that is the scope for self-determination which an association must retain. Accordingly the essential content guarantee of Art. 19 Para. 2 GG provides the constitutional law limits of association autonomy. On the most simple level it may be inferred from the prohibition on self-incapacitation (§ 138 BGB) that the member may not place the fortunes of an association into the hands of an outside third party. Thus it is impermissible to transfer the capacity to change the association articles to an outside third party. Association autonomy is equally infringed if a members' meeting resolution to amend the articles should require the assent of a third party. On the other hand a transfer of the right to appoint members of the board to a third party is compatible with association autonomy, in that the members' meeting retains the right to remove that competence from the third party by amending the articles. In the same way the appointment of board members by the members' meeting can be made dependent on the assent of a third party.

Der Sportverein im Steuerrecht

STEPHAN SCHAUHOFF/DANIEL FISCHER

I. Einleitung.....	199	II. Der Sportverein als Steuerobjekt.....	205
1. Sport als Gemeinwohlzweck.....	199	1. Steuerbegünstigung.....	205
2. Techniken der staatlichen Sportförderung.....	203	2. Umsatzsteuer.....	215
3. Aktuelle Maßnahmen zur weiteren steuerlichen Förderung des Sports.....	204	III. Zusammenfassung.....	217
		IV. Summary.....	219

I. Einleitung

1. Sport als Gemeinwohlzweck

Im Jahre 2002 waren im Deutschen Sportbund rund 27 Mio. Mitglieder in über 87 000 Turn- und Sportvereinen sowie 91 Mitgliedsorganisationen organisiert. Jedes Jahr werden in den Sportvereinen rund 240 Mio. Übungsstunden von ca. 2,7 Mio. überwiegend ehrenamtlichen Mitarbeitern geleistet¹. Diese Zahlen belegen den immensen Stellenwert, welcher der (organisierte) Sport für den Einzelnen, aber auch für das staatliche und gesellschaftliche Gefüge besitzt.

Auch wenn es in der Bundesrepublik keinen »Staatsport« gibt, ist die Sportförderung gleichwohl eine überragende und politisch unbestrittene Staatsaufgabe², die der Staat bei gleichzeitiger Wahrung der grundsätzlich staatsfreien Autonomie des Sports und in partnerschaftlicher Kooperation mit den Sportverbänden³ wahrnimmt.

Sport und Sportförderung besitzen Verfassungsrang, auch wenn die Sportförderung auf Bundesebene bislang nicht ausdrücklich durch eine diesbezügliche Staatszielbestimmung verankert ist. Art. 32, 91 a, 91 b, 104 a GG tragen sportbezogene (Finanzierungs-)Aktivitäten des Bundes. Nach den Verfassungsurkunden einiger Bundesländer⁴ ist die Sportförderung Staatsziel mit dem Effekt einer objektivierten staatlichen Verpflichtung. Das Verfassungsrecht aller neuen Bundesländer enthält Sportförderungsklauseln. Beispielsweise lautet Art. 35 der Verfassung des Landes Brandenburg:

1 Quelle: Homepage des Deutschen Sportbundes, www.dsb.de.

2 *Stern*, Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundlagen zur Aufnahme des Sports in die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen – Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Landessportbundes Nordrhein-Westfalens, 1992.

3 8. Sportbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/1014, S. 12 ff.

4 Z.B. Art. 18 der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen.

»Sport ist ein förderungswürdiger Teil des Lebens. Die Sportförderung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände ist auf ein ausgewogenes und bedarfsgerechtes Verhältnis von Breitensport und Spitzensport gerichtet. Sie soll die besonderen Bedürfnisse von Schülern, Studenten, Senioren und Menschen mit Behinderung berücksichtigen.«

Des Weiteren haben beispielsweise die Bundesländer Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Thüringen Sportfördergesetze erlassen⁵.

Auch wenn dabei die Sportförderung der *unmittelbaren* Regie des Staates entzogen ist, fördert er hier die gleichwohl privaten – individuellen und kollektiven – Aktivitäten. Er trägt damit zur Erhaltung gesellschaftlicher Grundlagen bei, auf die der Staat angewiesen ist, die er aber selber nicht schafft und über die er nicht verfügen kann⁶. Konkret bedeutet dies: Der Staat soll und kann weder einen Lauftreff noch ein Fußball-Länderspiel organisieren. Indes kann und darf er die organisatorischen Rahmenbedingungen unterstützen, in denen sich Breiten- und Spitzensport entfalten können⁷.

Trotz der vorgenannten landesverfassungsrechtlichen Vorgaben ist die *steuerliche* Förderung des Sports – als Gemeinwohlzweck – nicht unumstritten:

So hat die sog. *Bareis-Kommission* u.a. vorgeschlagen, im Zuge einer generellen Herausnahme von Lenkungsnormen aus dem Einkommensteuerrecht »Ausgaben zur Förderung des Sports und der Freizeitvereine ... vom Spendenabzug auszuschließen«⁸. Die Ansicht der *Bareis-Kommission* fußt auf dem im Jahre 1988 erstellten Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts⁹. Die Unabhängige Sachverständigenkommission vertrat die These, dass Vereine nur insoweit förderungswürdig seien, als sie Sport ausschließlich aus Gründen der Gesundheitspflege betreiben. Im Gegensatz dazu würden viele Sportarten gerade erhebliche Risiken für die Gesundheit bergen, so z.B. Boxen, Ringen, Skifahren oder Fußball. Auch der Hochleistungssport fördere weder die Gesundheit noch sichere er die Lebensgrundlagen des öffentlichen Gemeinwesens, vielmehr gehe es hier um [scil: nicht förderungswürdige?!] »gesamtstaatliche Repräsentation, um Nationalprestige«¹⁰.

In einem zu dem vorgenannten Bericht der Unabhängigen Sachverständigenkommission ergangenen Sondervotum kritisieren *Knobbe-Keuk/Isensee* vor allem

5 Vgl. ThürSportFG vom 8. 7. 1994, GVBl. S. 808; SportFG Mecklenburg-Vorpommern vom 9. 9. 2002, GVOBl. M-V S. 574; SportFG Bbg vom 10. 12. 1992, GVBl. I/92, S. 498.

6 Vgl. *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Staat-Gesellschaft-Freiheit 1976, S. 42, 60.

7 *Fischer*, in: Festschrift für Klaus Offerhaus, 1999, S. 597, 602.

8 Thesen der Einkommensteuerkommission zur Steuerfreistellung des Existenzminimums ab 1996 und zur Reform zur Einkommensteuer, Schriftenreihe des BMF, Heft 55, 1995, S. 33, 49.

9 Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Schriftenreihe des BMF, Heft 40, 1988.

10 Gutachten (Fn. 9), S. 142 f.

den Umstand, dass der Sport häufig auch eigennützigen Interessen der Mitglieder diene und insofern ein geringerer steuerlicher Anreiz als beispielsweise bei Forschungsförderung, Mildtätigkeit oder sonstigen Bereichen, »in denen der Eigennutz als Motor ausfällt«, bestehe¹¹. Zusammenfassend heißt es:

»Die Ausdehnung des Gemeinnützigkeitsrechts auf eigennützige (genauer: mitglieder-nützige) Körperschaften steht im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG. Es ist sachgerecht, alle vorhandenen Steuerprivilegien – der Körperschaften selbst wie auch der Mitglieder im Rahmen des Spendenabzugs – aufzuheben.«¹²

Und in der Tat mag es prima facie problematisch anmuten, dass die Überlassung von Tennisplätzen durch einen Tennisverein als Gegenleistung für die erhaltenen Mitgliedsbeiträge dem steuerbegünstigten Bereich zugeordnet wird, wohingegen die Vermietung von Tennisplätzen durch einen privaten Anbieter steuerpflichtig ist¹³. Allerdings dürfte ein Tennisverein, der seine satzungsmäßigen Zwecke durch Mitgliedsbeiträge finanziert, in aller Regel keine nennenswerten Erträge erwirtschaften, so dass bereits ungeachtet der Diskussion um die steuerliche Förderungswürdigkeit des Sports in der Rechtswirklichkeit bei der weit überwiegenden Mehrzahl der Sportvereine steuerliche Auswirkungen durch die Steuerbefreiung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG nicht bestehen dürften.

Mit Erlass des Vereinsförderungsgesetzes im Jahre 1990 hat der Gesetzgeber die Bedenken der Unabhängigen Sachverständigenkommission abgelehnt und auch (teilweise) eigennütziges Freizeitverhalten in die steuerliche Förderung einbezogen¹⁴. Er hat sich damit im Bereich der zulässigen Einschätzungsprärogative bewegt, wonach es ihm in den Grenzen des Willkürverbots freisteht, bestimmte Lebenssachverhalte in die steuerliche Förderung einzubeziehen.

Und dies wohl zu Recht. Denn die vorgebrachte Kritik sowohl der *Bareis-Kommission* als auch der Unabhängigen Sachverständigenkommission übersieht, dass der Sport nicht allein der öffentlichen Gesundheitspflege dient, sondern vielmehr ein ganzes Bündel von Funktionen besitzt. Darunter sind zu nennen nicht nur der Beitrag zur *Gesundheitsvorsorge* und *Gesundheitserziehung*, sondern auch die Förderung der Fähigkeit zu sozialverträglichem Handeln, Kooperation und Fairness, die Einübung demokratischer und mitgestaltender Verhaltensweisen, die Schaffung von Identifikation auf lokaler und nationaler Ebene, der Beitrag zur Integration verschiedener Gruppen und Schichten sowie allgemein zur Herstellung zwischenmenschlicher Beziehungen und Kommunikation, die Vermittlung des Bewusstseins von Werten, wie Leistung, Wettbewerb und Chancengleichheit. Der Sport stellt ein geradezu idealtypisches Paradigma für regelgeleitetes Handeln dar. Sport ist daher ein ideales Sozialisationsfeld, in welchem zudem vorhandene

11 Sondervotum (Fn. 9), S. 365 ff.

12 Sondervotum (Fn. 9), S. 370.

13 *Igl/Jachmann/Eichendorfer*, Rechtliche Rahmenbedingungen des bürgerschaftlichen Engagements, 2002, S. 212.

14 BT-Drucks. 11/5582.

Sprachbarrieren eine nur untergeordnete Rolle spielen¹⁵. Letztlich trägt der Sport auch zur sinnvollen Freizeitgestaltung, namentlich bei Jugendlichen, bei¹⁶.

Was die Förderung des Hochleistungssports betrifft, so handelt es sich – schon im Hinblick auf die gewollte Präsenz in der Staatengemeinschaft (»Nationalprestige«) – um die Förderung einer – offenkundig von vielen Staaten übernommenen – Staatsaufgabe¹⁷. In diesem Zusammenhang weisen *Igl/Jachmann/Eichendorfer* zutreffend darauf hin, dass die sportliche Repräsentation des Landes im internationalen Bereich nicht ohne »Basis-Arbeit« im Nachwuchs- und Breitensportbereich zu erlangen ist¹⁸.

Problematisch und vor allem in Grenzbereichen noch nicht geklärt ist freilich die Frage, wie der Begriff des »Sports« bzw. der »sportlichen Veranstaltung«¹⁹ im Rechtssinne auszulegen ist. Die Finanzverwaltung geht dabei im Grundsatz davon aus, dass zum Sport als wesentliches Element die körperliche Ertüchtigung gehört²⁰. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs ist unter diesem Begriff eine »körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität zu verstehen, die durch äußerlich zu beobachtende Anstrengungen oder durch die einem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet ist«. Insoweit fällt auch der Motorsport unter den Begriff des steuerlich förderungswürdigen Sports²¹.

Auf Grund der Vielfalt der Möglichkeiten einer »sportlichen« Betätigung kann die Abgrenzung zu reinem Freizeitverhalten letztlich nur für den Einzelfall an Hand einer typisierenden Betrachtungsweise vorgenommen werden. Probleme ergeben sich nicht nur bei der genauen Ausgestaltung »klassischer« Sportarten (Stichwort: »Schwimmen oder Plantschen?«²²). Auch bei modernen »Trendsportarten« (z.B. Bungee-Jumping, Canyoning, Rafting, Walking) fällt es schwer, eine Einordnung an Hand der vorgenannten durchaus förderungswürdigen Ziele des

15 *Igl/Jachmann/Eichendorfer* (Fn. 13), S. 213.

16 Dies wird auch in § 1 ThürSportFG anschaulich zusammengefasst. Dort heißt es u.a.: »(1) Die Förderung nach diesem Gesetz soll Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen die Möglichkeit schaffen, sich entsprechend ihren Interessen und Fähigkeiten in Sport, sportlichem Spiel und spielerischer Bewegung zu betätigen. ...

(3) Die Förderung soll die Beweggründe für die Betätigung in Sport und sportlichem Spiel berücksichtigen, insbesondere

1. die Freude an Bewegung, sportlichem Spiel, Leistung und Wettkampf,
2. die Vermittlung sozialer Grunderfahrungen und Bindungen,
3. die aktive, schöpferische und eigenverantwortliche Gestaltung der Freizeit sowie
4. die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit und Leistungsfähigkeit.

Sie trägt damit zur Bildung, Erziehung und sozialen Integration bei. ...«; vgl. des Weiteren *Fischer* (Fn. 7), S. 600.

17 *Igl/Jachmann/Eichendorfer* (Fn. 13), S. 213.

18 *Igl/Jachmann/Eichendorfer* (Fn. 13), S. 213.

19 Hierzu *Bischoff*, Stbg 1998, 112 m.w.N.

20 AEAO zu § 52 Nr. 6.

21 BFH, BStBl. II 1998, 9.

22 Vgl. BFH, BStBl. II 1982, 148.

»Sports« und eine trennscharfe Abgrenzung zu reinem Freizeitverhalten vorzunehmen, wobei im Allgemeinen eine großzügige Auffassung vertreten wird, was im Einzelfall als Sport anzusehen ist²³.

Eine steuerliche Förderungswürdigkeit ist unstrittig jedoch dort ausgeschlossen, wo Körperschaften den Zwecken privater Lebensführung ihrer Mitglieder dienen, insbesondere die Geselligkeit oder andere Arten der – bloßen – Freizeitgestaltung ihrer Mitglieder fördern²⁴.

Ein weiteres Problem der steuerlichen Förderung von Sportvereinen besteht in der zunehmenden Professionalisierung und Kommerzialisierung bestimmter Sportarten. Dass Wirtschaftsunternehmen, wie die Vereine der Fußballbundesliga mit einem Jahresumsatz von mehr als hundert Mio. Euro, sich von dem Idealbild des förderungswürdigen Vereins weit entfernt haben, wird insoweit auch von niemandem ernstlich bestritten. Hierauf wird später noch einzugehen sein.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die gesellschaftliche Anerkennung des Sports und die staatliche Sportförderung eine rechtlich fundierte Realität ist, die in ihrem Kern nicht zur Disposition stehen kann und damit als rechtfertigendes Element der steuerlichen Förderung von Sportvereinen dient.

2. Techniken der staatlichen Sportförderung

Gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 2 AO ist unter den Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO u.a. »die Förderung des Sports« als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen. Die Aufnahme in den Katalog der steuerbegünstigten Zwecke bewirkt für die Körperschaften selbst Steuervergünstigungen nach näherer Maßgabe der Einzelsteuergesetze. Steuervergünstigungen für ideellen Zwecken dienende Besteuerungsgrundlagen (Einkünfte, Umsätze und Vermögen; § 64 Abs. 1 AO) betreffen im Wesentlichen die Vermögensverwaltung und die Zweckbetriebe. Darüber hinaus gewährt § 64 Abs. 3 AO eine Freigrenze der Einnahmen von € 30 678,00 p.a. für die Besteuerung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe.

Gemeinnützige Vereine werden in steuerlicher Hinsicht nicht nur direkt durch die vorgenannte Steuerbefreiung, sondern auch indirekt über die Spendenabzugsfähigkeit gefördert. Insoweit erkennt der Gesetzgeber die Notwendigkeit an, staatliche Gemeinwohlverwirklichung durch private uneigennützig und freigiebige Gemeinwohlförderung zu ergänzen. Die Förderwirkung wird erzielt durch eine verhaltenslenkende Empfehlung zur Zahlung aus dem disponiblen Einkommen, deren Befolgung mit einer Absenkung der Steuerbemessungsgrundlage »belohnt« wird. Da es – wie dargelegt – einen Staatssport nicht geben kann und soll, nutzt der Staat die Sachnähe und Eigeninitiative privater Organisationen zur Erfüllung

23 Vgl. *Troll/Wallenhorst/Halaczinsky*, Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine und Stiftungen, D 76 m.w.N.

24 *Fischer* (Fn. 7), S. 605.

von als gemeindlich anerkannten Zwecken. Spenden entlasten insoweit die öffentlichen Haushalte von Aufgaben, die der Staat als gemeinwohlrelevant ansieht und deren Verwirklichung sonst aus dem Steueraufkommen finanziert werden müsste²⁵. Die steuerliche Förderungswürdigkeit durch Abzugsfähigkeit hat allerdings dort ihre Grenze, wo aufgrund der Eigen- bzw. Mitgliedernützigkeit die Zahlung der Mitgliedsbeiträge nicht mehr als uneigennützig bezeichnet werden kann und letztlich in einem Leistungsaustauschverhältnis zu den von den Vereinen angebotenen Leistungen steht. Mitgliederbeiträge oder Aufnahmegebühren kann daher nur dann wie Spenden abgezogen werden, wenn sie als »Ausgaben« oder »Zuwendungen« im Gesetz einbezogen sind. Dies ist nur bei den in Abschnitt A zu Anlage 1 zu § 48 EStDV aufgeführten – besonders förderungswürdigen – gemeinnützigen Zwecken der Fall. Der Gesetzgeber hat die (teilweise) Eigennützigkeit der zu fördernden Personen dahingehend berücksichtigt, dass er die Förderung des Sports insoweit nicht als besonders förderungswürdig anerkannt hat.

3. Aktuelle Maßnahmen zur weiteren steuerlichen Förderung des Sports

In jüngerer Zeit haben sich die steuerlichen Rahmenbedingungen für Sportvereine stetig verbessert. Im Einzelnen haben sich danach die folgenden Änderungen ergeben:

- Das Durchlaufspendenverfahren als Voraussetzung für den steuerlichen Abzug von Spenden an Sportvereine²⁶ wurde abgeschafft. Mit der insoweit erfolgten Vereinfachung soll das Spendenaufkommen positiv beeinflusst werden.
- Die sog. Übungsleiterpauschale (§ 3 Nr. 26 EStG) wurde von 2400 DM auf 3600 DM (ab 1. 1. 2002: 1848 Euro) angehoben und von einer Aufwandspauschale in einen Freibetrag umgewandelt²⁷.
- Es erfolgte eine Verbesserung der Möglichkeiten, ohne Verlust der Gemeinnützigkeit Mittel einer dauerhaften Rücklage zuzuführen. Gemeinnützige Vereine dürfen seit dem Veranlagungszeitraum 2000 jährlich ein Drittel ihres Überschusses aus der Vermögensverwaltung und darüber hinaus bis zu 10 % ihrer sonstigen zeitnah zu verwendenden Mittel einer freien Rücklage zuführen (§ 58 Nr. 7 AO)²⁸.
- Zudem wurde der Abzugsrahmen für Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen ausgeweitet. Danach sind zusätzlich zum Spendenabzug in den normalen Höchstgrenzen 20 450,00 € als Sonderausgaben abziehbar, wenn der Empfän-

²⁵ *Fischer* (Fn. 7), S. 607.

²⁶ Verordnung zur Änderung der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung vom 10. 12. 1999, BGBl. I 1999, S. 2601, zusammenfassend *Jost*, Spendenrecht 2000, DB 2000, 1248.

²⁷ Art. 1, Ziff. 2 Steuerbereinigungsgesetz 1999 vom 22. 12. 1999, BGBl. I 1999, S. 2601.

²⁸ Art. 1, Ziff. 2 Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14. 7. 2000, BGBl. I 2000, S. 1034.

Der Sportverein im Steuerrecht

ger eine gemeinnützige Stiftung oder eine Stiftung des öffentlichen Rechts ist (§ 10b Abs. 1 EStG). Außerdem wurde eine neue Regelung geschaffen, nach der Zuwendungen, die anlässlich der Neugründung in den Vermögensstock einer Stiftung des öffentlichen Rechts oder einer gemeinnützigen Stiftung des privaten Rechts geleistet werden, über die Höchstgrenzen des § 10b Abs. 1 EStG hinaus bis zur Höhe von 307 000,00 € abgezogen werden können (§ 10b Abs. 1a EStG). Die Verbesserungen gelten auch für Stiftungen, die den Sport fördern²⁹; dies wird von den Sportverbänden namentlich durch die Errichtung von Förderstiftungen genutzt.

- Der steuerpflichtige Gewinn aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, die ihre Einkünfte aus der Werbung erzielen, wird ab dem Veranlagungszeitraum 2000 auf Antrag des Vereins pauschal mit 15 % der Werbeeinnahmen angesetzt (§ 64 Abs. 6 AO n.F.)³⁰. Vorher gab es nur eine Betriebsausgabenpauschale in Höhe von 25 % der Einnahmen.
- Schließlich profitieren die gemeinnützigen Vereine mit steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben von der Herabsetzung des Körperschaftsteuersatzes von vorher 40 % auf 25 % durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10. 2000. Dies gilt grundsätzlich ab dem Veranlagungszeitraum 2001.³¹

II. Der Sportverein als Steuerobjekt

1. Steuerbegünstigung

Das Gemeinnützigkeitsrecht unterscheidet streng genommen zwei Bereiche der Körperschaft, die jeweils unterschiedliche steuerliche Folgen nach sich ziehen³²:

- (1) Tätigkeiten, die tatsächlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolgen. Darunter fallen alle nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten. Zur Erfüllung der Satzungszwecke unabdingbare wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, die sog. Zweckbetriebe, dienen dabei unmittelbar gemeinnützigen Zielen³³.
- (2) Tätigkeiten, die lediglich mittelbar die Satzungszwecke erfüllen helfen. Hierzu rechnen die Vermögensverwaltung, sowie alle wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe, die keine Zweckbetriebe sind.

Für steuerliche Zwecke erfolgt eine weitere Differenzierung dieser zwei Bereiche:

29 Art. 3 Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14. 7. 2000, BGBl. I 2000, S. 1034.

30 Art. 5, Ziff. 2 Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes vom 20. 12. 2000 (BGBl. I 2000, S. 1850).

31 Steuersenkungsgesetz vom 23. 10. 2000, BGBl. I 2000, S. 1433.

32 *Madl*, Die Sonderstellung der Sportvereine im Steuerrecht, BB 1997, 1126.

33 Vgl. AEAO zu § 65 Nr. 2.

a) Ideelle Zweckverfolgung, insbes. Mitgliedsbeiträge

Zu dem von allen Steuern befreiten engeren Vereinsbereich, dem eigentlichen oder ideellen Bereich, gehören insbesondere Mitgliedsbeiträge und Aufnahmegebühren, die nach Art und Höhe in der Satzung festgelegt oder durch ein satzungsmäßig bestimmtes Organ festgesetzt sind, sofern ihre Höhe und die Zweckbestimmung den allgemeinen Anforderungen der Gemeinnützigkeit gerecht wird.

Neben Mitgliedsbeiträgen gehören zu den Einnahmen im Rahmen der ideellen Zweckverfolgung Zuschüsse von Bund, Land und Gemeinden oder anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts, sofern diese für den ideellen Vereinsbereich bestimmt sind, schließlich Spenden, Schenkungen, Erbschaften und Vermächtnisse.

Der Bundesfinanzhof sieht eine Förderung der Allgemeinheit durch Vereine als nicht mehr möglich an, wenn die Mitgliedsbeiträge so hoch bemessen sind, dass – theoretisch – nicht mehr grundsätzlich »jedermann« eine Vereinsmitgliedschaft erwerben bzw. beibehalten kann. Wörtlich schreibt der Bundesfinanzhof zu dieser Frage³⁴:

»Gemäß § 52 Abs. 1 AO 1977 verfolgt eine Körperschaft gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Ist der Zweck einer Körperschaft – wie im Streitfall – auf die Förderung des Sports gerichtet (§ 52 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 AO 1977), so kommt die Tätigkeit der Körperschaft im Wesentlichen ihren Mitgliedern zugute. Von einer Förderung der Allgemeinheit kann daher nur dann ausgegangen werden, wenn im Grundsatz jedermann freien Zutritt zur Körperschaft hat, die Mitglieder sich dementsprechend zumindest als Ausschnitt der Allgemeinheit darstellen ... Gemeinnützigkeitsschädlich sind daher Verpflichtungen zur Zahlung von laufenden Beiträgen, Aufnahmebeiträgen und Umlagen, deren Höhe eine Repräsentation der Allgemeinheit im Mitgliederbestand nicht mehr gewährleistet ...«

Die Finanzverwaltung hat diese Anforderungen präzisiert und eine Förderung der Allgemeinheit anerkannt, wenn die Beiträge und Umlagen pro Jahr und Mitglied durchschnittlich € 1023,00 und die Aufnahmegebühren durchschnittlich € 1534,00 nicht überschreiten³⁵. Die vorgenannten Auffassungen der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung werden vom wissenschaftlichen Schrifttum kritisiert³⁶. Es wird dabei bemängelt, dass die von der Finanzverwaltung festgelegten Obergrenzen zu starr seien und demgemäß nicht die Relation von Beiträgen und Mittelbedarf der Körperschaft zur Erfüllung der gemeinnützigen Zwecke³⁷ berücksichtigen könnten. Und in der Tat leuchtet es unmittelbar ein, dass der Betrieb

34 BFH vom 13. 8. 1997 – I R 19/96 –, BStBl. II 1997, 794; vgl. zu dieser Problematik auch *Müller-Gatermann*, Gemeinnützigkeit und Sport, FR 1995, 261.

35 AEAO zu § 52, Tz. 1.1.

36 *Troll/Wallenhorst/Halaczinsky* (Fn. 23); D 42 ff. m.w.N.

37 Hierauf hatte die ältere Rechtsprechung abgestellt, vgl. RFH vom 28. 5. 1931, RStBl. 1931, 553.

Der Sportverein im Steuerrecht

von einem Segelsportverein dienenden Sportgeräten und -anlagen wesentlich kostenintensiver ist als beispielsweise bei einem Wanderverein. Letztlich muß es auch bei dem übergeordneten Ziel der Sportförderung den Mitgliedern möglich sein, einen erhöhten Finanzbedarf des Vereins aufzubringen, ohne dass hierdurch die Gemeinnützigkeit aberkannt wird³⁸.

b) Zweckbetrieb (§ 67 a AO)

Die allgemeinen Voraussetzungen für das Vorliegen eines – steuerbefreiten – Zweckbetriebes sind in § 65 AO geregelt. Für den Bereich der Sportvereine ist § 65 AO jedoch subsidiär zu § 67a AO. Die Vorschrift bestimmt – unter weit reichender Modifizierung von § 65 AO –, wann eine sportliche Veranstaltung trotz der Mitwirkung von bezahlten Sportlern ein Zweckbetrieb ist.

Die Einführung des § 67a AO durch das Steuerbereinigungsgesetz 1986 geschah vor dem Hintergrund, dass Sportvereine zuvor nur dann als gemeinnützig anerkannt waren, wenn sie *ausschließlich* den Amateursport förderten. Bezahlte ein Verein auch nur einem seiner Sportler mehr als den Ersatz seiner Aufwendungen, war die Behandlung des Vereins als gemeinnützige Körperschaft ausgeschlossen³⁹.

Auf Grund dieser Rechtslage drohte zahlreichen Sportvereinen die Aberkennung der Gemeinnützigkeit, was dazu führte, dass viele Vereine zur Erhaltung ihres steuerlichen Status⁷ den Spitzensport, bei dem bezahlte Sportler mitwirkten, ausgliedern und auf wirtschaftliche Unternehmen verlagern wollten. Der Gesetzgeber wollte jedoch vermeiden, dass der Sport möglicherweise aus steuerlichen Gründen zu nicht gewünschten Strukturveränderungen gezwungen wurde. Die Sportvereine sollten danach sowohl Träger des Breitensports als auch des Spitzensports bleiben⁴⁰.

Gemäß § 67a AO verlieren daher Sportvereine, die teilweise den bezahlten Sport fördern, nicht mehr ihren Gemeinnützigkeitsstatus. Veranstaltungen unter Einsatz bezahlter Sportler werden vielmehr als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb behandelt.

Demgemäß ist der (Ideal-)Verein nach wie vor gleichermaßen als Träger des Breitensports als auch als Träger des Spitzen- und Profisports in der Rechtswirklichkeit vorherrschend, und dies ungeachtet der – zivilrechtlichen – Diskussion über die »Rechtsformverfehlung« namentlich bei Vereinen der Fußball-Bundesliga, die mit Geschäftsvolumen »mittlerer Industrieunternehmen«⁴¹ agieren.

38 So auch *Wallenhorst*, Mitgliederbeiträge der Sportvereine und die Förderung der Allgemeinheit nach § 52 AO, DStR 1997, 479.

39 Strittig war und ist dabei die Höhe der Aufwandsentschädigung im Einzelfall, vgl. *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO § 67 a AO, Rz. 3 m.w.N.).

40 Siehe hierzu auch Art. 35 LV Brandenburg, in welchem auf ein »ausgewogenes und bedarfsgerechtes Verhältnis von Breitensport und Spitzensport« abgestellt wird.

41 *Hopt*, Aktiengesellschaft im Berufsfußball, BB 1991, 779, unter Bezugnahme auf *Heckelmann*, Der Idealverein als Unternehmer? – Ein Beitrag zur Abgrenzung des wirt-

c) Vermögensverwaltung

Die steuerfreie Vermögensverwaltung umfasst grundsätzlich Einkünfte aus Kapitalvermögen sowie aus Vermietung und Verpachtung. Im Einzelnen kann die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb Schwierigkeiten bereiten. Verpachtet beispielsweise der Sportverein seine Vereinsgaststätte oder die Kantine an einen Pächter, so gehört der Pachtzins grundsätzlich zu den begünstigten Einnahmen aus Vermögensverwaltung, sofern nicht ausnahmsweise eine Betriebsaufspaltung vorliegt. Betreibt der Verein dagegen dieselbe Einrichtung in eigener Regie, also durch Angestellte oder Vereinsmitglieder, handelt es sich um einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, auch wenn sich das Angebot nur an die eigenen Vereinsmitglieder richtet.

Ähnlich verhält es sich mit Inseraten in Vereinszeitschriften oder Programmheften: Überträgt der Verein diese Tätigkeit gegen Entgelt einem Werbeunternehmen, sind die Erträge für ihn steuerfrei. Anderenfalls werden sie als steuerpflichtige gewerbliche Einnahmen behandelt. Die Vermietung eines Sportplatzes, einer Turnhalle, von Räumen oder Einrichtungen gehört wiederum zur steuerfreien Verwaltung von Vereinsvermögen, wenn es sich um eine Dauervermietung handelt. Etwas anderes gilt beispielsweise für die (stundenweise) Vermietung von Hallenennisplätzen⁴².

Umstritten ist die Rechtslage im Hinblick auf die entgeltliche Überlassung von Werbebanden:

Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass die entgeltliche Übertragung des Rechts zur Nutzung von Werbeflächen (Bandenwerbung) sowie von Lautsprecheranlagen zu Werbezwecken an Werbeunternehmen als Vermögensverwaltung zu behandeln ist, sofern die Überlassung der Banden an *einen* Pächter erfolgt und diesem ein angemessener Gewinn verbleibt.⁴³

Demgegenüber vertritt der Bundesfinanzhof die Rechtsauffassung, dass Werbeleistungen anlässlich von – als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb anzusehenden – Sportveranstaltungen als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu behandeln sind, da Schwerpunkt der erbrachten Leistung nicht die Überlassung der Werbebande als solche sein soll, sondern vielmehr der Umstand, dass dem Pächter das Recht eingeräumt wird, anlässlich bestimmter Sportveranstaltungen zu werben⁴⁴.

Es dürfte hierbei einiges für die Auffassung des Bundesfinanzhofes sprechen: Zum Beispiel steht bei Spielen der Fussball-Bundesliga zweifellos die Überlassung des Rechts, gerade anlässlich des jeweiligen – zuschauer- und medienwirksamen – Sportereignisses Werbeflächen nutzen zu dürfen, im Vordergrund; ob hierbei ein Pächter zwischen die – dauernd wechselnden – Werbetreibenden und den Verein

schaftlichen vom Idealverein, dargestellt am Beispiel der Fußball-Bundesligen, AcP 179 (1979), 1, 2.

42 AEAO zu § 67 a Tz. 11, 12.

43 AEAO zu § 67a Tz. 9; *Troll/Wallenhorst/Halaczinsky* (Fn. 23) Tz. E 31.

44 Vgl. BFH, BStBl. II 1991, 103

»geschaltet« wird, kann den wirtschaftlichen Gehalt der seitens des Vereins erbrachten Leistung nicht verändern. Die Überlassung der Werbeflächen bzw. -rechte teilt demnach wirtschaftlich gesehen das Schicksal der sportlichen Veranstaltung. Demgegenüber dürfte die meist langfristige Überlassung von Werbeflächen bei kleineren Vereinen der Vermögensverwaltung zuzuordnen sein, da hier unabhängig von der Überlassung an einen Zwischenpächter insoweit dauerhaft Vermögen genutzt wird und ein Auftreten des Vereins wie ein Gewerbetreibender – etwa durch ständiges aktives Anbieten der Werbeflächen bzw. ständige Verhandlungen mit (potenziellen) Werbetreibenden – in aller Regel nicht vorliegt.

