

BUCERIUS LAW SCHOOL

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

Sonderdruck aus

Non Profit Law Yearbook 2004

Herausgegeben von

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

Schriftleitung

Florian Asche



Carl Heymanns Verlag

Walz/Kötz/Rawert/Schmidt (Hrsg.)
Non Profit Law Yearbook 2004

BUCERIUS LAW SCHOOL

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

Non Profit Law Yearbook 2004

Herausgegeben von

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

Schriftleitung

Florian Asche



Carl Heymanns Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <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 oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

Verlag und Herausgeber übernehmen keine Haftung für inhaltliche Fehler und Fehler beim Satz oder Druck.

Das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen wird gefördert durch:



© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · München 2005
50926 Köln
E-Mail: service@heymanns.com
<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-26038-0

Satz: John + John, Köln
Druck: Gallus Druckerei KG Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Vorwort

Auch das nunmehr vierte Yearbook präsentiert sich als vorwiegend rechtswissenschaftliches Forum zur Standortbestimmung des Dritten Sektors oder auch des Non-Profit-Sektors – was ihn von der Wirtschaft abgrenzt – oder des Sektors der Nicht-Regierungs-Organisationen – was ihn vom Staat abgrenzt. Trotz seiner Heterogenität gibt es systematisch einen breiten Überschneidungsbereich, aus dem heraus der Dritte Sektor in seiner Vielfalt als Einheit verstanden werden kann und gegen Kolonialisierungsversuche sowohl von Seiten der Privatwirtschaft wie von Seiten des Staates verteidigt werden muss. Die Suche nach dem, was seine Eigenart ausmacht und seine Verteidigung gegen unangemessene Instrumentalisierung juristisch rechtfertigt, kann – wie in anderen in die Turbulenzen der Globalisierung oder des Europarechts gerisene Bereiche des Wirtschafts- oder Öffentlichen Rechts – weder auf durchdachte juristische Dogmatik noch auf den Apport durch Ökonomie, Politikwissenschaft und Tatsachenwissenschaften verzichten. Letztere machen eine die Entwicklungen in wichtigen Nachbarländern methodisch bewusst einbeziehende rechtspolitische Orientierung erst möglich. Zur vollen Entfaltung kann ein solches wissenschaftliches Modernisierungsprogramm aber nur kommen, wenn zugleich das Potential der eigenen juristischen Denktradition das ihr zukommende Gewicht zur Geltung bringt. Last not least soll das Yearbook den Leser natürlich über die Aktualität des Jahres 2004 ins Bild setzen (deshalb Yearbook 2004, obwohl es erst 2005 erscheint).

Unter der Überschrift Ökonomie und Philanthropie vermittelt *von Auer* grundlegende Einsichten zur wissenschaftlichen Rekonstruktion altruistischen Handelns in durchaus praktischer, für die rechtliche Ausgestaltung des Spendenrechts folgereicher Absicht. Der ehemalige Leiter der englischen Charity Commission *Fries* macht in seinem Beitrag zur Reform des englischen Charity Rechts ziemlich evident, in welchem Entwicklungsrückstand mit seinem altertümlichen Gemeinnützigkeitsrecht und seiner Gleichgültigkeit gegen intransparente Strukturen unser deutsches Recht steckt. Dass freilich nicht allen Defiziten schlicht durch Gesetzgebung entgegengewirkt werden soll und kann, zeigt *Wilke* in seinem tatsachenreichen Vergleich zu Spendensiegelvergabe, Transparenz, Verbandsselbstregulierung und unabhängige Watchdog-Organisationen. Vom Öffentlichen Recht her kommen zwei gewichtige Beiträge: *Richter* verneint unter dem Titel »Verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation« die Frage nach einer staatlichen Verpflichtung zur kulturellen Daseinsvorsorge (Kulturstaatskonzeption). Dadurch freilich, dass er den kulturellen Wandel als kulturelle Freiheit in der Zivilgesellschaft und als öffentliche Verantwortung für die Kultur fasst, entwickelt er verfassungsrechtliche Ansätze, die über den Bereich Kultur hinausweisen. *Kämmerer* besteht in seinem Aufsatz zu kommunalen Stiftungen zwischen Stifterwillen und Gemeinwohl zu Recht auf dem Ausnahmecharakter der Gemeindestiftung, die in den Legitimationszusammenhang staatlicher Verwaltung letztlich nicht passt. Vom Privatrecht her wird in fünf Beiträgen eine moderne Orientierung gesucht: Henze wirft einen überfälligen kritischen Blick auf das bekannte ADAC-Urteil des BGH. Er ist freilich skeptisch gegenüber der Möglichkeit

einer Änderung der Rechtsprechung und setzt insoweit auf den Gesetzgeber. *Voigt* untersucht, inwieweit die Einwerbung von Fördermitgliedschaften anders als typische Vereinsbeiträge dem verbraucherrechtlichen Widerrufsvorbehalt unterliegen. *Ehrlicke* behandelt die spannende und komplizierte Frage der Auskunftsrechte inländischer Erben gegen ausländische Stiftungen, denen der Erblasser Vermögen übertragen hat. *Lutter* geht das umstrittene Thema einer Stiftung auf Zeit an, die er sowohl als mögliche Gestaltung von vornherein wie als spätere Umwandlung grundsätzlich akzeptiert. *Zimmer* und *Raab* untersuchen das europarechtliche hochaktuelle Thema der Anerkennung ausländischer Stiftungen in Deutschland; inwieweit sich die Wahl einer anderen Rechtsordnung lohnen könnte, ist ihr Thema. Schließlich kommt auch noch das Steuerrecht und das Strafrecht in den Blick. *Walz* und *Fischer* vertreten die Auffassung, dass der enorme Aufwand, der durch das gemeinnützigkeitsrechtliche Gebot der zeitgerechten Mittelverwendung bei Organisationen und Finanzverwaltung erzwungen wird, nicht der Verhältnismäßigkeit entspricht und rechtspolitisch stark eingeschränkt werden sollte. *Samson* beschäftigt sich mit der strafrechtlichen Relevanz von Unternehmensspenden; an Stelle der untauglichen Kriterien des BGH werden eigene Abgrenzungsmerkmale der Untreue entwickelt.

Herzlich gedankt sei dem Schriftleiter Dr. *Asche* für seinen großartigen Einsatz und für die sorgfältige Dokumentation der Rechtsentwicklung, insbesondere der Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsvorschriften, die das Jahr 2004 hervorgebracht hat. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter *Jana Wulff* und *Malte Schwab* haben sich durch die Erstellung der Bibliographie und des Stichwortverzeichnisses ebenfalls Verdienste für diesen Jahresband erworben.

Die Herausgeber danken dem Stiftungsfonds Deutsche Bank für die finanzielle Unterstützung und dem Carl Heymanns Verlag für die intensive Kooperation.

Preface

Like its predecessors, this fourth Yearbook in the series is jurisprudential forum for the positioning of the third sector as a non-profit sector distanced from the economy but also a non-governmental sector demarcated from the state. Despite its essential diversity, the third sector comprises broad theoretical strands which form a strong core identity. This identity is to be defended against incursions by the private economic sector or the state where the non-profit form is used as a mere screen to hide a motivation which is essentially self-interested in the first instance or an instrument of public administration in the second instance.

As in other areas of economic or public law, the search for a distinct identity in the face of the turbulences of globalisation and European law relies on both deeply reasoned judicial theory and firm support from the fields of economics, political science and empirical disciplines. This support can be used as a common basis to compare and evaluate legal developments in important neighbouring countries. At the same time, such a scientific modernisation program can only develop to its fullest extent if the potential of own intellectual judicial traditions is given due emphasis.

As in previous years, the Yearbook is also intended to fully acquaint the reader with the legal developments of the year 2004 (hence the title despite publication one year later).

Under the joint banner of economics and philanthropy, *von Auer* provides fundamental insights into the scientific reconstruction of altruistic dealings, taking a thoroughly practical approach with significant implications for the structuring of donation law. *Fries*, former Chief Commissioner of the British Charity Commission, in his paper on the reform of British charity law shows up the arrested development of German law, with its obsolete welfare law and complacent tolerance of opaque structures. That legislation alone is not, and should not be, the solution is shown by *Wilke* in his richly illustrated comparison of self-regulatory associations and independent watchdog organisations. Two important contributions come from the public law field. Under the heading “constitutional law foundations of cultural organisations” *Richter* gives a negative response to the question of a state duty regarding cultural provision (culture state concept). While he sees the cultural shift as cultural freedom in the civil society and as auxiliary public responsibility for culture, he develops constitutional law approaches which extend beyond the field of culture as such. *Kämmerer*, in his paper on communal foundations between donor intentions and general welfare, rightly concentrates on the exceptional nature of communal foundations, which do not conform with the legitimated nexus of state administration. From private law come five contributions striking a modernising note. *Henze* gives an overdue critical evaluation of the well-known BGH judgment in the ADAC case. He is clearly sceptical of the potential for judge-made development of the law and relies rather on the legislator. *Voigt* investigates the extent to which the enlisting of foundation members, in contrast to typical association membership, is subject to a consumer law right of withdrawal. *Ebricke* treats the fascinating and complex

Preface

question of information rights of domestic heirs against foreign foundations to whom the testator has bequeathed property. *Lutter* addresses the controversial topic of the time-limited foundation, which he basically accepts both as a possible initial formation structure and also for subsequent conversion. *Zimmer* and *Raab* investigate the currently discussed European law issue of the recognition of foreign foundations in Germany, focussing on the potential benefits of choosing a foreign legal form for activities inside Germany. Finally taxation law and criminal law figure significantly. *Walz* and *Fischer* put forward the view that the enormous effort imposed on the organisations and the financial administration by the non-profit law imperative of timely application of resources is disproportionate and should be strictly limited in legal policy terms. *Samson* is concerned with the criminal law implications of company donations; as an alternative to the impractical criteria of the BGH he develops his own thresholds for breach of fiduciary duty.

The publishers extend their sincere thanks to Dr. *Asche* for his unremitting commitment and painstaking documentation of current legal developments, in particular the court decisions and administrative regulations produced by the year 2004. A debt of gratitude is also owed to the research assistants *Jana Wulff* and *Malte Schwab* for the compilation of the bibliography and the index.

The editors further thank the Deutsche Bank Foundation Fund for their financial support and the Carl Heymanns Verlag for its close collaboration.

Inhalt

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

Zivilrecht

Der Auskunftsanspruch von Erben eines deutschen Erblassers gegen eine Stiftung, insbesondere gegen eine Stiftung mit Sitz im Ausland	1
ULRICH EHRICKE, Köln	
Ein neuer Blick auf das ADAC-Urteil	17
HARTWIG HENZE, Recklinghausen	
Die Verbrauchsstiftung – Stiftung auf Zeit.	43
MARCUS LUTTER, Bonn	

Öffentliches Recht/Europarecht

Kommunale Stiftungen zwischen Stifterwillen und Gemeinwohl	59
JÖRN AXEL KÄMMERER, Hamburg	
Verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation.	83
INGO RICHTER, Berlin	
Inspire Art und Stiftungen	105
DANIEL ZIMMER/KARIN RAAB, Bonn	

Rechtsvergleichung

The Reform of Public Benefit Law in England	135
RICHARD J. FRIES, London	
Grund und Grenzen von Thesaurierungsverboten im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht	159
W. RAINER WALZ/HARDY FISCHER, Hamburg	
Transparenz im Spendenwesen: Siegel, Selbstregulierung, Watchdogs.	181
BURKHARD WILKE, Berlin	

Wirtschaftswissenschaft

Philanthropie in der ökonomischen Theorie	207
LUDWIG V. AUER, Magdeburg	

Kürzere Beiträge

Widerrufsrecht bei (Förder-)Mitgliedschaften in Nonprofit-Organisationen? . . .	223
DANIEL VOIGT, Berlin	
Untreue durch Unternehmensspenden?	233
ERICH SAMSON, Hamburg	

Dokumentation

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zum Dritten Sektor im Jahr 2003/2004	245
FLORIAN ASCHE, Hamburg	
Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2004	263
JANA WULFF, Hamburg	
Autorenverzeichnis	287
Sachregister	289

Der Auskunftsanspruch von Erben eines deutschen Erblassers gegen eine Stiftung, insbesondere gegen eine Stiftung mit Sitz im Ausland

ULRICH EHRICKE

I.	Einleitung	1	2. Auskunftsanspruch nach §§ 2314, 2325, 242 BGB	7
II.	Problemstellung	2	V. Besonderheiten bei Stiftungen mit Sitz im Ausland	13
III.	Die deutsche Rechtslage	3	1. Der Gerichtsstand	13
	1. Erbrechtliche Auskunftsansprüche	3	2. Anwendbarkeit des Erbstatuts	15
	2. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB.	3	VI. Zusammenfassung	16
IV.	Auskunftsansprüche gegen Stiftungen.	6	VII. Summary	16
	1. Grundlagen	6		

I. Einleitung

Im Erbfall geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf eine oder auf mehrere Personen über. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, welchen genauen Umfang die Erbschaft hat. Dies ist nicht immer ganz eindeutig, weil der Erbe oft ein erhebliches Informationsdefizit hinsichtlich der bei dem Erbfall bestehenden Aktiva und Passiva hat. Dieses Defizit besteht besonders, wenn Vermögenswerte der Erbmasse im Ausland belegen sind und fraglich ist, welche Verbindlichkeiten des Erblassers dort bestehen, die noch aus der Erbmasse befriedigt werden müssen. Nochmals problematischer wird es, wenn der Erblasser zu Lebzeiten im Ausland eine Stiftung errichtet hat. Es ist nämlich nicht selten, dass die Errichtung von Stiftungen im Ausland – gewollt oder ungewollt – zu einer Benachteiligung von Erben oder Pflichtteilsberechtigten führt. Denn der Stifter mag zwar mit der Errichtung der Stiftung einen bestimmten (gemeinwohlorientierten) Zweck fördern oder bestimmte Angehörige begünstigen wollen, doch beabsichtigt er zugleich – oder er nimmt zumindest billigend in Kauf –, dass mit der lebzeitigen Einbringung von Vermögen in die Stiftung gleichzeitig auch die Ansprüche bestimmter Personen im Erbfall verkürzt werden¹. Die erbrechtliche Dimension des Stiftungsrechts ist zwar bereits in mancher Hinsicht ausgeleuchtet worden², doch sind immer noch einige Fragen weitgehend ungeklärt. Dazu gehört vor allem das Auskunftsrecht des Erben oder der Pflichtteilsberechtigten

1 Für den Fall, dass der Stifter vor Übertragung des der Stiftung zugesicherten Vermögens stirbt, haften hierfür selbst die Erben, Staudinger/*Rawert*, 13. Bearb., 1995, § 82 BGB, Rn. 13.

2 Vgl. aus neuerer Zeit etwa *Steffek*, Die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, 1996; *Förster*, Stiftung und Nachlaß, 2002; *Unterkofler*, Die rechtliche Stellung des Pflichtteilsberechtigten im Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Privatstiftungsrecht, 2003; *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004; *Fröblich*, Die selbständige Stiftung im Erbrecht, 2004.

ten gegenüber Stiftungen im Allgemeinen und gegenüber Stiftungen mit Sitz im Ausland im Besonderen.

II. Problemstellung

Das deutsche Recht enthält eine Reihe verschiedener Vorschriften, die dem Erben oder anderen Personen gegen Dritte Auskunftsansprüche zugestehen, mit Hilfe derer sie den Umfang ihrer erbrechtlichen Ansprüche klären können³. Vor dem Hintergrund der – oft unterschätzten – Anzahl von Stiftungen mit Sitz im Ausland, die von Deutschen errichtet werden⁴, ist fraglich, ob es insoweit Besonderheiten gibt, die sich im Verhältnis des deutschen Erben bzw. Anspruchsberechtigten gegen Stiftungen im Ausland ergeben. Diese Frage soll im Folgenden am Beispiel der Stiftungen liechtensteinischen Rechts untersucht werden, weil derartige Stiftungen aufgrund ihrer erheblichen Freiheit in der Ausgestaltung von wesentlicher praktischer Bedeutung sind⁵. Als Ausgangspunkt mag dabei folgender, in seiner Sachverhaltsgestaltung typischer Fall dienen: Die Beklagte ist eine Privatstiftung liechtensteinischen Rechts, die am 4.5.1995 von einer liechtensteinischen J Trust AG fiduziarisch im Auftrag eines deutschen, später dann am 8.11.1998 in Deutschland verstorbenen Staatsangehörigen gegründet wurde, welcher das ursprüngliche Stiftungskapital von 30.000 CHF aufbrachte. Der Stiftungszweck war die finanzielle Beteiligung an einem SOS-Kinderdorf oder einer ähnlichen gemeinnützigen Einrichtung, die den Namen des Stifters tragen sollte. Aus einer Erklärung des Stifters vom 19.12.1995 ging hervor, dass seine im Testament bedachten Erben, nämlich seine Ehefrau und der einzige Sohn – die Kläger im Verfahren – mit den der Stiftung gewidmeten Vermögenswerten nichts zu tun haben und auch nicht darüber informiert werden sollten. Auch die mit der Gründung der Stiftung beauftragte Gesellschaft wurde ausdrücklich zur Geheimhaltung gegenüber den Klägern verpflichtet, weil der Erblasser nicht wollte, dass sie etwas davon erführen. Schließlich sah § 12 der Stiftungsstatuten vor, dass die Statuten der Stiftung, allfällige Beistatuten und alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Stiftung Außenstehenden, insbesondere auch einer ausländischen Behörde, nicht zur Kenntnis gebracht werden dürfen, es sei denn, dass der Stiftungsrat einstimmig dies als im Interesse der Stiftung oder der Begünstigten gelegen erachte. Der Erblasser hat auch nach der Errichtung der Stiftung weiter Vermögen in die Stiftung eingebracht. Die Kläger, die zugleich nach deutschem Recht pflichtteilsberechtigt waren, haben zunächst vor dem liechtensteinischen Landgericht und dann auf Berufung der Stiftung vor dem Obergericht und schließlich nach Revision der Stiftung vor dem liechtensteinischen OGH u. a. begehrt, dass die Stiftung Auskunft über alle ihr gewidmeten und in sie eingebrachten Vermögenszuwendungen gebe. Dieser Anspruch ist

³ Vgl. zur Übersicht Palandt/*Edenhofer*, 64. Aufl., 2005, § 2027 BGB, Rn. 1 f.

⁴ Seit den 90er Jahren ist ein stetiger Aufwärtstrend bei der Anzahl der neu gegründeten Stiftungen zu vermerken; im Jahr 2004 soll es in Deutschland ca. 11.300 Stiftungen gegeben haben, *Freundl*, DStR 2004, 1509.

⁵ Zur liechtensteinischen Stiftung umfassend nun *Bösch*, Grundlagen des liechtensteinischen Rechts, 2005; ferner vgl. *Berndt*, Stiftung und Unternehmen, 7. Aufl., 2003, S. 184 ff.

ihnen in allen Instanzen zugesprochen worden⁶. Diese Entscheidung ist in der Literatur zu Recht positiv besprochen worden⁷, wobei sowohl das Ergebnis des Liechtensteinischen OGH als auch die genaue Deduktion dieses Ergebnisses aus allgemeinen und rechtsvergleichenden Erwägungen hervorsteicht.

III. Die deutsche Rechtslage

1. Erbrechtliche Auskunftsansprüche

Das deutsche Erbrecht enthält einige verschiedene Vorschriften, die einen Auskunftsanspruch des Erben gegen bestimmte Dritte jeweils bezogen auf unterschiedliche (potentielle) Konfliktsituationen regeln. So kann gemäß § 2027 Abs. 1 BGB der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer und gem. § 2027 Abs. 2 BGB von sonstigen Besitzern von Nachlassgegenständen Auskunft über Nachlassgegenstände begehren; er hat gem. § 2028 BGB einen vergleichbaren Anspruch auch gegen die Hausgenossen des Erben. § 2057 BGB billigt dem Erben gegen seine Miterben einen Auskunftsanspruch über erhaltene Zuwendungen zu, die gem. §§ 2050, 2053 BGB zur Ausgleichung zu bringen sind. Nach § 2127 BGB besteht ein Auskunftsanspruch des Nacherben gegen den Vorerben über den Bestand des Nachlasses. Darüber hinaus ergeben sich Auskunftsansprüche der Erben unter Umständen auch aus § 666 BGB, in den Fällen einer Geschäftsführung ohne Auftrag auch in Verbindung mit §§ 681 und 1959 BGB⁸.

2. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

Trotz dieser relativ hohen Regelungsdichte finden sich durchaus nicht für alle erbrechtlichen Konstellationen entsprechende Auskunftsansprüche. Für diese Fälle ist in Ermangelung eines allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruchs durch eine umfassende Kasuistik der Anspruch auf Auskunftserteilung und/oder Rechenschaftslegung⁹ aus § 242 BGB im Hinblick auf Auskunftsansprüche des Erben konkretisiert worden¹⁰.

6 Zum Sachverhalt s. Fürstlicher Oberster Gerichtshof Liechtensteins, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 101 f. dazu ausführlich *Bösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 55 ff.; *ders.*, Grundlagen des liechtensteinischen Rechts, 2005.

7 *Bösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 55.

8 BGH NJW 1989, 1601; OLG Frankfurt MDR 1966, 503; OLG München MDR 1987, 416; Staudinger/*Bittner*, Neubearb. 2004, § 260 BGB, Rn. 39.

9 Der Begriff der »Rechenschaftslegung« betrifft gegenüber dem Begriff des »Auskunftsanspruchs« speziell eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung und ist eine rechtfertigende, besondere genaue Art der Auskunft, die über die (bloße) Auskunftserteilung hinaus geht, BGHZ 93, 327, 329 f.; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 17.

10 Dazu *Sarres*, ZEV 2001, 225, 226 ff.

a) Allgemeines

Grundsätzlich besteht eine Auskunftspflicht aus § 242 BGB dann, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann¹¹. Das bedeutet, dass allein der Umstand, dass jemand im Besitz von Informationen ist, die auch für den Erben bedeutsam sein können, für sich genommen noch keinen Auskunftsanspruch des Erben begründet.¹² Voraussetzung ist vielmehr in jedem Fall, dass eine Sonderverbindung¹³ zwischen dem Erben und der Person, von der er die Auskunft begehrt, besteht.¹⁴ Zudem hängt eine Pflicht zur Auskunftserteilung dann, wenn die persönliche oder geschäftliche Geheimsphäre berührt ist, von einer Abwägung der gegenläufigen Interessen ab¹⁵. In der Praxis wurden aus § 242 BGB – neben Ansprüchen aus § 2314 BGB – etwa Auskunftsansprüche des Nach- gegenüber dem Vorerben, des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben und den Schenkungsempfänger und für den zugleich pflichtteilsberechtigten Erben gegen den vom Erblasser Beschenkten entwickelt¹⁶. Ferner wird § 242 BGB herangezogen, um dem Nacherben gegen den Vorerben einen Anspruch auf Auskunft zu geben, mittels derer er in Erfahrung bringen kann, an wen der Vorerbe Nachlassgegenstände verschenkt hat¹⁷. § 2287 in Verbindung mit § 242 BGB gibt dem Vertragserben einen Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten¹⁸.

b) Rechtliche Sonderverbindung

Eine erbrechtliche Auskunftspflicht nach § 242 BGB setzt zunächst voraus, dass zwischen den Parteien eine rechtliche Sonderverbindung besteht. Das Erbrecht als bereits bestehende besondere rechtliche Beziehung reicht dabei für eine Sonderbeziehung nicht aus. Inwieweit die rechtliche Sonderverbindung im Erbrecht konkretisiert werden kann, hat die Rechtsprechung bislang weitgehend offen gelassen und sich im Wesentlichen im Einzelfall damit begnügt, anhand bestimmter Darlegungs- und Beweislastregelungen¹⁹ zu entscheiden, ob die geforderte Sonderverbindung vorliegt. Dabei werden die rechtliche Sonderbeziehung als »terminus technicus« sowie die auskunftsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für § 242 BGB in wenigen erbrecht-

11 St. Rspr., siehe die Nachweise bei Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 8; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19; *Köhler*, NJW 1992, 1477, 1480 f.; *Lüke*, JuS 1986, 2, 5.

12 BGH NJW 1980, 2463 f.; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 9; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 18.

13 Bezeichnung nach Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 8 f.; auch bereits verwendet bei *Gottwald*, BB 1979, S. 1783 ff (S. 1784).

14 BGHZ 61, 184; MünchKomm/*Krüger*, 4. Aufl., 2003, § 259 BGB, Rn. 14, 17; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 26, Rn. 37; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 9, 24 m.w.N.; allgemein *Schöne*, Auskunftsansprüche im Erbrecht, Diss. Münster 1982.

15 *Gottwald*, BB 1979, 1783, 1784; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 21.

16 Nachweise bei MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 31.

17 BGHZ 61, 180, 185; MünchKomm/*Musielak*, 4. Aufl., 2004, § 2287 BGB, Rn. 23.

18 BGH NJW 1986, 1755; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 26 m.w.N.

19 Dazu vgl. BGHZ 97, 193; BGHZ 61, 185; BGH JR 1990, 16.

lichen Entscheidungen ausdrücklich erwähnt²⁰. Verallgemeinernd lässt sich allerdings feststellen, dass ein Auskunftsverlangen nach § 242 BGB jedenfalls nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn und soweit vom Bestehen des Anspruchs ausgegangen werden kann, zu dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll²¹. Voraussetzung für eine erbrechtliche Auskunftspflicht als unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben mitgeschuldete Nebenverpflichtung ist im Regelfall ein dem Grunde nach bereits feststehender Leistungsanspruch²². Allein die Wahrscheinlichkeit des Bestehens des Anspruchs reicht dabei regelmäßig nicht aus²³; es müssen vielmehr Anhaltspunkte für das Bestehen des behaupteten Anspruches dargetan worden sein²⁴. Typischer Fall eines Auskunftsanspruches aus § 242 BGB ist, wenn der Erbe das Ausmaß einer unzweifelhaft bestehenden Forderung gegen den Anspruchsgegner nicht bestimmen kann und zur Geltendmachung dieser Forderung diese entsprechenden Informationen benötigt.²⁵ Im Rahmen erbrechtlicher Sachverhalte ist allerdings umstritten, ob dabei nur ein bloßer Informationsanspruch oder darüber hinaus auch ein genereller Anspruch des Erben auf Wertermittlung besteht²⁶.

c) Erbe ist ohne Verschulden im Ungewissen

Weitere Voraussetzung für den allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB ist, dass der Erbe ohne Verschulden über Bestehen und Umfang seines Rechtes im Ungewissen ist²⁷. Dabei kommt es darauf an, dass er sich diese Information nicht selbst auf zumutbare Weise verschaffen konnte. Dabei ist ihm zuzumuten, alle ihm zugänglichen Informationsquellen auszuschöpfen²⁸. Lässt er eine Erkenntnismöglichkeit schuldhaft verstreichen, ist ihm daher der Anspruch selbst dann verwehrt, wenn ihm dann jede andere Erkenntnismöglichkeit verschlossen ist²⁹. Für die Bestimmung des dem Schuldner gerade (noch) zumutbaren Aufwandes ist in entscheidendem Maße die Art des Rechtsverhältnisses, auf das der Auskunftsanspruch gestützt wird, maßgeblich³⁰.

20 Siehe *Sarres*, ZEV 2001, 225 mit Verweis auf OLG Hamm, FamRZ 1983, 1279 mit Anm. *Schopp*; BGH NJW-RR 1989, 450; LG Nürnberg-Fürth, ZErB 2001, 5 mit Anm. von *Klug*.

21 Vgl. BGHZ 97, 193.

22 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19; MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 15.

23 BGH JR 1990, 16; *Sarres*, ZEV 2001, 226

24 BGHZ 61, 185.

25 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19. Geringere Voraussetzungen sind jedoch bei der Ermittlung von Schadensersatzansprüchen anzusetzen, MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 16.

26 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 27, dafür MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 31.

27 Vgl. BGH NJW 1978, 1002; BGHZ 61, 180, 185; OLG Karlsruhe MDR 1972, 424.

28 BGH, WM 1959, 206, 208.

29 Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 12; MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 18.

30 MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 20.

d) Der Auskunftspflichtete

Schuldner des Auskunftsanspruchs ist in der Regel derjenige, gegen den der Leistungsanspruch aus der rechtlichen Sonderbeziehung besteht. Unter Umständen können aber auch Dritte zur Auskunft verpflichtet sein³¹. Demgegenüber soll (speziell) rechenschaftspflichtig sein, wer fremde Angelegenheiten oder jedenfalls solche Angelegenheiten besorgt, die zugleich eigene und fremde sind³². Der Auskunftspflichtete hat die erforderliche Auskunft grundsätzlich zu erteilen, soweit er objektiv dazu in der Lage ist³³. Allein ein übermäßiger Aufwand zur Erteilung der Auskunft, lässt die Verpflichtung nicht entfallen. Die Grenze der Verpflichtung ist erst dort erreicht, wo der wirtschaftliche Aufwand zur Erlangung der Auskünfte in keinem Verhältnis zum Informationsinteresse des Auskunftsberechtigten steht³⁴.

e) Umfang

Die Informationsrechte orientieren sich einzelfallbezogen an den für die erfolgversprechende Rechtsverfolgung unentbehrlichen Angaben. Der erbrechtlich Anspruchsberechtigte soll nicht mehr erfahren als er benötigt, um seinen Anspruch durchsetzen zu können³⁵. Dabei hat die Praxis zwei Fallgruppen gebildet. Bezieht sich der Anspruch lediglich auf eine bestimmte Vermögensposition, z.B. ein Sparvermögen, Wertpapierdepot oder auf den Rückkauf einer bestimmten Lebensversicherung, so ist der Auskunftsanspruch auf die notwendigen Angaben zu diesen Positionen zu beschränken³⁶. Dort, wo sich der Anspruch auf eine zeitraumbezogene Vermögensposition bezieht, die durch Anwachsungen und Abflüsse gekennzeichnet ist, darf eine umfassende Rechenschaftslegung verlangt werden, um alle Ein- und Ausgaben nachvollziehen bzw. überprüfen zu können³⁷.

IV. Auskunftsansprüche gegen Stiftungen

1. Grundlagen

Erbrechtliche Auskunftsansprüche können nach deutschem Recht auch gegen Stiftungen geltend gemacht werden. Dieser Anspruch ist gegen die Stiftung, vertreten durch den Vorstand (§ 86 BGB i.V.m. § 26 BGB)³⁸, zu richten³⁹. Im Einzelnen gelten

31 Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 14.

32 MünchKomm/*Krüger*, § 259 BGB, Rn. 6 m.w.N. zur Rspr.

33 Vgl. *Schöne*, Auskunftsansprüche im Erbrecht, Diss. Münster 1982, S. 151.

34 Vgl. *Sarres*, ZEV 2001, 226.

35 *Sarres*, ZEV 2001, 228.

36 LG Köln, NJW-RR 1990, 13, 14.

37 Siehe etwa BGH WM 1969, 337, 339.

38 MünchKomm/*Reuter*, 4. Aufl., 2001, § 85 BGB, Rn. 8; siehe hierzu auch *Wernicke*, ZEV 2003, 301, 302.

39 Palandt/*Heinrichs*, § 81 BGB, Rn. 9.

die oben genannten Voraussetzungen, insbesondere muss eine rechtliche Sonderverbindung vorliegen, wenn sich der Erbe auf das allgemeine erbrechtliche Auskunftsrecht gegen die Stiftung nach § 242 BGB berufen will. Bisher noch nicht endgültig geklärt ist, ob es für das Bestehen einer rechtlichen Sonderbeziehung zur Stiftung ausreicht, wenn der Erbe zu ihr in einem Näheverhältnis steht. Dieses könnte etwa darin liegen, dass er selbst Begünstigter der Stiftung ist oder dass der Erblasser selbst der Stifter ist. Vor dem Hintergrund der Eigenständigkeit der Stiftung wird man jedoch allein die Stellung des Erben als Destinatär der Stiftung noch nicht ausreichen lassen können. Einen Auskunftsanspruch wird man in dieser Konstellation im Grundsatz vielmehr nur dann bejahen können, wenn ein Hauptanspruch gegen die Stiftung besteht, im Hinblick auf welchen die Auskunft verlangt wird. Die Frage, ob einem Destinatär als Erben unter Umständen ein Auskunftsanspruch gegen die Stiftung zustehen kann, kann beispielsweise maßgeblich davon abhängen, wie die Satzung der konkreten Stiftung im Einzelfall formuliert ist; insbesondere ob die Satzung den Destinatären eigene Leistungsansprüche gegen die Stiftung einräumt oder den Destinatären im Einzelfall ein Anspruch auf ordnungsgemäße Stiftungsverwaltung zuzubilligen ist⁴⁰. Fehlt es an irgendeinem satzungsmäßig verankerten Forderungsrecht dieser Personen, stehen ihnen auch sonst keine zivil- oder verwaltungsrechtlichen Schutzrechte zur Seite⁴¹, auf die sie sich zur Stützung einer auskunftsrechtlich erforderlichen Sonderbeziehung berufen können.

Auch die Stellung als Erbe des Stifters allein reicht nicht aus, eine rechtliche Sonderverbindung zur Stiftung zu begründen, denn nach der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der Stiftung steht der Stifter zu der Stiftung wie ein stiftungsfremder Dritter⁴², so dass der Erbe des Stifters zur Stiftung als Außenstehender zu betrachten ist. Zwar kann sich der Stifter durch die Satzung selbst zum Vorstand oder Vorstandsmitglied einsetzen, dies ändert jedoch nichts daran, dass auch er – wie jedes andere Organmitglied – als Außenstehender der Stiftung gegenübersteht. Daher entsteht auch kein besonderes rechtliches Näheverhältnis des Erben zur Stiftung, das sich als rechtliche Sonderbeziehung im Sinne des erbrechtlichen Auskunftsanspruchs qualifizieren lassen könnte, wenn der Erbe aufgrund entsprechender Regelungen in der Satzung (erbrechtliche Nachfolgeklausel) in die organschaftliche Position des Stifters und die damit verbundenen Rechte eintritt.

2. Auskunftsanspruch nach §§ 2314, 2325, 242 BGB

a) Grundlagen

Besondere Probleme ergeben sich bei einem Auskunftsanspruch gegen eine Stiftung vor dem Hintergrund des ausdrücklich geregelten Auskunftsanspruchs aus § 2314 BGB in Verbindung mit § 2325 BGB. Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann ein Pflichtteilsberechtigter dann, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als

40 Vgl. hierzu *Wernicke*, ZEV 2003, 301, 304; *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 17 f. m.w.N.

41 *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 21.

42 *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 14.

Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Nach § 2325 Abs. 3 BGB ist diese Pflichtteilsergänzung jedoch ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind⁴³. Im Hinblick auf diesen Anspruch ist der ausdrücklich geregelte Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB relevant, wonach dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht zugleich Erbe ist, diesem vom Erben auf Verlangen Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu erteilen ist⁴⁴. Da dieser Anspruch nur einen recht eng gefassten Anwendungsbereich hat, wird er von der Rechtsprechung und Literatur in verschiedener Hinsicht ausgedehnt⁴⁵. So kann etwa der pflichtteilsberechtigter Nichtebe auch gegen den Beschenkten direkt einen Auskunftsanspruch geltend machen⁴⁶, und ebenso wird ein Auskunftsanspruch des pflichtteilsberechtigten Erben gegen den Beschenkten zugelassen⁴⁷. Unterschiede gibt es jedoch in der dogmatischen Begründung dieser Ansprüche. Während die Rechtsprechung des BGH diesen Anspruch auf den allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB stützt und soweit sowohl eine zwischen den Parteien bestehende Sonderrechtsbeziehung fordert als auch voraussetzt, dass sich der Berechtigte die erforderlichen Auskünfte nicht auf andere ihm zumutbare Weise verschaffen kann und der Beschenkte die Auskunft un schwer zu geben vermag⁴⁸, wird in der Literatur auf diese Fälle § 2314 BGB analog angewendet⁴⁹. Die Unterscheidung kann sich in Einzelfällen auswirken, da die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Herausgabe nach § 2314 BGB einerseits und § 242 BGB andererseits nicht völlig identisch sind. Beispielsweise gewährt § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten bereits kraft seines Status den Anspruch, während § 242 BGB verlangt, dass der Auskunftsberechtigte entschuldbar über das Bestehen seines Rechts im Unklaren ist.⁵⁰

b) Errichtung einer Stiftung durch den Erblasser als Schenkung im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB

Sowohl bei der analogen Anwendung des § 2314 BGB als auch bei dem Erfordernis der rechtlichen Sonderbeziehung kommt es im Hinblick auf einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen die Stiftung darauf an, dass diese vom Erblasser Beschenkte ist. Insoweit stellt sich die grundlegende Frage, ob die Errichtung einer Stiftung

43 Siehe MünchKomm/Lange, 4. Aufl., 2004, § 2325 BGB, Rn. 36 ff.; Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB, Rn. 22 ff.

44 Dazu vgl. etwa Coing, NJW 1970, 729; ders., NJW 1983, 1298; Kempfner, NJW 1970, 1633; Dieckmann, NJW 1988, 1809; Sarres, ZEV 1998, 4; ders., ZEV 2001, 225; ders., ZEV 2002, 96; Winkler v. Mohrenfels, NJW 1987, 2557; aus der Kommentarliteratur s. MünchKomm/Frank, 4. Aufl., 2004, § 2314 BGB, Rn. 14 ff.; Staudinger/Haas, 13. Bearb., 1998, § 2314 BGB, Rn. 10.

45 Siehe dazu Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 19 ff.; Palandt/Edenhofer, § 2314 BGB, Rn. 2; allgemein Sarres, ZEV 2001, 225.

46 BGHZ 55, 378; BGHZ 89, 27; BGHZ 107, 203.

47 BGHZ 61, 180; BGH NJW 1986, 127; vgl. auch BGHZ 108, 393.

48 Vgl. BGH NJW 1986, 128.

49 Vgl. Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 24; MünchKomm/Frank, § 2314 BGB, Rn. 10.

50 Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 25.

durch den Erblasser eine Schenkung darstellt und ob und wenn ja, inwieweit spätere Zuwendungen des Stifters an die Stiftung als Schenkungen qualifiziert werden können. Denn nur, wenn die Errichtung der Stiftung und/oder die späteren Zuwendungen durch den Erblasser als Schenkung qualifiziert werden können, kann sich ein Auskunftsanspruch ergeben – sei es aus § 2314 i.V.m. § 2325 BGB jeweils analog oder sei es aus § 242 BGB i.V.m. der sich aus § 2325 BGB ergebenden Sonderverbindung.

Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB stimmt mit dem des § 516 Abs. 1 BGB überein⁵¹. Es ist also erforderlich, dass eine Zuwendung vorliegt, die den Empfänger objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert, und dass eine Einigung zwischen Empfänger und Erblasser darüber besteht, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll (Schenkungsvertrag)⁵². Bedenken bestehen im Hinblick auf die Errichtung einer Stiftung bereits, weil der Abschluss eines Schenkungsvertrages bei der Errichtung einer Stiftung nach §§ 80 ff. BGB zweifelhaft erscheint. Zum einen ist nämlich insoweit unklar, zwischen welchen Parteien überhaupt der Vertrag geschlossen worden sein könnte, denn die Stiftung entsteht nicht mit der Schenkung als solcher, sondern erst mit der landesbehördlichen Anerkennung gem. § 82 S. 1 BGB. Zum anderen handelt es sich bei dem Stiftungsgeschäft des Erblassers gem. §§ 80 Abs. 1, 81 BGB um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung⁵³, also eben nicht um einen Vertrag, und auch nicht mit der künftigen Stiftung⁵⁴. Die Verpflichtung des Stifters zur im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögensübertragung auf die Stiftung ergibt sich erst ipso iure aus § 82 S. 1 BGB nach der landesbehördlichen Anerkennung⁵⁵, mithin nicht aus einer Schenkung⁵⁶. Zwar regelt § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG, dass der Übergang von Vermögen aufgrund eines Stiftungsgeschäfts unter Lebenden als Schenkung unter Lebenden gilt, jedoch erlaubt dies nicht den Schluss, dass im Hinblick auf das Erbrecht entsprechende Wertungen vorzunehmen sind, denn es ist zu beachten, dass aufgrund der Besonderheiten des Steuerrechts steuerrechtliche Aspekte und Wertungen nicht ohne weiteres auf zivilrechtliche Sachverhalte übertragbar sind, da den beiden Normkomplexen unterschiedliche Zweck- und Regelungsrichtungen zugrunde liegen⁵⁷. Zudem stellt die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG für Steuerbelange eine besondere Fiktion auf, so dass der Steuergesetzgeber demnach offenbar selbst von einem anderen (zivilrechtlichen) Grundsatz ausgeht, der im Steuer-

51 RGZ 128, 187, 188; BGHZ 59, 132, 135; BGH NJW 2004, 1382, 1383; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rn. 11; Palandt/Edenhofer § 2325 BGB, Rn. 7; Rawert/Katschinski ZEV 1996, 161, 162.

52 Vgl. nur die soeben Genannten.

53 Hof, in: Seifart/von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., 1999, § 7 Rn. 10 = p. 94; Palandt/Heinrichs, § 80 BGB, Rn. 1; Soergel/Neuhoff, 13. Aufl., 2000, § 80 BGB, Rn. 2; Erman/Westermann, 11. Aufl., 2004, § 80 BGB, Rn. 2; MünchKomm/Reuter, § 80 BGB, Rn. 3.

54 So aber RGZ 5, 138, 144 ff., indes noch vor Inkrafttreten des BGB nach bremischem und gemeinem Recht.

55 Palandt/Heinrichs, § 82 BGB, Rn. 1 a.E.; Rawert/Katschinski, ZEV 1996, 161, 162.

56 Palandt/Heinrichs, § 82 BGB, Rn. 1 a.E.; MünchKomm/Reuter, § 80 BGB, Rn. 14; Erman/Westermann § 80 BGB, Rn. 2; Muscheler, AcP 203 (2003), 469, 473; Rawert/Katschinski, ZEV 1996, 161, 162; Mayer, ZErB 2001, 197, 199.

57 Pahlke/Koenig/Pahlke, Abgabenordnung, 2004, § 4 AO, Rn. 106 ff.

recht eben gerade durch die genannte Fiktion überlagert werden muss⁵⁸. Nach alledem kann die Errichtung einer Stiftung folglich nicht als Schenkung im Sinne des § 2325 BGB bezeichnet werden, so dass § 2325 BGB auf den Fall der Errichtung einer Stiftung nicht unmittelbar anwendbar ist.

aa) § 2325 BGB analog

(1) Allgemeines

In Betracht gezogen werden könnte allerdings eine analoge Anwendung des § 2325 BGB für den Fall der Stiftungserrichtung durch den Erblasser. Voraussetzung dafür ist jedoch in methodischer Hinsicht eine planwidrige Regelungslücke und eine dem Sinn und Zweck des Regelungsziels nach vergleichbare Interessenslage.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 2325 BGB macht bereits deutlich, dass die Annahme einer ausfüllungsfähigen Regelungslücke zutrifft. Bei den Beratungen der zweiten Kommission zum BGB-Entwurf wurden nämlich beide Anträge – sowohl derjenige, die Stiftungserrichtung ausdrücklich unter den (heutigen) § 2325 BGB zu fassen, als auch der Gegenantrag – mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Praxis und die Wissenschaft im Wege der Analogie von selbst zur Anwendung der Bestimmungen über die Schenkung auf das Stiftungsgeschäft kommen würden, sofern eine Notwendigkeit hierfür bestehe⁵⁹.

(2) Vergleichbare Interessenslage

Problematischer ist allerdings, ob eine nach dem Sinn und Zweck des § 2325 BGB vergleichbare Interessenslage zwischen Schenkung und Stiftung besteht.

Normzweck des § 2325 BGB ist es, einer Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblassers entgegenzutreten. Ohne den Schutz der §§ 2325, 2329 BGB liefe das Pflichtteilsrecht Gefahr, seine materielle Bedeutung weitgehend zu verlieren, wenn der Erblasser es über lebzeitige Schenkungen in der Hand hätte, Nachlass und damit Pflichtteilsansprüche zu schmälern⁶⁰. Vergleichbar ist die Schenkung im Sinne des § 2325 BGB mit der Errichtung einer Stiftung insoweit, als in beiden Fällen ein unentgeltlicher Vermögenstransfer zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten stattfindet. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Erblasser eine bereits errichtete Stiftung mit Spenden oder Zustiftungen bedenkt – dies sind unstreitig Fälle des § 2325 BGB⁶¹ – oder ob er eine neue Stiftung errichtet und

58 Vgl. *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 474.

59 Protokolle bei *Mugdán* V pp. 596–598; vgl. ferner die ausführliche Darstellung bei *Rawert/Katschinski*, ZEV 1996, 161, 163 und bei *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 487 ff.

60 BGH NJW 2004, 1382, 1384; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rn. 1; Staudinger/von *Olshausen*, 13. Bearb., 1998, Vorbem. zu §§ 2325 ff. BGB, Rn. 5 ff.; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 1; *Damrau/Riedel/Lenz*, Praxiskommentar Erbrecht, 2004, § 2325 BGB, Rn. 64; *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3153.

61 BGH NJW 2004, 1282, 1283; *Damrau/Riedel/Lenz*, § 2325 BGB, Rn. 64; *Rawert/Katschinski*, ZEV 1996, 161, 163; *Schiffer*, NJW 2004, 1565, 1566; *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 477 f.

mit seinem Vermögen ausstattet. In beiden Varianten kommt es zu der wirtschaftlichen Schmälerung des Nachlasses, die § 2325 BGB zu verhindern sucht. Eine analoge Anwendung des § 2325 BGB aufgrund des vergleichbaren Sinn und Zwecks des Stiftungsgeschäfts mit der Schenkung ist daher naheliegend⁶². Diese Auffassung hat sich in Rechtsprechung und Literatur mittlerweile gefestigt⁶³. In einer jüngeren Entscheidung hat sich das OLG Dresden allerdings gegen diesen Ansatz gewandt⁶⁴. Es verneint die Unentgeltlichkeit einer pflichtteilsbeeinträchtigenden Spende an eine gemeinnützige Stiftung mit dem Argument, dass eine Zuwendung lediglich treuhänderisch übertragen sei, wenn sie nur zweckgebunden zu verbrauchen sei. Damit scheidet aber eine Schenkung aus, da die empfangende Stiftung (Treuhänder) nicht endgültig bereichert sei im Sinne der §§ 2325, 2369, 516 BGB, so dass ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht bestehe. Dieses Urteil ist harter Kritik ausgesetzt gewesen⁶⁵, und auch der BGH stützte die Auffassung des OLG Dresden in seiner Revision des Falles nicht⁶⁶. Damit hat er breite Zustimmung erhalten⁶⁷. Tragendes Gegenargument ist dabei folgender Gedanke: Die Stiftung als juristische Person besteht nicht um ihrer selbst, sondern um ihres Zweckes willen. Damit bereichert derjenige, der ihr Mittel zu Verwirklichung ihres Zweckes gewährt, sie nicht bloß formal, sondern materiell und endgültig. Dabei ist es gleichgültig, ob der gespendete oder zugestiftete Betrag alsbald oder zu einem späteren Zeitpunkt verbraucht wird, denn eine juristische Person ist nicht von ihrem Zweck zu trennen, daher verwendet sie alles, was diesem Zweck gewidmet ist, für sich⁶⁸. Will sich der Zuwendende seines Vermögens endgültig entäußern – was bei einer Spende oder Zustiftung regelmäßig zutreffen wird –, bereichert er mithin endgültig die Stiftung, und schenkt daher. Bei der Konstruktion einer Treuhand indes behält der Treugeber wirtschaftliches Eigentum am Treuhandvermögen (vgl. § 771 ZPO), hat ein immer bestehendes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 671 Abs. 3 BGB) und hat die Aussicht auf Rückfall des Vermögens im Falle der Treuhänder-Insolvenz (§§ 115, 80 InsO i.V.m. § 667 BGB). Dies entspricht aber gerade nicht dem Bild der Spende oder Zustiftung, so

62 Ganz h.M., vgl. nur RGZ 54, 399; BGH NJW 2004, 1282, 1284; OLG Hamburg OLGE 38, 235, 237; LG Baden-Baden ZEV 1999, 152 m. zust. Anm. *Rawert*; *Staudinger/von Olshausen*, § 2325 BGB, Rn. 39; *MünchKomm/Frank*, § 2325 BGB, Rn. 13; *Palandt/Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 16; *Rawert/Katschinski* ZEV 1996, 161, 163; *Leipold*, JZ 2000, 930, 934; *Otte*, JZ 2004, 973, 974; *Schiffer*, NJW 2004, 1565, 1566; *Mayer*, ZErB 2001, 197, 199. Manche Autoren stimmen zwar in der Regel einer analogen Anwendung zu, erwägen aber Ausnahmen; sie nennen indes keine greifbaren Parameter für eine andere Handhabung, vgl. *Soergel/Dieckmann*, 13. Aufl., 2002, § 2325 BGB, Rn. 33; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl., 1981, § 2325 BGB, Rn. 19.

63 Vgl. *Medicus*, FS Heinrichs, 1988, S. 381 ff.; lediglich sehr frühe Auffassungen wichen hiervon ab: KG OLGE 6 (1902), 330; *Weißler*, DNotZ 1905, 497, 499, jeweils bzgl. Familienstiftungen.

64 OLG Dresden ZEV 2002, 415 ff. m. abl. Anm. *Muscheler*.

65 Siehe insb. *Rawert*, NJW 2002, 3151 ff.; *Muscheler*, ZEV 2002, 417 f.

66 BGH NJW 2004, 1382.

67 *Palandt/Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 16; *Palandt/Weidenkaff*, § 516 BGB, Rn. 6; *Schiffer*, NJW 2004, 1565; *Otte*, JZ 2004, 973; *Kollhosser*, ZEV 2004, 117; *Hartmann*, ZErB 2004, 179.

68 So schon RGZ 71, 140.

dass die Errichtung einer Stiftung wie eine Schenkung anzusehen ist, die eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 2325 BGB rechtfertigt. Eine später an die Stiftung gegangene Spende oder Zustiftung sind jedenfalls pflichtteilsbeeinträchtigende Schenkungen im Sinne der §§ 2325, 2329, 516 BGB.

c) Zehn-Jahres-Frist gem. § 2325 Abs. 3 BGB

Die erbrechtlichen Folgen der Errichtung einer Stiftung bestehen aber gem. § 2325 Abs. 3 BGB analog nur, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht zehn Jahre vergangen sind. Bei der Berechnung des Fristbeginns nach § 2325 Abs. 3 BGB wird auf den Zeitpunkt der objektiven Leistung des verschenkten Gegenstandes abgestellt⁶⁹. Es kommt damit also auf die auf Rechtsübertragung gerichtete Vollziehungshandlung an, durch die der Erblasser als Schenker den Gegenstand wirklich an den Beschenkten verliert, weil er erst damit das Geschenk auch wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgliedert⁷⁰, damit selbst noch zehn Jahre die Folgen der Schenkung zu tragen hat, damit einen »Genussverzicht« verspürt⁷¹. Bei der Errichtung einer Stiftung ist dieser Zeitpunkt nicht schon mit dem Stiftungsgeschäft gegeben, denn zu diesem Zeitpunkt hat der Stifter (und spätere Erblasser) noch kein Vermögen aufgebracht. Erst mit der behördlichen Anerkennung könnte frühestens an eine Vermögensausgliederung gedacht werden, da dann gem. § 82 S. 1 BGB ein Vermögensübertragungsanspruch der Stiftung gegen den Erblasser entsteht⁷². Um dem Sinn und Zweck des § 2325 BGB auch bei der Errichtung einer Stiftung zu genügen, muss der Berechnungszeitpunkt für die Errichtung einer Stiftung so gewählt werden, dass keine Möglichkeit besteht, den aus § 2325 Abs. 1 BGB Berechtigten zu schädigen. Da im Fall einer Schenkung der Eintritt des Leistungserfolgs für den Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB maßgeblich ist und nicht etwa die Anspruchsentstehung⁷³, kann bei der Errichtung einer Stiftung auch erst die Zuwendung des zugesagten Stiftungsvermögens als fristauslösendes Ereignis im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB in Betracht kommen. Andernfalls hätte der Stifter die Möglichkeit, durch einen langwierigen »Zahlungsprozess«, z.B. durch ständige Zahlungsverweigerung, die Zehn-Jahres-Frist zu verkürzen. Bei mehreren Zuwendungen ist der Zeitpunkt für jeden verschenkten Gegenstand gesondert festzustellen⁷⁴. Das bedeutet, dass eine nach Errichtung der Stiftung unter Lebenden erfolgte Zustiftung nicht auf den Zeitpunkt der Ausstattungszahlung bzw. der Errichtung zurückfällt, sondern für den Zeitpunkt gilt, in dem sie tatsächlich erbracht wird, zumal in dem Fall der späteren Hingabe von Vermögen der Erblasser und die Stiftung zwei voneinander unterschiedliche Rechtssubjekte sind.

69 BGHZ 102, 289, 292; MünchKomm/Lange, § 2325 BGB, Rn. 37.

70 BGHZ 98, 226.

71 BGHZ 102, 289; 125, 395, 398 f.; BGH NJW 1974, 2319.

72 MünchKomm/Reuter, § 82 BGB, Rn. 1.

73 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rn. 53 m.w.N.

74 BGH NJW 1988, 138.

V. Besonderheiten bei Stiftungen mit Sitz im Ausland

1. Der Gerichtsstand

a) § 27 ZPO

Die Ausführungen über Auskunftsansprüche von Erben eines deutschen Erblassers gelten grundsätzlich auch gegenüber Stiftungen, die ihren Sitz im Ausland, insbesondere in Liechtenstein haben, wenn und soweit deutsches Recht Anwendung findet. Die Beantwortung dieser Frage hängt zunächst davon ab, welches Kollisionsrecht das auf die einzelnen Fragen anwendbare Recht bestimmt. In dem entschiedenen Beispielsfall haben die Erben gegen die Stiftung mit Sitz in Liechtenstein vor den liechtensteinischen Gerichten geklagt. Diese haben in Anwendung ihres Kollisionsrechts (Art. 29 Abs. 1 Liechtensteinisches IPR-Gesetz) an das Personalstatut des Erblassers angeknüpft, das nach Art. 10 Abs. 1 Liechtensteinisches IPR-Gesetz das Recht des Staates ist, dem diese Person angehört. Damit wurde im Ergebnis auf deutsches Sachrecht verwiesen, das die Richter auf den entsprechenden Fall angewendet haben⁷⁵.

Die Frage der Zuständigkeit erweist sich damit also als Grundentscheidung dafür, welches Kollisionsrecht angewendet werden kann. Ausländische Rechte mögen zwar grundsätzlich den erbrechtlichen Auskunftsanspruch als Annex zum Erbrecht ansehen, und damit an das Erbstatut anknüpfen, das in der Regel der ausländischen Rechtsordnungen auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes abstellt, doch muss dies nicht in allen Fällen so sein⁷⁶. Weniger klar ist zudem, ob ausländische *leges fori* einen allgemeinen Auskunftsanspruch, der auch für erbrechtliche Konstellationen herangezogen wird, notwendigerweise erbrechtlich qualifizieren, so dass die Gefahr bestehen kann, dass ein Auskunftsanspruch nach fremder *lex fori* möglicherweise abweichend vom Erbstatut angeknüpft werden kann. Um derartige Ungewissheiten zu verhindern, wäre es für die Erben eines deutschen Erblassers vorteilhaft, wenn sie ihren erbrechtlichen Auskunftsanspruch gegen eine ausländische Stiftung vor deutschen Gerichten einklagen könnten. Es ist daher für die Erben eines deutschen Erblassers, die einen Auskunftsanspruch gegen eine vom Erblasser im Ausland errichtete Stiftung geltend machen wollen, vorteilhaft, wenn sich ihnen ein Gerichtsstand in Deutschland eröffnen würde. In Betracht kommt dafür der besondere Gerichtsstand der Erbschaft gem. § 27 ZPO, der auch die Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über Pflichtteilsansprüche regelt⁷⁷. Aufgrund der Konnexität gilt dasselbe auch für die Pflichtteilsergänzungsansprüche nach §§ 2325, 2329 BGB und

75 Das Problem nach liechtensteinischem Recht besteht darin, ob die Verweisung als Gesamtverweisung oder als Sachnormverweisung zu verstehen ist, s. dazu *Hösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 57 f.; Liechtensteinischer OGH, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 103 f.; im Ergebnis spielte diese Frage allerdings keine Rolle.

76 So wird etwa im französischen Recht an den letzten Wohnsitz und im US-amerikanischen Recht an das *domicile* angeknüpft.

77 Allgemein *Musielak/Heinrich*, 4. Aufl., 2005, § 27 ZPO, Rn. 3 ff.

für den dazugehörenden Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB⁷⁸. Fraglich ist im Hinblick auf die Auskunftsansprüche von Erben eines deutschen Erblassers gegenüber einer ausländischen Stiftung indes, ob es sich insoweit ebenfalls noch um einen erbrechtlich zu qualifizierenden Annex zu einem erbrechtlichen Anspruch handelt und daher dem Gerichtsstand des § 27 ZPO unterfällt oder ob hier eine andere Qualifikation eingreift, so dass ggf. ein anderer Gerichtsstand eröffnet wäre. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund relevant, dass § 27 ZPO gerade keinen allgemeinen Gerichtsstand der Erbschaft statuieren soll, in dem alle mit einer Erbschaft zusammenhängenden Streitfälle anhängig gemacht werden können. Die Norm soll vielmehr nur eine auf ganz bestimmte Tatbestände beschränkte örtliche Zuständigkeit schaffen.⁷⁹

b) Gleichlauf der Ansprüche

Soweit man den erweiterten Auskunftsanspruch des Erben auch gegen den Beschenkten und darüber hinaus gegen den Errichter einer Stiftung ausdehnt, ist denkbar, dass am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten geklagt wird. Dies ließe sich damit rechtfertigen, dass es inhaltlich um einen Auskunftsanspruch geht, der vornehmlich einen Bezug zu einem schuldrechtlichen Verhältnis, nämlich einer Schenkung bzw. der Errichtung einer Stiftung hat, und dessen Anspruchsgrundlage folglich § 242 BGB ist und damit keinen originären erbrechtlichen Gehalt aufweist, selbst wenn die Sonderverbindung zwischen Erbe und Stiftung auf § 2325 BGB analog basiert. Diesen Weg haben die Kläger im liechtensteinischen Fall offenbar gewählt und haben die Stiftung – als erbrechtlich einem vom Erblasser Beschenkten gleichstehend – an ihrem Sitz in Liechtenstein verklagt⁸⁰.

Entscheidend für die Frage, ob der Auskunftsanspruch am Gerichtsstand der Erbschaft eingeklagt werden kann oder am allgemeinen Gerichtsstand des Auskunftsverpflichteten, ist zunächst, ob der Auskunftsanspruch von dem erbrechtlichen Anspruch, zu dessen Bezifferung der Auskunftsanspruch dienen soll, abgekoppelt und dann anders als erbrechtlich qualifiziert werden kann. Auch wenn der Auskunftsanspruch als Nebenpflicht des erbrechtlichen Anspruchs mit ersterem verbunden sein kann, ist der Auskunftsanspruch ein von einem aus dem Erbrecht hergeleiteten Anspruch zu trennender Anspruch⁸¹. Ist die tatsächliche Durchsetzung des Auskunftsanspruchs aber notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des letzteren, sind beide Ansprüche so eng miteinander verbunden (»Konnexität«), dass auch ihre rechtliche Qualifikation nicht auseinander fallen darf. In einem solchen Fall folgt der

78 MünchKomm-ZPO/Patzina, 2. Aufl., 2000, § 27 ZPO, Rn. 11; Thomas/Putzo, 26. Aufl., 2004, § 27 ZPO, Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 63. Aufl., 2005, § 27 ZPO, Rn. 8; Zöller/Vollkommer, 24. Aufl., 2004, § 27 ZPO, Rn. 8; Stein/Jonas/Roth, § 27 ZPO, Rn. 17; vgl. ferner LG München FamRZ 1978, 364 ff.