In den letzten Jahren hat das Sponsoring eine immer größere Bedeutung für die Vereinsfinanzierung erhalten. Darunter wird üblicherweise die Gewährung von Geld durch Unternehmen zur Förderung von gemeinnützigen Körperschaften verstanden, mit der das Unternehmen auch eigene und unternehmensbezogene Ziele (Imagepflege, Werbung) verfolgt. Die Frage, ob die Sponsoring-Erträge bei dem gemeinnützigen Empfänger dem steuerpflichtigen oder steuerfreien Bereich zuzurechnen sind, kann nicht pauschal beantwortet werden und würde sicherlich den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Einen Überblick bietet der sog. Sponsoring-Erlass des BMF vom 18. 12. 1998⁴⁵. Welchen Grad feinsinniger Abgrenzung zwischen steuerpflichtigen und steuerfreien Einnahmen die Diskussion erreicht hat, mag ein Erlass des Bayerischen Finanzministeriums vom 11. 2. 2000 zeigen⁴⁶: Dort ist bestimmt, dass, sofern auf der Internetseite der gemeinnützigen Körperschaft durch einen Link auf das Logo des Sponsors zu Web-Seiten der sponsornen Firma umgeschaltet werden kann, eine Werbeleistung des Vereins vorliegt, die zur Annahme eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs führt. Dagegen sind Einnahmen des Vereins nicht steuerpflichtig, wenn die Internetseite zwar das Logo des Sponsors enthält, eine Umschaltung zu dessen Werbeseiten durch »Anklicken« dieses Logos aber nicht möglich ist.

Von besonderer Brisanz für Sportvereine ist eine aktuelle Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung vom 10. 9. 2002: Nach Tz. 9 zu § 55 AE AO ist nunmehr ein Verlust im Rahmen der Vermögensverwaltung in gleicher Weise zu behandeln wie ein Verlust im Rahmen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes. Zukünftig werden Vereine daher auf ein zumindest ausgeglichenes Ergebnis im Rahmen der Vermögensverwaltung achten müssen.

d) Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

Sofern ein Sportverein eine selbstständige und nachhaltige wirtschaftliche Betätigung betreibt, die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht und die sich nicht als Zweckbetrieb darstellt, handelt es sich um einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Hierunter fallen nicht nur selbst bewirtschaftete

45 BStBl. I 1998, 212; zuletzt hierzu OFD Frankfurt/Main vom 19. 6. 2002, DStZ 2002, 800.
46 33-S0183-12/14, 59 238.

Vereinsgaststätten⁴⁷, sondern auch jeglicher Verkauf von Speisen⁴⁸ und Getränken⁴⁸, der Verkauf von Sportartikeln oder aber sportliche Veranstaltungen, welche die Zweckbetriebsgrenze des § 67a AO überschreiten, schließlich Einnahmen durch gesellige Veranstaltungen. Nicht zu den Einnahmen aus dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehören Zuschüsse für die Anschaffung sowie Erträge aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern, Investitionszulagen, Entnahmen, die Auflösung von Rücklagen und dergleichen⁴⁹.

Durch das Vereinsförderungsgesetz wurde erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 1990 eine Freigrenze für steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe eingeführt, wonach die Einnahmen aus sämtlichen steuerpflichtigen Geschäftsbetrieben bis zu einer Besteuerungsgrenze in Höhe von Euro 30 678,00 inkl. Umsatzsteuer p.a. nicht der Körperschaftsteuer unterfallen⁵⁰.

Ein besonderes Problem offenbart sich in heutiger Zeit im weitgehend kommerzialisierten Hochleistungs- und Profisport. Dies gilt nicht nur für die Fußball-Bundesliga, sondern auch für eine Vielzahl anderer Sportarten, wie Tennis, Golf, Basketball, Motorsport, Eishockey oder den alpinen Skisport. Dies führt zu der eingangs aufgeworfenen Diskussion zurück, ob und inwieweit auch der – professionelle – Hochleistungssport steuerlich förderungswürdig sein kann. Der Begriff des Spitzen- bzw. Hochleistungssports muss heutzutage jedoch in aller Regel als Synonym zum Profisport gebraucht werden.

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass – wie gesehen – der Gesetzgeber ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, dass Breiten- und Spitzensport in ein und demselben Verein gefördert werden (sollen) und eine Umstrukturierung durch Auslagerung des Spitzensports auf wirtschaftliche Unternehmen grundsätzlich nicht gefordert wird⁵¹. Damit verlieren Sportvereine, die den bezahlten Sport fördern, grundsätzlich nicht mehr die Gemeinnützigkeit. Gleichwohl sah es der Gesetzgeber als unabdingbar an, Veranstaltungen, bei denen bezahlte Sportler mitwirken, als steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe zu behandeln. Vor allem sollte damit verhindert werden, dass an den Amateurbereich gebundene Mittel (Spenden, Beiträge, öffentliche Zuschüsse) für den bezahlten Sport verwendet werden⁵². Vor diesem Hintergrund hielt er eine klare Abgrenzung zwischen sportlichen Veranstaltungen für erforderlich, die als Zweckbetrieb einerseits und als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb andererseits zu behandeln sind. Nach der Neuregelung in § 67 a AO soll die Teilnahme eines bezahlten Sportlers an einer sportlichen Veranstaltung zum Verlust der Zweckbetriebseigenschaft dieser Veranstaltung führen, sofern die Zweckbetriebsgrenze des § 67 a

47 Vgl. AEAO zu § 67a Tz. 10.

48 Vgl. § 67 a I Satz 2 AO i.V.m. § 68 Nr. 7 AO.

49 Vgl. AEAO zu § 64 Tz. 16.

50 S. § 64 Abs. 3 AO.

51 *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 67 a AO, Lfg. 143, 11/1994, Rn. 19 m.w.N.

52 BT-Drucks. 10/4513, 14.

Abs. 1 AO überschritten wird oder der Verein gegen deren Anwendung optiert. Die hiernach steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe führen freilich nicht zum Verlust der Gemeinnützigkeit, wenn sie sich selbst tragen. Für die Abgrenzung zwischen bezahlter und unbezahlter Sportausübung soll – wie bisher – eine nicht als Bezahlung anzusehende Aufwandspauschale gelten; über die Höhe dieser Aufwandsentschädigung lässt sich gleichwohl trefflich streiten⁵³, zumal diese bereits seit 1987 nicht mehr in ihrer Höhe angepasst worden ist⁵⁴.

Nicht nur aus der vorerwähnten Sicht des Zivilrechts (Stichwort »Rechtsformverfehlung«), sondern auch aus steuerrechtlicher Sicht ist die Trägerschaft von professionellen Lizenzspieler-Abteilungen durch (gemeinnützige) Vereine jedoch problematisch:

Hintergrund dieser Problematik ist die sog. »Geprägetheorie«, wonach eine Körperschaft ihren Gemeinnützigkeitsstatus verliert, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit ihr das »Gepräge« gibt. Insoweit existieren jedoch keine trennscharfen Abgrenzungskriterien. Die Theorie fußt auf dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO, wonach eine Körperschaft nur dann als gemeinnützig anerkannt werden kann, wenn sie in erster Linie gemeinnützige Zwecke verfolgt. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass einem gemeinnützigen Verein per se untersagt ist, wirtschaftliche Aktivitäten zu entfalten. Erforderlich ist jedoch, dass diese wirtschaftlichen Aktivitäten der Mittelbeschaffung für den gemeinnützigen Zweck dienen. Der Wettbewerb ist in diesem Fall ausreichend durch die Besteuerung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes geschützt. Die Geprägetheorie hat demnach insoweit einen zutreffenden Kern, als es einer gemeinnützigen Körperschaft verboten ist, neben der gemeinnützigen Zweckverfolgung einen weiteren nicht gemeinnützigen Zweck zu fördern. Die wirtschaftliche Aktivität muss stets Mittel zum Zweck bleiben⁵⁵. Ein reines Überwiegen der wirtschaftlichen Aktivität mit dem Zweck, die Gemeinnützigkeit durch Zuwendung von Mitteln zu fördern, ist nicht unschädlich⁵⁶. Allerdings ist die Grenze zur überwiegend wirtschaftlichen Tätigkeit nach Ansicht des BFH dann überschritten, wenn die einzelnen Tätigkeiten der Körperschaft sachlich, wirtschaftlich und organisatorisch derart miteinander verknüpft sind, dass sie einen einheitlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bilden und sich die Aktivitäten der Körperschaft in diesem Betrieb im Wesentlichen erschöpfen⁵⁷.

Vor diesem Hintergrund ist vor allem bei Vereinen im bezahlten Fußball die Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft problematisch. Hierzu zählen längst nicht mehr allein die Vereine mit Mannschaften in der 1. oder 2. Bundesliga.

53 *Fischer* (Fn. 51), Rn. 3; Tz. 26 zu § 67a AEAO sieht dabei grds. € 358 je Monat und Sportler vor.

54 AEAO zu § 67a Tz. V 2 i.d.F. des BMF-Schr. vom 29. 9. 1987, BStBl. I 1987, 664.

55 *Schaubhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, § 6 Rz. 112.

56 In diesem Sinne BFH, DStR 1998, 1710.

57 BFH BStBl. II 1994, 314.

Mittlerweile ist die Zahlung von Handgeldern, Prämien und dergleichen bis in die Bezirksligen durchaus üblich. Auch im Jugendbereich versuchen viele Vereine, talentierte Spieler durch finanzielle Zuwendungen an sich zu binden. Gleiches gilt beispielsweise beim Tennis: Auch hier ist es gängige Praxis, dass bis hinunter in die Verbandsligen (viert- bzw. fünfhöchste Spielklasse) – vielfach ausländische – Tennisprofis für die sog. Medenspiele engagiert werden und beträchtliche Handgelder bzw. Siegprämien erhalten.

Geht man davon aus, dass die gezahlten Prämien etc. durch Sponsoren finanziert werden, so stellt innerhalb des Vereines eine Vielzahl von Mannschaften wirtschaftliche Geschäftsbetriebe dar. Neben der Problematik, dass insoweit Verluste mit gemeinnützigkeitsrechtlich gebundenen Mitteln nicht ausgeglichen werden dürfen⁵⁸, stellt sich hier durchaus die Frage, ob und inwieweit nicht die wirtschaftliche Tätigkeit diesen Vereinen das »Gepräge« gibt.

Die vorgenannte Problematik wird derzeit nach Maßgabe des § 67a Abs. 3 Satz 3 AO dahin gehend gelöst, dass für Sportvereine bzw. sportliche Veranstaltungen im Sinne dieser Norm die »Geprägetheorie« nicht gilt und die Gemeinnützigkeit nur unter den dort geregelten speziellen Voraussetzungen versagt werden kann. Diese Sachbehandlung ist vor dem Hintergrund der vorgenannten gesetzgeberischen Entscheidung, Breiten- und Spitzensport innerhalb eines Vereins zu fördern, sachgerecht⁵⁹. Zudem wäre die Anwendung der »Geprägetheorie« namentlich bei großen Vereinen praktisch kaum durchführbar, da eine Vielzahl von Mannschaften durch Auf- oder Abstieg und die hiermit verbundene Zahlung von Handgeldern pp. zwischen dem steuerbegünstigten und nicht steuerbegünstigten Vereinsbereich jährlich »hin- und herwandert«.

Ob diese (Sonder-)Behandlung allerdings vor dem Hintergrund des Einflusses der sich zunehmend verschärfenden europäischen Rechtslage⁶⁰ von Dauer sein wird, ist jedoch ungewiss. Grund zur »Sorge« dürfte insoweit – neben der bislang noch ungeklärten Rechtslage im Hinblick auf die Einordnung der steuerlichen Begünstigung als »Beihilfe« i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EG – eine Mitteilung der Europ. Kommission vom September 1997⁶¹ bereiten, wonach zwar eine generelle Förderung gemeinnütziger Organisationen befürwortet wird, die Kommission es gleichwohl als Aufgabe der Mitgliedsstaaten ansieht, die (steuerlichen) Begünstigungen im Grenzbereich zu wirtschaftlicher Tätigkeit zu überprüfen. Wörtlich heißt es:

»Jede einzelne steuerrechtliche Behandlung muss im Hinblick auf die für den Sektor spezifischen Einschränkungen und seine interne Organisationsmethode gerechtfertigt

58 Vgl. zusammenfassend *Schauhoff* (Fn. 55), § 6 Rz. 113.

59 S.o. (Fn. 40).

60 Vgl. *Benicke* in: *Schauhoff* (Fn. 55), § 21 Rz. 11 ff., 13 und Rz. 81 ff.

61 KOM (97) 241; Ratsdok. 10783/97, abgedr. in BR-Drucks. 748/97.

sein, durch die er sich von den traditionellen wirtschaftlichen Akteuren unterscheidet.«⁶²

Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang besteht darin, dass, sofern Vereine solchen Mannschaften, die wirtschaftliche Geschäftsbetriebe sind, Sportanlagen zur Nutzung überlassen, sie dies zur Abwendung einer schädlichen Mittel Fehlverwendung nur gegen entsprechenden Mietzins und angemessenen Gewinnaufschlag tun können. Diese Problematik wurde indes – soweit ersichtlich – von der Finanzverwaltung bislang noch nicht aufgegriffen. Es ist aber durchaus denkbar, dass bei überwiegender Nutzung vereinseigener Sportanlagen durch (semi-) professionelle Mannschaften sich die Frage nach einem angemessenen Nutzungsentgelt einmal stellen könnte.

Schließlich ist auf ein aktuelles Urteil des BFH hinzuweisen⁶³, in welchem ein weiteres erhebliches gemeinnützigkeitsrechtliches Risiko aufgezeigt wird: Ein Fußballverein hatte Amateurspielern durch Sponsoren erhebliche Geldleistungen zukommen lassen, die über einen reinen Aufwendersersatz hinausgingen. Der BFH hat die Aberkennung der Gemeinnützigkeit dieses Vereines letztinstanzlich mit der Begründung bestätigt, dass eine Körperschaft dann keine gemeinnützigen Zwecke verfolgt, wenn sie Tätigkeiten nachgeht, die gegen die Rechtsordnung verstoßen. Dies kann eine der Körperschaft als tatsächliche Geschäftsführung zurechenbare Lohnsteuerverkürzung sein. Im entschiedenen Fall hatte der Verein nämlich entgegen seiner Verpflichtung gem. § 41 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG keine Lohnsteuer für die an die Spieler geleisteten Zahlungen abgeführt. Die Finanzverwaltung hat dieses Urteil mittlerweile in Tz. 3 zu § 63 AEAO aufgenommen.

Nicht zuletzt aufgrund der vorstehend aufgezeigten Probleme verwundert es nicht, dass insbesondere für den Bereich des professionell betriebenen Spitzensports eine Lösung in der Ausgliederung der entsprechenden wirtschaftlichen Tätigkeiten gesucht wird.

Beim Eishockey wurde mittlerweile eine klare Trennung des professionellen Sports vom Amateursportbereich vorgenommen, obwohl hierfür keine steuerrechtlichen, sondern im Wesentlichen betriebswirtschaftliche Motive den Ausschlag gegeben haben dürften: Nunmehr lässt sich der Eishockey-Sport im Wesentlichen in drei Bereiche aufteilen: die Deutsche Eishockey-Liga, den Deutschen Eishockey-Bund und die Landesverbände, unter deren Dach sich der Ligenbetrieb in Deutschland organisiert hat. Nach ihrer Gründung firmiert die DEL als höchste deutsche Spielklasse, eine Profiligena nach dem Vorbild der US-amerikanischen National Hockey League. Sie besteht aus 14 Profimannschaften, in der Regel GmbHs, die sich aus den früheren Vereinen gebildet haben. In der zweiten Bundesliga als der höchsten Spielklasse innerhalb des Bereichs des DEB sowie in den

62 Mitteilung (Fn. 61), S. 16.

63 Urteil vom 27. 9. 2001 – V R 17/99 –, UR 2002, 138 ff.

weiteren, niederklassigeren Ligen sind nach wie vor gemeinnützige Vereine organisiert.

Die DEL wurde vom Liga-Ausschuss am 15. 1. 1994 beschlossen. Zu diesem Zweck wurde die DEL GmbH gegründet. Diese GmbH fungierte als Franchisegeber. Die Franchisenehmer bilden die Profimannschaften der teilnehmenden Vereine. Diese mussten aber in GmbHs umgewandelt und aus dem Verbund der Vereine herausgelöst werden. Die DEL-»Vereine« sind dabei nicht standortgebunden. Sie können ihre Franchise auch verkaufen oder in eine andere Stadt umziehen. So zogen beispielsweise die Revierlöwen von Ratingen nach Oberhausen, und Landshut verkaufte nach finanziellen Schwierigkeiten seine Lizenz an die München Barons, die wiederum im Sommer 2002 nach Hamburg umzogen.

Die steuerlichen Probleme sind hierdurch indes nicht gelöst worden. So wurde im sog. »DEL-Erlass« bestimmt, dass die Vereine durch ihre Beteiligung an den in der DEL organisierten Kapitalgesellschaften umfangreiche wirtschaftliche Geschäftsbetriebe mit den hiermit verbundenen steuerlichen Risiken, namentlich im Hinblick auf den Ausgleich von im Rahmen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes generierten Verlusten, behielten⁶⁴.

In der Fussball-Bundesliga haben bislang nur einige wenige, besonders finanzstarke Vereine ihre Lizenzspieler-Abteilungen in Kapitalgesellschaften ausgegliedert, nämlich Borussia Dortmund (Aktiengesellschaft), Bayer Leverkusen (GmbH) und der FC Bayern München (Aktiengesellschaft). Ausschlaggebend waren insoweit neben steuer- bzw. gemeinnützigkeitsrechtlichen insbesondere auch betriebswirtschaftliche Motive, da eine Umwandlung, namentlich in eine AG oder KGaA, vor allem zur Kapitalbeschaffung für Vereine der Fußball-Bundesliga attraktiv ist und damit vor allem den Spitzenmannschaften auf europäischer Ebene eine dauerhafte Konkurrenzfähigkeit sichert⁶⁵.

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit auch – weitere – Vereine der Fußballbundesliga ihre Lizenzspieler-Abteilungen aus dem Verein herauslösen⁶⁶ oder aber andere finanzstarke Sportarten, z.B. in der Tennis-Bundesliga, einen ähnlichen Schritt vollziehen.

Eine steuerlich unproblematische Gestaltung bei Ausgliederung der Lizenzspieler-Abteilungen kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn eine Betriebsaufspaltung vermieden wird. Zwar gehört die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gem. Abschn. 8 Satz 3 Abs. 5 KStR für den Verein grundsätzlich zum Bereich der steuerfreien Vermögensverwaltung. Ausnahmsweise wird die Beteili-

64 FinMin Brandenburg vom 7. 3. 1996, DB 1996, 1161.

65 Dies scheint vor allem vor dem Hintergrund der internationalen Konkurrenzfähigkeit geboten, da beispielsweise in Italien, England oder Frankreich bereits seit vielen Jahren Spitzenteams in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften betrieben werden, vgl. zusammenfassend *Wagner*, Bundesliga Going Public – Traumpass oder Eigentor?, NZG 1999, 469, 470.

66 Dies ist in absehbarer Zeit beim SV Werder Bremen geplant.

gung jedoch in einem steuerpflichtigen – ggf. dem Vereine das Gepräge gebenden – wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehalten, wenn beispielsweise der Tochtergesellschaft wesentliche Betriebsgrundlagen zur Nutzung überlassen werden⁶⁷ – zu denken ist insoweit nicht nur an Sportanlagen, sondern auch an die Überlassung von Büroräumen, beispielsweise an eine angegliederte Merchandising-Gesellschaft⁶⁸ – oder aber die Tochterkapitalgesellschaft durch dauernde Einflussnahme seitens des Vereins gleichsam als dessen Betriebsabteilung geführt wird⁶⁹. Die Finanzverwaltung unterstellt eine dauernde Einflussnahme bereits in den Fällen, in denen eine Personalunion zwischen einem Organ der gemeinnützigen Einrichtung und der Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft besteht; darüber hinaus soll eine Betriebsaufspaltung auf Grund einer engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen der gemeinnützigen Körperschaft und der Kapitalgesellschaft vorliegen, die durch zahlreiche Verrechnungen zwischen beiden Steuersubjekten dokumentiert wird, wie die Finanzverwaltung für die Deutsche Eishockey-Liga entschieden hat⁷⁰. Die letztgenannte Auffassung ist jedoch, nicht zuletzt mangels insoweit trennscharfer Abgrenzungskriterien, abzulehnen⁷¹.

2. Umsatzsteuer

a) Steuerbarkeit der Mitgliedsbeiträge/EuGH-Urteil vom 21. 3. 2002

Der EuGH hat mit Urteil vom 21. 3. 2002⁷² zur Umsatzsteuerpflicht eines Golfvereins und zur Auslegung des Merkmals »Gewinnstreben« Stellung genommen und hierbei eine in der Fachwelt als »revolutionär« bezeichnete Aussage⁷³ getroffen. Im dritten Leitsatz des Urteils heißt es:

»... Jahresbeiträge der Mitglieder eines Sportvereins ... [können] Gegenleistungen für die von diesem Verein erbrachten Dienstleistungen darstellen ..., auch wenn diejenigen Mitglieder, die die Einrichtungen des Vereins nicht oder nicht regelmäßig nutzen, verpflichtet sind, ihren Jahresbeitrag zu zahlen.«

67 BFH vom 5. 6. 1985, I S 2/85, BFH/NV 1986, 433, *Schaubhoff* (Fn. 55), § 6 Rz. 68 m.w.N.

68 Vgl. zu der Problematik der Überlassung von Büroräumen als wesentliche Betriebsgrundlagen *Bitz*, DStR 2002, 752 ff.

69 BFH vom 30. 6. 1971 – I R 57/70 –, BStBl. II 1971, 743, str.

70 FinMin BW vom 21. 2. 1997 – SO 171/54, IDW-Hdb. KSt S. 702 ff.; FinMin Bbg vom 7.3.1996 – 35 – SO 171-6/96, DB 1996, 1161, für den Fall der Deutschen Eishockey-Liga.

71 Vgl. *Schaubhoff* (Fn. 55), § 6 Rz. 69.

72 C – 174/00, Kennemer Golf- und Country-Club, DStRE 2002, 642.

73 *Küffner*, Mitgliedsbeiträge, Leistungsaustausch und Umsatzsteuer – Sportvereine erbringen an ihre Mitglieder echte Gegenleistungen, DStR 2002, 1387.

Die Entscheidung wird erhebliche Auswirkungen auf die Besteuerung der Sportvereine in Deutschland haben⁷⁴. Da die echten Mitgliedsbeiträge nach bisheriger deutscher Rechtsauffassung zu nicht steuerbaren Umsätzen führten⁷⁵, gibt es im deutschen Umsatzsteuerrecht keinen dem Art. 13 Teil A Abs. 1 der 6. EG-Richtlinie entsprechenden Befreiungstatbestand. Während die Einführung der Steuerbarkeit der Mitgliedsbeiträge keine gesetzlichen Maßnahmen erfordert, sondern sich diese Rechtsfolge aus der Rechtsprechung der BFH ergibt⁷⁶, erfordert die Einführung einer Steuerbefreiung eine Gesetzesänderung. Die bestehende Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 22 b UStG erfasst nur einen kleinen Teil der Leistungen eines gemeinnützigen Vereins, der im Rahmen von Teilnehmergebühren sportliche Veranstaltungen durchführt. Es bleibt abzuwarten, wie sich der Gesetzgeber hierzu verhält; eine Änderung der Gesetzeslage ist jedenfalls bislang nicht erfolgt.

b) Umsatzsteuer für Sportanlagen, EuGH-Urteil vom 18. 1. 2001

Nach dem EuGH-Urteil vom 18. 1. 2001⁷⁷ ist die Vermietung von Sportplätzen an Nutzer eine insgesamt steuerpflichtige sonstige Leistung; die zuvor praktizierte Aufteilung in eine steuerfreie Grundstücksüberlassung und in eine steuerpflichtige Überlassung von Betriebsvorrichtungen⁷⁸ ist damit nicht mehr zulässig. Der EuGH folgte damit der seit 1999 vom BFH vertretenen Rechtsauffassung⁷⁹.

Damit können Sportvereine, sofern sie unternehmerisch tätig werden, nunmehr die mit Errichtung und Betreiben von Sportanlagen zusammenhängende, ihnen in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Vorsteuer in vollem Umfang zum Abzug bringen. Dem vollen Vorsteuerabzug aus den Investitions- und Betriebskosten steht die Versteuerung der Umsätze aus der Überlassung der Sportanlagen gegenüber, und zwar gem. § 12 Abs. 2 Nr. 8a S. 2 UStG zum vollen Steuersatz bei Nutzungsüberlassung an Nichtmitglieder und gem. § 12 Abs. 2 Nr. 8a S. 1 UStG zum begünstigten Steuersatz bei Nutzungsüberlassung an Mitglieder (Zweckbetrieb). Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch unentgeltliche Wertabgaben, z.B. Nutzung der Sportanlage durch Mannschaften, gem. § 3 Nr. 9a UStG der Umsatzsteuer unterliegen⁸⁰.

Für die Betreiber von Sportanlagen, die von der vorgenannten Rechtsprechungsänderung betroffen sind, besteht zusätzlich gem. § 27 Abs. 6 UStG bis zum

74 Eine gute Übersicht gibt hierzu *Radeisen*, Umsatzsteuer bei Mitgliederbeiträgen von Sportvereinen – Gestaltungsüberlegungen zum EuGH-Urteil vom 21. 3. 2002, Rs. C 174/00, Inf. 2002, 641.

75 Vgl. Abschn. 4 UStR 2000.

76 *Radeisen* (Fn. 74).

77 Rs. C 150/99 (Svenska Staten Stockholm Lindöpark AB), BFH/NV Beilage 2001, S. 44

78 Vgl. Abschn. 86 UStR 2000.

79 BFH vom 21. 10. 1999 –, V R 97/98 –, DStR 1999, 2118; BFH vom 31. 5. 2001 –, V R 97/98 –, BStBl. II 2001, 658.

80 *Spetzler*, Vorsteuerabzug beim Bau und Betrieb von Sportanlagen, UVR 2001, 337, 340.

31. 12. 2003 die Möglichkeit, ihre Umsätze nach dem bisherigen Aufteilungsverfahren zu versteuern.

c) § 13b UStG

Zum 1. 1. 2002 wurde der neue § 13b in das Umsatzsteuergesetz eingefügt⁸¹. Diese Vorschrift enthält eine Änderung, die für alle sportlichen Veranstaltungen zum Tragen kommt, an denen ausländische Berufssportler teilnehmen und dafür Gelder erhalten. Danach schuldet der Empfänger von durch ausländische Unternehmer erbrachten Leistungen, also der Verein, Einbehalt und Abführung eventuell anfallender Umsatzsteuer⁸². Erhält der Verein von einem ausländischen Sportler eine Rechnung mit Umsatzsteuerausweis, so sollte er darauf achten, dass gem. § 14a Abs. 4 Satz 2 UStG auf die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers hingewiesen wird. Keinesfalls darf der leistende Unternehmer nun die Umsatzsteuer ausweisen⁸³. Die Regeln über den Vorsteuerabzug sind entsprechend angepasst worden; danach kann der Leistungsempfänger gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UStG die Umsatzsteuer für Leistungen i.S.v. § 13b UStG, die für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, als Vorsteuer abziehen⁸⁴.

III. Zusammenfassung

Es ist in der Rechtsliteratur stets umstritten gewesen, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich legitimiert ist, die Förderung des Breiten- und des Spitzensports steuerlich zu privilegieren, in dem diese Tätigkeit als gemeinnützige Zweckverfolgung eingeordnet wird. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt es im Ermessen des Gesetzgebers, Freizeitaktivitäten, die auch denjenigen Personen zugute kommen, die selbst die Förderung in Anspruch nehmen können, steuerlich zu privilegieren, wenn es sich, wie bei der Förderung des Sports, um eine zulässige Staatsaufgabe handelt. Der Umstand, dass die Eigenbegünstigung der zu fördernden Personen bei Freizeitvereinen wie bei Sportvereinen möglich ist, ist vom Gesetzgeber angemessen dadurch berücksichtigt worden, dass Mitgliedsbeiträge an Sportvereine steuerlich nicht als Spenden geltend gemacht werden können. Bedenklich ist allerdings, dass nur die Förderung von Sportarten, die kein übermäßiges Entgelt verlangen, als gemeinnützig eingeordnet wird. Eine derartige Stufenfolge zwischen Sportarten lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Sofern, wie

81 StÄndG 2001 vom 20. 12. 2001, BStBl. I 2002, S. 4.

82 Vgl. hierzu BMF vom 5. 12. 2001, BStBl. I 2001, 1013, Tz. 1.

83 BMF (Fn. 82), Tz. 16.

84 Ausführliche Erläuterungen zur Neuregelung finden sich in der Vfg. der OFD Frankfurt/Main, vom 25. 7. 2002, S – 7279 A – 1 – St I 23, UStK § 13b UStG S-7279 Karte 2, und bei *Monfort*, Abschaffung des Abzugsverfahrens bzw. der Null-Regelung und Umkehrung der Steuerschuldnerschaft durch das Steueränderungsgesetz 2001, UR 2002, 245 ff.

bspw. im Golfsport, besonders hohe Mitgliedsbeiträge und Umlagen nötig sind, um den Sport zu finanzieren, hindert dies nach der hier vertretenen Auffassung die Gemeinnützigkeit des Vereines nicht. Es liegt dennoch eine Förderung der Allgemeinheit vor, da derartige Sportvereine jeden, der Golfsport treiben möchte, aufnehmen. Der Bundesfinanzhof sollte seine Rechtsprechung in diesem Bereich überdenken.

Das typische Problem der Sportvereine besteht darin, dass Breitensport und Leistungssport in einem Verein ausgeübt werden und der Leistungssport sich aus der Jugendarbeit und dem Breitensport heraus entwickelt. Im Bereich des Leistungssportes werden häufig Entgelte an die sporttreibenden Personen bezahlt. Damit kommt es zu einer Vermischung zwischen wirtschaftlichen, steuerpflichtigen Aktivitäten des Sportvereines auf der einen Seite und dem gemeinnützigen Kernbereich auf der anderen Seite. Für diese besondere Konstellation hat der Gesetzgeber in Abänderung der so genannten »Geprägetheorie« zurecht in § 67 a AO bestimmt, dass die Gemeinnützigkeit des Sportvereines insgesamt selbst dann nicht gefährdet ist, wenn die wirtschaftlichen Aktivitäten nach ihrer Bedeutung den Umfang der Tätigkeit im Amateurbereich deutlich übersteigen sollten. Trotz dieser gemeinnützigkeitsrechtlichen Regelungen weist der Profi-Sportbereich zahlreiche besondere Rechtsprobleme auf. Er ist nicht gemeinnützig und kann deswegen die Gemeinnützigkeit des Gesamtvereines gefährden, bspw. wenn in dem Profibereich dauerhafte Verluste generiert oder aber Verstöße gegen die Rechtsordnung bewirkt werden. Deswegen gehen immer mehr Sportorganisationen dazu über, den Profisportbereich aus dem gemeinnützigen Verein auszugliedern, sieht man auch von den Haftungsfragen und der Organisationsform für Einrichtungen, die Umsätze eines mittelständischen Unternehmens bewirken, als zusätzliche Motivation für die Ausgliederung ab. Trotz dieser Ausgliederung kann eine vielfältige Verflechtung zwischen dem gemeinnützigen Verein, der häufig noch die Lizenz zum Betrieb des Profispielbetriebes hält, und der steuerpflichtigen Gesellschaft bestehen. Deswegen wird vielfach eine vollständige Trennung zwischen dem Amateurbereich und dem Profibereich, selbst wenn sie gewollt sein sollte, nicht erreicht werden. Es ist eine der grundlegenden Schwächen des geltenden Gemeinnützigkeitsrechtes, dass dieses den Übergang von der Gemeinnützigkeit in die Steuerpflicht in den Vereinen kaum ermöglicht. Die Gemeinnützigkeit ist als Einbahnstraße ausgestaltet. Ausgliederungen in den steuerpflichtigen Bereich sind nur zulässig, sofern der ausgliedernde Verein dafür ein angemessenes Entgelt erhält, welches er wiederum zeitnah für seine gemeinnützigen Zwecke einzusetzen hat.

Unser Beitrag konnte nur einen ersten Überblick über die zahlreichen gemeinnützigkeitsrechtlichen Regelungen für den Sportverein im Steuerrecht geben. Bei jedem Änderungsverlangen, welches insofern gestellt wird, sollte stets bedacht werden, dass Veränderungen in Bezug auf den Steuer- und Rechtsstatus der 87 000 deutschen Turn- und Sportvereine nur sehr behutsam möglich sind und die tradierte gemeinnützigkeitsrechtliche Einordnung dieser Vereine dabei zu berücksichtigen ist.