79 Stein/Jonas/Roth, 22. Aufl., 2003, § 27 ZPO, Rn. 9.

80 Liechtensteinischer OGH, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 101 ff.

81 Der Auskunftsanspruch ist gerade auf die genaue Ermittlung oder Durchsetzung eines erbrechtlich begründeten Anspruchs des Erben oder Pflichtteilsberechtigten gerichtet und ist insoweit auch von diesem »wesensverschieden«, vgl. Sarres, ZEV 2001, 225; Staudinger/Bittner, § 260 BGB, Rn. 16.

Auskunftsanspruch dem »führenden« erbrechtlichen Anspruch, der insofern der »Hauptanspruch« ist.

Dies gilt sowohl für die speziell erbrechtlich geregelten Auskunftsansprüche als auch für den allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Bei letzterem wird dies durch das Erfordernis der »Sonderverbindung« für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs deutlich. Insoweit bestimmt der Charakter der Sonderverbindung die Qualifikation des Auskunftsanspruchs. Das lässt sich auch verfahrensrechtlich durch die Überlegung stützen, dass der Auskunftsanspruch und der dann mittels der verlangten Auskunft präzisierbare erbrechtliche »Hauptanspruch« mittels einer Stufenklage gem. § 254 ZPO geltend gemacht werden können, für die sich die Zuständigkeit wegen des »Hauptanspruchs« aus § 27 ZPO ergibt. Es widerspräche dem Sinn einer Stufenklage, wenn für den Hauptanspruch ein anderes Gericht zuständig wäre als für den notwendigen Auskunftsanspruch.

2. Anwendbarkeit des Erbstatuts

Die Kollisionsnormen der *lex fori* bestimmen sodann das auf den Sachverhalt anwendbare Recht. Bei einem Auskunftsanspruch des Erben gegen eine ausländische Stiftung liegt es nahe, dass sich das anwendbare Recht nach dem Erbstatut gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet. Danach ist das Recht des Staates anwendbar, dem der Erblasser zuletzt angehört hat⁸². In der hier zu betrachtenden Fallkonstellation, in der der Erblasser zum Todeszeitpunkt Deutscher war, führt dies zur Anwendung deutschen Rechts. Art. 25 Abs. 1 EGBGB legt zugleich den Grundsatz der Nachlass einheit fest, wonach sich (grundsätzlich) alle erbrechtlichen Fragen nach dem Erbstatut bestimmen⁸³. Hierzu zählen insbesondere der Kreis der gesetzlichen Erben, das Pflichtteilsrecht, die Art des Erwerbes der Erbschaft sowie die Voraussetzungen und Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen⁸⁴. Auch die ausdrücklich im Erbrecht geregelten Auskunftsansprüche sind aufgrund ihrer systematischen Einordnung vom Erbstatut erfasst. Entsprechendes muss ebenfalls für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB gelten, auch wenn er nicht unmittelbar im Erbrecht wurzelt, sondern sich aus einem allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz herleitet. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Konnexität des Auskunftsanspruchs mit dem Sonderverhältnis und der daraus entstehenden Einheitlichkeit des Rechtscharakters und gilt nach den allgemeinen Grundsätzen auch dann, wenn das entsprechende Sonderverhältnis etc. erst noch in Frage steht⁸⁵. Demzufolge unterfallen auch die allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsansprüche trotz ihrer dogmatischen Einbettung in eine schuldrechtliche Generalklausel im deutschen Recht dem Erbstatut.

82 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 1 (Vorbemerkung).

83 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 1 und 10, siehe auch *Lorenz*, NJW 1995, 176 ff. (S. 177).

84 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 10 ff.

85 Vgl. Stein/*Jonas/Roth*, § 27 ZPO, Rn. 9.

VI. Zusammenfassung

Besonderheiten bei Auskunftsansprüchen der Erben eines deutschen Erblassers gegen Stiftungen mit Sitz im Ausland bestehen im Vergleich zu rein nationalen Sachverhalten nicht. Der Auskunftsanspruch ist als erbrechtlicher Anspruch zu qualifizieren, so dass sich der besondere Gerichtsstand des § 27 ZPO eröffnet. Unter Anwendung der *lex fori* wird auf den Auskunftsanspruch das Erbstatut gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB angewendet, der hinsichtlich der Einzelheiten auf das Recht des Staates verweist, dem der Erblasser zuletzt angehört hat. Ist dies das deutsche Recht, so ist im Verhältnis zu ausländischen Stiftungen vor allem ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils analog zu § 2325 BGB relevant, wenn innerhalb von zehn Jahren vor Erbfall vom Erblasser eine Stiftung errichtet worden ist. Denn dies ist als Schenkung im pflichtteilsrechtlichen Sinn einzuordnen. Das deutsche Recht verbindet mit diesem Anspruch einen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB bzw. § 2314 BGB analog, um einen etwaigen Anspruch beziffern zu können.

VII. Summary

This paper addresses the question of whether and how an heir under German law may be granted a right to information against such foundations as have been settled or financially supported by the testator both in Germany and abroad. The German Civil Code (BGB) does not provide a general right to information. Rather it requires either a special legal basis, or according to the principle of good faith a particular link between the individual requesting information and the party obliged to give it.

The right to information has to be qualified as part of the law of succession, so that particular jurisdiction according to § 27 of the German Procedural Code (ZPO) is given. Taking into account the *lex fori*, Art. 25 EGBGB (German code on the application of the BGB) implying the statute of inheritance is applicable as well. The right to information under these circumstances is therefore linked to the testators' citizenship. If – in making use of that rule – German law becomes applicable, § 2325 BGB may prove relevant, as it gives a claim to completion of the legal portion for a disinherited person, provided the testator has made a gift to a third person during the last ten years preceding the case of succession. The creation of a foundation can be classified as a gift in that sense. German legislation associates the claimants' right to completion of the legal portion with a right to information, according to § 242 BGB respectively § 2314 BGB in an analogous application, in order to enable him to substantiate a possible claim on the merits.

Ein neuer Blick auf das ADAC-Urteil*

HARTWIG HENZE

I.	Die Entwicklung des »Club« seit Erlass des ADAC-Urteils	17	IV.	Das Verhältnis der Regelung der §§ 21 und 22 BGB zueinander	28
	1. Einleitende Bemerkungen	17		1. Die Regelung der Vorschriften unter historischem Aspekt	28
	2. Struktur und satzungsgemäßer Vereinszweck	18		2. Gegenwärtiger Stand der Auslegung der Vorschriften	29
	3. Die wirtschaftliche Entwicklung	19	V.	Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht – Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft	34
II.	Die vereinsrechtlich relevanten Gründe des ADAC-Urteils	21		1. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht	34
	1. Der Sachverhalt	21		2. Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft	37
	2. Die Entscheidungsgründe	22	VI.	Ergebnis	38
	3. Stellungnahmen zu dem Urteil und Umdenken in der Wettbewerbsfrage	23	VII.	Zusammenfassung	39
III.	Analyse der Entscheidungsgründe	24	VIII.	Summary	40
	1. Der formaljuristische Ausgangspunkt	24			
	2. Die Problematik der Zurechnung	24			
	3. Die Unterstützung der AG durch den Verein	27			

I. Die Entwicklung des »Club« seit Erlass des ADAC-Urteils

1. Einleitende Bemerkungen

Ein Blick, der unter vereins- und gesellschaftsrechtlichem Aspekt im Jahre 2005 auf das ADAC-Urteil¹ des BGH geworfen wird, das der I. Zivilsenat² im September 1982

* Der Beitrag befasst sich mit dem geltenden Vereinsrecht. Der Entwurf eines Gesetzes zum Vereinsrecht des Bundesministeriums der Justiz – zu finden unter www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Texte/Normen/VereinsrechtRRefE.pdf – vom 25. August 2004 und die dazu abgegebenen Stellungnahmen werden nicht erörtert.

1 BGHZ 85, 84 – ADAC-Verkehrsschutz (Leitsätze a und b).

2 Nach der Geschäftsverteilung des BGH war und ist der II. Zivilsenat nur für innere Verhältnisse u. a. von Handelsgesellschaften und Vereinen zuständig. Im ADAC-Fall wurde der geltend gemachte Anspruch jedoch auf Wettbewerbsverstöße nach § 1 UWG gestützt, über die der I. Zivilsenat zu entscheiden hat. Allein deren Inhalt wurde teilweise von der Problematik der §§ 21 f. BGB bestimmt. Der I. Zivilsenat war daher für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig. Zwar kann ein Senat ein Verfahren an einen anderen Senat mit dessen Zustimmung abgeben, wenn es für den noch streitigen Teil des Rechtsstreits entscheidend auch auf Fragen aus dessen Zuständigkeitsbereich ankommt und die Abgabe aus besonderen Gründen zweckmäßig erscheint. Die Zweckmäßigkeit aus besonderen Gründen schied hier jedoch aus, weil – zumindest gleich gewichtig – auch über streitige Rechtsfragen aus dem Zuständigkeitsbereich des I. Zivilsenates zu befinden war, vgl. dazu die Leitsätze c und d des Urteils.

erlassen hat und nach dessen rechtlichen Wertungen sich die vereinsrechtliche Gestaltungspraxis seither im Wesentlichen richtet, sollte nicht nur die Entwicklung berücksichtigen, die Rechtsprechung und Lehre in dem Zeitraum von über zwanzig Jahren genommen haben, sondern auch die tatsächlichen Veränderungen ins Auge fassen, die in Sachverhaltsform als Grundlage für eine richterliche Entscheidung heranzuziehen wären. In das Zentrum des Interesses der Aufsatzautoren ist in den letzten Jahren allerdings in erster Linie der Fußballsport gerückt.³ Einige der Vereine haben ihre Lizenzabteilungen ausgegliedert und an die Börse gebracht. Ohne ausgegliederte Wirtschaftsgesellschaften sind die Bundesligavereine gar nicht mehr denkbar, wobei ein Verein mit seinen Gesellschaften einschließlich der in Gestalt einer GmbH & Co. KGaA an die Börse gebrachten Lizenzabteilung in das Straucheln geraten ist.⁴ Gerade diese Entwicklung rückt nachdrücklich die Gefahren in das Blickfeld, die dem Verein, seinen Mitgliedern und Gläubigern, seinen Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, deren Gläubigern und, soweit der Verein nicht Alleingesellschafter ist, deren Minderheitsgesellschaftern drohen.

2. Struktur und satzungsgemäßer Vereinszweck

Forscht man einmal auf der Website des ADAC unter dem Begriff »Das Unternehmen« nach der Struktur des Vereins, so stößt man auf den »Club und seine Tochterunternehmen«. Vergleicht man das hier dargestellte Fakten- und Zahlenmaterial mit den Einzelheiten, von denen der I. Zivilsenat im ADAC-Urteil auszugehen hatte, sieht man die enorme Aufwärtsentwicklung und Ausweitung, die der ADAC bis zum heutigen Tage erfahren hat. Lässt man jedoch auch die Rechtstatsachen einfließen, die *Heermann/Schießl* in ihrer Untersuchung »Der Idealverein als Konzernspitze«⁵ für das Jahr 2000 dargestellt haben, stellt man fest, dass die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre auch an diesem wohlhabenden, an Vermögenspolstern reichen Verein nicht gänzlich spurlos vorübergegangen ist.

Über 6,6 Mio. Mitglieder im Juni 1981 können die Verantwortlichen angesichts einer Zahl von 14,4 Mio. zur Jahrtausendwende und 15 Mio. zum Schluss des Jahres 2004 nur milde lächeln. Vier Unternehmen gehörten ihm in den Jahren 1981 und 1982.⁶ *Heermann/Schießl* berichten für das Jahr 2000, dass der »Club« als Alleingesellschafter an zwei Gesellschaften unmittelbar⁷ und an ca. einem Dutzend mittelbar⁸ beteiligt sei. Im Jahre 2004 findet man achtzehn Einzelgesellschaften, zusätzlich fünf Urenkelinnen und die »ADAC Stiftung Sport«. Parallel dazu ist die Gestaltung der

3 Vgl. dazu die Übersicht bei Erman/*H. P. Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 21 Rn. 5.

4 Borussia Dortmund. Nach verzweifelmtem Suchen scheint der Vereinsvorstand einen türkischen Investor gefunden zu haben, mit dessen Hilfe eine drohende Insolvenz wohl abgewendet werden kann.

5 Veröffentlicht unter www.sportrecht.org – »Onlineaufsätze«.

6 ADAC Rechtsschutzversicherungs-AG; ADAC Verlags-GmbH; ADAC Schutzbrief-AG; ADAC Reise-GmbH.

7 ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH; ADAC Luftrettung GmbH.

8 Über die ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH. Dazu gehören auch die Gesellschaften, die bereits im Jahre 1982 vom BGH genannt worden sind.

Satzung gelaufen: Im ADAC-Urteil heißt es zu deren § 2, Zweck des Vereins sei die Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens und des Motorsports. § 2 in der Fassung vom 04.05.2002 lautet wesentlich ausführlicher:

1. Zweck des Clubs ist die Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens, des Motorsports und des Tourismus. In diesem Sinne wahrt er die Belange der motorisierten Verkehrsteilnehmer und setzt sich unter Berücksichtigung des Natur- und Umweltschutzes für Fortschritte im Verkehrswesen, vor allem auf dem Gebiet des Straßenverkehrs, der Verkehrssicherheit und der Verkehrserziehung ein. Der Club fördert die Luftrettung und tritt für den Schutz der Verkehrsteilnehmer ein. Er nimmt insbesondere deren Interessen als Verbraucher wahr. Der Club wird auf die Verkehrspolitik Einfluss nehmen, im übrigen sich aber jeder parteipolitischen Betätigung enthalten.
2. Der Club setzt sich für die private und berufliche Mobilität seiner Mitglieder und ihrer Familien ein, vertritt ihre Interessen und unterstützt sie auch bei der Erholung, Freizeit und auf Reisen. Er bietet Mitgliederleistungen, insbesondere Hilfe, Rat und Schutz, auch nach Panne, Unfall und Krankheit. Er fördert den Versicherungsschutz seiner Mitglieder.
3. Der Club verfolgt diese seine Zwecke und Ziele in ständigem Austausch von Erfahrungen mit seinen Mitgliedern. Er setzt sich für diese, deren Aufklärung, Beratung und insbesondere deren Schutz als Verbraucher ein.
4. Der Club vertritt die Interessen des deutschen Kraftfahrwesens, des Motorsports und des Tourismus auch dem Ausland gegenüber und wahrt die Belange seiner Mitglieder durch Mitarbeit in den einschlägigen internationalen Verbänden in Zusammenarbeit mit ausländischen Kraftfahrvereinigungen.

3. Die wirtschaftliche Entwicklung

Weitere Zahlen lassen aufhorchen: Im Jahre 2000 betrug das Beitragsaufkommen der Mitglieder ca. 940 Mio. DM (481 Mio. €), 2003 waren es ca. 509 Mio. €. Sie entfallen nach einem festgelegten Schlüssel von 63:37 mit 320,74 Mio. € auf den ADAC München und mit 187,41 Mio. € auf die 18 Regionalclubs. Das Bilanzvolumen betrug im Wirtschaftsjahr 2000 1,81 Mrd. DM (925,44 Mio. €); es hat sich auf 1,162 Mrd. € per 31.12.2003 gesteigert. Das Eigenkapital wuchs von 807 Mio. DM (412,61 Mio. €) im Jahr 2000 auf 709,27 Mio. € im Jahr 2003. Die Eigenkapitalquote stieg somit von 44,5 % im Jahre 2000 auf 61,04 % per 31.12.2003. Der Jahresüberschuss nach Steuern betrug zur Jahrtausendwende 31,8 Mio. DM (16,26 Mio. €), im Jahr 2003 nur 1,09 Mio. € nach 9,68 Mio. € im Jahr 2002. Verantwortlich für diesen Rückgang ist vor allem eine erheblich erhöhte Inanspruchnahme der Pannenhilfe. Die 18 Regionalclubs erzielten 2000 einen Jahresüberschuss von 51,9 Mio. DM (26,54 Mio. €), zum 31.12.2003 waren es 26,02 Mio. €. Auch diese Clubs sind 2003 bei einer Bilanzsumme von 812,16 Mio. € mit einem komfortablen Eigenkapital von 618,81 Mio. € (76,19 %) ausgestattet gewesen.

Die ADAC Luftrettung GmbH erzielte noch im Jahre 2000 einen Jahresüberschuss von 6,3 Mio. DM (3,22 Mio. €), der sich 2002 geringfügig auf 3,74 Mio. € erhöhte,

während sie 2003 einen Jahresfehlbetrag von 4,6 Mio. € erwirtschaftete. Der ADAC macht dafür in erster Linie die angespannte Situation der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherungen verantwortlich. Die Gesellschaft ist jedoch außerordentlich gesund. Einer Bilanzsumme von 119,88 Mio. € steht ein Eigenkapital von 72,323 Mio. € (60,31 %) gegenüber. Auch der Jahresüberschuss der ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH ist stark zurückgegangen: Im Jahr 2000 belief er sich noch auf 198,4 Mio. DM (101,44 Mio. €), ging im Jahr 2002 auf 41,70 Mio. € zurück und schrumpfte noch einmal im Jahre 2003 auf 19,53 Mio. €. Der Betrag schlägt sich im Wesentlichen in der Position erwirtschaftetes Eigenkapital nieder, das sich von 188,72 Mio. € im Jahre 2002 auf 208 Mio. € im Jahre 2003 erhöhte. Bei einer Bilanzsumme von 872,99 Mio. € machte das Eigenkapital 23,86 % aus. Das ist ein geringfügiger Rückgang um 1 % gegenüber dem Vorjahr. Dafür macht der ADAC Umsatzrückgänge in den Sparten Autovermietung und Luftfahrzeugvertrieb sowie einen erheblichen Anstieg der Steuern verantwortlich.

Der ADAC bezeichnet die ADAC-Schutzbrief Versicherungs-AG, die ADAC-Rechtsschutz Versicherungs-AG und die ADAC Verlag GmbH auf seiner Homepage als wichtige Tochtergesellschaften. Ein Vergleich der erwirtschafteten Überschüsse spiegelt die Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik deutlich wider: Mit den Schutzbriefen wurde 2000 noch ein Überschuss von 55,8 Mio. DM (28,53 Mio. €) erwirtschaftet. Dieser schrumpfte über 16,1 Mio. € (2002) auf 10,2 Mio. € zum 31.12.2003 zusammen. Einer Erhöhung des Vertragsbestandes und der damit verbundenen Prämieinnahmen standen gestiegene Schaden- und Ertragssteueraufwendungen gegenüber. Ähnlich verlief es beim Rechtsschutz: 43,4 Mio. DM (22,19 Mio. €) im Jahr 2000 und 22,7 Mio. € im Jahr 2002 waren noch ein komfortables Ergebnis im Vergleich zu den 9,4 Mio. € des Jahres 2003. Ursächlich dafür sollen erhöhte Steueraufwendungen für die Vorjahre gewesen sein. Die Verlag GmbH glitt von 6,3 Mio. DM (3,22 Mio. €) im Jahr 2000 über 2,4 Mio. € im Jahr 2002 auf einen Jahresfehlbetrag von 4,2 Mio. € im Jahr 2003 ab. Der ADAC räumt ein, dass dafür die anhaltende Kaufzurückhaltung und ein Rückgang des Anzeigengeschäftes verantwortlich sind.

Der Verein bietet seinen Mitgliedern ein vielfältiges Serviceprogramm. Es erstreckt sich von Informationsdiensten über Pannen- und Unfallhilfe, Veranstaltungen zum Sicherheitstraining, die Durchführung von Testreihen, Sicherheitsprüfungen von Tunnelbauten, Raststätten und Fähren sowie Preisvergleiche von Waren und Dienstleistungen in den Bereichen Auto und Mobilität bis hin zur Rechtsberatung und Vereinbarung von Einkaufsvorteilen für Vereinsmitglieder mit dem Handel. Die ADAC-Regionalclubs sind über die Bundesrepublik verteilte regionale rechtsfähige Vereine, deren Infrastruktur sich aus 179 Geschäftsstellen, 221 ADAC-Vertretungen, drei Grenzbüros und 18 Telefon-Service-Zentralen zusammensetzt und die in Zusammenarbeit mit 649 Vertragsanwälten und 330 Sachverständigenbüros die Mitglieder betreuen.

Die ADAC Luftrettung GmbH ist die einzige gemeinnützige Tochtergesellschaft des Vereins. Sie unterhält 36 Maschinen, mit denen Notärzte mit Medikamenten, Verbandstoffen etc. zu Verletzten und Verletzte in Krankenhäuser geflogen werden können.

Die zweite Tochtergesellschaft ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH fungiert als Holding. Sie ist zurzeit an 18 Gesellschaften beteiligt. Sie hat u. a. ein-

hundertprozentige Beteiligungen an der ADAC Rechtsschutz Versicherungs-AG, der ADAC Schutzbrief Versicherungs-AG, der ADAC Verlag GmbH und der AD Clubreisen GmbH.⁹ Die beiden zuletzt genannten Gesellschaften (AD Clubreisen GmbH als ADAC Reise GmbH) sind durch die Ausgliederung von Wirtschaftsbetrieben entstanden. Ausgliederungen wurden in der Regel dann vorgenommen, wenn der Geschäftsbetrieb in Form einer Gesellschaft zweckmäßiger und erfolgreicher betrieben werden konnte als in Gestalt einer Abteilung durch den Verein.¹⁰ Für die Gründung der Versicherungsgesellschaften war bedeutsam, dass Versicherungsleistungen aufgrund des Typenzwanges im Versicherungsrecht nur Gesellschaften in der Rechtsform u. a. einer Aktiengesellschaft übertragen werden dürfen.¹¹

II. Die vereinsrechtlich relevanten Gründe des ADAC-Urteils

1. Der Sachverhalt

Mehrere Rechtsschutzversicherer verfolgten mit ihrer Klage u. a. das Ziel, dem ADAC¹² und der in seinem Alleinbesitz befindlichen ADAC Allgemeine Rechtsschutz Versicherungs-AG sowie einem Regionalclub¹³ untersagen zu lassen, ihnen unter Missbrauch der Rechtsform eines Idealvereins Konkurrenz zu machen. Sie legten dar, der ADAC sei gegenüber der AG herrschendes Unternehmen i. S. d. § 17 AktG. Er habe die Gesellschaft unter Einsatz erheblicher Mittel gegründet und unterstütze sie seither ohne leistungsgerechtes Entgelt. Dadurch verstoße er gegen die Bestimmungen der §§ 21 und 22 BGB, da Idealvereine wie der ADAC nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein dürften. Der ADAC trug vor, ein Verstoß gegen die vereinsrechtlichen Bestimmungen des BGB liege nicht vor, weil die Tätigkeit der Gesellschaft und seine Unterstützungsmaßnahmen durch § 2 der Vereinssatzung gedeckt seien, nach dem ihn die Verpflichtung treffe, für die Interessen der motorisierten Verkehrsteilnehmer einzutreten. Der BGH wies das Begehren der Rechtsschutzversicherer zurück.

- 9 Weitere Gesellschaften der ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH: ADAC Autovermietung GmbH; GKS Gesellschaft für Kommunikationsservice mbH; Acta Assistance S. A.; ARC Assistance S. A.; ADAC Fahrsicherheit GmbH; ADAC Service GmbH; AIR LLOYD Luftfahrttechnik GmbH; ADAC Motorsport GmbH; ADAC Finanzdienste GmbH; Aero-Dienst GmbH & Co. KG; ADAC Touring GmbH; Starter Polen sp z o. o.; Dienstleistungszentrum Halle GmbH; Elbe Helicopter Rainer Zemke GmbH & Co. KG; Töchter der ADAC Schutzbrief Versicherungs-AG: ARISA Assurances S. A.; Real Garant AG; Tochter der ADAC Verlag GmbH: Carto Travel GmbH & Co. KG; Tochter der ADAC Fahrsicherheit GmbH: ADAC Fahrsicherheitszentrum Berlin-Brandenburg GmbH; Tochter der ADAC Service GmbH: Service 24 GmbH & Co. KG
- 10 *Hemmerich*, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, 1982, S. 21; *Heermann/Schießl*, Der Idealverein als Konzernspitze, veröffentlicht unter www.sportrecht.org – »Onlineaufsätze« – S. 6.
- 11 § 7 Abs. 2 VAG.
- 12 ADAC Allgemeiner Deutscher Automobil-Club e. V. München.
- 13 Damals: ADAC Gau Niederrhein e. V.

2. Die Entscheidungsgründe

Der I. Zivilsenat geht davon aus, dass ein Verein, der in das Vereinsregister eingetragen worden ist, weil sein Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, gegen § 1 UWG verstößt, wenn sein tatsächlicher Zweck entgegen der satzungsrechtlichen Regelung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb abzielt.¹⁴ Ein wettbewerbswidriges Verhalten ist allein deswegen verneint worden, weil das Verhalten des ADAC einmal nicht als wirtschaftliche Tätigkeit und zum anderen als durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckt angesehen worden ist.¹⁵ Dieses Ergebnis stützt der Senat auf drei Überlegungen:

1. Die Gründung einer AG durch den ADAC und das Betreiben des Versicherungsgeschäftes durch diese stünden nicht in Widerspruch zu den §§ 21 und 22 BGB. Dem Zweck dieser Vorschriften, eine wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen wegen des weitgehenden Fehlens gläubigerschützender Regelungen grundsätzlich zu unterbinden und nur in untergeordnetem, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienendem Umfang zuzulassen, sei genügt, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit durch eine juristisch und organisatorisch selbständige Gesellschaft des Handelsrechts betrieben werde, möge diese auch von einem Idealverein wie dem ADAC gegründet worden sein und mit dessen Unterstützung wirtschaftliche Geschäfte betreiben.
2. Die Abhängigkeit der Gesellschaft vom ADAC und ihre mögliche Beherrschung durch ihn falle auch unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, namentlich der AG, nicht ins Gewicht, weil der ADAC Dritten gegenüber nicht am Rechtsverkehr teilnehme. Zwischen der AG und dem ADAC bestehe lediglich ein faktischer Konzern. Die Gefährdung der Gläubigerinteressen, die aufgrund der Haftung des Vereins nach § 317 AktG wegen des Fehlens von Gläubigerschutzregelungen eintrete, werde weitgehend durch die gesamtschuldnerische Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens und von Vorstand und Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft¹⁶ ausgeglichen. Die Gläubiger der Gesellschaft stünden mit Rücksicht auf die Mehrzahl der Haftenden besser da als bei einem einzelkaufmännischen Betrieb als herrschendem Unternehmen. Im vorliegenden Falle komme noch hinzu, dass die Versicherungs-AG der Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen unterliege.
3. Die vom ADAC der AG gewährten Unterstützungsmaßnahmen – Überlassung eines Teils der Arbeitskraft seines Personals, Überlassung von Geschäftsräumen, der EDV-Anlage und der Mitgliederkartei, finanzielle und logistische Unterstützung bei der Gründung – fielen zwar in den Rahmen eines eigenen, rechtlich nicht verselbständigten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes i. S. d. §§ 21 f. BGB, weil es sich um eine planmäßige, auf Dauer und nach außen angelegte, d. h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, unternehmerische Tätigkeit handele, die auf

¹⁴ §§ 21 f. BGB.

¹⁵ BGHZ 85, 84, 88 ff. und 92 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 04. 06. 1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201.

¹⁶ §§ 317 Abs. 3, 318 Abs. 1 und 2 AktG.

die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abziele, ohne dass es auf das Fehlen einer leistungsgerechten Vergütung, also die Entgeltlichkeit der Leistung ankomme. Die Maßnahmen gingen aber über die satzungsmäßigen Ziele des ADAC nicht hinaus, die darin bestünden, die Interessen des Kraftfahrwesens zu fördern und sich für den Schutz der motorisierten Verkehrsteilnehmer auch als Verbraucher einzusetzen. Darunter falle nicht nur die ADAC-Straßenwacht, sondern auch das über die AG betriebene Rechtsschutzversicherungsgeschäft.

3. Stellungnahmen zu dem Urteil und Umdenken in der Wettbewerbsfrage

Die großen und einflussreichen Vereine wie der ADAC und die Sport-, insbesondere die Fußballvereine der Bundesliga, sind mit diesem Urteil höchst zufrieden. Sie haben sich auf seiner Grundlage eingerichtet und Gesellschaften gegründet, an denen sie mehrheitlich oder allein beteiligt sind und deren wirtschaftliche Geschäftstätigkeit ihnen bei Erwirtschaftung von Überschüssen zugute kommt. Das Schrifttum hat auf die Entscheidung zum Teil ablehnend reagiert¹⁷, zum Teil hat es ihr nur im Ergebnis zugestimmt¹⁸, zum Teil ist es ihr gefolgt.¹⁹ *Reuter*²⁰ plädiert dafür, das ADAC-Urteil nicht als endgültige Klärung des ideellen oder wirtschaftlichen Status der Holdingvereine hinzunehmen, sondern dem BGH, namentlich dem für das Vereins- und Gesellschaftsrecht eigentlich zuständigen II. Zivilsenat, Gelegenheit zu einer nochmaligen, weniger Problem bindenden Stellungnahme zu geben.

Man mag bezweifeln, ob dieser Wunsch jemals Realität wird.²¹ Allerdings steht die Zuständigkeit des I. Zivilsenates einer Entscheidung des II. Zivilsenates nicht mehr im Wege. Denn dessen Rechtsprechung zu der Frage, ob der Verstoß gegen ein Gesetz grundsätzlich auch einen Verstoß gegen § 1 UWG beinhaltet, hat sich grundlegend gewandelt. Nach der neueren Rechtsprechung dieses Senates führt ein Gesetzesverstoß nur dann zu einer wettbewerbswidrigen Handlung, wenn diese durch den Verstoß derart geprägt wird, dass sie gerade auch als Wettbewerbsverhalten sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG ist. Will das Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren, kann § 1 UWG nicht angewandt werden.²² Im Hinblick auf das ADAC-Urteil wird dieser Recht-

17 MünchKommBGB/*Reuter*, 4. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 11 f., 15 f.; *ders.*, ZIP 1984, 1052, insbes. 1055 ff.; *Flume*, Allg. Teil des bürgerl. Rechts – Die Juristische Person, 1983, § 4 II 1 (S. 107) und § 4 II 2 (S. 112 f.).

18 *K. Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, § 5 III insbes. 4 (S. 122, insbes. 124 ff.); *ders.*, NJW 1983, 543 ff.; *ders.*, Rpfl. 1988, 45, 47 ff.; wohl auch *Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 36 ff.; *Staudinger/Weick*, BGB, 13. Aufl., § 21 Rn. 12 ff.

19 *Hemmerich* (Fn. 10), § 2 III (S. 20 ff.), § 7 (S. 78 ff.), § 9 (S. 119 ff.); BB 1983, 26 ff.; BB 1983, 332.

20 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 30, 50.

21 Vgl. dazu i. e. *K. Schmidt*, NJW 1983, 543 f. m. w. N. in Fn. 3, 5 und 6 sowie *Erman/H.P. Westermann* (Fn. 3), § 21 Rn. 9.

22 BGHZ 150, 343, 347 f. – Elektroarbeiten; 144, 255, 265 ff. – Abgasemission; BGH, Urt. v. 11. 10. 2001 – I ZR 172/99, NJW 2002, 1500 – Sportwetten-Genehmigung.

sprechungswandel dahingehend gedeutet, dass einem »Idealverein«, der ein Wirtschaftsunternehmen betreibt, das nicht durch das sog. Nebenweckprivileg gedeckt ist, kein unlauteres Verhalten i. S. d. § 1 UWG vorgeworfen werden kann. Die alte Rechtsprechung könne daher nicht fortgeführt werden.²³ Mitbewerber, die sich gegen die wirtschaftliche Tätigkeit eines eingetragenen Vereins wenden, dessen Zweck auf einen nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sind demnach darauf beschränkt, die Entziehung der Rechtsfähigkeit anzuregen.²⁴ Da der Entzug der Rechtsfähigkeit im Registerverfahren vorgenommen wird, soweit nicht die Verwaltungsbehörde zuständig ist, wird der II. Zivilsenat des BGH nur dann eine Gelegenheit zur Entscheidung erhalten, wenn das Registergericht tätig wird und nach Einlegung der weiteren Beschwerde die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG gegeben sind.

III. Analyse der Entscheidungsgründe

1. Der formaljuristische Ausgangspunkt

Der formaljuristische Ausgangspunkt des I. Zivilsenates trifft zu: Der Verein und die AG sind rechtlich und organisatorisch voneinander getrennt. Es bedarf daher keines großartigen Begründungsaufwandes, um darzulegen, dass die Geschäftstätigkeit der AG keine wirtschaftlichen Geschäfte des Vereins mit einem unselbständigen, in seine Organisation eingegliederten Geschäftsbetrieb beinhaltet. Die umfangreichen Ausführungen zu Hintergrund und Zweck der Regelung des BGB über die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen – hier ein Verein mit einem auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck, dort ein Verein, bei dem das nicht der Fall ist – sind daher an dieser Stelle ebenso entbehrlich wie der Hinweis auf die der Sicherheit der Gläubiger dienenden Strukturelemente der AG mit der daraus gezogenen Schlussfolgerung, damit sei der mit den §§ 21 f. BGB verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung entsprochen, so dass der Geschäftsbetrieb der AG dem Verein nicht als eigener zugeordnet werden könne.²⁵

2. Die Problematik der Zurechnung

Im Folgenden²⁶ befasst sich der I. Zivilsenat mit dem Kern der vereinsrechtlichen Problematik des Falles, ob die wirtschaftliche Tätigkeit der AG dem Verein zuzurechnen ist. Der Senat legt dieser Prüfung den unstreitigen Umstand zugrunde, dass dem ADAC sämtliche Anteile der AG gehören, sowie die Behauptung der Klägersei-

23 Köhler, GRUR 2001, 777, 781; v. Ungern-Sternberg, FS Erdmann, 2002, S. 741, 759 Fn. 89; schon zu § 1 UWG a. F.: K. Schmidt, NJW 1983, 543, 544; GK/Teplitzky, § 1 a. F. Rn. 255; vgl. auch Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 8a.

24 §§ 43 Abs. 2, 44 BGB.

25 Zu BGHZ 85, 84, 88 ff.

26 BGHZ 85, 84, 90 ff.

te, der ADAC sei mit der AG personell in vielfacher Hinsicht verflochten und übe geschäftsleitende Befugnisse in der von ihm allein beherrschten Gesellschaft aus. Aus der Stellung des Vereins als Alleinaktionär zieht er die Schlussfolgerung, dass die AG als abhängiges Unternehmen i. S. d. § 17 AktG von dem Verein beherrscht wird. Daraus kann man zwar entnehmen, dass hier offensichtlich an die gesetzliche Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG gedacht ist, nach der von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet wird, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist, woraus nach § 17 Abs. 1 AktG der Umstand der Beherrschung der AG durch den Verein folgt. Aus welchem Grunde der Senat den Verein als Unternehmen i. S. d. §§ 16 ff. AktG ansieht, wird jedoch nicht ausgeführt. Diese Frage kann aber aus der damaligen Struktur der Beteiligungen des Vereins beantwortet werden: Die Beteiligungen bestanden an vier operativ tätigen Gesellschaften.²⁷ Das entsprach der klassischen Situation, die das Recht der verbundenen Unternehmen²⁸ nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenates voraussetzt: Das maßgeblich – in der Regel also mehrheitlich oder als Alleingesellschafter – beteiligte Unternehmen ist – unabhängig von seiner Rechtsform – dann Unternehmen im Sinne der §§ 16 ff. AktG, wenn es außer seiner Beteiligung an einer Gesellschaft noch anderweitige, außerhalb dieser Gesellschaft liegende Interessenbindungen hat, die stark genug sind, die ernsthafte Besorgnis zu begründen, der Gesellschafter könne ihretwegen seinen Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen. Die Möglichkeit einer derartigen Einflussnahme ist sowohl bei einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens als auch dann gegeben, wenn es noch an einer anderen Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.²⁹ Trotz des Vorliegens dieser Voraussetzung und des Bestehens einer Abhängigkeit und der daraus sich ergebenden Beherrschungsmöglichkeit hält es der Senat in wertender Betrachtung nicht für geboten, dem ADAC die wirtschaftliche Tätigkeit der AG als eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i. S. d. §§ 21, 22 BGB zuzurechnen. Dabei legt er seiner Beurteilung nicht die Vorschriften über verbundene Unternehmen und die von ihnen ausgehenden Vermutungswirkungen³⁰ zugrunde, sondern er geht von dem Parteivortrag über ein bestehendes Konzernverhältnis aus. Danach beruht die Ausübung geschäftsleitender Befugnisse in der beherrschten Gesellschaft nicht auf einem Beherrschungsvertrag³¹, sondern bewegt sich im Rahmen eines (einfachen) faktischen Konzernverhältnisses³². Für diesen Fall hält er es für unschädlich, dass die Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen – sieht man von dem Insolvenzschutz (§§ 42 Abs. 2, 51–53 BGB) ab – nicht von gläubigerschützenden Normen flankiert wird. Er sieht zwar, dass sich das Fehlen dieses Schutzes negativ auf die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs der beherrschten AG gegen den herrschenden Verein auswirken kann, der dann entsteht, wenn der Verein einen der Gesellschaft zugefügten Nachteil in der gesetzlichen Frist nicht aus-

27 Vgl. S. 2 Fn. 6: Zwei Aktiengesellschaften und zwei Gesellschaften mbH.

28 §§ 16 ff. AktG.

29 Zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung vgl. BGHZ 69, 334, 337 f. – VEBA-Gelsenberg; BGH, Urt. v. 13.12.1993 – II ZR 89/93, ZIP 1994, 207, 208; zur besonderen Situation der öffentlichen Hand als eines beteiligten Unternehmens vgl. BGHZ 135, 107, 113.

30 §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

31 Vertragskonzern, vgl. §§ 18 Abs. 1 Satz 2, 291 Abs. 1 AktG.

32 §§ 311 ff. AktG.

geglichen oder ihr keinen Rechtsanspruch auf den als Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt hat.³³ Er zeigt sich aber überzeugt davon, dass die gesamtschuldnerische Haftung, die das Gesetz den Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens und unter bestimmten Voraussetzungen auch Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern der beherrschten Gesellschaft auferlegt, als ein äquivalenter Ausgleich für diese Gefahren angesehen werden kann, deren Eintritt letztlich auf dem Fehlen des dem Kapitalgesellschaftsrecht eigenen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungssystems beruht. Bei diesen Ausführungen vermisst man eine Auseinandersetzung mit dem Hintergrund der Haftung der Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Diesen erlegt das Gesetz eine persönliche Verantwortung für die sich aus § 311 Abs. 2 AktG ergebende Pflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft auf, bei deren Verletzung die Schadenersatzfolge aus § 317 Abs. 3 AktG eintritt.³⁴ Die Regelung ist der in § 309 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG für das Unternehmensvertragsrecht getroffenen vergleichbar, die den Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft die Pflicht auferlegt, bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, und ihnen eine Schadenersatzpflicht auferlegt, wenn sie diese Pflicht verletzen. Der gedankliche Zusammenhang, der zwischen der Leitungsmacht des Vorstandes (§ 76 AktG) und den sich daraus ergebenden Pflichten einschließlich Haftung bei deren Verletzung (§ 93 AktG) im Einheitsunternehmen besteht, findet sich im Zusammenspiel der §§ 308, 309 AktG wieder³⁵ und besteht auch unverkennbar zwischen den Regelungen der § 311 Abs. 2 und § 317 Abs. 3 AktG. Die Haftung der Organmitglieder der abhängigen Gesellschaft nach § 318 Abs. 1 und 2 AktG modifiziert lediglich ihre Haftung nach §§ 93, 116 AktG. Ordnet man die Haftungsfolge der jeweiligen Pflichtverletzung zu, zeigt sich, dass die Organmitglieder zusätzlich zu den Pflichten, die der Haftung der §§ 93, 116 AktG im Einheitsunternehmen zugrunde liegen, für diejenigen haften, die sich aus der jeweiligen Konzerngestaltung ergeben. Das gilt auch für die Haftung der Organmitglieder des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft: Sie trifft eine Haftung – bei Unterlassung eines Nachteilsausgleichs nach § 311 Abs. 2 AktG – für Schäden aus den von ihnen veranlassten Maßnahmen i. S. d. § 311 Abs. 1 AktG, der die Organmitglieder der beherrschten Gesellschaft nicht unterliegen. Dazu tritt gesamtschuldnerisch die Haftung des herrschenden Unternehmens. Deren Realisierung ist eben bei einem Verein, der unter der Voraussetzung gegründet worden ist, keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu führen, wegen Fehlens einer Regelung über Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nicht gewährleistet.³⁶ Die wertende Betrachtung des Senates, die gesamtschuldnerische Konzernhaftung der Organmitglieder gleiche das Haftungsdefizit des nicht mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geführten Vereins im Vergleich zu den Gesellschaften aus, wäre wohl anders als geschehen ausgefallen, wenn die vorstehenden Umstände berücksichtigt worden wären. Auch die Ansicht des Senats, die Gesellschaftsgläubiger stünden auf keinen Fall

33 §§ 311 Abs. 2, 317 Abs. 1 AktG.

34 *Kropff*, AktG, 1965, § 317 AktG unter Begründung RegE zu Abs. 3 (S. 419); *Kropff* in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, 1976, § 317 Rn. 36.

35 *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., § 309 Rn. 1.

36 I. E. ebenso *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1056; *Flume* (Fn. 17), § II (S. 114).

schlechter, in der Regel sogar besser da, als wenn ein einzelkaufmännischer Betrieb herrschendes Unternehmen sei³⁷, lässt unberücksichtigt, dass die konzernrechtliche Organhaftung unabhängig von der Realstruktur des herrschenden Unternehmens eingreift. Bei dem Einzelkaufmann, der als natürliche Person seine Geschäfte selbst betreibt, scheidet naturgemäß die Durchführung der Geschäfte durch gesetzliche Vertreter i. S. d. § 317 Abs. 3 AktG aus. Er haftet als Unternehmen i. S. d. § 317 Abs. 1 AktG. Diese Haftung ist wie bei den Personengesellschaften unbeschränkt. Rechtlich kann man daher nicht von einer haftungsrechtlichen Schlechterstellung der Gesellschaftsgläubiger sprechen. Im Rahmen der tatsächlichen Würdigung ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Haftungsbeschränkung und der wirtschaftlichen Größenordnungen im Hinblick auf ihre Haftungspotenz nur der eingetragene Verein und die Kapitalgesellschaften miteinander verglichen werden können. Der Verein soll gerade das zu leisten in der Lage sein, was die Kapitalgesellschaft als herrschendes Unternehmen zu leisten vermag. Einen Vergleich mit der Haftungspotenz des Einzelkaufmannes als Unternehmer lassen diese Überlegungen nicht zu. Der Hinweis des Senates auf den Schutz der Versicherten, der durch die Einschaltung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen eintritt, hat allenfalls fallbezogenen Wert und ist formaljuristischer Natur. Das Gros der von den großen Vereinen gegründeten Gesellschaften unterliegt dieser oder einer vergleichbaren Aufsicht nicht.

3. Die Unterstützung der AG durch den Verein

Die Gründung der AG einschließlich Übernahme des Aktienkapitals, Zahlung von Geldern in den Organisationsfonds sowie Durchführung von Marktsondierungsmaßnahmen und ihre Unterstützung mit Personal, Sach- und Finanzmitteln sowie logistischen Hilfestellungen durch den ADAC wertet der I. Zivilsenat als eigenen, rechtlich nicht verselbständigten Geschäftsbetrieb i. S. d. §§ 21, 22 BGB. Zur Begründung führt er an, es handele sich um planmäßige, auf Dauer angelegte und nach außen gerichtete, d. h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, eigenunternehmerische Tätigkeiten, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielten.³⁸ Diese Kriterien setzen sich aus Merkmalen zusammen, die einmal den unternehmerischen Vereinstyp umschreiben, wie er in der Lehre aufgrund eines typologischen Ansatzes entwickelt worden ist³⁹, und die zum anderen eine begriffliche Abgrenzung vom nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auf subjektiver Grundlage vornehmen, wie das früher vertreten wurde⁴⁰ und teilweise Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat. Der Senat macht keine Ausführungen dazu, aus welchen Gründen die Unterstützungstätigkeit für eine Gesellschaft, deren konzernrechtliche Bindung an den Verein diesen nach seiner Ansicht nicht zu einem Verein mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb macht, als

37 Vgl. dazu *Hemmerich* (Fn. 10), § 9 III 1 c (S. 134 f.).

38 BGHZ 85, 84, 92 ff.

39 *K. Schmidt*, RpfL. 1972, 286, 290 ff.; *ders.*, RpfL. 1988, 45, 46; *ders.*, ZHR 147 (1983), 43, 59; *ders.*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 4 Nr. 4, 5 (S. 104 ff.).

40 Vgl. die Nachweise bei *Soergel/Hadding* (Fn. 18), § 21, 22 Rn. 20 Fn. 63; BGHZ 15, 315, 319 f.

geschäftlicher Betrieb des Vereins anzusehen ist. *K. Schmidt* hat darauf hingewiesen, als Zurechnungsmoment komme wohl nur die Rückverlagerung von Unternehmertätigkeiten von der Tochter-Gesellschaft auf den Verein in Betracht.⁴¹ *Reuter*⁴² kritisiert den I. Zivilsenat mit der Bemerkung, als Anknüpfungspunkt komme allenfalls in Betracht, dass die Übernahme allzu vieler betriebswirtschaftlicher Funktionen durch den Verein auf eine Unterkapitalisierung der ausgegliederten Tochter und damit auf das Bedürfnis ihrer Gläubiger hindeute, im Wege des Durchgriffs den leistungsfähigen Verein als Schuldner in Anspruch zu nehmen. Die Rechtfertigung dieses »wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes« sieht der Senat in dem sog. Nebenzweckprivileg.⁴³ Er ist der Ansicht, das gesamte Bündel der bei der Gründung und der späteren Geschäftstätigkeit der AG gewährten Unterstützungsmaßnahmen gehe über die in § 2 der Satzung des ADAC niedergelegten Vereinsziele und -zwecke nicht hinaus. Die Wahrnehmung der Interessen des Kraftfahrwesens und die Förderung des Schutzes der motorisierten Verkehrsteilnehmer rechtfertige nicht nur die Einrichtung der ADAC-Verkehrswacht sowie andere von dem Verein unmittelbar durchgeführte Maßnahmen, sondern auch das Rechtsschutzversicherungsgeschäft durch die AG, weil es dazu beitrage, Schäden zu beseitigen oder abzumildern, die sich aus der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr ergäben.

IV. Das Verhältnis der Regelung der §§ 21 und 22 BGB zueinander

1. Die Regelung der Vorschriften unter historischem Aspekt

Die gesetzliche Regelung, nach der ein Verein die Rechtsfähigkeit durch Eintragung nur dann erlangen kann, wenn sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, hat historische Gründe. Ihren Schöpfern ging es allein darum, ein Gebilde zu gestalten, das sich von den Zusammenschlussformen des Wirtschaftsrechts abgrenzen ließ. Zu Recht wird daher die missglückte Fassung des Gesetzes dahin interpretiert, dass dieses Rechtsgebilde ein Verein sein sollte, der nicht dem Erwerbs- und Wirtschaftsleben angehörte.⁴⁴ Der Begriff »Zweck«⁴⁵ ist als Leitbild für das Handeln der Vereinsorgane zu verstehen, der »Geschäftsbetrieb« ist das Mittel dieser Art der »Zweckverfolgung«, der die Art und Weise kennzeichnet, in der diese Zielsetzung verwirklicht wird.⁴⁶ Dabei dachte man bei den Gesetzgebungsarbeiten auch bereits an Mischformen, für die es eine Trennungslinie zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Vereinen zu ziehen galt. Die Vereine, bei denen ein

41 NJW 1983, 543, 545; zu diesem Gedanken vergl. schon *dens.*, RpfL. 1972, 343, 349 und später *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § V 1 (S. 130), wobei man nicht annehmen kann, dass die Haupttätigkeit des ADAC unmittelbar in den Dienst der AG gestellt worden ist.

42 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 17), § 21, 22 Rn. 50.

43 BGHZ 85, 84, 93 f.

44 *Staudinger/Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 2 ff.

45 Zu Bildung, Verständnis und Abgrenzung des Begriffes vgl. *K. Schmidt, Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 2 III (S. 29 ff.)

46 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), § 21, 22 Rn. 19.

wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ausschließlichen oder den Hauptzweck bildete, sollten zu den wirtschaftlichen Vereinen zählen. Ein wirtschaftlicher Nebenzweck hingegen sollte der Eintragung als nicht wirtschaftlicher Verein nicht entgegenstehen.⁴⁷ Als Beispiele wurden gemeinnützige, wohltätige oder gesellige Vereine genannt, die ganz nebenbei auch einen kleinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hätten. Es gebe Wohltätigkeitsanstalten, die ein wenig Ökonomie betreiben würden, es gebe gesellige, künstlerische oder gemeinnützige Vereine, die einen unbedeutenden Restaurationsbetrieb nebenbei hätten.⁴⁸ Andererseits hieß es aber auch, eintragungsschädlich könne eine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins sein, die er neben seinen ideellen Zwecken betreibe, um sich hierdurch die zur Erreichung dieser Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.⁴⁹ Die Entwicklung von Vereinen, wie wir sie heute im Rahmen der Professionalisierung und der damit verbundenen Kommerzialisierung im Fußball, Eishockey-Sport und auch Handballsport, aber auch in anderen Lebensbereichen⁵⁰ vorfinden – dazu gehören auch Vereine wie der ADAC, die sich verpflichtet sehen, eine Jahresbilanz aufzustellen und, wie *Reuter*⁵¹ bemerkt, unter dem Einfluss der ADAC-Entscheidung zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt haben, dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar die Öffentlichkeit entzieht –, haben die Vorstellungskraft der Väter des Vereinsrechts sicherlich überstiegen. Offensichtlich sind sie auch bei ihren Überlegungen zum »Nebenzweckprivileg« davon ausgegangen, dass die von ihnen dazu gerechneten Wirtschaftseinheiten unmittelbar im Verein verankert sind und betrieben werden. An die Konstellation der Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe auf Kapitalgesellschaften mit der Folge, dass der Verein zum Holdingverein oder zum herrschenden Unternehmen wird, hat keiner von ihnen gedacht.⁵²

2. Gegenwärtiger Stand der Auslegung der Vorschriften

a) Die Vereinsklassenabgrenzung

Die begrifflichen Abgrenzungsversuche früherer Zeit, die von den im Gesetz verwendeten Ausdrücken des »Zwecks« und des »wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes« ausgegangen sind⁵³, als »subjektive« und »objektive« Theorie bezeichnet werden und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auch Bundesgerichtshofes in eine sog.

47 Mugdan I, S. 604 = Protokolle I, S. 499.

48 Erklärung des Abgeordneten *von Strombeck*, Mugdan I, S 997; vgl. dazu auch *Heckelmann*, AcP 179 (1979), 1, 23 f.

49 Mugdan I, S. 604 = Prot. I, S. 499

50 Vgl. die Aufzählung bei MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 43 ff; Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 27, 29, 32 zu den Wirtschaftsvereinen und Rn. 44 und 45 zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen; auch Staudinger/*Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 16.

51 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 21 unter Hinweis auf *Baums*, Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen – Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, 1997, S. 37; vgl. auch Fn. 19 sowie *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1063.

52 Vgl. MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), vor § 21 Rn. 53 ff; *ders.*, ZIP 1984, 1052, 1054.

53 Vgl. dazu die Darstellung bei Staudinger/*Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 5.

gemischte – subjektiv-objektive – Betrachtungsweise übergeleitet worden sind⁵⁴, gelten im Schrifttum als überholt. Dieses folgt mit gewissen Einschränkungen *K. Schmidt*⁵⁵, der als Ansatzpunkt die Aufgabe des wirtschaftlichen Vereins darin sieht zu unterbinden, dass sich Vereine, die materiell die Voraussetzungen von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften erfüllen, durch die Wahl der Vereinsform den Anforderungen entziehen, die das Gesetz an diese beiden Formen des Zusammenschlusses in Gestalt des Gläubigerschutzes stellt. In diesem Sinne versteht auch der I. Zivilsenat die Regelung des § 22 BGB.⁵⁶ Unter Zugrundelegung eines typologischen Ansatzes bildet *K. Schmidt* drei Fallgruppen wirtschaftlicher Vereine i. S. d. § 22 BGB: Den Haupttyp des unternehmerisch tätigen Vereins sieht er darin, dass planmäßig gegen Entgelt wirtschaftliche Leistungen am Markt angeboten werden (Fallgruppe 1). Aber auch ein Verein, der sich mit unternehmerischer Tätigkeit nur an einen inneren Markt wendet, gehört zum wirtschaftlich tätigen Verein (Fallgruppe 2: Sterbekasse, Buchclub). Nicht eintragungsfähig sind auch die Vereine, die eine genossenschaftliche Kooperation betreiben (Fallgruppe 3: Funktaxi-Fall⁵⁷). Lässt sich ein Verein keiner dieser Gruppen zuordnen, ist er zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen zu rechnen. Etliche Fragen und Einzelheiten dazu sind allerdings umstritten⁵⁸. Zur ADAC-Entscheidung des BGH ist, wie oben bereits angesprochen⁵⁹, anzumerken, dass er für die Definition des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes einige Merkmale übernimmt, mit denen die Lehre den Haupttyp des unternehmerisch tätigen wirtschaftlichen Vereins umschreibt, und dieser Definition die Formulierung hinzufügt, die für die überkommene Abgrenzung des nicht wirtschaftlichen vom wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auf subjektiver Grundlage gebräuchlich war. Es spricht nichts dafür, dass dieser Definitionsinhalt Bedeutung erlangen wird, zumal der I. Zivilsenat materiellrechtlich auf der Grundlage der teleologischen Typenbildung argumentiert.⁶⁰ Im Übrigen verzichtet er ohne Not und unter zweifelhafter Anwendung einer Entscheidung des II. Zivilsenates⁶¹ auf das Merkmal der »Entgeltlichkeit«. Ohne Not geschah das, weil die Versicherungsgesellschaften nur behauptet hatten, die AG habe keine *leistungsgerechte* Vergütung für die Überlassung der Arbeitskraft der Angestellten gewährt. Es wird nicht davon gesprochen, es sei überhaupt keine Vergütung gezahlt worden. Die Anwendung des Funktaxi-Beschlusses des II. Zivilsenates ist zweifelhaft, weil es hier um die Erscheinungsform einer genossenschaftlichen Kooperation (Fallgruppe 3) ging: Es wurde die Eintragung eines kaufmännischen Betriebes zur Ausführung von Hilfsgeschäften für die gewerblichen Unternehmen der Mitglieder angestrebt. Für diesen Auslagerungsfall, der ebenfalls schon eine Hinwendung

54 Vgl. die Nachweise bei Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 21 Fn. 66.

55 RpfL. 1972, 286 ff., *ders.*, RpfL. 1972, 343 ff.; *ders.*, ZHR 147 (1983), 43 ff.; *ders.*, RpfL. 1988, 45 ff.; *ders.*, AcP 182 (1982), 1; *ders.*, Verbandszweck ... (Fn. 18), §§ 4 ff. (S. 89 ff.); *ders.*, NJW 1983, 543.

56 BGHZ 85, 84, 88 f.

57 BGHZ 45, 395.

58 Vgl. dazu MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 9 ff.

59 S. 24.

60 BGHZ 85, 84, 89, 90 f.

61 BGHZ 45, 395, 397.

zur teleologisch begründeten Typenbildung erkennen lässt⁶², hat der II. Zivilsenat das Merkmal der Entgeltlichkeit nicht für erforderlich gehalten. Dem entspräche auch dann nicht die Fallgestaltung im ADAC-Urteil, in dem der Verein einen Teil der Arbeitskraft seiner Angestellten ohne leistungsgerechte Vergütung der AG zur Verfügung gestellt hat, wenn überhaupt keine Vergütung gezahlt worden wäre. Es ist kaum denkbar, mit *K. Schmidt*⁶³ diesen Vorgang als (Rück-)Übertragung von Unternehmenstätigkeiten von der AG auf den Verein zu werten. Dem steht entgegen, dass nicht die Haupttätigkeit des Vereins in den Dienst der AG gestellt worden ist⁶⁴ und dass die Hilfestellung des Personals zu einem Bündel von Unterstützungsleistungen gehörte, das der ADAC der AG gewährte. Davon wurde auch ein Teil der Arbeitskraft seiner Angestellten erfasst.

Einige Autoren sehen für die Abgrenzung des nicht auf eine wirtschaftliche Tätigkeit von dem auf eine wirtschaftliche Tätigkeit gerichteten Vereinszweckes nicht nur den Gläubigerschutz, sondern auch den Mitglieder- und Sozialschutz als maßgebend an.⁶⁵ Es handelt sich um Informations- und Auskunfts- sowie Mitwirkungsrechte und Vermögensschutz für die Mitglieder einerseits und den Schutz der Arbeitnehmer durch das Mitbestimmungsrecht andererseits. Reuter deutet den Gläubigerschutz in erster Linie aus der Einlage der Gesellschafter als Risikobeteiligung, mit der die Gesellschafter zu einer risikobewussten Unternehmenspolitik veranlasst werden sollen. Den Gedanken der Kapitaleinlage als Haftungsgrundlage hält er für unzutreffend. Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsverbindlichkeiten sei das Gesellschaftsvermögen.⁶⁶

b) Das Nebenzweckprivileg

Die Reichweite des Privilegs für eine durch den Verein ausgeübte wirtschaftliche Nebentätigkeit und ihre Abgrenzung von einer wirtschaftlichen Haupttätigkeit sind umstritten. Unter Bezugnahme auf die in der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs abgegebenen Erklärungen⁶⁷ über den *nebensächlichen, geringfügigen* wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist gefordert worden, das Privileg auf eine absolut und objektiv geringfügige wirtschaftliche Nebentätigkeit zu beschränken.⁶⁸ Andere haben summenmäßige Beschränkungen vorgeschlagen, die sie aus bestimmten gesetzlichen Vorschriften hergeleitet haben.⁶⁹ Ferner ist auf das Verhältnis der Verwendung der Einnahmen auf die Verfolgung des ideellen Hauptzwecks und die wirtschaftliche

62 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 6.

63 NJW 1983, 543, 545; RpfL 1972, 343, 349.

64 So *K. Schmidt*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 IV 1 (S. 130).

65 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 13 f., 17 f.; Reuter, ZIP 1984, 1052, 1054 f.; Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 7 f.; i. E. zustimmend *K. Schmidt*, AcP 182 (1982), 1, 23; abweichend *Flume* (Fn. 17), § 4 II 1 Fn. 48.

66 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 11; ders. ZIP 1984, 1052, 1056.

67 Vgl. die Nachweise in Fn. 40.

68 Heckelmann, AcP 179 (1979), 1, 22 ff.

69 Z. B. aus den Vorgängervorschriften der §§ 267, 366 HGB, aus § 53 Abs. 1 S. 2 GenG, § 157a VAG, § 65 AO, vgl. *Mummenhoff*, *Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit*, 1979, S. 134 ff.; *Schwierkus*, *Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein*, 1981, 240 ff.

Nebentätigkeit abgehoben worden.⁷⁰ Auf derartige quantitative Abgrenzungsmerkmale kann jedoch dann nicht abgestellt werden, wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass für eine Regelung andere Wertmaßstäbe in Betracht kommen.⁷¹ Aus der historischen Entwicklung der §§ 21 und 22 BGB ergibt sich der gesetzgeberische Wille, dass ein Verein auch dann eintragungsfähig sein sollte, wenn er »neben seinen idealen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.«⁷² Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass hier auf die qualitative Zweck-Mittel-Relation abgestellt wird und dieser Maßstab auch allein geeignet ist, dem vielfältigen Erscheinungsbild der Vereine gerecht zu werden. Die wirtschaftliche Tätigkeit eines Großvereins kann, bezogen auf seinen ideellen Zweck, andere Ausmaße aufweisen als bei einem mittleren oder kleinen Verein.⁷³ Umstritten ist allerdings, wie die Kriterien dieser qualitativen Zweck-Mittel-Relation auszusehen haben. Entscheidend sei, dass die wirtschaftliche Betätigung der Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks funktional diene. Das heiße, die wirtschaftliche Tätigkeit müsse zur Erhaltung eines zweckentsprechenden Vereinslebens erforderlich sein oder sonst zur Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks vernünftigerweise als unentbehrlich angesehen werden können.⁷⁴ Das komme auch in der Aussage des I. Zivilsenates⁷⁵ zum Ausdruck, ein Verein könne dann als nicht wirtschaftlich geführt angesehen werden, wenn »er zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind«. Andererseits wird es als ausreichend angesehen, dass die wirtschaftliche Mittelbeschaffung dazu dienen soll, die Verfolgung des ideellen Zwecks zu finanzieren, also die Verbindung zwischen wirtschaftlicher Nebentätigkeit und ideellem Hauptzweck nur in der Mittelbeschaffung besteht.⁷⁶ Keiner der Vertreter dieser Ansichten kann sich auf die gesetzliche Entstehungsgeschichte berufen. Wie oben ausgeführt, sind auch in der damaligen Zeit ein engerer Standpunkt und eine weitherzigere Ansicht vertreten worden.⁷⁷ Ob man das Nebenzweckprivileg auf Zweckverwirklichungsbetriebe beschränkt oder mit *Reuter* weiter fasst, wird letztlich als abhängig davon angesehen, ob man die Sperrwirkung des § 22 BGB mit *Reuter* auch auf Minderheitsbeteiligungen erstreckt, die u. U. auch die Eigenvermögensverwaltung erfasst.⁷⁸ Diese Begründung zeigt deutlich, dass das Nebenzweckprivileg als Korrektiv der Strenge oder Großzügigkeit bei der Zulassung nicht wirtschaftlicher Vereine verwendet wird.

70 *Knauth*, JZ 1978, 342 f.

71 BGH, Urt. v. 26.04.2004 – II ZR 155/02, DB 2004, 1200, 1203.

72 Mugdan I, S. 604 = Protokolle I, S. 499.

73 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35.

74 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35; *K. Schmidt*, Rpfl. 1972, 343, 351; *ders.*, Verbandszweck ... (Fn. 18), § 9 I (S. 183 f.); *Hemmerich* (Fn. 10), § 7 II (S. 90); *Reichert/van Look*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 9. Aufl., Rn. 132 f.

75 BGHZ 85, 84, 93.

76 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 19 f.; *ders.* ZIP 1984, 1052, 1061; *Hemmerich* (Fn. 10), § 7 II 1 und 2 (S. 90 und 106 ff.).

77 Vgl. oben unter IV 1.

78 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 36 Fn. 165; *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

c) Externe wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins

Die Ausgliederung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes aus dem Verein in eine Kapitalgesellschaft führt dazu, dass der Geschäftsbetrieb als juristische Person selbstständig und damit eine Trennung vom Verein herbeigeführt wird.

Durch diesen Vorgang wird der Verein Inhaber der Anteile des neuen Rechtsträgers.⁷⁹ Im Schrifttum ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Verein die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft unter derartigen Umständen zuzurechnen und er als ein Verein angesehen werden muss, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. So wird die Ansicht vertreten⁸⁰, eine Beteiligung sei für den Status des nicht wirtschaftlichen Vereins unschädlich. Die Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit sei unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes aber dann geboten, wenn der Verein ein Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne beherrsche. Die Ausübung geschäftsleitender Befugnisse, eines beherrschenden Einflusses oder das treuwidrige Verhalten des Mehrheitsgesellschafters im Tochterunternehmen könne Schadenersatzpflichten auslösen und erfordere einen Gläubigerschutz. Deshalb sei es auch geboten, als Zurechnungskriterium die Abhängigkeit i. S. d. § 17 AktG anzunehmen. Dabei soll dem konzernrechtlichen Unternehmensbegriff keine Bedeutung zukommen, weil dem Verein die aus seinem beherrschenden Einfluss resultierenden Haftungsrisiken zugerechnet werden müssten. Man ist sich auch darüber einig, dass Holdingvereine zu den Wirtschaftsvereinen zu zählen sind.⁸¹ Das Nebenzweckprinzip kann auch in diesen Fällen angewandt werden. Eine große Anzahl von Autoren verneint generell eine Zurechnung.⁸² Ihre Begründung stimmt im Wesentlichen mit derjenigen überein, die oben als formaljuristischer Ausgangspunkt des ADAC-Urteils bezeichnet worden ist.⁸³ Diese Autoren beschränken das Nebenzweckprivileg auf einen objektiv geringfügigen Geschäftsbetrieb unmittelbar im Verein.

79 §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 123 Abs. 3, 149 Abs. 1 UmwG.

80 *K. Schmidt*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 5 (S. 127 f.); *ders.*, *AcP* 182 (1982), 1, 20 ff.; *ders.*, *Rpfl.* 1988, 45, 48 ff.; *ders.*, *Rpfl.* 1972, 343, 349 f.; ihm folgend, aber unter zusätzlicher Heranziehung des Mitglieder- und Sozialschutzes *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 38, 40 ff.; i. E. auch *Reuter*, *ZIP* 1984, 1052, 1053 ff., allerdings mit stark abweichender Begründung und unter Betonung des Mitglieds- und Sozialschutzes; *ders.*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 10 ff., 16, 50.

81 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 36; *K. Schmidt* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 124 ff.).

82 *Mummenhoff* (Fn. 69), S. 153 f.; *Heckelmann*, *AcP* 179 (1979), 1, 48, 56; *Reichert/van Look* (Fn. 74), Rn. 112a; *Hemmerich* (Fn. 10), S. 129 ff.

83 Oben S. 24.

V. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht – Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft

1. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht

*Reuter*⁸⁴ wirft die Frage auf, was den ADAC auf der Grundlage des ADAC-Urteils noch hindern soll, »sich unter dem idealen Etikett der Förderung der Interessen und des Schutzes motorisierter Verkehrsteilnehmer in einen Autoservice-Konzern zu verwandeln«. Ja nicht einmal der Aufbau eines Autohandels oder gar einer Autoproduktion erscheine danach rechtlich noch ausgeschlossen. An anderer Stelle spricht er von einem »mitbestimmungsfreien Autoservice-Konzern« und beklagt, dass sich der Verein zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt habe, »dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar die Öffentlichkeit entzieht«.⁸⁵ Auch *K. Schmidt* zeigt sich mit der Entscheidung des I. Zivilsenates nicht einverstanden. Er kritisiert, dass der Senat das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes mit Rücksicht auf die Haftungsregelung im faktischen Aktienrechtskonzern verneint hat und hält es für inkonsequent, dass er zusätzlich das Nebenzweckprivileg angewandt hat.⁸⁶ Schwerwiegender ist der Vorwurf, das Urteil lasse jede Klarheit darüber vermischen, unter welchen Voraussetzungen das Nebenzweckprivileg geprüft und bejaht werden könne. Es verstoße gegen das Gebot, bestimmte potentiell eintragungsschädliche Aktivitäten auszumachen und nur sie am Nebenzweckprivileg zu messen.⁸⁷

Dem Ansatz, den Gläubigerschutz zum entscheidenden Kriterium zu erheben, um die externe wirtschaftliche Betätigung der Vereine mit einem nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck im Sinne der §§ 21 und 22 BGB sachgemäß zu begrenzen, kann man zustimmen. Er bedarf jedoch zu einer hinreichenden Effizienz des Flankenschutzes durch das Nebenzweckprivileg. Wird dieses Privileg zu weit ausgelegt und zu großzügig gehandhabt, kann der Aufbau von Vereinskonzernen, die dem Ziel der vereinsrechtlichen Regelung des BGB zuwiderlaufen, nicht verhindert werden. Man mag auch noch daran denken, dass die Vereinsmitglieder des vielfältigen Schutzes ihrer Mitgliedschaft entbehren, den die Mitglieder von Gesellschaften – hier insbesondere der Kapitalgesellschaften – genießen. Dieses Schutzes bedarf es jedoch nur dann, wenn der Gläubigerschutz nicht greift.

Im Jahre 1982 war der ADAC als Alleingesellschafter an vier operativ tätigen Gesellschaften beteiligt. Wie bereits dargelegt, erfüllt dieser Tatbestand die Voraussetzungen der Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen.⁸⁸ Mit Rücksicht auf das Gefahrenpotential, das von der Möglichkeit der Beherrschung abhängiger Gesellschaften für deren Gläubiger, aber auch für die Gläubiger des Ver-

84 ZIP 1984, 1052, 1063.

85 MünchKommBGB (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 21 unter Berufung auf *Baums* (vgl. Fn. 51).

86 NJW 1983, 543, 546; *ders.*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 9 II 2 (S. 190 f.).

87 *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 9 III 2 (S. 192).

88 §§ 15 ff. AktG.

eins ausgeht⁸⁹, wird zu Recht bereits die Anwendung des Rechtsgedankens dieser Vorschriften gefordert.⁹⁰ Die Zurechnung darf im Hinblick auf diese Gefahren nicht erst bei der konkreten Wahrnehmung der Leitungsaufgaben als Auswirkung der Beherrschungsmöglichkeit vorgenommen werden. Ob allerdings die Prüfung des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffes als entbehrlich angesehen werden sollte⁹¹, erscheint mir zweifelhaft. Denn hält man allein den Umstand für entscheidend, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, ohne dass der abhängigen Gesellschaft durch die Verfolgung anderweitiger Interessen geschadet werden könnte, müsste konsequenterweise auch die alleinige Mehrheitsbeteiligung für eine Zurechnung ausreichen. Sie wäre dann nur noch in den Grenzen des Nebenzweckprivilegs aufzufangen.

Dem I. Zivilsenat kann daher schon deswegen nicht gefolgt werden, weil die Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen heranzuziehen waren. Davon abgesehen war es – wie bereits dargelegt – verfehlt, die Vorschriften über den faktischen aktienrechtlichen Konzern⁹² nicht greifen zu lassen.⁹³ Das hätte in gleicher Weise für den aktienrechtlichen Vertragskonzern gegolten, wenn ein solcher vorgelegen hätte. Die mit der Regelung des § 291 Abs. 3 AktG für die abhängige Gesellschaft verbundenen Nachteile und die Gefahren, die von der Regelung der §§ 302, 303 AktG für das herrschende Unternehmen ausgehen, können durch die Regelung der §§ 309 f. nicht kompensiert werden.⁹⁴ Im GmbH-Recht werden die Gefahren, die von einer Mehrheitsherrschaft ausgehen, über die Treupflicht des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der Minderheit kompensiert. Deren Verletzung – aufgrund der Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer der abhängigen GmbH kann sie besonders leicht herbeigeführt werden – führt zur Schadenersatzpflicht.⁹⁵ Das bringt Gefahren insbesondere für die Gläubiger der abhängigen GmbH mit sich und schließt Gefahren für die Gläubiger des Vereins als eines Mehrheitsunternehmens keineswegs aus. Vergleichbar ist die Situation bei einer Einpersonen-GmbH bzw. der GmbH, deren Gesellschafter einverständlich handeln. Hier greift zum Schutz insbesondere der Gläubiger der GmbH die Rechtsprechung des II. Zivilsenates zum existenzvernichtenden Eingriff ein.⁹⁶ Die Situation der Gläubiger im GmbH-Vertragskonzern ist nicht anders zu beurteilen.⁹⁷ In all diesen Fallgestaltungen ist in erster Linie der Schutz gefragt, der von den Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen ausgeht. Darüber hinaus besteht zwar ein Schutzbedürfnis auch bei Verwirklichung des konkreten Tatbestandes der Treupflichtverletzung bzw. des existenzge-

89 Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 41; zur Konkretisierung der Gefahren im GmbH-rechtlichen Unternehmensvertrag (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) vgl. BGHZ 105, 324, 335 f. – Supermarkt.

90 K. Schmidt, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 128).

91 So K. Schmidt, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 128); *ders.*, AcP 182 (1982), S. 1, 23.

92 §§ 311 ff. AktG.

93 Abweichend Hemmerich (Fn. 10), S. 134 f.

94 Abweichend Hemmerich (Fn. 10), S. 137 ff.

95 BGHZ 65, 15, 19 ff. – ITT.

96 Vgl. dazu BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan; 150, 61 – Ausfallhaftung; 151, 181 – KBV; BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de.

97 Vgl. dazu BGHZ 105, 324 – Supermarkt.

fährdenden Eingriffs. Würde man hier einen vorbeugenden Schutz gewähren, wäre jede Mehrheits- oder Alleinbeteiligung an einer GmbH unabhängig von der Unternehmenseigenschaft des Vereins i. S. d. §§ 15 ff. AktG betroffen. Die Verwaltung des Vereinsvermögens könnte dann nur noch durch das Nebenzweckprivileg gerettet werden.

Das Nebenzweckprivileg für die wirtschaftliche Tätigkeit in Tochtergesellschaften wird teilweise genauso interpretiert wie dasjenige, das für den Geschäftsbetrieb des Vereins selbst maßgebend sein soll.⁹⁸ So wird für die Anerkennung als Nebentätigkeit durch eine Tochtergesellschaft lediglich verlangt, dass der wirtschaftlichen Tätigkeit des Vereins im Verhältnis zu den nicht wirtschaftlichen Aktivitäten nur eine relativ untergeordnete Bedeutung zukommen darf. Es sei ein Unterschied, ob das DRK den uneigennütigen Einsatz für Menschen in Not finanziere oder ob die Vermarktung humanitärer Dienstleistungen sein Erscheinungsbild bestimme, weil es sich auf die entgeltliche Krankenbehandlung in Krankenhäusern auf Krankentransporte und Rettungsdienste zurückziehe.⁹⁹ Ebenfalls von einheitlichen, aber strengeren Anforderungen geht offenbar *Hadding* aus. Er betont die funktional dienende Rolle, die der wirtschaftlichen Betätigung gegenüber dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zukommt. Er verlangt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit zur Erhaltung eines zweckentsprechenden Vereinslebens erforderlich oder sonst zur Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks vernünftigerweise als unentbehrlich angesehen werden kann.¹⁰⁰ Auch *K. Schmidt* verlangt diesen funktionalen Zusammenhang, der jedoch nur dann erforderlich sein soll, wenn die Organhaftung nach abstrakter oder konkreter Betrachtung eine Gläubigergefährdung nicht ausschließt.¹⁰¹ Der I. Zivilsenat hat diesen von *K. Schmidt* angeführten Gesichtspunkt nicht berücksichtigt. Er hat die von *Hadding* favorisierte Sicht zugrunde gelegt¹⁰², die Subsumtion jedoch in bemerkenswert großzügiger und teilweise pauschaler Weise vorgenommen, die sich eher an der Definition von *Reuter* orientiert, der aber seinerseits dieses Ergebnis der Entscheidung als zu weitgehend ablehnt.¹⁰³ Ob die Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens und der Schutz der motorisierten Verkehrsteilnehmer als Verbraucher den Einstieg in das Rechtsschutzversicherungsgeschäft – und mag es sich auch nur um den Verkehrsrechtsschutz handeln – erfordert, mag man mit Fug und Recht bezweifeln. Anbieter gibt es genügend auf dem Markt. Insoweit besteht keine Versorgungslücke. Eine sachgerechte Beschränkung hätte hier darin gelegen, die Rechte der motorisierten Verkehrsteilnehmer gegenüber den Rechtsschutzversicherern wahrzunehmen.

98 Vgl. zu dem letzteren S. 31 f.

99 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 8, 19; *ders.*, ZIP 1984, 1052, 1059 ff.

100 Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35 f., 43

101 *K. Schmidt*, Verbandszweck ... (Fn. 18), § 9 III 2 (S. 191 f.); auch AcP 182 (1982), 1, 30; ablehnend *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

102 BGHZ 85, 84, 93.

103 *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

2. Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft

Heute ist der ADAC nur noch an der gemeinnützigen ADAC Luftrettung GmbH unmittelbar beteiligt. An den übrigen achtzehn Gesellschaften und deren Töchtern hält er nur noch eine mittelbare Beteiligung über die als Holding fungierende ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH. Unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten ist die Holding Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG, wenn die Anteile dort nicht nur geparkt, sondern auch verwaltet werden.¹⁰⁴ Der ADAC als Inhaber der Anteile der Holding wäre nicht als Unternehmen anzusehen. Die Unternehmenseigenschaft des Inhabers der Holding-Anteile wird – teilweise – nur unter zwei Voraussetzungen bejaht: Entweder werden die in die Holding eingebrachten Gesellschaftsanteile weiter von dem Inhaber der Holding-Anteile verwaltet oder dieser wird in der Holding durch die Ausübung von Leitungsmacht unternehmerisch tätig.¹⁰⁵ Der Streit für den Fall der Ausübung der Leitungsmacht entzündet sich an der Frage, ob der Wegfall der Haftung des Inhabers der Holding-Anteile in den nachgeordneten Gesellschaften Auswirkungen hat. Insoweit wird die Ansicht vertreten, die Ausübung der Leitungsmacht durch den Inhaber der Holding-Anteile könne die Rechte von Minderheitsgesellschaftern beeinträchtigen, soweit solche in den Enkelgesellschaften vorhanden seien.¹⁰⁶ Diese Voraussetzung ist bei den Enkelgesellschaften des ADAC offenbar nicht erfüllt, so dass dieser Gesichtspunkt ohne Bedeutung ist. Da die Haftung des ADAC durch die Zwischenschaltung der Holding entfällt, werden haftungsrechtlich auch die Interessen der Vereinsgläubiger nicht beeinträchtigt. Relevant werden kann allein noch der – vor allem vermögensrechtliche – Mitgliederschutz. Den Vereinsmitgliedern stehen weder Mitwirkungsrechte¹⁰⁷, Informationsrechte noch Mitgliedschaftsrechte in Form der Vermögensrechte zu, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießen.¹⁰⁸ Betätigt sich der Verein wirtschaftlich, werden dem einzelnen Vereinsmitglied jedoch nur die auf den nicht wirtschaftlich tätigen Verein zugeschnittenen Rechte nach §§ 39 ff. BGB zugebilligt, könnte das verfassungsrechtlich bedenklich sein. Insofern kommt der Ansicht erhebliche Bedeutung zu, die den Regelungszweck der §§ 21 f. BGB auch in einem Schutz des Mitgliedschaftsrechtes sieht.¹⁰⁹

104 Hüffer (Fn. 35), § 15 Rn. 10; MünchKommAktG/Bayer, 2. Aufl., 2000, § 15 Rn. 31 m. w. N. in Fn. 101; kritisch zu dieser Unterscheidung und auf die Möglichkeit der Beherrschung durch die Holding abstellend BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, Umbruck S. 5 f. – veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de.

105 MünchKommAktG/Bayer (Fn. 104), § 15 Rn. 31 f.; abweichend Priester, ZIP 1986, 137, 144 f.

106 MünchKommAktG/Bayer (Fn. 104), § 15 Rn. 32.

107 Es ist nicht gänzlich ausgeschlossen, an die Anwendung von BGHZ 83, 129 (Holzmüller) in der Ausgestaltung von BGH, Urt. v. 26. 04. 2004 – II ZR 155/02, DB 2004, 1200 – Gelatine zu denken.

108 BVerfGE 14, 273 – Feldmühle; BVerfGE 100, 289 – DAT/Altana; BVerfG, Beschl. v. 08. 09. 1999 – 1 BvR 301/89ZIP 1999, 1804 –Hartmann & Braun; BVerfG, Beschl. v. 23. 08. 2000 – 1 BvR 147/97, ZIP 2000, 1670, 1671 – Moto-Meter.

109 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 13, 39; ders., ZIP 1984, 1052, 1058 f.; Soergel/Hadding (Fn. 18), Rn. 7, 31.

Folgt man diesem Gesichtspunkt, setzen auch hier die Überlegungen zum Nebenzweckprivileg ein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹¹⁰

Im Bundesministerium der Justiz wird gegenwärtig der »Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts« diskutiert. Die beiden Vorschriften der §§ 21 und 22 BGB werden zu einer einheitlichen Regelung zusammengefasst, die das Nebenzweckprivileg aufnimmt, dem die strengere im Schrifttum vertretene Ansicht zugrunde gelegt wird.¹¹¹

VI. Ergebnis

1. Der ADAC hat sich seit Erlass des ADAC-Urteils deutlich vergrößert und gewandelt. Mitgliederzahl, Bilanzsumme, Anzahl der Gesellschaften mit externer wirtschaftlicher Tätigkeit haben sich erheblich erhöht. Die Satzungsbestimmung über den Vereinszweck ist außerordentlich umfangreich und führt dazu, dass eine Fülle von wirtschaftlichen Aufgaben in Angriff genommen werden kann, die einem auf einen nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck zugeordnet werden können.
2. Das ADAC-Urteil des I. Zivilsenates wird zu Recht angegriffen. Die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsbetriebes der Rechtsschutzversicherung AG ist zu Unrecht verneint worden. Der Tatbestand ist außerordentlich großzügig unter das Nebenzweckprivileg subsumiert worden. Der I. Zivilsenat würde heute seine Zuständigkeit wohl nicht mehr annehmen, weil er nicht mehr in jeder Gesetzesverletzung ein unlauteres Wettbewerbsverhalten i. S. d. § 1 UWG sieht.
3. Das Schrifttum hat sich von der historisch beeinflussten Auslegung der §§ 21 und 22 BGB gelöst. Vorherrschend ist die mit mehr oder minder starken Vorbehalten akzeptierte, von *K. Schmidt* entwickelte Vereinsklassenabgrenzung. Das Nebenzweckprivileg ist überwiegend – auch für den externen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb – anerkannt. Einzelheiten zu Voraussetzungen und Reichweite sind umstritten.
4. Aus heutiger Sicht könnte das ADAC-Urteil keinen Bestand haben. Die externe wirtschaftliche Tätigkeit der ADAC-Rechtsschutzversicherung AG ist mit dem Regelungsziel der §§ 21, 22 BGB nicht vereinbar. Der Tatbestand ist in kaum haltbarer Form unter das Nebenzweckprivileg subsumiert worden.

110 V 1 (S. 34).

111 Die Regelung lautet:

- (1) Ein Verein kann zu jedem nichtwirtschaftlichen Zweck gegründet werden. Dem steht ein eigener wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Vereins nicht entgegen, soweit dieser als Hilfsmittel zur Erreichung des nichtwirtschaftlichen Vereinszwecks dienen und gegenüber der nichtwirtschaftlichen Vereinsbetätigung verhältnismäßig geringfügig sein soll; ein solcher Geschäftsbetrieb führt nicht zur Annahme eines nach Satz 1 unzulässigen wirtschaftlichen Zwecks.
- (2) Ein Verein erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister.

Die moderne Gestaltung des ADAC ist unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Mitgliedschaftsrechts angreifbar. Das Nebenzweckprivileg kann wohl zumindest in Teilen nicht greifen. Wird der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts eines Tages Gesetz, wird der ADAC wesentlich abspecken müssen.

VII. Zusammenfassung

Der ADAC hat seit Erlass des ADAC-Urteils im Jahre 1982 eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht. Sein Mitgliederbestand hat sich mehr als verdoppelt, Gestaltung und Fassung des Vereinszwecks ermöglichen eine Fülle von Serviceleistungen und wirtschaftlichen Betätigungen, die nach der derzeit vorherrschenden Auslegung des Gesetzes von dem sog. Nebenzweckprivileg gedeckt werden. Demgemäß ist die Zahl der über eine Holding verwalteten, im mittelbaren Besitz des Vereins befindlichen Gesellschaften auf 23 angewachsen, die neben der gemeinnützigen »ADAC Luftrettung GmbH« und der »ADAC Stiftung Sport« bestehen. Parallel dazu ist das Bilanzvolumen bei einer insgesamt hervorragenden Eigenkapitalquote auf 1,162 Mrd. € gewachsen.

Diese Entwicklung verdankt der Verein einer großzügigen Rechtsprechung des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes, die durch zwei Umstände bestimmt wird:

- Die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaften wird dem Verein unter Betonung ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht zugerechnet. Die auf der Mehrheitsbeteiligung des Vereins beruhende Abhängigkeit der Gesellschaften wird als Merkmal der Abgrenzung zwischen wirtschaftlich und nicht wirtschaftlich tätigem Verein nicht herangezogen.
- Die vielfältigen Hilfestellungen, die der Verein den wirtschaftlich tätigen Gesellschaften gewährt, wertet der Bundesgerichtshof – unzutreffend – zwar als eigenen Geschäftsbetrieb des Vereins. Dessen Unterhaltung sieht er aber aufgrund des Nebenzweckprivilegs als gerechtfertigt an.

Das moderne Schrifttum erhebt das Erfordernis des Gläubigerschutzes – zum Teil auch zusätzlich des Mitglieder- und Sozialschutzes – zum entscheidenden Kriterium der Abgrenzung, auf dessen Grundlage drei Gruppen wirtschaftlich tätiger Vereine gebildet werden. Vereine, die keiner der Gruppen zugerechnet werden können, gehören zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen. Die Reichweite des Nebenzweckprivilegs ist umstritten. Es wird als Korrektiv der Großzügigkeit oder Strenge angesehen, mit der Vereine als wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich eingeordnet werden. Die Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Tochtergesellschaft wird teilweise generell verneint, teilweise wird die Abhängigkeit als Zurechnungskriterium gewertet. Das Nebenzweckprivileg wird auch hier – in der umstrittenen Reichweite – angewandt.

Der ADAC hat seine unternehmerisch tätigen Gesellschaften heute einer Holding unterstellt, deren Anteile er hält. Unter diesen Umständen kommt ihm keine Unternehmenseigenschaft zu, so dass auch Gläubigerschutzgesichtspunkte ohne Bedeutung sind. Die Zurechnung kann somit nur noch unter mitgliedschaftsrechtlichen – und gegebenenfalls unter sozialrechtlichen – Gesichtspunkten Bedeutung erlangen.

Von der Rechtsprechung ist keine Änderung des status quo zu erwarten. Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes wendet § 1 UWG auf gesetzliche Regelungen, die den Marktzutritt aus Gründen verweigern, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren, nicht mehr an. Er wird daher zu der Regelung der §§ 21 f. BGB keine Aussagen mehr machen. Der für das Vereinsrecht zuständige II. Zivilsenat wird nur dann Gelegenheit zu einer Entscheidung erhalten, wenn ein Registergericht tätig und im Verfahren die Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG notwendig wird. Einzig der Gesetzgeber könnte die Sachlage ändern. Bevor der Referentenentwurf jedoch Regierungsentwurf und Gesetz wird, müssen noch etliche Hürden – u. a. Anhörung und der damit verbundene Einfluss der Lobby – überwunden werden. Etliche der dazu bisher abgegebenen Stellungnahmen lassen Zweifel aufkommen, ob der Entwurf in seiner jetzigen Fassung überleben wird.

VIII. Summary

The ADAC has developed remarkably since the ADAC judgment of 1982. Its membership has more than doubled, the structure and framing of the association's purposes allow for a wide range of service provision and economic activity, which according to the currently dominant interpretation of the law is covered by the ancillary purposes privilege (Nebenzweckprivileg). Accordingly the number of companies managed through a holding in direct ownership of the association has risen to 23, alongside the non-profit "ADAC Luftrettung GmbH" and the "ADAC Stiftung Sport". Alongside this development, the balance sheet values have risen to € 1,162 thousand million with an excellent equity-to-assets ration.

For this development, the association may thank a liberal ruling on the part of the I Civil Senate of the German Federal Supreme Court (BGH), which itself was determined by two circumstances:

- The economic activity of the companies is not attributed to the association in the light of the emphasis of their legal independence. The dependence of companies based on the majority participation of the association is not regarded as a criterion for the division between economic and non-economic associations.
- The varied multiple forms of assistance, which the association provides to the economically active companies, are deemed by the BGH – inappropriately – as the own business operation of the association. However it sees its maintenance as justified by virtue of the ancillary purposes privilege.

Modern (scholarly) literature holds up the necessity for creditor protection – as well as to a degree protection of members and the public interest – as the decisive criterion for distinguishing three groups of economically active associations. Associations which cannot be classified within a group are then non-economic associations. The ambit of the ancillary purposes privilege is subject to dispute. It is regarded as a corrective to the liberality or strictness with which associations are categorised as economic or non-economic. The attribution of economic activities of a subsidiary company is partly blanketly denied, while the dependence is partly regarded as an attribution criterion. The ancillary purposes privilege is also applied here in its disputed ambit.

The ADAC has now placed its economically active associations under a holding company whose shares it holds. Under these circumstances it is not classed as an entrepreneur, so that creditor protection is rendered immaterial. The attribution can thus only be meaningful in terms of legal protection of membership rights and possibly the public interest.

No change in the status quo may be expected from the courts. The I Civil Senate of the BGH no longer applies § 1 UWG to statutory rules denying access to the market on grounds which do not affect unfair competition protection. Therefore it will make no further declaration on the regulations of §§ 21 ff. BGB. The II Civil Senate, responsible for the Law of Associations, will only avail itself of the opportunity for a ruling where a court of record (Registergericht) is involved and if the procedure requires a submission pursuant to § 28 Para 2 FGG. Only the legislator could alter the substantive position. However, before the consultative draft completes the legislative process a number of hurdles have to be overcome, including consultation of, and the inevitable influence by, lobby groups. Several of the opinions so far submitted raise doubts as to whether the draft will survive in its present form.

Die Verbrauchsstiftung – Stiftung auf Zeit

MARCUS LUTTER

I.	Das Problem der Kapitalisierung für die »Ewigkeit«	43	6.	Verwirklichung der Verbrauchsstiftung in der Satzung	50
II.	Zulässigkeit der Gründung einer Verbrauchsstiftung	45	7.	Ergebnis	51
	1. Verbrauchsstiftung und Dauerhaftigkeit	45	III.	Lösungsmöglichkeiten ohne Gestaltung in der Satzung	51
	2. Das Prinzip der Dauerhaftigkeit	45		1. Unmöglichkeit der Erreichung des Stiftungszwecks?	52
	3. Vermögenserhaltung nach den Landesstiftungsgesetzen	46		2. Zulässigkeit der Umstellung bestehender Stiftungen auf »Verbrauch«	53
	4. Sinn und Zweck von Dauerhaftigkeit und Vermögenserhaltung.	47	IV.	Satzungsänderungen	55
	5. Umsetzung durch entsprechende Satzung in den Grenzen der Satzungsautonomie	48		1. Zur Auslegung des Stifterwillens	55
				2. Möglichkeiten der »technischen Umstellung«	57
			V.	Zusammenfassung.	58
			VI.	Summary	58

Stiftung meint Ewigkeit – und voller Bewunderung stehen wir vor Stiftungen wie den Franckeschen Stiftungen zu Halle oder der Zeiss-Stiftung in Oberkochen. Und daher liegt auch dem Stiftungsrecht dieser Ewigkeitsgedanke nahe, wenn nicht gar zugrunde. Aber die Realität ist oft anders. Die Unglücke von Kriegen über Naturkatastrophen bis hin zu Börsenkrächen und schlechten Verwaltern haben das Stiftungsvermögen häufig so dezimiert, dass an eine Erfüllung des Stiftungszweckes und des historischen Stifterwillens nicht mehr zu denken ist. Aber nicht nur das. Auch der Stifterwille selbst kann vor der Ewigkeit kapitulieren: nur Yehudi Menuhin soll lebenslang unterstützt, nur Josef Beuys lebenslang von den lästigen Pflichten der Verwaltung freigestellt sein. Aber beider Leben ist endlich, von Ewigkeit auf Erden kann nicht die Rede sein. Ist solche Stiftung möglich? Und was geschieht mit ihrem Vermögen nach dem Ende des Stiftungszwecks? Soll es dem Staat verfallen, obwohl doch die Endlichkeit vor Augen lag?

Von den Fragen der Endlichkeit, nicht der Ewigkeit, soll daher hier gehandelt werden.

I. Das Problem der Kapitalisierung für die »Ewigkeit«

Die selbständige Stiftung wird definiert als eine rechtsfähige Organisation, die bestimmte, durch ein Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines Vermögens verfolgt, das diesem Zweck dauernd gewidmet ist¹. Der Stifterwille, der sich im Stif-

1 BayObLG NJW 1973, 249; Staudinger/*Rawert*, 13. Aufl., 1995, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 4; MünchKomm/*Reuter*, 4. Aufl., 2001, Vor § 80 Rn. 14; Palandt/*Heinrichs*, 64. Aufl., 2005, Vorb. v. § 80 Rn. 5.

tungsgeschäft bei der Festlegung des Stiftungszweckes manifestiert hat, kann dabei als oberstes Leitprinzip des Stiftungsrechts angesehen werden².

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.07.2002³, das am 01.09.2002 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber ein Tatbestandsmerkmal in den Wortlaut des § 80 Abs. 2 BGB aufgenommen, über dessen Erfordernis seit jeher⁴ Einigkeit bestand: Die Erfüllung des Stiftungszwecks muss *dauerhaft* gesichert erscheinen.

Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur bloßen Spende, Schenkung oder dem Sammelvermögen⁵. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit als selbständige Stiftung rechtfertigt sich erst bei einem organisierten Vermögen, das auch hinreichend Bestand haben soll. Die meisten Landesstiftungsgesetze sehen deshalb auch ausdrücklich vor, dass das eigentliche Stiftungsvermögen, häufig als Grundstockvermögen bezeichnet, erhalten werden muss, der Stiftungszweck also nur aus den *Erträgen* des Vermögens verwirklicht werden soll⁶.

Probleme ergeben sich in der Rechtswirklichkeit aber für solche Stiftungen, die nur (noch) über ein Grundstockvermögen verfügen, dessen Erträge gerade zur Deckung der Verwaltungskosten genügen, zur Verwirklichung des eigentlichen Stiftungszwecks und Stifterwillens aber nichts Nennenswertes (mehr) beisteuern können.

Dieses Problem stellt sich insbesondere für manche betagte Stiftung, da neuen Stiftungen mit einer strukturellen Unterkapitalisierung von vornherein die Anerkennung versagt würde. Wirtschaftlich und ideell sinnvoll sind solche Stiftungen nicht mehr. Viel gravierender noch dürfte aber sein, dass ein solches *totes Kapital* den Stiftungszweck nicht mehr verwirklicht und damit dem Stifterwillen nicht mehr gerecht werden kann.

Im folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob Stiftungen, die einen limitierten Zweck haben oder nur mit einem beschränkten Grundstockvermögen ausgestattet sind, von vornherein befristet errichtet werden können, wobei sie zur Erreichung ihres befristeten Zwecks neben den Erträgen auch das Grundstockvermögen aufbrauchen können. Noch weitergehend soll untersucht werden, ob nicht eine bestehende unterkapitalisierte Stiftung auf »Verbrauch« ihres Grundstockvermögens umgestellt werden kann, um wenigstens für einen gewissen Zeitraum den eigentlichen Stiftungszweck noch erreichen zu können, und wie das ggf. zu geschehen hätte.

2 BVerfGE 45, 73, 85; Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 6; so ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 BayStiftG für die Handhabung des Gesetzes.

3 BGBl. I 2002, 2634.

4 Vgl. etwa MünchKomm/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 15; Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8, jew. m.w.N.

5 Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

6 Z.B.: § 7 Abs. 1 StiftG NW, § 6 Abs. 1 HessStiftG, § 7 Abs. 2 StiftG BW; anders etwa das StiftG Brandenburg; sämtliche Landesstiftungsgesetze sind im Internet abrufbar auf der Seite: <http://www.stiftungen.org/stiftungswesen/index.html>; eingehend: *Carstensen*, Die Erhaltung des Stiftungsvermögens, in: IDW (Hrsg.), Stiftungen, Rechnungslegung, Kapitalerhaltung, Prüfung und Besteuerung, 1997, S. 61 ff.

II. Zulässigkeit der Gründung einer Verbrauchsstiftung

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt eine zeitlich befristete Stiftung gegründet werden kann, die dabei zur Erreichung ihres Zweckes auch das Grundstockvermögen der Stiftung mitverbraucht.

1. Verbrauchsstiftung und Dauerhaftigkeit

Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks wird übereinstimmend so verstanden, dass der Bestand der Stiftung nicht auf Ewigkeit garantiert sein muss⁷. Eine Stiftung mit einem a priori endlichen Zweck, etwa eine Stiftung zur Errichtung oder zum Wiederaufbau eines Kulturdenkmals, wäre, wollte man anders entscheiden, gar nicht anerkennungsfähig. Hier soll unter einer *Verbrauchsstiftung* daher eine Stiftung verstanden werden, die über einen begrenzten Zeitraum hin Leistungen erbringt, etwa Zahlungen zum Aufbau des Kulturdenkmals. Um diese Leistungen aber möglichst groß und effektiv erbringen zu können, soll nach dem Stifterwillen neben den Kapitalerträgen auch der Kapitalstock bis zur Erreichung des Stiftungszwecks (das Denkmal steht) *verbraucht* werden.

2. Das Prinzip der Dauerhaftigkeit

a) Wortlaut des § 80 Abs. 2 BGB

Die Formulierung des § 80 Abs. 2 BGB, wonach die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen muss, gibt keine klare Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Verbrauchsstiftung. Immerhin macht der Wortlaut einerseits deutlich, dass es sich bei der Beurteilung der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks für die Anerkennungsbehörde nur um eine Prognoseentscheidung handeln kann. Zum anderen wird (nur) die *dauernde Erreichung des Zweckes* verlangt, nicht aber der dauernde Bestand der Stiftung. Ist der Stiftungszweck nur vorübergehender Natur, wie die Stiftung zur Errichtung eines Denkmals, kann der Stiftung nicht die Anerkennung allein wegen der *Endlichkeit ihres Zweckes* verwehrt werden. Eine solche Betrachtung wäre vom Wortlaut nicht getragen: Dauerhaftigkeit der *Zweckerreichung* bedeutet nicht zugleich eine Dauerhaftigkeit des Zweckes selbst. Eine zeitlich befristete Stiftung ist mithin möglich⁸.

⁷ Burgard, Das neue Stiftungsprivatrecht, NZG 2002, 697, 699; Schwarz, Zur Neuregelung des Stiftungsprivatrechts (Teil I), DStR 2002, 1718, 1724; Soergel/Neuboff, 13. Aufl., 2000, Vor § 80 Rn. 13; MünchKomm/Reuter (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 16; Erman/Werner, 11. Aufl., 2004, Vor § 80 Rn. 23; Staudinger/Rawert (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

⁸ Erman/Werner (Fn. 7), Vor § 80 Rn. 23; Staudinger/Rawert (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

b) Auswirkungen der Reform des Stiftungsrechts

Gerade in Zeiten zunehmender Verarmung der Staatskassen und abnehmender staatlicher Gemeinwohlpflege blüht das Stiftungswesen mehr denn je und übernimmt zunehmend gesellschaftliche Verantwortung. Exemplarisch kann diese für das Stiftungswesen erfreuliche Entwicklung anhand der Zunahme so genannter Bürgerstiftungen genannt werden⁹. Unter solchen sind Stiftungen zu verstehen, die räumlich begrenzt verschiedenste Aufgaben für das Gemeinwohl übernehmen und dafür ständig Kapital ansammeln¹⁰. Der Reformgesetzgeber hat sich zwar nicht dazu durchgerungen, für diese Stiftungen eigenständige Regelungen zu schaffen, vielmehr hat er es Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, diese Entwicklung der Rechtswirklichkeit mit dem Gesetzesrecht in Einklang zu bringen. Doch hat er mit dem Gesetz vom 14. Juli 2000¹¹ Stiftungen als Instrument privater Gemeinwohlpflege ausdrücklich gefördert¹², was die Attraktivität der Stiftung für privates Engagement noch einmal gesteigert hat. Der Gesetzgeber hat sich bei der Reform also trotz Kenntnis der Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit mit deren Regulierung zurückgehalten.

Allein aus der Tatsache, dass der Bundestag als Reformgesetzgeber nunmehr das Wort *dauerhaft* in den Tatbestand des § 80 Abs. 2 BGB aufgenommen hat, obwohl dieses Merkmal auch vorher schon für die Stiftung Voraussetzung war, kann kein Schluss auf die Unzulässigkeit von Verbrauchsstiftungen gezogen werden: »dauerhaft« ist eben nicht »ewig«, »dauernde Erfüllung des Stiftungszweckes« nicht »Ewigkeit des Stiftungszweckes«¹³.

3. Vermögenserhaltung nach den Landesstiftungsgesetzen

Unabhängig von der Frage einer – wie festgestellt: zulässigen – zeitlichen Befristung des Stiftungszweckes ist aber weiter von Belang, ob dann auch der Verbrauch des Grundstockvermögens zulässig ist. Hierzu sehen die meisten Landesstiftungsgesetze in unterschiedlicher Formulierung, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmend vor, dass das Kapital der Stiftung erhalten werden muss. Gleichzeitig lassen diese Regelungen aber auch Ausnahmen zu. Als insoweit typische Regelung sei hier § 7 Abs. 1 StiftG NW¹⁴ zitiert:

9 Hierzu und insb. zu den rechtl. Problemen: *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, 2. Aufl., 2004, S. 151 ff.

10 Im Internet stehen auf der Seite <http://www.buergerstiftungen.de> vielfältige Informationen zur Verfügung.

11 BGBl. I, 1034 ff.

12 *Rawert* (Fn. 9), S. 153.

13 Das Merkmal »dauerhaft« wurde auf Betreiben des Bundesrats in den Wortlaut aufgenommen – Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks. 14/8765, S. 13; Gegenäußerung der BReg. BT-Drucks. 14/8765, S. 15; ausdrücklich soll eine Baudenkmal-Errichtungs-Stiftung als Verbrauchsstiftung in Ausnahmefällen als rechtsfähig anerkannt werden – Gegenäußerung des BReg. BT-Drucks. 14/8765, S. 15; Rechtsausschuss BT-Drucks. 14/8765, S. 10; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 40 f.

14 Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.06.1977.

»Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten. Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird; die Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde ist erforderlich.«

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass viele Stiftungsgesetze der Länder (noch) nicht an die Neufassungen der Stiftungsrechtsreform angepasst sind¹⁵. In der Literatur gibt es unterschiedliche Ansichten über die Ausgestaltung der neu zu fassenden Landesstiftungsgesetze. *Hüttemann/Rawert*¹⁶ wollen zur Maximierung der *Stifterautonomie* in ihrem Musterentwurf auf die Normierung der Vermögenserhaltung verzichten. Andere¹⁷ halten die *Autonomie der Stiftungen* für wichtiger als die des Stifters und seinen Willen und fordern deshalb, am Vermögenserhaltungsgebot auch in den Neufassungen der Landesstiftungsgesetze festzuhalten. Die bisherige Länderpraxis ist überwiegend der letzteren Ansicht gefolgt¹⁸.

4. Sinn und Zweck von Dauerhaftigkeit und Vermögenserhaltung

Sinn des Merkmals der Dauerhaftigkeit ist neben der oben bereits genannten Abgrenzung zu Sammelvermögen, Spende und Schenkung auch noch ein Schutzgesichtspunkt. Der Rechtsverkehr soll sich erst dann einer von ihrem Initiator unabhängigen eigenständigen Rechtspersönlichkeit gegenüber sehen, wenn wenigstens ein hinreichender Bestand der Stiftung dies rechtfertigt. Hinreichender Bestand aber ist nicht unbegrenzt.

Auch ein zeitlich begrenzter Zweck kann daher für die Errichtung einer Stiftung ausreichen. Entscheidend ist, dass der Stiftungszweck so angelegt ist, dass er nicht durch die einmalige Hingabe oder den bloßen Verbrauch des Stiftungsvermögens erfüllt werden kann. Der Stiftungszweck muss es erfordern, dass der Stiftung das in ihr gebundene Vermögen über einen gewissen Zeitraum erhalten bleibt¹⁹. Schwierig aber bleibt dabei, eine konkrete Grenze für diesen Zeitraum zu ziehen. Letztlich muss im Einzelfall die Frage beantwortet werden, ob die Inanspruchnahme der Rechtsfigur der Stiftung und die Erlangung der Rechtsfähigkeit im Hinblick auf die Dauer als funktionswidrig erscheint oder nicht. Als Beispiele, bei denen sicher keine Funktionswidrigkeit vorläge, kann man etwa eine Stiftung für die Verwundeten eines be-

15 Angepasst sind die StiftG derzeit nur in Brandenburg, Hessen, Berlin, Baden-Württemberg, dem Saarland und Schleswig Holstein.

16 *Hüttemann/Rawert*, Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2002, 2019 ff., 2022.

17 *Backert*, Nochmals: Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2003, 284 ff. und *Carstensen*, Nochmals: Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2003, 286 ff.

18 Lediglich Brandenburg hat auf die Normierung verzichtet, während Baden-Württemberg, Berlin, Hessen, das Saarland und Schleswig Holstein am Vermögenserhaltungsgebot festgehalten haben.

19 *Staudinger/Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

stimmten Kriegen nennen²⁰, aber eben auch den Wiederaufbau der Frauenkirche in Dresden oder die Unterstützung der Dichterin Hilde Domin; alles das sind länger-dauernde, aber a priori endliche Zwecke.

5. Umsetzung durch entsprechende Satzung in den Grenzen der Satzungsautonomie

a) Keine Satzungssperre

Die Satzung ist das Kernstück der Verfassung der Stiftung²¹. Bei der Gestaltung einer Stiftungssatzung ist zwischen dem notwendigen und dem zusätzlichen Inhalt zu unterscheiden. Der Mindestinhalt wird in § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelt. Eine Regelung über die Zulässigkeit des Verbrauchs des Grundstockvermögens einer Stiftung gehört nicht zum Mindestinhalt der Stiftungssatzung. Fraglich ist mithin, ob sie als sonstiger Inhalt der Satzung getroffen werden kann. Das Gesetz mit seinen Vorschriften im BGB behandelt die Frage nicht und die Landesstiftungsgesetze sehen nur teilweise die Möglichkeit ergänzender Satzungsregelungen ausdrücklich vor²². Die Gesetze kennen allerdings keine § 23 Abs. 5 AktG entsprechende Schranke für zusätzliche Regelungen. Die generelle Frage der Zulässigkeit bestimmter zusätzlicher Regelungen muss daher aus dem Rechtscharakter der Stiftung und den zwingenden Normen des Stiftungsrechts beantwortet werden. Charakteristisch für die Stiftung ist, dass sie im Vergleich zu den Rechtsformen des Gesellschaftsrechts eine Vielfalt von möglichen Zwecken aufweist. Hierin ist ein Grund zu sehen weshalb lediglich eine geringe Standardisierung ihrer Organisation besteht. Die Möglichkeit weiterer Regelungen, welche durch den Stifter in die Stiftungssatzung eingefügt werden, ist dem Gedanken der Privatautonomie im Stiftungsrecht mithin immanent. Soll der Verbrauch des Grundstockvermögens möglich sein, liegt eine entsprechende Regelung in der Satzung nahe.

b) Möglicher Satzungsinhalt

Sind weitere Regeln der Satzung über ihren Mindestinhalt hinaus mithin möglich, so bleibt zu klären, ob und inwieweit auch eine Regelung der Satzung über den Verbrauch des Stiftungsvermögens möglich ist. Das bestimmt sich zunächst nach den vorrangigen Vorschriften des Bundesrechts, sodann nach dem Stiftungsrecht der Länder.

aa) Die Vorschrift des § 81 Abs. 1 S. 3 BGB enthält nur Mindestregeln zum Satzungsinhalt, sagt aber nichts über ergänzende Regelungen, verbietet diese aber ganz offenbar auch nicht. Ihre Grenze findet die somit gegebene Gestaltungshoheit nur bei einer Verletzung der Stiftungsidee und bei ihrem Missbrauch. Beides ist hier, bei Endlichkeit des Stiftungszweckes und entsprechendem Vermögensverbrauch nicht gege-

20 MünchKomm/Reuter (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 16 in Anlehnung an Staudinger/Coing, 12. Bearbeitung, 1980, § 80 Rn. 2.

21 Palandt/Heinrichs (Fn. 1), § 81 Rn. 5.

22 Vgl. § 5 Abs. 3 StiftG NW; § 7 HmbAGBGB.

ben. Im Gegenteil: der erlaubten Endlichkeit entspricht die parallele Behandlung des Vermögensstockes, der beim nahenden Ende zum Verbrauch freigegeben wird.

bb) Damit ist nun zu fragen, ob die Landesstiftungsgesetze diese Satzungsautonomie im Kontext von Endlichkeit und Vermögensverbrauch enger sehen und, wenn ja, ob sie das unter den Vorgaben des Bundesrechts überhaupt können.

Nach dem, was oben schon angesprochen wurde, muss man insoweit drei landesgesetzliche Gestaltungen unterscheiden:

(1) In der ersten Variante enthält das entsprechende Landesstiftungsgesetz – entsprechend den Vorschlägen von *Hüttemann* und *Rawert*²³ – keine Aussage zur Vermögenserhaltung. In diesem Falle wird auf diese Weise dem Stifterwillen (Stifterautonomie) bewusst Spielraum auch in Richtung auf die Vermögenserhaltung oder den Verbrauch des Vermögens gegeben. Bei dieser Gestaltung der Landesgesetze kann eine vom Stifter gewollte Endlichkeit des Stiftungszweckes mit dem Verbrauch auch des Stiftungsvermögens in Einklang gebracht werden etwa in der Weise, dass in der betreffenden Stiftungssatzung die Vermögenserhaltung nur bis zum absehbaren Ende des Zweckes angeordnet, sodann aber der Verbrauch zur endgültigen Verwirklichung des Zweckes angeordnet wird. Das entspricht dann ganz und gar dem Stiftungszweck und Stifterwillen.

(2) In der zweiten Variante formuliert das Landesstiftungsgesetz eine Vermögenserhaltungspflicht nach Art des oben zitierten § 7 StiftG NW. Dagegen ist auch unter der Gestaltungsfreiheit des Bundesrechts nichts zu sagen; denn der Satz lautet insgesamt:

»Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten.«²⁴

und gibt mithin ebenfalls der Satzungsautonomie ausdrücklich Vorrang. Auch in dieser Variante wäre also die gleiche Gestaltungshoheit gegeben wie unter der Variante (1), dem Verzicht auf jedes Gebot der Vermögenserhaltung im Gesetz.

Der Wortlaut des Gesetzes ist auch deutlich. Satz 1 legt die Pflicht zur Vermögenserhaltung fest, stellt sie zugleich aber unter den Vorbehalt der Satzung. Selbstverständlich darf die Satzung dabei nicht dem Gebot der Dauerhaftigkeit widersprechen; Zweck, Dauerhaftigkeit in Bezug auf den Zweck und seine Verfolgung sowie der Erhalt des dafür erforderlichen Vermögensstockes müssen in Einklang miteinander stehen.

(3) Die landesgesetzliche Vorschrift enthält aber noch einen weiteren Satz, der lautet:

»Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird; die Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde ist erforderlich.«

23 *Hüttemann/Rawert*, ZIP 2002, 2019 ff.

24 Im Wortlaut ähnlich, in der Sache aber gleich § 7 Abs. 2 StiftG BW, § 3 StiftG Berlin, § 4 Abs. 2 StiftG SchlH, § 7 Abs. 2 StiftG RhLPf.

Dieser Satz 2 ist, wie die sprachliche Trennung von Satz 1 deutlich macht, ganz unabhängig zu sehen. Er behandelt den Fall, dass die Satzung *keine* Regelung enthält. Auch dann soll es aber möglich sein, das grundsätzlich statuierte Gebot der Vermögenserhaltung zu überwinden. Darauf ist in anderem Zusammenhang zurückzukommen.

6. Verwirklichung der Verbrauchsstiftung in der Satzung

Nachdem geklärt werden konnte, dass sowohl nach Bundes- wie nach vielen Landesstiftungsrechten die Endlichkeit eines Stiftungszweckes und der darauf bezogene Verbrauch des Stiftungsstockvermögens beim Auslauf des Stiftungszweckes durch entsprechende Regelung in der Satzung möglich sind, soll nunmehr nach zweckmäßigen Gestaltungen der Satzung gesucht werden. Hier müssen wir wiederum zwei unterschiedliche Situationen unterscheiden:

a) Endlicher Zweck

Im ersten Fall ist der Stiftungszweck per se endlich. Hier geht es also um die oben bereits genannten Beispiele des zu fördernden Menschen und seines Todes oder des Bauwerks, das vollendet ist. Hier könnte eine Formulierung lauten:

»Hat sich der Stiftungszweck erledigt, so ist das restliche Vermögen für einen verwandten Zweck (Beispiel: Gesamtausgabe für Dichter, Grabdenkmal für Musiker; Museums-Saal für Maler; Vortrags- oder Bibliothekssaal für Wissenschaftler) zu verbrauchen und die Stiftung sodann aufzuheben.«

Geht es hingegen um die *bevorstehende* Erledigung des Zweckes, so könnte man formulieren:

»Nähert sich der Stiftungszweck seiner Erledigung, so ist das Stiftungsvermögen insgesamt zur restlichen Zweckerfüllung einzusetzen. Nach seinem vollständigen Verbrauch ist die Stiftung aufzuheben.«

b) Potentiell unendlicher Zweck

In der zweiten Situation ist der Stiftungszweck im Prinzip nicht endlich und könnte bis ans Ende aller Tage verfolgt werden²⁵. Will der Stifter hier Vorsorge treffen für den Fall, dass es zur Verfolgung des Stiftungszweckes notwendig oder zweckmäßig ist, auch das Grundstockvermögen zu verbrauchen, so ist jedenfalls die Festlegung eines festen Termins dafür gewiss ungeeignet. Denn man könnte auf diese Weise den sachlich genau falschen Zeitpunkt festlegen und die durchaus weiterhin zweckvolle Tätigkeit der Stiftung ungewollt erwürgen.

Hier wird es sich empfehlen, die Stiftungsorgane zu ermächtigen, durch übereinstimmenden Beschluss festzustellen, dass der Stiftungszweck nur noch durch den Verbrauch des verbliebenen Vermögens zu verwirklichen ist. Geschieht das in dieser

25 Vgl. Seifart/v. Campenhausen/Hof, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., 1999, § 8 Rn. 10.

Der Auskunftsanspruch von Erben eines deutschen Erblassers gegen eine Stiftung, insbesondere gegen eine Stiftung mit Sitz im Ausland

ULRICH EHRICKE

I.	Einleitung	1	2. Auskunftsanspruch nach §§ 2314, 2325, 242 BGB	7
II.	Problemstellung	2	V. Besonderheiten bei Stiftungen mit Sitz im Ausland	13
III.	Die deutsche Rechtslage	3	1. Der Gerichtsstand	13
	1. Erbrechtliche Auskunftsansprüche	3	2. Anwendbarkeit des Erbstatuts	15
	2. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB	3	VI. Zusammenfassung	16
IV.	Auskunftsansprüche gegen Stiftungen	6	VII. Summary	16
	1. Grundlagen	6		

I. Einleitung

Im Erbfall geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf eine oder auf mehrere Personen über. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, welchen genauen Umfang die Erbschaft hat. Dies ist nicht immer ganz eindeutig, weil der Erbe oft ein erhebliches Informationsdefizit hinsichtlich der bei dem Erbfall bestehenden Aktiva und Passiva hat. Dieses Defizit besteht besonders, wenn Vermögenswerte der Erbmasse im Ausland belegen sind und fraglich ist, welche Verbindlichkeiten des Erblassers dort bestehen, die noch aus der Erbmasse befriedigt werden müssen. Nochmals problematischer wird es, wenn der Erblasser zu Lebzeiten im Ausland eine Stiftung errichtet hat. Es ist nämlich nicht selten, dass die Errichtung von Stiftungen im Ausland – gewollt oder ungewollt – zu einer Benachteiligung von Erben oder Pflichtteilsberechtigten führt. Denn der Stifter mag zwar mit der Errichtung der Stiftung einen bestimmten (gemeinwohlorientierten) Zweck fördern oder bestimmte Angehörige begünstigen wollen, doch beabsichtigt er zugleich – oder er nimmt zumindest billigend in Kauf –, dass mit der lebzeitigen Einbringung von Vermögen in die Stiftung gleichzeitig auch die Ansprüche bestimmter Personen im Erbfall verkürzt werden¹. Die erbrechtliche Dimension des Stiftungsrechts ist zwar bereits in mancher Hinsicht ausgeleuchtet worden², doch sind immer noch einige Fragen weitgehend ungeklärt. Dazu gehört vor allem das Auskunftsrecht des Erben oder der Pflichtteilsberechtigten

1 Für den Fall, dass der Stifter vor Übertragung des der Stiftung zugesicherten Vermögens stirbt, haften hierfür selbst die Erben, Staudinger/*Rawert*, 13. Bearb., 1995, § 82 BGB, Rn. 13.

2 Vgl. aus neuerer Zeit etwa *Steffek*, Die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, 1996; *Förster*, Stiftung und Nachlaß, 2002; *Unterkofler*, Die rechtliche Stellung des Pflichtteilsberechtigten im Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Privatstiftungsrecht, 2003; *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004; *Fröblich*, Die selbständige Stiftung im Erbrecht, 2004.

ten gegenüber Stiftungen im Allgemeinen und gegenüber Stiftungen mit Sitz im Ausland im Besonderen.

II. Problemstellung

Das deutsche Recht enthält eine Reihe verschiedener Vorschriften, die dem Erben oder anderen Personen gegen Dritte Auskunftsansprüche zugestehen, mit Hilfe derer sie den Umfang ihrer erbrechtlichen Ansprüche klären können³. Vor dem Hintergrund der – oft unterschätzten – Anzahl von Stiftungen mit Sitz im Ausland, die von Deutschen errichtet werden⁴, ist fraglich, ob es insoweit Besonderheiten gibt, die sich im Verhältnis des deutschen Erben bzw. Anspruchsberechtigten gegen Stiftungen im Ausland ergeben. Diese Frage soll im Folgenden am Beispiel der Stiftungen liechtensteinischen Rechts untersucht werden, weil derartige Stiftungen aufgrund ihrer erheblichen Freiheit in der Ausgestaltung von wesentlicher praktischer Bedeutung sind⁵. Als Ausgangspunkt mag dabei folgender, in seiner Sachverhaltsgestaltung typischer Fall dienen: Die Beklagte ist eine Privatstiftung liechtensteinischen Rechts, die am 4.5.1995 von einer liechtensteinischen J Trust AG fiduziarisch im Auftrag eines deutschen, später dann am 8.11.1998 in Deutschland verstorbenen Staatsangehörigen gegründet wurde, welcher das ursprüngliche Stiftungskapital von 30.000 CHF aufbrachte. Der Stiftungszweck war die finanzielle Beteiligung an einem SOS-Kinderdorf oder einer ähnlichen gemeinnützigen Einrichtung, die den Namen des Stifters tragen sollte. Aus einer Erklärung des Stifters vom 19.12.1995 ging hervor, dass seine im Testament bedachten Erben, nämlich seine Ehefrau und der einzige Sohn – die Kläger im Verfahren – mit den der Stiftung gewidmeten Vermögenswerten nichts zu tun haben und auch nicht darüber informiert werden sollten. Auch die mit der Gründung der Stiftung beauftragte Gesellschaft wurde ausdrücklich zur Geheimhaltung gegenüber den Klägern verpflichtet, weil der Erblasser nicht wollte, dass sie etwas davon erführen. Schließlich sah § 12 der Stiftungsstatuten vor, dass die Statuten der Stiftung, allfällige Beistatuten und alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Stiftung Außenstehenden, insbesondere auch einer ausländischen Behörde, nicht zur Kenntnis gebracht werden dürfen, es sei denn, dass der Stiftungsrat einstimmig dies als im Interesse der Stiftung oder der Begünstigten gelegen erachte. Der Erblasser hat auch nach der Errichtung der Stiftung weiter Vermögen in die Stiftung eingebracht. Die Kläger, die zugleich nach deutschem Recht pflichtteilsberechtigt waren, haben zunächst vor dem liechtensteinischen Landgericht und dann auf Berufung der Stiftung vor dem Obergericht und schließlich nach Revision der Stiftung vor dem liechtensteinischen OGH u. a. begehrt, dass die Stiftung Auskunft über alle ihr gewidmeten und in sie eingebrachten Vermögenszuwendungen gebe. Dieser Anspruch ist

³ Vgl. zur Übersicht Palandt/*Edenhofer*, 64. Aufl., 2005, § 2027 BGB, Rn. 1 f.