IV. Summary

There is a long-standing dispute in the legal literature regarding whether the legislator is authorised to grant tax privileges for the promotion of popular and elite sports by classifying such activity as being in the public interest. In the authors' opinion it falls within the legislator's discretion even to grant tax privileges for recreational sport activities which benefit those persons who can take advantage of them, provided it is a matter of a public function, as is the case with sports promotion. The fact that a personal self-benefit is possible for individual members of recreational sports clubs as well as for the clubs themselves, is adequately taken into account by the legislator in that from a tax perspective membership fees paid to sports clubs cannot be claimed as donations. However, it is questionable that only the promotion of those sports which require no excessive membership fees will be classified as being in the public interest. Such a distinction between sports cannot be inferred from the law. In the author's opinion, the fact that, as with golf for example, exceptionally high membership fees and additional costs are required in order to finance a sport does not rule out the public interest aspect of the club. A promotion for the general public still exists since such sport clubs admit anyone who would like to play golf.

The typical problem for sport clubs lies in the fact that popular sports and (usually professional) elite sports are carried out in the same club and that elite athletes are drawn from the youth and popular sports. In the area of elite/competitive sports remuneration is frequently paid to athletes. This leads to a mix between economic, taxable activities of a sport club on the one hand and the central purpose of public interest on the other. For this particular constellation the legislator appropriately decided – contrary to the so-called »Geprägetheorie« (»theory of the economic character of a legal entity«) – in § 67 a General Fiscal Code (Abgabenordnung) that the overall public interest of a sports club is not at risk if the economic activities are considered to exceed the extent of the activity at the amateur level. In spite of this legal provision based on the public interest, the professional sports sector presents a number of particular legal problems. Professional sport is not in the public interest and can therefore jeopardise the public interest character of the entire sports club, for example, if in the professional segment continual losses are generated or legal violations are caused. Therefore sports organisations are increasingly separating the professional sport segment from the public interest club even though this is not the only reason for the separation. There are also liability and organisational issues with respect to these entities, which generate income equivalent to that of medium-size companies. In spite of the separation, multifaceted links can arise between the public interest club which frequently maintains a license to conduct professional sports activities, and the separated company subject to taxation. Therefore in most cases a complete separation between the amateur and professional segments, even if this is the desired result, cannot be attained. It is one of the underlying weaknesses of the prevailing tax

laws governing the public interest, that this hardly allows for the transition from the public interest aspect into taxability. In other words, the public interest aspect is set up as a one-way street. Separations for those areas subject to tax are only permissible provided the separating club receives an adequate remuneration, which in turn is to be promptly used for its public interest purposes.

The article can only give an initial overview from a tax law perspective of the numerous public interest provisions for sport clubs. For every requirement for changes to the current provisions which could be made, it should always be considered that amendments must be approached cautiously and that the traditional public interest classification of the sport clubs must thereby be taken into account.

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung*

KLAUS BROCKHOFF

I.	Einleitung	221	2.	Ein erstes Beispiel	229
II.	Das Anlageproblem	224	3.	Ein zweites Beispiel	230
	1. Das Optimierungsproblem	224	V.	Einschränkungen	232
	2. Die Lösung	225	VI.	Schluss	233
III.	Einschränkungen	227	VII.	Zusammenfassung	233
IV.	Steuerung durch Anlagerichtlinien	228	VIII.	Summary	234
	1. Vorüberlegungen	228			

I. Einleitung

Jeder Portfoliomanager hat das Problem, über den ihm vorgegebenen Planungszeitraum eine möglichst hohe Rendite auf das ihm anvertraute Vermögen zu erzielen, wobei nicht immer auch eine regelmäßige, jährliche Ausschüttung verlangt wird. Der Portfoliomanager einer Stiftung hat grundsätzlich mit einem unendlichen Planungszeitraum zu rechnen und muss jährlich Ausschüttungen zur Erfüllung des Stiftungszwecks ermöglichen. Das ergibt sich aus dem Begriff der Stiftung. »Der moderne Stiftungsbegriff einer mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Vermögensmasse, die mit Hilfe einer dafür geschaffenen Organisation einen vom Stifter bestimmten Zweck auf Dauer zu fördern bestimmt ist, ist ein Ergebnis der Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts.«¹

Die Anlagepolitik von Stiftungen, insbesondere gemeinnützigen Stiftungen, wird hier näher betrachtet. Mit dem Begriff der Anlagepolitik soll damit zugleich verdeutlicht werden, dass die betrachtete Stiftung in der Wahl ihrer ertragbringenden Investments grundsätzlich frei ist. Auf die Schwierigkeit, dieses Element zur Abgrenzung heranzuziehen, wird auch an anderer Stelle hingewiesen². Zugleich wird aber deutlich, dass es allein in Deutschland eine Vielzahl von Stiftungen mit zum Teil beachtlichen Investments gibt, die die hier herangezogenen Kriterien erfüllen.

* Der Verfasser hatte Gelegenheit, die Anlagepolitik von etwa 15 Stiftungen teils privaten, teils öffentlichen Rechts über mehr als 20 Jahre zu beobachten und teilweise auch zu gestalten. Die Daten und Beispiele beziehen sich auf reale Fälle, die allerdings vertraulich gehalten werden müssen.

1 Von Campenhausen, Geschichte des Stiftungswesens, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 1998, S. 23 (25).

2 Anheier, Das Stiftungswesen in Zahlen: Eine sozial-ökonomische Strukturbeschreibung deutscher Stiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 1998, S. 47 (53).

Die ungeschmälerete Bestandserhaltung des Stiftungsvermögens ist die in allen Stiftungsgesetzen enthaltene Forderung für die Stiftungsverwaltung³. Es ist noch näher zu bestimmen, was darunter zu verstehen ist. In der Vergangenheit wurde das Vermögen gemeinnütziger Stiftungen in der Regel »konservativ« angelegt, beispielsweise in Immobilien oder als sicher geltenden fest verzinslichen Obligationen. Bei dieser Anlageform ist die Erhaltung des bei der Gründung bestehenden Leistungsvermögens einer Stiftung einmal durch die Geldentwertung gefährdet. Zum anderen kann sie deshalb gefährdet sein, weil die erzielten Renditen bei der anfangs gewählten und durchgehaltenen Anlageform auf längere Sicht sinken. Dies ist bei Anlagen in Immobilien nicht auszuschließen. Deshalb ist zunehmend die Erkenntnis gewachsen, dass die Vermögensanlage eine Mischung von risikoarmen mit risikoreicheren Anlagen, zum Beispiel Aktien, vorsehen sollte sowie – häufiger als dies in früheren Jahren üblich war – Umschichtungen zur Erzielung hoher Renditen vorgenommen werden sollten. Freilich ist dabei zu berücksichtigen, dass solche Umschichtungen nicht den Charakter der gewerbmäßigen Tätigkeit annehmen dürfen, um die Gemeinnützigkeit der Stiftung nicht zu gefährden.

Anlagen in Aktien wurden in Deutschland auch noch aus einem anderen Grunde vermehrt in die Stiftungsvermögen aufgenommen: Sie erlauben eine Rücklagenbildung durch realisierte Kursgewinne. Diese ist erforderlich, um der Erosion des realen Stiftungskapitals durch Inflation oder Preisverfall der Anlage entgegenzutreten. Kursgewinne werden nämlich nicht auf die durch § 58 Nr. 7 der Abgabenordnung gesetzte Grenze für Rücklagen aus Zinserträgen angerechnet.

Insbesondere *Carstensen*⁴ hat überzeugend argumentiert, dass es nicht auf eine nominale Erhaltung des Stiftungsvermögens ankommen kann, sondern darauf, dass das Stiftungsvermögen »in seinem wirtschaftlichen Bestand bzw. in seinem (wirtschaftlichen) Wert und damit in seiner Ertragskraft«⁵ zu erhalten ist. Pointiert heißt das: »Stiftungsrechtliche Vermögenserhaltung ist *reale* Vermögenserhaltung.«⁶ In Beispielsrechnungen wird von ihm gezeigt, wie eine im Jahre 1962 mit einem Vermögen von 100 gegründete Stiftung bei Anlage ihres Vermögens zur Umlaufrendite des Kapitals und einer Ausschüttungssperre zur Rücklagenbildung in Höhe der Inflationsrate am Ende des Jahres 2000 einen Wert von 328 haben müsste; eine Ausschüttungssperre der Erträge zinstragender Titel einer Stiftung in Höhe der erst seit dem Jahr 2000 durch die Abgabenordnung zugelassenen Höhe von 33 % der Zinserträge hätte nur zu einem Vermögen von 249 geführt. Die Differenz von 328 – 249 = 77 ist ein Indikator für die seit dem Gründungsjahr

3 *Carstensen*, Vermögensverwaltung, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 1998, S. 565 (567 f.).

4 *Carstensen*, Die ungeschmälerete Erhaltung des Stiftungsvermögens, Wpg 1996, 781 ff.; *ders.*, Vermögensverwaltung, Vermögenserhaltung und Rechnungslegung gemeinnütziger Stiftungen, 2. Aufl. 1996; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3).

5 *Carstensen*, a.a.O. (Fn. 3), S. 568.

6 *Carstensen*, a.a.O. (Fn. 3), S. 568.

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung

reduzierte Leistungsfähigkeit der Stiftung. Die schärferen Restriktionen für die Rücklagenbildung in früheren Jahren machen natürlich die Situation noch prekärer. Die gewünschte Realerhaltung des Vermögens gelingt so nicht.

Legt man die heutige Rechtslage zugrunde, so ist bei einer Realverzinsung (Umlaufrendite abzüglich Inflationsrate) von etwa 3 % nur bei Inflationsraten bis höchstens 1,5 % die in der Abgabenordnung vorgesehene Vorsorge für eine reale Vermögenserhaltung ausreichend. Dann nämlich wäre die Nominalverzinsung etwa 4,5 %; ein Drittel davon würde gerade der Inflationsrate entsprechen. Bei einer Inflationsrate von nur 2 % würde sich eine Nominalverzinsung von 5 % einstellen, was zu einer unzureichenden Rücklage von 1,67 % führte. Nur in sieben von 39 Jahren der Vergangenheit wurden in Deutschland kleinere Inflationsraten als 1,5 % p.a. erreicht. Bei der älteren, von 1985 bis 1999 gültigen Regelung der Abgabenordnung, die eine Rücklagenbildung nur bis zu 25 % der Zinserträge vorsah, liegt die entsprechend bestimmte Obergrenze der Inflationsrate, die eine Realkapitalerhaltung durch Rücklagenbildung erlauben würde, bei 1 %. Dieser Wert wurde in den vergangenen 38 Jahren nur viermal unterschritten. In 34 Jahren konnte also keine reale Werterhaltung eines Stiftungsvermögens gelingen. In der Zeit vor 1985 war eine Vollausschüttung der Stiftungserträge verbindlich vorgesehen, was bei vollständiger Investition in festverzinslichen Wertpapieren praktisch überhaupt keine Realerhaltung des Stiftungsvermögens erlaubte, wenn man von Rücklagen aus Veräußerungsgewinnen aus Vermögensumschichtungen absieht⁷.

Einzelne Stiftungen, beispielsweise die VolkswagenStiftung, haben Kapitalerhaltungsrechnungen entwickelt und eingesetzt, um eine Kontrolle des realen Stiftungsvermögens zu ermöglichen. Auf die Ausgestaltung solcher Rechnungen soll hier nicht eingegangen werden. Diese Rechnungen zeigen – wie sich schon oben andeutet – auch für das letzte Drittel des vorigen Jahrhunderts eine zeitweise geradezu erschreckende Erosion der möglichen Stiftungsleistungen durch Inflation aus den eben dargestellten Gründen.

Vermögensgegenstände, deren relativ hohe Rendite nicht allzu starken Ergebnisschwankungen unterliegt, können in langer Sicht eine bessere Erfüllung des Stiftungszwecks ermöglichen als solche, deren relativ niedrige Rendite nur sehr wenig schwankt. Allerdings können die mit höheren Renditen üblicherweise verbundenen größeren Schwankungen dazu führen, dass zeitweise die Erfüllung des Stiftungszwecks gegenüber einem langfristigen Mittel oder einer normativ vorgegebenen Ausschüttung für Stiftungszwecke unmöglich wird, wenn keine Vorsorge für solche Zeiten getroffen wird. Meist wird versucht, diese Vorsorge in Anlage Richtlinien niederzulegen, die die der Stiftungsverwaltung mögliche Diversifikation in der Vermögensanlage beschreiben und damit zur Risikovorsorge beitragen sollen. Es ist nicht ungewöhnlich, dass Stifter selbst solche Richtlinien erlassen. Dabei können Vergangenheitserfahrungen zu ungewöhnlich restriktiven Dispositionen

⁷ Carstensen, a.a.O. (Fn. 3), S. 571.

über Vermögensanlagen führen. Beispielsweise hatte der Stifter einer in den siebenziger Jahren gegründeten Stiftung zur Kunstförderung vorgesehen, dass das Stiftungsvermögen in Gold, sfr-Anleihen und DM-Anleihen erster Bonität in bestimmten Anteilen investiert werden sollte. Erst in intensiven Gesprächen gelang es, die Zustimmung zu renditeträchtigeren Anlagen zu erreichen. Fraglich ist, ob die Anlage in Barrengold überhaupt zulässig ist, erlaubt sie doch keine regelmäßige Ausschüttung, es sei denn um den Preis des schrittweisen Verkaufs des Vermögens.

An anderer Stelle wurde bereits gezeigt, dass die Risikovorsorge auch durch eine Rücklage in Höhe des value at risk⁸ gebildet werden kann⁹. Diese Größe hängt von zwei Komponenten ab: dem (natürlich über 50 % angesetzten) Sicherheitsniveau (p), mit dem die Verwaltung der Stiftung jederzeit ihre normativ gesetzten Ausschüttungsziele erreichen möchte, und der Volatilität der Anlagerenditen. Bisher ist nicht bekannt, dass bei einer deutschen Stiftung nach dieser Modellvorstellung explizit gehandelt würde. Das im Folgenden geschilderte Planungsproblem greift auf diese Vorstellung zurück.

II. Das Anlageproblem

1. Das Optimierungsproblem

Für die Stiftung stellt sich das Anlageproblem wie folgt dar. Es gibt $i = 1, 2, \dots, n$ Anlagemöglichkeiten. Das sind bei größeren Stiftungen in der Praxis Fonds, die sich auf eine Art von Anlagen konzentrieren können, zum Beispiel inländische Renten. Bei kleinen Stiftungen können dies die einzelnen in Betracht gezogenen Wertpapiere sein. Im Folgenden wird von einer größeren Stiftung ausgegangen. In diese soll jeweils x_i (%) des gesamten Vermögens investiert werden. In der Zielfunktion sind der Erwartungswert der Renditen (a_i) abzüglich des Risikopuffers (der einem value at risk entspricht) zu maximieren. Damit ergibt sich:

$$(1) \quad \text{Max} : \sum_{i=1}^n a_i x_i - F(p) \sqrt{\sum_{i=1}^n \sigma_i^2 x_i^2 + 2 \sum_{i=1}^n \sum_{j=1; j>i}^n \rho_{ij} \sigma_i \sigma_j x_i x_j}$$

$$(2) \quad \sum_{i=1}^n x_i = 1$$

$$(3) \quad x_i \geq 0; \forall i$$

8 Knight/Pretty, Value at Risk – The Effects of Catastrophes on Share Price, Risk Management Vol. 45 (1998), No. 5, S. 39 ff.

9 Brockhoff, Erhaltung eines Stiftungsvermögens, ZfbF 2002, 277 ff.

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung

In der Zielfunktion (1) entspricht der erste Ausdruck der Renditeerwartung der ausgewählten Anlagen. Als Ausschüttungsbegrenzung wird davon ein Risikopuffer subtrahiert. Im Risikopuffer ist $F(p)$ der Abszissenwert der Standardnormalverteilung für das Sicherheitsniveau p , das der Anleger vorgeben muss. Es gibt seine Risikoeinstellung wieder. Unter der Wurzel stehen die Varianzen und Kovarianzen der investierten Anlagen. Die Parameter sind empirisch zu bestimmen. Die Nebenbedingung (2) fordert die volle Anlage des Stiftungsvermögens. In (3) wird nur formal gesichert, dass die Anlageninvestments nicht negativ sein dürfen. Dieses Modell kann mit Standardsoftware, z.B. Lingo, gelöst werden.

2. Die Lösung

In einer Stiftung standen in der Vergangenheit $n = 9$ Anlagearten (Fonds) zur Verfügung. Für sie liegen die folgenden Daten vor, durch die die Parameter des Modells numerisch bestimmt werden:

Anlage	Rendite (%)	Standardabweichung	Korrelationskoeffizienten der Anlagerenditen								
			2	3	4	5	6	7	8	9	
1	6,03	3,35	0,42	0,45	-0,30	-0,06	0,05	0,01	-0,43	-0,53	
2	9,91	5,13		0,99	0,31	0,47	0,50	0,39	-0,30	-0,52	
3	9,80	6,23			0,33	0,51	0,55	0,44	-0,25	-0,52	
4	14,49	7,90				0,58	0,54	0,34	0,15	0,46	
5	23,63	14,30					0,98	0,93	0,45	-0,36	
6	22,70	15,78						0,96	0,36	-0,41	
7	17,95	27,14							0,34	-0,52	
8	3,04	19,41								0,02	
9	4,29	0,85									

Tabelle 1: Daten für das Planungsproblem

Die Anlagen 1 bis 4 stellen Festverzinsliche dar, 5 bis 8 sind Aktienanlagen und 9 sind Immobilienanlagen. Nur die Anlagen 1, 5 und 9 sind praktisch ausschließlich in Landeswährung angelegt.

Wie üblich, sind höhere Renditen meist auch mit höheren Streuungen verknüpft. Es gibt aber auch dominierte Anlagen, wie beispielsweise Anlage 8, deren Rendite unter der der anderen Anlagen liegt, deren Streuung aber zugleich höher ist als bei allen außer zwei Anlagen. Ähnlich wird Anlage 3 von Anlage 2 dominiert sowie Anlagen 6 und 7 von Anlage 5. Es ist nicht zu erwarten, dass bei den gegebenen Daten ohne weitere Restriktionen die dominierten Anlagen in ein rational geplantes Portefeuille aufgenommen werden. Diese Anlagen sind nur deshalb vorhanden, weil ihnen in der Planung andere Parameter zugeschrieben wurden als in der Realisierung erreicht werden konnten. Bei Fortgeltung der Daten

sollten sie nicht im Portefeuille berücksichtigt werden. Würden freilich die Korrelationen zwischen den Anlagen verändert, zum Beispiel eine negative Korrelation zwischen den Anlagen 1 und 3 in gleicher Höhe auftreten, so könnten auch die dominierten Anlagen zur Risikosenkung in ein Portefeuille aufgenommen werden. Wegen der Zinszusammenhänge zwischen den Märkten ist dies allerdings kaum zu erwarten.

Weiter wird aus der relativ großen Anzahl negativer Korrelationskoeffizienten deutlich, dass die Anlage 9 eine hervorragende Möglichkeit zur Diversifikation bietet, die allerdings vermutlich nur genutzt werden wird, wenn hohe Sicherheitsbedürfnisse bestehen, da ihre erwartete Rendite relativ gering ist.

Das in (1) bis (3) dargestellte Modell wird nun gelöst. Für unterschiedliche Sicherheitsniveaus stellt die Tabelle 2 die ermittelten Lösungen dar.

Anlage	p = 0,692; F(p) = 0,5	p = 0,841; F(p) = 1	p = 0,933; F(p) = 1,5	p = 0,945; F(p) = 1,6	p = 0,955; F(p) = 1,7	p = 0,977; F(p) = 2,0
1	0	0	0,4816	0,5326	0,1538	0,1443
2	0	0	0,0312	0,0196	0,0553	0,0463
3	0	0	0	0	0	0
4	0	0,1669	0,3234	0,3129	0	0
5	1,0	0,8331	0,1638	0,1348	0,0591	0,0455
6	0	0	0	0	0	0
7	0	0	0	0	0	0
8	0	0	0	0	0	0
9	0	0	0	0	0,7318	0,7638
Zielwert	16,48	9,381	5,149	4,731	4,452	4,209

Tabelle 2: Lösungen des Planungsproblems mit den jeweiligen Anlageanteilen und dem erreichten Zielwert

Aus der Tabelle 2 ist zu erkennen, dass die dominierten Anlagen 3, 6, 7 und 8 nicht gewählt werden. Mit zunehmendem Sicherheitsbedürfnis werden die weniger risikoreichen, dafür aber auch geringere Renditen versprechenden Anlagen gewählt. So wird die Anlage 9, die sehr »konservativ« ist, erst von einem Sicherheitsniveau von etwa 95 % an gewählt, dann aber sogleich massiv eingesetzt. Es handelt sich um Immobilienanlagen. Anlage 5 ist ein Aktienfonds, der ohne Berücksichtigung der Risikoeinstellung ($F(p) = 0$) ausschließlich eingesetzt wird, weil er die höchste Rendite ausweist. Aber auch bis zu einem Sicherheitsniveau von etwa 70 % macht sich das mit dieser Anlage verbundene Risiko noch nicht so stark bemerkbar, dass eine Diversifikation der Anlage (über die fondsinterne Diversifikation hinaus) nötig erscheint. Bei einem Sicherheitsniveau von 93 % sollte der Anteil der Anlage 5 zugunsten der Anlagen 1, 2 und 4 in Rentenwerten deutlich reduziert werden. Sehr hohen Sicherheitsbedürfnissen wird schließlich nur durch

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung

Anlagen in Renten und Immobilien entsprechen. Es ist interessant zu beobachten, dass bei einer Variation von p oder $F(p)$ nicht generell ein monotoner Auf- oder Abbau (wie bei Anlage 5) der in die Lösung einbezogenen nicht-dominierten Anlagen erfolgt. Besonders deutlich erkennt man dies bei einer Verfolgung der Budgetanteile für die Anlagen 1, 2 oder 4.

Bei der Beurteilung der Zielfunktionswerte ist zu bedenken, dass diese keine explizite Berücksichtigung von Inflationswirkungen enthalten. Nimmt man eine pauschale Inflationsrate von 2 % an, so erfordert eine Nettoausschüttung für Stiftungszwecke von etwa 3 % des Stiftungsvermögens schon eine Mischung von Aktien- und Rentenwerten, wie dies in der Spalte für $p = 0,933$ dargestellt ist. Werden höhere Nettoausschüttungen gefordert, muss ein sehr hoher Anteil von Aktienanlagen berücksichtigt werden, wobei die entsprechenden Risiken auftreten.

III. Einschränkungen

Die dargestellten Ergebnisse sind in der Finanzierungstheorie grundsätzlich bekannt. Bisher sind sie im Stiftungsmanagement allerdings nicht durchgesetzt. Freilich muss ausdrücklich auf die Einschränkungen verwiesen werden.

Die Ergebnisse beruhen auf Durchschnittsdaten der vergangenen vier Jahre. Deshalb sind in ihnen auch Umschichtungen innerhalb der einzelnen Anlagen enthalten. Dies beeinflusst implizit die Rendite-Risiko-Struktur. Für die Planung der Vermögensstreuung müssen Vorstellungen über die *künftigen* Rendite-Risiko-Konstellationen der Anlagen entwickelt werden. Bei der dabei unterstellten Planungsdauer ist darauf zu achten, dass es zu einem inversen Zusammenhang zwischen angenommener Streuung und Planungshorizont kommen kann. Insbesondere hinsichtlich der dominierten Anlagen ist zu fragen, ob Umweltsituationen plausibel sind, in denen sie einen Beitrag zu der gewünschten Performance oder der Risikosenkung der Gesamtanlage leisten können. Das Anlagemanagement muss die Rendite-Risiko-*Erwartungen* plausibel machen und auf dieser Grundlage das Modell durchrechnen.

Dominierte, aber hinsichtlich von Rendite und Streuung trotz hoher positiver Korrelationskoeffizienten sehr eng beieinander liegende Anlagealternativen können unter einem modellexogenen Gesichtspunkt von Interesse sein. Insbesondere, wenn für solche Anlagen ein benchmark nicht oder nur schlecht definiert werden kann, kann das Management solcher Anlagen an verschiedene asset manager delegiert werden, die dann wechselseitig aufgrund der Ergebnisse kontrolliert und motiviert werden können.

IV. Steuerung durch Anlagerichtlinien

1. Vorüberlegungen

In vielen Fällen wird das Stiftungsmanagement nicht bereit oder in der Lage sein, das gewünschte Sicherheitsniveau p oder dem entsprechend $F(p)$ anzugeben. Das ist die »traditionelle« Haltung. Gleichwohl sollen Sicherheitsbedürfnisse erfüllt werden. Dem wird durch die Formulierung von Anlagerichtlinien entsprochen, die das Anlagemanagement der Stiftung binden und normalerweise von der Stiftungsgeschäftsführung oder einer Aufsichtsinstitution zu kontrollieren sind. Der Nachweis des täglichen Einhalts der Anlagerichtlinien ist in großen Stiftungen nicht ungewöhnlich.

In der Regel werden in den Anlagerichtlinien Obergrenzen für das Investment in einzelnen Anlagen (zum Beispiel Anleihen der Bundesrepublik Deutschland), Anlageklassen (zum Beispiel Festverzinsliche, Aktien, Immobilien) oder Anlage-*regionen* (Europa, Südostasien, USA) gesetzt. Denkbar ist auch, dass solche Obergrenzen auf Null gesetzt werden, beispielsweise, wenn ethische Erwägungen Investitionen bestimmter Art oder in bestimmten *Regionen* ausschließen oder wenn bestimmte Investitionen wegen des ihnen inhärenten Risikos vollständig vermieden werden sollen, wie etwa *Derivate*. Nicht immer ist dabei klar, dass mit der im letzten Fall erwähnten Beschränkung auch Möglichkeiten der Vermögenssicherung ausgeschlossen werden. Untergrenzen für bestimmte Anlagearten sind eher ungebräuchlich, könnten aber ebenso vorkommen, um Risiko- oder Ertragserwägungen Rechnung zu tragen.

Die Interdependenz solcher Anlagerichtlinien mit dem gewünschten Ausmaß der Erfüllung des Stiftungszwecks ist ebenfalls zu berücksichtigen. Wie an anderer Stelle gezeigt¹⁰, geht das im vorigen Abschnitt erwähnte Optimierungsmodell von der Vorstellung einer Maximierung der Ausschüttung für Stiftungszwecke aus. Manche Stiftungsvorstände, aber auch Aufsichtsbehörden in den USA, gehen von der Notwendigkeit einer Ausschüttung aus, die einem bestimmten Prozentsatz des Stiftungsvermögens entspricht, also implizit eine ausschüttungsfähige Mindestrendite unterstellt. Wird ein anspruchsvolles Ausschüttungsziel gesetzt, so kann dem häufig nicht mit einer Anlage in vergleichsweise risikoarmen Anlagen (zum Beispiel Immobilien oder Festverzinslichen erster Bonität) entsprochen werden. Anders gesagt: Die Nebenbedingungen für die Anlage in Anlagerichtlinien können solcher Art sein, dass eine Lösung des Anlageproblems ausgeschlossen ist.

¹⁰ *Brockhoff*, a.a.O. (Fn. 9).

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung

2. Ein erstes Beispiel

Nach diesen Vorüberlegungen soll gezeigt werden, wie Anlagerichtlinien auf die Disposition eines Stiftungsvermögens wirken, für das die in Tabelle 1 gezeigten Anlagemöglichkeiten zur Verfügung stehen. Es können nun unendlich viele Anlagerichtlinien formuliert werden. Deshalb kann hier nur beispielhaft vorgegangen werden.

In einer Stiftung, für die die Daten in Tabelle 1 gelten, gilt:

(a) Die Assetklassen Immobilien und Festverzinsliche sollen jeweils 70 % des Vermögens nicht überschreiten, während in Aktien nicht mehr als 30 % investiert werden dürfen:

$$(4) \quad x_1 + x_2 + x_3 + x_4 + x_9 \leq 0,7$$

$$(5) \quad \sum_{i=5}^8 x_i \leq 0,3$$

(b) Innerhalb der Assetklasse der Festverzinslichen sollen Fonds gebildet werden, von denen keiner größer als 10 % des Vermögens sein soll.

$$(6) \quad x_i \leq 0,1, i = 1, \dots, 4$$

(c) Innerhalb der Assetklasse der Aktien sollen Fonds gebildet werden, die ihre Investitionen regional ausrichten. Investitionen in Europa sollen 20 %, in den USA 15 % und in Asien 5 % des Vermögens nicht übersteigen:

$$(7) \quad x_5 + x_6 \leq 0,2$$

$$(8) \quad x_7 \leq 0,15$$

$$(9) \quad x_8 \leq 0,05$$

(d) Nicht mehr als 30 % des Vermögens soll in Immobilien investiert werden:

$$(10) \quad x_9 \leq 0,3$$

Da diese Einschränkungen eine Alternative der Risikoberücksichtigung über das value at risk darstellen, wird als Zielfunktion nur der erste Term des Modells (1) berücksichtigt. Darüber hinaus gelten die Nebenbedingungen (2) und (3). Das führt zu der folgenden Lösung (vgl. Tabelle 3).

Anlagen	Anteil
1	0,1
2	0,1
3	0,1
4	0,1
5	0,1
6	0,1
7	0,1
8	0,0
9	0,3
Zielwert	11,738

Tabelle 3: Anlageverteilung bei Berücksichtigung der angenommenen Anlagerichtlinien

Hier ergibt sich nun bis auf die ertragsschwache und risikoreiche Anlage 8 sowie die ertragsschwache, risikoarme Anlage 9 eine gleichmäßige Verteilung der Anlageninvestitionen, die ganz wesentlich durch die Vorschriften (b) und (c) begründet sind. Selbst dominierte Anlagenalternativen kommen zum Zuge, weil die Obergrenze für die Investition in einzelne dominierende Anlagen wirksam ist und damit die verbleibenden Mittel eine weniger vorteilhafte Anlage erfahren müssen. Der Erwartungswert aus diesem Portefeuille ist mit 11,74 relativ hoch. Er berücksichtigt nun aber in keiner Weise die Streuungen. Die Standardabweichung macht für dieses Portefeuille 6,606 aus, die Streuung also 43,64. Würde man nun verlangen, dass *neben* den Anlagerichtlinien eine Ausschüttungssperre in Höhe eines value at risk bei einem Sicherheitsniveau von 95 % zu bilden wäre, so würden gerade einmal 0,84 % des Vermögens zur Ausschüttung zur Verfügung stehen. Bedenkt man die üblichen Inflationsraten, so ist bei dieser Steuerung der Anlagenpolitik auf lange Sicht nur das Ende der Stiftungstätigkeit vorherzusagen. Mit einer Lockerung der Anlagerichtlinien könnte das Vermögen sicherer angelegt werden, wenn mehr Anteile der Immobilienanlage 9 zulässig wären und ertragreicher, wenn mehr Anteile der Aktienanlage 5 gestattet würden.

Hier zeigt sich, dass ad hoc – oder auf vorgestellten Erfahrungen – gebildete Anlagerichtlinien der Optimierung der Vermögensanlage unterlegen sind.

3. Ein zweites Beispiel

In einem weiteren Beispiel wird eine Anlagerichtlinie abgebildet, die eine wenigstens hälftige Investition in zinstragende Titel verlangt, das zeigt (10), und eine höchstens hälftige Investition in Substanzwerten, wie in Ungleichung (11). Fremdwährungsanlagen sollen 20 % des Stiftungsvermögens nicht überschreiten. Das wird in (12) abgebildet. Insgesamt gelten also die folgenden Bedingungen:

Optimierung der Vermögensanlage einer Stiftung

$$(11) \quad \sum_{i=1}^4 x_i \geq 0,5$$

$$(12) \quad \sum_{i=5}^9 x_i \leq 0,5$$

$$(13) \quad x_2 + x_3 + x_4 + x_6 + x_7 + x_8 \leq 0,2$$

Die Lösung für dieses Problem (wiederum bei Maximierung des Erwartungswerts der Renditen und voller Investition, wie in den Nebenbedingungen (2) und (3)) führt zu dem Ergebnis der Tabelle 4.

Anlagen	Anteil
1	0,30
2	0
3	0
4	0,20
5	0,50
6	0
7	0
8	0
9	0
Zielwert	16,522

Tabelle 4: Anlagenverteilung im zweiten Beispiel

Dies ist eine hinsichtlich der erwarteten Rendite sehr vorteilhaft erscheinende Anlagenmischung. In drei Anlagenarten wird investiert: inländische Renten, US-amerikanische Renten und inländische Aktien, in der Reihenfolge positiver Lösungen in Tabelle 4. Dieses Investitionsprogramm ist allerdings mit einer Standardabweichung von 13,494 auch sehr risikoreich. Berücksichtigt man eine Inflationsrate von 2,5 % p.a., so könnte bei einer zusätzlichen Ausschüttungssperre in Höhe des value at risk mit einer Wahrscheinlichkeit von knapp über 84 % gerade einmal der Erhalt des Stiftungsvermögens erfolgen. Ausschüttungen zur Förderung wären damit unmöglich. Wie in Tabelle 2 abzulesen ist, könnte bei etwa gleichem Wahrscheinlichkeitsniveau ein höherer Zielwert als Differenz von Erwartungswert und value at risk mit einer auf zwei Anlagen beschränkten Investitionspolitik erreicht werden.