⁴ Seit den 90er Jahren ist ein stetiger Aufwärtstrend bei der Anzahl der neu gegründeten Stiftungen zu vermerken; im Jahr 2004 soll es in Deutschland ca. 11.300 Stiftungen gegeben haben, *Freundl*, DStR 2004, 1509.

⁵ Zur liechtensteinischen Stiftung umfassend nun *Bösch*, Grundlagen des liechtensteinischen Rechts, 2005; ferner vgl. *Berndt*, Stiftung und Unternehmen, 7. Aufl., 2003, S. 184 ff.

ihnen in allen Instanzen zugesprochen worden⁶. Diese Entscheidung ist in der Literatur zu Recht positiv besprochen worden⁷, wobei sowohl das Ergebnis des Liechtensteinischen OGH als auch die genaue Deduktion dieses Ergebnisses aus allgemeinen und rechtsvergleichenden Erwägungen hervorsteicht.

III. Die deutsche Rechtslage

1. Erbrechtliche Auskunftsansprüche

Das deutsche Erbrecht enthält einige verschiedene Vorschriften, die einen Auskunftsanspruch des Erben gegen bestimmte Dritte jeweils bezogen auf unterschiedliche (potentielle) Konfliktsituationen regeln. So kann gemäß § 2027 Abs. 1 BGB der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer und gem. § 2027 Abs. 2 BGB von sonstigen Besitzern von Nachlassgegenständen Auskunft über Nachlassgegenstände begehren; er hat gem. § 2028 BGB einen vergleichbaren Anspruch auch gegen die Hausgenossen des Erben. § 2057 BGB billigt dem Erben gegen seine Miterben einen Auskunftsanspruch über erhaltene Zuwendungen zu, die gem. §§ 2050, 2053 BGB zur Ausgleichung zu bringen sind. Nach § 2127 BGB besteht ein Auskunftsanspruch des Nacherben gegen den Vorerben über den Bestand des Nachlasses. Darüber hinaus ergeben sich Auskunftsansprüche der Erben unter Umständen auch aus § 666 BGB, in den Fällen einer Geschäftsführung ohne Auftrag auch in Verbindung mit §§ 681 und 1959 BGB⁸.

2. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

Trotz dieser relativ hohen Regelungsdichte finden sich durchaus nicht für alle erbrechtlichen Konstellationen entsprechende Auskunftsansprüche. Für diese Fälle ist in Ermangelung eines allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruchs durch eine umfassende Kasuistik der Anspruch auf Auskunftserteilung und/oder Rechenschaftslegung⁹ aus § 242 BGB im Hinblick auf Auskunftsansprüche des Erben konkretisiert worden¹⁰.

6 Zum Sachverhalt s. Fürstlicher Oberster Gerichtshof Liechtensteins, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 101 f. dazu ausführlich *Bösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 55 ff.; *ders.*, Grundlagen des liechtensteinischen Rechts, 2005.

7 *Bösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 55.

8 BGH NJW 1989, 1601; OLG Frankfurt MDR 1966, 503; OLG München MDR 1987, 416; Staudinger/*Bittner*, Neubearb. 2004, § 260 BGB, Rn. 39.

9 Der Begriff der »Rechenschaftslegung« betrifft gegenüber dem Begriff des »Auskunftsanspruchs« speziell eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung und ist eine rechtfertigende, besondere genaue Art der Auskunft, die über die (bloße) Auskunftserteilung hinaus geht, BGHZ 93, 327, 329 f.; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 17.

10 Dazu *Sarres*, ZEV 2001, 225, 226 ff.

a) Allgemeines

Grundsätzlich besteht eine Auskunftspflicht aus § 242 BGB dann, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann¹¹. Das bedeutet, dass allein der Umstand, dass jemand im Besitz von Informationen ist, die auch für den Erben bedeutsam sein können, für sich genommen noch keinen Auskunftsanspruch des Erben begründet.¹² Voraussetzung ist vielmehr in jedem Fall, dass eine Sonderverbindung¹³ zwischen dem Erben und der Person, von der er die Auskunft begehrt, besteht.¹⁴ Zudem hängt eine Pflicht zur Auskunftserteilung dann, wenn die persönliche oder geschäftliche Geheimsphäre berührt ist, von einer Abwägung der gegenläufigen Interessen ab¹⁵. In der Praxis wurden aus § 242 BGB – neben Ansprüchen aus § 2314 BGB – etwa Auskunftsansprüche des Nach- gegenüber dem Vorerben, des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben und den Schenkungsempfänger und für den zugleich pflichtteilsberechtigten Erben gegen den vom Erblasser Beschenkten entwickelt¹⁶. Ferner wird § 242 BGB herangezogen, um dem Nacherben gegen den Vorerben einen Anspruch auf Auskunft zu geben, mittels derer er in Erfahrung bringen kann, an wen der Vorerbe Nachlassgegenstände verschenkt hat¹⁷. § 2287 in Verbindung mit § 242 BGB gibt dem Vertragserben einen Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten¹⁸.

b) Rechtliche Sonderverbindung

Eine erbrechtliche Auskunftspflicht nach § 242 BGB setzt zunächst voraus, dass zwischen den Parteien eine rechtliche Sonderverbindung besteht. Das Erbrecht als bereits bestehende besondere rechtliche Beziehung reicht dabei für eine Sonderbeziehung nicht aus. Inwieweit die rechtliche Sonderverbindung im Erbrecht konkretisiert werden kann, hat die Rechtsprechung bislang weitgehend offen gelassen und sich im Wesentlichen im Einzelfall damit begnügt, anhand bestimmter Darlegungs- und Beweislastregelungen¹⁹ zu entscheiden, ob die geforderte Sonderverbindung vorliegt. Dabei werden die rechtliche Sonderbeziehung als »terminus technicus« sowie die auskunftsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für § 242 BGB in wenigen erbrecht-

11 St. Rspr., siehe die Nachweise bei Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 8; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19; Köhler, NJW 1992, 1477, 1480 f.; Lüke, JuS 1986, 2, 5.

12 BGH NJW 1980, 2463 f.; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 9; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 18.

13 Bezeichnung nach Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 8 f.; auch bereits verwendet bei Gottwald, BB 1979, S. 1783 ff (S. 1784).

14 BGHZ 61, 184; MünchKomm/*Krüger*, 4. Aufl., 2003, § 259 BGB, Rn. 14, 17; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 26, Rn. 37; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 9, 24 m.w.N.; allgemein *Schöne*, Auskunftsansprüche im Erbrecht, Diss. Münster 1982.

15 Gottwald, BB 1979, 1783, 1784; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 21.

16 Nachweise bei MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 31.

17 BGHZ 61, 180, 185; MünchKomm/*Musielak*, 4. Aufl., 2004, § 2287 BGB, Rn. 23.

18 BGH NJW 1986, 1755; Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 26 m.w.N.

19 Dazu vgl. BGHZ 97, 193; BGHZ 61, 185; BGH JR 1990, 16.

lichen Entscheidungen ausdrücklich erwähnt²⁰. Verallgemeinernd lässt sich allerdings feststellen, dass ein Auskunftsverlangen nach § 242 BGB jedenfalls nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn und soweit vom Bestehen des Anspruchs ausgegangen werden kann, zu dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll²¹. Voraussetzung für eine erbrechtliche Auskunftspflicht als unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben mitgeschuldete Nebenverpflichtung ist im Regelfall ein dem Grunde nach bereits feststehender Leistungsanspruch²². Allein die Wahrscheinlichkeit des Bestehens des Anspruchs reicht dabei regelmäßig nicht aus²³; es müssen vielmehr Anhaltspunkte für das Bestehen des behaupteten Anspruches dargetan worden sein²⁴. Typischer Fall eines Auskunftsanspruches aus § 242 BGB ist, wenn der Erbe das Ausmaß einer unzweifelhaft bestehenden Forderung gegen den Anspruchsgegner nicht bestimmen kann und zur Geltendmachung dieser Forderung diese entsprechenden Informationen benötigt.²⁵ Im Rahmen erbrechtlicher Sachverhalte ist allerdings umstritten, ob dabei nur ein bloßer Informationsanspruch oder darüber hinaus auch ein genereller Anspruch des Erben auf Wertermittlung besteht²⁶.

c) Erbe ist ohne Verschulden im Ungewissen

Weitere Voraussetzung für den allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB ist, dass der Erbe ohne Verschulden über Bestehen und Umfang seines Rechtes im Ungewissen ist²⁷. Dabei kommt es darauf an, dass er sich diese Information nicht selbst auf zumutbare Weise verschaffen konnte. Dabei ist ihm zuzumuten, alle ihm zugänglichen Informationsquellen auszuschöpfen²⁸. Lässt er eine Erkenntnismöglichkeit schuldhaft verstreichen, ist ihm daher der Anspruch selbst dann verwehrt, wenn ihm dann jede andere Erkenntnismöglichkeit verschlossen ist²⁹. Für die Bestimmung des dem Schuldner gerade (noch) zumutbaren Aufwandes ist in entscheidendem Maße die Art des Rechtsverhältnisses, auf das der Auskunftsanspruch gestützt wird, maßgeblich³⁰.

20 Siehe *Sarres*, ZEV 2001, 225 mit Verweis auf OLG Hamm, FamRZ 1983, 1279 mit Anm. *Schopp*; BGH NJW-RR 1989, 450; LG Nürnberg-Fürth, ZErB 2001, 5 mit Anm. von *Klug*.

21 Vgl. BGHZ 97, 193.

22 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19; MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 15.

23 BGH JR 1990, 16; *Sarres*, ZEV 2001, 226

24 BGHZ 61, 185.

25 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 19. Geringere Voraussetzungen sind jedoch bei der Ermittlung von Schadensersatzansprüchen anzusetzen, MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 16.

26 Staudinger/*Bittner*, § 260 BGB, Rn. 27, dafür MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 31.

27 Vgl. BGH NJW 1978, 1002; BGHZ 61, 180, 185; OLG Karlsruhe MDR 1972, 424.

28 BGH, WM 1959, 206, 208.

29 Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 12; MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 18.

30 MünchKomm/*Krüger*, § 260 BGB, Rn. 20.

d) Der Auskunftspflichtete

Schuldner des Auskunftsanspruchs ist in der Regel derjenige, gegen den der Leistungsanspruch aus der rechtlichen Sonderbeziehung besteht. Unter Umständen können aber auch Dritte zur Auskunft verpflichtet sein³¹. Demgegenüber soll (speziell) rechenschaftspflichtig sein, wer fremde Angelegenheiten oder jedenfalls solche Angelegenheiten besorgt, die zugleich eigene und fremde sind³². Der Auskunftspflichtete hat die erforderliche Auskunft grundsätzlich zu erteilen, soweit er objektiv dazu in der Lage ist³³. Allein ein übermäßiger Aufwand zur Erteilung der Auskunft, lässt die Verpflichtung nicht entfallen. Die Grenze der Verpflichtung ist erst dort erreicht, wo der wirtschaftliche Aufwand zur Erlangung der Auskünfte in keinem Verhältnis zum Informationsinteresse des Auskunftsberechtigten steht³⁴.

e) Umfang

Die Informationsrechte orientieren sich einzelfallbezogen an den für die erfolgversprechende Rechtsverfolgung unentbehrlichen Angaben. Der erbrechtlich Anspruchsberechtigte soll nicht mehr erfahren als er benötigt, um seinen Anspruch durchsetzen zu können³⁵. Dabei hat die Praxis zwei Fallgruppen gebildet. Bezieht sich der Anspruch lediglich auf eine bestimmte Vermögensposition, z.B. ein Sparvermögen, Wertpapierdepot oder auf den Rückkauf einer bestimmten Lebensversicherung, so ist der Auskunftsanspruch auf die notwendigen Angaben zu diesen Positionen zu beschränken³⁶. Dort, wo sich der Anspruch auf eine zeitraumbezogene Vermögensposition bezieht, die durch Anwachsungen und Abflüsse gekennzeichnet ist, darf eine umfassende Rechenschaftslegung verlangt werden, um alle Ein- und Ausgaben nachvollziehen bzw. überprüfen zu können³⁷.

IV. Auskunftsansprüche gegen Stiftungen

1. Grundlagen

Erbrechtliche Auskunftsansprüche können nach deutschem Recht auch gegen Stiftungen geltend gemacht werden. Dieser Anspruch ist gegen die Stiftung, vertreten durch den Vorstand (§ 86 BGB i.V.m. § 26 BGB)³⁸, zu richten³⁹. Im Einzelnen gelten

31 Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB, Rn. 14.

32 MünchKomm/*Krüger*, § 259 BGB, Rn. 6 m.w.N. zur Rspr.

33 Vgl. *Schöne*, Auskunftsansprüche im Erbrecht, Diss. Münster 1982, S. 151.

34 Vgl. *Sarres*, ZEV 2001, 226.

35 *Sarres*, ZEV 2001, 228.

36 LG Köln, NJW-RR 1990, 13, 14.

37 Siehe etwa BGH WM 1969, 337, 339.

38 MünchKomm/*Reuter*, 4. Aufl., 2001, § 85 BGB, Rn. 8; siehe hierzu auch *Wernicke*, ZEV 2003, 301, 302.

39 Palandt/*Heinrichs*, § 81 BGB, Rn. 9.

die oben genannten Voraussetzungen, insbesondere muss eine rechtliche Sonderverbindung vorliegen, wenn sich der Erbe auf das allgemeine erbrechtliche Auskunftsrecht gegen die Stiftung nach § 242 BGB berufen will. Bisher noch nicht endgültig geklärt ist, ob es für das Bestehen einer rechtlichen Sonderbeziehung zur Stiftung ausreicht, wenn der Erbe zu ihr in einem Näheverhältnis steht. Dieses könnte etwa darin liegen, dass er selbst Begünstigter der Stiftung ist oder dass der Erblasser selbst der Stifter ist. Vor dem Hintergrund der Eigenständigkeit der Stiftung wird man jedoch allein die Stellung des Erben als Destinatär der Stiftung noch nicht ausreichen lassen können. Einen Auskunftsanspruch wird man in dieser Konstellation im Grundsatz vielmehr nur dann bejahen können, wenn ein Hauptanspruch gegen die Stiftung besteht, im Hinblick auf welchen die Auskunft verlangt wird. Die Frage, ob einem Destinatär als Erben unter Umständen ein Auskunftsanspruch gegen die Stiftung zustehen kann, kann beispielsweise maßgeblich davon abhängen, wie die Satzung der konkreten Stiftung im Einzelfall formuliert ist; insbesondere ob die Satzung den Destinatären eigene Leistungsansprüche gegen die Stiftung einräumt oder den Destinatären im Einzelfall ein Anspruch auf ordnungsgemäße Stiftungsverwaltung zuzubilligen ist⁴⁰. Fehlt es an irgendeinem satzungsmäßig verankerten Forderungsrecht dieser Personen, stehen ihnen auch sonst keine zivil- oder verwaltungsrechtlichen Schutzrechte zur Seite⁴¹, auf die sie sich zur Stützung einer auskunftsrechtlich erforderlichen Sonderbeziehung berufen können.

Auch die Stellung als Erbe des Stifters allein reicht nicht aus, eine rechtliche Sonderverbindung zur Stiftung zu begründen, denn nach der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der Stiftung steht der Stifter zu der Stiftung wie ein stiftungsfremder Dritter⁴², so dass der Erbe des Stifters zur Stiftung als Außenstehender zu betrachten ist. Zwar kann sich der Stifter durch die Satzung selbst zum Vorstand oder Vorstandsmitglied einsetzen, dies ändert jedoch nichts daran, dass auch er – wie jedes andere Organmitglied – als Außenstehender der Stiftung gegenübersteht. Daher entsteht auch kein besonderes rechtliches Näheverhältnis des Erben zur Stiftung, das sich als rechtliche Sonderbeziehung im Sinne des erbrechtlichen Auskunftsanspruchs qualifizieren lassen könnte, wenn der Erbe aufgrund entsprechender Regelungen in der Satzung (erbrechtliche Nachfolgeklausel) in die organschaftliche Position des Stifters und die damit verbundenen Rechte eintritt.

2. Auskunftsanspruch nach §§ 2314, 2325, 242 BGB

a) Grundlagen

Besondere Probleme ergeben sich bei einem Auskunftsanspruch gegen eine Stiftung vor dem Hintergrund des ausdrücklich geregelten Auskunftsanspruchs aus § 2314 BGB in Verbindung mit § 2325 BGB. Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann ein Pflichtteilsberechtigter dann, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als

40 Vgl. hierzu *Wernicke*, ZEV 2003, 301, 304; *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 17 f. m.w.N.

41 *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 21.

42 *MünchKomm/Reuter*, § 85 BGB, Rn. 14.

Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Nach § 2325 Abs. 3 BGB ist diese Pflichtteilsergänzung jedoch ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind⁴³. Im Hinblick auf diesen Anspruch ist der ausdrücklich geregelte Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB relevant, wonach dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht zugleich Erbe ist, diesem vom Erben auf Verlangen Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu erteilen ist⁴⁴. Da dieser Anspruch nur einen recht eng gefassten Anwendungsbereich hat, wird er von der Rechtsprechung und Literatur in verschiedener Hinsicht ausgedehnt⁴⁵. So kann etwa der pflichtteilsberechtigter Nichtebe auch gegen den Beschenkten direkt einen Auskunftsanspruch geltend machen⁴⁶, und ebenso wird ein Auskunftsanspruch des pflichtteilsberechtigten Erben gegen den Beschenkten zugelassen⁴⁷. Unterschiede gibt es jedoch in der dogmatischen Begründung dieser Ansprüche. Während die Rechtsprechung des BGH diesen Anspruch auf den allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB stützt und soweit sowohl eine zwischen den Parteien bestehende Sonderrechtsbeziehung fordert als auch voraussetzt, dass sich der Berechtigte die erforderlichen Auskünfte nicht auf andere ihm zumutbare Weise verschaffen kann und der Beschenkte die Auskunft un schwer zu geben vermag⁴⁸, wird in der Literatur auf diese Fälle § 2314 BGB analog angewendet⁴⁹. Die Unterscheidung kann sich in Einzelfällen auswirken, da die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Herausgabe nach § 2314 BGB einerseits und § 242 BGB andererseits nicht völlig identisch sind. Beispielsweise gewährt § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten bereits kraft seines Status den Anspruch, während § 242 BGB verlangt, dass der Auskunftsberechtigte entschuldbar über das Bestehen seines Rechts im Unklaren ist.⁵⁰

b) Errichtung einer Stiftung durch den Erblasser als Schenkung im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB

Sowohl bei der analogen Anwendung des § 2314 BGB als auch bei dem Erfordernis der rechtlichen Sonderbeziehung kommt es im Hinblick auf einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen die Stiftung darauf an, dass diese vom Erblasser Beschenkte ist. Insoweit stellt sich die grundlegende Frage, ob die Errichtung einer Stiftung

43 Siehe MünchKomm/Lange, 4. Aufl., 2004, § 2325 BGB, Rn. 36 ff.; Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB, Rn. 22 ff.

44 Dazu vgl. etwa Coing, NJW 1970, 729; ders., NJW 1983, 1298; Kempfner, NJW 1970, 1633; Dieckmann, NJW 1988, 1809; Sarres, ZEV 1998, 4; ders., ZEV 2001, 225; ders., ZEV 2002, 96; Winkler v. Mohrenfels, NJW 1987, 2557; aus der Kommentarliteratur s. MünchKomm/Frank, 4. Aufl., 2004, § 2314 BGB, Rn. 14 ff.; Staudinger/Haas, 13. Bearb., 1998, § 2314 BGB, Rn. 10.

45 Siehe dazu Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 19 ff.; Palandt/Edenhofer, § 2314 BGB, Rn. 2; allgemein Sarres, ZEV 2001, 225.

46 BGHZ 55, 378; BGHZ 89, 27; BGHZ 107, 203.

47 BGHZ 61, 180; BGH NJW 1986, 127; vgl. auch BGHZ 108, 393.

48 Vgl. BGH NJW 1986, 128.

49 Vgl. Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 24; MünchKomm/Frank, § 2314 BGB, Rn. 10.

50 Staudinger/Haas, § 2314 BGB, Rn. 25.

durch den Erblasser eine Schenkung darstellt und ob und wenn ja, inwieweit spätere Zuwendungen des Stifters an die Stiftung als Schenkungen qualifiziert werden können. Denn nur, wenn die Errichtung der Stiftung und/oder die späteren Zuwendungen durch den Erblasser als Schenkung qualifiziert werden können, kann sich ein Auskunftsanspruch ergeben – sei es aus § 2314 i.V.m. § 2325 BGB jeweils analog oder sei es aus § 242 BGB i.V.m. der sich aus § 2325 BGB ergebenden Sonderverbindung.

Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB stimmt mit dem des § 516 Abs. 1 BGB überein⁵¹. Es ist also erforderlich, dass eine Zuwendung vorliegt, die den Empfänger objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert, und dass eine Einigung zwischen Empfänger und Erblasser darüber besteht, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll (Schenkungsvertrag)⁵². Bedenken bestehen im Hinblick auf die Errichtung einer Stiftung bereits, weil der Abschluss eines Schenkungsvertrages bei der Errichtung einer Stiftung nach §§ 80 ff. BGB zweifelhaft erscheint. Zum einen ist nämlich insoweit unklar, zwischen welchen Parteien überhaupt der Vertrag geschlossen worden sein könnte, denn die Stiftung entsteht nicht mit der Schenkung als solcher, sondern erst mit der landesbehördlichen Anerkennung gem. § 82 S. 1 BGB. Zum anderen handelt es sich bei dem Stiftungsgeschäft des Erblassers gem. §§ 80 Abs. 1, 81 BGB um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung⁵³, also eben nicht um einen Vertrag, und auch nicht mit der künftigen Stiftung⁵⁴. Die Verpflichtung des Stifters zur im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögensübertragung auf die Stiftung ergibt sich erst ipso iure aus § 82 S. 1 BGB nach der landesbehördlichen Anerkennung⁵⁵, mithin nicht aus einer Schenkung⁵⁶. Zwar regelt § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG, dass der Übergang von Vermögen aufgrund eines Stiftungsgeschäfts unter Lebenden als Schenkung unter Lebenden gilt, jedoch erlaubt dies nicht den Schluss, dass im Hinblick auf das Erbrecht entsprechende Wertungen vorzunehmen sind, denn es ist zu beachten, dass aufgrund der Besonderheiten des Steuerrechts steuerrechtliche Aspekte und Wertungen nicht ohne weiteres auf zivilrechtliche Sachverhalte übertragbar sind, da den beiden Normkomplexen unterschiedliche Zweck- und Regelungsrichtungen zugrunde liegen⁵⁷. Zudem stellt die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG für Steuerbelange eine besondere Fiktion auf, so dass der Steuergesetzgeber demnach offenbar selbst von einem anderen (zivilrechtlichen) Grundsatz ausgeht, der im Steuer-

51 RGZ 128, 187, 188; BGHZ 59, 132, 135; BGH NJW 2004, 1382, 1383; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rn. 11; Palandt/Edenhofer § 2325 BGB, Rn. 7; Rawert/Katschinski ZEV 1996, 161, 162.

52 Vgl. nur die soeben Genannten.

53 Hof, in: Seifart/von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., 1999, § 7 Rn. 10 = p. 94; Palandt/Heinrichs, § 80 BGB, Rn. 1; Soergel/Neuhoff, 13. Aufl., 2000, § 80 BGB, Rn. 2; Erman/Westermann, 11. Aufl., 2004, § 80 BGB, Rn. 2; MünchKomm/Reuter, § 80 BGB, Rn. 3.

54 So aber RGZ 5, 138, 144 ff., indes noch vor Inkrafttreten des BGB nach bremischem und gemeinem Recht.

55 Palandt/Heinrichs, § 82 BGB, Rn. 1 a.E.; Rawert/Katschinski, ZEV 1996, 161, 162.

56 Palandt/Heinrichs, § 82 BGB, Rn. 1 a.E.; MünchKomm/Reuter, § 80 BGB, Rn. 14; Erman/Westermann § 80 BGB, Rn. 2; Muscheler, AcP 203 (2003), 469, 473; Rawert/Katschinski, ZEV 1996, 161, 162; Mayer, ZErB 2001, 197, 199.

57 Pahlke/Koenig/Pahlke, Abgabenordnung, 2004, § 4 AO, Rn. 106 ff.

recht eben gerade durch die genannte Fiktion überlagert werden muss⁵⁸. Nach alledem kann die Errichtung einer Stiftung folglich nicht als Schenkung im Sinne des § 2325 BGB bezeichnet werden, so dass § 2325 BGB auf den Fall der Errichtung einer Stiftung nicht unmittelbar anwendbar ist.

aa) § 2325 BGB analog

(1) Allgemeines

In Betracht gezogen werden könnte allerdings eine analoge Anwendung des § 2325 BGB für den Fall der Stiftungserrichtung durch den Erblasser. Voraussetzung dafür ist jedoch in methodischer Hinsicht eine planwidrige Regelungslücke und eine dem Sinn und Zweck des Regelungsziels nach vergleichbare Interessenslage.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 2325 BGB macht bereits deutlich, dass die Annahme einer ausfüllungsfähigen Regelungslücke zutrifft. Bei den Beratungen der zweiten Kommission zum BGB-Entwurf wurden nämlich beide Anträge – sowohl derjenige, die Stiftungserrichtung ausdrücklich unter den (heutigen) § 2325 BGB zu fassen, als auch der Gegenantrag – mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Praxis und die Wissenschaft im Wege der Analogie von selbst zur Anwendung der Bestimmungen über die Schenkung auf das Stiftungsgeschäft kommen würden, sofern eine Notwendigkeit hierfür bestehe⁵⁹.

(2) Vergleichbare Interessenslage

Problematischer ist allerdings, ob eine nach dem Sinn und Zweck des § 2325 BGB vergleichbare Interessenslage zwischen Schenkung und Stiftung besteht.

Normzweck des § 2325 BGB ist es, einer Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblassers entgegenzutreten. Ohne den Schutz der §§ 2325, 2329 BGB liefe das Pflichtteilsrecht Gefahr, seine materielle Bedeutung weitgehend zu verlieren, wenn der Erblasser es über lebzeitige Schenkungen in der Hand hätte, Nachlass und damit Pflichtteilsansprüche zu schmälern⁶⁰. Vergleichbar ist die Schenkung im Sinne des § 2325 BGB mit der Errichtung einer Stiftung insoweit, als in beiden Fällen ein unentgeltlicher Vermögenstransfer zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten stattfindet. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Erblasser eine bereits errichtete Stiftung mit Spenden oder Zustiftungen bedenkt – dies sind unstreitig Fälle des § 2325 BGB⁶¹ – oder ob er eine neue Stiftung errichtet und

58 Vgl. *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 474.

59 Protokolle bei *Mugdán V* pp. 596–598; vgl. ferner die ausführliche Darstellung bei *Rawert/Katschinski*, ZEV 1996, 161, 163 und bei *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 487 ff.

60 BGH NJW 2004, 1382, 1384; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rn. 1; Staudinger/von *Olshausen*, 13. Bearb., 1998, Vorbem. zu §§ 2325 ff. BGB, Rn. 5 ff.; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 1; *Damrau/Riedel/Lenz*, Praxiskommentar Erbrecht, 2004, § 2325 BGB, Rn. 64; *Rawert*, NJW 2002, 3151, 3153.

61 BGH NJW 2004, 1282, 1283; *Damrau/Riedel/Lenz*, § 2325 BGB, Rn. 64; *Rawert/Katschinski*, ZEV 1996, 161, 163; *Schiffer*, NJW 2004, 1565, 1566; *Muscheler*, ZEV 2002, 471, 477 f.

mit seinem Vermögen ausstattet. In beiden Varianten kommt es zu der wirtschaftlichen Schmälerung des Nachlasses, die § 2325 BGB zu verhindern sucht. Eine analoge Anwendung des § 2325 BGB aufgrund des vergleichbaren Sinn und Zwecks des Stiftungsgeschäfts mit der Schenkung ist daher naheliegend⁶². Diese Auffassung hat sich in Rechtsprechung und Literatur mittlerweile gefestigt⁶³. In einer jüngeren Entscheidung hat sich das OLG Dresden allerdings gegen diesen Ansatz gewandt⁶⁴. Es verneint die Unentgeltlichkeit einer pflichtteilsbeeinträchtigenden Spende an eine gemeinnützige Stiftung mit dem Argument, dass eine Zuwendung lediglich treuhänderisch übertragen sei, wenn sie nur zweckgebunden zu verbrauchen sei. Damit scheidet aber eine Schenkung aus, da die empfangende Stiftung (Treuhänder) nicht endgültig bereichert sei im Sinne der §§ 2325, 2369, 516 BGB, so dass ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht bestehe. Dieses Urteil ist harter Kritik ausgesetzt gewesen⁶⁵, und auch der BGH stützte die Auffassung des OLG Dresden in seiner Revision des Falles nicht⁶⁶. Damit hat er breite Zustimmung erhalten⁶⁷. Tragendes Gegenargument ist dabei folgender Gedanke: Die Stiftung als juristische Person besteht nicht um ihrer selbst, sondern um ihres Zweckes willen. Damit bereichert derjenige, der ihr Mittel zu Verwirklichung ihres Zweckes gewährt, sie nicht bloß formal, sondern materiell und endgültig. Dabei ist es gleichgültig, ob der gespendete oder zugestiftete Betrag alsbald oder zu einem späteren Zeitpunkt verbraucht wird, denn eine juristische Person ist nicht von ihrem Zweck zu trennen, daher verwendet sie alles, was diesem Zweck gewidmet ist, für sich⁶⁸. Will sich der Zuwendende seines Vermögens endgültig entäußern – was bei einer Spende oder Zustiftung regelmäßig zutreffen wird –, bereichert er mithin endgültig die Stiftung, und schenkt daher. Bei der Konstruktion einer Treuhand indes behält der Treugeber wirtschaftliches Eigentum am Treuhandvermögen (vgl. § 771 ZPO), hat ein immer bestehendes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 671 Abs. 3 BGB) und hat die Aussicht auf Rückfall des Vermögens im Falle der Treuhänder-Insolvenz (§§ 115, 80 InsO i.V.m. § 667 BGB). Dies entspricht aber gerade nicht dem Bild der Spende oder Zustiftung, so

62 Ganz h.M., vgl. nur RGZ 54, 399; BGH NJW 2004, 1282, 1284; OLG Hamburg OLGE 38, 235, 237; LG Baden-Baden ZEV 1999, 152 m. zust. Anm. *Rawert*; *Staudinger/von Olshausen*, § 2325 BGB, Rn. 39; *MünchKomm/Frank*, § 2325 BGB, Rn. 13; *Palandt/Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 16; *Rawert/Katschinski* ZEV 1996, 161, 163; *Leipold*, JZ 2000, 930, 934; *Otte*, JZ 2004, 973, 974; *Schiffer*, NJW 2004, 1565, 1566; *Mayer*, ZErB 2001, 197, 199. Manche Autoren stimmen zwar in der Regel einer analogen Anwendung zu, erwägen aber Ausnahmen; sie nennen indes keine greifbaren Parameter für eine andere Handhabung, vgl. *Soergel/Dieckmann*, 13. Aufl., 2002, § 2325 BGB, Rn. 33; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl., 1981, § 2325 BGB, Rn. 19.

63 Vgl. *Medicus*, FS Heinrichs, 1988, S. 381 ff.; lediglich sehr frühe Auffassungen wichen hiervon ab: KG OLGE 6 (1902), 330; *Weißler*, DNotZ 1905, 497, 499, jeweils bzgl. Familienstiftungen.

64 OLG Dresden ZEV 2002, 415 ff. m. abl. Anm. *Muscheler*.

65 Siehe insb. *Rawert*, NJW 2002, 3151 ff.; *Muscheler*, ZEV 2002, 417 f.

66 BGH NJW 2004, 1382.

67 *Palandt/Edenhofer*, § 2325 BGB, Rn. 16; *Palandt/Weidenkaff*, § 516 BGB, Rn. 6; *Schiffer*, NJW 2004, 1565; *Otte*, JZ 2004, 973; *Kollhosser*, ZEV 2004, 117; *Hartmann*, ZErB 2004, 179.

68 So schon RGZ 71, 140.

dass die Errichtung einer Stiftung wie eine Schenkung anzusehen ist, die eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 2325 BGB rechtfertigt. Eine später an die Stiftung gegangene Spende oder Zustiftung sind jedenfalls pflichtteilsbeeinträchtigende Schenkungen im Sinne der §§ 2325, 2329, 516 BGB.

c) Zehn-Jahres-Frist gem. § 2325 Abs. 3 BGB

Die erbrechtlichen Folgen der Errichtung einer Stiftung bestehen aber gem. § 2325 Abs. 3 BGB analog nur, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht zehn Jahre vergangen sind. Bei der Berechnung des Fristbeginns nach § 2325 Abs. 3 BGB wird auf den Zeitpunkt der objektiven Leistung des verschenkten Gegenstandes abgestellt⁶⁹. Es kommt damit also auf die auf Rechtsübertragung gerichtete Vollziehungshandlung an, durch die der Erblasser als Schenker den Gegenstand wirklich an den Beschenkten verliert, weil er erst damit das Geschenk auch wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgliedert⁷⁰, damit selbst noch zehn Jahre die Folgen der Schenkung zu tragen hat, damit einen »Genussverzicht« verspürt⁷¹. Bei der Errichtung einer Stiftung ist dieser Zeitpunkt nicht schon mit dem Stiftungsgeschäft gegeben, denn zu diesem Zeitpunkt hat der Stifter (und spätere Erblasser) noch kein Vermögen aufgebracht. Erst mit der behördlichen Anerkennung könnte frühestens an eine Vermögensausgliederung gedacht werden, da dann gem. § 82 S. 1 BGB ein Vermögensübertragungsanspruch der Stiftung gegen den Erblasser entsteht⁷². Um dem Sinn und Zweck des § 2325 BGB auch bei der Errichtung einer Stiftung zu genügen, muss der Berechnungszeitpunkt für die Errichtung einer Stiftung so gewählt werden, dass keine Möglichkeit besteht, den aus § 2325 Abs. 1 BGB Berechtigten zu schädigen. Da im Fall einer Schenkung der Eintritt des Leistungserfolgs für den Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB maßgeblich ist und nicht etwa die Anspruchsentstehung⁷³, kann bei der Errichtung einer Stiftung auch erst die Zuwendung des zugesagten Stiftungsvermögens als fristauslösendes Ereignis im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB in Betracht kommen. Andernfalls hätte der Stifter die Möglichkeit, durch einen langwierigen »Zahlungsprozess«, z.B. durch ständige Zahlungsverweigerung, die Zehn-Jahres-Frist zu verkürzen. Bei mehreren Zuwendungen ist der Zeitpunkt für jeden verschenkten Gegenstand gesondert festzustellen⁷⁴. Das bedeutet, dass eine nach Errichtung der Stiftung unter Lebenden erfolgte Zustiftung nicht auf den Zeitpunkt der Ausstattungszahlung bzw. der Errichtung zurückfällt, sondern für den Zeitpunkt gilt, in dem sie tatsächlich erbracht wird, zumal in dem Fall der späteren Hingabe von Vermögen der Erblasser und die Stiftung zwei voneinander unterschiedliche Rechtssubjekte sind.

69 BGHZ 102, 289, 292; MünchKomm/Lange, § 2325 BGB, Rn. 37.

70 BGHZ 98, 226.

71 BGHZ 102, 289; 125, 395, 398 f.; BGH NJW 1974, 2319.

72 MünchKomm/Reuter, § 82 BGB, Rn. 1.

73 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rn. 53 m.w.N.

74 BGH NJW 1988, 138.

V. Besonderheiten bei Stiftungen mit Sitz im Ausland

1. Der Gerichtsstand

a) § 27 ZPO

Die Ausführungen über Auskunftsansprüche von Erben eines deutschen Erblassers gelten grundsätzlich auch gegenüber Stiftungen, die ihren Sitz im Ausland, insbesondere in Liechtenstein haben, wenn und soweit deutsches Recht Anwendung findet. Die Beantwortung dieser Frage hängt zunächst davon ab, welches Kollisionsrecht das auf die einzelnen Fragen anwendbare Recht bestimmt. In dem entschiedenen Beispielsfall haben die Erben gegen die Stiftung mit Sitz in Liechtenstein vor den liechtensteinischen Gerichten geklagt. Diese haben in Anwendung ihres Kollisionsrechts (Art. 29 Abs. 1 Liechtensteinisches IPR-Gesetz) an das Personalstatut des Erblassers angeknüpft, das nach Art. 10 Abs. 1 Liechtensteinisches IPR-Gesetz das Recht des Staates ist, dem diese Person angehört. Damit wurde im Ergebnis auf deutsches Sachrecht verwiesen, das die Richter auf den entsprechenden Fall angewendet haben⁷⁵.

Die Frage der Zuständigkeit erweist sich damit also als Grundentscheidung dafür, welches Kollisionsrecht angewendet werden kann. Ausländische Rechte mögen zwar grundsätzlich den erbrechtlichen Auskunftsanspruch als Annex zum Erbrecht ansehen, und damit an das Erbstatut anknüpfen, das in der Regel der ausländischen Rechtsordnungen auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes abstellt, doch muss dies nicht in allen Fällen so sein⁷⁶. Weniger klar ist zudem, ob ausländische *leges fori* einen allgemeinen Auskunftsanspruch, der auch für erbrechtliche Konstellationen herangezogen wird, notwendigerweise erbrechtlich qualifizieren, so dass die Gefahr bestehen kann, dass ein Auskunftsanspruch nach fremder *lex fori* möglicherweise abweichend vom Erbstatut angeknüpft werden kann. Um derartige Ungewissheiten zu verhindern, wäre es für die Erben eines deutschen Erblassers vorteilhaft, wenn sie ihren erbrechtlichen Auskunftsanspruch gegen eine ausländische Stiftung vor deutschen Gerichten einklagen könnten. Es ist daher für die Erben eines deutschen Erblassers, die einen Auskunftsanspruch gegen eine vom Erblasser im Ausland errichtete Stiftung geltend machen wollen, vorteilhaft, wenn sich ihnen ein Gerichtsstand in Deutschland eröffnen würde. In Betracht kommt dafür der besondere Gerichtsstand der Erbschaft gem. § 27 ZPO, der auch die Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über Pflichtteilsansprüche regelt⁷⁷. Aufgrund der Konnexität gilt dasselbe auch für die Pflichtteilsergänzungsansprüche nach §§ 2325, 2329 BGB und

75 Das Problem nach liechtensteinischem Recht besteht darin, ob die Verweisung als Gesamtverweisung oder als Sachnormverweisung zu verstehen ist, s. dazu *Hösch*, Liechtensteinische JZ 2003, 57 f.; Liechtensteinischer OGH, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 103 f.; im Ergebnis spielte diese Frage allerdings keine Rolle.

76 So wird etwa im französischen Recht an den letzten Wohnsitz und im US-amerikanischen Recht an das *domicile* angeknüpft.

77 Allgemein *Musielak/Heinrich*, 4. Aufl., 2005, § 27 ZPO, Rn. 3 ff.

für den dazugehörenden Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB⁷⁸. Fraglich ist im Hinblick auf die Auskunftsansprüche von Erben eines deutschen Erblassers gegenüber einer ausländischen Stiftung indes, ob es sich insoweit ebenfalls noch um einen erbrechtlich zu qualifizierenden Annex zu einem erbrechtlichen Anspruch handelt und daher dem Gerichtsstand des § 27 ZPO unterfällt oder ob hier eine andere Qualifikation eingreift, so dass ggf. ein anderer Gerichtsstand eröffnet wäre. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund relevant, dass § 27 ZPO gerade keinen allgemeinen Gerichtsstand der Erbschaft statuieren soll, in dem alle mit einer Erbschaft zusammenhängenden Streitfälle anhängig gemacht werden können. Die Norm soll vielmehr nur eine auf ganz bestimmte Tatbestände beschränkte örtliche Zuständigkeit schaffen.⁷⁹

b) Gleichlauf der Ansprüche

Soweit man den erweiterten Auskunftsanspruch des Erben auch gegen den Beschenkten und darüber hinaus gegen den Errichter einer Stiftung ausdehnt, ist denkbar, dass am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten geklagt wird. Dies ließe sich damit rechtfertigen, dass es inhaltlich um einen Auskunftsanspruch geht, der vornehmlich einen Bezug zu einem schuldrechtlichen Verhältnis, nämlich einer Schenkung bzw. der Errichtung einer Stiftung hat, und dessen Anspruchsgrundlage folglich § 242 BGB ist und damit keinen originären erbrechtlichen Gehalt aufweist, selbst wenn die Sonderverbindung zwischen Erbe und Stiftung auf § 2325 BGB analog basiert. Diesen Weg haben die Kläger im liechtensteinischen Fall offenbar gewählt und haben die Stiftung – als erbrechtlich einem vom Erblasser Beschenkten gleichstehend – an ihrem Sitz in Liechtenstein verklagt⁸⁰.

Entscheidend für die Frage, ob der Auskunftsanspruch am Gerichtsstand der Erbschaft eingeklagt werden kann oder am allgemeinen Gerichtsstand des Auskunftsverpflichteten, ist zunächst, ob der Auskunftsanspruch von dem erbrechtlichen Anspruch, zu dessen Bezifferung der Auskunftsanspruch dienen soll, abgekoppelt und dann anders als erbrechtlich qualifiziert werden kann. Auch wenn der Auskunftsanspruch als Nebenpflicht des erbrechtlichen Anspruchs mit ersterem verbunden sein kann, ist der Auskunftsanspruch ein von einem aus dem Erbrecht hergeleiteten Anspruch zu trennender Anspruch⁸¹. Ist die tatsächliche Durchsetzung des Auskunftsanspruchs aber notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des letzteren, sind beide Ansprüche so eng miteinander verbunden (»Konnexität«), dass auch ihre rechtliche Qualifikation nicht auseinander fallen darf. In einem solchen Fall folgt der

78 MünchKomm-ZPO/Patzina, 2. Aufl., 2000, § 27 ZPO, Rn. 11; Thomas/Putzo, 26. Aufl., 2004, § 27 ZPO, Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 63. Aufl., 2005, § 27 ZPO, Rn. 8; Zöller/Vollkommer, 24. Aufl., 2004, § 27 ZPO, Rn. 8; Stein/Jonas/Roth, § 27 ZPO, Rn. 17; vgl. ferner LG München FamRZ 1978, 364 ff.

79 Stein/Jonas/Roth, 22. Aufl., 2003, § 27 ZPO, Rn. 9.

80 Liechtensteinischer OGH, Liechtensteinische JZ 2003, 100, 101 ff.

81 Der Auskunftsanspruch ist gerade auf die genaue Ermittlung oder Durchsetzung eines erbrechtlich begründeten Anspruchs des Erben oder Pflichtteilsberechtigten gerichtet und ist insoweit auch von diesem »wesensverschieden«, vgl. Sarres, ZEV 2001, 225; Staudinger/Bittner, § 260 BGB, Rn. 16.

Auskunftsanspruch dem »führenden« erbrechtlichen Anspruch, der insofern der »Hauptanspruch« ist.

Dies gilt sowohl für die speziell erbrechtlich geregelten Auskunftsansprüche als auch für den allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Bei letzterem wird dies durch das Erfordernis der »Sonderverbindung« für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs deutlich. Insoweit bestimmt der Charakter der Sonderverbindung die Qualifikation des Auskunftsanspruchs. Das lässt sich auch verfahrensrechtlich durch die Überlegung stützen, dass der Auskunftsanspruch und der dann mittels der verlangten Auskunft präzisierter erbrechtliche »Hauptanspruch« mittels einer Stufenklage gem. § 254 ZPO geltend gemacht werden können, für die sich die Zuständigkeit wegen des »Hauptanspruchs« aus § 27 ZPO ergibt. Es widerspräche dem Sinn einer Stufenklage, wenn für den Hauptanspruch ein anderes Gericht zuständig wäre als für den notwendigen Auskunftsanspruch.

2. Anwendbarkeit des Erbstatuts

Die Kollisionsnormen der *lex fori* bestimmen sodann das auf den Sachverhalt anwendbare Recht. Bei einem Auskunftsanspruch des Erben gegen eine ausländische Stiftung liegt es nahe, dass sich das anwendbare Recht nach dem Erbstatut gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet. Danach ist das Recht des Staates anwendbar, dem der Erblasser zuletzt angehört hat⁸². In der hier zu betrachtenden Fallkonstellation, in der der Erblasser zum Todeszeitpunkt Deutscher war, führt dies zur Anwendung deutschen Rechts. Art. 25 Abs. 1 EGBGB legt zugleich den Grundsatz der Nachlass einheit fest, wonach sich (grundsätzlich) alle erbrechtlichen Fragen nach dem Erbstatut bestimmen⁸³. Hierzu zählen insbesondere der Kreis der gesetzlichen Erben, das Pflichtteilsrecht, die Art des Erwerbes der Erbschaft sowie die Voraussetzungen und Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen⁸⁴. Auch die ausdrücklich im Erbrecht geregelten Auskunftsansprüche sind aufgrund ihrer systematischen Einordnung vom Erbstatut erfasst. Entsprechendes muss ebenfalls für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB gelten, auch wenn er nicht unmittelbar im Erbrecht wurzelt, sondern sich aus einem allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz herleitet. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Konnexität des Auskunftsanspruchs mit dem Sonderverhältnis und der daraus entstehenden Einheitlichkeit des Rechtscharakters und gilt nach den allgemeinen Grundsätzen auch dann, wenn das entsprechende Sonderverhältnis etc. erst noch in Frage steht⁸⁵. Demzufolge unterfallen auch die allgemeinen erbrechtlichen Auskunftsansprüche trotz ihrer dogmatischen Einbettung in eine schuldrechtliche Generalklausel im deutschen Recht dem Erbstatut.

82 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 1 (Vorbemerkung).

83 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 1 und 10, siehe auch *Lorenz*, NJW 1995, 176 ff. (S. 177).

84 Palandt/*Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rn. 10 ff.

85 Vgl. Stein/*Jonas/Roth*, § 27 ZPO, Rn. 9.

VI. Zusammenfassung

Besonderheiten bei Auskunftsansprüchen der Erben eines deutschen Erblassers gegen Stiftungen mit Sitz im Ausland bestehen im Vergleich zu rein nationalen Sachverhalten nicht. Der Auskunftsanspruch ist als erbrechtlicher Anspruch zu qualifizieren, so dass sich der besondere Gerichtsstand des § 27 ZPO eröffnet. Unter Anwendung der *lex fori* wird auf den Auskunftsanspruch das Erbstatut gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB angewendet, der hinsichtlich der Einzelheiten auf das Recht des Staates verweist, dem der Erblasser zuletzt angehört hat. Ist dies das deutsche Recht, so ist im Verhältnis zu ausländischen Stiftungen vor allem ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils analog zu § 2325 BGB relevant, wenn innerhalb von zehn Jahren vor Erbfall vom Erblasser eine Stiftung errichtet worden ist. Denn dies ist als Schenkung im pflichtteilsrechtlichen Sinn einzuordnen. Das deutsche Recht verbindet mit diesem Anspruch einen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB bzw. § 2314 BGB analog, um einen etwaigen Anspruch beziffern zu können.

VII. Summary

This paper addresses the question of whether and how an heir under German law may be granted a right to information against such foundations as have been settled or financially supported by the testator both in Germany and abroad. The German Civil Code (BGB) does not provide a general right to information. Rather it requires either a special legal basis, or according to the principle of good faith a particular link between the individual requesting information and the party obliged to give it.

The right to information has to be qualified as part of the law of succession, so that particular jurisdiction according to § 27 of the German Procedural Code (ZPO) is given. Taking into account the *lex fori*, Art. 25 EGBGB (German code on the application of the BGB) implying the statute of inheritance is applicable as well. The right to information under these circumstances is therefore linked to the testators' citizenship. If – in making use of that rule – German law becomes applicable, § 2325 BGB may prove relevant, as it gives a claim to completion of the legal portion for a disinherited person, provided the testator has made a gift to a third person during the last ten years preceding the case of succession. The creation of a foundation can be classified as a gift in that sense. German legislation associates the claimants' right to completion of the legal portion with a right to information, according to § 242 BGB respectively § 2314 BGB in an analogous application, in order to enable him to substantiate a possible claim on the merits.

Ein neuer Blick auf das ADAC-Urteil*

HARTWIG HENZE

I.	Die Entwicklung des »Club« seit Erlass des ADAC-Urteils	17	IV.	Das Verhältnis der Regelung der §§ 21 und 22 BGB zueinander	28
	1. Einleitende Bemerkungen	17		1. Die Regelung der Vorschriften unter historischem Aspekt	28
	2. Struktur und satzungsgemäßer Vereinszweck	18		2. Gegenwärtiger Stand der Auslegung der Vorschriften	29
	3. Die wirtschaftliche Entwicklung	19	V.	Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht – Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft	34
II.	Die vereinsrechtlich relevanten Gründe des ADAC-Urteils	21		1. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht	34
	1. Der Sachverhalt	21		2. Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft	37
	2. Die Entscheidungsgründe	22	VI.	Ergebnis	38
	3. Stellungnahmen zu dem Urteil und Umdenken in der Wettbewerbsfrage	23	VII.	Zusammenfassung	39
III.	Analyse der Entscheidungsgründe	24	VIII.	Summary	40
	1. Der formaljuristische Ausgangspunkt	24			
	2. Die Problematik der Zurechnung	24			
	3. Die Unterstützung der AG durch den Verein	27			

I. Die Entwicklung des »Club« seit Erlass des ADAC-Urteils

1. Einleitende Bemerkungen

Ein Blick, der unter vereins- und gesellschaftsrechtlichem Aspekt im Jahre 2005 auf das ADAC-Urteil¹ des BGH geworfen wird, das der I. Zivilsenat² im September 1982

* Der Beitrag befasst sich mit dem geltenden Vereinsrecht. Der Entwurf eines Gesetzes zum Vereinsrecht des Bundesministeriums der Justiz – zu finden unter www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Texte/Normen/VereinsrechtRRefE.pdf – vom 25. August 2004 und die dazu abgegebenen Stellungnahmen werden nicht erörtert.

1 BGHZ 85, 84 – ADAC-Verkehrsrechtsschutz (Leitsätze a und b).

2 Nach der Geschäftsverteilung des BGH war und ist der II. Zivilsenat nur für innere Verhältnisse u. a. von Handelsgesellschaften und Vereinen zuständig. Im ADAC-Fall wurde der geltend gemachte Anspruch jedoch auf Wettbewerbsverstöße nach § 1 UWG gestützt, über die der I. Zivilsenat zu entscheiden hat. Allein deren Inhalt wurde teilweise von der Problematik der §§ 21 f. BGB bestimmt. Der I. Zivilsenat war daher für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig. Zwar kann ein Senat ein Verfahren an einen anderen Senat mit dessen Zustimmung abgeben, wenn es für den noch streitigen Teil des Rechtsstreits entscheidend auch auf Fragen aus dessen Zuständigkeitsbereich ankommt und die Abgabe aus besonderen Gründen zweckmäßig erscheint. Die Zweckmäßigkeit aus besonderen Gründen schied hier jedoch aus, weil – zumindest gleich gewichtig – auch über streitige Rechtsfragen aus dem Zuständigkeitsbereich des I. Zivilsenates zu befinden war, vgl. dazu die Leitsätze c und d des Urteils.

erlassen hat und nach dessen rechtlichen Wertungen sich die vereinsrechtliche Gestaltungspraxis seither im Wesentlichen richtet, sollte nicht nur die Entwicklung berücksichtigen, die Rechtsprechung und Lehre in dem Zeitraum von über zwanzig Jahren genommen haben, sondern auch die tatsächlichen Veränderungen ins Auge fassen, die in Sachverhaltsform als Grundlage für eine richterliche Entscheidung heranzuziehen wären. In das Zentrum des Interesses der Aufsatzautoren ist in den letzten Jahren allerdings in erster Linie der Fußballsport gerückt.³ Einige der Vereine haben ihre Lizenzabteilungen ausgegliedert und an die Börse gebracht. Ohne ausgegliederte Wirtschaftsgesellschaften sind die Bundesligavereine gar nicht mehr denkbar, wobei ein Verein mit seinen Gesellschaften einschließlich der in Gestalt einer GmbH & Co. KGaA an die Börse gebrachten Lizenzabteilung in das Straucheln geraten ist.⁴ Gerade diese Entwicklung rückt nachdrücklich die Gefahren in das Blickfeld, die dem Verein, seinen Mitgliedern und Gläubigern, seinen Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, deren Gläubigern und, soweit der Verein nicht Alleingesellschafter ist, deren Minderheitsgesellschaftern drohen.

2. Struktur und satzungsgemäßer Vereinszweck

Forscht man einmal auf der Website des ADAC unter dem Begriff »Das Unternehmen« nach der Struktur des Vereins, so stößt man auf den »Club und seine Tochterunternehmen«. Vergleicht man das hier dargestellte Fakten- und Zahlenmaterial mit den Einzelheiten, von denen der I. Zivilsenat im ADAC-Urteil auszugehen hatte, sieht man die enorme Aufwärtsentwicklung und Ausweitung, die der ADAC bis zum heutigen Tage erfahren hat. Lässt man jedoch auch die Rechtstatsachen einfließen, die *Heermann/Schießl* in ihrer Untersuchung »Der Idealverein als Konzernspitze«⁵ für das Jahr 2000 dargestellt haben, stellt man fest, dass die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre auch an diesem wohlhabenden, an Vermögenspolstern reichen Verein nicht gänzlich spurlos vorübergegangen ist.

Über 6,6 Mio. Mitglieder im Juni 1981 können die Verantwortlichen angesichts einer Zahl von 14,4 Mio. zur Jahrtausendwende und 15 Mio. zum Schluss des Jahres 2004 nur milde lächeln. Vier Unternehmen gehörten ihm in den Jahren 1981 und 1982.⁶ *Heermann/Schießl* berichten für das Jahr 2000, dass der »Club« als Alleingesellschafter an zwei Gesellschaften unmittelbar⁷ und an ca. einem Dutzend mittelbar⁸ beteiligt sei. Im Jahre 2004 findet man achtzehn Einzelgesellschaften, zusätzlich fünf Urenkelinnen und die »ADAC Stiftung Sport«. Parallel dazu ist die Gestaltung der

3 Vgl. dazu die Übersicht bei Erman/*H. P. Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 21 Rn. 5.

4 Borussia Dortmund. Nach verzweifelmtem Suchen scheint der Vereinsvorstand einen türkischen Investor gefunden zu haben, mit dessen Hilfe eine drohende Insolvenz wohl abgewendet werden kann.

5 Veröffentlicht unter www.sportrecht.org – »Onlineaufsätze«.

6 ADAC Rechtsschutzversicherungs-AG; ADAC Verlags-GmbH; ADAC Schutzbrief-AG; ADAC Reise-GmbH.

7 ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH; ADAC Luftrettung GmbH.

8 Über die ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH. Dazu gehören auch die Gesellschaften, die bereits im Jahre 1982 vom BGH genannt worden sind.

Satzung gelaufen: Im ADAC-Urteil heißt es zu deren § 2, Zweck des Vereins sei die Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens und des Motorsports. § 2 in der Fassung vom 04.05.2002 lautet wesentlich ausführlicher:

1. Zweck des Clubs ist die Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens, des Motorsports und des Tourismus. In diesem Sinne wahrt er die Belange der motorisierten Verkehrsteilnehmer und setzt sich unter Berücksichtigung des Natur- und Umweltschutzes für Fortschritte im Verkehrswesen, vor allem auf dem Gebiet des Straßenverkehrs, der Verkehrssicherheit und der Verkehrserziehung ein. Der Club fördert die Luftrettung und tritt für den Schutz der Verkehrsteilnehmer ein. Er nimmt insbesondere deren Interessen als Verbraucher wahr. Der Club wird auf die Verkehrspolitik Einfluss nehmen, im übrigen sich aber jeder parteipolitischen Betätigung enthalten.
2. Der Club setzt sich für die private und berufliche Mobilität seiner Mitglieder und ihrer Familien ein, vertritt ihre Interessen und unterstützt sie auch bei der Erholung, Freizeit und auf Reisen. Er bietet Mitgliederleistungen, insbesondere Hilfe, Rat und Schutz, auch nach Panne, Unfall und Krankheit. Er fördert den Versicherungsschutz seiner Mitglieder.
3. Der Club verfolgt diese seine Zwecke und Ziele in ständigem Austausch von Erfahrungen mit seinen Mitgliedern. Er setzt sich für diese, deren Aufklärung, Beratung und insbesondere deren Schutz als Verbraucher ein.
4. Der Club vertritt die Interessen des deutschen Kraftfahrwesens, des Motorsports und des Tourismus auch dem Ausland gegenüber und wahrt die Belange seiner Mitglieder durch Mitarbeit in den einschlägigen internationalen Verbänden in Zusammenarbeit mit ausländischen Kraftfahrvereinigungen.

3. Die wirtschaftliche Entwicklung

Weitere Zahlen lassen aufhorchen: Im Jahre 2000 betrug das Beitragsaufkommen der Mitglieder ca. 940 Mio. DM (481 Mio. €), 2003 waren es ca. 509 Mio. €. Sie entfallen nach einem festgelegten Schlüssel von 63:37 mit 320,74 Mio. € auf den ADAC München und mit 187,41 Mio. € auf die 18 Regionalclubs. Das Bilanzvolumen betrug im Wirtschaftsjahr 2000 1,81 Mrd. DM (925,44 Mio. €); es hat sich auf 1,162 Mrd. € per 31.12.2003 gesteigert. Das Eigenkapital wuchs von 807 Mio. DM (412,61 Mio. €) im Jahr 2000 auf 709,27 Mio. € im Jahr 2003. Die Eigenkapitalquote stieg somit von 44,5 % im Jahre 2000 auf 61,04 % per 31.12.2003. Der Jahresüberschuss nach Steuern betrug zur Jahrtausendwende 31,8 Mio. DM (16,26 Mio. €), im Jahr 2003 nur 1,09 Mio. € nach 9,68 Mio. € im Jahr 2002. Verantwortlich für diesen Rückgang ist vor allem eine erheblich erhöhte Inanspruchnahme der Pannenhilfe. Die 18 Regionalclubs erzielten 2000 einen Jahresüberschuss von 51,9 Mio. DM (26,54 Mio. €), zum 31.12.2003 waren es 26,02 Mio. €. Auch diese Clubs sind 2003 bei einer Bilanzsumme von 812,16 Mio. € mit einem komfortablen Eigenkapital von 618,81 Mio. € (76,19 %) ausgestattet gewesen.

Die ADAC Luftrettung GmbH erzielte noch im Jahre 2000 einen Jahresüberschuss von 6,3 Mio. DM (3,22 Mio. €), der sich 2002 geringfügig auf 3,74 Mio. € erhöhte,

während sie 2003 einen Jahresfehlbetrag von 4,6 Mio. € erwirtschaftete. Der ADAC macht dafür in erster Linie die angespannte Situation der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherungen verantwortlich. Die Gesellschaft ist jedoch außerordentlich gesund. Einer Bilanzsumme von 119,88 Mio. € steht ein Eigenkapital von 72,323 Mio. € (60,31 %) gegenüber. Auch der Jahresüberschuss der ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH ist stark zurückgegangen: Im Jahr 2000 belief er sich noch auf 198,4 Mio. DM (101,44 Mio. €), ging im Jahr 2002 auf 41,70 Mio. € zurück und schrumpfte noch einmal im Jahre 2003 auf 19,53 Mio. €. Der Betrag schlägt sich im Wesentlichen in der Position erwirtschaftetes Eigenkapital nieder, das sich von 188,72 Mio. € im Jahre 2002 auf 208 Mio. € im Jahre 2003 erhöhte. Bei einer Bilanzsumme von 872,99 Mio. € machte das Eigenkapital 23,86 % aus. Das ist ein geringfügiger Rückgang um 1 % gegenüber dem Vorjahr. Dafür macht der ADAC Umsatzrückgänge in den Sparten Autovermietung und Luftfahrzeugvertrieb sowie einen erheblichen Anstieg der Steuern verantwortlich.