V. Einschränkungen

Hinsichtlich der Bereitstellung zukunftsorientierter Daten gelten für die operationale Formulierung der Anlagerichtlinien dieselben Einschränkungen wie in den Optimierungsrechnungen. Das Modell könnte noch um eine Stufe verfeinert werden, wenn Anlagerichtlinien auch Höchst- oder Mindestgrenzen für die Investition in einzelne Wertpapiere oder Immobilien (y_i , $i = 1, 2, \dots, m$) vorsehen, die Bestandteil eines Fonds werden sollen. Hierbei ist darauf zu achten, ob diese Grenzen bezüglich der gesamten Anlage definiert werden oder bezüglich der Anlage in einer Assetklasse oder noch enger in einem Fonds. Für Obergrenzen der Anlage einzelner Wertpapiere gemessen am gesamten Investment des Stiftungsvermögens lässt sich dies wie folgt darstellen:

$$(14) \sum_{j=1}^m a_{i,j} y_{i,j} = a_i x_i, \forall i$$

$$(15) y_{i,j} \leq Y_{i,j}, \forall i, j$$

$$(16) y_{i,j} \geq 0, \forall i, j$$

In (14) wird dargestellt, dass sich die gewichtete Rendite der Einzelanlagen in einem i -ten Fonds zur Gesamrendite dieses Fonds addiert. In (15) stellen $Y_{i,j}$ Höchstgrenzen für die Anlage im j -ten Objekt des i -ten Fonds dar, wobei diese Grenze auf das Fondsvermögen bezogen ist. Würde die Obergrenze auf die j -te Anlage innerhalb des Stiftungsvermögens bezogen sein, so müsste formuliert werden:

$$(17) y_{i,j} x_i \leq Z_{i,j}, \forall i, j$$

Dabei ist $Z_{i,j}$ die innerhalb der gesamten Vermögensanlage gesetzte Obergrenze. Nur wenn diese kleiner ist als $Y_{i,j}$, sind beide Bedingungen (14) und (16) zugleich relevant. Andernfalls reicht die schärfere Bedingung (16) allein aus. Zu beachten ist, dass damit eine nichtlineare Nebenbedingung in das Modell aufgenommen wird.

Wenn entsprechende Überlegungen auch im Optimierungsmodell berücksichtigt werden sollen, so ist die Varianzen-Kovarianzen-Matrix der einzelnen Anlagen zu berücksichtigen. Das erfordert zusätzliche Datenerhebungen, für die aber insbesondere hinsichtlich der börsengängigen Aktien auf vorliegende Angaben zurückgegriffen werden kann. Der Anleger muss sich allerdings auch hier wieder fragen, ob diese Angaben auch für die Zukunft gelten. Hat das Stiftungsmanagement Fonds gebildet, die es den Fondsmanagern zur Verwaltung überträgt und möglicherweise eine erfolgsabhängige Entlohnung vereinbart, so wird ihm allerdings kein Durchgriff auf die Einzelanlage möglich sein.

Ähnlich detaillierte Überlegungen gelten, wenn Aussagen über die Berücksichtigung gewünschter Fälligkeitsverteilungen festverzinslicher Wertpapiere in die Anlagenplanung einbezogen werden sollen.

VI. Schluss

Unvorhersehbare Katastrophen, wie sie im September 2001 erlebt wurden, sind durch das dargestellte Instrumentarium nicht zu erfassen. Allerdings wirken sich solche Katastrophen zwar durch scharfe Einbrüche insbesondere der Aktienkurse aus, doch werden solche Einbrüche in der Regel kurzfristig wieder ausgeglichen. Diese Entwicklung überlagert sich dem jeweils begründbaren Trend. Die finanzwirtschaftliche Versicherung gegen solche Katastrophen ist vergleichsweise aufwändig. Deshalb wird in Stiftungen, deren Anlagen genügend stille Kursreserven aufweisen, auch darauf verzichtet.

Die vorgetragenen Überlegungen sind an einer Stiftung orientiert, die ihr Vermögen in einer Vielzahl gehandelter Wertpapiere anlegt. Modellgleiche, aber inhaltlich zu differenzierende Überlegungen sind anzustellen, wenn das Vermögen in nicht gehandelten Anteilen von Unternehmen angelegt ist und die Möglichkeit der Diversifikation besteht. Besteht diese Möglichkeit nicht, wird tendenziell die Notwendigkeit zur Vorsorge größer oder – anders gesagt – das value at risk höher anzusetzen sein. Dies gilt etwa für Stiftungen, deren Vermögen aus einem oder wenigen eingebrachten Unternehmen besteht.

Die Optimierung der Anlagenpolitik erscheint im Vergleich mit zwei auf spezifischen Anlagerichtlinien beruhenden Politiken als die überlegene Vorgehensweise. Freilich werden Verantwortliche für Stiftungen zögern, ein Wahrscheinlichkeitsniveau für die bestmögliche Erfüllung von Förderzielen durch Ausschüttung offen zu definieren. Implizit werden aber, das zeigen auch die Beispielsrechnungen mit Anlagerichtlinien, solche Niveaus durchaus angenommen. Auch die Aufsichtsbehörden für Stiftungen müssten sich mit der Frage auseinandersetzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Stiftungsziele in Zeiten volatiler Erträge auf das Stiftungsvermögen langfristig zu erfüllen sind.

Das Stiftungsrecht könnte unter Berücksichtigung der vorgetragenen Überlegungen dahingehend verbessert werden, dass eine Rücklagenbildung in Höhe des value at risk der gewählten Anlagen ermöglicht würde, wobei die Stiftungsaufsicht Ober- und Untergrenzen für p-Werte im Interesse des Stifters vorgeben könnte. Über deren Einhaltung wäre regelmäßig zu berichten. Bei zu niedrigen Werten ist die Gefahr gegeben, dass die Stiftungsleistungen zeitweise nicht erbracht werden, bei zu hohen Werten fließen fast alle Erträge in Rücklagen, so dass es auch hier zu einer Nichterfüllung des Stifterwillens kommen kann. Aufgrund vermehrt zu sammelnder empirischer Daten könnten zweckmäßige Eingrenzungen erfolgen.

VII. Zusammenfassung

Erst in jüngster Zeit hat sich bei Stiftungen die Idee der Notwendigkeit der Erhaltung des *realen* Stiftungsvermögens durchgesetzt. Dies erfordert eines Inflationsausgleich durch Rücklagenbildung. Wegen der dafür bestehenden rechtlichen

Begrenzungen bei Rücklagen aus Zinserträgen sind Investitionen in Substanzwerte immer mehr üblich geworden, um Kursgewinne zur Reservenbildung zu nutzen. Den mit diesen Anlagen verbundenen Risiken kann auf unterschiedliche Weise begegnet werden. Unabhängig von der Rechtslage kann aufgrund konkreter Daten zunächst gezeigt werden, welche Zusammensetzung des Stiftungsvermögens bei der Zielsetzung möglichst hoher Ausschüttungen und bestimmter Risikoeinstellung möglich ist. Sodann wird gezeigt, dass die oft verwendeten Anlagerichtlinien zwar Risiken begrenzen, aber auch zu unvorteilhaften Anlagestrukturen führen können. Die Begrenzungen der errechneten Lösungen werden auch unter anreizstrategischen Gesichtspunkten dargestellt.

VIII. Summary

In Germany, legal regulations for foundations have restricted the ways in which they may seek to maintain the real value of their capital by retaining interest income. Since capital gains are not subject to the same restrictions, foundations have begun to invest in stocks or in property. This involves substantially higher risks. Based on empirical data, it is shown what form the capital structure of a foundation should take under the assumption of maximizing expected outflows and according to varying degrees of risk avoidance. It is then discussed how guidelines for maximum or minimum investments in certain asset classes perform relative to the optimum solutions. The limitations are discussed, taking into account – among other issues – incentives for funds managers.

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002

FLORIAN ASCHE

I. Stiftungsprivatrecht	235	III. Aus Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen im Jahr 2002 ...	249
1. Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts	235	1. Rechtsprechung in Zivil- und Verwaltungsachen	249
2. Der Modellentwurf eines Landes- stiftungsgesetzes	236	2. Rechtsprechung in Steuersachen	252
II. Stiftungssteuerrecht – Der neue Anwen- dungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht	244	3. BMF-Schreiben und Verwaltungs- anweisungen	259

Im Jahr 2002 drehte sich die Debatte im Dritten Sektor vornehmlich um die angestrebte Reform des Stiftungsprivatrechts. Der Schwerpunkt lag dabei auf der Änderung der §§ 80 ff. BGB, die mit dem Gesetz vom 15. 7. 2002 durchgeführt wurde. Den Bundesländern wurde ein Modellentwurf für ein einheitliches Stiftungsrecht vorgestellt. Im Steuerrecht lag der Diskussionsschwerpunkt auf dem neuen Anwendungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht. Die nachfolgende Zusammenfassung soll einen Überblick über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen verschaffen, ohne Anspruch auf eine nahtlose Dokumentation der Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis zu erheben. Die Redaktion freut sich insofern über die Unterstützung aus der Praxis durch Übersendung nicht veröffentlichter Entscheidungen.

I. Stiftungsprivatrecht

1. Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts

Am 1. 9. 2002 trat das »Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts« vom 15. 7. 2002 in Kraft.¹ Auf der Grundlage des Entwurfs der Bund-Länder-Kommission vom 19. 10. 2001² lieferte der Gesetzgeber einen Modernisierungsversuch, der für ein erhebliches, wenn auch nicht immer positives Echo sorgte.³

1 Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. 7. 2002, BGBl. 2002 I, 2634.

2 Vgl. Zusammenfassung und Textauszug in: Deutsche Stiftungen 3/2001, VI ff.

3 Statt vieler: *Reuter*, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 27 ff.; *Rawert*, FAZ vom 23. 4. 2002, 51.

Kern des Modernisierungsgesetzes war die folgende Neufassung der §§ 80, 81 BGB:

§ 80

Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung

- (1) *Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll.*
- (2) *Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Absatz 1 genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszweckes gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet.*
- (3) *Vorschriften der Landesgesetze über kirchliche Stiftungen bleiben unberührt. Das gilt entsprechend für Stiftungen, die nach den Landesgesetzen kirchlichen Stiftungen gleichgestellt sind.*

§ 81

Stiftungsgeschäft

- (1) *Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form. Es muss die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen. Durch das Stiftungsgeschäft muss die Stiftung eine Satzung erhalten, mit Regelungen über*
 1. *den Namen der Stiftung,*
 2. *den Sitz der Stiftung,*
 3. *den Zweck der Stiftung,*
 4. *das Vermögen der Stiftung,*
 5. *die Bildung des Vorstands der Stiftung.**Genügt das Stiftungsgeschäft den Erfordernissen des Satzes 3 nicht und ist der Stifter verstorben, findet § 83 Satz 24 entsprechende Anwendung.*
- (2) *Bis zur Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig ist der Stifter zum Widerruf des Stiftungsgeschäfts berechtigt. Ist die Anerkennung bei der zuständigen Behörde beantragt, so kann der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden. Der Erbe des Stifters ist zum Widerruf nicht berechtigt, wenn der Stifter den Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt oder im Fall der notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Antragstellung betraut hat.*

Damit wurde die bisherige »Genehmigung« einer Stiftung durch den Begriff der »Anerkennung« ersetzt. Daneben wurde der bereits von der Rechtsprechung anerkannte Anspruch des Stifters auf die Stiftungsgenehmigung kodifiziert. Über diese Änderungen hinaus beinhaltet das Gesetz keine wesentlichen Reformansätze.

2. Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes

Angeregt durch den Reformversuch des Gesetzgebers stellten am 7. 11. 2002 *Hüttemann* und *Rawert* einen Modellentwurf für ein Landesstiftungsgesetz vor, dessen Ziel eine konsequente Deregulierung des umfangreichen Landesrechts zum

Stiftungswesen ist. Der Entwurf beschränkt sich auf zwölf Paragraphen, deren Text mit einer Kurzbegründung der Autoren nachfolgend ungekürzt dokumentiert wird.⁴

a) Gesetzestext

*1. Teil
Allgemeine Bestimmungen*

*§ 1
Geltungsbereich*

Dieses Gesetz gilt für die rechtsfähigen Stiftungen des Bürgerlichen Rechts, die ihren Sitz in [...] haben.

*§ 2
Stiftungsbehörden*

- (1) Zuständige Behörde im Sinne der §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 2 Satz 2 BGB (Anerkennungsbehörde) ist [...]. Sie ist auch zuständig für Maßnahmen nach § 83 Satz 2 BGB.
- (2) Zuständige Behörde für die Rechtsaufsicht über die Stiftungen (§§ 3 bis 7) ist [...] (Aufsichtsbehörde). Sie führt auch das Stiftungsverzeichnis (§§ 8, 9) und ist ferner zuständig für Maßnahmen nach § 87 BGB.

*2. Teil
Stiftungsaufsicht*

*§ 3
Rechtsaufsicht*

- (1) Stiftungen unterliegen der Rechtsaufsicht des Landes, soweit sie nicht der Aufsicht einer Kirche oder einer anderen Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, unterliegen. Die Rechtsaufsicht beschränkt sich darauf, zu überwachen, dass die Organe der Stiftung den in Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung zum Ausdruck gekommenen Stifterwillen sowie die Gesetze beachten.
- (2) Der Stiftungsvorstand ist verpflichtet, der Aufsichtsbehörde zur Wahrnehmung der Rechtsaufsicht eine Jahresabrechnung mit einer Vermögensübersicht und einen Bericht über die Erfüllung der Stiftungszwecke vorzulegen. Dies soll innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Rechnungsjahres geschehen.

*§ 4
Unterrichtung und Prüfung*

Soweit es zur ordnungsgemäßen Aufsicht erforderlich ist, kann sich die Aufsichtsbehörde über Angelegenheiten der Stiftung unterrichten, die Verwaltung der Stiftung prüfen oder auf Kosten der Stiftung prüfen lassen.

*§ 5
Beanstandung und Anordnung*

- (1) Die Aufsichtsbehörde kann Beschlüsse und andere Maßnahmen der Stiftungsorgane, die dem Stifterwillen oder den Gesetzen widersprechen, beanstanden und ver-

4 Abdruck mit freundlicher Genehmigung des RWS Verlages.

langen, dass sie innerhalb einer angemessenen Frist aufgehoben oder rückgängig gemacht werden. Beanstandete Beschlüsse und Maßnahmen dürfen nicht vollzogen werden.

- (2) Unterlässt ein Stiftungsorgan eine rechtlich gebotene Maßnahme, kann die Aufsichtsbehörde anordnen, dass die Maßnahme innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt wird.
- (3) Kommt die Stiftung einer Anordnung nach Abs. 1 oder 2 nicht fristgemäß nach, kann die Aufsichtsbehörde beanstandete Beschlüsse aufheben und angeordnete Maßnahmen auf Kosten der Stiftung durchführen oder durchführen lassen.

§ 6

Abberufung und Bestellung von Organmitgliedern

- (1) Die Aufsichtsbehörde kann Mitglieder eines Stiftungsorgans aus wichtigem Grund abberufen oder ihnen die Ausübung ihrer Tätigkeit einstweilen untersagen. Ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.
- (2) Vorbehaltlich §§ 86, 29 BGB kann die Aufsichtsbehörde Mitglieder eines Stiftungsorgans bestellen, sofern sie nicht innerhalb einer von der Aufsichtsbehörde gesetzten angemessenen Frist im satzungsmäßigen Bestellungsverfahren bestellt werden.

§ 7

Satzungsänderungen

- (1) Satzungsänderungen bedürfen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.
- (2) Die Aufsichtsbehörde kann die Satzung einer Stiftung mit Ausnahme des Stiftungszwecks ändern, wenn dies aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse erforderlich ist.
- (3) Sofern der Stifter noch lebt, ist er vor einer Satzungsänderung anzuhören.

3. Teil

Stiftungsverzeichnis

§ 8

Stiftungsverzeichnis

- (1) Die Aufsichtsbehörde führt ein Verzeichnis der rechtsfähigen Stiftungen.
- (2) In das Stiftungsverzeichnis sind einzutragen der Name und der Sitz der Stiftung, die Stiftungszwecke, die Vertretungsbefugnis der Mitglieder des Vorstands (§§ 86, 26 BGB) und die Personen der Vorstandsmitglieder. Einzutragen sind ferner der Tag der Anerkennung und des Erlöschens der Rechtsfähigkeit sowie der Tag der Genehmigung von Satzungsänderungen.
- (3) Der Stiftungsvorstand ist verpflichtet, der Aufsichtsbehörde unverzüglich die Personen der Vorstandsmitglieder anzuzeigen.
- (4) Eintragungen in das Stiftungsverzeichnis sind von der Aufsichtsbehörde im [Staatsanzeiger/Amtlichen Anzeiger] bekannt zu machen.
- (5) Die Einsicht in das Stiftungsverzeichnis sowie die Stiftungssatzung ist jedem zu Informationszwecken gestattet. Von den Eintragungen und der Stiftungssatzung kann ein Abschrift gefordert werden. Diese ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002

§ 9

Verordnungsermächtigung

- (1) Die Landesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Vorschriften über die Einzelheiten der Errichtung und Führung des Stiftungsverzeichnisses zu erlassen.
- (2) Die Landesregierung kann durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Stiftungsverzeichnis in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass
 1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;
 2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;
 3. die nach der Anlage zu § 126 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GBO gebotenen Maßnahmen getroffen werden.

4. Teil

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 10

Bestehende Stiftungen

- (1) Auf die zur Zeit des In-Kraft-Treten dieses Gesetzes bestehenden rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts sind außer § 2 Absatz 1 die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden.
- (2) Die Eintragung bestehender Stiftungen in das Stiftungsverzeichnis erfolgt durch die Aufsichtsbehörde. Die Vorstände bestehender Stiftungen haben die notwendigen Angaben für die Eintragung ihrer Person innerhalb von sechs Monaten nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes zu machen.

§ 11

Ordnungswidrigkeiten

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig seinen Verpflichtungen nach § 3 Abs. 2, § 8 Abs. 3 und § 10 Abs. 2 dieses Gesetzes nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt.
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu Euro [...] geahndet werden.
- (3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist [...].

§ 12

In-Kraft-Treten. Aufhebung bisher geltenden Rechts

- (1) Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.
- (2) Mit In-Kraft-Treten dieses Gesetzes treten außer Kraft: [...]

b) Begründung

Zu § 1 ME (Geltungsbereich)

Das Gesetz gilt lediglich für die rechtsfähigen Stiftungen i.S.d. §§ 80 bis 88 BGB. Stiftungen des öffentlichen Rechts sind Teile der mittelbaren Staatsverwaltung. Ihre Rechtsverhältnisse sind vom öffentlichen Organisationsrecht der Länder ausreichend geregelt. Das gilt insbesondere, weil sie typologisch eher den Anstalten des öffentlichen Rechts als den Stiftungen des Privatrechts nahe stehen. Die Begrenzung des Geltungsbereiches der Landesstiftungsgesetze auf die bürgerlich-rechtlichen Stiftungen wird damit dem Anliegen gerecht, Stiftungen primär als Instrument privater Gemeinwohlpflege zu definieren.

Der Entwurf verzichtet auf Sonderregelungen zu kirchlichen und kommunalen Stiftungen. Für die Rechtsverhältnisse der kirchlichen Stiftungen ist in erster Linie das autonome Kirchenrecht maßgebend. Auf der Grundlage der staatskirchenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 bis 139 WRV), der Landesverfassungen, der Konkordate, der Kirchenverträge sowie der Landesstiftungsgesetze ist den Kirchen das Recht zur eigenverantwortlichen Regelung des Kirchenstiftungsrechts eingeräumt. Im Rahmen seines Anwendungsbereichs verdrängt das Kirchenrecht die Sonderregeln des staatlichen Rechts. Das gilt zwar nicht für die Teilnahme kirchlicher Stiftungen am allgemeinen weltlichen Rechtsverkehr. Insoweit ist die Anerkennung einer rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts auch dann Sache der Landesbehörden, wenn es sich um eine kirchliche Stiftung i.S.d. Kirchenrechts handelt. Wird eine Stiftung durch die zuständige kirchliche Behörde jedoch als kirchliche Stiftung anerkannt, verdrängen kirchliche Regelungen über die Verwaltung und Aufsicht das staatliche Recht (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 ME).

Die Rechtsverhältnisse kommunaler Stiftungen werden durch ihre Einbindung in das Gefüge der öffentlichen Verwaltung geprägt. Entsprechend der Tradition des deutschen Kommunalrechts sowie im Anschluss an die Regelung des § 66 der Deutschen Gemeindeverordnung von 1935 werden sie grundsätzlich nach den Regeln des Gemeinderechts verwaltet (vgl. z.B. § 18 Abs. 2 HessStiftG i.V.m. §§ 116, 120 Abs. 1 HessGO; § 35 NRWStiftG; §§ 39, 40 RhPfStiftG). Regelungstechnisch ist es Sache des jeweiligen Kommunalrechts, gegebenenfalls die Anordnung des Landesstiftungsgesetzes zu bestimmen.

Zu § 2 ME (Stiftungsbehörden)

Die von § 2 vorgesehene Unterscheidung zwischen Anerkennungsbehörde und Aufsichtsbehörde ist nicht zwingend. Die Zuständigkeiten können entsprechend der geltenden Rechtslage in den Stadtstaaten und einigen anderen Bundesländern (z.B. Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen) auch bei einer Behörde konzentriert werden. Die Entscheidung ist ausschließlich von Praktikabilitäts Gesichtspunkten abhängig.

Zu § 3 ME (Rechtsaufsicht)

Die Stiftungsaufsicht ist reine Rechtsaufsicht (BVerwGE 40, 347). Maßstab der Aufsicht sind der Stifterwille sowie die Gesetze. Die zuständigen Behörden sind nicht befugt, an die Stelle des Ermessens der Stiftungsorgane ihr eigenes Ermessen zu setzen. Kirchliche Stiftungen unterliegen nicht der Rechtsaufsicht des Staates (s.o. zu § 1 ME).

Für die Feststellung des Stifterwillens ist auf den in Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung verobjektivierten ursprünglichen Stifterwillen abzustellen. Der aktuelle subjektive Wille eines noch lebenden Stifters ist unerheblich. Auch der noch lebende Stifter steht der Stiftung im Grundsatz wie ein fremder Dritter gegenüber.

Das zentrale präventive Instrument der Stiftungsaufsicht ist die jährliche Rechnungslegungs- und Berichtspflicht des Stiftungsvorstandes (Abs. 2). Die Regelung nimmt das bestehende Landesrecht auf (vgl. z.B. §§ 7 Abs. 3, 9 Abs. 2 Nr. 2 BadWürttStiftG; Art. 25 BayStiftG; §§ 4 Abs. 7, 10 Abs. 1 SchlHolStiftG). Mangels abweichender Festlegungen in der Stiftungssatzung hat die Rechnungslegung nach Maßgabe der §§ 86, 27 Abs. 3, 666 BGB zu erfolgen.

Die Anordnung einer obligatorischen Prüfung – z.B. für bestimmte Stiftungsarten wie die unternehmensverbundenen Stiftungen (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 NRWStiftG) – erscheint im Hinblick auf die erheblichen Kosten einer solchen Prüfung unverhältnismäßig. Es ist im Übrigen Sache des Stifters, entsprechende Anordnungen gegebenenfalls in der Stiftungssatzung vorzusehen.

Zu § 4 ME (Unterrichtung und Prüfung)

Überwiegend räumen die Stiftungsgesetze der Länder den Aufsichtsbehörden das Recht ein, sich über die Angelegenheiten einer Stiftung jederzeit zu unterrichten (vgl. § 9 Abs. 1 BadWürttStiftG; § 12 Abs. 1 S. 1 BremStiftG; § 32 RhPfStiftG). Die Festlegung der dazu erforderlichen konkreten Maßnahmen obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörden. Die vom geltenden Landesrecht zum Teil normierten Unterrichtsformen wie die Besichtigung der Einrichtungen einer Stiftung (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 HessStiftG; § 8 Abs. 2 SchlHolStiftG), die Geschäfts- und Kassenprüfung (vgl. § 8 Abs. 2 SchlHolStiftG), die Einsicht in Akten und sonstige Unterlagen (vgl. § 9 Abs. 1 BadWürttStiftG; § 11 Abs. 1 S. 2 NdsStiftG) etc. sind lediglich beispielhafte Erwähnungen. Für die Intensität der jeweiligen Maßnahme gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Möglichkeit, eine Prüfung durch externe Sachverständige – z.B. Wirtschaftsprüfer – anzuordnen, entspricht bereits bisher dem Recht einiger Bundesländer (vgl. z.B. Art. 25 Abs. 4 BayStiftG; § 11 Abs. 1 S. 3 NdsStiftG).

Zu § 5 ME (Beanstandung und Anordnung)

Durch eine Beanstandung kann die Aufsichtsbehörde rechtswidrigen Beschlüssen und anderen rechtswidrigen Maßnahmen der Stiftungsorgane widersprechen. Die

Organe erhalten damit die Möglichkeit der Selbstkorrektur. Im Übrigen ergeht ein Vollzugsverbot. Ferner können rechtlich gebotene, aber pflichtwidrig unterlassene Maßnahmen angeordnet werden.

Kommt die Stiftung einer Anordnung nach § 5 Abs. 1 oder 2 ME nicht nach, hat die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, einen rechtswidrigen Beschluss der Stiftungsorgane aufzuheben oder angeordnete Maßnahmen im Wege der Ersatzvornahme durchzuführen. Sie kann die Anordnung selbst durchführen oder durch einen Dritten durchführen lassen. Die Ersatzvornahme steht im Ermessen der Aufsichtsbehörde. Es besteht keine Vorrangigkeit der allgemeinen Zwangsmittel nach dem Verwaltungsverstreckungsrecht. Insbesondere ist die Ersatzvornahme nach dem Landesstiftungsgesetz der Anordnung von Zwangsgeldern gegenüber nicht subsidiär (vgl. *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 8 Rn. 13).

Zu § 6 ME (Abberufung und Bestellung von Organmitgliedern)

Bereits bisher sind die Behörden der Stiftungsaufsicht nach den Gesetzes der meisten Ländern befugt, Organmitglieder einer Stiftung abberufen, wenn diese sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht haben oder zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung der Stiftung unfähig sind. Zum Teil ordnet das Landesrecht in diesem Zusammenhang an, dass die Aufsichtsbehörde zunächst die Entfernung des betreffenden Organmitglieds von der Stiftung selbst verlangen muss (vgl. Art. 21 Abs. 1 BayStiftG). Erst wenn die Stiftung binnen einer ihr gesetzten angemessenen Frist der getroffenen Anordnung nicht nachkommt, kann die Entfernung des Mitglieds unmittelbar verfügt werden. Ganz überwiegend kann ein Organ dagegen direkt behördlich abberufen werden.

In Übereinstimmung mit der großen Mehrheit der bisherigen Landesstiftungsgesetze sieht der Entwurf die Möglichkeit der direkten Abberufung eines Organmitglieds durch die Aufsichtsbehörden vor. Abberufungstatbestand ist der »wichtige Grund«. Dieses Tatbestandsmerkmal wird durch Regelbeispiele in Anlehnung an § 712 Abs. 1 BGB und § 117 HGB konkretisiert. Als mildere Maßnahme kommt die einstweilige Untersagung der Amtsausübung in Betracht.

Für die Bestellung fehlender Organmitglieder gilt der Vorrang des satzungsmäßigen Bestellungsverfahrens. Fehlt einer Stiftung die erforderliche Anzahl von Vorstandsmitgliedern, ist im Übrigen das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Stiftung ihren Sitz hat, nach § 86 i.V.m. § 29 BGB berechtigt, für die Zeit bis zur Behebung des Mangels Vorstandsmitglieder zu bestellen. Die von §§ 86, 29 BGB eingeräumte Möglichkeit der Bestellung geht als Bundesrecht für ihren Anwendungsbereich den landesrechtlichen Regelungen über die Bestellung von Organmitgliedern durch die Stiftungsaufsicht vor. § 6 Abs. 2 ME stellt dies klar. Dementsprechend kommt die Bestellung von Mitgliedern der Stiftungsorgane im Rahmen von Aufsichtsmaßnahmen nur in Betracht, wenn in einem anderen Organ als dem Vorstand, z.B. im Kuratorium, die zur Beschlussfassung erforderliche Zahl der Mitglieder fehlt.

Zu § 7 ME (Satzungsänderung)

§ 7 Abs. 1 ME stellt klar, dass Satzungsänderungen grundsätzlich der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedürfen, und zwar unabhängig davon, ob sie auf behördlicher Anordnung oder auf eigenem Satzungsrecht der Stiftung beruhen.

§ 7 Abs. 2 ME ermächtigt die Aufsichtsbehörde, die Satzung einer Stiftung zu ändern, wenn dies aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse erforderlich ist (vgl. dazu *Staudinger/Rawert*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 87 Rn. 14). Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde für Zweckänderungen nach § 87 BGB folgt aus § 2 Abs. 2 S. 2 ME.

§ 7 Abs. 3 ME schreibt vor, dass der noch lebende Stifter vor einer Satzungsänderung anzuhören ist. Während dies für die Stiftung selbst bei behördlich veranlassten Maßnahmen schon aus dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht folgt (§ 28 Abs. 2 VwVfG), bedarf es für den Stifter, der nach Errichtung seiner Stiftung dieser wie ein fremder Dritter gegenübersteht, einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung.

Zu § 8 ME (Stiftungsverzeichnis)

Die Aufsichtsbehörden führen ein Verzeichnis der rechtsfähigen Stiftungen (§ 8 Abs. 1 ME). Entsprechend den Vorschlägen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht (Bericht vom 19. 10. 2001, S. 37) enthält dieses Verzeichnis Angaben über Namen und Sitz der Stiftung, die Stiftungszwecke, die Vertretungsbefugnisse der Mitglieder des Stiftungsvorstands sowie die Personen der Vorstandsmitglieder. Eintragungspflichtig sind ferner der Tag der Anerkennung und des Erlöschens der Rechtsfähigkeit sowie der Tag der Genehmigung von Satzungsänderungen (§ 8 Abs. 2 ME). Nicht zur Eintragung vorgesehen sind Angaben über das Vermögen der Stiftung. Anders als das Grund- oder Stammkapital im Recht der Kapitalgesellschaften hat das Vermögen einer Stiftung nicht primär die Funktion eines Haftungsfonds. Würden Angaben zum Vermögen in das Stiftungsregister eingetragen, müsste auch das Stiftungsrecht Regelungen über die Kapitalaufbringung und -erhaltung festlegen, die dem Recht der Kapitalgesellschaften entsprechen. Das BGB enthält solche Regelungen jedoch nicht. Durch Landesrecht können sie nicht normiert werden.

§ 8 Abs. 3 regelt Anzeigepflichten des Stiftungsvorstands, die durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 11 Abs. 1 ME bußgeldbewehrt sind. Eintragungen in das Stiftungsverzeichnis sind im Veröffentlichungsorgan des jeweiligen Bundeslandes bekannt zu machen (§ 8 Abs. 4 ME).

Die Einsicht in das Stiftungsverzeichnis sowie die Satzung der Stiftung ist jedem zu Informationszwecken gestattet. Weitere Dokumente, wie insbesondere das Stiftungsgeschäft oder die vom Vorstand der Stiftung nach § 3 Abs. 2 ME einzureichenden Unterlagen, sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich zu machen. Von den Eintragungen in das Stiftungsregister können beglaubigte Abschriften gefor-

dert werden. Sie haben die Funktion von Vertretungsbescheinigungen. Zwar geht von ihnen kein dem Vereins- oder Handelsregisterrecht entsprechender Vertrauensschutz aus (vgl. § 68 BGB, § 15 HGB). Falsche Eintragungen in das Register können jedoch zur Staatshaftung führen.

Zu § 9 ME (Verordnungsermächtigung)

Die Norm entspricht den Parallelregelungen in §§ 55 a BGB, 8 a HGB.

Zu § 10 ME (Bestehende Stiftungen)

Die Regelung stellt klar, dass mit Ausnahme des Anerkennungsverfahrens nach § 2 Abs. 1 ME sämtliche Normen des Entwurfs auch für bestehende Stiftungen gelten. Bestehende Stiftungen sind durch die Aufsichtsbehörde in das Stiftungsverzeichnis einzutragen. Die Vorstände bestehender Stiftungen treffen bußgeldbewehrte Mitwirkungspflichten (§ 10 Abs. 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 ME).

Zu § 11 ME (Ordnungswidrigkeiten)

Die Pflichten des Vorstands nach §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 3 und 10 Abs. 2 werden von der Norm bußgeldbewehrt.

Zu § 12 ME (In-Kraft-Treten. Aufhebung bisher geltenden Rechts)

Mit In-Kraft-Treten eines am Modellentwurf orientierten Landesstiftungsgesetzes müssen alte Landesstiftungsgesetze wegen des unterschiedlichen Geltungsbereiches (siehe § 1 Abs. 1 ME) ausdrücklich außer Kraft gesetzt werden.

II. Stiftungssteuerrecht – Der neue Anwendungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht⁵

Mit dem neuen Anwendungserlass zur Abgabenordnung hat die Finanzverwaltung das bisher geltende BMF-Schreiben vom 15. 7. 1998 umfangreich überarbeitet und ergänzt. Nachfolgend sollen die wesentlichen Veränderungen kurz dargestellt werden. Eine detaillierte Zusammenfassung aller Änderungen mit kritischer Würdigung bieten die Ausführungen von *Hüttemann*.⁶

5 BMF-Schreiben vom 10. 9. 2002, IV C 4 – S 0171-93/02, BStBl. I 2002, 87. Als download unter www.finanzrundschau.de verfügbar.