Der ADAC bezeichnet die ADAC-Schutzbrief Versicherungs-AG, die ADAC-Rechtsschutz Versicherungs-AG und die ADAC Verlag GmbH auf seiner Homepage als wichtige Tochtergesellschaften. Ein Vergleich der erwirtschafteten Überschüsse spiegelt die Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik deutlich wider: Mit den Schutzbriefen wurde 2000 noch ein Überschuss von 55,8 Mio. DM (28,53 Mio. €) erwirtschaftet. Dieser schrumpfte über 16,1 Mio. € (2002) auf 10,2 Mio. € zum 31.12.2003 zusammen. Einer Erhöhung des Vertragsbestandes und der damit verbundenen Prämieinnahmen standen gestiegene Schaden- und Ertragssteueraufwendungen gegenüber. Ähnlich verlief es beim Rechtsschutz: 43,4 Mio. DM (22,19 Mio. €) im Jahr 2000 und 22,7 Mio. € im Jahr 2002 waren noch ein komfortables Ergebnis im Vergleich zu den 9,4 Mio. € des Jahres 2003. Ursächlich dafür sollen erhöhte Steueraufwendungen für die Vorjahre gewesen sein. Die Verlag GmbH glitt von 6,3 Mio. DM (3,22 Mio. €) im Jahr 2000 über 2,4 Mio. € im Jahr 2002 auf einen Jahresfehlbetrag von 4,2 Mio. € im Jahr 2003 ab. Der ADAC räumt ein, dass dafür die anhaltende Kaufzurückhaltung und ein Rückgang des Anzeigengeschäftes verantwortlich sind.

Der Verein bietet seinen Mitgliedern ein vielfältiges Serviceprogramm. Es erstreckt sich von Informationsdiensten über Pannen- und Unfallhilfe, Veranstaltungen zum Sicherheitstraining, die Durchführung von Testreihen, Sicherheitsprüfungen von Tunnelbauten, Raststätten und Fähren sowie Preisvergleiche von Waren und Dienstleistungen in den Bereichen Auto und Mobilität bis hin zur Rechtsberatung und Vereinbarung von Einkaufsvorteilen für Vereinsmitglieder mit dem Handel. Die ADAC-Regionalclubs sind über die Bundesrepublik verteilte regionale rechtsfähige Vereine, deren Infrastruktur sich aus 179 Geschäftsstellen, 221 ADAC-Vertretungen, drei Grenzbüros und 18 Telefon-Service-Zentralen zusammensetzt und die in Zusammenarbeit mit 649 Vertragsanwälten und 330 Sachverständigenbüros die Mitglieder betreuen.

Die ADAC Luftrettung GmbH ist die einzige gemeinnützige Tochtergesellschaft des Vereins. Sie unterhält 36 Maschinen, mit denen Notärzte mit Medikamenten, Verbandstoffen etc. zu Verletzten und Verletzte in Krankenhäuser geflogen werden können.

Die zweite Tochtergesellschaft ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH fungiert als Holding. Sie ist zurzeit an 18 Gesellschaften beteiligt. Sie hat u. a. ein-

hundertprozentige Beteiligungen an der ADAC Rechtsschutz Versicherungs-AG, der ADAC Schutzbrief Versicherungs-AG, der ADAC Verlag GmbH und der AD Clubreisen GmbH.⁹ Die beiden zuletzt genannten Gesellschaften (AD Clubreisen GmbH als ADAC Reise GmbH) sind durch die Ausgliederung von Wirtschaftsbetrieben entstanden. Ausgliederungen wurden in der Regel dann vorgenommen, wenn der Geschäftsbetrieb in Form einer Gesellschaft zweckmäßiger und erfolgreicher betrieben werden konnte als in Gestalt einer Abteilung durch den Verein.¹⁰ Für die Gründung der Versicherungsgesellschaften war bedeutsam, dass Versicherungsleistungen aufgrund des Typenzwanges im Versicherungsrecht nur Gesellschaften in der Rechtsform u. a. einer Aktiengesellschaft übertragen werden dürfen.¹¹

II. Die vereinsrechtlich relevanten Gründe des ADAC-Urteils

1. Der Sachverhalt

Mehrere Rechtsschutzversicherer verfolgten mit ihrer Klage u. a. das Ziel, dem ADAC¹² und der in seinem Alleinbesitz befindlichen ADAC Allgemeine Rechtsschutz Versicherungs-AG sowie einem Regionalclub¹³ untersagen zu lassen, ihnen unter Missbrauch der Rechtsform eines Idealvereins Konkurrenz zu machen. Sie legten dar, der ADAC sei gegenüber der AG herrschendes Unternehmen i. S. d. § 17 AktG. Er habe die Gesellschaft unter Einsatz erheblicher Mittel gegründet und unterstütze sie seither ohne leistungsgerechtes Entgelt. Dadurch verstoße er gegen die Bestimmungen der §§ 21 und 22 BGB, da Idealvereine wie der ADAC nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein dürften. Der ADAC trug vor, ein Verstoß gegen die vereinsrechtlichen Bestimmungen des BGB liege nicht vor, weil die Tätigkeit der Gesellschaft und seine Unterstützungsmaßnahmen durch § 2 der Vereinssatzung gedeckt seien, nach dem ihn die Verpflichtung treffe, für die Interessen der motorisierten Verkehrsteilnehmer einzutreten. Der BGH wies das Begehren der Rechtsschutzversicherer zurück.

- 9 Weitere Gesellschaften der ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH: ADAC Autovermietung GmbH; GKS Gesellschaft für Kommunikationsservice mbH; Acta Assistance S. A.; ARC Assistance S. A.; ADAC Fahrsicherheit GmbH; ADAC Service GmbH; AIR LLOYD Luftfahrttechnik GmbH; ADAC Motorsport GmbH; ADAC Finanzdienste GmbH; Aero-Dienst GmbH & Co. KG; ADAC Touring GmbH; Starter Polen sp z o. o.; Dienstleistungszentrum Halle GmbH; Elbe Helicopter Rainer Zemke GmbH & Co. KG; Töchter der ADAC Schutzbrief Versicherungs-AG: ARISA Assurances S. A.; Real Garant AG; Tochter der ADAC Verlag GmbH: Carto Travel GmbH & Co. KG; Tochter der ADAC Fahrsicherheit GmbH: ADAC Fahrsicherheitszentrum Berlin-Brandenburg GmbH; Tochter der ADAC Service GmbH: Service 24 GmbH & Co. KG
- 10 *Hemmerich*, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, 1982, S. 21; *Heermann/Schießl*, Der Idealverein als Konzernspitze, veröffentlicht unter www.sportrecht.org – »Onlineaufsätze« – S. 6.
- 11 § 7 Abs. 2 VAG.
- 12 ADAC Allgemeiner Deutscher Automobil-Club e. V. München.
- 13 Damals: ADAC Gau Niederrhein e. V.

2. Die Entscheidungsgründe

Der I. Zivilsenat geht davon aus, dass ein Verein, der in das Vereinsregister eingetragen worden ist, weil sein Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, gegen § 1 UWG verstößt, wenn sein tatsächlicher Zweck entgegen der satzungsrechtlichen Regelung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb abzielt.¹⁴ Ein wettbewerbswidriges Verhalten ist allein deswegen verneint worden, weil das Verhalten des ADAC einmal nicht als wirtschaftliche Tätigkeit und zum anderen als durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckt angesehen worden ist.¹⁵ Dieses Ergebnis stützt der Senat auf drei Überlegungen:

1. Die Gründung einer AG durch den ADAC und das Betreiben des Versicherungsgeschäftes durch diese stünden nicht in Widerspruch zu den §§ 21 und 22 BGB. Dem Zweck dieser Vorschriften, eine wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen wegen des weitgehenden Fehlens gläubigerschützender Regelungen grundsätzlich zu unterbinden und nur in untergeordnetem, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienendem Umfang zuzulassen, sei genügt, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit durch eine juristisch und organisatorisch selbständige Gesellschaft des Handelsrechts betrieben werde, möge diese auch von einem Idealverein wie dem ADAC gegründet worden sein und mit dessen Unterstützung wirtschaftliche Geschäfte betreiben.
2. Die Abhängigkeit der Gesellschaft vom ADAC und ihre mögliche Beherrschung durch ihn falle auch unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, namentlich der AG, nicht ins Gewicht, weil der ADAC Dritten gegenüber nicht am Rechtsverkehr teilnehme. Zwischen der AG und dem ADAC bestehe lediglich ein faktischer Konzern. Die Gefährdung der Gläubigerinteressen, die aufgrund der Haftung des Vereins nach § 317 AktG wegen des Fehlens von Gläubigerschutzregelungen eintrete, werde weitgehend durch die gesamtschuldnerische Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens und von Vorstand und Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft¹⁶ ausgeglichen. Die Gläubiger der Gesellschaft stünden mit Rücksicht auf die Mehrzahl der Haftenden besser da als bei einem einzelkaufmännischen Betrieb als herrschendem Unternehmen. Im vorliegenden Falle komme noch hinzu, dass die Versicherungs-AG der Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen unterliege.
3. Die vom ADAC der AG gewährten Unterstützungsmaßnahmen – Überlassung eines Teils der Arbeitskraft seines Personals, Überlassung von Geschäftsräumen, der EDV-Anlage und der Mitgliederkartei, finanzielle und logistische Unterstützung bei der Gründung – fielen zwar in den Rahmen eines eigenen, rechtlich nicht verselbständigten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes i. S. d. §§ 21 f. BGB, weil es sich um eine planmäßige, auf Dauer und nach außen angelegte, d. h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, unternehmerische Tätigkeit handele, die auf

¹⁴ §§ 21 f. BGB.

¹⁵ BGHZ 85, 84, 88 ff. und 92 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 04. 06. 1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201.

¹⁶ §§ 317 Abs. 3, 318 Abs. 1 und 2 AktG.

die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abziele, ohne dass es auf das Fehlen einer leistungsgerechten Vergütung, also die Entgeltlichkeit der Leistung ankomme. Die Maßnahmen gingen aber über die satzungsmäßigen Ziele des ADAC nicht hinaus, die darin bestünden, die Interessen des Kraftfahrwesens zu fördern und sich für den Schutz der motorisierten Verkehrsteilnehmer auch als Verbraucher einzusetzen. Darunter falle nicht nur die ADAC-Straßenwacht, sondern auch das über die AG betriebene Rechtsschutzversicherungsgeschäft.

3. Stellungnahmen zu dem Urteil und Umdenken in der Wettbewerbsfrage

Die großen und einflussreichen Vereine wie der ADAC und die Sport-, insbesondere die Fußballvereine der Bundesliga, sind mit diesem Urteil höchst zufrieden. Sie haben sich auf seiner Grundlage eingerichtet und Gesellschaften gegründet, an denen sie mehrheitlich oder allein beteiligt sind und deren wirtschaftliche Geschäftstätigkeit ihnen bei Erwirtschaftung von Überschüssen zugute kommt. Das Schrifttum hat auf die Entscheidung zum Teil ablehnend reagiert¹⁷, zum Teil hat es ihr nur im Ergebnis zugestimmt¹⁸, zum Teil ist es ihr gefolgt.¹⁹ *Reuter*²⁰ plädiert dafür, das ADAC-Urteil nicht als endgültige Klärung des ideellen oder wirtschaftlichen Status der Holdingvereine hinzunehmen, sondern dem BGH, namentlich dem für das Vereins- und Gesellschaftsrecht eigentlich zuständigen II. Zivilsenat, Gelegenheit zu einer nochmaligen, weniger Problem bindenden Stellungnahme zu geben.

Man mag bezweifeln, ob dieser Wunsch jemals Realität wird.²¹ Allerdings steht die Zuständigkeit des I. Zivilsenates einer Entscheidung des II. Zivilsenates nicht mehr im Wege. Denn dessen Rechtsprechung zu der Frage, ob der Verstoß gegen ein Gesetz grundsätzlich auch einen Verstoß gegen § 1 UWG beinhaltet, hat sich grundlegend gewandelt. Nach der neueren Rechtsprechung dieses Senates führt ein Gesetzesverstoß nur dann zu einer wettbewerbswidrigen Handlung, wenn diese durch den Verstoß derart geprägt wird, dass sie gerade auch als Wettbewerbsverhalten sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG ist. Will das Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren, kann § 1 UWG nicht angewandt werden.²² Im Hinblick auf das ADAC-Urteil wird dieser Recht-

17 MünchKommBGB/*Reuter*, 4. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 11 f., 15 f.; *ders.*, ZIP 1984, 1052, insbes. 1055 ff.; *Flume*, Allg. Teil des bürgerl. Rechts – Die Juristische Person, 1983, § 4 II 1 (S. 107) und § 4 II 2 (S. 112 f.).

18 *K. Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, § 5 III insbes. 4 (S. 122, insbes. 124 ff.); *ders.*, NJW 1983, 543 ff.; *ders.*, Rpfl. 1988, 45, 47 ff.; wohl auch *Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 36 ff.; *Staudinger/Weick*, BGB, 13. Aufl., § 21 Rn. 12 ff.

19 *Hemmerich* (Fn. 10), § 2 III (S. 20 ff.), § 7 (S. 78 ff.), § 9 (S. 119 ff.); BB 1983, 26 ff.; BB 1983, 332.

20 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 30, 50.

21 Vgl. dazu i. e. *K. Schmidt*, NJW 1983, 543 f. m. w. N. in Fn. 3, 5 und 6 sowie *Erman/H.P. Westermann* (Fn. 3), § 21 Rn. 9.

22 BGHZ 150, 343, 347 f. – Elektroarbeiten; 144, 255, 265 ff. – Abgasemission; BGH, Urt. v. 11. 10. 2001 – I ZR 172/99, NJW 2002, 1500 – Sportwetten-Genehmigung.

sprechungswandel dahingehend gedeutet, dass einem »Idealverein«, der ein Wirtschaftsunternehmen betreibt, das nicht durch das sog. Nebenweckprivileg gedeckt ist, kein unlauteres Verhalten i. S. d. § 1 UWG vorgeworfen werden kann. Die alte Rechtsprechung könne daher nicht fortgeführt werden.²³ Mitbewerber, die sich gegen die wirtschaftliche Tätigkeit eines eingetragenen Vereins wenden, dessen Zweck auf einen nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sind demnach darauf beschränkt, die Entziehung der Rechtsfähigkeit anzuregen.²⁴ Da der Entzug der Rechtsfähigkeit im Registerverfahren vorgenommen wird, soweit nicht die Verwaltungsbehörde zuständig ist, wird der II. Zivilsenat des BGH nur dann eine Gelegenheit zur Entscheidung erhalten, wenn das Registergericht tätig wird und nach Einlegung der weiteren Beschwerde die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG gegeben sind.

III. Analyse der Entscheidungsgründe

1. Der formaljuristische Ausgangspunkt

Der formaljuristische Ausgangspunkt des I. Zivilsenates trifft zu: Der Verein und die AG sind rechtlich und organisatorisch voneinander getrennt. Es bedarf daher keines großartigen Begründungsaufwandes, um darzulegen, dass die Geschäftstätigkeit der AG keine wirtschaftlichen Geschäfte des Vereins mit einem unselbständigen, in seine Organisation eingegliederten Geschäftsbetrieb beinhaltet. Die umfangreichen Ausführungen zu Hintergrund und Zweck der Regelung des BGB über die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen – hier ein Verein mit einem auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck, dort ein Verein, bei dem das nicht der Fall ist – sind daher an dieser Stelle ebenso entbehrlich wie der Hinweis auf die der Sicherheit der Gläubiger dienenden Strukturelemente der AG mit der daraus gezogenen Schlussfolgerung, damit sei der mit den §§ 21 f. BGB verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung entsprochen, so dass der Geschäftsbetrieb der AG dem Verein nicht als eigener zugeordnet werden könne.²⁵

2. Die Problematik der Zurechnung

Im Folgenden²⁶ befasst sich der I. Zivilsenat mit dem Kern der vereinsrechtlichen Problematik des Falles, ob die wirtschaftliche Tätigkeit der AG dem Verein zuzurechnen ist. Der Senat legt dieser Prüfung den unstreitigen Umstand zugrunde, dass dem ADAC sämtliche Anteile der AG gehören, sowie die Behauptung der Klägersei-

23 Köhler, GRUR 2001, 777, 781; v. Ungern-Sternberg, FS Erdmann, 2002, S. 741, 759 Fn. 89; schon zu § 1 UWG a. F.: K. Schmidt, NJW 1983, 543, 544; GK/Teplitzky, § 1 a. F. Rn. 255; vgl. auch Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 8a.

24 §§ 43 Abs. 2, 44 BGB.

25 Zu BGHZ 85, 84, 88 ff.

26 BGHZ 85, 84, 90 ff.

te, der ADAC sei mit der AG personell in vielfacher Hinsicht verflochten und übe geschäftsleitende Befugnisse in der von ihm allein beherrschten Gesellschaft aus. Aus der Stellung des Vereins als Alleinaktionär zieht er die Schlussfolgerung, dass die AG als abhängiges Unternehmen i. S. d. § 17 AktG von dem Verein beherrscht wird. Daraus kann man zwar entnehmen, dass hier offensichtlich an die gesetzliche Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG gedacht ist, nach der von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet wird, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist, woraus nach § 17 Abs. 1 AktG der Umstand der Beherrschung der AG durch den Verein folgt. Aus welchem Grunde der Senat den Verein als Unternehmen i. S. d. §§ 16 ff. AktG ansieht, wird jedoch nicht ausgeführt. Diese Frage kann aber aus der damaligen Struktur der Beteiligungen des Vereins beantwortet werden: Die Beteiligungen bestanden an vier operativ tätigen Gesellschaften.²⁷ Das entsprach der klassischen Situation, die das Recht der verbundenen Unternehmen²⁸ nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenates voraussetzt: Das maßgeblich – in der Regel also mehrheitlich oder als Alleingesellschafter – beteiligte Unternehmen ist – unabhängig von seiner Rechtsform – dann Unternehmen im Sinne der §§ 16 ff. AktG, wenn es außer seiner Beteiligung an einer Gesellschaft noch anderweitige, außerhalb dieser Gesellschaft liegende Interessenbindungen hat, die stark genug sind, die ernsthafte Besorgnis zu begründen, der Gesellschafter könne ihretwegen seinen Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen. Die Möglichkeit einer derartigen Einflussnahme ist sowohl bei einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens als auch dann gegeben, wenn es noch an einer anderen Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.²⁹ Trotz des Vorliegens dieser Voraussetzung und des Bestehens einer Abhängigkeit und der daraus sich ergebenden Beherrschungsmöglichkeit hält es der Senat in wertender Betrachtung nicht für geboten, dem ADAC die wirtschaftliche Tätigkeit der AG als eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i. S. d. §§ 21, 22 BGB zuzurechnen. Dabei legt er seiner Beurteilung nicht die Vorschriften über verbundene Unternehmen und die von ihnen ausgehenden Vermutungswirkungen³⁰ zugrunde, sondern er geht von dem Parteivortrag über ein bestehendes Konzernverhältnis aus. Danach beruht die Ausübung geschäftsleitender Befugnisse in der beherrschten Gesellschaft nicht auf einem Beherrschungsvertrag³¹, sondern bewegt sich im Rahmen eines (einfachen) faktischen Konzernverhältnisses³². Für diesen Fall hält er es für unschädlich, dass die Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen – sieht man von dem Insolvenzschutz (§§ 42 Abs. 2, 51–53 BGB) ab – nicht von gläubigerschützenden Normen flankiert wird. Er sieht zwar, dass sich das Fehlen dieses Schutzes negativ auf die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs der beherrschten AG gegen den herrschenden Verein auswirken kann, der dann entsteht, wenn der Verein einen der Gesellschaft zugefügten Nachteil in der gesetzlichen Frist nicht aus-

27 Vgl. S. 2 Fn. 6: Zwei Aktiengesellschaften und zwei Gesellschaften mbH.

28 §§ 16 ff. AktG.

29 Zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung vgl. BGHZ 69, 334, 337 f. – VEBA-Gelsenberg; BGH, Urt. v. 13.12.1993 – II ZR 89/93, ZIP 1994, 207, 208; zur besonderen Situation der öffentlichen Hand als eines beteiligten Unternehmens vgl. BGHZ 135, 107, 113.

30 §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

31 Vertragskonzern, vgl. §§ 18 Abs. 1 Satz 2, 291 Abs. 1 AktG.

32 §§ 311 ff. AktG.

geglichen oder ihr keinen Rechtsanspruch auf den als Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt hat.³³ Er zeigt sich aber überzeugt davon, dass die gesamtschuldnerische Haftung, die das Gesetz den Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens und unter bestimmten Voraussetzungen auch Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern der beherrschten Gesellschaft auferlegt, als ein äquivalenter Ausgleich für diese Gefahren angesehen werden kann, deren Eintritt letztlich auf dem Fehlen des dem Kapitalgesellschaftsrecht eigenen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungssystems beruht. Bei diesen Ausführungen vermisst man eine Auseinandersetzung mit dem Hintergrund der Haftung der Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Diesen erlegt das Gesetz eine persönliche Verantwortung für die sich aus § 311 Abs. 2 AktG ergebende Pflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft auf, bei deren Verletzung die Schadenersatzfolge aus § 317 Abs. 3 AktG eintritt.³⁴ Die Regelung ist der in § 309 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG für das Unternehmensvertragsrecht getroffenen vergleichbar, die den Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft die Pflicht auferlegt, bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, und ihnen eine Schadenersatzpflicht auferlegt, wenn sie diese Pflicht verletzen. Der gedankliche Zusammenhang, der zwischen der Leitungsmacht des Vorstandes (§ 76 AktG) und den sich daraus ergebenden Pflichten einschließlich Haftung bei deren Verletzung (§ 93 AktG) im Einheitsunternehmen besteht, findet sich im Zusammenspiel der §§ 308, 309 AktG wieder³⁵ und besteht auch unverkennbar zwischen den Regelungen der § 311 Abs. 2 und § 317 Abs. 3 AktG. Die Haftung der Organmitglieder der abhängigen Gesellschaft nach § 318 Abs. 1 und 2 AktG modifiziert lediglich ihre Haftung nach §§ 93, 116 AktG. Ordnet man die Haftungsfolge der jeweiligen Pflichtverletzung zu, zeigt sich, dass die Organmitglieder zusätzlich zu den Pflichten, die der Haftung der §§ 93, 116 AktG im Einheitsunternehmen zugrunde liegen, für diejenigen haften, die sich aus der jeweiligen Konzerngestaltung ergeben. Das gilt auch für die Haftung der Organmitglieder des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft: Sie trifft eine Haftung – bei Unterlassung eines Nachteilsausgleichs nach § 311 Abs. 2 AktG – für Schäden aus den von ihnen veranlassten Maßnahmen i. S. d. § 311 Abs. 1 AktG, der die Organmitglieder der beherrschten Gesellschaft nicht unterliegen. Dazu tritt gesamtschuldnerisch die Haftung des herrschenden Unternehmens. Deren Realisierung ist eben bei einem Verein, der unter der Voraussetzung gegründet worden ist, keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu führen, wegen Fehlens einer Regelung über Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nicht gewährleistet.³⁶ Die wertende Betrachtung des Senates, die gesamtschuldnerische Konzernhaftung der Organmitglieder gleiche das Haftungsdefizit des nicht mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geführten Vereins im Vergleich zu den Gesellschaften aus, wäre wohl anders als geschehen ausgefallen, wenn die vorstehenden Umstände berücksichtigt worden wären. Auch die Ansicht des Senats, die Gesellschaftsgläubiger stünden auf keinen Fall

33 §§ 311 Abs. 2, 317 Abs. 1 AktG.

34 *Kropff*, AktG, 1965, § 317 AktG unter Begründung RegE zu Abs. 3 (S. 419); *Kropff* in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, 1976, § 317 Rn. 36.

35 *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., § 309 Rn. 1.

36 I. E. ebenso *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1056; *Flume* (Fn. 17), § II (S. 114).

schlechter, in der Regel sogar besser da, als wenn ein einzelkaufmännischer Betrieb herrschendes Unternehmen sei³⁷, lässt unberücksichtigt, dass die konzernrechtliche Organhaftung unabhängig von der Realstruktur des herrschenden Unternehmens eingreift. Bei dem Einzelkaufmann, der als natürliche Person seine Geschäfte selbst betreibt, scheidet naturgemäß die Durchführung der Geschäfte durch gesetzliche Vertreter i. S. d. § 317 Abs. 3 AktG aus. Er haftet als Unternehmen i. S. d. § 317 Abs. 1 AktG. Diese Haftung ist wie bei den Personengesellschaften unbeschränkt. Rechtlich kann man daher nicht von einer haftungsrechtlichen Schlechterstellung der Gesellschaftsgläubiger sprechen. Im Rahmen der tatsächlichen Würdigung ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Haftungsbeschränkung und der wirtschaftlichen Größenordnungen im Hinblick auf ihre Haftungspotenz nur der eingetragene Verein und die Kapitalgesellschaften miteinander verglichen werden können. Der Verein soll gerade das zu leisten in der Lage sein, was die Kapitalgesellschaft als herrschendes Unternehmen zu leisten vermag. Einen Vergleich mit der Haftungspotenz des Einzelkaufmannes als Unternehmer lassen diese Überlegungen nicht zu. Der Hinweis des Senates auf den Schutz der Versicherten, der durch die Einschaltung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen eintritt, hat allenfalls fallbezogenen Wert und ist formaljuristischer Natur. Das Gros der von den großen Vereinen gegründeten Gesellschaften unterliegt dieser oder einer vergleichbaren Aufsicht nicht.

3. Die Unterstützung der AG durch den Verein

Die Gründung der AG einschließlich Übernahme des Aktienkapitals, Zahlung von Geldern in den Organisationsfonds sowie Durchführung von Marktsondierungsmaßnahmen und ihre Unterstützung mit Personal, Sach- und Finanzmitteln sowie logistischen Hilfestellungen durch den ADAC wertet der I. Zivilsenat als eigenen, rechtlich nicht verselbständigten Geschäftsbetrieb i. S. d. §§ 21, 22 BGB. Zur Begründung führt er an, es handele sich um planmäßige, auf Dauer angelegte und nach außen gerichtete, d. h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, eigenunternehmerische Tätigkeiten, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielten.³⁸ Diese Kriterien setzen sich aus Merkmalen zusammen, die einmal den unternehmerischen Vereinstyp umschreiben, wie er in der Lehre aufgrund eines typologischen Ansatzes entwickelt worden ist³⁹, und die zum anderen eine begriffliche Abgrenzung vom nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auf subjektiver Grundlage vornehmen, wie das früher vertreten wurde⁴⁰ und teilweise Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat. Der Senat macht keine Ausführungen dazu, aus welchen Gründen die Unterstützungstätigkeit für eine Gesellschaft, deren konzernrechtliche Bindung an den Verein diesen nach seiner Ansicht nicht zu einem Verein mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb macht, als

37 Vgl. dazu *Hemmerich* (Fn. 10), § 9 III 1 c (S. 134 f.).

38 BGHZ 85, 84, 92 ff.

39 *K. Schmidt*, RpfL. 1972, 286, 290 ff.; *ders.*, RpfL. 1988, 45, 46; *ders.*, ZHR 147 (1983), 43, 59; *ders.*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 4 Nr. 4, 5 (S. 104 ff.).

40 Vgl. die Nachweise bei *Soergel/Hadding* (Fn. 18), § 21, 22 Rn. 20 Fn. 63; BGHZ 15, 315, 319 f.

geschäftlicher Betrieb des Vereins anzusehen ist. *K. Schmidt* hat darauf hingewiesen, als Zurechnungsmoment komme wohl nur die Rückverlagerung von Unternehmertätigkeiten von der Tochter-Gesellschaft auf den Verein in Betracht.⁴¹ *Reuter*⁴² kritisiert den I. Zivilsenat mit der Bemerkung, als Anknüpfungspunkt komme allenfalls in Betracht, dass die Übernahme allzu vieler betriebswirtschaftlicher Funktionen durch den Verein auf eine Unterkapitalisierung der ausgegliederten Tochter und damit auf das Bedürfnis ihrer Gläubiger hindeute, im Wege des Durchgriffs den leistungsfähigen Verein als Schuldner in Anspruch zu nehmen. Die Rechtfertigung dieses »wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes« sieht der Senat in dem sog. Nebenzweckprivileg.⁴³ Er ist der Ansicht, das gesamte Bündel der bei der Gründung und der späteren Geschäftstätigkeit der AG gewährten Unterstützungsmaßnahmen gehe über die in § 2 der Satzung des ADAC niedergelegten Vereinsziele und -zwecke nicht hinaus. Die Wahrnehmung der Interessen des Kraftfahrwesens und die Förderung des Schutzes der motorisierten Verkehrsteilnehmer rechtfertige nicht nur die Einrichtung der ADAC-Verkehrswacht sowie andere von dem Verein unmittelbar durchgeführte Maßnahmen, sondern auch das Rechtsschutzversicherungsgeschäft durch die AG, weil es dazu beitrage, Schäden zu beseitigen oder abzumildern, die sich aus der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr ergäben.

IV. Das Verhältnis der Regelung der §§ 21 und 22 BGB zueinander

1. Die Regelung der Vorschriften unter historischem Aspekt

Die gesetzliche Regelung, nach der ein Verein die Rechtsfähigkeit durch Eintragung nur dann erlangen kann, wenn sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, hat historische Gründe. Ihren Schöpfern ging es allein darum, ein Gebilde zu gestalten, das sich von den Zusammenschlussformen des Wirtschaftsrechts abgrenzen ließ. Zu Recht wird daher die missglückte Fassung des Gesetzes dahin interpretiert, dass dieses Rechtsgebilde ein Verein sein sollte, der nicht dem Erwerbs- und Wirtschaftsleben angehörte.⁴⁴ Der Begriff »Zweck«⁴⁵ ist als Leitbild für das Handeln der Vereinsorgane zu verstehen, der »Geschäftsbetrieb« ist das Mittel dieser Art der »Zweckverfolgung«, der die Art und Weise kennzeichnet, in der diese Zielsetzung verwirklicht wird.⁴⁶ Dabei dachte man bei den Gesetzgebungsarbeiten auch bereits an Mischformen, für die es eine Trennungslinie zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Vereinen zu ziehen galt. Die Vereine, bei denen ein

41 NJW 1983, 543, 545; zu diesem Gedanken vergl. schon *dens.*, RpfL 1972, 343, 349 und später *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § V 1 (S. 130), wobei man nicht annehmen kann, dass die Haupttätigkeit des ADAC unmittelbar in den Dienst der AG gestellt worden ist.

42 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 17), § 21, 22 Rn. 50.

43 BGHZ 85, 84, 93 f.

44 *Staudinger/Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 2 ff.

45 Zu Bildung, Verständnis und Abgrenzung des Begriffes vgl. *K. Schmidt, Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 2 III (S. 29 ff.)

46 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), § 21, 22 Rn. 19.

wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ausschließlichen oder den Hauptzweck bildete, sollten zu den wirtschaftlichen Vereinen zählen. Ein wirtschaftlicher Nebenzweck hingegen sollte der Eintragung als nicht wirtschaftlicher Verein nicht entgegenstehen.⁴⁷ Als Beispiele wurden gemeinnützige, wohltätige oder gesellige Vereine genannt, die ganz nebenbei auch einen kleinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hätten. Es gebe Wohltätigkeitsanstalten, die ein wenig Ökonomie betreiben würden, es gebe gesellige, künstlerische oder gemeinnützige Vereine, die einen unbedeutenden Restaurationsbetrieb nebenbei hätten.⁴⁸ Andererseits hieß es aber auch, eintragungsschädlich könne eine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins sein, die er neben seinen ideellen Zwecken betreibe, um sich hierdurch die zur Erreichung dieser Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.⁴⁹ Die Entwicklung von Vereinen, wie wir sie heute im Rahmen der Professionalisierung und der damit verbundenen Kommerzialisierung im Fußball, Eishockey-Sport und auch Handballsport, aber auch in anderen Lebensbereichen⁵⁰ vorfinden – dazu gehören auch Vereine wie der ADAC, die sich verpflichtet sehen, eine Jahresbilanz aufzustellen und, wie *Reuter*⁵¹ bemerkt, unter dem Einfluss der ADAC-Entscheidung zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt haben, dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar die Öffentlichkeit entzieht –, haben die Vorstellungskraft der Väter des Vereinsrechts sicherlich überstiegen. Offensichtlich sind sie auch bei ihren Überlegungen zum »Nebenzweckprivileg« davon ausgegangen, dass die von ihnen dazu gerechneten Wirtschaftseinheiten unmittelbar im Verein verankert sind und betrieben werden. An die Konstellation der Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe auf Kapitalgesellschaften mit der Folge, dass der Verein zum Holdingverein oder zum herrschenden Unternehmen wird, hat keiner von ihnen gedacht.⁵²

2. Gegenwärtiger Stand der Auslegung der Vorschriften

a) Die Vereinsklassenabgrenzung

Die begrifflichen Abgrenzungsversuche früherer Zeit, die von den im Gesetz verwendeten Ausdrücken des »Zwecks« und des »wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes« ausgegangen sind⁵³, als »subjektive« und »objektive« Theorie bezeichnet werden und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auch Bundesgerichtshofes in eine sog.

47 Mugdan I, S. 604 = Protokolle I, S. 499.

48 Erklärung des Abgeordneten *von Strombeck*, Mugdan I, S 997; vgl. dazu auch *Heckelmann*, AcP 179 (1979), 1, 23 f.

49 Mugdan I, S. 604 = Prot. I, S. 499

50 Vgl. die Aufzählung bei MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 43 ff; Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 27, 29, 32 zu den Wirtschaftsvereinen und Rn. 44 und 45 zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen; auch Staudinger/*Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 16.

51 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 21 unter Hinweis auf *Baums*, Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen – Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, 1997, S. 37; vgl. auch Fn. 19 sowie *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1063.

52 Vgl. MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), vor § 21 Rn. 53 ff; *ders.*, ZIP 1984, 1052, 1054.

53 Vgl. dazu die Darstellung bei Staudinger/*Weick* (Fn. 18), § 21 Rn. 5.

gemischte – subjektiv-objektive – Betrachtungsweise übergeleitet worden sind⁵⁴, gelten im Schrifttum als überholt. Dieses folgt mit gewissen Einschränkungen *K. Schmidt*⁵⁵, der als Ansatzpunkt die Aufgabe des wirtschaftlichen Vereins darin sieht zu unterbinden, dass sich Vereine, die materiell die Voraussetzungen von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften erfüllen, durch die Wahl der Vereinsform den Anforderungen entziehen, die das Gesetz an diese beiden Formen des Zusammenschlusses in Gestalt des Gläubigerschutzes stellt. In diesem Sinne versteht auch der I. Zivilsenat die Regelung des § 22 BGB.⁵⁶ Unter Zugrundelegung eines typologischen Ansatzes bildet *K. Schmidt* drei Fallgruppen wirtschaftlicher Vereine i. S. d. § 22 BGB: Den Haupttyp des unternehmerisch tätigen Vereins sieht er darin, dass planmäßig gegen Entgelt wirtschaftliche Leistungen am Markt angeboten werden (Fallgruppe 1). Aber auch ein Verein, der sich mit unternehmerischer Tätigkeit nur an einen inneren Markt wendet, gehört zum wirtschaftlich tätigen Verein (Fallgruppe 2: Sterbekasse, Buchclub). Nicht eintragungsfähig sind auch die Vereine, die eine genossenschaftliche Kooperation betreiben (Fallgruppe 3: Funktaxi-Fall⁵⁷). Lässt sich ein Verein keiner dieser Gruppen zuordnen, ist er zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen zu rechnen. Etliche Fragen und Einzelheiten dazu sind allerdings umstritten⁵⁸. Zur ADAC-Entscheidung des BGH ist, wie oben bereits angesprochen⁵⁹, anzumerken, dass er für die Definition des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes einige Merkmale übernimmt, mit denen die Lehre den Haupttyp des unternehmerisch tätigen wirtschaftlichen Vereins umschreibt, und dieser Definition die Formulierung hinzufügt, die für die überkommene Abgrenzung des nicht wirtschaftlichen vom wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auf subjektiver Grundlage gebräuchlich war. Es spricht nichts dafür, dass dieser Definitionsinhalt Bedeutung erlangen wird, zumal der I. Zivilsenat materiellrechtlich auf der Grundlage der teleologischen Typenbildung argumentiert.⁶⁰ Im Übrigen verzichtet er ohne Not und unter zweifelhafter Anwendung einer Entscheidung des II. Zivilsenates⁶¹ auf das Merkmal der »Entgeltlichkeit«. Ohne Not geschah das, weil die Versicherungsgesellschaften nur behauptet hatten, die AG habe keine *leistungsgerechte* Vergütung für die Überlassung der Arbeitskraft der Angestellten gewährt. Es wird nicht davon gesprochen, es sei überhaupt keine Vergütung gezahlt worden. Die Anwendung des Funktaxi-Beschlusses des II. Zivilsenates ist zweifelhaft, weil es hier um die Erscheinungsform einer genossenschaftlichen Kooperation (Fallgruppe 3) ging: Es wurde die Eintragung eines kaufmännischen Betriebes zur Ausführung von Hilfsgeschäften für die gewerblichen Unternehmen der Mitglieder angestrebt. Für diesen Auslagerungsfall, der ebenfalls schon eine Hinwendung

54 Vgl. die Nachweise bei Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 21 Fn. 66.

55 RpfL. 1972, 286 ff., *ders.*, RpfL. 1972, 343 ff.; *ders.*, ZHR 147 (1983), 43 ff.; *ders.*, RpfL. 1988, 45 ff.; *ders.*, AcP 182 (1982), 1; *ders.*, Verbandszweck ... (Fn. 18), §§ 4 ff. (S. 89 ff.); *ders.*, NJW 1983, 543.

56 BGHZ 85, 84, 88 f.

57 BGHZ 45, 395.

58 Vgl. dazu MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 9 ff.

59 S. 24.

60 BGHZ 85, 84, 89, 90 f.

61 BGHZ 45, 395, 397.

zur teleologisch begründeten Typenbildung erkennen lässt⁶², hat der II. Zivilsenat das Merkmal der Entgeltlichkeit nicht für erforderlich gehalten. Dem entspräche auch dann nicht die Fallgestaltung im ADAC-Urteil, in dem der Verein einen Teil der Arbeitskraft seiner Angestellten ohne leistungsgerechte Vergütung der AG zur Verfügung gestellt hat, wenn überhaupt keine Vergütung gezahlt worden wäre. Es ist kaum denkbar, mit *K. Schmidt*⁶³ diesen Vorgang als (Rück-)Übertragung von Unternehmenstätigkeiten von der AG auf den Verein zu werten. Dem steht entgegen, dass nicht die Haupttätigkeit des Vereins in den Dienst der AG gestellt worden ist⁶⁴ und dass die Hilfestellung des Personals zu einem Bündel von Unterstützungsleistungen gehörte, das der ADAC der AG gewährte. Davon wurde auch ein Teil der Arbeitskraft seiner Angestellten erfasst.

Einige Autoren sehen für die Abgrenzung des nicht auf eine wirtschaftliche Tätigkeit von dem auf eine wirtschaftliche Tätigkeit gerichteten Vereinszweckes nicht nur den Gläubigerschutz, sondern auch den Mitglieder- und Sozialschutz als maßgebend an.⁶⁵ Es handelt sich um Informations- und Auskunfts- sowie Mitwirkungsrechte und Vermögensschutz für die Mitglieder einerseits und den Schutz der Arbeitnehmer durch das Mitbestimmungsrecht andererseits. Reuter deutet den Gläubigerschutz in erster Linie aus der Einlage der Gesellschafter als Risikobeteiligung, mit der die Gesellschafter zu einer risikobewussten Unternehmenspolitik veranlasst werden sollen. Den Gedanken der Kapitaleinlage als Haftungsgrundlage hält er für unzutreffend. Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsverbindlichkeiten sei das Gesellschaftsvermögen.⁶⁶

b) Das Nebenzweckprivileg

Die Reichweite des Privilegs für eine durch den Verein ausgeübte wirtschaftliche Nebentätigkeit und ihre Abgrenzung von einer wirtschaftlichen Haupttätigkeit sind umstritten. Unter Bezugnahme auf die in der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs abgegebenen Erklärungen⁶⁷ über den *nebensächlichen, geringfügigen* wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist gefordert worden, das Privileg auf eine absolut und objektiv geringfügige wirtschaftliche Nebentätigkeit zu beschränken.⁶⁸ Andere haben summenmäßige Beschränkungen vorgeschlagen, die sie aus bestimmten gesetzlichen Vorschriften hergeleitet haben.⁶⁹ Ferner ist auf das Verhältnis der Verwendung der Einnahmen auf die Verfolgung des ideellen Hauptzwecks und die wirtschaftliche

62 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 6.

63 NJW 1983, 543, 545; RpfL 1972, 343, 349.

64 So *K. Schmidt*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 IV 1 (S. 130).

65 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 13 f., 17 f.; Reuter, ZIP 1984, 1052, 1054 f.; Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 7 f.; i. E. zustimmend *K. Schmidt*, AcP 182 (1982), 1, 23; abweichend *Flume* (Fn. 17), § 4 II 1 Fn. 48.

66 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 11; ders. ZIP 1984, 1052, 1056.

67 Vgl. die Nachweise in Fn. 40.

68 Heckelmann, AcP 179 (1979), 1, 22 ff.

69 Z. B. aus den Vorgängervorschriften der §§ 267, 366 HGB, aus § 53 Abs. 1 S. 2 GenG, § 157a VAG, § 65 AO, vgl. *Mummenhoff*, *Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit*, 1979, S. 134 ff.; *Schwierkus*, *Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein*, 1981, 240 ff.

Nebentätigkeit abgehoben worden.⁷⁰ Auf derartige quantitative Abgrenzungsmerkmale kann jedoch dann nicht abgestellt werden, wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass für eine Regelung andere Wertmaßstäbe in Betracht kommen.⁷¹ Aus der historischen Entwicklung der §§ 21 und 22 BGB ergibt sich der gesetzgeberische Wille, dass ein Verein auch dann eintragungsfähig sein sollte, wenn er »neben seinen idealen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.«⁷² Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass hier auf die qualitative Zweck-Mittel-Relation abgestellt wird und dieser Maßstab auch allein geeignet ist, dem vielfältigen Erscheinungsbild der Vereine gerecht zu werden. Die wirtschaftliche Tätigkeit eines Großvereins kann, bezogen auf seinen ideellen Zweck, andere Ausmaße aufweisen als bei einem mittleren oder kleinen Verein.⁷³ Umstritten ist allerdings, wie die Kriterien dieser qualitativen Zweck-Mittel-Relation auszusehen haben. Entscheidend sei, dass die wirtschaftliche Betätigung der Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks funktional diene. Das heiße, die wirtschaftliche Tätigkeit müsse zur Erhaltung eines zweckentsprechenden Vereinslebens erforderlich sein oder sonst zur Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks vernünftigerweise als unentbehrlich angesehen werden können.⁷⁴ Das komme auch in der Aussage des I. Zivilsenates⁷⁵ zum Ausdruck, ein Verein könne dann als nicht wirtschaftlich geführt angesehen werden, wenn »er zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind«. Andererseits wird es als ausreichend angesehen, dass die wirtschaftliche Mittelbeschaffung dazu dienen soll, die Verfolgung des ideellen Zwecks zu finanzieren, also die Verbindung zwischen wirtschaftlicher Nebentätigkeit und ideellem Hauptzweck nur in der Mittelbeschaffung besteht.⁷⁶ Keiner der Vertreter dieser Ansichten kann sich auf die gesetzliche Entstehungsgeschichte berufen. Wie oben ausgeführt, sind auch in der damaligen Zeit ein engerer Standpunkt und eine weitherzigere Ansicht vertreten worden.⁷⁷ Ob man das Nebenzweckprivileg auf Zweckverwirklichungsbetriebe beschränkt oder mit *Reuter* weiter fasst, wird letztlich als abhängig davon angesehen, ob man die Sperrwirkung des § 22 BGB mit *Reuter* auch auf Minderheitsbeteiligungen erstreckt, die u. U. auch die Eigenvermögensverwaltung erfasst.⁷⁸ Diese Begründung zeigt deutlich, dass das Nebenzweckprivileg als Korrektiv der Strenge oder Großzügigkeit bei der Zulassung nicht wirtschaftlicher Vereine verwendet wird.

70 *Knauth*, JZ 1978, 342 f.

71 BGH, Urt. v. 26.04.2004 – II ZR 155/02, DB 2004, 1200, 1203.

72 Mugdan I, S. 604 = Protokolle I, S. 499.

73 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35.

74 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35; *K. Schmidt*, Rpfl. 1972, 343, 351; *ders.*, Verbandszweck ... (Fn. 18), § 9 I (S. 183 f.); *Hemmerich* (Fn. 10), § 7 II (S. 90); *Reichert/van Look*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 9. Aufl., Rn. 132 f.

75 BGHZ 85, 84, 93.

76 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 19 f.; *ders.* ZIP 1984, 1052, 1061; *Hemmerich* (Fn. 10), § 7 II 1 und 2 (S. 90 und 106 ff.).

77 Vgl. oben unter IV 1.

78 *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 36 Fn. 165; *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

c) Externe wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins

Die Ausgliederung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes aus dem Verein in eine Kapitalgesellschaft führt dazu, dass der Geschäftsbetrieb als juristische Person selbstständig und damit eine Trennung vom Verein herbeigeführt wird.

Durch diesen Vorgang wird der Verein Inhaber der Anteile des neuen Rechtsträgers.⁷⁹ Im Schrifttum ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Verein die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft unter derartigen Umständen zuzurechnen und er als ein Verein angesehen werden muss, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. So wird die Ansicht vertreten⁸⁰, eine Beteiligung sei für den Status des nicht wirtschaftlichen Vereins unschädlich. Die Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit sei unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes aber dann geboten, wenn der Verein ein Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne beherrsche. Die Ausübung geschäftsleitender Befugnisse, eines beherrschenden Einflusses oder das treuwidrige Verhalten des Mehrheitsgesellschafters im Tochterunternehmen könne Schadenersatzpflichten auslösen und erfordere einen Gläubigerschutz. Deshalb sei es auch geboten, als Zurechnungskriterium die Abhängigkeit i. S. d. § 17 AktG anzunehmen. Dabei soll dem konzernrechtlichen Unternehmensbegriff keine Bedeutung zukommen, weil dem Verein die aus seinem beherrschenden Einfluss resultierenden Haftungsrisiken zugerechnet werden müssten. Man ist sich auch darüber einig, dass Holdingvereine zu den Wirtschaftsvereinen zu zählen sind.⁸¹ Das Nebenzweckprinzip kann auch in diesen Fällen angewandt werden. Eine große Anzahl von Autoren verneint generell eine Zurechnung.⁸² Ihre Begründung stimmt im Wesentlichen mit derjenigen überein, die oben als formaljuristischer Ausgangspunkt des ADAC-Urteils bezeichnet worden ist.⁸³ Diese Autoren beschränken das Nebenzweckprivileg auf einen objektiv geringfügigen Geschäftsbetrieb unmittelbar im Verein.

79 §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 123 Abs. 3, 149 Abs. 1 UmwG.

80 *K. Schmidt*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 5 (S. 127 f.); *ders.*, AcP 182 (1982), 1, 20 ff.; *ders.*, RpfL 1988, 45, 48 ff.; *ders.*, RpfL 1972, 343, 349 f.; ihm folgend, aber unter zusätzlicher Heranziehung des Mitglieder- und Sozialschutzes *Soergel/Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 38, 40 ff.; i. E. auch *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1053 ff., allerdings mit stark abweichender Begründung und unter Betonung des Mitglieds- und Sozialschutzes; *ders.*, in: MünchKommBGB (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 10 ff., 16, 50.

81 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 36; *K. Schmidt* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 124 ff.).

82 *Mummenhoff* (Fn. 69), S. 153 f.; *Heckelmann*, AcP 179 (1979), 1, 48, 56; *Reichert/van Look* (Fn. 74), Rn. 112a; *Hemmerich* (Fn. 10), S. 129 ff.

83 Oben S. 24.

V. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht – Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft

1. Das ADAC-Urteil aus heutiger Sicht

*Reuter*⁸⁴ wirft die Frage auf, was den ADAC auf der Grundlage des ADAC-Urteils noch hindern soll, »sich unter dem idealen Etikett der Förderung der Interessen und des Schutzes motorisierter Verkehrsteilnehmer in einen Autoservice-Konzern zu verwandeln«. Ja nicht einmal der Aufbau eines Autohandels oder gar einer Autoproduktion erscheine danach rechtlich noch ausgeschlossen. An anderer Stelle spricht er von einem »mitbestimmungsfreien Autoservice-Konzern« und beklagt, dass sich der Verein zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt habe, »dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar die Öffentlichkeit entzieht«.⁸⁵ Auch *K. Schmidt* zeigt sich mit der Entscheidung des I. Zivilsenates nicht einverstanden. Er kritisiert, dass der Senat das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes mit Rücksicht auf die Haftungsregelung im faktischen Aktienrechtskonzern verneint hat und hält es für inkonsequent, dass er zusätzlich das Nebenzweckprivileg angewandt hat.⁸⁶ Schwerwiegender ist der Vorwurf, das Urteil lasse jede Klarheit darüber vermissen, unter welchen Voraussetzungen das Nebenzweckprivileg geprüft und bejaht werden könne. Es verstoße gegen das Gebot, bestimmte potentiell eintragungsschädliche Aktivitäten auszumachen und nur sie am Nebenzweckprivileg zu messen.⁸⁷

Dem Ansatz, den Gläubigerschutz zum entscheidenden Kriterium zu erheben, um die externe wirtschaftliche Betätigung der Vereine mit einem nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck im Sinne der §§ 21 und 22 BGB sachgemäß zu begrenzen, kann man zustimmen. Er bedarf jedoch zu einer hinreichenden Effizienz des Flankenschutzes durch das Nebenzweckprivileg. Wird dieses Privileg zu weit ausgelegt und zu großzügig gehandhabt, kann der Aufbau von Vereinskonzernen, die dem Ziel der vereinsrechtlichen Regelung des BGB zuwiderlaufen, nicht verhindert werden. Man mag auch noch daran denken, dass die Vereinsmitglieder des vielfältigen Schutzes ihrer Mitgliedschaft entbehren, den die Mitglieder von Gesellschaften – hier insbesondere der Kapitalgesellschaften – genießen. Dieses Schutzes bedarf es jedoch nur dann, wenn der Gläubigerschutz nicht greift.

Im Jahre 1982 war der ADAC als Alleingesellschafter an vier operativ tätigen Gesellschaften beteiligt. Wie bereits dargelegt, erfüllt dieser Tatbestand die Voraussetzungen der Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen.⁸⁸ Mit Rücksicht auf das Gefahrenpotential, das von der Möglichkeit der Beherrschung abhängiger Gesellschaften für deren Gläubiger, aber auch für die Gläubiger des Ver-

84 ZIP 1984, 1052, 1063.

85 MünchKommBGB (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 21 unter Berufung auf *Baums* (vgl. Fn. 51).

86 NJW 1983, 543, 546; *ders.*, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 9 II 2 (S. 190 f.).

87 *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 9 III 2 (S. 192).

88 §§ 15 ff. AktG.

eins ausgeht⁸⁹, wird zu Recht bereits die Anwendung des Rechtsgedankens dieser Vorschriften gefordert.⁹⁰ Die Zurechnung darf im Hinblick auf diese Gefahren nicht erst bei der konkreten Wahrnehmung der Leitungsaufgaben als Auswirkung der Beherrschungsmöglichkeit vorgenommen werden. Ob allerdings die Prüfung des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffes als entbehrlich angesehen werden sollte⁹¹, erscheint mir zweifelhaft. Denn hält man allein den Umstand für entscheidend, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, ohne dass der abhängigen Gesellschaft durch die Verfolgung anderweitiger Interessen geschadet werden könnte, müsste konsequenterweise auch die alleinige Mehrheitsbeteiligung für eine Zurechnung ausreichen. Sie wäre dann nur noch in den Grenzen des Nebenzweckprivilegs aufzufangen.

Dem I. Zivilsenat kann daher schon deswegen nicht gefolgt werden, weil die Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen heranzuziehen waren. Davon abgesehen war es – wie bereits dargelegt – verfehlt, die Vorschriften über den faktischen aktienrechtlichen Konzern⁹² nicht greifen zu lassen.⁹³ Das hätte in gleicher Weise für den aktienrechtlichen Vertragskonzern gegolten, wenn ein solcher vorgelegen hätte. Die mit der Regelung des § 291 Abs. 3 AktG für die abhängige Gesellschaft verbundenen Nachteile und die Gefahren, die von der Regelung der §§ 302, 303 AktG für das herrschende Unternehmen ausgehen, können durch die Regelung der §§ 309 f. nicht kompensiert werden.⁹⁴ Im GmbH-Recht werden die Gefahren, die von einer Mehrheitsherrschaft ausgehen, über die Treupflicht des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der Minderheit kompensiert. Deren Verletzung – aufgrund der Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer der abhängigen GmbH kann sie besonders leicht herbeigeführt werden – führt zur Schadenersatzpflicht.⁹⁵ Das bringt Gefahren insbesondere für die Gläubiger der abhängigen GmbH mit sich und schließt Gefahren für die Gläubiger des Vereins als eines Mehrheitsunternehmens keineswegs aus. Vergleichbar ist die Situation bei einer Einpersonen-GmbH bzw. der GmbH, deren Gesellschafter einverständlich handeln. Hier greift zum Schutz insbesondere der Gläubiger der GmbH die Rechtsprechung des II. Zivilsenates zum existenzvernichtenden Eingriff ein.⁹⁶ Die Situation der Gläubiger im GmbH-Vertragskonzern ist nicht anders zu beurteilen.⁹⁷ In all diesen Fallgestaltungen ist in erster Linie der Schutz gefragt, der von den Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen ausgeht. Darüber hinaus besteht zwar ein Schutzbedürfnis auch bei Verwirklichung des konkreten Tatbestandes der Treupflichtverletzung bzw. des existenzge-

89 Soergel/Hadding (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 41; zur Konkretisierung der Gefahren im GmbH-rechtlichen Unternehmensvertrag (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) vgl. BGHZ 105, 324, 335 f. – Supermarkt.

90 K. Schmidt, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 128).

91 So K. Schmidt, *Verbandszweck ...* (Fn. 18), § 5 III 4 (S. 128); *ders.*, AcP 182 (1982), S. 1, 23.

92 §§ 311 ff. AktG.

93 Abweichend Hemmerich (Fn. 10), S. 134 f.

94 Abweichend Hemmerich (Fn. 10), S. 137 ff.

95 BGHZ 65, 15, 19 ff. – ITT.

96 Vgl. dazu BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan; 150, 61 – Ausfallhaftung; 151, 181 – KBV; BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de.

97 Vgl. dazu BGHZ 105, 324 – Supermarkt.

fährdenden Eingriffs. Würde man hier einen vorbeugenden Schutz gewähren, wäre jede Mehrheits- oder Alleinbeteiligung an einer GmbH unabhängig von der Unternehmenseigenschaft des Vereins i. S. d. §§ 15 ff. AktG betroffen. Die Verwaltung des Vereinsvermögens könnte dann nur noch durch das Nebenzweckprivileg gerettet werden.

Das Nebenzweckprivileg für die wirtschaftliche Tätigkeit in Tochtergesellschaften wird teilweise genauso interpretiert wie dasjenige, das für den Geschäftsbetrieb des Vereins selbst maßgebend sein soll.⁹⁸ So wird für die Anerkennung als Nebentätigkeit durch eine Tochtergesellschaft lediglich verlangt, dass der wirtschaftlichen Tätigkeit des Vereins im Verhältnis zu den nicht wirtschaftlichen Aktivitäten nur eine relativ untergeordnete Bedeutung zukommen darf. Es sei ein Unterschied, ob das DRK den uneigennütigen Einsatz für Menschen in Not finanziere oder ob die Vermarktung humanitärer Dienstleistungen sein Erscheinungsbild bestimme, weil es sich auf die entgeltliche Krankenbehandlung in Krankenhäusern auf Krankentransporte und Rettungsdienste zurückziehe.⁹⁹ Ebenfalls von einheitlichen, aber strengeren Anforderungen geht offenbar *Hadding* aus. Er betont die funktional dienende Rolle, die der wirtschaftlichen Betätigung gegenüber dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zukommt. Er verlangt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit zur Erhaltung eines zweckentsprechenden Vereinslebens erforderlich oder sonst zur Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks vernünftigerweise als unentbehrlich angesehen werden kann.¹⁰⁰ Auch *K. Schmidt* verlangt diesen funktionalen Zusammenhang, der jedoch nur dann erforderlich sein soll, wenn die Organhaftung nach abstrakter oder konkreter Betrachtung eine Gläubigergefährdung nicht ausschließt.¹⁰¹ Der I. Zivilsenat hat diesen von *K. Schmidt* angeführten Gesichtspunkt nicht berücksichtigt. Er hat die von *Hadding* favorisierte Sicht zugrunde gelegt¹⁰², die Subsumtion jedoch in bemerkenswert großzügiger und teilweise pauschaler Weise vorgenommen, die sich eher an der Definition von *Reuter* orientiert, der aber seinerseits dieses Ergebnis der Entscheidung als zu weitgehend ablehnt.¹⁰³ Ob die Förderung der Interessen des Kraftfahrwesens und der Schutz der motorisierten Verkehrsteilnehmer als Verbraucher den Einstieg in das Rechtsschutzversicherungsgeschäft – und mag es sich auch nur um den Verkehrsrechtsschutz handeln – erfordert, mag man mit Fug und Recht bezweifeln. Anbieter gibt es genügend auf dem Markt. Insoweit besteht keine Versorgungslücke. Eine sachgerechte Beschränkung hätte hier darin gelegen, die Rechte der motorisierten Verkehrsteilnehmer gegenüber den Rechtsschutzversicherern wahrzunehmen.

98 Vgl. zu dem letzteren S. 31 f.

99 MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 8, 19; *ders.*, ZIP 1984, 1052, 1059 ff.

100 Soergel/*Hadding* (Fn. 18), §§ 21, 22 Rn. 35 f., 43

101 *K. Schmidt*, Verbandszweck ... (Fn. 18), § 9 III 2 (S. 191 f.); auch AcP 182 (1982), 1, 30; ablehnend *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

102 BGHZ 85, 84, 93.

103 *Reuter*, ZIP 1984, 1052, 1061.