6 *Hüttemann*, Der neue Anwendungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht (§§ 51 bis 68 AO), FR 2002, 1337 ff.

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002

Allgemeines (Nr. 1–3 zu § 51 AO)

Der Erlass regelt ausdrücklich, für welchen Zeitraum die Steuervergünstigung zu gewähren ist. Spätere Vergünstigungstatbestände wirken nicht auf einen vorherigen Zeitraum zurück.

Mitgliedsbeiträge (Nr. 1 zu § 52 AO)

Körperschaften können dann keine gemeinnützigen Zwecke verfolgen, wenn der Kreis der Begünstigten, z.B. der Vereinsmitglieder, nur klein sein kann oder gar völlig abgeschlossen ist. Dies soll nach dem Anwendungserlass der Fall sein, sofern Mitgliedsbeiträge bestimmte festgelegte Höhen überschreiten. Exklusivsportarten wie Golf und Polo werden damit von der Gemeinnützigkeit weitgehend ausgeschlossen.

Einzelne gemeinnützige Zwecke (Nr. 2 zu § 52 AO)

Der Anwendungserlass führt in Anlehnung an Abschnitt A der Anlage 1 zu § 48 Abs. 2 EStDV neue Zwecke als gemeinnützig auf.

Mildtätige Zwecke (§ 53 AO)

Der Erlass stellt klar, dass die Unterstützung hilfsbedürftiger Verwandter nicht als Mildtätigkeit im Sinne von § 53 AO anerkannt werden kann. Daneben verschärft der Erlass die Nachweispflicht über die Hilfsbedürftigkeit zu unterstützender Personen. Statt einer pauschalen Bedürftigkeitserklärung muss nunmehr eine Berechnung der Einkünfte und Bezüge vorgelegt werden.⁷

Selbstlosigkeit und wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (Nr. 2 und 3 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO)

Der Anwendungserlass verarbeitet die BFH-Rechtsprechung zur Gewichtung zwischen gemeinnütziger und wirtschaftlicher Tätigkeit.⁸ Entscheidend für die Gemeinnützigkeitseinstufung ist die Feststellung, ob die wirtschaftliche oder die gemeinnützige Tätigkeit der Körperschaft ihr »Gepräge« gebe. Nach welchen Kriterien das Gepräge festgestellt wird, lässt der Erlass offen.

⁷ Vgl. hierzu auch OFD Magdeburg, Verfügung vom 28. 2. 2002 – S 0185 – 3 – St 217, DB 2002, 1477.

⁸ BFH, Urteil vom 15. 7. 1998, I R 156/9, BStBl. II 2002, 12 = FR 1998, 1089.

Verlustausgleich (Nr. 4 bis 9 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO)

Der Anwendungserlass übernimmt die Feststellungen im BMF-Schreiben zum Verlustausgleich.⁹ Danach kann eine gemeinnützige Körperschaft Verluste durch Mittel des ideellen Bereichs bis zur Höhe der Gewinne aus wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb der vorangegangenen sechs Jahre ausgleichen. Auch der Verlustvortrag durch Darlehensaufnahme ist danach gemeinnützigkeitsunschädlich. Diese Regelung gilt auch für die Vermögensverwaltung.

Verwaltungskosten (Nr. 18 bis 22 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO)

Der Erlass übernimmt die Grundsätze über Verwaltungskosten aus dem BMF-Schreiben vom 15. 5. 2000.¹⁰ Danach können die Verwaltungskosten einer Körperschaft im Geschäftsjahr durchaus 50 % der Einkünfte überschreiten. Die Angemessenheit hängt insofern vom Einzelfall ab.

*Mittelverwendung für die Ausstattung anderer Körperschaften mit Vermögen
(Nr. 26 zu § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO)*

Der Erlass schließt die Hingabe von Mitteln zur Ausstattung einer anderen Körperschaft mit Vermögen aus. Hiervon ausgenommen ist der Fall, dass die begünstigte Körperschaft die solchermaßen erlangten Mittel zeitnah zu satzungsgemäßen Zwecken verwendet, z.B. zum Bau eines Waisenheimes.

Einschaltung von Hilfspersonen (Nr. 2 zu § 57 AO)

Der Erlass macht Ausführungen zum Charakter der Hilfsperson einer Körperschaft im Sinne von § 57 Abs. 1 AO. Danach muss die Körperschaft nachweisen, dass sie Inhalt und Umfang der Tätigkeit der Hilfsperson bestimmen kann. Ist ihr dies nicht möglich, so wirkt sich die Tätigkeit Dritter für die Körperschaft gemeinnützigkeitsschädlich aus. Des Weiteren führt der Erlass aus, dass die Hilfsperson im Sinne von § 57 Abs. 1 AO keine eigene steuerbegünstigte Tätigkeit ausführen könne.

⁹ BMF-Schreiben vom 19. 10. 1998 – IV C 6 – S 0171-10/98, BStBl. I 1998, 1423 = FR 1998, 1144.

¹⁰ BMF-Schreiben vom 15. 5. 2000 – IV C 6 – 0170 – 35/00, BStBl. I 2000, 814 = FR 2000, 889.

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002

Mittelbeschaffungskörperschaften (§ 58 AO)

Mittelbeschaffungskörperschaften werden nur dann als gemeinnützig anerkannt, wenn die Begünstigten selbst gemeinnützig im Sinne von §§ 51 ff. AO sind. Dies gilt auch für Gewerbebetriebe von Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Rücklagenbildung (Nr. 9–18, 22, 23 zu § 58 AO)

Der Erlass macht Ausführungen zur Rücklagenbildung, insbesondere zur

- Zulässigkeit der Betriebsmittelrücklage,
- Bemessungsgrundlage der freien Rücklage,
- Ansparrücklage,
- Gewinnpauschalierung.

Zuführung von Mitteln zum Vermögen (Nr. 20 zu § 58 AO)

Der Erlass nimmt zur Frage der Mittelzuführung zum Vermögen Stellung. Er hält die in § 58 Nr. 11 AO aufgeführten Regelfälle für eine enumerative Aufzählung.

Steuerlich unschädliche Betätigungen (Nr. 23 zu § 58 AO)

Der Erlass akzeptiert die steuerrechtliche Unschädlichkeit der in § 58 Nr. 2–9, 11 und 12 aufgeführten Betätigungen auch für den Fall, dass es hierfür keine satzungsmäßige Grundlage gibt.

Stiftungsbegriff (Nr. 23 zu § 58 AO)

Der Erlass stellt klar, dass der Stiftungsbegriff im Sinne von § 58 Nr. 5 und 10 AO auch nicht rechtsfähige Stiftungen umfasst.

Voraussetzung der Steuervergünstigung (§§ 59–63 AO)

Der Erlass übernimmt die Grundsätze für die Gemeinnützigkeitsbescheinigung aus dem BMF-Schreiben vom 15. 5. 2000.¹¹

11 Siehe Fn. 10.

Gewinnermittlung in wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben
(Nr. 4–6 zu § 64 Abs. 1 AO)

Unter Bezugnahme auf die BFH-Rechtsprechung¹² regelt der Erlass, dass Betriebsausgaben nur dann bei der Gewinnermittlung abgezogen werden dürfen, wenn sie dem Betrieb unmittelbar zugeordnet werden können, weil sie ohne ihn nicht oder zumindest nicht in gleicher Höhe angefallen wären. Nicht abzugsfähig sind danach Ausgaben, die ihren primären Anlass im steuerfreien Bereich haben. Gemischt veranlasste Ausgaben sind grundsätzlich nicht abzugsfähig.

Sponsoring (Nr. 7–10 zu § 64 Abs. 1 AO)

Der Erlass übernimmt die Ausführungen der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben zum Sponsoring.¹³ Ergänzend regelt er, dass Einnahmen aus Sponsoring keine Einkünfte aus Vermögensverwaltung darstellen. Dies führt zu einer begrenzten Rücklagefähigkeit dieser Einnahmen. Wirkt die Körperschaft bei der Sponsoringmaßnahme aktiv mit, so handelt es sich nach den Maßgaben des Erlasses um Einkünfte aus einem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

Besteuerungsgrenze (Nr. 14–18 zu § 64 Abs. 3 AO)

Der Erlass regelt, dass für die Besteuerungsgrenze von € 30 678 nur leistungsbezogene Einnahmen der Körperschaft angesetzt werden. Veräußerungserlöse, Betriebskostenzuschüsse u. ä. werden nicht berücksichtigt.

Gewinnpauschalierung (Nr. 28–35 zu § 64 Abs. 6 AO)

Der Anwendungserlass regelt das Antragsverfahren zur Gewinnpauschalierung, insbesondere für Werbemaßnahmen in Verbindung mit steuerbegünstigten Tätigkeiten.

Zweckbetriebe (§§ 65–68 AO)

Der Erlass übernimmt die Ausführungen im BMF-Schreiben zum Zweckbetrieb aus dem Jahr 2000.¹⁴ Darin hatte die Finanzverwaltung dem BFH widersprochen, der für die Abgrenzung zwischen Zweckbetrieben und nicht begünstigten Betrie-

12 BFH, Urteil vom 27. 3. 1991, I R 31/89, BStBl. II 1992, 103 = FR 1991, 668.

13 BMF-Schreiben vom 18. 2. 1998 – IV B 2 – S 2144-40/98, IV B 7 – S 0183 – 62/98, BStBl. I 1998, 212 = FR 1998, 387.

14 BMF-Schreiben vom 27. 11. 2000 – IV C 6 – S 0183-22/00, BStBl. I 2000, 1548 = FR 2001, 218.

ben auf die konkrete Konkurrenzsituation vor Ort abstellte.¹⁵ Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist schon ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Zweckbetrieb und anderen, nicht begünstigten Betrieben ausreichend, um die Zweckbetriebseigenschaft auszuschließen. Ferner ergänzt der Erlass den Katalog der Zweckbetriebe.

III. Aus Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen im Jahr 2002

1. Rechtsprechung in Zivil- und Verwaltungssachen

– *OLG Dresden zur Qualifizierung von Zuwendungen an gemeinnützige juristische Person als Schenkungen im Sinne von § 2329 Abs. 1 BGB*¹⁶

Die zum Wiederaufbau und zum späteren Erhalt der Dresdner Frauenkirche gegründete Stiftung hatte in den Jahren 1995 und 1997 insgesamt DM 4,7 Mio. von einem privaten Mäzen zugewendet bekommen. Darüber hinaus vermachte er in seinem Testament von 1998 der Stiftung einen Betrag von DM 300 000. Nach dem Erbfall wurde die Summe von einem beauftragten Notar an die Stiftung überwiesen. Dagegen wandte sich die Klage der Tochter und Alleinerbin des Erblassers. Diese meinte, ihr stehe ein Pflichtteilergänzungsanspruch gegen die beklagte Stiftung zu, weil das Vermächtnis als Schenkung anzusehen und die Beklagte damit unmittelbar bereichert worden sei. Das Landgericht wies die Klage als unbegründet ab. Die Berufung war erfolglos.

Das Oberlandesgericht war der Ansicht, Zuwendungen an eine juristische Person, die zur Förderung eines gemeinnützigen Zwecks errichtet wurde, stellten keine Schenkungen im Sinne des § 2329 I BGB dar. Als Bereicherung im Sinne von §§ 516 Abs. 1, 2329 Abs. 1 BGB sei nur eine »objektive und gefestigte« Bereicherung anzuerkennen. Eine solche sei nicht gegeben, wenn einer Stiftung Beträge zur Förderung des Stiftungszwecks zugewendet würden. Diese Zuwendungen vermehrten nur das treuhänderisch von der Stiftung gehaltene Vermögen, das lediglich als »Durchgangseigentum« anzusehen sei. Ein Pflichtteilergänzungsanspruch komme daher nicht in Betracht.

– *LG Mainz zur Klagebefugnis des Beiratsmitgliedes einer Familienstiftung*¹⁷

Das Mitglied eines Stiftungsbeirates hatte sich gegen die Auflösung der Stiftung mit der Begründung gewandt, der Beschluss beeinträchtige seine satzungsmäßigen

15 BFH, Urteil vom 30. 3. 2000, V R 30/99, BStBl. II 2000, 705, 708 = UR 2000, 327.

16 OLG Dresden, Urteil vom 2. 5. 2002, 7 U 2905/01, ZEV 2002, 415 ff. = NJW 2002, 3181 ff. = NotBZ 2002, 415 ff. = ZERB 2002, 290 ff. = OLG Dresden 2002, 443 ff. = FamRZ 2003, 62 ff., Revision eingelegt, BGH: IV ZR 249/02.

17 LG Mainz, Urteil vom 23. 5. 2002, 12 HK O 70/01, NZG 2002, 738 = ZEV 2002, 418, nicht rechtskräftig. Vgl. zur Auflösung einer unternehmensbezogenen Familienstiftung: OLG Koblenz, Urteil vom 17. 12. 2001, 12 U 1334/01, ZEV 2002, 238 ff.

Rechte. Das Landgericht gab der Klage mit der Begründung statt, die Auflösung einer Familienstiftung komme nur bei schwer wiegenden Veränderungen der Verhältnisse im Sinne des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht. Die notwendige Aktivlegitimation habe auch ein Beiratsmitglied, weil es im Falle der Auflösung in seinen statuarischen Rechten betroffen sei.

– *LG Kempten zur Abberufung von Stiftungsorganen aus wichtigem Grund*¹⁸

Eine gemeinnützige Stiftung hatte einen fünfköpfigen Vorstand, dem die namentlich in der Satzung aufgeführte Klägerin angehörte. Außerdem sah die Satzung vor, dass Änderungsbeschlüsse der Zustimmung von mindestens vier der fünf Vorstandsmitglieder bedürften. Auf einer Vorstandssitzung wurde beantragt, die Klägerin als Vorstandsmitglied aus wichtigem Grund abberufen zu lassen. Sie habe die Stiftung durch diffamierende Aussagen über Vorstandsmitglieder geschädigt. Für die Abberufung stimmten der Vorsitzende und ein weiteres Vorstandsmitglied, dagegen stimmten die Klägerin und zwei weitere Vorstandsmitglieder. Der Vorsitzende berief sich auf seinen satzungsgemäßen Stichtscheid. Da die Klägerin in eigener Sache nicht mitstimmen dürfe, sei der Abberufungsbeschluss bei Stimmengleichheit durch das Entscheidungsrecht des Vorsitzenden angenommen. Die gegen die Abberufung gerichtete Feststellungsklage war erfolgreich.

Das Gericht ließ offen, ob die Klägerin in eigener Sache stimmberechtigt war. In jedem Fall, so die Entscheidung, hätte es zur Abberufung der Klägerin einer satzungsändernden Mehrheit bedurft. Die Klägerin sei in der Satzung als Vorstandsmitglied namentlich genannt gewesen. Aus diesem Grunde sei es angebracht, ihre Abberufung auch von einer qualifizierten Mehrheit abhängig zu machen. Dabei spiele der Abberufungsgrund keine Rolle. Es entspreche vielmehr dem Willen des Stifters, Satzungsänderungen zu erschweren. Dies müsse auch für personelle Maßnahmen gegenüber namentlich in der Satzung verankerten Personen gelten.

– *OVG Lüneburg zur Rechtsberatung durch Stiftungen*¹⁹

– *BVerfG zur Rechtsberatung durch Wohlfahrtsverbände*²⁰

Eine gemeinnützige Stiftung hatte beantragt festzustellen, dass der Ankauf von Forderungen durch sie keine erlaubnispflichtige Tätigkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG sei. Der Eilantrag wurde abgelehnt. Die Beschwerde wurde nicht zugelassen.

Das Oberverwaltungsgericht war der Ansicht, die besondere Rechtsform der Stiftung ändere nichts an der Erlaubnispflichtigkeit eines gewerblichen Forderungserwerbs. Außerdem dürfe auch die Gemeinnützigkeit der Antragstellerin gegen die beabsichtigte Betriebsführung sprechen. Beachtung verdient in diesem Zu-

18 LG Kempten, Urteil vom 26. 11. 2002, 3 O 154/02, n. veröff., Berufung zum OLG München eingelegt, Az. 14 U 930/02.

19 OVG Lüneburg, Beschluß vom 29. 1. 2002, 8 MA 4171/01, NJW 2002, 2808 ff.

20 BVerfG, Urteil vom 27. 9. 2002, 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 3531 ff.

sammenhang die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsberatung durch Wohlfahrtsverbände. Danach soll gerade die fremdnützige Rechtsberatung im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Verbandes nicht den Restriktionen des Rechtsberatungsgesetzes unterliegen, sofern der jeweilige Sachbereich eng mit der zu behandelnden Rechtsfrage verknüpft ist. Die Entscheidung lässt jedoch gewisse Spielräume. Insofern bleibt die nähere Ausgestaltung durch die Rechtsprechung abzuwarten.

– *OVG Lüneburg zur Kostenbefreiung privatrechtlicher, kirchlicher Stiftungen*²¹

Eine privatrechtliche Stiftung der evangelischen Landeskirche sollte DM 200,- für einen Bescheid über die Freistellung von Bebauungsvorgaben zahlen. Die dagegen gerichtete Klage blieb in erster Instanz und in der Berufung erfolglos.

Das OVG war der Ansicht, dass nur die Kirche eine verwaltungsrechtliche Kostenbefreiung in Anspruch nehmen könne. Wenn eine kirchliche Stiftung Kostenadressat sei, komme eine Befreiung nur in Frage, sofern es sich um eine Stiftung des öffentlichen Rechts handle. Privatrechtliche Stiftungen seien demgegenüber kein Teil der Kirche und könnten deshalb keine Freistellung verlangen.

– *LAG München zum gemeinnützigen Verein als Ausbilder*²²

Ein vom Arbeitgeberverband zur Ausbildungsförderung gegründeter gemeinnütziger Verein zahlte einem Auszubildenden eine monatliche Vergütung, deren Höhe lediglich 80 % der Monatsleistungen anderer Ausbildungsbetriebe erreichte. Der Auszubildende klagte gegen den Verein auf Zahlung der Differenz. Klage und Berufung blieben erfolglos.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG waren der Ansicht, dass für gemeinnützige Vereine die ständige Rechtsprechung des BAG über öffentlich finanzierte Ausbildungsmaßnahmen anzuwenden sei. Danach dürfe bei Ausbildungsmaßnahmen, die vollständig durch die öffentliche Hand finanziert wären, die Ausbildungsvergütung um mehr als 20 % von der vergleichbarer Betriebe abweichen. Eine gemeinnützige Stiftung des privaten Rechts habe ebenso wenig wie der Staat eine Gewinnerzielungsabsicht. Da auch ihr, ebenso wie staatlichen Ausbildungsförderungsbetrieben, die Ausbildungsmaßnahme keinen eigenen Vorteil bringe, dürfe für sie nichts anderes gelten.

21 OVG Lüneburg, Urteil vom 12. 6. 2002, 1 LA 1134/01, NdsVBl. 2002, 332 f. = NdsRpfl. 2002, 378 f. = NVwZ-RR 2003, 61 f.

22 LAG München, Urteil vom 21. 2. 2002, 4 Sa 3/01, n. veröffentlicht.

2. Rechtsprechung in Steuersachen

a) Europäischer Gerichtshof

– *EuGH zur Besteuerung von ehrenamtlich geleiteten Einrichtungen*²³

Bei dem Verfahren handelte es sich um einen Rechtsstreit zwischen den Commissioners of Customs & Excise und der Zoological Society London über die Mehrwertsteueranlagung bestimmter Leistungen, die von der ZSL im Rahmen der Verwaltung ihrer Zoos erbracht wurden.

Der EuGH legte Art. 13 A Abs. 2 lit. a, 2. Gedankenstrich der 6. EG-RL dahin gehend aus, dass eine Körperschaft dann steuerlich privilegiert werde, wenn die Mitglieder, denen nach der Satzung die oberste Leitung der Einrichtung übertragen worden sei, oder solche Personen, die die Einrichtung tatsächlich leiteten, ehrenamtlich tätig seien. Auf die entgeltliche Tätigkeit nachgeordneter Personen komme es dann nicht mehr an. Ebenso lag der Fall bei der Zoological Society London. Deren Vorstand war ehrenamtlich tätig, während die nachgeordneten Angestellten honoriert wurden. Dies schließe eine Steuerprivilegierung jedoch nicht aus.

– *EuGH zur Umsatzsteuerpflicht eines Golfvereins*²⁴

In den Niederlanden kam es zwischen dem Kennemer Golf & Country Club (Verein nach niederländischem Recht) und dem Staatssekretär für Finanzen zu einem Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Mehrwertsteuer, die wegen der vom Golfclub im Zusammenhang mit dem Golfsport erbrachten Leistungen festgesetzt worden war.

Auf der Grundlage von Art. 13 A Abs. 1 m – 6. EG-RL kam der EuGH zu der Einschätzung, die einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage sei so auszu legen, dass bei Beurteilung der Frage, ob es sich um eine Einrichtung ohne Gewinnstreben handele, *sämtliche* Tätigkeiten dieser Einrichtung zu berücksichtigen seien.

Eine Einrichtung habe keine Gewinnerzielungsabsicht, auch wenn sie systematisch danach strebe, Überschüsse zu erwirtschaften, sofern sie diese anschließend für die Durchführung ihrer Leistungen verwende.

Die Jahresbeiträge der Mitglieder eines Sportvereins könnten allerdings eine Gegenleistung für die von diesem Verein erbrachten Dienstleistungen darstellen, auch wenn die Mitglieder, die die Einrichtungen des Vereins nicht oder nicht regelmäßig nutzten, verpflichtet seien, ihren Jahresbeitrag zu zahlen.

²³ EuGH, Urteil vom 21. 3. 2002, C-267/00, HFR 2002, 562 ff.

²⁴ EuGH, Urteil vom 21. 3. 2002, C-174/00, DStRE 2002, 642 ff.

– *EuGH zur Steuerbefreiung der Auftragsforschung staatlicher Hochschulen*²⁵

§ 4 Nr. 21 a UStG i.d.F. vom § 4 Abs. 5 des Umsatzsteuer-Änderungsgesetzes vom 12. 12. 1996 stellt die Forschung staatlicher Hochschulen gegen Entgelt von der Umsatzsteuer frei. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen Art. 2 der sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern. Staatliche Hochschulen träten bei der Durchführung entgeltlicher Forschungsvorhaben ebenso am Markt auf wie private Forschungseinrichtungen und dürften deshalb nicht anders behandelt werden.

b) BFH-Entscheidungen

– *BFH zur Steuerfreiheit der Schenkung an eine ausländische Stiftung unter der Auflage der Verwendung der Vermögenserträge für eigene Stiftungszwecke*²⁶

Der Kläger war eine nach schwedischem Recht gegründete Stiftung. Das Statut der Stiftung bestimmte, dass 75 % der Erträge des Stiftungsvermögens für Stiftungszwecke verwendet werden und 25 % der Kapitalverstärkung dienen sollten. Der in Schweden geborene Erblasser verstarb in Hamburg, hatte hier auch seinen Wohnsitz und Lebensmittelpunkt. In seinem Testament hatte er die Stiftung, unter Auflagen, als Erbin eingesetzt. So sollte die Erbmasse von der Stiftung als gesondertes Vermögen verwaltet werden. 80 % der jährlichen Erträge dieses Sondervermögens sollten der Förderung zu gesondert bestimmten Zwecken dienen. 20 % sollten dem Kapital der Stiftung hinzugefügt werden.

Für den Erwerb von Todes wegen setzte das Finanzamt anteilige Erbschaftsteuer fest: Zu 80 % sei der Erwerb von Todes wegen nach § 13 I Nr. 17 ErbStG 1974 steuerfrei, wegen der restlichen 20 % müsste jedoch Erbschaftsteuer gezahlt werden. Der dagegen gerichtete Klage wurde stattgegeben, die Revision der Finanzverwaltung blieb erfolglos.

Wenn eine Zuwendung von Todes wegen mit einer Auflage zugunsten eines bestimmten Zwecks verbunden sei, durch die die Bereicherung des Erwerbers gemindert werde, dann lägen zwei formal zu trennende steuerbare Vorgänge vor. Zum einen ein Erwerb von Todes wegen gem. § 3 I Nr. 1 ErbStG, zum anderen eine Zweckzuwendung nach § 8 ErbStG. Eine Zuwendung könne auch dann nach § 13 I Nr. 17 ErbStG 1974 steuerbefreit sein, wenn nicht ein zugewendeter Vermögensstamm, sondern nur dessen Erträge zu begünstigten Zwecken verwendet würden. Eine Steuerbefreiung nach dieser Vorschrift stehe es auch nicht entgegen, wenn die Erträge aus dem zugewendeten Vermögensstamm nicht in vollem Umfang zu den begünstigten Zwecken verwendet würden, sondern in Höhe von 20 % der Verstärkung des Kapitalstamms dienen sollten.

²⁵ EuGH, Urteil vom 20. 6. 2002, C-287/00, DStR 2002, 1172 ff.

²⁶ BFH, Urteil vom 16. 1. 2002, II R 82/99, ZEV 2002, 289 ff.

– *BFH zur Ausstellerhaftung wegen unrichtiger Spendenbestätigung*²⁷

In den Jahren 1990 bis 1992 hatte der Kläger, eine bayerische Gebietskörperschaft, als so genannte Durchlaufstelle eine Vielzahl von Spenden für verschiedene Vereine entgegengenommen. Die Spendenbestätigungen enthielten die Angabe, dass der Zweck der Einrichtungen als besonders förderungswürdig anerkannt sei. Tatsächlich war zum Ausstellungszeitpunkt der Bestätigungen keiner der darin angegebenen Vereine vom Finanzamt als gemeinnützig anerkannt. Die gegen den Haftungsbescheid gewandte Klage der Gemeinde wurde abgewiesen, die Revision blieb erfolglos.

Nach Ansicht des BFH haftet die Spendenbestätigungen ausstellende Gemeinde bei deren Unrichtigkeit für die entgangene Steuer nach § 10 b Abs. 4 S. 2 EStG, wenn einer ihrer Amtsträger in grob fahrlässiger Weise die unrichtige Bestätigung erteilt hat. Dies sei der Fall, wenn er bestätige, dass eine Spende zu besonders förderungswürdigen, gemeinnützigen Zwecken verwendet werde, ohne zu prüfen, ob dem Verein, dem die Spende zukommen solle, ein Freistellungsbescheid oder eine vorläufige Bescheinigung über die Gemeinnützigkeit erteilt worden sei.

– *BFH zur Steuerpflicht von gesponserten Ballonfahrten*²⁸

Einem gemeinnützigen Luftsportverein hatten Unternehmer im Rahmen von Sponsorships Heißluftballons mit Firmenaufschriften zur Verfügung gestellt. Die damit erzielten Werbeeffekte der Unternehmer hielt die Finanzverwaltung für Leistungen, die Nutzungsvorteile des Vereins für Entgelt im Sinne des Umsatzsteuerrechts seien, und erließ entsprechende Bescheide. Die dagegen gewandte Klage und die Revision blieben erfolglos.

Der BFH stützte die Ansicht der Finanzverwaltung: Der klagende Verein sei als Unternehmer tätig geworden. Seine Gemeinnützigkeit ändere nichts daran, dass er mit der Nutzung der Heißluftballons Werbeleistungen für die Sponsoren erbracht habe. Zu diesen Leistungen habe die Nutzung fahrbereiter Ballons in einem tauschähnlichen Umsatzverhältnis gestanden. Der Wert dieser Nutzung ergebe sich auf der Grundlage der Kosten, die die Unternehmen für die Heißluftballons hätten aufwenden müssen.

– *BFH zur Besteuerung der Gewinne aus einbringungsgeborenen Anteilen*²⁹

Eine gemeinnützige Stiftung hatte von ihrem Stifter Anteile an unterschiedlichen Kapitalgesellschaften erhalten und diese, ohne Aufdeckung der stillen Reserven, gegen Anteilsgewährung in eine Holding eingebracht. Als sie deren Anteile schließlich veräußerte, unterwarf das zuständige Finanzamt die daraus resultierenden Gewinne der Körperschaftsteuer. Die dagegen gerichtete Klage und die Revision blieben erfolglos.

27 BFH, Urteil vom 24. 4. 2002, XI R 123/96, BFH/NV 2002, 1220 ff.

28 BFH, Urteil vom 1. 8. 2002, V R 21/01, DStR 02, 2216 = DB 2003, 23 ff.

29 BFH, Urteil vom 7. 8. 2002, I R 84/01, StE 2003, 5 f.

Der BFH sah in der »persönlichen« Steuerbefreiung der Stiftung keinen Anlass, den sachlichen Bereich einer Anteilsveräußerung von der Besteuerung auszunehmen. § 21 Abs. 3 Nr. 2 UmwStG 1995 a.F. habe gerade den Zweck, die Einbringung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben in eine ansonsten steuerbefreite Stiftung der Besteuerung zu unterwerfen.

c) FG-Entscheidungen

– *FG Berlin zum Zweckbetrieb durch sozialwissenschaftliche Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber*³⁰

Die Klägerin war eine GmbH, deren Zweck es sein sollte, Aufgaben der Sozialplanung und der Mieterberatung wahrzunehmen und dabei, insbesondere zur bestmöglichen Versorgung der Bewohner mit Wohnraum, entsprechend den Regeln zum Sozialplan des BauGB und entsprechender Richtlinien des Landes Berlin tätig zu werden. Die Klägerin wurde auf Grundlage von entgeltlichen Verträgen mit dem Bezirksamt tätig. Sie war der Meinung, es handle sich dabei um eine gemeinnützige Tätigkeit und entsprechend stünde ihr die Steuerbefreiung nach § 5 I Nr. 9 KStG zu. Das FG hielt die Klage für unbegründet.

Seiner Ansicht nach könnten dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten auch dann unmittelbar gemeinnützig im Sinne der §§ 57, 65 Nr. 1 AO wirken, wenn sie im Rahmen eines entgeltlichen Auftragsverhältnisses gegenüber öffentlichen Auftraggebern erbracht würden. Körperschaften, die die Tätigkeit eines Beauftragten für den Sozialplan gemäß § 180 BauGB ausübten, träten allerdings in vermeidbarer Weise zu nicht steuerbegünstigten Anbietern in Wettbewerb, so dass die Tätigkeit keinen Zweckbetrieb im Sinne des § 65 AO darstellen könne.

– *FG Baden-Württemberg zum Teilwert-Ansatz in der nach Wegfall der Gemeinnützigkeit aufzustellenden Anfangsbilanz*³¹

Eine gemeinnützige GmbH hatte einen Teil ihres Verwaltungsgebäudes fremdvermietet. Nach Wegfall der Gemeinnützigkeit war fraglich, ob sie den entsprechenden Teilwert in ihrer Anfangsbilanz in Ansatz bringen und die daraus folgende AfA nutzen konnte (§§ 13 Abs. 2, 3 KStG).

Nach Ansicht des FG kam ein Teilwertansatz in der Anfangsbilanz nicht in Frage. Setze ein wohnungswirtschaftlich als gemeinnützig anerkanntes Unternehmen einen BV-Gegenstand ganz oder teilweise außerhalb seiner wohnungswirtschaftlichen Betätigung ein, könne dieser in der gemäß § 13 Abs. 2 KStG zu erstellenden Anfangsbilanz nicht gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 KStG mit dem Teilwert, sondern müsse mit den fortgeführten Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten angesetzt werden.

30 FG Berlin, Urteil vom 15. 1. 2002, 7 K 8618/9, EFG 2002, 51, rechtskräftig.

31 FG Baden-Württemberg, Urteil des Außensenates Stuttgart vom 7. 2. 2002, 6 K 461/98, EFG 2002, 783, rechtskräftig.

– *FG Schleswig-Holstein zum Zweckbetrieb eines gemeinnützigen Vereins*³²

Der Kläger, ein gemeinnütziger Verein, hatte die selbstlose Unterstützung von Personen, die infolge ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustands auf Hilfe anderer angewiesen sind, zum Satzungszweck. Er nahm hierzu den Betrieb einer Süßmosterei auf. In dieser Süßmosterei sollten die von ihm betreuten Personen nach der Schulzeit die Möglichkeit einer Beschäftigung erhalten, um den Übergang von der Schule in den Beruf zu erleichtern. Nach Ansicht des Klägers handelte es sich dabei um eine gemeinnützige, von der Körperschaftssteuer befreite Einrichtung. Das Finanzamt sah die Tätigkeit jedoch als steuerpflichtig an. Das Finanzgericht schloss sich dieser Ansicht an.

Seiner Ansicht könne die Süßmosterei eines gemeinnützigen Vereins zur Förderung von Lebens- und Arbeitsgemeinschaften für Behinderte wegen des Verstoßes gegen die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO keinen Zweckbetrieb darstellen. Theoretisch wäre zwar die Einordnung als Zweckbetrieb im Sinne von § 68 Nr. 3 AO denkbar. Auch bei einem solchen sei jedoch die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO im Rahmen einer restriktiven Auslegung zu beachten.

– *FG Hamburg zum Leistungsaustausch zwischen Verein und seinen Mitgliedern*³³

Geklagt hatte ein gemeinnütziger Verein, dessen Zweck der Zusammenschluss satzungskonformer Landesverbände in Deutschland und die Pflege und Förderung einer Sportart als Körper- und Geisteskultur im Sinne des Amateurgedankens war.

Für die Entrichtung des Jahresmitgliedbeitrages erhielt jeder Sportler eine so genannte Jahressichtmarke, die er in seinen Sportpass klebte. Dieser diente ihm wiederum als Starterlaubnis bei Wettkämpfen. Außerdem konnten darin Startlizenzen und die Teilnahme an Lehrgängen usw. vermerkt werden. Das Finanzamt war der Meinung, dies wäre den Sportlern gegenüber (mit Ausstellung und Verlängerung des Passes) eine umsatzsteuerbare Leistung, und unterwarf die entsprechenden Einkünfte den umsatzsteuerpflichtigen Einnahmen des Klägers. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg.

Es läge, so das Gericht, deshalb keine umsatzsteuerbare Sonderleistung des Bundesverbandes an die Landesverbände vor, weil die Höhe des Beitrags nach der Anzahl der in dem Landesverband zusammengefassten Sportler bemessen werde. Die Abgabe von so genannten Jahressichtmarken entspreche der Anzahl der angeschlossenen Sportler und stelle keine konkrete Sonderleistung an die Mitgliedsverbände oder an die Sportler dar.

32 FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. 2. 2002, II 374/88, EFG 2002, 739, Revision eingelegt, Az. BFH: I R 25/02.

33 FG Hamburg, Urteil vom 25. 3. 2002, VII 245/99, EFG 2002, 1123, rechtskräftig.

Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Dritten Sektor im Jahr 2002

– Hessisches FG zum Leistungsaustausch zwischen einem Verein und seinen Mitgliedern³⁴

Der Kläger, ein eingetragener Verein, bot die »Suche nach möglichen Schadenersatzansprüchen« gegen die Bundesrepublik Deutschland für geschädigte Anleger an. Streitig war die Steuerpflichtigkeit der Umsätze. Das Finanzgericht teilte die Ansicht des Finanzamtes, das die Einkünfte des Vereins der Umsatzsteuer unterwarf.

Ein Verein, so das Gericht, der geschädigte Kapitalanleger eingehend über den Stand von Musterklagen und Verhandlungen über die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen berate und über die Mitgliedsbeiträge im Unterliegensfalle das Prozessrisiko des Musterklägers auf die Mitglieder umverteile, erbringe gegenüber den Mitgliedern steuerpflichtige Umsätze. Insofern läge ein Austauschverhältnis zwischen den Beiträgen und der Beratungsleistung vor.

– FG Münster zur Haftung des Vorsitzenden eines Sportvereins für rückständige Lohnsteuer³⁵

Der Kläger war Erster Vorsitzender eines Sportvereins. Das FA nahm den Kläger für die in Konkurs gegangene Eissportabteilung des Vereins auf Nachzahlung der Lohnsteuer seiner Angestellten in Anspruch. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

Der Senat trat der in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung³⁶ entwickelten Rechtsfigur des »Vereins im Verein« bei, wonach regionale oder fachliche Untergliederungen eines eingetragenen Vereins unter bestimmten Voraussetzungen ihrerseits als nicht rechtsfähige Vereine behandelt werden könnten. Aber auch wenn die Haftungsschuld in einer solchen Untergliederung durch Handlungen der dortigen Organmitglieder entstanden sei, werde dadurch die Inanspruchnahme allein des Vorstands des Hauptvereins nicht ausgeschlossen. Hinsichtlich der Haftung für Lohnsteuer eines Sportvereins müssten auch an einen ehrenamtlich tätigen Vereinsvorsitzenden hohe Sorgfaltsanforderungen gestellt werden, wenn er langjährig im Verein engagiert und juristisch gut beraten sei.

– Niedersächsisches FG zur Besteuerung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes einer gGmbH³⁷

Eine gGmbH unterhielt einen Geschäftsbetrieb, mit dem sie musikalisch-künstlerische Schulungen und Fernsehproduktionen durchführte. Das zuständige

34 Hessisches FG, Urteil vom 30. 4. 2002, 6 K 642/01, EFG 2002, 1063, rechtskräftig.

35 FG Münster, Urteil vom 7. 5. 2002, 1 K 2429/00 L, EFG 2002, 1134, Revision eingelegt, Az. BFH: VII R 46/02.

36 Z.B. BGHZ 90, 331.

37 Niedersächsisches FG, Urteil vom 8. 10. 2002, 6 K 92/01, Volltext unter www.finanzgericht.niedersachsen.de.

Finanzamt unterwarf die insofern erzielten Einkünfte der Körperschaftsteuer. Die auf einen Erlass gerichtete Klage hatte keinen Erfolg.

Nach Ansicht des Gerichts seien die Vorschriften des Körperschaftsteuergesetzes zumindest insofern verfassungskonform, als sie eine Besteuerung von Einkünften aus rechtlich nicht verselbständigten Geschäftsbetrieben vorsehen.

– *FG Brandenburg zur Gemeinnützigkeit eines Golfclubs*³⁸

Ein eingetragener Verein hatte die Förderung und Ausübung des Golfsports zum Satzungszweck. Neue Mitglieder wurden bei ihrem Beitritt verpflichtet, mit einer Kommanditgesellschaft, die den Golfplatz errichtet hatte, einen Nutzungsvertrag zu schließen. Dieser Vertrag sah für einen Nutzungszeitraum von 5 Jahren ein Entgelt von DM 8900,- vor, das sich für einen Zeitraum von 30 Jahren auf DM 29 000,- steigern konnte. Hinzu kam eine Betriebskostenpauschale von jährlich DM 2280,-. Dem Verein war zunächst eine vorläufige Gemeinnützigkeitsbescheinigung ausgestellt worden. Gegen deren Aufhebung wandte sich die Klage, die jedoch erfolglos blieb.

Das Gericht war der Ansicht, der Verein verfolge nicht unmittelbar gemeinnützige Ziele, wenn er seine Mitglieder zum Abschluss entgeltlicher Spielverträge verpflichtete. Die bloße Mitgliedschaft im Verein reiche nicht aus, dem Mitglied das Golfspiel zu ermöglichen. Es müsse vielmehr die Spielberechtigung gegenüber der KG hinzukommen. Diese sei dem Verein weder direkt noch als Hilfsperson im Sinne von § 57 Abs. 1 AO zuzurechnen. Angesichts der Höhe des Nutzungsentgeltes läge auch keine Förderung der Allgemeinheit vor.

– *FG Baden-Württemberg zur Auftragsforschung als Zweckbetrieb einer gemeinnützigen Krankenhausanstalt*³⁹

Ein gemeinnütziger Verein betrieb eine Krankenhausanstalt zur Behandlung von Herzkrankheiten. Satzungszweck war u.a. die weitere Entwicklung der Behandlung auf diesem Spezialgebiet, insbesondere in Wissenschaft und Forschung. Die Krankenhausanstalt übernahm Forschungsaufträge der Pharma- und Geräteindustrie und erhielt dafür projektgebundene Fördermittel. Das Finanzamt sah darin statt einer Spende den umsatzsteuerpflichtigen Austausch von Leistungen. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

Das Gericht sah in der entgeltlichen Auftragsforschung eine »finale« Verknüpfung von Zuwendung und Forschungsleistung. Die konkrete Vereinbarung sehe vor, in welchem Rahmen welche Forschungen erbracht werden sollten und wie damit zu verfahren sei. Dies stelle keine unbeeinflusste Tätigkeit der Krankenhausanstalt mehr dar, sondern sei als steuerpflichtige Gegenleistung zu bewerten.

38 FG Brandenburg, Urteil vom 28. 8. 2002, 2 K 1046/01, EFG 2002, 1355 ff., Revision eingelegt, Az. BFH: I R 66/02.

39 FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, Urteile vom 11. 7. 2002, 3 K 66+67/99, EFG 2003, 22, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, Az. BFH: I B 160+161/02.

3. BMF-Schreiben und Verwaltungsanweisungen

a) BMF-Schreiben

- *BMF-Schreiben zur Zulässigkeit von Rücklagen im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb*⁴⁰

Das BMF-Schreiben nimmt Stellung zur Rechtsprechung des BFH über die Selbstlosigkeit von Körperschaften mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb. Der Text fand Eingang in den neuen Anwendungserlass zur Abgabenordnung.⁴¹

- *BMF-Schreiben zur steuerunschädlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften*⁴²

Das BMF-Schreiben regelt die Steuerbegünstigung von Mittelbeschaffungskörperschaften. Es wurde ebenfalls in den neuen Anwendungserlass zur Abgabenordnung eingearbeitet.⁴³

- *BMF-Schreiben zur Anwendung des § 13 Abs. 4 Satz 1 KStG auf die Überführung eines Betriebs oder Teilbetriebs aus dem steuerpflichtigen in den steuerbefreiten Teil einer Körperschaft*⁴⁴

Die Finanzverwaltung stellt in dem Erlass fest, dass im Falle der Überführung eines Betriebs oder Teilbetriebs vom steuerpflichtigen in den steuerbefreiten Bereich einer Körperschaft dieser mit dem Buchwert angesetzt werden kann.

- *BMF-Schreiben zu den steuerlichen Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Hochwasserkatastrophe im August 2002*⁴⁵

Das BMF-Schreiben listet die in Zusammenhang mit der sommerlichen Hochwasserkatastrophe getroffenen Verwaltungsregeln auf, die sämtlich auf Erleichterungen bei der Spendenpraxis zielen. Das Schreiben beinhaltet Ausführungen zu

- der steuerlichen Behandlung von Zuwendungen aus dem Betriebsvermögen,
- der steuerlichen Behandlung von Zuwendungen an Arbeitnehmer und Arbeitslohnspenden,
- der steuerlichen Behandlung des fremdnützigen Verzichts auf Aufsichtsratsvergütungen,
- der Behandlung von Spenden und Spendennachweisen,
- der Behandlung von zweckfremden Sonderspendenaktionen,
- der Einstufung von Elementarschäden als außergewöhnliche Belastung,
- weiteren steuerlichen Erleichterungen.

40 BMF-Schreiben vom 15. 2. 2002 – IV C – S 0174-2/01, DB 2002, 456.

41 Siehe hierzu II.

42 BMF-Schreiben vom 2. 4. 2002 – IV C – S 0177-6/02, DStR 2002, 721.

43 Siehe hierzu II.

44 BMF-Schreiben vom 25. 2. 2002 – IV A 2 – S 2765 – 1/02, DB 2002, 556.

45 BMF-Schreiben vom 1. 10. 2002 – IV C – S 223 – 301/02, DB 2002, 2134.

- OFD Koblenz zur Abgrenzung zwischen Selbstlosigkeit und der Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke⁴⁶

Die Verfügung erklärt die im BMF-Schreiben vom 15. 2. 2002⁴⁷ enthaltene Geprächstheorie näher. Der Förderverein eines Kindergartens könne z.B. auch dann gemeinnützig sein, wenn die Einnahmen aus dem Kindergarten (wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb) die Mitgliedsbeiträge und Spenden deutlich überstiegen. Entscheidend sei, dass die Verwendung der aus dem Wirtschaftsbetrieb erzielten Einkünfte für die gemeinnützigen Vereinszwecke als Tätigkeit die Verwaltung des Wirtschaftsbetriebes überwiege.

- OFD Hannover zur Betriebsausgabepauschale gem. § 64 Abs. 6 Nr. 1 AO⁴⁸

Die Verfügung akzeptiert eine pauschalierte Gewinnermittlung bei gemeinnützigen Sportvereinen im Zusammenhang mit Werbung auf sportlichen Veranstaltungen.

- OFD Frankfurt a.M. zur Einschaltung einer Hilfsperson i. S. von § 57 Abs. 1 S. 2 AO⁴⁹

Die Verfügung äußert sich zur Ausnahmeregelung vom Gebot der unmittelbaren Tätigkeit steuerbegünstigter Körperschaften. Dabei ist die Verfügung hinsichtlich der Nachweispflicht über die Weisungsgebundenheit der Hilfsperson weitgehend inhaltsgleich zum neuen AEAO.⁵⁰ Im Widerspruch zum BMF befindet sich die OFD allerdings mit der Ansicht, auch die Hilfsperson könne durch ihre Tätigkeit für Dritte selbst steuerbegünstigt sein. Diese Ansicht ist durch den neuen Anwendungserlass überholt.

- OFD Rostock zur Verwendung von Mitteln für die Kapitalausstattung von Kapitalgesellschaften und Stiftungen⁵¹

- OFD Hannover zur Ausgliederung eines Zweckbetriebes auf eine gGmbH⁵²

Die Verfügung der OFD Rostock regelt die Ausstattung von Gesellschaften und Stiftungen mit Kapital aus zeitnah und nicht zeitnah zu verwendenden Mitteln. Die Ausführungen entsprechen weitestgehend dem neuen Anwendungserlass zur

46 OFD Koblenz, Verfügung vom 26. 4. 2002 – S 0174 A – St 34 1, DB 2002, 1585.

47 Siehe Fn. 40.

48 OFD Hannover, Verfügung vom 16. 5. 2002 – S 0183 – 16-StO 214, S 2729 – 326 – StH 233, FR 2002, 800 f.

49 OFD Frankfurt a.M., Verfügung vom 16. 5. 2002 – S 0176 A – 1- St II 12, DB 2002, 1531; vgl. zu demselben Thema: OFD Nürnberg, Verfügung vom 16. 8. 2002 – S 0176 – 3/St 31.

50 Siehe Fn. 5.

51 OFD Rostock, Verfügung vom 12. 7. 2002, S 0174 – 02/011 – St 2422, DStR 2002, 1484 f.

52 OFD Hannover, Verfügung vom 31. 7. 2002, S 0174 – 10 – StO 215/ S 2729 – 326 – StH 233, DStR 2002, 2036.

Abgabenordnung. Die OFD Hannover regelt insofern den Spezialfall, dass die neu gegründete Gesellschaft oder Stiftung mit einem Zweckbetrieb ausgestattet wird.

– *OFD Nürnberg zur Gemeinnützigkeit von Bundes- und Landesgartenschauen*⁵³

Die Verfügung stellt fest, dass die Veranstaltung von Gartenschauen als Förderung des Umwelt- und Landschaftsschutzes gemeinnützig sei. Auch die Vermögensübertragung an die Gastgeberkommune nach Beendigung schade der Gemeinnützigkeit nicht, sofern sie in der Satzung vorgesehen sei.

– *OFD Münster zur Gemeinnützigkeit der Zeugen Jehovas*⁵⁴

Die Verfügung regelt das Bescheinigungsprozedere gegenüber den Vereinen der Zeugen Jehovas. Nach der Zurückverweisung des Verwaltungsrechtsstreits über die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts durch das Bundesverwaltungsgericht an das OVG Berlin⁵⁵ sollen Bescheide nur noch unter Vorläufigkeitsvorbehalt erteilt werden.

– *OFD Frankfurt a.M. zur Berücksichtigung von Aufwandsspenden*⁵⁶

Die Verfügung regelt die steuerliche Behandlung eigener Aufwendungen für gemeinnützige Körperschaften. Eine von vornherein unentgeltliche Tätigkeit kann danach nicht als Spende abzugsfähig sein. Dies kommt nach Ansicht der OFD nur in Betracht, sofern eine Vergütung geschuldet und nachher auf sie verzichtet wurde.

– *OFD Nürnberg zur Behandlung von Spenden an Gewerbebetriebe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts*⁵⁷

Die Verfügung macht nähere Ausführungen zur steuerlichen Behandlung von Spendensammelvereinen durch das Änderungsgesetz zum Investitionszulagengesetz von 2000.⁵⁸ Steuerlich abzugsfähige Spenden liegen nach Ansicht der Verwaltung auch dann nicht vor, wenn Spenden einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt, von ihr jedoch in einem steuerpflichtigem Betrieb verwendet werden. Dies betrifft beispielsweise Spenden an Kommunen, die zum Betrieb der örtlichen Theater eingesetzt werden.

53 OFD Nürnberg, Verfügung vom 20. 6. 2002 – S 0171 – 731/St 31, DB 2002, 2136.

54 OFD Münster, Verfügung vom 15. 8. 2002 – S 2729 – 120 – St 13 – 31, DB 2002, 2136.

55 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2001, 7 C 1.01, NVwZ 2001, 924.

56 OFD Frankfurt a.M., Verfügung vom 21. 2. 2002, S 2223 A – 22 – St II 25, DStR 2002, 805 f.

57 OFD Nürnberg, Verfügung vom 17. 4. 2002 – S 0177 – 16/St 31, DB 2002, 1081 f.

58 BStBl. I 2001, 28.

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002*

JANNE GÄRTNER/JANA WULFF

Autor	Titel/Fundstelle
<i>Achilles, Wilhelm-Albrecht</i>	Die Novellierung des Stiftungsprivatrechts. In: ZevKR Bd. 47 (2002), S. 682–696
<i>ders.</i>	Stiftungsrechtsreform und Gesetzgebungskompetenz des Bundes. In: ZRP 2002, S. 23–29
<i>Adams, Michael/Maßmann, Jens</i>	Vereinsreform in Deutschland. In: ZRP 2002, S. 128–132
<i>Adloff, Frank</i>	Untersuchungen zum deutschen Stiftungswesen. Vier Forschungsberichte, Berlin, 2002
<i>Alpers, Lutz</i>	Der Irrevocable Intervivos Discretionary Trust im Lichte der aktuellen Rechtslage. In: IWB Fach 10, Gruppe 2, S. 1619–1622 (16/2002)
<i>Althaus, Rüdiger</i>	Die Stiftung nach kanonischem Recht. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 219–230
<i>Andrick, Bernd</i>	Das modernisierte Stiftungsrecht. In: RNotZ 2002, S. 441–444
<i>ders.</i>	Staat und Stiftung – ein Reizthema? In: Stiftung & Sponsoring 6/2002, S. 23–25
<i>Andrick, Bernd/Suerbaum, Joachim</i>	Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts. In: NJW 2002, S. 2905–2910
<i>App, Michael</i>	Die Stiftung des Privatrechts. In: KKZ 2002, S. 166–167
<i>Arming, Bernhard</i>	Die Anwendung des neuen US-Quellensteuer-Abzugsverfahrens auf österreichische Privatstiftungen. In: SWI 2002, S. 68–75

* Da der Begriff »Non-Profit-Recht« in der deutschen Rechtswissenschaft noch nicht eindeutig belegt ist, erhebt die Bibliografie keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie hat ihren Schwerpunkt im deutschen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht. Sie wird in den folgenden Jahrbüchern fortgeschrieben. Kommentierungen sind nur erwähnt, soweit sie in Großkommentaren erschienen sind.

- Asche, Florian* Gesetzgebung und Rechtsprechung zum dritten Sektor in den Jahren 2000 und 2001. In: Kötzt/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2001*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 245–274
- Angsten, Ursula* Eigene Zweckverwirklichung bei Outsourcing von gemeinnützigen Organisationen. In: *Stiftung & Sponsoring 5/2002*, S. 25–27
- Aweh, Lothar* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 24.04.2002 – XI R 123/96 – (Haftung für unrichtige Spendenbescheinigung). In: *EStB 2002*, S. 395–396
- Backert, Wolfram* Maßvolle Neuerungen im bayerischen Stiftungsrecht – Anmerkungen zur Novelle des Bayerischen Stiftungsgesetzes vom 1. September 2001. In: *BayVBl. 2002*, S. 681–689
- Badelt, Christoph* (Hrsg.) *Handbuch der Nonprofit Organisation. Strukturen und Management*, 3. Aufl., Stuttgart, 2002
- Ball, Andreas/Diekmann, Hans* Share Sponsoring – ein innovatives Finanzierungskonzept für steuerbegünstigte Körperschaften aus aktienrechtlicher Sicht. In: *DStR 2002*, S. 1450–1454 und S. 1602–1605
- Barker, Christine R./Selbig, Sabine* *Charity Law and Change: British and German Perspectives. Gemeinnützigkeitsrecht im Wandel: Britische und deutsche Perspektiven*, Trier, 2002
- Battis, Ulrich* Keine »Quadratur des Kreises«. Universität als Stiftung: mit Kreativität einen Gegensatz ausgleichen. In: *Deutsche Stiftungen 3/2002*, S. 49–50
- Battis, Ulrich/Grigoleit, Klaus Joachim* Die Universität als privatrechtliche Stiftung – Modell einer glaubwürdig staatsfernen Hochschule. In: *ZRP 2002*, S. 65–69
- Beauftragter der Bundesregierung für Angelegenheiten der Kultur und der Medien/Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V./Deutscher Kulturrat (Hrsg.) *Kulturstiftungen. Ein Handbuch für die Praxis*, Berlin, 2002
- Becker, Joachim* Betriebsausgabenabzug von Sponsoringaufwendungen? In: *DStZ 2002*, S. 663–668

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Bielitz, Klaus* Privatrechtliche Organisationsformen in der evangelischen Kirche. In: ZevKR Bd. 47 (2002), S. 56–78
- Bitz, Horst* Änderung der Rechtslage bei der Betriebsaufspaltung – Gefahren der Betriebsaufspaltung bei Verbänden/gemeinnützigen Organisationen. In: DStR 2002, S. 752–754
- Brill, Karl-Ernst* Förderung des ehrenamtlichen Engagements. Aufwandsentschädigung für ehrenamtlich (rechtliche) Betreuer in der Steuerfalle. In: BtPrax 2002, S. 104–105
- Brockhoff, Klaus* Erhaltung eines Stiftungsvermögens. In: ZfbF (54. Jg.) 2002, S. 277–284
- Brünneck, Alexander von* Verfassungsrechtliche Probleme der öffentlich-rechtlichen Stiftungshochschule. In: WissR 35. Bd. (2002), S. 21–44
- Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.) Aktivitäten deutscher Stiftungen in Mittel- und Osteuropa – eine Zwischenbilanz. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 18, Berlin, 2002
- ders. Aktivitäten deutscher Stiftungen zum Thema Bodenschutz. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 13, Berlin, 2002
- ders. Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002
- ders. Bürgerstiftungen in Deutschland. Entstehung. Struktur. Projekte. Netzwerke. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 15, Berlin, 2002
- ders. Die Errichtung einer Stiftung. Ratgeber Deutscher Stiftungen Bd. 1, 5. Aufl., Berlin, 2002
- ders. Möglichkeiten und Grenzen der Unternehmensorientierung von Stiftungen. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 17, Berlin, 2002
- ders. Selbstverständnis kommunaler Stiftungen. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 16, Berlin, 2002
- ders. Stiftungen als Träger von Kultureinrichtungen. Forum Deutscher Stiftungen Bd. 14, Berlin, 2002

- Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V./Deutscher Kulturrat/Beauftragter der Bundesregierung für Angelegenheiten der Kultur und der Medien (Hrsg.) Kulturstiftungen. Ein Handbuch für die Praxis, Berlin, 2002
- Burgard, Ulrich* Das neue Stiftungsprivatrecht. In: NZG 2002, S. 697–702
- Burbhoff, Detlef* Vereinsrecht. Ein Leitfaden für Vereine und ihre Mitglieder, 5. Aufl., Herne, Berlin, 2002
- Carlé, Dieter/
Strahl, Martin* Stiftungen bei der Erbfolgegestaltung. In: KÖSDL 2002, S. 13471–13483
- Carstensen, Carsten* Stiftungen. In: Ballwieser/Coenberg/Wysocki (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechnungslegung und Prüfung, 3. Aufl., Stuttgart, 2002, S. 2321–2330
- Christ, Susanne* Neugestaltung des Stiftungsprivatrechts. In: INF 2002, S. 753–756
- dies.* Stiftungen aus rechtlicher und steuerlicher Sicht. In: StWK Gruppe 7, S. 205–220 (24/2002)
- Dannenberg, Onno* Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 05.10.2000 – 1 ABR 14/00 – (Tarifvertraglicher Verzicht auf Tendenzschutz für gemeinnützige Beschäftigungsgesellschaft). In: AiB 2002, S. 191–192
- Daragan, Hanspeter* Stiftung unter Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsrecht. In: Stiftung & Sponsoring 4/2002, S. 18–20
- Dauber, Harald* Vereinsbesteuerung Kompakt 2002, Stuttgart, 2002
- Denkhaus, Stefan/
Mühlenkamp, Jörg* Auswirkungen eines Insolvenz(plan)verfahrens auf die steuerliche Gemeinnützigkeit eines Vereins. In: ZInsO 2002, S. 956–962
- Detlefs, Lars/
Heuß, Oliver* Spezialfonds als Instrument der Vermögensverwaltung von Stiftungen. In: Kreditwesen 2002, S. 818–821
- Deutscher Kulturrat/Beauftragter der Bundesregierung für Angelegenheiten der Kultur und der Medien/
Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.) Kulturstiftungen. Ein Handbuch für die Praxis, Berlin, 2002

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Deutsches Notarinstitut Nachweis der Vertretungsbefugnis für eine Stiftung gegenüber dem Grundbuchamt. In: DNotI-Report 2002, S. 27–29
- Diekmann, Hans/
Ball, Andreas* Share Sponsoring – ein innovatives Finanzierungskonzept für steuerbegünstigte Körperschaften aus aktienrechtlicher Sicht. In: DStR 2002, S. 1450–1454 und S. 1602–1605
- Doppstadt, Joachim/
Koss, Claus/
Toepler, Stefan* Vermögen von Stiftungen – Bewertung in Deutschland und den USA, Gütersloh, 2002
- Engelsing, Lutz/
Neu, Norbert* Die steuerliche Behandlung von Berufsverbänden. In: NWB Fach 4, S. 4685–4692 (44/2002)
- dies.* Steuerlicher Handlungsbedarf bei Berufsverbänden bis zum Jahreswechsel. In: NWB Fach 4, S. 4693–4694 (47/2002)
- Enquete-Kommission
»Zukunft des Bürger-
schaftlichen Engagements«
Deutscher Bundestag
(Hrsg.) Bericht. Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft. Bd. 4, Opladen, 2002
- dies.* Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements. Zustand und Entwicklungsmöglichkeiten. Bd. 5, Opladen, 2002
- Erhardt, Manfred* Ausbruch aus dem Paragrafenkorsett. Plädoyer für die Stiftungshochschule privaten Rechts. In: Deutsche Stiftungen 3/2002, S. 45–46
- Feick, Ernst Martin* Gestaltungen zur erfolgreichen Fortführung einer gemeinnützigen Stiftung nach dem Tod des Stifters. In: Stiftung & Sponsoring 1/2002, S. 24–27
- Felder, Bernd* Die Besteuerung von gemeinnützigen Vereinen. In: LSW Gruppe 9, S. 197–230 (4/2002)
- Fleischmann, Michael* Rechtliche und steuerliche Anmerkungen zur Errichtung einer Stiftung. In: INF 2002, S. 419–422
- Förster, Lutz* Stiftung und Nachlass. Ratgeber Deutscher Stiftungen Bd. 3, Berlin, 2002
- Frantz, Christiane/
Zimmer, Annette* (Hrsg.) Zivilgesellschaft international. Alte und neue Global Players. Bürgerschaftliches Engagement und Non-profit-Sektor Bd. 6, Leverkusen, 2002

- Fritz, Thomas/
Schmidt, Marika* Besteuerung stiller Reserven bei wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben gemeinnütziger Körperschaften? Zugleich Einordnung des BMF-Schreibens vom 1. 2. 2002. In: DB 2002, S. 2509–2513
- Fröschl, K.-Jürgen* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 27. 9. 2001 – V R 17/99 – (Wegfall der Gemeinnützigkeit bei Verstoß gegen die Rechtsordnung [LSt-Verkürzung]). In: HFR 2002, S. 373–374
- Funken, Arndt* Nachhaltige Vermögensverwaltung mit nachhaltigen Kapitalanlagen. Anlage von Stiftungsvermögen im Einklang mit dem Stiftungsauftrag. In: Stiftung & Sponsoring 2/2002, S. 24–26
- Funnemann, Carl-
Bernhard* Ausgliederung von Zweckbetrieben. In: DStR 2002, S. 2013–2020
- Gärtner, Janne/
Schöning, Anne* Auswahlbibliographie des Non-Profit-Rechts 2000/2001. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 275–304
- Gehrlein, Markus* Strafbarkeit von Vorständen wegen leichtfertiger Vergabe von Unternehmensspenden. In: NZG 2002, S. 463–464
- Geis, Max-Emanuel* Die Entstaatlichung der Hochschulen. Legitimationsprobleme von Hochschul- und Stiftungsräten nach der Niedersächsischen Hochschulreform. In: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 297–314
- Geisen, Richard/
Mühlbauer, Bernd H.
(Hrsg.)* Die Ehrenamtlichen. Sozialkultur, Recht und Praxis der Freiwilligenarbeit. Reihe: Management und Humanität im Gesundheitswesen Bd. 3, Münster, Hamburg, London, 2002
- Gosch, Dietmar* Anmerkung zu BFH, Beschluss vom 8. 8. 2001 – I B 40/01 – (Zum Verlust der Gemeinnützigkeit bei Tätigkeitsvergütung für einen ehrenamtlich tätigen Vereinsvorstand). In: StBp 2002, S. 30
- Grabau, Fritz-Rene/
Wruck, Michaela/
Hundt, Irina* Steuergestaltende Aspekte bei gemeinnützigen Vereinen. In: BuW 2002, S. 232–234 und S. 236–237

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Gradel, Christian* Zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Auslandsspenden. In: IStR 2002, S. 222–226
- Grefe, Cord* Spendenabzug für Stiftungszuwendungen im Einkommensteuerrecht. In: SteuerStud 2002, S. 147–153
- Grigoleit, Klaus Joachim/
Battis, Ulrich* Die Universität als privatrechtliche Stiftung – Modell einer glaubwürdig staatsfernen Hochschule. In: ZRP 2002, S. 65–69
- Groh, Kathrin* Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes. In: KritV 2002, S. 39–62
- Gronemann, Josef* Corporate Governance – Nonprofit Governance. Erste Ansätze für Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 3/2002, S. 5–7
- Gruber, Joachim* Kommentar zu BVerwG, Urteil vom 25.10.2001 – 7 C 10/01 (VG Chemnitz) – (Vermögensrecht/Ausschluss der Unternehmensrestitution/gemeinnützig tätige Unternehmen/staatlich beherrschte Unternehmen). In: NJ 2002, S. 218
- Grundmann, Antonia/
Terner, Paul* Vereinsrecht – ein Überblick. In: JA 2002, S. 689–697
- Habammer, Christoph* Der ausländische Trust im deutschen Ertrag- und Erbschaft-/Schenkungssteuerrecht. In: DStR 2002, S. 425–432
- Heintzen, Markus/
Kruschwitz, Lutz (Hrsg.)* Die Freie Universität Berlin als Stiftungsuniversität, Berlin, 2002
- Helios, Marcus* Das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht innerhalb der Schranken des Europarechts. EG-Rechtswidrigkeit des § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG. In: BB 2002, S. 1893–1897
- Herfurth, Rudolf/
Kirmse, Doreen* Verwendung überschüssiger zweckgebundener Spenden. In: Stiftung & Sponsoring 4/2002, S. 21–23
- Heuß, Oliver/
Detlefs, Lars* Spezialfonds als Instrument der Vermögensverwaltung von Stiftungen. In: Kreditwesen 2002, S. 818–821
- Holt, Thomas von/
Koch, Christian* Verein oder GmbH? Zur Ansiedlung wirtschaftlicher Aktivitäten bei Verbänden. In: NDV 2002, S. 315–325
- Holzke, Frank* Skat als Wettkampfsport. In: SpuRt 2002, S. 100–103
- Hundt, Irina/
Grabau, Fritz-Rene/
Wruck, Michaela* Steuergestaltende Aspekte bei gemeinnützigen Vereinen. In: BuW 2002, S. 232–234 und S. 236–237

- Hüttemann, Rainer* Der neue Anwendungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht (§§ 51 bis 68 AO). In: FR 2002, S. 1337–1347
- ders.* Neuere Entwicklungen des Spendenrechts. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 1/2002
- ders.* Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtsformbezogenen Privilegierung von Stiftungen im Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 145–168
- Hüttemann, Rainer/
Rawert, Peter* Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes. In: ZIP 2002, S. 2019–2028
- Hutter, Ulrich* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 23. 1. 2002 – XI R 95/97 – (Berechnung des Spendenabzugs bei Organisationsverhältnissen). In: HFR 2002, S. 797–798
- Irlle, Gabriele* Kunstsporing im Steuerrecht. Behandlung des fördernden Unternehmens und des Förderungsempfängers auf der Basis der ertrag- und umsatzsteuerlichen Sphärenabgrenzung, Berlin, 2002
- Jachmann, Monika/
Thiesen, Thomas* Die umsatzsteuerliche Behandlung von Sachspenden – Ein Beitrag zur Auslegung von § 3 Abs. 1 b Satz 1 Nr. 3 UStG. In: DStZ 2002, S. 355–360
- Janitzki, Axel* Ringen um eine »Kultur des Gebens« (zu Dietlein und Thiel, ZRP 2001, 72). In: ZRP 2002, S. 92
- Jansen, Rudolf* Verlust der Gemeinnützigkeit bei Verstoß gegen die Rechtsordnung, insbesondere bei Steuerverkürzungen? In: FR 2002, S. 996–999.
- Jülicher, Marc* Steuerfreie Zuwendungen an ausländische Staaten gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 17 ErbStG. In: PISTB 2002, S. 243–245
- ders.* Zurechnung von Erträgen und Vermögen einer Auslandsstiftung nach § 15 AStG. In: PISTB 2002, S. 8–11
- Kapischke, Markus* Probleme vermögensrechtlicher Ansprüche bei kirchlichen Stiftungen. Zum Urteil des BVerwG vom 2. 8. 2001 – 7 C 28.00 –, ZOV 2001, 422. In: ZOV 2002, S. 10–12