2. Die moderne Gestaltung des Vereins und Blick in die Zukunft

Heute ist der ADAC nur noch an der gemeinnützigen ADAC Luftrettung GmbH unmittelbar beteiligt. An den übrigen achtzehn Gesellschaften und deren Töchtern hält er nur noch eine mittelbare Beteiligung über die als Holding fungierende ADAC Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH. Unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten ist die Holding Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG, wenn die Anteile dort nicht nur geparkt, sondern auch verwaltet werden.¹⁰⁴ Der ADAC als Inhaber der Anteile der Holding wäre nicht als Unternehmen anzusehen. Die Unternehmenseigenschaft des Inhabers der Holding-Anteile wird – teilweise – nur unter zwei Voraussetzungen bejaht: Entweder werden die in die Holding eingebrachten Gesellschaftsanteile weiter von dem Inhaber der Holding-Anteile verwaltet oder dieser wird in der Holding durch die Ausübung von Leitungsmacht unternehmerisch tätig.¹⁰⁵ Der Streit für den Fall der Ausübung der Leitungsmacht entzündet sich an der Frage, ob der Wegfall der Haftung des Inhabers der Holding-Anteile in den nachgeordneten Gesellschaften Auswirkungen hat. Insoweit wird die Ansicht vertreten, die Ausübung der Leitungsmacht durch den Inhaber der Holding-Anteile könne die Rechte von Minderheitsgesellschaftern beeinträchtigen, soweit solche in den Enkelgesellschaften vorhanden seien.¹⁰⁶ Diese Voraussetzung ist bei den Enkelgesellschaften des ADAC offenbar nicht erfüllt, so dass dieser Gesichtspunkt ohne Bedeutung ist. Da die Haftung des ADAC durch die Zwischenschaltung der Holding entfällt, werden haftungsrechtlich auch die Interessen der Vereinsgläubiger nicht beeinträchtigt. Relevant werden kann allein noch der – vor allem vermögensrechtliche – Mitgliederschutz. Den Vereinsmitgliedern stehen weder Mitwirkungsrechte¹⁰⁷, Informationsrechte noch Mitgliedschaftsrechte in Form der Vermögensrechte zu, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießen.¹⁰⁸ Betätigt sich der Verein wirtschaftlich, werden dem einzelnen Vereinsmitglied jedoch nur die auf den nicht wirtschaftlich tätigen Verein zugeschnittenen Rechte nach §§ 39 ff. BGB zugebilligt, könnte das verfassungsrechtlich bedenklich sein. Insofern kommt der Ansicht erhebliche Bedeutung zu, die den Regelungszweck der §§ 21 f. BGB auch in einem Schutz des Mitgliedschaftsrechtes sieht.¹⁰⁹

104 Hüffer (Fn. 35), § 15 Rn. 10; MünchKommAktG/Bayer, 2. Aufl., 2000, § 15 Rn. 31 m. w. N. in Fn. 101; kritisch zu dieser Unterscheidung und auf die Möglichkeit der Beherrschung durch die Holding abstellend BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, Umbruck S. 5 f. – veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de.

105 MünchKommAktG/Bayer (Fn. 104), § 15 Rn. 31 f.; abweichend Priester, ZIP 1986, 137, 144 f.

106 MünchKommAktG/Bayer (Fn. 104), § 15 Rn. 32.

107 Es ist nicht gänzlich ausgeschlossen, an die Anwendung von BGHZ 83, 129 (Holzmüller) in der Ausgestaltung von BGH, Urt. v. 26. 04. 2004 – II ZR 155/02, DB 2004, 1200 – Gelatine zu denken.

108 BVerfGE 14, 273 – Feldmühle; BVerfGE 100, 289 – DAT/Altana; BVerfG, Beschl. v. 08. 09. 1999 – 1 BvR 301/89ZIP 1999, 1804 –Hartmann & Braun; BVerfG, Beschl. v. 23. 08. 2000 – 1 BvR 147/97, ZIP 2000, 1670, 1671 – Moto-Meter.

109 MünchKommBGB/Reuter (Fn. 17), §§ 21, 22 Rn. 13, 39; ders., ZIP 1984, 1052, 1058 f.; Soergel/Hadding (Fn. 18), Rn. 7, 31.

Folgt man diesem Gesichtspunkt, setzen auch hier die Überlegungen zum Nebenzweckprivileg ein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹¹⁰

Im Bundesministerium der Justiz wird gegenwärtig der »Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts« diskutiert. Die beiden Vorschriften der §§ 21 und 22 BGB werden zu einer einheitlichen Regelung zusammengefasst, die das Nebenzweckprivileg aufnimmt, dem die strengere im Schrifttum vertretene Ansicht zugrunde gelegt wird.¹¹¹

VI. Ergebnis

1. Der ADAC hat sich seit Erlass des ADAC-Urteils deutlich vergrößert und gewandelt. Mitgliederzahl, Bilanzsumme, Anzahl der Gesellschaften mit externer wirtschaftlicher Tätigkeit haben sich erheblich erhöht. Die Satzungsbestimmung über den Vereinszweck ist außerordentlich umfangreich und führt dazu, dass eine Fülle von wirtschaftlichen Aufgaben in Angriff genommen werden kann, die einem auf einen nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck zugeordnet werden können.
2. Das ADAC-Urteil des I. Zivilsenates wird zu Recht angegriffen. Die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsbetriebes der Rechtsschutzversicherung AG ist zu Unrecht verneint worden. Der Tatbestand ist außerordentlich großzügig unter das Nebenzweckprivileg subsumiert worden. Der I. Zivilsenat würde heute seine Zuständigkeit wohl nicht mehr annehmen, weil er nicht mehr in jeder Gesetzesverletzung ein unlauteres Wettbewerbsverhalten i. S. d. § 1 UWG sieht.
3. Das Schrifttum hat sich von der historisch beeinflussten Auslegung der §§ 21 und 22 BGB gelöst. Vorherrschend ist die mit mehr oder minder starken Vorbehalten akzeptierte, von *K. Schmidt* entwickelte Vereinsklassenabgrenzung. Das Nebenzweckprivileg ist überwiegend – auch für den externen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb – anerkannt. Einzelheiten zu Voraussetzungen und Reichweite sind umstritten.
4. Aus heutiger Sicht könnte das ADAC-Urteil keinen Bestand haben. Die externe wirtschaftliche Tätigkeit der ADAC-Rechtsschutzversicherung AG ist mit dem Regelungsziel der §§ 21, 22 BGB nicht vereinbar. Der Tatbestand ist in kaum haltbarer Form unter das Nebenzweckprivileg subsumiert worden.

110 V 1 (S. 34).

111 Die Regelung lautet:

- (1) Ein Verein kann zu jedem nichtwirtschaftlichen Zweck gegründet werden. Dem steht ein eigener wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Vereins nicht entgegen, soweit dieser als Hilfsmittel zur Erreichung des nichtwirtschaftlichen Vereinszwecks dienen und gegenüber der nichtwirtschaftlichen Vereinsbetätigung verhältnismäßig geringfügig sein soll; ein solcher Geschäftsbetrieb führt nicht zur Annahme eines nach Satz 1 unzulässigen wirtschaftlichen Zwecks.
- (2) Ein Verein erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister.

Die moderne Gestaltung des ADAC ist unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Mitgliedschaftsrechts angreifbar. Das Nebenzweckprivileg kann wohl zumindest in Teilen nicht greifen. Wird der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts eines Tages Gesetz, wird der ADAC wesentlich abspecken müssen.

VII. Zusammenfassung

Der ADAC hat seit Erlass des ADAC-Urteils im Jahre 1982 eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht. Sein Mitgliederbestand hat sich mehr als verdoppelt, Gestaltung und Fassung des Vereinszwecks ermöglichen eine Fülle von Serviceleistungen und wirtschaftlichen Betätigungen, die nach der derzeit vorherrschenden Auslegung des Gesetzes von dem sog. Nebenzweckprivileg gedeckt werden. Demgemäß ist die Zahl der über eine Holding verwalteten, im mittelbaren Besitz des Vereins befindlichen Gesellschaften auf 23 angewachsen, die neben der gemeinnützigen »ADAC Luftrettung GmbH« und der »ADAC Stiftung Sport« bestehen. Parallel dazu ist das Bilanzvolumen bei einer insgesamt hervorragenden Eigenkapitalquote auf 1,162 Mrd. € gewachsen.

Diese Entwicklung verdankt der Verein einer großzügigen Rechtsprechung des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes, die durch zwei Umstände bestimmt wird:

- Die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaften wird dem Verein unter Betonung ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht zugerechnet. Die auf der Mehrheitsbeteiligung des Vereins beruhende Abhängigkeit der Gesellschaften wird als Merkmal der Abgrenzung zwischen wirtschaftlich und nicht wirtschaftlich tätigem Verein nicht herangezogen.
- Die vielfältigen Hilfestellungen, die der Verein den wirtschaftlich tätigen Gesellschaften gewährt, wertet der Bundesgerichtshof – unzutreffend – zwar als eigenen Geschäftsbetrieb des Vereins. Dessen Unterhaltung sieht er aber aufgrund des Nebenzweckprivilegs als gerechtfertigt an.

Das moderne Schrifttum erhebt das Erfordernis des Gläubigerschutzes – zum Teil auch zusätzlich des Mitglieder- und Sozialschutzes – zum entscheidenden Kriterium der Abgrenzung, auf dessen Grundlage drei Gruppen wirtschaftlich tätiger Vereine gebildet werden. Vereine, die keiner der Gruppen zugerechnet werden können, gehören zu den nicht wirtschaftlichen Vereinen. Die Reichweite des Nebenzweckprivilegs ist umstritten. Es wird als Korrektiv der Großzügigkeit oder Strenge angesehen, mit der Vereine als wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich eingeordnet werden. Die Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Tochtergesellschaft wird teilweise generell verneint, teilweise wird die Abhängigkeit als Zurechnungskriterium gewertet. Das Nebenzweckprivileg wird auch hier – in der umstrittenen Reichweite – angewandt.

Der ADAC hat seine unternehmerisch tätigen Gesellschaften heute einer Holding unterstellt, deren Anteile er hält. Unter diesen Umständen kommt ihm keine Unternehmenseigenschaft zu, so dass auch Gläubigerschutzgesichtspunkte ohne Bedeutung sind. Die Zurechnung kann somit nur noch unter mitgliedschaftsrechtlichen – und gegebenenfalls unter sozialrechtlichen – Gesichtspunkten Bedeutung erlangen.

Von der Rechtsprechung ist keine Änderung des status quo zu erwarten. Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes wendet § 1 UWG auf gesetzliche Regelungen, die den Marktzutritt aus Gründen verweigern, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren, nicht mehr an. Er wird daher zu der Regelung der §§ 21 f. BGB keine Aussagen mehr machen. Der für das Vereinsrecht zuständige II. Zivilsenat wird nur dann Gelegenheit zu einer Entscheidung erhalten, wenn ein Registergericht tätig und im Verfahren die Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG notwendig wird. Einzig der Gesetzgeber könnte die Sachlage ändern. Bevor der Referentenentwurf jedoch Regierungsentwurf und Gesetz wird, müssen noch etliche Hürden – u. a. Anhörung und der damit verbundene Einfluss der Lobby – überwunden werden. Etliche der dazu bisher abgegebenen Stellungnahmen lassen Zweifel aufkommen, ob der Entwurf in seiner jetzigen Fassung überleben wird.

VIII. Summary

The ADAC has developed remarkably since the ADAC judgment of 1982. Its membership has more than doubled, the structure and framing of the association's purposes allow for a wide range of service provision and economic activity, which according to the currently dominant interpretation of the law is covered by the ancillary purposes privilege (Nebenzweckprivileg). Accordingly the number of companies managed through a holding in direct ownership of the association has risen to 23, alongside the non-profit "ADAC Luftrettung GmbH" and the "ADAC Stiftung Sport". Alongside this development, the balance sheet values have risen to € 1,162 thousand million with an excellent equity-to-assets ration.

For this development, the association may thank a liberal ruling on the part of the I Civil Senate of the German Federal Supreme Court (BGH), which itself was determined by two circumstances:

- The economic activity of the companies is not attributed to the association in the light of the emphasis of their legal independence. The dependence of companies based on the majority participation of the association is not regarded as a criterion for the division between economic and non-economic associations.
- The varied multiple forms of assistance, which the association provides to the economically active companies, are deemed by the BGH – inappropriately – as the own business operation of the association. However it sees its maintenance as justified by virtue of the ancillary purposes privilege.

Modern (scholarly) literature holds up the necessity for creditor protection – as well as to a degree protection of members and the public interest – as the decisive criterion for distinguishing three groups of economically active associations. Associations which cannot be classified within a group are then non-economic associations. The ambit of the ancillary purposes privilege is subject to dispute. It is regarded as a corrective to the liberality or strictness with which associations are categorised as economic or non-economic. The attribution of economic activities of a subsidiary company is partly blanketly denied, while the dependence is partly regarded as an attribution criterion. The ancillary purposes privilege is also applied here in its disputed ambit.

The ADAC has now placed its economically active associations under a holding company whose shares it holds. Under these circumstances it is not classed as an entrepreneur, so that creditor protection is rendered immaterial. The attribution can thus only be meaningful in terms of legal protection of membership rights and possibly the public interest.

No change in the status quo may be expected from the courts. The I Civil Senate of the BGH no longer applies § 1 UWG to statutory rules denying access to the market on grounds which do not affect unfair competition protection. Therefore it will make no further declaration on the regulations of §§ 21 ff. BGB. The II Civil Senate, responsible for the Law of Associations, will only avail itself of the opportunity for a ruling where a court of record (Registergericht) is involved and if the procedure requires a submission pursuant to § 28 Para 2 FGG. Only the legislator could alter the substantive position. However, before the consultative draft completes the legislative process a number of hurdles have to be overcome, including consultation of, and the inevitable influence by, lobby groups. Several of the opinions so far submitted raise doubts as to whether the draft will survive in its present form.

Die Verbrauchsstiftung – Stiftung auf Zeit

MARCUS LUTTER

I.	Das Problem der Kapitalisierung für die »Ewigkeit«	43	6.	Verwirklichung der Verbrauchsstiftung in der Satzung	50
II.	Zulässigkeit der Gründung einer Verbrauchsstiftung	45	7.	Ergebnis	51
	1. Verbrauchsstiftung und Dauerhaftigkeit	45	III.	Lösungsmöglichkeiten ohne Gestaltung in der Satzung	51
	2. Das Prinzip der Dauerhaftigkeit	45		1. Unmöglichkeit der Erreichung des Stiftungszwecks?	52
	3. Vermögenserhaltung nach den Landesstiftungsgesetzen	46		2. Zulässigkeit der Umstellung bestehender Stiftungen auf »Verbrauch«	53
	4. Sinn und Zweck von Dauerhaftigkeit und Vermögenserhaltung.	47	IV.	Satzungsänderungen	55
	5. Umsetzung durch entsprechende Satzung in den Grenzen der Satzungsautonomie	48		1. Zur Auslegung des Stifterwillens	55
				2. Möglichkeiten der »technischen Umstellung«	57
			V.	Zusammenfassung.	58
			VI.	Summary	58

Stiftung meint Ewigkeit – und voller Bewunderung stehen wir vor Stiftungen wie den Franckeschen Stiftungen zu Halle oder der Zeiss-Stiftung in Oberkochen. Und daher liegt auch dem Stiftungsrecht dieser Ewigkeitsgedanke nahe, wenn nicht gar zugrunde. Aber die Realität ist oft anders. Die Unglücke von Kriegen über Naturkatastrophen bis hin zu Börsenkrächen und schlechten Verwaltern haben das Stiftungsvermögen häufig so dezimiert, dass an eine Erfüllung des Stiftungszweckes und des historischen Stifterwillens nicht mehr zu denken ist. Aber nicht nur das. Auch der Stifterwille selbst kann vor der Ewigkeit kapitulieren: nur Yehudi Menuhin soll lebenslang unterstützt, nur Josef Beuys lebenslang von den lästigen Pflichten der Verwaltung freigestellt sein. Aber beider Leben ist endlich, von Ewigkeit auf Erden kann nicht die Rede sein. Ist solche Stiftung möglich? Und was geschieht mit ihrem Vermögen nach dem Ende des Stiftungszwecks? Soll es dem Staat verfallen, obwohl doch die Endlichkeit vor Augen lag?

Von den Fragen der Endlichkeit, nicht der Ewigkeit, soll daher hier gehandelt werden.

I. Das Problem der Kapitalisierung für die »Ewigkeit«

Die selbständige Stiftung wird definiert als eine rechtsfähige Organisation, die bestimmte, durch ein Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines Vermögens verfolgt, das diesem Zweck dauernd gewidmet ist¹. Der Stifterwille, der sich im Stif-

1 BayObLG NJW 1973, 249; Staudinger/*Rawert*, 13. Aufl., 1995, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 4; MünchKomm/*Reuter*, 4. Aufl., 2001, Vor § 80 Rn. 14; Palandt/*Heinrichs*, 64. Aufl., 2005, Vorb. v. § 80 Rn. 5.

tungsgeschäft bei der Festlegung des Stiftungszweckes manifestiert hat, kann dabei als oberstes Leitprinzip des Stiftungsrechts angesehen werden².

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.07.2002³, das am 01.09.2002 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber ein Tatbestandsmerkmal in den Wortlaut des § 80 Abs. 2 BGB aufgenommen, über dessen Erfordernis seit jeher⁴ Einigkeit bestand: Die Erfüllung des Stiftungszwecks muss *dauerhaft* gesichert erscheinen.

Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur bloßen Spende, Schenkung oder dem Sammelvermögen⁵. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit als selbständige Stiftung rechtfertigt sich erst bei einem organisierten Vermögen, das auch hinreichend Bestand haben soll. Die meisten Landesstiftungsgesetze sehen deshalb auch ausdrücklich vor, dass das eigentliche Stiftungsvermögen, häufig als Grundstockvermögen bezeichnet, erhalten werden muss, der Stiftungszweck also nur aus den *Erträgen* des Vermögens verwirklicht werden soll⁶.

Probleme ergeben sich in der Rechtswirklichkeit aber für solche Stiftungen, die nur (noch) über ein Grundstockvermögen verfügen, dessen Erträge gerade zur Deckung der Verwaltungskosten genügen, zur Verwirklichung des eigentlichen Stiftungszwecks und Stifterwillens aber nichts Nennenswertes (mehr) beisteuern können.

Dieses Problem stellt sich insbesondere für manche betagte Stiftung, da neuen Stiftungen mit einer strukturellen Unterkapitalisierung von vornherein die Anerkennung versagt würde. Wirtschaftlich und ideell sinnvoll sind solche Stiftungen nicht mehr. Viel gravierender noch dürfte aber sein, dass ein solches *totes Kapital* den Stiftungszweck nicht mehr verwirklicht und damit dem Stifterwillen nicht mehr gerecht werden kann.

Im folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob Stiftungen, die einen limitierten Zweck haben oder nur mit einem beschränkten Grundstockvermögen ausgestattet sind, von vornherein befristet errichtet werden können, wobei sie zur Erreichung ihres befristeten Zwecks neben den Erträgen auch das Grundstockvermögen aufbrauchen können. Noch weitergehend soll untersucht werden, ob nicht eine bestehende unterkapitalisierte Stiftung auf »Verbrauch« ihres Grundstockvermögens umgestellt werden kann, um wenigstens für einen gewissen Zeitraum den eigentlichen Stiftungszweck noch erreichen zu können, und wie das ggf. zu geschehen hätte.

2 BVerfGE 45, 73, 85; Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 6; so ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 BayStiftG für die Handhabung des Gesetzes.

3 BGBl. I 2002, 2634.

4 Vgl. etwa MünchKomm/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 15; Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8, jew. m.w.N.

5 Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

6 Z.B.: § 7 Abs. 1 StiftG NW, § 6 Abs. 1 HessStiftG, § 7 Abs. 2 StiftG BW; anders etwa das StiftG Brandenburg; sämtliche Landesstiftungsgesetze sind im Internet abrufbar auf der Seite: <http://www.stiftungen.org/stiftungswesen/index.html>; eingehend: *Carstensen*, Die Erhaltung des Stiftungsvermögens, in: IDW (Hrsg.), *Stiftungen, Rechnungslegung, Kapitalerhaltung, Prüfung und Besteuerung*, 1997, S. 61 ff.

II. Zulässigkeit der Gründung einer Verbrauchsstiftung

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt eine zeitlich befristete Stiftung gegründet werden kann, die dabei zur Erreichung ihres Zweckes auch das Grundstockvermögen der Stiftung mitverbraucht.

1. Verbrauchsstiftung und Dauerhaftigkeit

Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks wird übereinstimmend so verstanden, dass der Bestand der Stiftung nicht auf Ewigkeit garantiert sein muss⁷. Eine Stiftung mit einem a priori endlichen Zweck, etwa eine Stiftung zur Errichtung oder zum Wiederaufbau eines Kulturdenkmals, wäre, wollte man anders entscheiden, gar nicht anerkennungsfähig. Hier soll unter einer *Verbrauchsstiftung* daher eine Stiftung verstanden werden, die über einen begrenzten Zeitraum hin Leistungen erbringt, etwa Zahlungen zum Aufbau des Kulturdenkmals. Um diese Leistungen aber möglichst groß und effektiv erbringen zu können, soll nach dem Stifterwillen neben den Kapitalerträgen auch der Kapitalstock bis zur Erreichung des Stiftungszwecks (das Denkmal steht) *verbraucht* werden.

2. Das Prinzip der Dauerhaftigkeit

a) Wortlaut des § 80 Abs. 2 BGB

Die Formulierung des § 80 Abs. 2 BGB, wonach die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen muss, gibt keine klare Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Verbrauchsstiftung. Immerhin macht der Wortlaut einerseits deutlich, dass es sich bei der Beurteilung der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks für die Anerkennungsbehörde nur um eine Prognoseentscheidung handeln kann. Zum anderen wird (nur) die *dauernde Erreichung des Zweckes* verlangt, nicht aber der dauernde Bestand der Stiftung. Ist der Stiftungszweck nur vorübergehender Natur, wie die Stiftung zur Errichtung eines Denkmals, kann der Stiftung nicht die Anerkennung allein wegen der *Endlichkeit ihres Zweckes* verwehrt werden. Eine solche Betrachtung wäre vom Wortlaut nicht getragen: Dauerhaftigkeit der *Zweckerreichung* bedeutet nicht zugleich eine Dauerhaftigkeit des Zweckes selbst. Eine zeitlich befristete Stiftung ist mithin möglich⁸.

⁷ Burgard, Das neue Stiftungsprivatrecht, NZG 2002, 697, 699; Schwarz, Zur Neuregelung des Stiftungsprivatrechts (Teil I), DStR 2002, 1718, 1724; Soergel/Neuboff, 13. Aufl., 2000, Vor § 80 Rn. 13; MünchKomm/Reuter (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 16; Erman/Werner, 11. Aufl., 2004, Vor § 80 Rn. 23; Staudinger/Rawert (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

⁸ Erman/Werner (Fn. 7), Vor § 80 Rn. 23; Staudinger/Rawert (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

b) Auswirkungen der Reform des Stiftungsrechts

Gerade in Zeiten zunehmender Verarmung der Staatskassen und abnehmender staatlicher Gemeinwohlpflege blüht das Stiftungswesen mehr denn je und übernimmt zunehmend gesellschaftliche Verantwortung. Exemplarisch kann diese für das Stiftungswesen erfreuliche Entwicklung anhand der Zunahme so genannter Bürgerstiftungen genannt werden⁹. Unter solchen sind Stiftungen zu verstehen, die räumlich begrenzt verschiedenste Aufgaben für das Gemeinwohl übernehmen und dafür ständig Kapital ansammeln¹⁰. Der Reformgesetzgeber hat sich zwar nicht dazu durchgerungen, für diese Stiftungen eigenständige Regelungen zu schaffen, vielmehr hat er es Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, diese Entwicklung der Rechtswirklichkeit mit dem Gesetzesrecht in Einklang zu bringen. Doch hat er mit dem Gesetz vom 14. Juli 2000¹¹ Stiftungen als Instrument privater Gemeinwohlpflege ausdrücklich gefördert¹², was die Attraktivität der Stiftung für privates Engagement noch einmal gesteigert hat. Der Gesetzgeber hat sich bei der Reform also trotz Kenntnis der Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit mit deren Regulierung zurückgehalten.

Allein aus der Tatsache, dass der Bundestag als Reformgesetzgeber nunmehr das Wort *dauerhaft* in den Tatbestand des § 80 Abs. 2 BGB aufgenommen hat, obwohl dieses Merkmal auch vorher schon für die Stiftung Voraussetzung war, kann kein Schluss auf die Unzulässigkeit von Verbrauchsstiftungen gezogen werden: »dauerhaft« ist eben nicht »ewig«, »dauernde Erfüllung des Stiftungszweckes« nicht »Ewigkeit des Stiftungszweckes«¹³.

3. Vermögenserhaltung nach den Landesstiftungsgesetzen

Unabhängig von der Frage einer – wie festgestellt: zulässigen – zeitlichen Befristung des Stiftungszweckes ist aber weiter von Belang, ob dann auch der Verbrauch des Grundstockvermögens zulässig ist. Hierzu sehen die meisten Landesstiftungsgesetze in unterschiedlicher Formulierung, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmend vor, dass das Kapital der Stiftung erhalten werden muss. Gleichzeitig lassen diese Regelungen aber auch Ausnahmen zu. Als insoweit typische Regelung sei hier § 7 Abs. 1 StiftG NW¹⁴ zitiert:

9 Hierzu und insb. zu den rechtl. Problemen: *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, 2. Aufl., 2004, S. 151 ff.

10 Im Internet stehen auf der Seite <http://www.buergerstiftungen.de> vielfältige Informationen zur Verfügung.

11 BGBl. I, 1034 ff.

12 *Rawert* (Fn. 9), S. 153.

13 Das Merkmal »dauerhaft« wurde auf Betreiben des Bundesrats in den Wortlaut aufgenommen – Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks. 14/8765, S. 13; Gegenäußerung der BReg. BT-Drucks. 14/8765, S. 15; ausdrücklich soll eine Baudenkmal-Errichtungs-Stiftung als Verbrauchsstiftung in Ausnahmefällen als rechtsfähig anerkannt werden – Gegenäußerung des BReg. BT-Drucks. 14/8765, S. 15; Rechtsausschuss BT-Drucks. 14/8765, S. 10; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 40 f.

14 Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.06.1977.

»Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten. Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird; die Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde ist erforderlich.«

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass viele Stiftungsgesetze der Länder (noch) nicht an die Neufassungen der Stiftungsrechtsreform angepasst sind¹⁵. In der Literatur gibt es unterschiedliche Ansichten über die Ausgestaltung der neu zu fassenden Landesstiftungsgesetze. *Hüttemann/Rawert*¹⁶ wollen zur Maximierung der *Stifterautonomie* in ihrem Musterentwurf auf die Normierung der Vermögenserhaltung verzichten. Andere¹⁷ halten die *Autonomie der Stiftungen* für wichtiger als die des Stifters und seinen Willen und fordern deshalb, am Vermögenserhaltungsgebot auch in den Neufassungen der Landesstiftungsgesetze festzuhalten. Die bisherige Länderpraxis ist überwiegend der letzteren Ansicht gefolgt¹⁸.

4. Sinn und Zweck von Dauerhaftigkeit und Vermögenserhaltung

Sinn des Merkmals der Dauerhaftigkeit ist neben der oben bereits genannten Abgrenzung zu Sammelvermögen, Spende und Schenkung auch noch ein Schutzgesichtspunkt. Der Rechtsverkehr soll sich erst dann einer von ihrem Initiator unabhängigen eigenständigen Rechtspersönlichkeit gegenüber sehen, wenn wenigstens ein hinreichender Bestand der Stiftung dies rechtfertigt. Hinreichender Bestand aber ist nicht unbegrenzt.

Auch ein zeitlich begrenzter Zweck kann daher für die Errichtung einer Stiftung ausreichen. Entscheidend ist, dass der Stiftungszweck so angelegt ist, dass er nicht durch die einmalige Hingabe oder den bloßen Verbrauch des Stiftungsvermögens erfüllt werden kann. Der Stiftungszweck muss es erfordern, dass der Stiftung das in ihr gebundene Vermögen über einen gewissen Zeitraum erhalten bleibt¹⁹. Schwierig aber bleibt dabei, eine konkrete Grenze für diesen Zeitraum zu ziehen. Letztlich muss im Einzelfall die Frage beantwortet werden, ob die Inanspruchnahme der Rechtsfigur der Stiftung und die Erlangung der Rechtsfähigkeit im Hinblick auf die Dauer als funktionswidrig erscheint oder nicht. Als Beispiele, bei denen sicher keine Funktionswidrigkeit vorläge, kann man etwa eine Stiftung für die Verwundeten eines be-

15 Angepasst sind die StiftG derzeit nur in Brandenburg, Hessen, Berlin, Baden-Württemberg, dem Saarland und Schleswig Holstein.

16 *Hüttemann/Rawert*, Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2002, 2019 ff., 2022.

17 *Backert*, Nochmals: Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2003, 284 ff. und *Carstensen*, Nochmals: Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2003, 286 ff.

18 Lediglich Brandenburg hat auf die Normierung verzichtet, während Baden-Württemberg, Berlin, Hessen, das Saarland und Schleswig Holstein am Vermögenserhaltungsgebot festgehalten haben.

19 *Staudinger/Rawert* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8.

stimmten Kriegen nennen²⁰, aber eben auch den Wiederaufbau der Frauenkirche in Dresden oder die Unterstützung der Dichterin Hilde Domin; alles das sind länger-dauernde, aber a priori endliche Zwecke.

5. Umsetzung durch entsprechende Satzung in den Grenzen der Satzungsautonomie

a) Keine Satzungssperre

Die Satzung ist das Kernstück der Verfassung der Stiftung²¹. Bei der Gestaltung einer Stiftungssatzung ist zwischen dem notwendigen und dem zusätzlichen Inhalt zu unterscheiden. Der Mindestinhalt wird in § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelt. Eine Regelung über die Zulässigkeit des Verbrauchs des Grundstockvermögens einer Stiftung gehört nicht zum Mindestinhalt der Stiftungssatzung. Fraglich ist mithin, ob sie als sonstiger Inhalt der Satzung getroffen werden kann. Das Gesetz mit seinen Vorschriften im BGB behandelt die Frage nicht und die Landesstiftungsgesetze sehen nur teilweise die Möglichkeit ergänzender Satzungsregelungen ausdrücklich vor²². Die Gesetze kennen allerdings keine § 23 Abs. 5 AktG entsprechende Schranke für zusätzliche Regelungen. Die generelle Frage der Zulässigkeit bestimmter zusätzlicher Regelungen muss daher aus dem Rechtscharakter der Stiftung und den zwingenden Normen des Stiftungsrechts beantwortet werden. Charakteristisch für die Stiftung ist, dass sie im Vergleich zu den Rechtsformen des Gesellschaftsrechts eine Vielfalt von möglichen Zwecken aufweist. Hierin ist ein Grund zu sehen weshalb lediglich eine geringe Standardisierung ihrer Organisation besteht. Die Möglichkeit weiterer Regelungen, welche durch den Stifter in die Stiftungssatzung eingefügt werden, ist dem Gedanken der Privatautonomie im Stiftungsrecht mithin immanent. Soll der Verbrauch des Grundstockvermögens möglich sein, liegt eine entsprechende Regelung in der Satzung nahe.

b) Möglicher Satzungsinhalt

Sind weitere Regeln der Satzung über ihren Mindestinhalt hinaus mithin möglich, so bleibt zu klären, ob und inwieweit auch eine Regelung der Satzung über den Verbrauch des Stiftungsvermögens möglich ist. Das bestimmt sich zunächst nach den vorrangigen Vorschriften des Bundesrechts, sodann nach dem Stiftungsrecht der Länder.

aa) Die Vorschrift des § 81 Abs. 1 S. 3 BGB enthält nur Mindestregeln zum Satzungsinhalt, sagt aber nichts über ergänzende Regelungen, verbietet diese aber ganz offenbar auch nicht. Ihre Grenze findet die somit gegebene Gestaltungshoheit nur bei einer Verletzung der Stiftungsidee und bei ihrem Missbrauch. Beides ist hier, bei Endlichkeit des Stiftungszweckes und entsprechendem Vermögensverbrauch nicht gege-

20 MünchKomm/Reuter (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 16 in Anlehnung an Staudinger/Coing, 12. Bearbeitung, 1980, § 80 Rn. 2.

21 Palandt/Heinrichs (Fn. 1), § 81 Rn. 5.

22 Vgl. § 5 Abs. 3 StiftG NW; § 7 HmbAGBGB.

ben. Im Gegenteil: der erlaubten Endlichkeit entspricht die parallele Behandlung des Vermögensstockes, der beim nahenden Ende zum Verbrauch freigegeben wird.

bb) Damit ist nun zu fragen, ob die Landesstiftungsgesetze diese Satzungsautonomie im Kontext von Endlichkeit und Vermögensverbrauch enger sehen und, wenn ja, ob sie das unter den Vorgaben des Bundesrechts überhaupt können.

Nach dem, was oben schon angesprochen wurde, muss man insoweit drei landesgesetzliche Gestaltungen unterscheiden:

(1) In der ersten Variante enthält das entsprechende Landesstiftungsgesetz – entsprechend den Vorschlägen von *Hüttemann* und *Rawert*²³ – keine Aussage zur Vermögenserhaltung. In diesem Falle wird auf diese Weise dem Stifterwillen (Stifterautonomie) bewusst Spielraum auch in Richtung auf die Vermögenserhaltung oder den Verbrauch des Vermögens gegeben. Bei dieser Gestaltung der Landesgesetze kann eine vom Stifter gewollte Endlichkeit des Stiftungszweckes mit dem Verbrauch auch des Stiftungsvermögens in Einklang gebracht werden etwa in der Weise, dass in der betreffenden Stiftungssatzung die Vermögenserhaltung nur bis zum absehbaren Ende des Zweckes angeordnet, sodann aber der Verbrauch zur endgültigen Verwirklichung des Zweckes angeordnet wird. Das entspricht dann ganz und gar dem Stiftungszweck und Stifterwillen.

(2) In der zweiten Variante formuliert das Landesstiftungsgesetz eine Vermögenserhaltungspflicht nach Art des oben zitierten § 7 StiftG NW. Dagegen ist auch unter der Gestaltungsfreiheit des Bundesrechts nichts zu sagen; denn der Satz lautet insgesamt:

»Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten.«²⁴

und gibt mithin ebenfalls der Satzungsautonomie ausdrücklich Vorrang. Auch in dieser Variante wäre also die gleiche Gestaltungshoheit gegeben wie unter der Variante (1), dem Verzicht auf jedes Gebot der Vermögenserhaltung im Gesetz.

Der Wortlaut des Gesetzes ist auch deutlich. Satz 1 legt die Pflicht zur Vermögenserhaltung fest, stellt sie zugleich aber unter den Vorbehalt der Satzung. Selbstverständlich darf die Satzung dabei nicht dem Gebot der Dauerhaftigkeit widersprechen; Zweck, Dauerhaftigkeit in Bezug auf den Zweck und seine Verfolgung sowie der Erhalt des dafür erforderlichen Vermögensstockes müssen in Einklang miteinander stehen.

(3) Die landesgesetzliche Vorschrift enthält aber noch einen weiteren Satz, der lautet:

»Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird; die Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde ist erforderlich.«

23 *Hüttemann/Rawert*, ZIP 2002, 2019 ff.

24 Im Wortlaut ähnlich, in der Sache aber gleich § 7 Abs. 2 StiftG BW, § 3 StiftG Berlin, § 4 Abs. 2 StiftG SchlH, § 7 Abs. 2 StiftG RhLPf.

Dieser Satz 2 ist, wie die sprachliche Trennung von Satz 1 deutlich macht, ganz unabhängig zu sehen. Er behandelt den Fall, dass die Satzung *keine* Regelung enthält. Auch dann soll es aber möglich sein, das grundsätzlich statuierte Gebot der Vermögenserhaltung zu überwinden. Darauf ist in anderem Zusammenhang zurückzukommen.

6. Verwirklichung der Verbrauchsstiftung in der Satzung

Nachdem geklärt werden konnte, dass sowohl nach Bundes- wie nach vielen Landesstiftungsrechten die Endlichkeit eines Stiftungszweckes und der darauf bezogene Verbrauch des Stiftungsstockvermögens beim Auslauf des Stiftungszweckes durch entsprechende Regelung in der Satzung möglich sind, soll nunmehr nach zweckmäßigen Gestaltungen der Satzung gesucht werden. Hier müssen wir wiederum zwei unterschiedliche Situationen unterscheiden:

a) Endlicher Zweck

Im ersten Fall ist der Stiftungszweck per se endlich. Hier geht es also um die oben bereits genannten Beispiele des zu fördernden Menschen und seines Todes oder des Bauwerks, das vollendet ist. Hier könnte eine Formulierung lauten:

»Hat sich der Stiftungszweck erledigt, so ist das restliche Vermögen für einen verwandten Zweck (Beispiel: Gesamtausgabe für Dichter, Grabdenkmal für Musiker; Museums-Saal für Maler; Vortrags- oder Bibliothekssaal für Wissenschaftler) zu verbrauchen und die Stiftung sodann aufzuheben.«

Geht es hingegen um die *bevorstehende* Erledigung des Zweckes, so könnte man formulieren:

»Nähert sich der Stiftungszweck seiner Erledigung, so ist das Stiftungsvermögen insgesamt zur restlichen Zweckerfüllung einzusetzen. Nach seinem vollständigen Verbrauch ist die Stiftung aufzuheben.«

b) Potentiell unendlicher Zweck

In der zweiten Situation ist der Stiftungszweck im Prinzip nicht endlich und könnte bis ans Ende aller Tage verfolgt werden²⁵. Will der Stifter hier Vorsorge treffen für den Fall, dass es zur Verfolgung des Stiftungszweckes notwendig oder zweckmäßig ist, auch das Grundstockvermögen zu verbrauchen, so ist jedenfalls die Festlegung eines festen Termins dafür gewiss ungeeignet. Denn man könnte auf diese Weise den sachlich genau falschen Zeitpunkt festlegen und die durchaus weiterhin zweckvolle Tätigkeit der Stiftung ungewollt erwürgen.

Hier wird es sich empfehlen, die Stiftungsorgane zu ermächtigen, durch übereinstimmenden Beschluss festzustellen, dass der Stiftungszweck nur noch durch den Verbrauch des verbliebenen Vermögens zu verwirklichen ist. Geschieht das in dieser

25 Vgl. Seifart/v. Campenhausen/Hof, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., 1999, § 8 Rn. 10.

Weise, so ist der Satzungsvorbehalt des § 7 StiftG NW und vergleichbarer anderer Stiftungsgesetze²⁶ ausgefüllt.

Eine entsprechende Regelung in der Satzung könnte also zunächst lauten:

»Das Stiftungsvermögen ist zu erhalten, der Stiftungszweck aus den Erträgen des Vermögens zu verwirklichen.«

Tritt nun eine Entwicklung ein, die das Stiftungsvermögen stark beeinträchtigt, so dass der Stiftungszweck aus diesem Vermögen nicht mehr dauerhaft und nachhaltig erfüllt werden kann, so benötigen die Stiftungsorgane für den Zugriff auf das Grundstockvermögen einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung. Diese könnte lauten:

»Erlauben die Erträge des Stiftungsvermögens erkennbar keine dauernde und nachhaltige Verwirklichung des Stiftungszweckes mehr, so stellen die Stiftungsorgane (oder: Vorstand und Kuratorium) das durch einen entsprechenden Beschluss fest, den sie der Stiftungsaufsicht mitteilen. Sie sind dann berechtigt, das Stiftungsvermögen dem Stiftungszweck entsprechend zu verbrauchen.«

7. Ergebnis

Eine Stiftung kann mit einem endlichen Zweck geschaffen werden. In diesem Zusammenhang kann dann der Stifter in der Satzung festlegen, dass mit dem Ende oder absehbaren Ende dieses Zweckes das Grundstockvermögen zweckentsprechend ausgegeben wird. So sind Verwundete des 1. Weltkriegs knapp 100 Jahre nach seinem Ende nicht mehr zu betreuen; doch hätte bestimmt werden können, dass das restliche Vermögen für eine Stätte zur Erinnerung an ihre Leiden verwandt wird. Nach dem Tode von Hilde Domin wäre der Stiftungszweck erloschen. Doch könnte der Stifter festlegen, dass das restliche Stiftungsvermögen für eine Gesamtausgabe ihrer Werke verwandt wird.

Kurz: Dauerhaftigkeit ist nicht Ewigkeit; und das Ende des endlich formulierten Stiftungszweckes führt nicht notwendig zum anderweitigen Anfall des Stiftungsvermögens, sondern kann durch entsprechende Regelung in der Satzung zur »Abrundung« des Zweckes verbraucht werden.

Aber auch für die eingangs erwähnten Unglücke mit ihren Folgen für das Stiftungsvermögen, dessen Erträge keine angemessene Zweckverfolgung mehr erlauben, kann der Stifter in der Satzung Vorsorge treffen und die Umstellung auf den Verbrauch des Restvermögens ermöglichen.

III. Lösungsmöglichkeiten ohne Gestaltung in der Satzung

Bislang haben wir uns mit Fragen der Gestaltbarkeit und der konkreten Gestaltung von Endlichkeit und Verbrauch des Grundstockvermögens in der Satzung einer Stif-

26 Vgl. oben Fn. 24.

tung beschäftigt. Nunmehr ist zu erörtern, wie man zu verfahren hat, wenn sich solche Fragen in der Wirklichkeit des (Stiftungs-)Lebens stellen, in der Satzung aber keine allgemeine oder spezielle Lösung dazu getroffen wurde.

1. Unmöglichkeit der Erreichung des Stiftungszwecks?

a) Überblick

§ 87 Abs. 1 BGB regelt Fälle, in denen die Erfüllung des Stiftungszwecks *unmöglich* geworden ist. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde dann der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.

Eine solche Unmöglichkeit ist tatsächlich der Fall in den oben erörterten Beispielen, dass der zu fördernde Künstler verstorben, das Bauwerk vollendet ist oder es keine Verletzten des Krieges mehr gibt. Schweigt hier die Satzung und kann aus dieser auch durch Auslegung keine (andere) Lösung gefunden werden (dazu unten 2), so ist § 87 Abs. 1 BGB auf diese Fälle anzuwenden.

b) Anwendbarkeit auf Fälle der Ertragsschwäche?

Darüber hinaus liegt der Gedanke nahe, diese Norm auch auf Fälle anzuwenden, in denen die Erträge des Grundstockvermögens im Wesentlichen nur noch zur Deckung der Verwaltungskosten ausreichen, eine ernsthafte Förderung des Stiftungszwecks durch Verwendung nur der Erträge des Stiftungsvermögens mithin unmöglich geworden ist.

Ein solches Verständnis der Norm wäre allerdings problematisch. Denn unmöglich ist die Erreichung des Stiftungszweckes nur aus den Erträgen, nicht aber – jedenfalls vorerst – aus dem Stiftungskapital. Eine Anwendung von § 87 Abs. 1 BGB auf diese Situation würde bedeuten, dass der Stifterwille, obwohl er wenigstens noch mit dem Grundstockvermögen eine Zeit lang verwirklicht werden könnte, nun gar nicht mehr verwirklicht werden kann. Das restliche Vermögen würde vielmehr an den Fiskus fließen und dieser hätte das Vermögen lediglich zweckentsprechend zu verwenden, §§ 88 S. 3, 46 S. 2 BGB. Ein derartiger Weg, bei dem der Wille des Stifters in den Hintergrund gedrängt würde, steht dem Grundgedanken, dass dieser Wille des Stifters oberste Richtschnur für die Verwendung der Stiftungsmittel ist²⁷, klar entgegen und kann daher *nicht* als das vom Gesetz gewollte Ergebnis angenommen werden.

Der in § 87 BGB geregelte Fall ist ein anderer. In der hier angesprochenen Situation – Ertragsschwäche – befindet sich die Stiftung nicht schon in der Phase der endgültigen Unmöglichkeit der Zweckerfüllung, sondern lediglich in einer Phase der prospektiven Unmöglichkeit, der Vor-Unmöglichkeit. Die gesetzliche Regelung betrifft hingegen Fälle, in denen die Erfüllung des Zweckes *endgültig* unmöglich geworden ist, der Wille des Stifters unter keinen Umständen mehr verfolgt werden kann – sei es,

27 BVerwG DVBl. 1973, 795; Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 25), § 4 Rn. 17.

weil der Zweck selbst unmöglich geworden ist, sei es, weil das Stiftungsvermögen durch Insolvenz insgesamt verloren gegangen ist²⁸.

c) Ergebnis

Halten wir fest: § 87 Abs. 1 BGB ist dann, wenn die Satzung schweigt, auf einen Teil der hier erörterten Fälle anzuwenden, nicht jedoch auf die Fälle der dauernden Ertragschwäche.

2. Zulässigkeit der Umstellung bestehender Stiftungen auf »Verbrauch«

a) Überblick

Fraglich bleibt mithin, wie verfahren werden kann, wenn zwar ein Grundstockvermögen noch vorhanden ist, dieses aber keine Erträge in einer für die Zweckverfolgung ausreichender Höhe mehr erbringt²⁹. Eine solche Entwicklung muss keineswegs nur betagte Stiftungen treffen, deren Grundstockvermögen dramatisch an Wert verloren hat³⁰, sondern kann durchaus auch neuere Stiftungen treffen, selbst wenn sie, absolut betrachtet, noch ein größeres Vermögen aufweisen. Man denke etwa an den Fall, dass eine Stiftung mit einem solchen Vermögen zwar ständig ihrer Vermögenserhaltungspflicht nachkommt, hierbei sogar nach der streng verstandenen Vermögenserhaltungspflicht auf Einflüsse der Inflation eingeht³¹ und mithin auch den Substanzwert ihres Vermögens erhält. Selbst eine solche Stiftung kann in die Situation geraten, nicht mehr ihren Zweck erfüllen zu können, etwa dann, wenn dieser sehr eng

28 Das ist vor allem bei einer so genannten Unternehmens-Stiftung möglich, deren Vermögen in der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einem Unternehmen besteht. Vgl. dazu Götz, Die unternehmensverbundene Stiftung im Zivil- und Steuerrecht, StW 2004, 628 ff.; MünchKomm/Reuter (Fn. 1), Vor § 80 Rn. 43 ff.; Staudinger/Rawert (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 83 ff.

29 Nimmt man einmal an, das ursprüngliche Vermögen von 300.000 Euro mit dem Zweck der Ausgabe von Stipendien an russische Studierende in Deutschland habe jährliche Erträge in Höhe von 8 % = 24.000 Euro erbracht. Dafür konnten zwei Jahres-Stipendien vergeben und die Verwaltungskosten gedeckt werden.

Heute ist das Kapital durch eine unglückliche Anlage des Vermögens auf 60.000 Euro geschrumpft. Das erbringt heute bei allenfalls 3,5 % Zins gerade einmal Erträge von Euro 2.000. Diese decken gerade die Verwaltungskosten der Geschäftsführung (Rechtsanwalt), Rechnungslegung (Steuerberater) und den Bericht an die Aufsichtsbehörde. Der eigentliche Stiftungszweck kann nicht mehr verfolgt werden. Bei Verbrauch des Stiftungskapitals aber könnten noch einmal 6 Stipendien vergeben werden.

30 Stiftungen aus der Zeit vor 1914 sind mit ihrem Vermögen durch zwei Inflationen gegangen!

31 Vgl. hierzu Carstensen, Die ungeschmälerte Erhaltung des Stiftungsvermögens, Die Wirtschaftsprüfung 1996, 781 ff.; ausführlich zum Begriff der Vermögenserhaltung Hüttemann, Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht, in: Festschrift für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59 ff.

bestimmt wurde und die Ausgaben für die Erfüllung dieses Zwecks unverhältnismäßig angestiegen sind.

b) Auslegung der Satzung

Wie bereits oben dargelegt wurde, sind nach den Landesstiftungsgesetzen Ausnahmen von der Vermögenserhaltungspflicht vorgesehen. Das setzt eine Regelung in der Satzung voraus. Ist das nicht ausdrücklich geschehen, so geht es zunächst einmal um die Auslegung der Satzung; denn auch wenn der Verbrauch nicht besonders geregelt ist, könnte sich die Erlaubnis dazu doch durch Auslegung als Inhalt der Satzung ergeben.

Fraglich ist mithin, wie die Auslegung einer Stiftungssatzung vorgenommen werden muss. Dazu liegt es nahe, zunächst einen Blick auf die Grundsätze der Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen im Gesellschaftsrecht zu werfen. Dabei stellt man fest, dass dort durchaus uneinheitliche Auslegungsmaßstäbe gelten. Die unterschiedlichen Gesellschaftsformen erfordern auch unterschiedliche Regeln für die Auslegung ihrer jeweiligen Grundordnung. Teilweise wird daher danach differenziert, ob es sich um die Satzung einer Körperschaft oder den Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft handelt. Geht es um die Auslegung der Satzung einer Körperschaft, so soll objektiv ausgelegt werden³². Bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen hingegen soll der Maßstab der §§ 133, 157 BGB angewandt und mithin auf den wirklichen Willen des oder der Erklärenden unter Beachtung des Empfängerhorizonts abgestellt werden³³. Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung³⁴ soll bei den Körperschaften hingegen nicht allgemein objektiv ausgelegt, sondern danach abgegrenzt werden, ob die fragliche Klausel »überindividuellen verbandsrechtlichen Charakter« hat oder eher individueller Natur ist³⁵; ist ersteres der Fall, so soll es bei der objektiven Auslegung bleiben, anderenfalls soll ebenfalls der wirkliche Wille gemäß §§ 133, 157 BGB entscheidend sein.

Betrachtet man unter diesen Aspekten die Stiftungssatzung und die Rechtsform der Stiftung, so wäre bei Übernahme der gesellschaftsrechtlichen Überlegungen eine objektive Auslegung der Stiftungssatzung vorzunehmen. Denn die Stiftung hat eine körperschaftliche Struktur, ja man könnte sie, die keine Mitglieder hat, als stärkste Ausprägung der privaten Körperschaft überhaupt bezeichnen; und ihre Satzung hat »überindividuellen verbandsrechtlichen Charakter«.

Stellungnahmen in der Literatur zum Stiftungsrecht kommen zu demselben Ergebnis. Die durch die Erklärung des Stifters in Verbindung mit dem Stiftungsgeschäft durch eine Willenserklärung erstellte Stiftungssatzung richtet sich entsprechend der gesetzlichen Regelungen an alle, die mit der Stiftung in Kontakt treten. Die Stiftungs-

32 RGZ 106, 120, 123; BGH NJW 1971, 879, 880; *Flume*, Juristische Person, 1983, S. 315 ff.; *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., 2004, § 23 Rn. 39.

33 RGZ 156, 129, 133; BGHZ 14, 25, 36 f.; 123, 347, 350; *Erman/Westermann*, § 705 Rn. 34; *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 32 ff.

34 So zuerst *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 1986, S. 68.

35 *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 90; *Grunewald*, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, ZGR 1995, 89; *Kraft/Kreutz*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2000, S. 38.

satzung hat daher Normcharakter³⁶ und ist wie ein Gesetz auszulegen. Maßstab für die Auslegung der Satzung ist mithin der objektivierte Stifterwille³⁷. Die Satzung ist also nach ihrem Wortlaut, ihrem objektivierten Inhalt und ihrem typischen Sinn auszulegen³⁸.

Fehlt eine ausdrückliche Regelung in der Satzung, die besagt, dass eine Stiftung auch ihr Grundstockvermögen zur Verfolgung des Stiftungszweckes aufbrauchen kann, und fehlt auch jeder andere Hinweis in diese Richtung, so wird ein objektiver Dritter die Satzung kaum dahingehend verstehen können, dass ein Verbrauch des Grundstockvermögens zur Zweckerreichung vom Stifter gewollt war. Ohne eine entsprechende Satzungsregelung und ohne jeden Hinweis ähnlicher Art in der Satzung scheint der Verbrauch des Grundstockvermögens nicht erlaubt zu sein.

IV. Satzungsänderungen

Ist der Verbrauch des Stiftungsvermögens in der Satzung nicht ausdrücklich geregelt und auch nicht durch Auslegung der Satzung zu gewinnen, so bleibt immer noch die Möglichkeit, eine Satzungsänderung etwa nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 StiftG NW³⁹ vorzunehmen. Voraussetzung einer solchen Änderung ist zunächst einmal ein Beschluss des zuständigen Stiftungsorgans. Dieser Beschluss bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Diese ihrerseits darf nur verweigert werden, wenn der Beschluss dem *erklärten* oder *mutmaßlichen* Willen des Stifters widerspricht. Das maßgebliche Kriterium ist mithin auch hier der Stifterwille.

1. Zur Auslegung des Stifterwillens

a) Realer und mutmaßlicher Wille

In den beiden hier vorgestellten Ansätzen fehlt eine entsprechende Regelung dieses Aspekts in der Satzung der Stiftung. Das ist – jedenfalls bis heute – der Normalfall. Aber auch eine anderweitige Erklärung des Stifters in diese Richtung wird in solchen Fällen nur selten festzustellen sein. Das aber bedeutet nicht notwendig, dass der Verbrauch des Grundstockvermögens zur Verfolgung des Stiftungszwecks nicht vom Stifter gewollt war. Stifter können bei der Errichtung ihrer Stiftung deren Entwicklungen nicht absehen und bedenken daher derartige Aspekte nur selten im Zeitpunkt der Stiftungserrichtung. Sie befinden sich somit in einer ähnlichen Situation wie ein Erblasser. Anders als bei diesen kann man den Stifter aber zu seinen Lebzeiten befragen. Wird also einer hier erörterten Satzungsänderung eine Erklärung des Stifters bei-

36 Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), § 85 Rn. 5.

37 BGHZ 99, 344; Staudinger/*Rawert* (Fn. 1), § 80 Rn. 7.

38 Vgl. BVerfGE 1, 299, 312; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 1), Einleitung Rn. 50.

39 Die Stiftungsgesetze der anderen Bundesländer enthalten häufig entsprechende Regelungen. Vgl. z.B. § 9 Abs. 1 HessStiftG; § 21 StiftG Thüringen; § 7 Saarländisches StiftG.

gefügt, dass diese seinem Willen entspreche und so stets entsprochen habe, so muss die Aufsichtsbehörde genehmigen.

Ist der Stifter verstorben, so hat man eine ähnliche Situation wie beim Erblasser; ihr Wille ist für die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsverhältnissen maßgebend. Aber diesen Willen können wir nicht mehr erfragen und er wird mit dem Ablauf der Zeit immer diffuser und nebulöser. Daher ist hier wie dort⁴⁰ nicht nur der reale, sondern auch der mutmaßliche Wille maßgebend⁴¹. Es stellt sich also nicht nur die Frage, was der Stifter wirklich gewollt und tatsächlich geäußert hat – das hat in jedem Falle Vorrang – sondern darüber hinaus auch, was der Stifter in der besonderen Situation gewollt hätte⁴².

Um diesen Willen feststellen zu können, ist das gesamte Stiftungsgeschäft zu betrachten. Dieses stellt eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung dar⁴³. Es ist daher nicht auf einen Empfängerhorizont abzustellen, sondern ausschließlich das zu berücksichtigen, was der Stifter gewollt hat⁴⁴. Handelt es sich um eine Stiftung von Todes wegen, so gelten die Auslegungsregeln für die Auslegung einseitiger letztwilliger Verfügungen⁴⁵. Maßgebend ist, was der Erblasser erklären und welchen Erfolg er herbeiführen wollte⁴⁶. Gleiches gilt für die Auslegung von Erklärungen des Stifters im Rahmen des Stiftungsgeschäfts. Es gilt § 133 BGB⁴⁷. Daher ist weniger auf den buchstäblichen Wortlaut der Erklärung, als auf den wirklichen Willen des Stifters abzustellen. Führt das zu keinem Ergebnis, so ist es erforderlich, auf die so genannte ergänzende oder hypothetische Auslegung zurückzugreifen⁴⁸. Zu fragen ist, was der Stifter gewollt hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass der tatsächlich geäußerte Wille wegen geänderter Umstände bzw. wegen damals nicht absehbarer Verläufe nicht zur Erreichung des erstrebten Ziels führen kann, sondern hierzu eine andere Willenserklärung erforderlich gewesen wäre⁴⁹. Die Antwort auf diese Frage orientiert sich an dem anerkannten Erfahrungssatz, dass der Erklärende etwas Vernünftiges gewollt hätte⁵⁰. Auszugehen ist also von einem vernünftigen Stifter, der jeden möglichen Weg wählt, um den erstrebten Stiftungszweck verfolgen und erreichen zu können. Es ist demnach die Auslegung vorzunehmen, bei der der Stifterwille seine optimale Geltung erlangt⁵¹. Zu berücksichtigen ist, dass die Willensverwirklichung eine der wesentlichen Voraussetzungen und Gründe dafür ist, dass Stifter bereit sind,

40 BGHZ 22, 360; BGH FamRZ 62, 257; Münch/Komm/Leipold, 4. Aufl., 2004, § 2084 Rn. 77 ff.; Palandt/Edenhofer (Fn. 1), § 2084 Rn. 8 ff.; Staudinger/Otte, Neubearbeitung 2003, § 2084 Rn. 1.

41 Vgl. Werner, Stiftung und Stifterwille, in: Stiftungen in Deutschland und Europa, Düsseldorf, 1998, S. 243 ff.

42 Werner, Stiftung und Stifterwille (Fn. 41).

43 Erman/Werner (Fn. 7), § 80 Rn. 3; Hübner, BGB AT, 2. Aufl., 1996, Rn. 279; Palandt/Heinrichs (Fn. 1), § 80 Rn. 1; Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 25), § 7 Rn. 10.

44 Vgl. Erman/Palm (Fn. 7), § 133 Rn. 26; Hübner (Fn. 43), Rn. 754.

45 Werner (Fn. 41), S. 248.

46 Werner, FS Lübtow, 1991, S. 270, 272; Palandt/Edenhofer (Fn. 1), § 2084 Rn. 1.

47 Staudinger/Rawert (Fn. 1), § 80 Rn. 7.

48 Staudinger/Dilcher, 12. Auflage, 1980, § 133 Rn. 39 ff.; Erman/Palm (Fn. 7), § 133 Rn. 20–30.

49 Staudinger/Dilcher (Fn. 48), § 133 Rn. 43; Erman/Palm (Fn. 7), § 133 Rn. 20–22.

50 BGHZ 86, 41 zur Auslegung eines Testaments.

51 Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 25), § 8 Rn. 16.

ihr Vermögen nicht für eigennützige Zwecke auszugeben bzw. an nahe Verwandte oder Freunde weiterzugeben, sondern in der Stiftungserrichtung eine Möglichkeit sehen, die von ihnen gewollten und meist gemeinnützigen Zwecke zu verwirklichen⁵². Der Stifter muss also darauf vertrauen können, dass seine Vorstellungen und Ziele fortgedacht und auch bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse zum Erfolg geführt werden. In der Regel ist daher anzunehmen, dass als vom Stifter gewünschter Erfolg die möglichst effektive Verfolgung des Stiftungszwecks gewollt ist. Und dazu gehört eben auch, das unzureichend gewordene Grundstockvermögen für den Stiftungszweck auszugeben. Somit umfasst der hypothetische Wille des Stifters auch, dass die Satzung geändert und das Grundstockvermögen verbraucht werden darf, wenn erst hierdurch eine effektive (letzte) Zweckverfolgung möglich wird.⁵³

Eine entsprechende Satzungsänderung mit dem Ziel, die chronisch ertragsschwache Stiftung in eine Verbrauchsstiftung zu verwandeln, ist also in der Regel auch durch Auslegung aus dem hypothetischen Willen des Stifters möglich, selbst wenn der Text der Satzung schweigt.

b) Wortlaut der Landesstiftungsgesetze

Für diese Auslegung sprechen auch manche Formulierungen in den Landesstiftungsgesetzen. So finden sich etwa folgende Formulierungen:

»Das der Stiftung zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks zugewandte Vermögen (Stiftungsvermögen) ist in seinem Bestand zu erhalten, es sei denn, dass die Satzung eine Ausnahme zulässt oder der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen ist.«⁵⁴

Daraus wird deutlich, dass die letzte Möglichkeit der Zweckverfolgung durch Verbrauch des restlichen Stiftungsvermögens nicht am Prinzip der Vermögenserhaltung scheitern soll.

2. Möglichkeiten der »technischen Umstellung«

Die hier erörterten Fälle unterfallen nicht § 87 BGB; das wurde geklärt⁵⁵. Unabhängig davon sehen manche der Landesstiftungsgesetze aber eine Möglichkeit zum hoheitlichen Eingriff in die Satzung vor, auch unterhalb der Schwelle von Unmöglichkeit oder Gefährdung des Gemeinwohls⁵⁶. Voraussetzung hierfür ist im Allgemeinen nur eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse. Darunter könnte man auch die uns beschäftigenden Fälle der dauernden Ertragsarmut subsumieren und mithin annehmen, dass die Stiftungsaufsicht in den betreffenden Bundesländern genau zu den Maßnahmen befugt ist, die hier für nötig angesehen werden, die aber, wie festgestellt,

52 Vgl. Werner (Fn. 41), S. 257.

53 Im Ergebnis nicht unähnlich Hüttemann (Fn. 31), der auf anderem Weg und mit anderen Argumenten auch zur ausnahmsweisen Erlaubnis des Verbrauchs gelangt.