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Kästner, Karl-Hermann* Die Stiftung als Rechtsnachfolgerin einer unter dem Nationalsozialismus verfolgungsbedingt aufgelösten kirchlichen Stiftung. In: *ZevKR* Bd. 47 (2002), S. 90–100
- Katschinski, Ralf Joachim* Die Umwandlung von Non-Profit-Organisationen. In: *Kötz/Rawert/Schmidt/Walz* (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2001*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 65–90
- Kempfler, Herbert* Nicht rechtsfähige Vereine aktiv parteifähig? In: *NZG* 2002, S. 411–414
- Kiel, Alexander/
Wengel, Torsten* Die gemeinnützige GmbH als Rechtsform im Sport als Alternative zum eingetragenen Verein (e.V.). In: *StuB* 2002, S. 952–956
- Kilian, Ulrike* Die Stellung des Beirates in der Stiftung, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002
- dies.* Zum Verhältnis zwischen Vorstand und fakultativem Stiftungsorgan (Beirat). In: *Die ROTEN SEITEN* zum Magazin *Stiftung & Sponsoring* 5/2002
- Kirmse, Doreen* Die Stiftung als Alternative in der Nachfolgeplanung eines Unternehmens. In: *Stiftung & Sponsoring* 1/2002, S. 27–29
- Kirmse, Doreen/
Herfurth, Rudolf* Verwendung überschüssiger zweckgebundener Spenden. In: *Stiftung & Sponsoring* 4/2002, S. 21–23
- Koch, Christian/
Holt, Thomas von* Verein oder GmbH? Zur Ansiedlung wirtschaftlicher Aktivitäten bei Verbänden. In: *NDV* 2002, S. 315–325
- Kögel, Rainer* Einsatzmöglichkeiten von Familienstiftungen. In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2002, S. 19–20
- Koss, Claus/Toepler,
Stefan/Doppstadt,
Joachim* Vermögen von Stiftungen – Bewertung in Deutschland und den USA, Gütersloh, 2002
- Kötz, Hein/Rawert,
Peter/Schmidt, Karsten/
Walz, Rainer* (Hrsg.) *Non Profit Law Yearbook 2001*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002
- Kruschwitz, Lutz/
Heintzen, Markus* (Hrsg.) *Die Freie Universität Berlin als Stiftungsuniversität*, Berlin, 2002

- Küffner, Peter* Mitgliedsbeiträge, Leistungsaustausch und Umsatzsteuer – Sportvereine erbringen an ihre Mitglieder echte Gegenleistungen. In: DStR 2002, S. 1387–1388
- Lachmair, Siegfried* Das neue österreichische Vereinsgesetz im Überblick. Übersicht über das am 1. 7. 2002 in Kraft getretene österreichische Vereinsgesetz (BGBl. I, 66/2002). In: SpuRt 2002, S. 181–185
- Langenfeld, Gerrit* Die letztwillige Stiftung. In: ZEV 2002, S. 481–484
- Lex, Peter* Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts. In: Stiftung & Sponsoring 4/2002, S. 15–18
- ders.* Das neue Stiftungsrecht: Reform, Modernisierung oder Kosmetik? In: ZEV 2002, S. 405–408
- ders.* Das Steuerrecht wird runderneuert – fahren Stiftungen künftig besser? In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 30–44
- Liermann, Hans* Geschichte des Stiftungsrechts, 2. Aufl., unveränderter Nachdruck der ersten Aufl. 1963, von Campenhaußen/Mecking (Hrsg.), Tübingen, 2002
- Lunk, Stefan/
Rawert, Peter* Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 91–106
- Mainczyk, Andreas* Die Stiftung als Gestaltungsmöglichkeit im Rahmen der Unternehmensnachfolge. In: Stbg 2002, S. 76–85
- Mairock, Joachim/
Wotschofsky, Stefan* Rechnungslegung von Non-Profit-Organisationen. In: BuW 2002, S. 972–975
- Maßmann, Jens/
Adams, Michael* Vereinsreform in Deutschland. In: ZRP 2002, S. 128–132
- Mecking, Christoph* Einstieg in die Modernisierung. Gesetzentwurf zum Stiftungsprivatrecht in den Bundestag eingebracht. In: Deutsche Stiftungen 1/2002, S. 70–71
- ders.* Mehr Signale zum Stiften: Bilanz und Perspektiven neuerer Stiftungsgesetzgebung. In: Kulturpolitische Mitteilungen. Zeitschrift für Kultur der Kulturpolitischen Gesellschaft, Nr. 98, 2002, S. 37–39

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- ders.* Neue Möglichkeiten für Stiftungen und Stifter? Ein Rückblick auf die Reformdebatte zum Stiftungsrecht und ihre Ergebnisse. In: politik und kultur. Zeitung des Deutschen Kulturrats 2/2002, S. 22
- ders.* Orientierung für Stifter und Behörden. Das neue Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts. In: Deutsche Stiftungen 2/2002, S. 84–85
- ders.* Verheerendes Signal. Die geplante Streichung des Spendenabzugs für Unternehmen. In: Deutsche Stiftungen 3/2002, S. 68–70
- Mohl, Helmut* Steuerlich unschädliche Betätigungen wegen Gemeinnützigkeit bei kommunalen Kindergärten. In: KStZ 2002, S. 112–113
- Möwisch, Anja/
Straßmann, Wilhelm* Steuerrecht für gemeinnützige und mildtätige Einrichtungen, Hannover, 2002
- Mühlbauer, Bernd H./
Geisen, Richard*
(Hrsg.) Die Ehrenamtlichen. Sozialkultur, Recht und Praxis der Freiwilligenarbeit. Reihe: Management und Humanität im Gesundheitswesen Bd. 3, Münster, Hamburg, London, 2002
- Mühlenkamp, Jörg/
Denkhaus, Stefan* Auswirkungen eines Insolvenz(plan)verfahrens auf die steuerliche Gemeinnützigkeit eines Vereins. In: ZinsO 2002, S. 956–962
- Müller, Thorsten* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 16. 1. 2002 – II R 82/99 – (Erwerb einer ausländischen Stiftung unter der Auflage der Verwendung der Vermögenserträge für eigene Stiftungszwecke nach § 13 Abs. 1 Nr. 17 ErbStG steuerfrei?). In: ZEV 2002, S. 290–291
- Muscheler, Karlheinz* Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 2. 5. 2002 – 7 U 2905/01 – (Keine Schenkung bei Zuwendung an juristische Person zur Förderung eines gemeinnützigen Zwecks). In: ZEV 2002, S. 417–418
- Neu, Heinz* Anmerkung zu Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht, Urteil vom 27. 2. 2002 – II 374/98 – (Zweckbetrieb bei einem gemeinnützigen Verein). In: EFG 2002, S. 742
- Neu, Norbert/
Engelsing, Lutz* Die steuerliche Behandlung von Berufsverbänden. In: NWB Fach 4, S. 4685–4692 (44/2002)

- dies.* Steuerlicher Handlungsbedarf bei Berufsverbänden bis zum Jahreswechsel. In: NWB Fach 4, S. 4693–4694 (47/2002).
- Nissel, Reinhard* Das neue Stiftungsrecht. Stiftungen bürgerlichen Rechts, Baden-Baden, 2002
- Oertzen, Christian von* Trust – the never-ending story – Anmerkungen zum Beitrag von Habammer aus der Sicht der Gestaltungsberatung. In: DStR 2002, S. 433–434
- Oestreich, Arno* Der Vorstand und die fakultativen Organe im Verein. In: Rpfleger 2002, S. 67–68
- Ossola-Haring, Claudia* Die GmbH mit kommunaler Beteiligung und die gemeinnützige GmbH. Handbuch für Geschäftsführer und Gesellschafter, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002
- Osterkorn, Martin* Können und Dürfen der Stiftungsorgane. In: Stiftung & Sponsoring 3/2002, S. 16–18
- ders.* Neues zum Recht der Gemeinnützigkeit. In: Deutsche Stiftungen 3/2002, S. 70–73
- ders.* Zur Fassung des Satzungszwecks steuerbegünstigter Körperschaften. In: DStR 2002, S. 16–18
- Ott, Sieghart* Reform des privaten Vereinsrechts? – Erwiderung auf Adams/Maßmann, ZRP 2002, 128. In: ZRP 2002, S. 433–435
- Petersen, Jens* Das Vereinsrecht des BGB. In: Jura 2002, S. 683–687
- Pflüger, Hansjörg* Überlassung von Werberechten bei Sportveranstaltungen ist nicht gewerblich. In: PISTB 2002, S. 127–129
- Pluskat, Sorika* Auf dem Weg zur Modernisierung des deutschen Stiftungsprivatrechts: der aktuelle Regierungsentwurf als Resultat jahrelanger Reformdiskussion. In: DStR 2002, S. 915–923
- Post, Albert* Die unselbständige Stiftung – der staatliche Rechtsrahmen. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 231–246

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Pues, Lothar* Praxishandbuch Stiftungen: stiften auch mit kleinem Vermögen, Stuttgart, 2002
- Pues, Lothar/
Vormbrock, Ulf* Die treuhänderische Stiftung als Trägerin von Urheberrechten. In: ZEV 2002, S. 230–231
- Raupach, Arndt* Zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen des Sponsoring. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 169–196
- Rawert, Peter* Charitable Correctness – Das OLG Dresden zu Spenden und Pflichtteilergänzung. In: NJW 2002, S. 3151–3153
- ders.* Maßvolle Aufsicht. Das Stiftungsrecht in Hamburg. In: Deutsche Stiftungen 1/2002, S. 47–48
- ders.* Was aber bleibt, stiften die Stifter. Mit Savigny gegen Rockefeller: Das neue Stiftungsgesetz, das an diesem Freitag vom Bundestag beschlossen wird, führt zurück ins 19. Jahrhundert. In: FAZ vom 23. 4. 2002, Nr. 94, S. 51
- Rawert, Peter/
Hüttemann, Rainer* Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes. In: ZIP 2002, S. 2019–2028
- Rawert, Peter/
Kötz, Hein/
Schmidt, Karsten/
Walz, Rainer (Hrsg.)* Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002
- Rawert, Peter/
Lunk, Stefan* Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 91–106
- Reimer, Ekkehart/
Waldhoff, Christian* Mitgliedervergünstigungen bei gemeinnützigen Kapitalgesellschaften. In: FR 2002, S. 318–326
- Rettig, Günther* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 16. 5. 2001 – I R 76/99 – (Stiftung als Erbe. Geltendmachung eines nicht ausgenutzten Verlustvortrags des Erblassers). In: BB 2002, S. 31–32
- Reuter, Dieter* Neue Impulse für das gemeinwohlorientierte Stiftungswesen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 27–64

- Richter, Andreas* Das englische Stiftungsrecht. (Teil I): Stiftungszivilrecht und Stiftungsaufsicht in England. In: *Stiftung & Sponsoring* 1/2002, S. 31–32
- ders.* Das englische Stiftungsrecht. (Teil II): Verbesserte steuerliche Rahmenbedingungen. In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2002, S. 29–30
- ders.* Das US-amerikanische Stiftungsmodell. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2001*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 223–244
- ders.* Sorgfaltspflichten bei Sponsoring und Spendenvergabe. In: *Stiftung & Sponsoring* 6/2002, S. 26–27
- ders.* Von Harvard lernen! Günstige steuerliche Rahmenbedingungen amerikanischer Stiftungsuniversitäten. In: *Deutsche Stiftungen* 3/2002, S. 60–61
- Ries, Gerhard* Die Entlastung des Vorstandes der Stiftung und anderer Organmitglieder. In: *Stiftung & Sponsoring* 6/2002, S. 20–22
- ders.* Die Vertretung der Stiftung bei Ansprüchen der Stiftung gegen ihre Organe. In: *Stiftung & Sponsoring* 3/2002, S. 14–16
- Romswinkel, Marco/
Weßling, Johannes* Altruistische Arbeit als abzugsfähige Spende? Replik zu Schäfers, *DStZ* 2002, 287. In: *DStZ* 2002, S. 754–756
- Schäfers, Bernadette* Die steuerliche Berücksichtigung altruistischer Arbeit als Spende. In: *DStZ* 2002, S. 287–294
- Schäfers, Bernadette/
Walz, W. Rainer* Stiftungssteuerreform, Unternehmenssteuerreform und Reformperspektiven im Gemeinnützigkeitsrecht. In: *FR* 2002, S. 499–507
- Schauhoff, Stephan* Gemeinnützigkeitsrecht: Zum zulässigen Aufwand beim Spendensammeln. In: *DStR* 2002, S. 1694–1698
- Schick, Stefan* Schutz des Stifters versus Schutz der Stiftung: Haftet die Stiftung bei Verarmung ihres Stifters? In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2002, S. 17–18
- Schiffer, K. Jan* Aktuelles Beratungs-Know-How Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht. In: *DStR* 2002, S. 1206–1209

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- ders.* Antwort auf »Basel II«? Die Stiftung als Gesellschafterin oder als »Bank« vor dem Hintergrund aktueller Reformen. In: Deutsche Stiftungen 1/2002, S. 96–98
- ders.* Das Stiftungszivilrecht bleibt liberal. In: BB 2002, Heft 42, S. I
- ders.* Entwurf zum neuen Stiftungszivilrecht. In: Erbschaftsteuerung 2002, S. 128
- ders.* Erhaltung des Stiftungsvermögens und Ertragschwankungen. Ein Fall aus der Praxis. In: Stiftung & Sponsoring 6/2002, S. 28–29
- ders.* Stiftungen als Familienbank – Eine Antwort des Mittelstandes auf Basel II? In: StuB 2002, S. 205
- Schiffer, K. Jan/
Schubert, Michael von* Stiftung und Unternehmensnachfolge: Verständnis und Missverständnisse. Anmerkungen und Ergänzungen zu Schwarz, BB 2001, 2381 ff. In: BB 2002, S. 265–268
- Schleder, Herbert* Besteuerung der Vereine. In: NWB Fach 2, S. 7903–7920 (20/2002)
- Schlüter, Andreas* Die gemeinnützige GmbH (I) und (II). Gründungsverfahren, Satzungsgestaltung und steuerliche Anerkennung. In: GmbHR 2002, S. 535–541 und S. 578–584
- Schmidt, Karsten* Brave New World: Deutschland und seine Unternehmenserben auf dem Weg in ein Stiftungs-Dorado? In: ZHR (166) 2002, S. 145–149
- ders.* Unternehmen als Stifter und Spender – Überlegungen aus der Perspektive des Gesellschaftsrechts. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 107–126
- Schmidt, Karsten/
Kötz, Hein/Rawert,
Peter/Walz, Rainer
(Hrsg.)* Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002
- Schmidt, Marika/
Fritz, Thomas* Besteuerung stiller Reserven bei wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben gemeinnütziger Körperschaften? Zugleich Einordnung des BMF-Schreibens vom 1. 2. 2002. In: DB 2002, S. 2509–2513

- Schmied, Alexandra* Bürgerstiftungen in Deutschland. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 4/2002
- Schnitter, Georg* Die Renaissance der Stiftung. Möglichkeiten zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge. In: EStB 2002, S. 323–328
- Schöll, Eugen* Einnahmen der Sport-Vereine. In: StBp 2002, S. 27–28
- Schöning, Anne/
Gärtner, Janne* Auswahlbibliographie des Non-Profit-Rechts 2000/2001. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 275–304
- Schubert, Michael von/
Schiffer, K. Jan* Stiftung und Unternehmensnachfolge: Verständnis und Missverständnisse. Anmerkungen und Ergänzungen zu Schwarz, BB 2001, 2381 ff. In: BB 2002, S. 265–268
- Schuben, Axel* Nonprofit Governance in der Freien Wohlfahrtspflege, Baden-Baden, 2002
- Schüller, Ludwig* Die Auswirkungen des KonTraG auf Stiftungen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 3/2002
- Schulte, Martin* Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 127–143
- Schwarz, Günter
Christian* Die Publizität der Vertretungsmacht des Vorstands und der Liquidatoren eines Vereins – zu den vereinsrechtlichen Folgen des Gesetzes über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG) vom 10. 12. 2001. In: NZG 2002, S. 1033–1040
- ders.* Zur Neuregelung des Stiftungsprivatrechts (Teil I) und (Teil II). In: DStR 2002, S. 1718–1725 und S. 1767–1773
- Schweier, Kristina* Arbeitsrechtliche Aspekte des OUTSOURCINGS. In: Stiftung & Sponsoring 5/2002, S. 22–24
- Schwintek, Sebastian* Die Änderung von Stiftungssatzungen. Materielle Voraussetzungen und aufsichtliche Genehmigung. In: Stiftung & Sponsoring 1/2002, S. 20–23

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- ders.* Die Ausgliederung von Stiftungsvermögen. Voraussetzungen und Grenzen nach Stiftungsrecht. In: *Stiftung & Sponsoring* 3/2002, S. 19–23
- Segna, Ulrich* Vereinsrechtsreform. In: *NZG* 2002, S. 1048–1055
- ders.* Vorstandskontrolle in Großvereinen, Berlin, 2002
- Selbig, Sabine/
Barker, Christine R.* Charity Law and Change: British and German Perspectives. *Gemeinnützigkeitsrecht im Wandel: Britische und deutsche Perspektiven*, Trier, 2002
- Sontheimer, Jürgen* Das neue Stiftungsrecht. Die Stiftung des privaten Rechts im Zivil- und Steuerrecht, Freiburg, Berlin, München, Zürich, 2002
- Spiegel, Harald* Die Unternehmenssteuerreform. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), *Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln*, Berlin, 2002, S. 45–54
- Stahlschmidt, Michael* Die Rücklagenbildung einer gemeinnützigen Körperschaft. In: *FR* 2002, S. 1109–1112
- Starke, W.* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 24. 4. 2002 – XI R 123/96 – (Ausstellerhaftung der Gemeinde für unrichtige Bescheinigung von Durchlaufspenden). In: *FR* 2002, S. 1197
- Stock, Remmert A.* Erhaltung der finanziellen Leistungskraft gemeinnütziger Nonprofit-Organisationen. *Ökonomische Analyse von § 58 AO am Beispiel des Krankenhauswesens in Deutschland*, Wiesbaden, 2002
- Strahl, Martin/
Carlé, Dieter* Stiftungen bei der Erbfolgegestaltung. In: *KÖSDI* 2002, S. 13471–13483
- Strahlendorf, Peter*
(Hrsg.) *Jahrbuch Sponsoring 2002. New Business Edition*, Hamburg, 2002
- Sträßmann, Wilhelm/
Möwisch, Anja* Steuerrecht für gemeinnützige und mildtätige Einrichtungen, Hannover, 2002
- Suerbaum, Joachim/
Andrick, Bernd* Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts. In: *NJW* 2002, S. 2905–2910
- Terner, Paul/
Grundmann, Antonia* Vereinsrecht – ein Überblick. In: *JA* 2002, S. 689–697

- Then, Volker* Die Reform des Stiftungsprivatrechts in Deutschland vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 263–270
- Thiesen, Thomas/
Jachmann, Monika* Die umsatzsteuerliche Behandlung von Sachspenden – Ein Beitrag zur Auslegung von § 3 Abs. 1 b Satz 1 Nr. 3 UStG. In: DStZ 2002, S. 355–360
- Thomsen, Jens* Zweckentsprechende Ausgestaltung der Rechnungslegung kleiner Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 2/2002, S. 5–8
- Toepler, Stefan/
Doppstadt, Joachim/
Koss, Claus* Vermögen von Stiftungen – Bewertung in Deutschland und den USA, Gütersloh, 2002
- Ubbenhorst, Werner* Zuwendungen gemäß §§ 23, 44 Bundes-/Landeshaushaltsordnung (BHO/LHO). In: Stiftung & Sponsoring 5/2002, S. 18–22
- Urselmann, Michael* Fundraising. Erfolgreiche Strategien führender Non-profit-Organisationen, 3. Aufl., Bern, Stuttgart, Wien, 2002
- Valentin, Achim* Anmerkung zu FG Brandenburg, Urteil vom 20. 8. 2002 – 2 K 1046/01 – (Gemeinnützigkeit eines Golfclubs). In: EFG 2002, S. 1359–1360
- van Veen, Wino J. M.* Foundations and State Supervision in Europe. Legitimacy of State Supervision. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 251–256
- Völler, Norbert A.* Immobilienanlagen im Vermögen einer Stiftung unter den Aspekten Diversifikation und Internationalität. Formen und Renditeerwartungen von Immobilienanlagen. In: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 31. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, Berlin, 2002, S. 84–100

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2002

- Vormbrock, Ulf/
Pues, Lothar* Die treuhänderische Stiftung als Trägerin von Urheberrechten. In: ZEV 2002, S. 230–231
- Wachter, Thomas* Aufbruch zu einer neuen Stiftungskultur? In: GmbHR 2002, R 177–178
- ders.* Rechtliche Fragen bei der Anlage von Stiftungsvermögen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 6/2002
- Waldhoff, Christian/
Reimer, Ekkehart* Mitgliedervergünstigungen bei gemeinnützigen Kapitalgesellschaften. In: FR 2002, S. 318–326
- Wallenhorst, Rolf* Die Erhöhung des Spendenvolumens durch Zuwendungen in den Vermögensstock bei fiduziarischen Verbrauchsstiftungen. In: DStR 2002, S. 984–988
- Walz, W. Rainer* Accountability and Governance of Organizations from the Non Profit Sector – Germany. In: Fondazione Ambrosianeum (Hrsg.), Governance and Taxation of Public Benefit Non Profit Organizations, Milano, 2002, S. 24–38
- ders.* Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt. In: JZ 2002, S. 268–275
- ders.* Sinn und Zweck der partiellen Steuerpflicht für Erträge aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 197–221
- Walz, Rainer/Kötz,
Hein/Rawert, Peter/
Schmidt, Karsten
(Hrsg.)* Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002
- Walz, W. Rainer/
Schäfers, Bernadette* Stiftungssteuerreform, Unternehmenssteuerreform und Reformperspektiven im Gemeinnützigkeitsrecht. In: FR 2002, S. 499–507
- Weiss, Christina* Stiftungen: Die Heiligen des Kulturbetriebes. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 1–6

- Wendt, M.* Kommentar zu BFH, Urteil vom 23. 1. 2002 – XI R 95/97 – (Höchstbetrag für Spenden beim Organträger: Organgesellschaft wird nicht berücksichtigt). In: FR 2002, S. 787
- Wengel, Torsten/
Kiel, Alexander* Die gemeinnützige GmbH als Rechtsform im Sport als Alternative zum eingetragenen Verein (e.V.). In: StuB 2002, S. 952–956
- Weßling, Johannes/
Romswinkel, Marco* Altruistische Arbeit als abzugsfähige Spende? Replik zu Schäfers, DStZ 2002, 287. In: DStZ 2002, S. 754–756
- Widmann, Werner* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.03.2002 – Rs. C-174/00 – Kennemer Golf Country Club (Unabhängig von der Inanspruchnahme von Vereinsleistungen gezahlte Mitgliedsbeiträge an einen Sportverein als Gegenleistung für vom Verein erbrachte Dienstleistung). In: UR 2002, S. 325–327
- Wille, Heinrich* Erfahrungen, Ansprüche und Schlussfolgerungen für die Umsetzung der »Gemeinnützigen Arbeit« aus Sicht eines Behördenleiters. In: NJW 2002, S. 273–276
- Wotschofsky, Stefan/
Mairock, Joachim* Rechnungslegung von Non-Profit-Organisationen. In: BuW 2002, S. 972–975
- Wruck, Michaela/
Hundt, Irina/
Grabau, Fritz-Rene* Steuergestaltende Aspekte bei gemeinnützigen Vereinen. In: BuW 2002, S. 232–234 und S. 236–237
- Wunsch, Oliver* Die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO als Schutznorm zugunsten nicht begünstigter Konkurrenten gemeinnütziger Körperschaften, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002
- Zimmer, Annette* Der deutsche Nonprofit-Sektor. Ein empirischer Beitrag zur Bedeutung von Nonprofit-Organisationen in der Bundesrepublik Deutschland. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, S. 7–26
- Zimmer, Annette/
Frantz, Christiane*
(Hrsg.) Zivilgesellschaft international. Alte und neue Global Players. Bürgerschaftliches Engagement und Non-profit-Sektor Bd. 6, Leverkusen, 2002

Fortschreibung der Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2001

- Abrendt, Tanja* Das Verhältnis zwischen Staat und Museen neu betrachtet. Potentiale des Stiftungsmodells für Trägerchaftswechsel und Strukturreformen, Berlin, 2001
- Alberti, Elisabeth* Sponsoring im Steuerrecht, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2001
- Alvermann, Jörg/
Spatscheck, Rainer* Der »Verein« im Blickpunkt des Umsatzsteuerrechts. Tipps zur Vermeidung von Steuer(haftungs-)fällen. In: UStB 2001, S. 389–393
- Brixius, Heribert/
Schmitz, Harald/
Müller, Elisabeth* Alternativen zum Verein. In: Socialmanagement 5/2001, S. 7–14
- Brömming, Ulrich* Günstige Rahmenbedingungen zur Errichtung von Schulstiftungen. In: SchulRecht 2001, S. 169–172
- Geis, Gerhard* Sieben Thesen: Kein Abschied vom Verein. In: Socialmanagement 5/2001, S. 14–15
- Hallmann, Thorsten/
Zimmer, Annette/
Priller, Eckhard* Zur Entwicklung des Nonprofit-Sektors und den Auswirkungen auf das Personalmanagement seiner Organisationen. In: Zeitschrift für Personalforschung (15. Jg.) 2001, S. 207–224
- Institut »Finanzen und Steuern« e.V. (Hrsg.) Steuerfragen gemeinnütziger Organisationen und der öffentlichen Hand – unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsaspekts, Bonn, 2001
- König, Dominik von* Stiftungen als Träger von Kultureinrichtungen. In: Deutscher Kulturrat aktuell 2001, S. 13–15
- Martin, Jörg* Der treuhänderischen Stiftung gehört die Zukunft. In: Sparkasse 2001, S. 360–362
- Mecking, Christoph* Modernisierung des Stiftungsrechts – eine Chance für die Kultur. In: Deutscher Kulturrat aktuell 2001, S. 10–12
- Müller, Elisabeth/
Brixius, Heribert/
Schmitz, Harald* Alternativen zum Verein. In: Socialmanagement 5/2001, S. 7–14
- Nowotny, Clemens* Die Zwischenbesteuerung bei Privatstiftungen mit ausländischen Begünstigten. In: SWI 2001, S. 307–311
- ders.* Verfahrensrechtliche Fragen der Zwischenbesteuerung von Privatstiftungen. In: SWI 2001, S. 434–440

Janne Gärtner/Jana Wulff

*Priller, Eckhard/
Zimmer, Annette/
Hallmann, Thorsten*

Zur Entwicklung des Nonprofit-Sektors und den Auswirkungen auf das Personalmanagement seiner Organisationen. In: Zeitschrift für Personalforschung (15. Jg.) 2001, S. 207–224

Pues, Lothar

Erweiterter Spendenabzug für Zuwendungen an Stiftungen. In: BuW 2001, S. 982–986

*Schmitz, Harald/
Brixius, Heribert/
Müller, Elisabeth*

Alternativen zum Verein. In: Socialmanagement 5/2001, S. 7–14

*Spatscheck, Rainer/
Alvermann, Jörg*

Der »Verein« im Blickpunkt des Umsatzsteuerrechts. Tipps zur Vermeidung von Steuer(haftungs-)fällen. In: UStB 2001, S. 389–393

*Zimmer, Annette/
Priller, Eckhard/
Hallmann, Thorsten*

Zur Entwicklung des Nonprofit-Sektors und den Auswirkungen auf das Personalmanagement seiner Organisationen. In: Zeitschrift für Personalforschung (15. Jg.) 2001, S. 207–224

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. *Christian Armbrüster* Bucerius Law School
Lehrstuhl Privatrecht I
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
e-Mail: christian.armbruester@law-school.de
- Rechtsanwalt Dr. *Florian Asche* Asche Stein & Glockemann
Jungfernstieg 4
20095 Hamburg
e-Mail: kanzlei@aschestein.de
- Prof. Dr. *Klaus Brockhoff* WHU – Wissenschaftliche Hochschule
für Unternehmensführung
– Otto-Beisheim-Hochschule –
Burgplatz 2
56179 Vallendar
e-Mail: brockh@whu.edu
- Prof. Dr. *Axel Frbr. Von Campenhausen* Bundesverband Deutscher Stiftungen
Alfried-Krupp Haus
Binger Straße 40
14197 Berlin
- Dr. *Felix Engelsing* Bundeskartellamt
Rechts- und Prozessabteilung
Kaiser-Friedrich-Str. 16
53113 Bonn
e-Mail: felix.engelsing@bundeskartellamt.bund.de
- Rechtsanwalt Dr. *Daniel Fischer* Sozietät Flick Gocke Schaumburg
Johanna-Kinkel-Str. 2–4
53175 Bonn
e-Mail: daniel.fischer@fgs.de
- Janne Gärtner* Bucerius Law School
Institut für Stiftungsrecht und das Recht der
Non-Profit-Organisationen
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
e-Mail: janne.gaertner@gmx.de

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. *Gerhard Igl* Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa
Olshausenstr. 40
24098 Kiel
e-Mail: gigl@instsociallaw.uni-kiel.de
- Prof. Dr. *Hanns Prütting* Universität zu Köln
Institut für Verfahrensrecht
Albert Magnus Platz
50923 Köln
e-Mail: h.pruetting@uni-koeln.de
- Prof. Dr. *Dieter Reuter* Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht
Leibnizstr. 6
24118 Kiel
e-Mail: LS-Reuter@uni-kiel.de
- Rechtsanwalt Dr. *Stephan Schauhoff* Sozietät Flick Gocke Schaumburg
Johanna-Kinkel-Str. 2–4
53175 Bonn
e-Mail: stephan.schauhoff@fgs.de
- Prof. Dr. *Gunnar Folke Schuppert* Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Unter den Linden 6
10099 Berlin
e-Mail: Gunnar=Folke=Schuppert@rewi.hu-berlin.de
- Prof. Dr. *Anja Steinbeck-Menke* Universität zu Köln
Seminar für Deutsches Recht
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
e-Mail: aod02@uni-koeln.de
- Jana Wulff* Bucerius Law School
Institut für Stiftungsrecht und das Recht der
Non-Profit-Organisationen
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
e-Mail: jana.wulff@law-school.de
- Dr. *Peer Zumbansen* Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M.
Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht, Abt.
Wirtschaftsrecht
Senckenberganlage 31
60054 Frankfurt am Main
e-Mail: zumbansen@jur.uni-frankfurt.de

Sachregister*

A

- Abberufung** von Stiftungsorganen 250
 - Absonderungsrecht** 146
 - Allzweckstiftung, gemeinwohlorientierte** 50
 - Amtspflichtverletzung** der Stiftungsaufsicht 171
 - Anerkennung einer Stiftung** 56, 236
 - Anlagemanagement** *s. Vermögensanlage von Stiftungen*
 - Anlagerichtlinien** *s. Vermögensanlage von Stiftungen*
 - Anteilsveräußerung** durch gemeinnützige Stiftung, Besteuerung 254 f.
 - Attorney General** 169
 - Aufnahmegebühren** 204, 206 f.
 - Aufnahmewang, kartellrechtlicher** 129
 - Auftragsforschung**
 - Fördermittel als steuerpflichtige Gegenleistung 258
 - durch staatliche Hochschule und Umsatzsteuerpflicht 253
 - als Zweckbetrieb 258
 - Aufwandsentschädigung** 207, 211
 - Aufwandsspenden** 261
 - Aufwendungsersatz** 207, 213
 - Ausgliederung** 210, 213, 214 f., 218
 - und Betriebsaufspaltung 214, 215
 - Aussonderungsrecht** 146, 152
 - Ausstellerhaftung** 254
- ## B
- Bahá'í-Entscheidung** des BVerfG 2, 184, 185, 192
 - Bedarfsdeckungsgrundsatz** 74

- Behinderungsverbot, kartellrechtliches** *s. Diskriminierungs- und Behinderungsverbot*
 - Beihilferecht, europäisches und Dritter Sektor** 38 ff., 43, 116
 - Begünstigung 40 ff.
 - Beihilfebegriff 39, 116
 - Steuerbegünstigung als Beihilfe 212
 - und Dienstleistungen von allg. wirtschaftl. Interesse 40 f., 45
 - Handels- und Wettbewerbsbeeinträchtigung 39 f.
 - Unternehmensbegriff 33, 38 f., 116
 - Beiratsmitglied** einer Stiftung, Klagebefugnis 249
 - Berufsfreiheit** 24
 - Beteiligungsträgerstiftung** *s. unternehmensverbundene Stiftung*
 - Betriebsaufspaltung** 214, 215
 - Binnenmarkt** 30
 - Bürgergesellschaft** *s. Zivilgesellschaft*
- ## D
- Daseinsvorsorge** 11, 31, 42, 124
 - DEL-Erlass** 214
 - Destinatäre** einer Stiftung *s. Stiftung*
 - Destinatärsklage** 169, 172 ff.
 - Dienste von allg. wirtschaftl. Interesse** 31 f., 40 f., 42, 45, 124
 - Dienstleistungsfreiheit, gemeinschaftsrechtliche** 34, 35 f., 36, 42
 - Regelerfordernis 35 f.
 - Diskriminierungsverbot, gemeinschaftsrechtliches allgemeines** 35, 36 f., 43

* Bearbeitet von Malte Schwab, Hamburg.