54 § 4 Abs. 2 Satz 1 StiftG SchlH; ebenso oder ähnlich § 7 Abs. 2 StiftG BW; § 7 Abs. 2 StiftG RhlPf und § 6 Abs. 1 Satz 2 Saarländisches StiftG.

55 Siehe oben: III, 1.

56 Vgl. z.B. § 6 Satz 2 StiftG BW; § 11 Abs. 1 HambAGBGB.

eben auch durch die Stiftungsorgane selbst vorgenommen werden können. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Kompetenzen zueinander.

Hier ist an die Autonomie der Stiftung und ihrer Organe zu erinnern und ihrer Befugnis, allfällige Schwierigkeiten selbst zu beseitigen. Das ist anerkannt⁵⁷. Beschließen also die Stiftungsorgane in dieser Situation und aufgrund der hier dargestellten rechtlichen Grundlage eine Satzungsänderung, so verdrängen sie damit zunächst einmal die Befugnis der Aufsichtsbehörde zum Eingriff. Daraus folgt aber auch, dass die Aufsichtsbehörde etwa geplante Eingriffe in die Satzung den Stiftungsorganen mitteilen muss mit dem Ziel, diese zur Ausübung ihrer vorrangigen Befugnisse zu veranlassen. Erst wenn das klar gescheitert ist, kann die Aufsichtsbehörde tätig werden.

Daraus erhellt aber auch, dass die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt ist, ihre Lösungsvorstellungen an die Stelle derer der Stiftungsorgane zu stellen. Wird daher in der hier erörterten Situation der dauerhaften Ertragsarmut die Satzung von den Stiftungsorganen mit der hier entwickelten Begründung geändert und auf Verbrauch umgestellt, so muss die Stiftungsaufsicht dem zustimmen.

V. Zusammenfassung

Verbrauchsstiftungen sind zulässig. Zunächst besteht die Möglichkeit, eine Stiftung unmittelbar als Verbrauchsstiftung zu gründen. Fehlt eine solche Regelung in der Stiftungssatzung, so ist es doch möglich, auch eine solche Stiftung später unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere: mangelnde Erträge) auf »Verbrauch« umzustellen. Das kann zunächst durch Auslegung der Satzung, vor allem durch eine Satzungsänderung geschehen, die auf einem entsprechenden (mutmaßlichen) Willen des Stifters gründet.

VI. Summary

Foundations are aimed at unlimited existence, as various excellent examples remind us. But this principle is not unexceptionable. Also temporary objects are permitted – and in such cases it is legitimate to spend the foundations' capital stock.

The situation is more difficult when the object is not restricted regarding time, but the capital is insufficient to serve the object. Do these situations justify spending the remainder of the capital stock for the foundation before the foundation will be wound up? This paper addresses that question and answers in the affirmative.

57 Vgl. hierzu nur Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 25), § 11 Rn. 52 ff.

Kommunale Stiftungen zwischen Stifterwillen und Gemeinwohl

JÖRN AXEL KÄMMERER

I.	Stiftungen im kommunalen Bereich	60	IV.	Einsatz von Stiftungen auf Gemeinde-	
	1. Kommunale Stiftung: Typologie und			ebene – politische Bedenken und	
	Rechtsnatur	60		rechtliche Grenzen	66
	2. »Bürgerstiftungen« im engeren Sinne .	62		1. Bürgerstiftungen i.e.S.	66
II.	Stiftungsgründung als			2. Kommunale Stiftungen	67
	Privatisierungssachverhalt	63	V.	Fazit	77
III.	Örtliche Stiftungen und		VI.	Zusammenfassung	78
	Gemeinwohlstreben	64	VII.	Summary	80

In Zeiten bedrängter Staats- und Gemeindehaushalte wie der unseren erleben Stiftungen auf allen Ebenen eine Renaissance. Die Erkenntnis, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften die wachsende Bürde ihrer Aufgaben nicht mehr zu schultern vermögen, führte zum Ruf nach dem »schlanken Staat«, der sich um des Selbsterhalts willen auf seine »eigentlichen Aufgaben« besinnen sollte¹. Kaum etwas vermag die erlahmende Leistungsfähigkeit von Staat und Gemeinden besser zu dokumentieren als die sich öffnende Schere zwischen Einnahmen und Ausgaben der Gemeinwesen. Die Kommunen sind von budgetären Schieflagen u.a. aufgrund negativer Folgen von Steuernovellen (Einbrüche beim Gewerbesteueraufkommen), steigender Soziallasten und begrenzter Möglichkeiten, Einnahmeausfällen durch Abgabenerfindung gegenzusteuern, oft besonders hart betroffen. Wo dem städtischen Hallenbad die Schließung droht, wo Sozialeinrichtungen verkümmern, Grünanlagen und Denkmäler verrotten, springen nunmehr vielerorts Bürger in die Bresche, um durch eigene Mittel, die in Stiftungen eingebracht werden, kommunale Leistungen zumindest teilweise zu substituieren und so die entstehenden Härten abzufedern.

Die altruistische Zielrichtung solchen bürgerschaftlichen Engagements scheint ungeteilten Beifall zu erheischen, doch werfen, wie zu zeigen sein wird, Stiftungsinitiativen von Gemeindebürgern auch Probleme auf. Auch die Gemeinde selbst bedient sich der Rechtsform der privatrechtlichen Stiftung und reiht sich damit in einen allenthalben zu beobachtenden Trend zur Privatrechtsförmigkeit bei Organisationseinheiten mit staatlichem Bezug ein. Stiftungen sind kraft Maßgeblichkeit des Stifterwillens gegen parteipolitische Präentionen weitgehend immun und sichern bei ausreichender Kapitalausstattung die Erfüllung des mit ihnen verbundenen Zweckes

1 Hierzu etwa *Th. Ellwein/J. J. Hesse*, Der überforderte Staat, 1994; Sachverständigenrat »Schlanker Staat«, Abschlussbericht, Band 1, S. 3 ff. (1997); *H. Siedentopf*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Begriff und Folgen, VOP 1980, 63 (64); *H. Ossenkamp*, Verschlanung des Staates heißt vor allem: Reduzierung der Staatsaufgaben, ZG 1996, 160 ff.; mit Bezug auf Stiftungen *M. Kilian*, Stiftungerrichtung durch die öffentliche Hand, in: E. Bellezza/M. Kilian/K. Vogel (Hrsg.), Der Staat als Stifter, 2003, S. 11 (15 ff.).

dauerhaft ab. Vorschnell aber handelt, wer sie Staat und Gemeinden als ideale Organisationsform andient²; denn Stiftungen, welche deren Verwaltung unterliegen und in die Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben eingebunden sind, stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen dem partikulären Stifterwillen und der demokratischen Gemeinwohlbindung der Körperschaft. Zwar muss sich der Wille des Stifters auf die Erfüllung einer kommunalen Aufgabe beziehen. Verfolgt die Stiftung insoweit also ein gemeinnütziges Ziel, darf dies noch nicht mit der Vertretung des Allgemeinwohls gleichgesetzt werden, das sich erst als Resultante der Abwägung kollidierender öffentlicher Belange ergibt. Bedenklich wird dies, wenn die Gemeinde Zustiftungen leistet oder selbst als Stifterin in Erscheinung tritt. In diesem Fall wird der Einsatz von Haushaltsmitteln langfristig für einen spezifischen Zweck blockiert und damit der Entscheidungsgewalt künftiger Gemeindevertretungen entzogen. Die verfassungsrechtlich gebotene demokratische Einflussnahme der Bürgervertretung wird begrenzt durch die Maßgeblichkeit des Stifterwillens, der insoweit eine Permeabilitätsgrenze setzt.

I. Stiftungen im kommunalen Bereich

1. Kommunale Stiftung: Typologie und Rechtsnatur

Gegenstand dieses Beitrages sind die von Gemeinden verwalteten selbständigen bzw. rechtsfähigen³ kommunalen Stiftungen und unter diesen besonders die örtlichen Stiftungen. Als kommunale Stiftungen sollen hier solche angesehen werden, deren Zweck in der Erfüllung bestimmter kommunaler Aufgaben besteht und deren Verwaltung Angelegenheit der kommunalen Gebietskörperschaft ist, wohingegen der Begriff der örtlichen Stiftung eine Subkategorie bezeichnet und sich auf Stiftungen bezieht, die von Gemeinden verwaltet werden und Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises zum Gegenstand haben⁴. Sonstige kommunale Stiftungen lassen sich als »überörtliche« apostrophieren, wobei in Ansehung der kommunalen Strukturen eines Landes weitere Untergliederungen denkbar sind⁵. Einzelne Landesstiftungsgesetze weichen von dieser Terminologie ab, indem sie den Terminus »örtliche Stif-

2 Illustrativ zur »Stiftungseuphorie« die (auf den Einsatz der Stiftung im staatlichen Hochschulbereich gemünzte) Feststellung von *M. Fehling*, Hochschulen in Rechtsformen des öffentlichen Rechts, in: J. A. Kämmerer/P. Rawert (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, 2003, S. 83 (85): »Fast scheint es so, als könne man alle (wirklichen oder vermeintlichen) Malaisien der Universität aus diesem einen Punkt der Rechtsform heraus kurieren.«

3 Nichtrechtsfähige Stiftungen auf Gemeindeebene sind der Sache nach Sondervermögen und unterliegen grds. nicht den Landungsstiftungsgesetzen, sondern dem Kommunalrecht (vgl. die Auflistung bei *A. Frhr. von Campenhausen*, in: Seifart/Frhr. von Campenhausen [Hrsg.], Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 31 Rn. 3 mit Fn. 8).

4 Vgl. *von Campenhausen* (o. Fn. 3), § 30 Rn. 3 ff., 9 ff.

5 Exemplarisch Art. 28 I bayr. StiftG, wonach kommunale Stiftungen sich in örtliche, kreis-kommunale und bezirkkommunale gliedern.

tung« als Oberbegriff verwenden⁶. Die meisten Landesstiftungsgesetze⁷ lassen die Gründung öffentlich-rechtlicher Stiftungen zu, auch wenn diese Form vielfach der Regulierung durch die Stiftungsgesetze entzogen bleibt⁸. Als Stifter treten neben Privaten auch die Gemeinden selbst in Erscheinung⁹, bei öffentlich-rechtlichen Stiftungen sogar in der Regel. Wird insoweit gleichwohl ein Privater als Stifter aktiv, bedarf es zur Verleihung öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit zusätzlich noch eines (meist als »Genehmigung« bezeichneten) Hoheitsaktes¹⁰.

Das Nebeneinander öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Stiftungen in kommunaler Verwaltung wird allgemein anerkannt, auch wenn sich Stiftungen des öffentlichen Rechts und die privatrechtliche kommunale Stiftung phänotypisch kaum unterscheiden¹¹, sind doch beide auf die Erfüllung kommunaler Aufgaben gerichtet¹². Zwar ist dem Staat unbenommen, Regeln auch dann zu »staatlichem Sonderrecht« und damit für öffentlich-rechtlich zu erklären, wenn für eine Abweichung vom privatrechtlichen Kanon weder eine Notwendigkeit besteht noch sie in der Tätigkeit der so geschaffenen juristischen Person ihren Niederschlag findet; doch gibt dies Anlass, die Erforderlichkeit der kategorialen Differenzierung in Zweifel zu ziehen. Dies gilt um so mehr, als die privatrechtliche Natur der nicht als öffentlich-rechtlich firmierenden kommunalen Stiftungen keineswegs außer Frage steht. Sie begegnet desto stärkeren Zweifeln, je regelungsintensiver sich die einschlägigen Vorschriften der Landesstiftungsgesetze präsentieren.

Anders als über die Zuweisung zum öffentlich-rechtlichen Normenkreis vermag der Staat über die privatrechtliche Natur eines Rechtsinstituts, schon gar die Länder über ein bundesrechtlich vorgezeichnetes, nicht zu disponieren; sie steht und fällt mit der Jedermannsgeltung. Der Staat kann das Privatrecht nur insoweit in Anspruch nehmen, wie es auch für Private gilt (Grundsatz der Integrität des Privatrechts¹³). Verdichten sich insoweit Spezialvorschriften in einer Weise, dass dem Staat eine be-

6 Z.B. § 3 brdb. StiftG.

7 Ausgenommen ist Nordrhein-Westfalen (§ 2 III StiftG); dazu A. Schlüter/D. Krüger, Die Gemeinde als Stifter, DVBl 2003, 830 (833).

8 So etwa in Brandenburg, Niedersachsen, Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen (jeweils § 1 LStiftG).

9 Vgl. von Campenhausen (o. Fn. 3), § 32 Rn. 3.

10 Vgl. von Campenhausen (o. Fn. 3), § 16 Rn. 9; § 18 Rn. 3 ff. – Zu beachten ist, dass es »die« Stiftung des öffentlichen Rechts nicht gibt. Die insoweit für die Gesetzgebung zuständigen Länder sind frei darin, stiftungsartige Organisationsformen mit Staatsbezug zu erfinden, die sich bei gleicher Bezeichnung im Inhalt wesentlich unterscheiden können.

11 Zur schwierigen Abgrenzung illustrativ bereits H. Ebersbach, DVBl 1960, 81 ff.; vgl. im Übrigen von Campenhausen (o. Fn. 3), § 16 Rn. 9; vgl. auch U. Battis, Der Staat als Stifter, in: FS Thatos, 2003, S. 11 (15 f.).

12 Insoweit ist die strukturelle Einbindung in den Wirkungsbereich der öffentlichen Verwaltung bei Stiftungen, die nicht durch Gesetz errichtet sind, entgegen der im Privatrecht offenbar herrschenden Auffassung (etwa P. Rawert, in: Staudinger, BGB, 13. Aufl., Vor §§ 80 ff. (1995), Rn. 183 m.w.N.) ein notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Stiftung: Verwaltung kann auch privatrechtsförmig organisiert sein und ist es, wie zu zeigen sein wird (infra II), im Falle der kommunalen Stiftung des Privatrechts auch.

13 J. A. Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 236 f.

sondere Form des Zugangs zum Rechtsinstitut oder besondere Varianten des Gebrauchmachens von ihm zugestanden werden, wandelt sich die Rechtsgrundlage ungeachtet seiner Bezeichnung zu einer öffentlich-rechtlichen. Kommunale Stiftungen sind nicht schon deswegen, weil auch Private als Stifter zu agieren vermögen, Jedermanns-Angelegenheit und damit der Natur nach privatrechtlich, ist es doch die Übernahme ihrer Verwaltung durch die Kommunen, welche die Qualifikation als kommunale Stiftung erst begründet¹⁴. Öffentlich-rechtliche Natur erwächst diesen Einrichtungen daraus jedoch nur, wenn die Qualifikation als kommunale (bzw. örtliche) Stiftung ein materiell eigenständiges Rechtsinstitut schafft, das gegenüber nicht-kommunalen Stiftungen mithin ein aliud darstellt. Dies kann nicht schon angesichts einzelner abweichender Regeln diagnostiziert werden, wohl aber legt ihre Zusammenschau einen solchen Schluss nahe: So unterliegen kommunale Stiftungen nicht nur spezifischen Regulierungszuständigkeiten (Kommunalaufsicht), sondern auch ihre Verwaltung, ihr Haushaltsgebaren und die Rechnungskontrolle bestimmen sich in der Regel nach Kommunalrecht¹⁵. Je mehr die Gemeindeordnungen und je weniger die Landesstiftungsgesetze die rechtliche Basis kommunaler Stiftungen bilden¹⁶, desto eher wird man sie als öffentlich-rechtliche Institute betrachten müssen.

2. »Bürgerstiftungen« im engeren Sinne

Neben die »echten« kommunalen Stiftungen treten »unechte« Formen, private Gründungen, deren Verwaltung nicht der Gemeinde obliegt, die gleichwohl den Anspruch verfolgen, die bürgerschaftliche Mitverantwortung für das Gemeinwesen zu aktivieren¹⁷. Solche »gemeinwohlkonformen Allzweckstiftungen«, die nach ihrem Selbstverständnis »von Bürgern für Bürger« eingerichtet sind¹⁸, zeichnen sich durch eine Vielzahl von Stiftern aus; das Kapital wird sukzessiv akkumuliert¹⁹. Da die Bezeichnung »Bürgerstiftung« gelegentlich auch von Gründungen in Anspruch genommen wird, an denen Kommunen als Stifter beteiligt sind²⁰, sollen die rein priva-

14 Die Annahme(erklärung) weist funktionale Ähnlichkeit mit einem öffentlich-rechtlichen Widmungsakt auf; ihre denkbare Qualifikation als (dinglicher) Verwaltungsakt ist jedoch, soweit ersichtlich, bislang nicht erwogen worden.

15 So z.B. ausdrücklich etwa § 20 II 2 saarl. LStiftG; Art. 28 II, III bayr. StiftG.

16 Überblick zu den unterschiedlich gestalteten Bezugnahmen und Wechselwirkungen zwischen Kommunal- und Landesstiftungsrecht bei *von Campenhausen* (o. Fn. 3), § 31 Rn. 2.

17 Zu den Merkmalen *P. Walkenhorst*, Bürgerstiftungen als neue Organisationsform zivilgesellschaftlichen Engagements, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, 2. Aufl. 2004, S. 11 (15 f.); *ders.*, Innovation und Tradition: zur Entwicklung von Bürgerstiftungen in Deutschland, ebd., S. 61 (64 ff.); *Wachter*, Stiftungen, 2001, E Rn. 1 ff. m.w.N., S. 177.

18 Vgl. nur *A. Schlüter*, Bürgerstiftungen – eine neue Form bürgerschaftlichen Engagements auf staatlicher Ebene, DVP 2001, 151 (151); *P. Lex*, Das neue Stiftungsrecht: Reform, Modernisierung oder Kosmetik?, ZEV 2002, 405 (407 ff.); *N. Turner*, Jeder kann stiften – Bürgerstiftungen machen es möglich, ZSt 2004, 168 f.

19 Vgl. BT-Drs. 14/8765, S. 8; *A. Schmied*, Der strategische Vermögensaufbau von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (o. Fn. 17), S. 215 ff.

20 Vgl. etwa *Ch. Mecking*, Engagement in der Bürgergesellschaft, der städtetag 2003, 10 (12).

ten Initiativen hier klarstellend als Bürgerstiftungen im engeren Sinne bezeichnet werden.

II. Stiftungsgründung als Privatisierungssachverhalt

Die Renaissance des Stiftungswesens auf staatlicher wie kommunaler Ebene ist, wie im Folgenden belegt werden soll, eine Emanation der jüngsten Privatisierungswelle. Dies wird offenbar, wenn man den Begriff der Privatisierung weit fasst und darunter jede Form der Abgabe von Rechtsmacht vom Staat einschließlich der Gemeinden an Personen des Privatrechts einschließlich solcher in Staatshand versteht²¹. Dabei ist entscheidend, dass die Funktionsverlagerung in Richtung Gesellschaft mit einer Lockerung und im Extremfall sogar der Beseitigung der Gemeinwohlbindung bei der Funktionswahrnehmung einhergeht. Ein Privater unterscheidet sich – allen Übergangsphänomenen und Grauzonen zum Trotz – grundsätzlich vom Staat in der Weise, dass bei diesem die Inpflichtnahme für das gemeine Ganze Wesenseigenschaft, beim Privaten hingegen atypisch ist. Wo der Staat Aufgaben wahrnimmt, fallen dem Privaten Rechte zu; damit begegnet jede Instrumentalisierung privater Funktionen durch den Staat – und vice versa – fundamentalen Bedenken²².

Aufgabenbezogene Privatisierung im herkömmlichen Sinne, bei welcher einem Privaten Funktionen explizit überlassen werden, wird bei Stiftungen selten auftreten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der »schleichende« Rückzug der politischen Gemeinde zugunsten von »community foundations« nicht als Spielart aufgabenbezogener Privatisierung gewürdigt werden könnte²³: Die Verlagerung von Rechtsmacht liegt insoweit in der Eröffnung einer Konkurrenzbeziehung zwischen der politischen Gemeinde und Stiftung, die den Willen der Bürgervereinigung verkörpert. Bei kommunalen Stiftungen ist zwischen solchen privaten und öffentlichen Rechts zu differenzieren. Letztere werden durch die Gemeinde selbst begründet und sind nur in einem engen normativen Rahmen zulässig. Auch wenn ihre Qualifikation als öffentlich-rechtlich wegen der Gleichläufigkeit der ihnen zugrunde liegenden Regeln mit den §§ 80 ff. BGB rechtspolitische Zweifel auslöst, ist die Entscheidung des Landesgesetzgebers zugunsten der öffentlich-rechtlichen Qualifikation beachtlich. Es handelt sich insoweit um einen Fall der Dekonzentration, der jedoch der Organisationsprivatisierung nahe steht. Bei der Gründung privatrechtlicher kommunaler Stiftungen, als deren Stifter die Gemeinde selbst figuriert, liegt, jedenfalls soweit sich die weiter oben an deren Privat rechtlichkeit geäußerten Zweifel²⁴ nicht bestätigen, insoweit Organisationsprivatisierung vor²⁵. Vielfach zu Unrecht als »unechte« oder

21 Vgl. *J. A. Kämmerer*, in: Stober/Olschok (Hrsg.), *Handbuch des Sicherheitsgewerbsrechts*, 2004, D II, Rn. 1.

22 Vgl. *Kämmerer* (o. Fn. 13), S. 12 f., 30 f.

23 Skeptisch insoweit *St. Dewald*, *Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke*, 1990, S. 82 ff.

24 *Supra* I 1.

25 Die Kategorie der Organisationsprivatisierung, auch als »formelle Privatisierung« bekannt, ist als einzige so gut wie unumstritten; vgl. zur Organisationsprivatisierung im Gemeinde-

»Scheinprivatisierung« gescholten²⁶, führt Organisationsprivatisierung stets schon kraft Wahl der privaten Gesellschaftsform zu größerer Staatsferne – dem vom Träger abstrahierten Gesellschaftsinteresse bei AG und GmbH²⁷ korrespondiert bei der Stiftung die organisatorische Unabhängigkeit, gepaart mit der Unantastbarkeit des Stifterwillens. Überdies ist die Begründung privater Organisationsformen vielfach Vorstufe der vollständigen Überführung in private Hand (»Populärprivatisierung«), die bei kommunalen Stiftungen, deren Stifter die Gemeinde selbst ist, allenfalls partiell durch Zustiftungen Privater erreicht werden kann. Auch eine Umwandlung darf den von der Gemeinde gesetzten Stiftungszweck nicht konterkarieren. Am komplexesten ist das Bild bei kommunalen Stiftungen, als deren Stifter Private in Erscheinung treten: Hier treffen Elemente der Verstaatlichung – denn privates Vermögen wird an einen kommunalen Zweck gebunden und der Verwaltung durch die Gemeinde unterstellt – auf die erwähnten Merkmale der Organisationsprivatisierung. Hinzu kommt, wo Gemeinde und Bürger gemeinsam eine Stiftung ins Leben rufen, ein Element der »Populärprivatisierung«, da das von der Gemeinde verkörperte Allgemeininteresse im Umfang der Beteiligung Privater durch die Maßgeblichkeit ihres Willens beschränkt wird. Dies bereits zeigt, welche Fallstricke das Ideal der »Public-Private Partnership«²⁸ aufweist.

III. Örtliche Stiftungen und Gemeinwohlstreben

Die Bereiche, in denen kommunale, insbesondere örtliche, Stiftungen zum Einsatz kommen, sind vielfältig, wenn auch, wie zu zeigen sein wird, weniger umfangreich als der Kompetenzrahmen der Gemeinden. Der Rekurs auf Stiftungen bietet sich vor allem dort an, wo eine kommunale Aufgabe auf unabsehbare Dauer und in relativ autonomer Weise, abgekoppelt vom politischen Tagesgeschäft, erfüllt werden soll und dabei einer stabilen finanziellen Grundlage bedarf. Überdies ermöglicht die Form der Stiftung die Mitfinanzierung solcher notorisch defizitären Projekte durch private »Gönner«, die im Umfang der so ersparten Steuerlast zielgerichtet die Gemeinden unterstützen, denen ihre Steuerleistungen sonst nur mittelbar – über den Ertragsverteilungsschlüssel des Art. 106 III GG – zugute gekommen wären. Beispielhafte

bereich nur *W. Graf Vitzthum*, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104 (1979), 580 (588 ff.); *R. Hofmann*, Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben, VBlBW 1994, 121 (122, 127); *Th. Vollmöller*, Formelle Privatisierung als eigenverantwortliche Entscheidung der Gemeinde, ThürVBl 1996, 193 (193); *Kämmerer* (o. Fn. 13), S. 41 f., 228 ff.

26 Vgl. nur *J. Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1979, S. 41 f.; *S. von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1981, S. 21; *J. Isensee*, Affekt gegen Institutionen – überlebt das Berufsbeamtentum?, ZBR 1998, 295 (303).

27 So bspw. *Th. Raiser*, Das Unternehmensinteresse, in: FS R. Schmidt, 1976, 101 (101 f.). A.A. etwa *W. Schön*, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 429 (438 f.).

28 Vgl. insbes. die Beiträge in D. Budäus/P. Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997; speziell für Stiftungen vgl. *Mecking*, der städtetag 2003, 10 (12); *Kilian* (o. Fn. 1), S. 35. – Ein allgemein konsentierter Verständnishorizont ist bei PPP nicht auszumachen.

Einsatzfelder örtlicher Stiftungen sind Unterhaltung von Kultur- und Wohlfahrtseinrichtungen, aber auch Aufgaben, die allgemein als »informelles Verwaltungshandeln«²⁹ apostrophiert werden, wie z.B. kommunale Wirtschafts- und Technologieförderung³⁰. Die multifunktionale Bürgerstiftung, die als eine Art lokale »task force« in Erscheinung tritt, wo die Aufgabenerfüllung der politischen Gemeinde beeinträchtigt scheint, dürfte nur ausnahmsweise einmal als kommunale Stiftung ausgestaltet sein, da solche Stiftungen ja gerade um der Unabhängigkeit von politischen Präentionen willen errichtet werden³¹.

Der Zweck der örtlichen Stiftung besteht, auch wenn sich die Landesgesetze nicht auf eine einheitliche Formel reduzieren lassen, in der Wahrnehmung von Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises, also solcher der politischen Gemeinde³². Nichts anderes ist gemeint, wo die Gesetze den Begriff der »öffentlichen Aufgaben« verwenden, obschon im staatsrechtlichen Schrifttum das Attribut »öffentlich« in der Regel nicht mit »staatlich« (oder »kommunal«) gleichgesetzt wird³³. Die Stiftungsrechtsdogmatik qualifiziert als »öffentliche Stiftung« – in Abgrenzung zur privatnützigen – eine solche, welche die Allgemeinheit begünstigt, wohingegen Gemeinnützigkeit lediglich als abgabenrechtliches Kriterium (§§ 51 ff. AO) betrachtet wird³⁴. Begünstigung der Allgemeinheit ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Verfolgung des Gemeinwohls: Die mit dem Stiftungsauftrag besiegelte Perpetuierung eines altruistischen Zwecks (der jedenfalls formal gesehen eine Emanation grundrechtlichen Egoismus darstellt) ist nicht der komplexen, sich als Resultante vielfältiger Aufträge und teilweise antagonistischer Ziele herauskristallisierenden Gemeinwohlverwirklichung vergleichbar³⁵, deren Charakteristikum zudem im steten Wandel liegt³⁶ – während der Stiftungszweck grds. invariabel vorgegeben, also starr ist. Dies wirkt sich auch auf kommunale Stiftungen aus, die von privater Hand gegründet sind: Auch indem er die Verfolgung von Allgemeininteressen durch diese Stiftung proklamiert, kann der Private der demokratisch legitimierten Körperschaft noch nicht auf Augenhöhe begegnen. Die Übernahme der Verwaltung dieser Stiftung durch die Gemeinde ändert wegen der Maßgeblichkeit des Stifterwillens daran grundsätzlich nichts, da die Stiftung weitgehend »politikresistent« bleibt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Staat, Gemeinden und »Third Public Sector« sich zu einem Konglomerat vermischten, in dem die – auch grundrechtskonstitutive – Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufgehoben wäre. An dieser Stelle deutet sich bereits an, dass die Einsatzfähigkeit der Stiftung im Bereich der Erfüllung kommunaler Aufgaben funktional begrenzt ist und dement-

29 P. Stelkens/H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 9 Rn. 172; zum Verhältnis zur PPP vgl. J. Becker, Rechtsrahmen für Public Private Partnerships, ZRP 2002, 303 (305).

30 Vgl. etwa F. Hewinkel, Kommunale Stiftungen, DVP 2002, 311 (313), speziell zur Stiftung Standortsicherung Kreis Lippe.

31 Vgl. Wachter (o. Fn. 17), E Rn. 3, S. 79.

32 Vgl. nur M. Twebues, Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, 1996, S. 12 ff. m.w.N.

33 Dazu Kämmerer (o. Fn. 13), S. 32 f. m.w.N.

34 Vgl. Rawert (o. Fn. 12), Rn. 10, 12, 195 ff.

35 Dazu J. Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 115 m.w.N.

36 Vgl. U. Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: FS Smend, 1962, S. 225 (229).

sprechend auch gesetzlich beschränkt werden muss. Trotz allem leisten kommunale Stiftungen, ob von der Gebietskörperschaft oder privaterseits gegründet, kraft ihrer spezifischen Gemeinnützigkeit einen funktionalen Beitrag zur Erfüllung kommunaler, d.h. letztlich staatlicher Aufgaben. Insofern steht die kommunale Stiftung, jedenfalls als private Gründung, in einem Bezugsfeld zu Verwaltungshilfe und Beileihung, ohne unter diese Kategorien subsumierbar zu sein.

IV. Einsatz von Stiftungen auf Gemeindeebene – politische Bedenken und rechtliche Grenzen

1. Bürgerstiftungen i.e.S.

Zulässigkeitsprobleme werfen reine »community foundations« – »Bürgerstiftungen« im engeren Sinne also, die von der politischen Gemeinde unabhängig sind – kaum auf. Die im Zuge der Stiftungsrechtsnovelle aufgebrachte Idee, für sie Sonderregeln im BGB festzuschreiben, fand keine Mehrheit³⁷, so dass es für diese Kategorie bei der unbeschränkten Geltung der §§ 80 ff. bleibt. Rechtspolitisch ambivalent sind derlei Bürgerstiftungen gleichwohl. Als rein gesellschaftlich radizierte Initiativen nehmen Bürgerstiftungen i.e.S. für sich Unabhängigkeit und Überparteilichkeit in Anspruch, mithin die Repräsentation eines politisch »unverfälschten« Bürgerwillens. Mitunter verstehen sie sich auch als »Kooperationspartner« der politischen Gemeinden³⁸, welche die mit dem Projekt-sponsoring der Bürgerstiftungen verbundene finanzielle Entlastung in der Regel begrüßen. Allerdings wird auf diese Weise bürgerschaftliche Initiative von der politischen Gemeinde, deren Organe durch Wahlakt zur Regelung der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises umfassend legitimiert sind, u.U. auf private Einrichtungen umgelenkt, deren Gemeinwohlorientierung lediglich Anspruch privatautonomer Festlegung ist. Das für die demokratische Willensbildung unentbehrliche Engagement der Bürger geht der politischen Gemeinde nicht nur verloren, sondern es erwächst dieser in Gestalt der Bürgerstiftung, jedenfalls wenn diese multifunktional agiert, eine Art »Konkurrenz aus den eigenen Reihen«. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass solche Bürgerstiftungen den »wahren« Bürgerwillen zu verkörpern prä tendieren und im Lichte des Subsidiaritätsprinzips³⁹ einen Vorrang vor der politischen Gemeinde proklamieren, zumindest aber den Anspruch ableiten, kommunale Angelegenheiten besser zu betreuen als jene. Übersehen wird hierbei, dass die hohe Effizienz der Stiftung dem Umstand geschuldet bleibt, dass sie spezifischen, auch im Falle der Multifunktionalität begrenzten Zielen verschrieben ist und anders als die Gemeinde nicht bei der Wahrnehmung eines komplexen Geflechts von Aufgaben von Gesetzes wegen auf die Vertretung eines Gemeinwohls verpflichtet ist, das oft nur in umständlichen Abwägungsprozessen ermittelt werden kann. Vielmehr repräsentiert die Stiftung den Willen eines Teils der Gesellschaft. Auch wenn die Ge-

37 *Lex* (o. Fn. 18).

38 *Mecking*, der städtetag 2003, 10 (13 f.).

39 Vgl. etwa *Mecking*, der städtetag 2003, 10 (10): »Ausdruck gelebter Subsidiarität«.

fahr einer Majorisierung der Gemeinde angesichts der noch verhältnismäßig bescheidenen Dimensionen des Kapitals solcher Bürgerstiftungen derzeit noch als gering zu veranschlagen ist⁴⁰, könnte sie langfristig durch »Parallelgemeinwesen« politisch delegitimiert und demokratische Strukturen geschwächt werden. Diese wahrhaftige »Entstaatlichung« – als extreme Spielart der Privatisierung⁴¹ – ist gewiss keine notwendige Konsequenz der Etablierung privater Bürgerstiftungen, die als grundrechtsgeprägte Initiativen durchaus die Billigung der Rechtsordnung finden. Die Gefahr muss jedoch bei der Gründung einer Bürgerstiftung im Auge behalten werden. Gerade um ihrer Funktion als »Gehschulen der Demokratie« willen muss sich der Wille zum politischen Engagement in erster Linie in den kommunalen Körperschaften verwirklichen.

Diesen Risiken, die Bürgerstiftungen bergen, stehen allerdings auch Chancen gegenüber: Die Aktivierung bislang brachliegender Bereitschaft zum Engagement könnte auf die politische Gemeinde ausstrahlen⁴², die Bürgerstiftung der »Gehschule« der Demokratie also selbst zur Gehschule gereichen. Voraussetzung dafür ist, dass Bürgerstiftungen nicht danach trachten, »Gegengemeinden«, also Metastrukturen zur politischen Gemeinde, zu errichten, sondern projektbezogen agieren, erforderlichenfalls auch einmal als de-facto-Ausfallbürgen einer finanziell überlasteten Körperschaft in Erscheinung treten. So sehr an der Auffassung festgehalten werden muss, dass die Verwirklichung des Gemeinwohls nur durch den Staat als Antipoden der Gesellschaft erfolgen kann, so wenig kann sie ohne Partizipation gesellschaftlicher Kräfte erfolgen; insofern trifft die Aussage zu, dass die Förderung des Gemeinwohls nicht allein dem Staat obliegt⁴³. Insbesondere wenn sich Bürgerstiftungen zur Aufgabe machen, demokratisches und staatsbürgerliches Bewusstsein zu schärfen⁴⁴, wird ein Optimum an wechselseitigem Nutzen bei geringstmöglicher Interferenz erzielt.

2. Kommunale Stiftungen

Unterliegt bereits die Gründung kommunaler Unternehmen, zumal in Formen des privaten Rechts, erheblichen Beschränkungen durch die Kommunalverfassungen, so gilt dies für kommunale Stiftungen um so mehr. Die Ratio der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben besteht darin, dass die Stiftung kommunale Mittel langfristig an einen bestimmten Zweck bindet, und weit weniger in dem bloßen Umstand, dass die Gründung einer (selbständigen) Stiftung zur Bildung eines Nebenhaushalts führt⁴⁵.

40 *W. Graf Vitzthum/J. A. Kämmerer*, Bürgerbeteiligung vor Ort. Defizite, Formen und Perspektiven bürgerschaftlichen Engagements in den Kommunen, hrsg. v. der Robert Bosch Stiftung, 2000, S. 43.

41 Hierzu supra II.

42 Vgl. *R. Graf Strachwitz*, Gründung, Aufbau und Organisation von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (o. Fn. 17), S. 125 (132).

43 *D. Reuter*, Stiftung und Staat, in: K. Hopt/D. Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 139 (157).

44 *Graf Strachwitz* (o. Fn. 42), ebd.

45 Zu diesem Begriff grundlegend *Th. Publ*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 37, 50; *M. Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 275 (mit begrifflicher Einschränkung).

Die im Schrifttum gegen Nebenhaushalte geäußerten Bedenken⁴⁶ beziehen sich auf Staatshaushalte und lassen sich auf die Verhältnisse in Kommunen nur bedingt übertragen. Haushaltsverfassungen binden diese nicht unmittelbar⁴⁷; überdies genießen Kommunen über die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie ein hohes Maß an Organisationshoheit, die auch durch eine lange Stiftungstradition mitgeprägt ist. Kommunal- und Stiftungsrecht tragen dem Rechnung, indem sie Nebenhaushalte – Stiftungen – ausdrücklich billigen⁴⁸. Rechtliche Probleme erwachsen vielmehr aus der Petrifizierung dieser Nebenhaushalte, die mit der Wahl der Stiftungsform verbunden ist. Stiftungen können im Umfang und nach Maßgabe des Stiftungszweckes Mittel der Gemeinde binden, die anderen Zwecken damit auch dann nicht zur Verfügung stehen. Nicht nur das Demokratieprinzip und auf diesem beruhende kommunalrechtliche Vorgaben (infra c, d) schränken das Einsatzpotenzial der örtlichen Stiftung ein, sondern auch aus dem teilweise rigiden kommunalen Wirtschaftsrecht (infra a) und Funktionsgrundlagen des Gemeinderechts (infra b) können sich Schranken ergeben.

a) Geltung des kommunalen Wirtschaftsrechts?

Die Grenzgängerposition solcher Stiftungen leitet zu der Frage über, ob auch wirtschaftliche Unternehmen als Stiftungen geführt werden dürfen, mit der Folge, dass dann die Regeln des kommunalen Wirtschaftsrechts Anwendung finden würden. Da die Organisationsform der Stiftung für die meisten Wirtschaftsbetriebe unpraktikabel sein dürfte, ist die praktische Bedeutung der Frage schon insoweit begrenzt. Die Gemeindeordnungen differenzieren, wenn auch mit Unterschieden im Detail, nach wie vor zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen. Die Zuordnung der kommunalen Stiftung zu diesen Kategorien bereitet Schwierigkeiten: Die zeitgemäße Normierung des hergebrachten »Popitz-Kriteriums«⁴⁹ in § 107 I 3 nWG beispielsweise definiert wirtschaftliche Betätigung als den Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden kann. Der Vergleichsmaßstab ist für Stiftungen wenig brauchbar: Nicht nur zeichnet sich auch die von Privaten begründete und privatnützige Stiftung gerade durch das Fehlen eines handelnden Privaten aus – sie ist nur Emanation privaten Willens –, sondern die Erfüllung kommunal-

kungen für Stiftungen, bei denen sich die Vermögensübertragung auf einen einmaligen Akt im Zuge der Gründung beschränkt, S. 289); *M. Schulte*, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, in: H. Kötz et al. (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, S. 127 (139 f.).

46 Vgl. *Kilian* (o. Fn. 45), S. 545 ff., 590; *Publ* (o. Fn. 45), S. 159 ff.; *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 1. Aufl. 2000, Art. 110 Rn. 20; anders – keine verfassungsrechtlichen Schranken – *Ch. Hillgruber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 3, 4. Aufl. 2001, 110 Rn. 43.

47 Vgl. hierzu etwa Art. 83 bayVerf.

48 Hierauf verweist auch *Dewald* (o. Fn. 23), S. 150 f.

49 *H. Popitz*, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, 1932, S. 49.

ler Aufgaben – Kennzeichen der örtlichen Stiftung – liegt bereits begriffslogisch bei der Gemeinde, mag auch ein Privater als Stifter in Betracht kommen. Einfacher ist die Frage bei denjenigen Gemeindeordnungen zu beantworten, die – wie § 67 DGO – den Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens negativ bestimmen. Nach der Ausschlussdefinition des § 102 III GemO etwa würden Einrichtungen der Kunstpflege, des Sports oder des Bildungswesens – beliebte Einsatzfelder für Stiftungen – beispielsweise als nicht-wirtschaftlich zu qualifizieren sein. Sofern die Ausschlussfiktionen nicht Platz greifen, wird im Schrifttum die Anwendung der Regeln über wirtschaftliche Unternehmen einschließlich der Sondervorschriften für privatrechtliche Organisationsformen im Grundsatz zwar bejaht⁵⁰. Dies erscheint mittlerweile zweifelhaft: Art. 86 bayGO und § 101 III brdbGO führen die Stiftung im Katalog der möglichen Rechtsformen kommunaler Unternehmen beispielsweise nicht mehr auf⁵¹. Selbst wenn man im Übrigen die Qualifikation als Wirtschaftsunternehmen für möglich hielte, wird die Errichtung solcher Stiftungen jedoch an den von den meisten Gemeindeordnungen – dann zusätzlich zu beachtenden – Subsidiaritätserfordernissen scheitern: Zulässig sind sie nur, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck nicht ebenso gut oder, nach anderer Formulierung, wenn er nicht überhaupt auf andere Weise erfüllt werden kann⁵². Dies ist bei Wirtschaftsbetrieben fast durchweg der Fall⁵³.

Mit der Feststellung, dass Stiftungen in aller Regel kein wirtschaftliches Unternehmen betreiben dürfen, hat es jedoch nicht sein Bewenden: Soweit sie von Gesetzes wegen – wie in Baden-Württemberg – nicht als wirtschaftliche Unternehmen betrachtet werden *dürfen*, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der für die Errichtung nichtwirtschaftlicher Unternehmen geltenden Vorgaben. Was die Vorschriften für die privatrechtliche Ausgestaltung von Unternehmen (etwa Haftungsbeschränkungen, teilweise noch Subsidiarität zu öffentlich-rechtlichen Formen) betrifft, wird in den meisten Gemeindeordnungen zwischen solchen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art nicht differenziert⁵⁴. Ohne dass an dieser Stelle auf Einzelheiten eingegangen werden soll, muss doch festgehalten werden, dass die für die Errichtung von Stiftungen maßgeblichen Regeln unverbunden neben den für die Errichtung nichtwirtschaftlicher Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform geltenden stehen. So ist unklar, ob § 56 III mvGO in Verbindung mit der bundesweit einzigartigen PPP-Klausel des § 70 I 1 Nr. 1 mvGO so zu verstehen ist, dass kommunale Stiftungen, die keine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten, nur unter Beteiligung privater Mitstifter errichtet werden dürfen. Alles dies liegt die These nahe, dass das Kommunalrecht Stiftungen nicht als »Unternehmen« im Sinne des kommunalen

50 Vgl. insbesondere *Twehues* (o. Fn. 32), S. 181 ff.; *Dewald* (o. Fn. 23), S. 98.

51 Nach Art. 28 III bayr. StiftG gelten die Vorschriften über die Gemeindegewirtschaft für kommunale Stiftungen lediglich entsprechend.

52 Näheres infra c.

53 Vgl. *H. Häuselmann*, Kommunale Unternehmensformen, VBIBW 1983, 231 (232 f.), der insoweit eine »gesetzliche Vermutung der Unzweckmäßigkeit der Stiftung als Rechtsform für Gemeindeunternehmen« formuliert; *A. Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 749.

54 Vgl. *Kämmerer* (o. Fn. 13), S. 251.

Wirtschaftsrecht betrachten will, sondern ihre Errichtung den hierfür geschaffenen Sonderregeln unterwirft.

b) Einsatz nur für freiwillige Aufgaben

Kaum praktische Bedeutung kommt der Frage zu, ob kommunale Pflichtaufgaben nach Weisung oder gar solche des übertragenen Wirkungskreises von Stiftungen wahrgenommen werden dürfen. Die Gemeindeordnungen nehmen hierzu nicht Stellung. Nicht entscheidend kann sein, ob weisungsgebundene Aufgaben nach der (monistisch oder dualistisch geprägten) Grundkonstruktion des jeweiligen Kommunalrechts der Selbstverwaltungsgarantie unterfallen oder nicht⁵⁵; denn inner- wie außerhalb ihres Geltungsbereichs dürfen Stiftungen nur errichtet werden, soweit ein Gesetz dazu ermächtigt⁵⁶: Das Recht zur Einrichtung von Stiftungen zählt nicht zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie.

Es kann dahinstehen, ob die Wahrnehmung weisungsgebundener Aufgaben durch Stiftungen, soweit es sich nicht bloß um Verwaltungshilfe bzw. Einschaltung in die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe handelt⁵⁷, ungesetzlich ist; denn jedenfalls ist sie, weil die Stiftungsform weisungsimpermeabel ist, für solche Zwecke nicht praktikabel⁵⁸. Wohl können Repräsentanten der Gemeinden, mit denen die Stiftungsorgane besetzt sind, Weisungen erteilt werden; doch finden sie im Stifterwillen ihre Grenze. Daher kommt auch die Erfüllung weisungsfreier Pflichtaufgaben durch Stiftungen grundsätzlich nicht in Betracht. Selbst beim Einsatz von Stiftungen für freiwillige kommunale Aufgaben muss bedacht werden, dass die Ausgliederung der erforderlichen Vermögensmasse Auswirkungen auf die Erfüllung der bei der Gemeinde verbliebenen Pflichtaufgaben zeitigen kann.

c) Kontrolldefizit und Subdidiaritätsklauseln

Ein zweiter, sich hiermit überschneidender Problembereich betrifft den Verlust demokratischer Kontrolle. Dieses Problem tritt auf, wo eine Gemeinde selbst als Stifter oder Zustifter agiert und dabei kommunales Vermögen in die Stiftung einbringt und/oder zur Erfüllung des Stiftungszwecks verpflichtet ist, sie durch Zuschüsse aus dem laufenden Haushalt zu alimentieren. Die Geltung des Demokratieprinzips bleibt von der Privatrechtsförmigkeit der Stiftung unberührt; sie folgt aus dem Umstand, dass die kommunale Stiftung grundsätzlich Verwaltungstätigkeit nicht etwa surrogiert, sondern selbst ausübt⁵⁹. Nicht nur dient in solchen Fällen die Errichtung der

55 So aber offenbar *Twehues* (o. Fn. 32), S. 19.

56 Zur Organisationsgewalt des Gesetzgebers *W. Löwer*, in: I. von Münch/Ph. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 28 Rn. 59.

57 *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (834).

58 So die h.M.; vgl. nur *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (834); *von Campenhausen* (o. Fn. 3), § 16 Rn. 6; etwas weniger kritisch *H. Angerer*, Die Lösung kommunaler Aufgaben durch Stiftungen, in: FS Odersky, 1996, S. 143 (155).

59 Ebenso *Schulte* (o. Fn. 45), S. 136; a.A. etwa *N. Zimmermann*, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1993, S. 194 ff., 221 (Grundrechtsschutz auch für Stiftungen des öffentlichen Rechts).

Stiftung der Wahrnehmung einer kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe, sondern die Stiftung ist überdies in verwaltungstechnischer Hinsicht mit der Gemeinde symbiotisch verbunden⁶⁰. (Der allgemein weit gezogene Rahmen der Grundrechtsgeltung für Stiftungen⁶¹ muss diesem Befund insoweit angeglichen werden, als Stiftungen, die funktional Verwaltungstätigkeit ausüben, sich mindestens im Verhältnis zur Treuhänderkörperschaft auf Grundrechte berufen können⁶².) Die Beachtung der Vorgaben des Demokratieprinzips ist nicht schon qua Stiftungsaufsicht gewährleistet: Als bloße Rechtsaufsicht kann sie Ingerenzdefizite nicht kompensieren. Überdies gründet trotz anderweitiger Zuständigkeit die Aufsicht über kommunale Stiftungen auf den für Stiftungen allgemein geltenden Regeln und ist damit gerade nicht auf die Verwirklichung demokratischer Einflussnahme gerichtet, sondern auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns und ggf. die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten⁶³.

Die Ausgliederung kommunalen Vermögens macht dieses für die Gemeinde praktisch unantastbar, auch wenn in der Praxis durchaus unzulässige Vermögensvermischungen erfolgen⁶⁴. Nur unter den Voraussetzungen des § 87 BGB wird in der Stiftung gebundenes Vermögen wieder frei. Die über die Ausgliederung befindenden kommunalen Organe weisen der Destination des Stiftungsvermögens nicht nur eine dauerhaft höhere Legitimation zu – ähnlich der Erhebung eines Staatszieles in Verfassungsrang, die es politischen Begehrlichkeiten entzieht⁶⁵ –, und beschränken damit zugleich die Tragweite demokratischer Willensbildung. Nicht nur kann die Ausgliederung des Vermögens nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden, sondern die Rechtspersönlichkeit der Stiftung und mehr noch die Maßgeblichkeit des (notabene: ursprünglichen) Stifterwillens lassen demokratische Kontrolle nur in höchst beschränktem Maße zu. Nicht alle Kommunalverfassungen und Landesstiftungsgesetze tragen diesem Befund angemessen Rechnung. So finden sich beispielsweise in der brandenburgischen Gemeindeordnung (§§ 96 I, 99) zwar ebenso wie im Stiftungsgesetz (§ 3) Vorschriften betreffend die »örtlichen Stiftungen«; Grenzen werden insoweit jedoch nicht gesteckt. Demgegenüber erklären andere Kommunalverfassungen die Einrichtung einer Stiftung immerhin für streng subsidiär. Nach § 120 HessGO beispielsweise darf Gemeindevermögen »nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann.«⁶⁶ Vorschriften wie diese reduzieren den Einsatzbereich der von der Gemeinde selbst begründeten kommunalen Stiftung oder von Zustiftungen der Gemeinde auf

60 Vgl. *Twehues* (o. Fn. 32), S. 148 f.; *A. Fiedler*, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 2004, S. 133 f.

61 Vgl. nur BVerwGE 40, 347 (351 f.); *A. von Mutius*, Zur Grundrechtssubjektivität privatrechtlicher Stiftungen, *VerwArch* 1974, 87 ff.; *Twehues* (o. Fn. 32), S. 82 ff.; *von Campenhausen* (o. Fn. 3), § 4 Rn. 4 ff.

62 Ähnlich *Fiedler* (o. Fn. 60), S. 132 f.

63 Ebenso *Dewald* (o. Fn. 23), S. 137.

64 *Von Campenhausen* (o. Fn. 3), § 34 Rn. 6; *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (833 f.).

65 Vgl. *Reuter* (o. Fn. 43), S. 157; *Schulte* (o. Fn. 45), S. 141.

66 Ebenso z.B. § 101 IV bwGO; § 100 III nwGO; § 84 II rpGO; § 107 IV saarlKSVG; § 94 IV sächsGO; § 115 IV GO LSA; § 67 VI thürKO.

wenige, besonders gelagerte Konstellationen. Die gesetzlich vorgeschriebene Organstruktur der Gemeinde ist grundsätzlich geeignet, jede Aufgabe des örtlichen Wirkungskreises zu erfüllen.

Das Gemeinderecht Schleswig-Holsteins und Thüringens ordnet dagegen eine »relative Subsidiarität«⁶⁷ nach dem Muster der für privatrechtlich organisierte wirtschaftliche Unternehmen geltenden Regeln an; danach ist das Einbringen von Gemeindevermögen in eine Stiftung zulässig, »wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde daran vorliegt und der von der Gemeinde angestrebte Zweck nicht ebenso gut auf andere Weise erfüllt wird oder werden kann.«⁶⁸ Die Flexibilität solcher wertenden Betrachtungen wird mit dem Risiko ihres Missbrauchs erkauft. Denn dem spezifischen Zweck, zu dem die Stiftung errichtet werden soll, ist grundsätzlich am besten gedient durch eine Einrichtung, die eine kontinuierliche Mittelzuweisung gewährleistet und befugt ist, alternative Finanzierungszwecke vollkommen auszublenden. Wer das in den meisten anderen Ländern geltende Modell als stiftungsfeindlich geißelt⁶⁹, muss darlegen, inwieweit der Verlust an Einflussnahme der Gemeindeorgane mit dem Demokratieprinzip noch vereinbar ist (dazu sogleich d). Freilich tritt auch dort, wo eine Stiftung dem strengen Subsidiaritätsmaßstab ausnahmsweise genügen kann, ein solcher Kontrollverlust ein. Nach der (im dogmatischen Ansatz nicht unbedenklichen) Rechtsprechung des BVerfG können »Modifikationen« demokratischer Einflussnahme jedoch ausnahmsweise hingenommen werden, wenn ein sachgerechter Zweck dies gebietet⁷⁰. Offen bleibt gleichwohl die Frage, ob für die Alternativlosigkeit der Stiftungsform allein auf den Zweck abzustellen ist – ein Beispiel wäre die Errichtung einer Gedenkstätte, deren Aktivitäten aus dem politischen Alltagsstreit herausgehalten werden müssen⁷¹ –, oder ob die Alternativlosigkeit auch ökonomisch begründet werden kann. Nichterreichung des Zwecks auf andere Weise bedeutete dann, dass zwar ein anderer Mechanismus oder eine andere Organisationsform abstrakt zur Verfolgung des definierten Zwecks durchaus geeignet ist, es der Gemeinde jedoch an den notwendigen Mitteln fehlt, um diesen Weg – etwa die Errichtung eines Eigenbetriebes, einer GmbH oder einer unselbständigen Stiftung – zu beschreiten.

So hat sich mit Blick auf in Aussicht gestellte Zustiftungen Privater mancherorts eine »Mehrwertbetrachtung« durchgesetzt: Der damit verbundene Vermögenszuwachs wird als wirtschaftlicher Mehrwert angesehen, der den Zugriff auf die Form der Stiftung rechtfertigt⁷². Es braucht danach also nicht einmal dargelegt zu werden, dass die Gemeinde ohne den Beitrag eines Privaten nicht in der Lage wäre, die fragliche Aufgabe zu erfüllen, sondern nur, dass der Private einen substanziellen Beitrag zum Stiftungskapital leistet und der Gemeinde insoweit Aufwendungen erspart. Manche mögen als gelebte Bürgermitverantwortung im Rahmen einer Public-Private

67 Vgl. *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (834).

68 So § 89 III shGO (die kommunale Stiftung selbst ist in § 17 StiftG SH definiert); ebenso § 56 III mvGO.

69 So zumindest in der Tendenz *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (834 f.).

70 Grundlegend BVerfGE 30, 1 (24); 89, 155 (208 f.).

71 So *Kilian* (o. Fn. 1), S. 66 ff.

72 Vgl. *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (835), unter Bezugnahme auf einen Erlass des Innenministeriums von Nordrhein-Westfalen vom 10.6.2001.

Partnership feiern, was bei näherer Betrachtung als Spielart der Ökonomisierung öffentlicher Verwaltung⁷³ angesehen werden muss. Dabei entzieht sich Stiftungshandeln wegen der Immensurabilität des Nutzens im kollektiven Interesse erbrachter Leistungen bereits der Kosten-Nutzen- und der Kosten-Wirksamkeits-Analyse⁷⁴. Zwar scheinen Gemeinde und Privater am gleichen finalen Strang zu ziehen, doch kann es aufgrund ihres funktionalen Antagonismus nur einen Schein von Kongruenz der Interessen geben: Die Gemeinde nimmt in demokratischer Legitimation Allgemeininteressen wahr, während der private (Zu-)Stifter allein sein persönliches Interesse verfolgt, mag es auch altruistische Züge haben. Entscheidet aber der Wille des Privaten darüber, ob die Gemeinde Vermögen in eine Stiftung einbringen darf, wird das Gemeinwohlstreben instrumentalisiert. Dies ist vor allem dort der Fall, wo die Gemeinde Zustiftungen zu einer von Privaten gegründeten Stiftung leistet und die Verwendung dieser Mittel vom privaterseits fixierten Stiftungszweck bestimmt ist. Doch auch dort, wo der Private als Zustifter in Erscheinung tritt, ist eine Instrumentalisierung kommunalen Handelns nicht ausgeschlossen, wenn die Stiftung in Erwartung dieser privaten Zustiftung und damit unter Rücksichtnahme auf die Interessen des Mäzens geleistet wird. Die Gefahr, dass sich die Gemeinde von den in Aussicht gestellten privaten Stiftungsmitteln zu einem Stiftungsgeschäft verführen lässt, das ansonsten unterblieben wäre, und damit »am goldenen Zügel« eines ihrer Bürger geführt wird, ist insofern nicht von der Hand zu weisen. Mit den strengen Vorgaben der Gemeindeordnungen lässt sich diese Praxis ohnehin schwerlich in Einklang bringen. Daher muss gelten, dass, wenn sich kein Privater findet, der als alleiniger Stifter fungieren kann oder will, die Gemeinde aber der Auffassung ist, sich die Verfolgung des fraglichen kommunalen Zieles nicht leisten zu können, dieses schlimmstenfalls zu unterbleiben hat.

d) Demokratieprinzip als Ausgestaltungsprärogative

Lässt das Kommunalrecht die Errichtung einer kommunalen Stiftung zu, ist damit noch keine Blankoermächtigung für die Ausgestaltung der Stiftung erteilt. Dies gilt insbesondere für diejenigen Bundesländer, deren Kommunalverfassungen keine Subsidiaritätsanforderungen aufstellen. Denn das Demokratieprinzip erfordert, dass jegliche kommunale Einrichtung in personeller wie sachlicher Hinsicht durch das Votum der Gemeindebürger legitimiert sein muss. Die privatrechtliche Organisationsform der Stiftung darf also nur gewählt werden, soweit sie im Einzelfall nicht mit zwingenden Anforderungen des Demokratieprinzips kollidiert. Anders als im kommunalen Wirtschaftsrecht, welches die Anforderungen an demokratische Willensbildung und Kontrolle weitgehend einfachgesetzlich transponiert hat – etwa durch

73 Dazu *Ch. Gröpl*, Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, *VerwArch* 93 (2002), 459 ff.; vgl. auch *F. Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *DVBl* 1994, 962 (965) m.w.N.

74 *G. Totenhöfer-Just*, Öffentliche Stiftungen, 1973, S. 129 ff.; vgl. zur Kosten-Nutzen-Analyse auch *M. Febling*, Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen, *VerwArch* 2004, 443 ff.

Statuierung von Ingerenzpflichten («angemessener Einfluss»⁷⁵) –, zeichnen sich die stiftungsbezogenen Vorschriften durch Tatbestandsarmut aus, weswegen das Grundgesetz hier ergänzend herangezogen werden muss⁷⁶.

In der Einschätzung von Demokratiedefiziten kommunaler Stiftungen ist sich das Schrifttum nicht einig. Da die Verwaltung der Stiftung der Gemeinde obliegt, wird eher die sachliche als die persönliche Legitimation Probleme aufwerfen. Bleibt der Blick auf die laufende Aufgabenerfüllung der Stiftung verengt, wird eine Kollision mit dem Demokratieprinzip verneint: Da Stiftungsverwaltung und Kommunalverwaltung identisch seien, stünden der Kommune die gleichen Instrumente zur Steuerung und Kontrolle zu Gebote wie bei Wahrnehmung der Aufgaben durch Gemeindeorgane⁷⁷. Die Reichweite dieser Instrumente indessen ist begrenzt, da sich die Kontrolle über den Stiftungszweck, in welchem sich der ursprüngliche Stifterwille verkörpert, nicht hinwegsetzen kann. Dies unterscheidet die Stiftung von der Aktiengesellschaft, die angesichts der Weisungsfreiheit des Vorstands (§ 308 I 1 AktG) weitgehend autonom agieren, allerdings kraft Beherrschungsvertrags an den Willen der Gemeindevertretung eng angebunden werden kann⁷⁸. Hinzu kommt, dass die Gemeinde als Alleingesellschafterin über das Bestehen der AG zu disponieren vermag, was ihr bei der Stiftung weitgehend verwehrt ist. Die Umwandlung kommunaler Stiftungen kommt nach § 87 BGB (auf welchen einige Gemeindeordnungen verweisen⁷⁹) nur in Betracht, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet. Letzteres könnte bei kommunalen Stiftungen lediglich ausnahmsweise angenommen werden, wenn in Zeiten finanzieller Not die Verwendung der in der Stiftung gebundenen Mittel zur Wahrnehmung des Stiftungszwecks die Erfüllung kommunaler Pflichtaufgaben unmöglich machen würde⁸⁰. Dieser Schritt und insbesondere die Aufhebung der Stiftung, welche die Mittel im vollen Umfang wieder freisetzen würde, muss jedoch ultima ratio sein, soll nicht die der Stiftung immanente Dauerhaftigkeit speziell für kommunale Stiftungen unterlaufen werden.