- Anwendungsbereich des EG-Vertrages 37

Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, kartellrechtliches 122 f., 124 ff.

Dritter Sektor 49 f., 53, 105

- Begriff 3, 21, 107
- und EG-Recht s. *EG-Recht und Dritter Sektor*
- und Kartellrecht s. *Kartellrecht und Dritter Sektor*
- und Kirche 3 ff., 18 f.
- Kontraktualisierung s. *Sozialbereich und Dritter Sektor*
- Marktteilnahme 88 f., 90, 112 ff.
- Organisationsformen 107 f.
- und Pluralität 6, 10, 16 ff.
- rechtliche Rahmenbedingungen 21 ff.
- und Sozialbereich s. *Sozialbereich und Dritter Sektor*
- und Staat 5 f., 18 f.
- und Staatskirchenrecht 3
- und Staatsverständnis 52 ff.
- Tätigkeitsfelder 108
- Verhältnis zum staatlichen und privaten Sektor 52 f., 53 f., 105 f.
- und Wettbewerbsrecht s. *Wettbewerbsrecht und Dritter Sektor*
- und Wissensgesellschaft 80

E

EG-Recht

- Arbeitnehmerbegriff 32 f.
- Beihilferecht 30, 38 ff., 116, 212
- und Dritter Sektor 6 f., 30 ff.
- und Gemeinnützigkeitsrecht 212 f.
- Grundfreiheiten s. *dort*
- Kartellrecht 30, 110 f., 112, 114, 117 f., 121 f., 122 ff., 128 f., 130 f., 131 f.
- und Kirchen 6 f.
- sozialrechtliche Komponenten 29 f.

- wirtschaftsrechtliche Komponenten 30

Ehrenamtlich geleitete Einrichtungen und Umsatzsteuerverpflichtung 252

Eigenverwaltung 147 f., 150

Eishockey 213 f.

- und Ausgliederungen 213, 214
- und Franchising 214

Entlastung des Stiftungsvorstands 166 f.

Erbschaftsteuer 253

F

Familienstiftung 170

- Auflösung 249

Förderverein 260

Fortsetzungsbeschluss 144, 148, 150

Franchising 214

Freie Wohlfahrtspflege 28, 34, 43 f., 65, 66 f., 77, 78

- Einrichtungen der – 4, 9, 11 f., 66
 - konfessionelle – s. *konfessionelle Einrichtungen*
 - Verhältnis zu öffentlichen Einrichtungen 9, 10
 - Träger der – 6, 16, 17 f., 24 f., 26, 27, 29, 33, 34, 43 f., 64, 69 f.
 - und Beihilferecht 38 ff., 43
 - und Dienstleistungsfreiheit 35 f.
 - Grundrechtsschutz 13, 14, 16, 17
 - konfessionelle – 11
 - Zusammenwirken mit öffentlichen Trägern 9, 10, 11, 14, 16, 18, 70
 - Verbände der – 9, 10, 11, 22, 23, 24 f., 26, 27, 66, 69, 76 ff.
 - konfessionelle – 15
 - und staatliche Mindeststandards 11
 - Verhältnis zur öffentlichen Wohlfahrtspflege 8 ff., 13, 14 ff., 23, 69 f.
- Freizügigkeit, gemeinschaftsrechtliche**
- allgemeine – 33, 37

– der Arbeitnehmer 29, 32, 33, 36

Fürsorgerecht 9 f.

Fundraising 115 f.

Fusionskontrolle 130 ff.

– und Dritter Sektor *s. Kartellrecht und Dritter Sektor*

Fusionskontrollverordnung, europäische 110, 130, 131 f.

Fußballbundesligavereine 203, 207

– und Ausgliederungen 214 f.

G

Gemeinnütziges Handeln, Privilegierung *s. Privilegierung gemeinnützigen Handelns*

Gemeinnützigkeit 35, 88, 112 f., 162, 255, 261

– Anfechtung wegen Irrtums über – 90

– und Aufwendungsersatz 207, 213

– und Firmenrecht 100

– und Gepräge­theorie 211 ff., 214 f., 245, 260

– und Insolvenzplanverfahren 148 f.

– und Irreführungsverbot 99 f.

– und Rechtsverstoß 213

– von Sportvereinen 200 ff., 207, 258

– und Aufnahmegebühren 206 f.

– und bezahlter Sport 210 ff.

– und EG-Recht 212 f.

– und Gepräge­theorie 211 ff., 214 f.

– und Mitgliedsbeiträge 206 f., 245

– und Verlustausgleich 246

– und Verlustvortrag 246

– und Vermögensanlage 222

– Versagung 176, 212

– und Verwaltungskosten 246

– der Zeugen Jehovas 261

Gemeinnützigkeitsbescheinigung 247, 258

Gemeinnützigkeitsrecht 21, 23, 28, 43, 163, 164, 205, 218

– Anwendungserlass 209, 244 ff.

– und EG-Recht 212 f.

– und Sport 200 ff.

– Steuervergünstigungen 203

– Stiftungsbegriff des –s 247

Gemeinsamer Markt 30

Gemeinwohl 48

– Begriffsbestimmung 56 f.

– Hüter, Wächter, Anwälte, Agenten des –s 50, 57

Gemeinwohlakteure 48 ff., 52, 53, 56

Gemeinwohlorganisation 57

Gemeinwohlorientierte Institutionenkultur 57 f.

Gemeinwohlorientiertes Recht 57 f.

Gemeinwohlverantwortung 48 ff., 53

Gemeinwohlverständnis, Wandel 48 ff., 53

Gepräge­theorie 211 ff., 214 f., 245, 260

Gesellschafterbürgschaft *s. GmbH, gemeinnützige*

Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts 56, 235 f.

Gewährleistungsstaat 51 f., 53 f., 78, 81

– und Gemeinwohl 56 ff.

– Regulierungskonzept 54 ff.

– und Stiftungsrecht 55 f., 58

Gewinnerzielungsabsicht 34, 92, 107, 109, 111, 215, 251

Gleichbehandlungsgrundsatz 24, 42

Globalisierung 61 ff., 71

GmbH, gemeinnützige 107, 109 f.

– Sittenwidrigkeit einer Gesellschafterbürgschaft 91 ff.

Grundfreiheiten, gemeinschaftsrechtliche 30, 33 ff., 43, 44

Grundrecht auf Stiftung 170, 173 f.

Gutgläubenserwerb von Gemeinnützigem 101

H

Handelndenhaftung 151

Handlungsfreiheit, allgemeine 180

Hilfsperson 246, 258, 260

I

Inländergleichbehandlung, Grundsatz der – 34

Insolvenz

- gemeinnütziger Organisationen 139
- des Vereins *s. Verein*
- der Stiftung *s. Stiftung*

Insolvenzrecht

- Absonderungsrecht 146
- Aussonderungsrecht 146, 152
- Eigenverwaltung 147 f., 150
- Entwicklung 137 ff.
- Insolvenzantrag 141, 149
- Insolvenzbeteiligte 141, 150
- Insolvenzfähigkeit 139 f., 149, 150
- Insolvenzgrund 142, 150, 153
- Insolvenzmasse 146, 147, 148
- Insolvenzplanverfahren 146 f., 148, 150
 - und Gemeinnützigkeit 148 f.
- Insolvenzverfahren
 - Beendigung 147, 148, 150
 - Eröffnungsverfahren 141 f., 143
 - Hauptverfahren 143
 - Wirkungen der Verfahrenseröffnung 143 ff., 149 f.
- Insolvenzverwalter 141, 143, 144, 145 f., 147, 148, 151
- Sicherungsmaßnahmen 143
- Verwertung 146
- vorläufiger Insolvenzverwalter 143

Institutionenkultur, gemeinwohlorientierte 57 f.

Interventionsstaat 51, 54, 78 ff.

Irreführungsverbot 99 f.

J

Jugendwohlfahrtsrecht 9

K

Kartellrecht und Dritter Sektor 70, 105 f.

- Anwendungsbereiche 108
 - Gesundheitsfürsorge, soziale Dienste 113
 - künstlerische Tätigkeit 113 f.
 - Sport 113
 - wissenschaftliche Tätigkeit 113 f.
- und Förderungstätigkeit 114 f.
- und Fundraising 116
- Fusionskontrolle 131 f.
- Kartellvergaberecht 115
- Missbrauch marktbeherrschender Stellung 124 ff.
 - Aufnahmезwang, kartellrechtlicher 129
 - Diskriminierungs- und Behinderungsverbot 124 ff.
 - Feststellung durch Interessenabwägung 124, 125
 - im Bereich Gesundheitsfürsorge/ Soziale Dienste 127 ff.
 - Kopplungsgeschäft 125 f.
 - im Kulturbereich 126 f.
 - im Sportbereich 125 f.
- Nachfragewettbewerb 112
- Preisbindungsklausel 70
- Unternehmensbegriff
 - Abgrenzung zur nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit 111, 114 ff.
 - im deutschen Kartellrecht 109 f.
 - Entgeltlichkeit der Tätigkeit 114 f., 116, 126
 - im europäischen Kartellrecht 33, 110 f., 116
 - funktionaler – 108, 109, 110 f.
 - und Gewinnerzielungsabsicht 109, 111
 - wirtschaftliche Tätigkeit 109 f., 110 f., 112, 113 f., 120
- Wettbewerbsbeschränkungen, horizontale 119 ff., 128
 - Einkaufskooperationen 112, 119
 - Fußball-Fernsehübertragungsrechte 119 ff.

– Wettbewerbsbeschränkungen, vertikale 122

Kinder- und Jugendhilferecht 10, 23
Kirchen

- und Arbeitsrecht 7, 12
- Aufgabe 12 f.
- und Dritter Sektor 3 ff., 18 f.
- und EG-Recht 6 f.
- Rechtsnatur 2
- Selbstbestimmungsrecht 5, 18
- Verhältnis zum Staat 1, 8 f., 13 f., 18 f.

Kirchliche Stiftung, Kostenbefreiung 251

Körperschaftsteuer 254, 257

Konfessionelle Einrichtungen 3 ff., 7, 11 f., 14, 18

- staatliche Einflussnahme 12
- Rückbindung an Kirche 5
- Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern 7 f.

Konfessionelle Wohlfahrtsverbände, Einflussnahme des Staates 15

Kontrahierungszwang, kartellrechtlicher 128

Konzessionssystem 47 f., 56

Kopplungsgeschäft 125 f.

Kostenbefreiung 251

Kostenübernahmeerklärung *s. Pflege-satzvereinbarung*

L

Landesstiftungsgesetz, Modellentwurf *s. Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes*

Lohnsteuer 257

M

Marktfreiheiten 30, 33 ff., 43, 44

Meinungsfreiheit und gefühlsbetonte Werbung 97 ff.

Mildtätige Zwecke 245

Missbrauch marktbeherrschender Stellung 122 ff.

- Diskriminierungs- und Behinderungsverbot 122 f., 124 ff.
- und Dritter Sektor *s. Kartellrecht und Dritter Sektor*
- Feststellung durch Interessenabwägung 124, 125
- Kopplungsgeschäft 125 f.
- Marktbeherrschung 123

Missbrauchsaufsicht 121

Mitgliedsbeiträge 145, 206

- Abzugsfähigkeit 204
- und Gemeinnützigkeit 206 f., 245
- Umsatzsteuerbarkeit 215 f., 252, 256, 257

Mittelbeschaffung 88 f., 211

Mittelbeschaffungskörperschaft 247, 259

Mittelverwendung 89, 213, 246, 247

- für die Kapitalausstattung von Gesellschaften und Stiftungen 260 f.

Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes 236 ff.

- Begründung 240 ff.
- Text 237 ff.

N

Nachfragewettbewerb 112, 117

Nebenzweckprivileg 112

Nichtrechtsfähige Stiftung 151 ff.

- echte Treuhand 152
- Haftungsbeschränkung 153 f.
- und Insolvenz 152 ff.
 - Insolvenz des Stifters 153
 - Insolvenz des Treuhänders 152
 - Insolvenzfähigkeit 153 f.
- unechte Treuhand 152
- Vermögenszuordnung 151 ff.

Nichtrechtsfähiger Verein 91

- Insolvenz 140, 150 f.
 - Haftung der Mitglieder 150 f.

- und Handelndenhaftung 151
- Insolvenzfähigkeit 140, 144, 150
- Niederlassungsfreiheit, gemeinschaftsrechtliche** 34 f., 36, 42
- Non-Profit-Organisation**
 - Begriff 107
 - Finanzierung 115
 - gesellschaftlicher Vertrauensvorschuss 8
 - Kontrolle 119
 - nichtwirtschaftliche Tätigkeit 114 ff.
 - Förderungstätigkeit 114 f.
 - Fundraising 115 f.
 - Unentgeltlichkeit 114 f., 116
 - Vermögensverwaltung 114
 - Rechtsformen 106, 107 f.
 - Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern 7 f., 26, 125
 - wirtschaftliche Tätigkeit 112 ff.
- Non-Profit-Sektor** s. *Dritter Sektor*
- Normativsystem** 47 f.
- O**
- Öffentliches Recht**, Verhältnis zum Privatrecht 67, 81 ff.
- P**
- Pflegesatzvereinbarung** 65, 68, 73, 76
 - Rechtsnatur 68 ff.
 - und Schiedsstelle s. *Sozialhilferecht, Schiedsstellen*
- Pflichtteilsergänzungsanspruch** 94 f., 103, 249
- Pluralität** 6, 10, 16 ff.
- Popularklage** 173 f.
- Preisbindungsklausel** 70
- Preiswettbewerb** 121
- Privatautonomie** 47, 73, 180, 181, 182, 188
- Privatisierung** 49, 61, 71, 82
- Privatrecht**, Verhältnis zum öffentlichen Recht 67, 81 ff.
- Privilegierung gemeinnützigen Handelns im Privatrecht** 89 ff.
 - und Austauschverträge 89 f.
 - und Beweiswürdigung 101 f.
 - und Gutgläubenserwerb 101
 - und Pflichtteilsrecht 94 f.
 - unechte – 94, 100 ff., 103
 - und Wettbewerbsrecht 95 ff., 102
 - gefühlsbetonte Werbung 95 ff.
 - Irreführungsverbot 99 f.
- Q**
- Quotenschaden** 142
- R**
- Recht auf Stiftung** 170, 173 f.
- Rechtsberatungsgesetz**
 - und Stiftungen 250
 - und Wohlfahrtsverbände 250 f.
- Rechtsstaatsprinzip** 16
- Reform des Stiftungsprivatrechts** 48, 56, 169, 170, 235 f.
- Regulierte Selbstregulierung** 55 f.
- Regulierungsstaat** 55
- Religionsfreiheit** 1, 18, 124
 - und Vereinsrecht 2
- Religionsgemeinschaften** 18
 - Rechtsnatur 2
 - Verhältnis zum Staat 1
- Rücklagenbildung** 204, 222, 223, 224, 233, 247
 - im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb 259
- S**
- Sachleistungsprinzip** 25 f.
- Satzungsautonomie** s. *Vereinsautonomie, Inhalt, Selbstgesetzgebungsrecht*
- Satzungsvorbehalt** 189 f.
- Schiedsstelle** s. *Sozialhilferecht*
- Selbstbestimmungsrecht, kirchliches** 5, 18

- Selbstkostendeckungsprinzip** 64 f.
- Selbstlosigkeit** 107, 114, 124, 245, 259, 260
- Selbstorganisation** 63, 65, 66
- Selbstregulierung, regulierte** 55 f.
- Selbstzweckstiftung** 163
- Sozialbereich und Dritter Sektor**
21 ff.
- Betätigungskonkurrenz 24 ff., 28, 44, 125
 - Auswahl der Leistungserbringer 26
 - und Investitionsförderung 26, 28
 - und EG-Recht 29 ff.
 - Arbeitnehmereigenschaft sozial engagierter Akteure 32 f.
 - Arbeitnehmerfreizügigkeit 32, 33, 36
 - Beihilferecht 38 ff.
 - Dienste von allg. wirtschaftl. Interesse 31 f., 40 f., 42
 - Dienstleistungsfreiheit 34, 35 f., 36
 - Diskriminierungsverbot, allgemeines 35, 36 f.
 - Freizügigkeit, allgemeine 33 f.
 - Niederlassungsfreiheit 34 f., 36
 - Kontraktualisierung 63 ff., 75 f., 78 ff.
 - Pluralität 6, 10, 16 ff.
 - Preisbindungsklausel 70
 - Privilegierungen 24 ff.
 - rechtliche Rahmenbedingungen 22 ff.
 - sozial engagierte Akteure 27, 28, 29, 33 f., 35, 36, 39, 43
 - Arbeitnehmereigenschaft nach EG-Recht 32 f.
 - Zugangskonkurrenz 25, 27, 28
- Sozialhilfeentscheidung des BVerfG**
10 f., 17 f.
- Sozialhilfeleistungen, Vermarktlichung** 75 f.
- Sozialhilferecht** 10 f., 26
- Bedarfsdeckungsgrundsatz 74
 - Kostentransparenzgebot 76
 - Pflegesatzvereinbarung *s. dort*
 - prospektives Leistungsentgelt 64 f., 74, 76 ff.
 - Schiedsstellen 68, 71 ff.
 - Aufgaben 72
 - Einschätzungsprägorative 72, 73 f., 74 ff.
 - Kompetenzen 73 f.
 - Rechtsnatur der Entscheidungen 72 f.
 - Überprüfbarkeit der Entscheidungen 72 ff.
 - Selbstkostendeckungsprinzip 64 f.
- Sozialhilfeträger** 23, 26, 68 ff., 73 f., 74
- Sozialleistungssystem** 25 f., 27
- Sozialleistungsträger** 25, 26, 28
- Sozialstaat** 9, 63, 81
- und Globalisierung 61 ff.
 - verhandelnder – 78 ff.
- Sozialstaatsprinzip** 10, 14, 15, 16, 22
- Sozialverwaltung** 78, 79
- Sparsamkeit, Gebot der** – 164
- special interest doctrine** 169, 174
- Spenden** 115 f., 206, 210
- Abzugsfähigkeit 203 f., 204
 - Aufwandsspenden 261
 - an Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts 261
 - Erleichterungen der Spendenpraxis 259
 - Grund der steuerlichen Förderung 203 f.
- Spendenbestätigung, Ausstellerhaftung** 253
- Spendenrecht und Sport** 200 ff., 203 f., 204
- Spendensammelverein** 261
- Sponsoring** 115 f., 209, 248
- Begriff 209

- steuerliche Behandlung beim gemeinnützigen Empfänger 209, 254
- Sport**
- Begriff im Rechtssinne 202 f.
- Funktionen 201 f.
- als Gemeinwohlzweck 199 ff.
- steuerliche Förderung *s. Sportförderung*
- Sportförderung** 199 ff., 207
- steuerliche Förderung 200 ff.
 - aktuelle Maßnahmen 204 f.
 - und Profisport 203, 210 ff.
- Sportverein** 113
- Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft 214 f.
- Gemeinnützigkeit *s. dort*
- steuerliche Förderung *s. Sportförderung*
- als Steuerobjekt 205 ff.
- und Umsatzsteuer 215 ff., 252
- und Vermögensverwaltung 208 f., 214
- und wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb 207, 208 f., 209 ff., 215
 - Ausgliederung 210, 213, 214 f., 218
 - und Nutzungsüberlassung an – 213
- und Zweckbetrieb 207, 210 f., 216
- Staatskirchenrecht** 1 f., 6, 14, 18
- und Dritter Sektor 3
- Staatsverständnis**
- und Dritter Sektor 52 ff.
- Wandel 51 f., 53
- Stifterwille** 56, 160, 161, 162
- Stiftung** 107, 109 f., 114, 131
- Anerkennung 56, 163, 164, 170, 236
- Arten 107 f.
- Auskunfts- und Rechenschaftspflicht 158
- Begriff 221
- Destinatäre 166, 169, 172 f.
 - Ansprüche auf Stiftungsleistungen 172
- und Fusionskontrolle 131 f.
- Gebot der Sparsamkeit 164
- gemeinnützige – 89, 139, 159, 163, 164, 170, 173, 174, 254 f.
 - Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an – 204 f.
 - als Ausbilder 251
- gemeinnützigkeitsrechtlicher Begriff 247
- als Gemeinwohllakteur 49, 52
- Grundrecht auf – 170, 173 f.
- Grundrechtssubjektivität 171, 174
- Insolvenz 151, 175
 - Insolvenzfähigkeit 140, 151
- Kontrolle 119
- Kostenbefreiung 251
- nichtrechtsfähige – *s. dort*
- und Rechtsberatungsgesetz 250
- Repräsentationsaufwand 159
- Struktur 56
- unselbständige – *s. nichtrechtsfähige Stiftung*
- unternehmensverbundene – *s. dort*
- Vorstandsgehälter 159
- Stiftung des öffentlichen Rechts**, Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an – 204 f.
- Stiftungsaufsicht** 55 f., 119, 157 f., 158, 166, 167, 169 f., 170 f., 173 f., 174, 233
- Amtspflichtverletzung 171
- Beratungspflicht 171
- Fachaufsicht 157, 170, 171, 173 f.
- Genehmigungsvorbehalt 159
- Pflicht zum Schutz der Stiftung 171
- Rechtsaufsicht 157 f., 158, 167, 170
- und Staatsverständnis 47 f.
- Stiftungsorgane**, Abberufung 250
- Stiftungsrecht**
- Konzessionssystem 47 f., 56
- Normativsystem 47 f.
- Reform des Stiftungsprivatrechts 48, 56, 169, 170, 235 f.
- und Staatsverständnis 47 f.

Stiftungsvorstand

- Auskunfts- und Rechenschaftspflicht 158
 - Entlastung 166 f.
 - Gebot der Sparsamkeit 164
 - Gehalt 159
 - und Genehmigungsvorbehalt 159
 - Haftung 157 ff.
 - Destinatärsklage 169, 172 ff.
 - Drittschadensliquidation 166
 - Durchgriff 175
 - Fiskus, gegenüber dem – 176
 - Funktion 167, 172
 - Haftungsdurchsetzung 167 ff.
 - Haftungsinhalt 166
 - Haftungsmilderung 165 f.
 - Haftungsverzicht durch Entlastung 166 f.
 - Heilung der Pflichtverletzung 159
 - Insolvenzverschleppung 175
 - Popularklage 173 f.
 - Sorgfaltsmaßstab 165 f.
 - und Stiftungsaufsicht 159, 166 f., 169, 170 f.
 - Verfolgungsrecht der Gläubiger 175
 - und Insolvenz der Stiftung 151
 - Pflicht zur Verwirklichung des Stiftungszwecks 159 f., 164 ff.
 - Ermessensspielraum 164
 - Rechtsverhältnis zur Stiftung 157
 - Testamentvollstrecker, Parallele zum – 165
 - Thesaurierungspflicht 163 f.
 - Treuhänderposition 157, 159
 - Verbot der Förderung eigener Interessen oder Interessen Dritter zulasten der Stiftung 158 f.
 - Vermögenserhaltungspflicht 159 ff., 222
 - stifterbezogenes Verständnis 160 ff.
 - stiftungszweckbezogenes Verständnis 162 ff.
 - Substanzerhaltung 160
 - und Vermögensanlage 222 f.
 - Werterhaltung 160, 162 ff., 222 f.
 - Vormundschaft, Parallele zur – 159, 168 f.
- Stiftungszweck** 160, 161 f., 162, 163, 164, 172, 221, 223, 228, 233
- Pflicht zur Verwirklichung des – s. *Stiftungsvorstand*
- Subsidiaritätsprinzip** 14 f., 22
- im Sozialrecht 9, 10, 17, 69 f.
 - und Europarecht 15
- T**
- Teilwertansatz** 255
- Thesaurierungspflicht** 163 f.
- U**
- Überführung eines Betriebs/Teilbetriebs** in steuerbefreiten Teil einer Körperschaft 259
- Umsatzsteuer**
- und Auftragsforschung staatlicher Hochschulen 253
 - und ehrenamtlich geleitete Einrichtungen 252
 - und Leistungen ausländischer Unternehmer 217
 - und Mitgliedsbeiträge 215 f., 252, 256, 257
 - und Sponsoring 254
 - und Sportverein 215 ff., 252
 - und unentgeltliche Nutzungsüberlassung 216
 - und Vermietung von Sportanlagen 216 f.
- Unionsbürgerschaft** 37
- Unselbständige Stiftung** s. *nicht-rechtsfähige Stiftung*

Unternehmensbegriff, kartellrechtlicher *s. Kartellrecht und Dritter Sektor*

Unternehmensverbundene Stiftung
117, 131

- und Fusionskontrolle 131 f.
- Zulässigkeit 161 f., 170

V

value at risk 224, 229, 230, 231, 233

Verantwortungsteilung, Konzept der – 49 f.

Verbrauchsstiftung 160

Verein 107, 109 f.

- Auflösung 143 f., 149
- Aufnahmegebühren 204, 206 f.
- Beteiligung an Kapitalgesellschaft 214 f.
- Förderverein 260
- und Fusionskontrolle 131, 132
- gemeinnütziger – 89, 139, 203, 204, 211
 - als Ausbilder 251
 - und Insolvenzplanverfahren 148 f.
- Grundrechtssubjektivität 183, 188
- im Verein 257
- Insolvenz 139 ff.
 - Auflösung 143 f., 149
 - und Beitragspflicht 145
 - und Dachverbandsstrukturen 140
 - Eigenverwaltung 147 f., 150
 - Fortsetzungsbeschluss 144, 148, 150
 - und Gemeinnützigkeit 148 f.
 - Haftungsgegenstand 142
 - Insolvenzantrag 141, 149
 - Insolvenzantragspflicht *s. Vereinsvorstand*
 - Insolvenzfähigkeit 140, 149
 - Insolvenzgrund 142
 - Insolvenzmasse 146
 - Insolvenzplanverfahren 146 f., 150
 - Liquidation 144 f., 148, 150

- Organkompetenzen nach Verfahrenseröffnung 144, 145

- Verfahrensbeendigung 148, 150

- Verfahrenseröffnung, Wirkungen der – 143 ff., 149 f.

- Liquidation 144 f., 148, 150

- Mitglied *s. Vereinsmitglied*

- Mitgliederversammlung 144, 148, 181, 191, 193

- Kompetenzen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens 144

- Mitgliedsbeiträge *s. dort*

- nichtrechtsfähiger – *s. dort*

- Rechtsfähigkeit 183 f.

- Sportverein *s. dort*

Vereinigungsfreiheit 179 f., 182, 186 f., 190

- und Fremdbestimmung 190

- als Individualgrundrecht 182

- als Kollektivgrundrecht 183

- Inhalt 183, 184, 185

- Verhältnis zu Grundrechten der Mitglieder 187 f.

- negative – 182

- positive – 182

- Schranken 186 f.

- Wesensgehalt 190

Vereinsautonomie 124, 129

- und Fremdbestimmung 190 ff.

- Geschichte 181

- Grenzen 185 ff.

- einfachgesetzliche – 188 ff., 191 ff.

- Maximalgrenzen 185, 186 ff.

- Minimalgrenzen 185 f., 190 ff.

- Selbstentmündigungsverbot 191 ff.

- verfassungsrechtliche – 186 ff., 190

- Grundlagen

- einfachgesetzliche – 180 f.

- verfassungsrechtliche – 179 f.

- Höchstgehalt 185, 186 ff.

- Inhalt 179, 181 ff.

- Austrittsfreiheit 182, 188

- Beitrittsfreiheit 182

Sachregister

- Gründungsfreiheit 182
- Selbstauflösungsrecht 185, 188
- Selbstbestimmungsrecht 184 f., 186, 190 ff.
- Selbstgesetzgebungsrecht 184 f., 192 ff.
- Selbstverwaltungsrecht 184 f., 185, 192
- Mindestgehalt 185 f., 190 ff.
- und Satzungsgestaltung durch Dritte 192 f.
- und Vorstandsbestellung durch Dritte 195
- und Zustimmungsvorbehalt eines Dritten bei Satzungsänderung 192 f., 194 f.
- und Zustimmungsvorbehalt eines Dritten bei Vorstandsbestellung 195
- Vereinsförderungsgesetz** 201, 210
- Vereinsmitglied** 145, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 188, 191, 192, 193, 194
- Aufnahmeverweigerung 189
- Ausschluss 185, 189
- Mitgliedsbeiträge *s. dort*
- Verhältnis zum Verein 184, 185, 187 f., 193
- Vereinsrecht** und Religionsfreiheit 2
- Vereinsatzung** 144, 145, 180, 181, 184, 185, 188, 189 f., 191, 193
- Funktion 193
- Inhaltskontrolle 189
- Satzungsgestaltung durch Dritte 192 f.
- Zustimmungsvorbehalt eines Dritten bei Satzungsänderung 192 f., 194 f.
- Vereinsvorstand** 141, 143, 148, 157, 193
- Bestellung durch Dritte 195
- Insolvenzantragspflicht 142 f., 149
 - Haftung bei Verletzung der – 142, 143
- Kompetenzen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens 144, 145
- Lohnsteuerhaftung 257
- Zustimmungsvorbehalt eines Dritten bei Bestellung 195
- Vereinszweck** 184, 191, 193
- Verfolgungsrecht** 175
- Verlustausgleich** 246
- Verlustvortrag** 246
- Vermögensanlage von Stiftungen** 221 ff.
- Anlagenverteilung 222, 223 f., 224 ff., 228, 229 ff.
- Anlagepolitik 221
- Anlagerichtlinien 223 f., 228 ff., 233
 - und Anlagenverteilung 223 f., 228, 229 ff.
 - Obergrenzen 228, 229, 230 f., 232
 - und Stiftungszweck 228
 - Untergrenzen 228, 230 f., 232
- und Ausschüttung 224, 225, 227, 228, 230, 231, 233
- und Gemeinnützigkeit 222
- und Inflation 223, 227, 230, 231
- und Katastrophen, Auswirkungen von – 233
- Optimierung 224 ff., 228, 230, 232, 233
- und Rendite-Risiko-Konstellation 225, 227
- und Rücklagenbildung 222, 223, 224, 233
- und Sicherheitsbedürfnis 224, 225, 226 f., 228, 230, 233
- und Stiftungszweck 221, 223, 228, 233
- und Unternehmensanteile, nicht gehandelte – 233
- und value at risk 224, 229, 230, 231, 233
- Vermögenserhaltungspflicht *s. Stiftungsvorstand*
- Vermögenserhaltungspflicht** *s. Stiftungsvorstand*

Vermögensverwaltung 111, 114, 203, 204, 205, 246

- Abgrenzung zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb 208 f., 214 f.
 - und Überlassung von Werbebanden 208 f.
- bei Sportvereinen 208 f.

Verwaltungskosten 246

Vorsteuerabzug 216, 217

W

Werbung, gefühlbetonte 95 ff.

- und Meinungsfreiheit 97 ff.

Wesensgehaltsgarantie 190

Wettbewerbsbeschränkungen 42, 117

- und Dritter Sektor *s. Kartellrecht und Dritter Sektor*
- Freistellung vom Kartellverbot 118, 119, 121 f.
- horizontale – 117 ff., 128
 - Spürbarkeit 117 f., 119
- vertikale – 121 f.

Wettbewerbsrecht und Dritter Sektor 24

- Beihilferecht, europäisches *s. dort*
- gefühlbetonte Werbung 95 ff., 102
- Irreführungsverbot 99 f.
- Kartellrecht und Dritter Sektor *s. dort*

Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

- 88 f., 99 f., 112 f., 161 f., 205, 245, 255, 259, 260
- Abgrenzung zur Vermögensverwaltung 208 f., 214 f.
 - und Überlassung von Werbebanden 208 f.

- Abgrenzung zum Zweckbetrieb 210 f., 248 f., 255, 256

- Ausgliederung *s. dort*

- Besteuerungsgrenze 203, 210, 248

- Gewinnermittlung 248

- Gewinnpauschalierung 205, 248, 260

- und Körperschaftsteuer 257

- und Sponsoring 209, 248

- bei Sportvereinen 207, 208 f., 209 ff.

Wissensgesellschaft 79 f.

Wohlfahrtspflege 8, 23, 66 f.

- Freie – *s. dort*

Wohlfahrtsstaat 51, 54, 61 ff., 78, 79, 81

- und Globalisierung 61 ff.

- und Privatisierung 61

Wohlfahrtsverbände, freie *s. Freie Wohlfahrtspflege*

Wucher 94

Z

Zivilgesellschaft 31, 49, 52, 53, 54

- und Stiftungsrecht 54

Zusammenschlusskontrolle

s. Fusionskontrolle

Zuwendungen an gemeinnützige juristische Person, Rechtsnatur 94 f., 249

Zuwendungen von Todes wegen und Erbschaftsteuer 253

Zweckbetrieb 88, 99, 112 f., 203, 205, 207

- Abgrenzung zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb 210 f., 248 f., 255, 256

- Auftragsforschung als – 258

- Ausgliederung auf gGmbH 260 f.

- bei Sportvereinen 207, 210 f., 216