Die Bindung an den Stifterwillen weckt unter dem Gesichtspunkt demokratischer Legitimation nur dort Bedenken, wo die Gemeinde als ursprüngliche Stifterin oder durch Zustiftung zum Stiftungsvermögen etwas beigetragen und gleichzeitig den Stiftungszweck mit fixiert hat. Ist die kommunale Stiftung durch einen Privaten begründet und mit ausreichenden Mitteln ausgestattet worden, so dass sie nicht auf Zustif-

75 So Art. 92 I Nr. 2 bayGO; § 122 I Nr. 3 hessGO; §§ 69 I Nr. 3, 70 I 1 Nr. 3 mvKV; § 109 I Nr. 2 ndsGO; § 108 I Nr. 6 nwGO; § 87 I Nr. 3 rpGO; § 110 I Nr. 3 saarlKSVG; § 96 I Nr. 2 sächsGO; §§ 117 I Nr. 3, 118 I 1 Nr. 3 GO LSA; § 102 I Nr. 3 shGO.

76 Vgl. – für das kommunale Wirtschaftsrecht – auch W. Graf Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (627); D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 129; Schön, ZGR 1996, 429 (430); Kämmerer (o. Fn. 13), S. 255.

77 Twebues (o. Fn. 32), S. 148 f.

78 Näheres dazu U. Noack, Einwirkung, Haftung, Information: Gesellschaftsrechtliche Fragen kommunaler Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts, StuGR 1995, 379 (382 f.); Kämmerer (o. Fn. 13), S. 262 ff.

79 Da der Zugriff auf das Privatrecht begriffslogisch erfordert, dass die Gesamtheit seiner Normen auch für den Staat gelten (Integrität des Privatrechts), muss § 87 BGB unabhängig davon zur Anwendung kommen, ob auf diese Norm verwiesen wird oder nicht.

80 Zur Höhe dieser Hürde vgl. auch Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, § 80 Rn. 6.

tungen der Gemeinde angewiesen ist, wird der finanzielle Handlungsspielraum der politischen Gemeinde nicht eingeengt (sieht man von den höchst mittelbaren Auswirkungen von steuerlichen Vergünstigungen für in Stiftungen angelegtes Vermögen ab); im Gegenteil: Der Gemeinde ersparen die zweckgebundenen Stiftungserträge eigene Aufwendungen, soweit es sich nicht um »Luxusausgaben« handelt, welche die Gemeinde andernfalls nicht getätigt hätte. Bedenklicher ist es, wenn die Stiftung durch die Gemeinde selbst begründet wird; denn in diesem Fall entstammen die in ihr gebundenen Mittel dem Kommunalhaushalt. Zwar kann es im wohlverstandenen Interesse der Gemeinde liegen, in Zeiten voller Kassen antizyklisch zu handeln und den Überschuss durch Einbringen überschüssiger Mittel in eine kommunale Stiftung für künftige Zeiten zweckgebunden zu sichern. Nicht selten wird das in der Stiftung gebundene einstige Kommunalvermögen jedoch dazu führen, dass die Erfüllung anderer kommunaler Aufgaben erschwert wird. Dies kann, wenn es sich insoweit um vordringliche oder gar um gesetzliche Pflichtaufgaben handelt, zu politischen oder gar rechtlichen Konflikten führen. Wo die Stiftung der Erfüllung einer Kernaufgabe im Selbstverwaltungsbereich dient, die den konkurrierenden, nicht über eine Stiftung wahrgenommenen Aufgaben ebenbürtig ist, erfährt just diese Kernaufgabe möglicherweise eine willkürliche Aufwertung gegenüber anderen Kernaufgaben. Nichts grundlegend anderes gilt für »Einkommens-Stiftungen«, die mit einem unzureichenden Vermögen ausgestattet und damit auf Zuwendungen aus dem laufenden Gemeindehaushalt angewiesen sind. Der Stiftungsakt entbehrt für sich genommen nicht demokratischer Legitimation, da er auf einem Beschluss der Gemeindevertretung beruht, doch er führt dazu, dass ein Teil des Gemeindevermögens und seine Verwendung der Disposition künftiger gewählter Gemeindevertretungen entzogen bleibt⁸¹. Dem Demokratieprinzip widerspricht es zwar nicht, bestimmten Entscheidungen erschwerte Abänderbarkeit zuzuweisen; allerdings erfordern solche Akte – etwa die Verankerung als Verfassungsnorm – im Gegenzug ein höheres Maß an demokratischer Legitimation, um auch künftigen Volksvertretungen Bindungen vorgeben zu können. Auf die Errichtung einer kommunalen Stiftung aber trifft solches nicht zu: Die erschwerte Abänderbarkeit künftiger Gemeindevertretungen folgt hier gerade nicht aus einem besonders hohen Legitimationsniveau der vorgängigen Vertretung, sondern aus der Bezugnahme auf ein Rechtsinstitut des Zivilrechts, dem diese Bindung – von Demokratieerwägungen unberührt – immanent ist. Die kommunale Stiftung erweist sich insoweit als hybride Einrichtung, als sie – im Gegensatz zu sonstigen privaten Stiftungen – eine Zweckbestimmung erfordert, die in der Bezugnahme auf Aufgaben der demokratisch gewählten Bürgervertretung besteht. Der retrospektiven Anknüpfung des zivilrechtlichen Instituts ist dabei eine prospektive Anknüpfung – nämlich an die kommunale Aufgabenerfüllung – zur Seite gestellt. So zeigt sich, dass die mit der Rechtsform Stiftung verbundene Einladung an Private zur eigenen »Denkmalsetzung« zur steten Erneuerungsbedürftigkeit der Volkslegitimation staatlichen und kommunalen Handelns nicht passen will⁸².

Dieser Konflikt, welcher der kommunalen Stiftung inhärent ist, kann nicht durch Derogation von §§ 80 ff. BGB gelöst werden, will man an der Privatrechtlichkeit der Stiftung festhalten. Auch wenn gute Gründe für die Annahme streiten, dass die

81 *Twehues* (o. Fn. 32), S. 150.

82 Skeptisch auch *Dewald* (o. Fn. 23), S. 57.

kommunale Stiftung schon angesichts ihrer Bezugnahme auf den kommunalen Aufgabenkreis faktisch ein öffentlich-rechtliches Institut darstellt, ist das Gesetz doch von dem Anspruch beseelt, sie als privatrechtliche Einrichtung auszuformen, das heißt: unter Wahrung der Integrität der einschlägigen privatrechtlichen Normgrundlage. Daraus folgt, dass nur insoweit, als durch Nutzung der gesetzlichen Spielräume des Privatrechtsinstituts Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip erreicht werden kann, überhaupt auf dieses zurückgegriffen werden kann⁸³ und andernfalls die Gründung einer Stiftung ggf. ganz zu unterbleiben hat. Zur Lösung des Konflikts bieten sich mehrere Wege an, die jedoch nicht gleichermaßen zielführend sind:

Die Satzung muss unter näher umschriebenen Voraussetzungen Änderungen des Stiftungszwecks oder gar die Auflösung der Stiftung gestatten⁸⁴. Einige Landesstiftungsgesetze räumen diese Option, die in die Kompetenz des Stiftungsorgans fällt, ausdrücklich ein, wenn auch nicht unter einheitlichen Voraussetzungen⁸⁵. Da die Verwaltung der örtlichen Stiftung durch die Gemeinde erfolgt, ist die erforderliche Einflussnahme der Gemeindeorgane auf die Änderungs- oder Auflösungsentscheidung gewährleistet. Wo nicht Landesgesetze eine Auflösung unter erleichterten Voraussetzungen auch ohne Satzungsänderung gestatten⁸⁶, kommt nur die Umwandlung der Stiftung gemäß § 87 BGB in Betracht. Wie weiter oben dargelegt, ist der Anwendungsrahmen dieser Vorschrift mit Blick auf kommunale Stiftungen äußerst eng. Die Änderung des Stiftungszwecks oder ihre Auflösung dürfen jedoch nicht auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Gemeinde andernfalls funktionsunfähig oder wenigstens rechtsbrüchig würde, sondern müssen um der demokratischen Einflussnahme willen in beschränktem Maße auch sonst der Gemeinde zu Gebote stehen. Daraus folgt, dass in Ländern, die weder eine Änderung oder Auflösung nach Maßgabe der Satzung noch aus sonstigen wichtigen Gründen erlauben, kommunale Stiftungen mit dem Demokratieprinzip in der Regel nur dann vereinbar sind, wenn die Gemeinde nicht selbst als Stifter fungiert.

Komplizierter gestaltet sich die Situation, wo die Gemeinde eine Zustiftung zu einer privaten Gründung leistet. Im Umfang dieser Zustiftung werden kommunale Mittel dauerhaft gebunden und für spezifische öffentliche Zwecke fixiert. Insofern unterliegt auch sie den Vorgaben des Demokratieprinzips. Im Schrifttum wird daher zu Recht gefordert, die Gemeinde müsse sich in einem solchen Fall das Recht vorbehalten, dass Stiftungsrat und Kuratorium, ggf. auch Vorstand und Geschäftsführung zumindest nach Maßgabe des Wertes der Zustiftung mit kommunalen Vertretern besetzt werden⁸⁷. Dieses Recht ist um so bedeutsamer, als bei einer minoritären Vertre-

83 Integrität des Privatrechts; vgl. dazu o. Fn. 79.

84 Vgl. *Twehues* (o. Fn. 32), S. 151, 217.

85 Vgl. § 14 II b.-w. StiftG; § 8 rh.-pf. LStiftG (nach Abs. 2 ist die Auflösung der Stiftung nur zulässig, wenn zusätzlich eine »wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist«); § 7 saarl. StiftG; § 18 III hess. StiftG; § 21 i.V.m. § 18 saarl. LOG; § 48 I s.-h. LVwG. An die nach solchen Normen erforderliche Genehmigung der Stiftungsbehörde tritt dabei in der Regel diejenige der Kommunalaufsichtsbehörde.

86 So etwa § 7 I 1 saarl. StiftG, wonach für Satzungsänderung oder Auflösung bereits eine »wesentliche Änderung der Verhältnisse« – alternativ zur satzungsmäßigen Vorgabe – sie erfordert.

87 *Schlüter/Krüger*, DVBl 2003, 830 (838).

tung der Gemeinde in den Stiftungsorganen das Recht zur Änderung der Satzung oder zur Auflösung der Stiftung in der Regel nicht wahrgenommen werden kann⁸⁸. Hinsichtlich der Verwendung der von der Gemeinde qua Zustiftung zugewandten Mittel muss die Stiftungssatzung noch Entscheidungsspielräume gewähren. Grundet umgekehrt die Gemeinde eine örtliche Stiftung und leistet ein Privater eine Zustiftung, ist die Satzung so zu gestalten, dass die Motive des Privaten nicht von vornherein für das Handeln der Gemeinde bestimmend sind; dies könnte etwa dadurch erreicht werden, dass innerhalb einer »Karenzzeit« von ein bis zwei Jahren Zustiftungen ausgeschlossen bleiben.

V. Fazit

Allen Elogen auf die Stiftung zum Trotz: Sie und die Gemeinde sind im Grundsatz antagonistisch. Bei Bürgerstiftungen i.e.S. deckt sich diese Gegensätzlichkeit mit dem Spannungsfeld zwischen grundrechtlich geschützter Eigeninitiative und staatlicher Ordnungs- und Interventionshoheit. Der kraft Stiftungsakts quasi sakrosankte Wille des Stifters ist auf den spezifischen Förderzweck verengt und vermag eine diskursiv gestaltete Interessenabwägung nicht zu ersetzen. Rechtspolitisch bedenklich wird der Legitimationsgradient zwischen Gemeinde und privater Stiftungsinitiative erst in dem Maße, in dem die private Stiftung für sich in Anspruch nimmt, in faktische Konkurrenz zur Gemeinde zu treten – und bei Stiftungen, die in Kooperation von Gemeinde und Bürgern zustande kommen, also durch Zustiftungen der jeweils anderen Seite. Die Gemeinde disponiert hier, soweit es sich um kommunale Stiftungen handelt, nicht nur auf Dauer über den demokratischen Einfluss auf Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, sondern sie gesteht im Gegenzug den an der Stiftung beteiligten Privaten einen (wenn auch einmaligen) Einfluss auf die Erfüllung kommunaler Aufgaben zu, der über den der Wahlbürger und der gewählten Ratsmitglieder weit hinausgeht. Bei kommunalen Stiftungen i.e.S., die keine spätere Zustiftung Privater erhalten, ist zu differenzieren: Private Gründungen, die von der Gemeinde nur verwaltet werden, beeinträchtigen die politische Legitimität ihres Handelns meist nicht und können dazu beitragen, budgetäre Lasten zu mindern. Tritt die Gemeinde hingegen selbst als Stifterin in Erscheinung, reduziert sie damit auf Dauer den Spielraum budgetären Handelns und demokratischer Willensbildung, gleich ob der Stiftung ein signifikantes Grundstockvermögen zur Verfügung gestellt wird oder ob die Stiftung auf Zuschüsse aus dem laufenden Gemeindehaushalt angewiesen ist.

Es ist folgerichtig, dass die meisten Gemeindeordnungen sich nicht etwa gegen die kommunale Stiftung als solche wenden, sondern das Einbringen kommunaler Haushaltsmittel in eine solche – also letztlich die Stiftung oder Zustiftung durch die Gemeinde selbst – zur besonders begründungsbedürftigen Ausnahmekonstellation er-

88 Ebenfalls vorgeschlagen wird, die Vermögensverwendung der Stiftung der Kontrolle der örtlichen Rechnungsprüfungsbehörde zu unterstellen (*Schlüter/Krüger*, ebd.). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Emanation demokratischer Kontrolle, sondern des Gebotes wirtschaftlicher Verwaltungstätigkeit. Die zweckgemäße Verwendung des Stiftungsvermögens kann durch die gesetzliche Stiftungsaufsicht ebenso überprüft werden.

klären⁸⁹. Die erklärliche Hoffnung auf budgetäre Entlastung der Gemeinde durch private Finanzspritzen darf keinen Anlass geben, diese Regeln durch Legislativakte oder im Interpretationswege aufzuweichen. Zugleich gilt es, die Rechtsform der Stiftung vor ihrer Denaturierung zu bewahren. Die Erkenntnis, dass ihre Eigenheiten sich mit den Anforderungen demokratischer Kontrolle sowie Maximen des staatlichen Haushaltswesens schwerlich in Einklang bringen lassen, stand den Sondervorschriften der Landesstiftungsgesetze betreffend die kommunalen Stiftungen Pate. Am Ende könnte die sich abzeichnende Ubiquität der Stiftung auch jenseits des privaten Bereiches nicht nur der demokratischen Willensbildung zum Schaden gereichen, sondern auch der Stiftung, die für das Prokrustesbett staatlich-kommunaler Aufgabenwahrnehmung zurechtgeschnitten wird. Mit Recht wird im Schrifttum vor den nachteiligen Folgen gewarnt, die dem privaten Stiftungswesen aus einer »Degenerierung der Stiftung im staatlichen Sektor zu einer reinen Rechts- und Organisationsform« erwachsen⁹⁰. Die modische, aber zweifelhafte Formel vom »dritten Sektor«⁹¹ mag dazu beigetragen haben, dass sowohl staatliche als auch private Akteure mit dem Stiftungsrecht über ein gemeinsames Aktionsfeld zu verfügen meinen. In Wahrheit ist die Stiftung aufgrund der extremen Individualisierung ihrer Zweckbestimmung nicht nur ein Institut des Privatrechts, sondern geradezu idealtypisch auf das Handeln Privater zugeschnitten. Gemeinden sollten ihren Reizen, wo es möglich ist, widerstehen.

VI. Zusammenfassung

Auch auf der Ebene kommunaler Gebietskörperschaften ist die Rechtsform der Stiftung im Vordringen begriffen. Zu unterscheiden ist zwischen der kommunalen Stiftung und der Bürgerstiftung im engeren Sinne. Während es sich bei der Letzteren um eine Gründung Privater handelt, deren Stiftungszweck in der Aktivierung bürgerschaftlicher Mitverantwortung für das lokale Gemeinwesen besteht, ist die kommunale Stiftung in organisatorischer Hinsicht mit der Gebietskörperschaft verflochten: Gleich ob als Stifter ein Privater oder die Kommune in Erscheinung tritt, liegt ihr Wesensmerkmal darin, dass sie nicht nur auf die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben gerichtet ist, sondern auch von der Kommune selbst verwaltet wird. Die kommunale Stiftung, die als örtliche oder überörtliche in Erscheinung treten kann, ist meist als privatrechtliche ausgewiesen – wobei angesichts der Kumulation von Sonderregeln in den Landesstiftungsgesetzen und Kommunalverfassungen Zweifel an dieser Qualifikation angebracht sind. Inwieweit alternativ hierzu auch die öffentlich-rechtliche Organisationsform zu Gebote steht, ist von Land zu Land unterschiedlich geregelt.

Die Gründung kommunaler Stiftungen entzieht sich der eindeutigen Zuordnung zu den anerkannten Privatisierungsvarianten. Im Falle der Bürgerstiftungen (com-

89 Vgl. auch *Dewald* (o. Fn. 23), S. 171 ff.

90 *Totenhöfer-Just* (o. Fn. 74), S. 145.

91 Vgl. nur *R. Graf Strachwitz*, Dritter Sektor – dritte Kraft, 1998; *H. K. Anheier*, Der Dritte Sektor in Deutschland: Organisationen zwischen Staat und Markt im gesellschaftlichen Wandel, 2. Aufl. 1998.

munity foundations) vollzieht sich der privatisierungstypische Verlust an Rechtsmacht gleichsam schleichend, indem der Gemeinde im Extremfall gleichsam ein Antipode aus der Mitte ihrer Bürgerschaft erwächst. Anders als die Gemeindevertretung verfügt die Bürgerstiftung nicht über demokratische Legitimation und verkörpert trotz des Anspruchs, Dienst am Gemeinwesen zu leisten, letztlich das Partikularinteresse ihrer Stifter und nicht per se das in komplexen Abwägungsprozessen ermittelte Allgemeinwohl. Dem latenten oder offenen Risiko der Delegation der Gemeinde als Körperschaft steht jedoch die Chance gegenüber, dass Bürgerstiftungen kraft einer edukativen Mission auch zu Katalysatoren demokratischer Willensbildung werden können. Die Errichtung privatrechtlicher kommunaler Stiftungen ist, sofern die Gebietskörperschaft selbst als Stifter in Erscheinung tritt, Organisationsprivatisierung, während die Errichtung durch Private zugleich Merkmale der Verstaatlichung aufweist. Bedenklich erscheinen durch Zustiftung geschaffene »Public-Private Partnerships« wegen der dauerhaften Vermengung gemeinwohlorientierter, grundrechtsgebundener kommunaler Zwecke mit einem privaten Stifterwillen als Emanation individueller Grundrechtsausübung.

Das Recht, örtliche Stiftungen zu errichten, zählt nicht zum Kernbereich der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie und kann daher durch Gemeindeordnungen und das Landesstiftungsrecht gesetzlich beschränkt werden. Nach hier vertretener Ansicht unterliegen örtliche Stiftungen mangels »Unternehmens«-Eigenschaft grds. nicht auch dem kommunalen Wirtschaftsrecht. Ihr Einsatz kommt nur für weisungsfreie gemeindliche Aufgaben in Betracht, insoweit jedoch keineswegs in unbeschränktem Maße. Während die meisten Gemeindeordnungen die Stiftung für subsidiär erklären, fehlt es in einigen Bundesländern an solchen Klauseln. Eine »Mehrwertbetrachtung«, wonach bereits ein mit der Zustiftung durch Private verbundener Vermögenszuwachs die Form der Stiftung rechtfertigen kann, wird durch den Gesetzeswortlaut in der Regel nicht abgedeckt und ist als Spielart einer Ökonomisierung öffentlicher Verwaltung abzulehnen. Es besteht die Gefahr, dass die Gemeinde schließlich am »goldenen Zügel« eines privaten Stifters geführt wird. Soweit der Wortlaut der Gemeindeordnungen die Errichtung von Stiftungen nicht hindert, folgt zudem aus dem Demokratieprinzip eine Ausgestaltungsschranke. Die Verewigung des Stifterwillens entzieht jedenfalls dann, wenn die Gemeinde selbst Vermögen in die Stiftung einbringt, die in der Stiftung gebundenen Mittel der Entscheidung späterer Gemeindevertretungen. Die nahezu irreversible Aufwertung eines bestimmten kommunalen Zwecks durch »Reservierung« von Mitteln kann die Erfüllung laufender kommunaler Pflichtaufgaben erschweren; eine solche einmalige »Denkmalsetzung« indes passt schwerlich zur steten Wandelbar- und Erneuerungsbedürftigkeit der Volkslegitimation. Den Kontrollanforderungen des Demokratieprinzips muss daher durch Änderungsklauseln und ggf. Auflösungsregeln sowie strenge Vorgaben für private Zustiftungen Genüge getan werden. Der strukturelle Antagonismus zwischen Stiftung und Gemeinde kann auf solche Weise im Ergebnis abgemildert, jedoch nicht beseitigt werden. Am Ausnahmecharakter der kommunalen Stiftung sollte sich nach alledem auch de lege ferenda nichts ändern.

VII. Summary

Foundations have been attaining ever greater significance on a municipal level. One has to distinguish between communal (municipal) foundations (kommunale Stiftungen) and community (civil) foundations (Bürgerstiftungen) in the stricter sense. The latter are established by private individuals to activate civil responsibility for local affairs, whereas the communal foundation has strong organisational links with the municipality. Irrespective of the donor identity – a private individual or the municipality itself – the main characteristic of the communal foundation, besides its involvement with local affairs, is its administration by the municipality. The communal foundation, which can appear locally or regionally, is largely subject to private law, although the accumulation of special stipulations in specific State legislation and municipal charters leaves room for doubt regarding this characteristic. The extent to which “foundations of public law” may also be utilized varies from State to State.

The establishment of communal foundations cannot be classified in terms of the recognized methods of privatisation. Regarding community foundations, the loss of legal power which characterizes privatisation is rather gradual, and may in the extreme case give rise to an antagonist for the municipality from within the ranks of its own community. Contrary to the local political representations, a community foundation possesses no democratic authorisation. Despite its declared purpose of community service, such a foundation will ultimately not *per se* represent the public interest, which has to be ascertained through a complex process of considering all diverging interests and parameters; instead, it serves the (albeit altruistic) particular interests of its donors. The latent or open risk of delegitimation of the municipality as a legal body is however balanced by the possibility that community foundations with an educative mission may also become catalysts in promoting democratic decision-making. The establishment of communal foundations under private law – if the municipality is the donor – constitutes organisational privatisation (Organisationsprivatisierung), whereas establishment by private individuals manifests features of nationalisation (Verstaatlichung). Dubious seem, however, “Public-Private Partnerships” in which public interests and municipal functions laid down by the German Constitution are intertwined with the private donor intentions as an emanation of his constitutional rights.

The right to establish local foundations is not at the heart of the constitutional guarantee of municipal self-government, and therefore may be limited by State legislation on foundations and the legal structure of municipalities. Local foundations are beyond the scope of the rules regarding communal enterprises, since they cannot be considered as “companies”. In general, they are only admissible where municipalities are not subject to binding instructions by superior State authorities. Furthermore, other restrictions have to be considered. Most local byelaws declare foundations for subsidiary, however in some States there are no specific regulations in this context. The argument that an increase of the funds, as a consequence of a private individual’s co-donation, justifies as such the establishment of a communal foundation generally is not supported by the wording of the law, and is to be rejected as a form of economisation of public administration. The risk that the municipality will be “fed from a silver spoon” provided by a private donor has to be prevented. Insofar as the

wording of municipal legislation does not prevent the establishment of foundations, the constitutional principle of democracy further limits this right. Particularly where the municipality itself donates, the funds are not at the disposal of future municipal representatives, as the activity of the foundation will be permanently committed to the intent of the original donor. The irreversible preferential focus on particular local issues through “reservation” of funds may hamper the fulfilment of other communal duties. “Immortalisation” or permanent commitment to a single issue, however, is not compatible with the concept of a changeable and renewable legislative. The requirements of democratic control set forth under the German Constitution have to be secured by escape and dissolution clauses, as well as strict regulations for private co-donations to projects involving the municipality. The structural antagonism between foundation and municipality can thus be mitigated, but not entirely eliminated. Therefore, the communal foundation should, also *de lege ferenda*, remain an exception.

Verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation

INGO RICHTER

I.	Einleitung	83	8. Ökonomisierung und	
II.	Kulturverfassungen unter dem Grund-		Kulturalisierung	95
	gesetz	85	9. Staat und Markt	96
	1. Die Bundesrepublik als Kulturstaat . .	85	10. Öffentliche Verantwortung	96
	2. Kulturelle Grundversorgung	88	IV. Verfassungsrechtliche Grundlegung	
	3. Personale Selbstverwirklichung	90	kultureller Organisation	97
III.	Kultureller Wandel	92	1. Kulturelle Freiheit als Freiheit eines	
	1. Kulturelle Bildung	92	Sachbereiches	97
	2. Massenkultur	93	2. Kulturelle Freiheit in der Zivil-	
	3. Digitalisierung	93	gesellschaft	99
	4. Mediatisierung	94	3. Die öffentliche Verantwortung für	
	5. Kulturelle Milieus	94	die kulturelle Freiheit	101
	6. Pluralisierung	94	V. Zusammenfassung	103
	7. Transnationalisierung	95	VI. Summary	103

I. Einleitung

»Kultur« ist kein Verfassungsbegriff. Das Wort kommt im Grundgesetz nur in einem sehr speziellen Zusammenhang vor (Art. 75 I). Zwar hat es viele Versuche gegeben, dem Grundgesetz eine »Kulturverfassung« zu geben und die Bundesrepublik als »Kulturstaat« im Grundgesetz zu verankern¹; doch die Verfassungsrechtler blieben in dieser Beziehung ziemlich zurückhaltend. Das Grundgesetz erwies sich als »kulturre-sistent«.

»Kultur« – das ist das Wahre, das Schöne und das Gute. Kultur ist die Vergangenheit und die Zukunft eines Volkes. Kultur ist ein wichtiger Standortfaktor in der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes oder einer Region. Kultur hat nicht jedermann, sondern nur eine herausgehobene Schicht; das andere ist die Massenkultur, die Alltagskultur oder die Subkultur. Auch wenn wir von den anderen »Kulturkreisen« sprechen, so meinen wir doch, dass der westliche Kulturkreis etwas Besonderes ist, weil er in den vergangenen 150 Jahren alle anderen Kulturkreise überlagert hat. Zwar sprechen manche von »Multikulturalismus«; aber im Grunde ist das ein Graus. Hinter diesen Stichworten stehen geschichtswissenschaftliche, philosophische und soziologische Gedankengebäude, eine ganze »Kulturwissenschaft«, von der ich nicht sprechen werde, weil es ihr nicht gelungen ist, ein klares Bild dessen zu vermitteln, was Kultur ist und weil sie ein falsches Bild von Kultur suggeriert, das Bild der Kultur als so genannter »Hochkultur« nämlich.

1 *Huber*, Zur Problematik des Kulturstaats, 1958, abgedruckt in *Häberle*, Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 122 ff. Zuletzt Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages »Kultur in Deutschland«, Arbeitsprogramm EK-Kultur, K.-Drs. 15/016b.

Ich möchte diesem Beitrag einen anderen, einen umfassenden Begriff der Kultur zugrunde legen. Kultur – so will ich definieren – ist die Gesamtheit derjenigen individuellen und kollektiven Eigenschaften und Sachverhalte, die dem Menschen Identität, Wertbewusstsein und Gestaltungskraft (Kreativität) verleihen; sie werden geschaffen, aufgenommen und wieder neu geschaffen, oder – mit hässlichen Worten – produziert, rezipiert und reproduziert. Kulturelle Bildung ist der Erwerb dieser Eigenschaften durch eine Auseinandersetzung mit den ihnen zugrunde liegenden Sachverhalten.

Kultur in diesem Sinne kann sich in verschiedenen Bereichen entwickeln und entfalten; sie darf keinesfalls auf den Bereich der Kunst beschränkt bleiben:

- Sprache (Kommunikation, Information unter Einschluss der digitalisierten Formen, Literatur)
- Sinnfindung (Religion, Weltanschauung, Literatur, Arbeit und Wirtschaft, Gemeinschaft)
- Beziehungen (Freundschaft und Liebe, Partnerschaft, Ehe und Familie, Nachbarschaft und Verbände, religiöse, soziale und politische Gemeinschaften)
- Kunst (Bilder, insbesondere Gemälde, Fotografien, Filme, Computerdesign, Plastiken, Installationen), (Spiele, insbesondere Oper, Theater, Film, Show, Computeranimation), (Musik, insbesondere Singen, Musik hören, Instrumente spielen, Musik produzieren und reproduzieren, und zwar ohne Unterscheidung von U und E)
- Alltagsgestaltung (Wohnen, Kleidung, Essen, Feiern, Reisen)
- Umweltgestaltung (Bauen, Stadt- und Landschaftsplanung, Infrastrukturgestaltung, z.B. Fabriken, Supermärkte, Wasserwerke)
- Öffentlichkeit (Parteien und Vereine, Kirchen und Gewerkschaften, Diskussionen und Debatten, Meinungsbildung in der Presse und den audio-visuellen Medien, und zwar auch in Talkshows und in der Werbung, Telekommunikation, insbesondere über das Telefon und das Internet)

Wie bereits gesagt, hierbei geht es jeweils um Produktion (Schöpfung), Rezeption (Hören und Sehen, Verarbeiten und Bewahren) und um Reproduktion (Wiedergabe und Vermittlung).

Das unverwechselbare Bild, das Menschen von sich selbst und von dem jeweils anderen haben, entsteht in der Auseinandersetzung mit diesen Sachverhalten (Identität). Zumeist prägt es sich nur in einzelnen dieser Bereiche aus, doch besitzt es in der Regel hohe Eindeutigkeit und Beständigkeit. Den Ausprägungen dieser Eigenschaften und Sachverhalte werden nun von den einzelnen Menschen positive oder negative Merkmale zugeschrieben; sie erhalten höhere oder niedrigere Werte, und zwar sowohl in Bezug auf den jeweiligen Menschen selber wie auch in Beziehung auf Andere (Wertbewusstsein). Es entstehen unvermeidliche, wenn auch problematische Hierarchien zwischen Sachverhalten und Eigenschaften, wie auch zwischen Menschen. Stets aber müssen die Eigenschaften und Sachverhalte hervorgebracht werden; sie bestehen und entstehen nicht von selbst, sondern die Menschen schaffen sie selber, und dies ist stets mit einer gewissen Anstrengung verbunden (Gestaltungskraft). Dabei entstehen die Eigenschaften und Sachverhalte immer wieder neu; sie haben dadurch eine Geschichte und erhalten eine Zukunft.

II. Kulturverfassungen unter dem Grundgesetz

Die Zurückhaltung des Grundgesetzes in Bezug auf kulturelle Angelegenheiten, die sich auch aus der sog. Kulturhoheit der Länder erklären mag, hat die verfassungsrechtliche Phantasie beflügelt und in der Geschichte der alten Bundesrepublik zu mehreren ganz verschiedenen Konzeptionen einer »Kulturverfassung des Grundgesetzes« geführt. In der DDR dagegen war alles dies kein Thema, weil Partei und Staat die offizielle Kulturpolitik bestimmten und kontrollierten und die sog. Massenorganisationen nur im Rahmen dieser offiziellen Kulturpolitik tätig werden durften. Das galt auch für den »Kulturbund«, in dem die »Kulturschaffenden« zusammengefasst wurden und der die Linie der Partei zu vertreten hatte. Dennoch gab es stets Ausnahmen, Abweichungen, Dissidenten und Nischen, die z.T. beachtliche kulturelle Leistungen hervorgebracht haben. In der alten Bundesrepublik entwickelten sich trotz der Zuständigkeit der Länder und Kommunen in weiten Bereichen der Kulturpolitik durchaus Vorstellungen einer gesamtstaatlichen Kulturpolitik, deren Grundlagen in der Verfassung verankert wurden². Ich fasse sie unter den Schlagworten Kulturstaat, Kulturelle Grundversorgung und Personale Selbstverwirklichung zusammen.

1. Die Bundesrepublik als Kulturstaat

Für den monarchischen Staat war die Förderung und Forderung der Kultur selbstverständlich. Die zahlreichen deutschen Fürstentümer waren »Musenhöfe«, an denen die Kultur gepflegt wurde, aber auch konzentriert war. Die Künstler wurden als Fürstendiener angesehen und waren dem Kunstverstand und den Launen des Hofes ausgesetzt, wovon zahlreiche Werke der Literatur zeugen, z.B. Goethes Tasso oder Büchners Leonce und Lena. Wenn auch die Städte, insbesondere die Freien Reichsstädte beachtliche kulturelle Leistungen hervorgebracht haben, und wenn wir ihnen Blütezeiten der kulturellen Entwicklung verdanken, ein breites Bürgertum als Grundlage und Nährboden kultureller Entwicklung ist in Deutschland bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht entstanden. Der Wilhelminische Hof konnte den Naturalismus unterdrücken und Hauptmann verbieten, wenn auch letztlich erfolglos. Und Lübeck konnte seinen Patriziersohn Thomas Mann als Nestbeschmutzer mit Verachtung strafen, der seiner Entfremdung als Künstler schon früh im »Tonio« Ausdruck gegeben hatte und in den »Buddenbrooks« seiner Heimatstadt ein großartiges Denkmal setzte. Mit der Revolution von 1918 war dies alles vorbei, die Fürsten enteignet, die Städte verarmt, die Vermögen des Bürgertums in der Inflation zerronnen, und die hoffnungsvollen Ansätze einer Arbeiterkultur erhielten kaum eine Chance, bevor sie durch den Nationalsozialismus dann unterdrückt und vertrieben wurden. Die Weimarer Verfassung bekannte sich zwar in Art. 150 zur Pflege des nationalen Kulturgutes, aber die Weimarer Republik hatte im Grunde gar keine Chance zur Umsetzung dieses Verfassungsgebotes, und dennoch gelten die zwanziger Jahre auch heute noch als die Blütezeit kultureller Entwicklung in Deutschland, die für die gan-

2 *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969.

ze Welt vorbildlich wurde. Die »Deutsche Kultur« schließlich, die die Nationalsozialisten nach der Verbannung der »entarteten Kunst« und der Vertreibung fast aller bedeutenden Künstler der Weimarer Republik förderten, könnte als Kuriosum der Kulturgeschichte angesehen werden, wenn sie nicht »kulturelle Massenbewegungen« ins Leben gerufen hätten, wie z.B. »Kraft durch Freude«, wenn sie nicht den »Volkswagen« erfunden und die Autobahnen gebaut und für die Reichshauptstadt größenwahnsinnige Ausbaupläne entwickelt hätten. Zwar mündete alles dies in einen mörderischen und verbrecherischen Vernichtungskrieg, aber von der »kulturellen Bewegung« blieb mehr zurück als wir angesichts der schmachvollen Geschichte wahrhaben wollen.

Die junge Bundesrepublik stand angesichts dieser Geschichte und ohne ein Leitbild wie das der »sozialistischen Kultur« in der DDR vor einem kulturpolitischen Nichts, und zwar nicht nur in materieller Hinsicht angesichts von Zerstörung, Vertreibung und Armut, sondern auch in moralischer Hinsicht angesichts der »Verstrickung« der Eliten in den Nationalsozialismus. Dennoch geraten die Zeitzeugen geradezu ins Schwärmen, wenn sie von den Dichterlesungen und Konzerten in Ruinen, wenn sie vom Hören des freien Rundfunks in ungeheizten Zimmern in der unmittelbaren Nachkriegszeit erzählen. Zwei Entwicklungen waren hierfür maßgebend: die scheinbar ungebrochene Wiederanknüpfung an die deutschen kulturellen Traditionen und die Rückkehr der Emigranten nach Deutschland. Dieser kurze Blick in die Geschichte vermittelt den merkwürdigen Eindruck, dass die Kultur blühte, wenn es Deutschland schlecht ging.

In dieser Situation musste es wie ein Fanal wirken, als Ernst Rudolf Huber im Jahre 1958 seine kleine Schrift »Zur Problematik des Kulturstaats« veröffentlichte³. Ausgerechnet ein Professor der sog. Kieler Schule, der später an die Reichsuniversität Straßburg gegangen war, der selber dem Nationalsozialismus durch mehrere Schriften verfassungstheoretische Legitimation verliehen hatte⁴, setze ein Zeichen: Dieses schwache mickrige Gebilde Bundesrepublik, gerade dem Besatzungsregime entronnen und noch keinesfalls in den Kreis der zivilisierten Völker wieder aufgenommen, sollte ein Staat, und zwar ein Kulturstaat sein. Nachdem die Monarchien verschwunden waren, nachdem die ungeliebte Weimarer Republik überrannt und aufgegeben worden war, nachdem sich der Nationalsozialismus selbst zerstört hatte und nachdem die Besatzungsmächte mehr oder weniger erfolgreich versucht hatten, den Deutschen ihre jeweiligen Kulturen nahe zu bringen, stand jetzt ein deutscher Professor auf und sagte: Der deutsche Staat ist ein Kulturstaat.

Verfassungstheoretisch lehnte sich dieser Versuch an Hubers frühere Arbeiten zum Wirtschaftsverwaltungsrecht an⁵, in denen er die Rolle des Staates in der Wirtschaft thematisiert hatte, und die Parallele zu dem von dem Sozialdemokraten Hermann Heller konzipierten Sozialstaat⁶ ist unverkennbar. Vier Elemente gaben dieser Konzeption verfassungstheoretisches Gewicht:

1. Der Staat Bundesrepublik sollte kein liberaler »Nachtwächterstaat« sein, sondern die Gesellschaft gestalten.

³ Siehe o. Anm. 1.

⁴ *Rüthers*, Entartetes Recht, 1988, S. 42 ff.

⁵ Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932.

⁶ Staatslehre, 3. Aufl. 1963, S. 158 ff.

2. Diese Gestaltung der Gesellschaft galt insbesondere den Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen, der sozialen Sicherung, Ehe und Familie, den Religionsgemeinschaften und eben auch der Kultur.
3. Kultur wurde dadurch zur Staatsaufgabe, zwar nicht im Sinne einer Staatskultur wie sie die totalitären Staaten kannten, aber doch im Sinne einer staatlichen Verantwortung für die Kultur. Das schloss zwar die Bürgerinnen und Bürger, die gesellschaftlichen Gruppen und die vielfältigen kulturellen Organisationen nicht aus, fasste die Gesamtheit der kulturellen Bestrebungen und Leistungen jedoch gesamtstaatlich zusammen.
4. Die sog. Staatszielbestimmungen der Art. 20 I und 28 I GG erhielten durch diese Konzeption einen fassbaren Inhalt, nachdem ihre Bedeutung vorher in der Diskussion mehr als unklar geblieben war und zwischen Recht und Politik hin und her schwankte⁷ – nur mit dem kleinen »Schönheitsfehler«, dass der Kulturstaat im Unterschied zum Bundes-, Rechts- und Sozialstaat und zur Demokratie in den Artikeln nicht genannt war⁸.

Der Staat des Grundgesetzes sollte selber kulturell tätig sein. Er sollte die Kultur gewährleisten und finanzieren. Der Staat und nicht die Gesellschaft sollte die Definitionsmacht über die Kultur haben⁹.

Diese Konzeption des Kulturstaates stand nun keineswegs alleine da, sondern wurzelte in gewisser Weise in den staatstheoretischen Ideen der Weimarer Republik. Angesichts des Endes der Monarchie war nämlich die Staatstheorie der Weimarer Zeit in besonderer Weise gefordert, den Staat neu zu »erfinden«. So gründete Rudolf Smend den Staat auf einen Integrationsprozess, durch den der Staat hervorgebracht würde. Ein wesentliches Element dieses Integrationsprozesses war für ihn die Kultur. Insbesondere kulturellen Symbolen sollte dabei eine hervorragende Rolle zukommen¹⁰. Auch für Hermann Heller beruhte die Staatsgewalt auf einem ständigen Prozess der Einheitsbildung, und auch für ihn kam der Kultur in diesem Prozess der Einheitsbildung eine große Bedeutung zu¹¹. Es zeigt sich, dass diese Staatstheoretiker vor allem durch die Furcht vor einem Zerfall des Staates, vor der Desintegration der Gesellschaft bestimmt waren, und dafür gab es nun in der Weimarer Republik durchaus Anlass. Eine gewisse Übersteigerung erlebte diese staatstheoretische Begründung des Kulturstaates in der Staatslehre Herbert Krügers, der den Staat selbst als eine Leistung der Kultur, als ein kulturelles Produkt konzipierte¹². Man kann zusammenfassend sagen, dass es nicht so sehr die Liebe zur Kultur war, die diese Denker bewegte, als vielmehr die Sorge um den Staat. Der Kultur kam deshalb im Kulturstaat eher eine dienende Rolle zu.

Seither – also seit den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts – schwebt die Idee des Kulturstaates über jeder kulturpolitischen und kulturverfassungsrechtlichen

7 Insbesondere *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: *ders.*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 165 ff.

8 *Huber*, s. Anm. 1, S. 123.

9 *Huber*, s. Anm. 1, S. 130 ff.

10 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 13, 20.

11 *Heller*, s. Anm. 6, S. 158 ff.

12 *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 806 f. Auch bereits bei *Huber*, s. Anm. 1, S. 142 ff.

Diskussion. Sie ist so etwas wie ein Mythos geworden, denn es ist ein Verfassungsbegriff ohne eine verfassungsrechtliche Grundlage. Das wird sich nun möglicherweise ändern, denn die Enquetekommission »Kultur in Deutschland« hat sich für eine Aufnahme des Begriffes in das Grundgesetz ausgesprochen und die Bundesregierung hat sich dem angeschlossen – vermutlich ohne zu wissen, an welche z.T. fatalen Traditionen sie dabei anknüpft.

2. Kulturelle Grundversorgung

Gegen die Konzeption des Kulturstaates, insbesondere gegen eine staatliche Definitionsmacht in kulturellen Angelegenheiten richtete sich schon in den fünfziger Jahren die Theorie des Pluralismus. Nicht der Staat sollte über die Kultur herrschen, sondern die Gesellschaft in der Vielfalt ihrer Organisationen. Wer waren diese Organisationen, die diese Vielfalt der Meinungen und Bewertungen, der Produktions- und Reproduktionsweisen hervorbrachten bzw. hervorbringen sollten? Es waren zunächst einmal die »üblichen Verdächtigen«, die Kirchen, die Wirtschaftsverbände und die Gewerkschaften, die Volkstumsgruppen und die ethnischen Minderheiten, die Vertriebenen usw. die Fülle des deutschen Vereinslebens, von den Briefmarkensammlern bis zum Alpenverein; insbesondere aber zählten dazu diejenigen, die selber kulturell tätig waren, die Künstlerkolonien und Männerchöre, die Bastler und Batiker. In ihrer Gesamtheit sollten sie das hervorbringen, was dann Kultur genannt werden könnte. Dabei galten alle Gruppen als prinzipiell gleichberechtigt; alle hatten den gleichen Anspruch auf Förderung und Anerkennung; eine Definitionsmacht sollte es nicht geben.

Hellmut Becker hat diese Konzeption in den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelt und in einer Reihe von Aufsätzen begründet, insbesondere in dem Aufsatz »Wer finanziert die kulturelle Freiheit?«¹³, und Peter Häberle hat ihr eine verfassungstheoretische Begründung verliehen¹⁴. Dabei stützte sich Becker deutlich auf die Abgrenzung zum Nationalsozialismus und zunehmend auch auf die Ablehnung der Kulturpolitik der DDR, während Häberle eher an die Traditionen des politischen Liberalismus angelsächsischer Provenienz anknüpfte¹⁵. Durch die Lehre von den institutionellen Garantien ließ sich diese Konzeption auch verfassungsrechtlich gut absichern¹⁶, denn das Grundgesetz garantierte in der Tat eine Reihe von Institutionen, die als Träger der Kultur angesehen werden konnten, die Religionsgemeinschaften in Art. 4 II und 140 GG in Verbindung mit Art. 137 ff. Weimarer Verfassung, Presse und Rundfunk in Art. 5 GG, Ehe und Familie in Art. 6 GG, die Privatschulen in Art. 7 IV GG, die Verbände und Vereine in Art. 9 I GG und die Gewerkschaften und Wirtschaftsverbände in Art. 9 III GG sowie schließlich die Kommunen in Art. 28 II GG. Das Grundgesetz ließ sich also durchaus als eine Verfassung des kulturellen Pluralismus interpretieren.

13 *Becker*, Quantität und Qualität, 1962, S. 77 ff.

14 *Häberle*, s. Anm. 1, S. 46 ff.

15 *Häberle*, s. Anm. 1, S. 28 ff.

16 *Maunz*, Die kulturelle Sicherheit des Bürgers, in: *Häberle*, s. Anm. 1, S. 146 ff.

Nun haftete dieser Konzeption allerdings ein »Webfehler« an, der sie von Anfang an unglaubwürdig machte. Die Gleichberechtigung aller Mitspieler im pluralistischen Konzert war eine Fiktion. Wie konnte man die Ruhrfestspiele oder Bayreuth mit einer Volkstanzgruppe vergleichen? Wie die funktionalistische Stadtplanung von Hannover mit dem Wettbewerb um das schönste Dorf? Auch wenn sie alle Beiträge zur Kultur leisteten, so waren ihre Beiträge doch nicht gleich, und zwar weder in ihren Zielen noch in ihren Ergebnissen. Und das war auch gut so! Gravierender aber noch als diese vielleicht banale Erkenntnis war die Tatsache, dass es zwei Institutionen gab, die so gar nicht in diese bunte Gemeinschaft der pluralistischen Organisationen passen wollten, die Kommunen nämlich und die Rundfunk- und Fernsehanstalten. Beide hatten einen unzweifelhaften kulturellen Auftrag, die Kommunen in Art. 28 II GG (»Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft«) und die Rundfunk- und Fernsehanstalten im Auftrag der sog. Grundversorgung, den ihnen das Bundesverfassungsgericht verliehen hatte¹⁷, und beide repräsentierten in sich selbst den Pluralismus, die Kommunen von Natur aus und die Rundfunk- und Fernsehanstalten kraft der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, beginnend mit dem Fernsehurteil aus dem Jahre 1961¹⁸.

Dass die Kultur zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört, dürfte unzweifelhaft sein, denn die örtliche Gemeinschaft äußert sich insbesondere in der Kultur, und nachdem fast alle anderen Aufgaben der Kommunen auf höhere Ebenen abgewandert waren, widmeten sich die Kommunen dieser Aufgabe mit großer Intensität und mit viel Geld, ihren Stadttheatern und Volkshochschulen, der Restaurierung der historischen Gebäude und der Veranstaltung der Stadtteilstadt. Die kommunalen kulturellen Aktivitäten werden auch in besonderer Weise dem hier vertretenen weiten Kulturbegriff gerecht, denn vor Ort findet man alles, die Schülerrockband und die Drei Tenöre, Hap Grieshaber und ein Happening. Die Kommune lässt sich – selbst nach der Auflösung der historischen Einheiten durch die Maßstabvergrößerung – als Inbegriff der lokalen Kultur begreifen, und Kultur wird in regionaler Hinsicht weitgehend als lokale Kultur verstanden. Identitätsbildung, Wertebewusstsein und Schöpfungskraft – die wichtigsten Elemente des Kulturbegriffs – besitzen in Deutschland deutliche kommunale Ausprägungen. Die Kommunen können deshalb in keiner Weise mit den anderen Organisationen des kulturellen Pluralismus auf eine Stufe gestellt werden; sie sind die grundlegenden Einheiten kultureller Entwicklung. Die Enquete-Kommission »Kultur in Deutschland« hat den Kommunen deshalb die Aufgabe einer kulturellen Grundversorgung zugewiesen¹⁹.

Dasselbe gilt im Grunde – wenn auch in anderen Zusammenhängen – von den Medienanstalten. Nachdem ihnen das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe der medialen Grundversorgung zugewiesen hatte,²⁰ wurde sehr schnell klar, dass Grundversorgung vor allem kulturelle Grundversorgung heißen sollte, und kulturelle Grundversorgung sollte nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts durchaus auch die Unterhaltung umfassen, also wie bei den Kommunen auf einen umfassenden Kulturbegriff zielen. Nur so war schließlich die Rundfunk- und Fernsehgebühr zu rechtfertigen.

17 BVerfGE 83, 238, 297 f.

18 BVerfGE 12, 205.

19 Siehe o. Anm. 1.

20 Siehe o. Anm. 17.

tigen. Dass die kulturelle Grundversorgung als ein gesamtgesellschaftlicher Auftrag zu verstehen sei, kam auch darin zum Ausdruck, dass sie nicht nur den öffentlich-rechtlichen Anstalten, sondern auch den privaten Anbietern – wenn auch in geringem Umfang – auferlegt wurde²¹. Sie alle, die Medienanstalten, die sich an ein größeres Publikum wandten, sollten dem pluralistischen Prinzip verpflichtet sein, in ihren Gremien unterschiedlichen Interessen Raum geben und in ihren Programmen unterschiedlichen Stimmen Gehör verschaffen²². Auch die Medienanstalten können den anderen pluralistischen Organisationen nicht gleichgesetzt werden. Ihr Gewicht ist ungleich größer, und zwar nicht nur ihr quantitativer und qualitativer Einfluss, sondern auch ihre Bedeutung für die Entwicklung der Kultur und die Prägung des kulturellen Bewusstseins. Identitätsbildung, Wertebewusstsein und Gestaltungskraft beruhen heute weitgehend auf dem Einfluss, den die elektronischen Medien im öffentlichen wie im privaten Bereich seit den fünfziger und sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts erhielten. Dabei wäre es verkürzend, wenn man nur auf die Rundfunk- und Fernsehproduktionen selber schauen würde; die Wirkung der Medien geht nämlich weit darüber hinaus, weil sie als Vermittler der gesamten Kultur wirken, indem sie auswählen, analysieren und bewerten, wiederholen und verstärken, weil sie – anders als die doch recht unterschiedlichen Kommunen – die Definitionsmacht erlangt haben über das, was Kultur ist.

An die Stelle des in den fünfziger Jahren von Hellmut Becker und anderen anvisierten kulturellen Pluralismus ist also im Laufe der Geschichte der Bundesrepublik ein Kulturelles Kondominium der Kommunen und Medienanstalten getreten. Trotz aller Bekenntnisse zum Pluralismus werden die beiden – an sich sehr ungleichen Partner – durch ihre eigenen organisatorischen Strukturen geprägt, die einen durch die lokalen Eliten und die anderen durch die Einschaltquoten. Sie bestimmen letztlich, was kulturelle Grundversorgung ist, und nicht der Konsens der Kultursachverständigen. Viel problematischer als diese Auslieferung der Kultur an organisationspezifische Macht- und Verfahrensstrukturen ist der Begriff der Grundversorgung selber, legt er doch den Vergleich mit der sozialen Grundsicherung und der sozialen Infrastruktur nahe. Kultur wird damit auf die gleiche Stufe gestellt wie der Arztbesuch und die Wasserversorgung. Selbst wenn damit anerkannt wird, dass Kultur so nötig zum Leben ist wie das Wasser und die Gesundheit, so wird doch verkannt, dass man Kultur nicht liefern kann wie das Wasser oder eine Medizin, dass hinter dem Begriff der Versorgung die fatale Vorstellung eines Versorgungsstaates steht, der unwirksam und der kulturellen Entwicklung gänzlich unangemessen ist.

3. Personale Selbstverwirklichung

Die deutsche kulturelle Tradition beruft sich neben den christlichen und humanistischen Quellen insbesondere auf das Persönlichkeitsideal der Deutschen Klassik. In den Art. 1 und 2 GG haben diese Grundlagen eine verfassungsrechtliche Ausprägung erfahren, die ersteren mehr in der Gewährleistung der Würde des Menschen und die

21 Siehe o. Anm. 17.

22 Siehe o. Anm. 17.

letzteren eher in der Freien Entfaltung der Persönlichkeit. Es ist deshalb erstaunlich, dass sich in der Bundesrepublik eine auf diese beiden Artikel gegründete kulturverfassungsrechtliche Konzeption nicht herausgebildet hat. Das soll nicht heißen, dass diese beiden Grundrechte im Kulturverfassungsrecht keine Rolle spielen; ganz im Gegenteil, sie nehmen in den kulturverfassungsrechtlichen Theorien eine zentrale Stellung ein²³, aber eine ausgeprägt individualrechtlich begründete Verfassungstheorie der Kultur fehlt. Dabei gäbe es doch dafür allen Anlass. Letztlich gründet alle Kultur auf der personalen Selbstverwirklichung des Individuums. Diese findet in der Identitätsentwicklung, der Herausbildung eines Wertbewusstseins und in der individuellen Gestaltungskraft, also in der Kultur, Ausdruck.

Zentral für eine solche Konzeption wäre eine kulturverfassungsrechtliche Auslegung des Grundrechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 I GG. Ekkehart Stein hat diesem Grundrecht in einem bildungsverfassungsrechtlichen Zusammenhang eine doppelte Dimension zugeschrieben, die auch für die Kulturverfassung Geltung beanspruchen könnte²⁴. Danach handelt es sich einerseits um ein Grundrecht auf die Entfaltung der Persönlichkeit, also auf die individuelle Entwicklung, und andererseits um ein Grundrecht auf Selbstentfaltung, also auf Autonomie. Personale Selbstverwirklichung in der Kultur bedeutet danach einerseits das individuelle Recht auf die Entwicklung von Identität, Wertbewusstsein und Gestaltungskraft und andererseits auf die individuelle Freiheit in dieser Beziehung. Da es sich bei Art. 2 I GG um ein »Muttergrundrecht« handelt, das im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes in verschiedenen besonderen Grundrechten seine besondere Ausprägung erfahren hat, erhalten diese Grundrechte jeweils eine besondere kulturverfassungsrechtliche Ausprägung, der hier nicht näher nachgegangen werden kann. Das gilt insbesondere vom Gleichheitssatz, der Religionsfreiheit, der Meinungs- und Pressefreiheit, dem Ehe- und Familiengrundrecht, dem Recht auf Bildung und der Privatschulfreiheit, der Vereins-, Koalitions- und Versammlungsfreiheit, der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit, also von fast allen Grundrechten des Grundgesetzes.

Es ist durchaus bezeichnend, dass die kulturelle Freiheit des Individuums im Kulturverfassungsrecht fast ausschließlich im Hinblick auf ihre Grenzen, nicht aber auf ihre Inhalte und Begründungen hin thematisiert worden ist. Die kulturelle Freiheit des Individuums findet ihre Grenze in der Würde des Menschen, auch wenn diese Begrenzung vielleicht etwas merkwürdig klingen mag, denn: Ist es denkbar, dass etwas die Würde des Menschen verletzt und dennoch beansprucht, Kultur zu sein? Es ist sowohl der Kunst wie der Wissenschaft eigen, dass sie Grenzen überschreiten, Tabus brechen und Udenkbares denken, dass sie Menschen in experimentelle Situationen versetzen, die sie zum bloßen Objekt von Kunst und Wissenschaft machen und so deren Würde verletzen, dass sie Menschen »nachschaffen« wollen, z.B. durch Klonen, was ebenfalls die Würde des Menschen verletzt, obwohl es durchaus als eine Leistung der Kultur verstanden werden kann.

Die kulturellen Leistungen der einen, die auf ihren Persönlichkeitsrechten beruhen, können durchaus die Persönlichkeitsrechte der anderen verletzen – ein außerordentlich häufiger Fall der Grundrechtskollision, wie z.B. bei der Ehrverletzung von Pro-

23 Z. B. Maunz, s.o. Anm. 16.

24 Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967.

minenten²⁵ oder beim Andenken Verstorbener wie im Falle Mephisto alias Gründgens²⁶. Zwar vermag die »Öffentliche Sicherheit und Ordnung« alleine keinen hinreichenden Grund mehr abzugeben, um die kulturelle Freiheit im Wege polizeilicher Verbote einzuschränken, wie dies hundert Jahre lang im Konflikt zwischen Kunst und Sittlichkeit der Fall gewesen ist²⁷; doch der Kinder- und Jugendschutz liefert nach wie vor anschauliche Beispiele für die Einschränkung der kulturellen Freiheit, obwohl der Kunstvorbehalt jetzt dem Kinder- und Jugendschutz grundsätzlich vorgehen soll²⁸. Dies sind Beispiele für grundrechtliche Konfliktlagen, die auftreten, wenn das Kulturverfassungsrecht von der individuellen kulturellen Freiheit ausgeht und sie zur Grundlage einer kulturverfassungsrechtlichen Konzeption machen würde. Die Rechtsprechung hat für diese Konfliktlagen Lösungsmodelle entwickelt. Ein Kulturverfassungsrecht ergibt sich allein aus diesen Ansätzen dagegen noch nicht.

III. Kultureller Wandel

Die Kultur hat sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts aufgrund von Modernisierungsprozessen der Gesellschaft stark gewandelt, sodass heute die Grundlagen für kulturverfassungsrechtliche Konzeptionen stark verändert sind.

1. Kulturelle Bildung

Wie vollzieht sich heute die Identitätsbildung? Wie bildet sich das Wertbewusstsein? Wie gewinnen Menschen Gestaltungskraft? Die Schulen sollten eigentlich die so genannten Kulturtechniken, heute »neue Grundbildung«, vermitteln; einst waren sie eher der »volkstümlichen Bildung« einerseits und dem Humanismus andererseits verpflichtet²⁹. Alle Versuche, die Bildungsinstitutionen in den Dienst einer allgemeinen kulturellen Bildung zu stellen, sind gescheitert, die kulturelle Grundbildung in den Schulen und die musischen Gymnasialzweige, die Volkshochschulen und das Studium Generale. Dennoch bleibt die Schule der einzige Ort, an dem alle Kinder und Jugendlichen die Chance kultureller Bildung erhalten, auch wenn sie sie im Unterricht kaum wahrnehmen, sondern sich eher verweigern³⁰. Die Kinder- und Jugendhilfe, die an sich auch den Anspruch erhebt, kulturelle Bildung allen Kindern und Jugendlichen zu vermitteln, erreicht sie nicht oder jedenfalls nur Minderheiten, wenn die

25 Grundlegend BVerfGE 34, 269 – Soraya.

26 BVerfGE 30, 173.

27 Siehe die Beispiele bei *Ladeur*, in: *Denninger u.a.*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 5 III RdNr. 3 und 4.

28 Jedenfalls grundsätzlich s. BVerfGE 83, 130 – Mutzenbacher.

29 *Jäger* und *Tenorth*, Pädagogisches Denken, in: *Jeismann* und *Lundgreen*, Handbuch der Deutschen Bildungsgeschichte Bd. III, 1987, S. 71 ff.

30 Der Kompetenzansatz der PISA-Studien versucht, Basiskompetenzen aller Schülerinnen und Schüler nach gleichen Maßstäben zu messen, *Deutsches PISA-Konsortium*, PISA 2000, 2001, S. 70 ff.

Mehrheit die kommerzielle Disco der Jugendsdisco oder dem Batik-Kurs vorzieht³¹. Der Versuch einer Pädagogisierung kultureller Bildung mag als Zeichen für den Verlust kultureller gesellschaftlicher Autonomie unserer Zivilisation gelten, und zwar sowohl im bäuerlichen, handwerklichen wie proletarischen wie im bürgerlichen, großbürgerlichen und adligem Milieu. Doch: »Was die Schule anfasst, macht sie zu Schule«; eine Wiederbegründung gesellschaftlicher kultureller Autonomie kann nicht in Institutionen, sondern nur in Projekten gelingen³².

2. Massenkultur

Kultur und Bildung sind nicht mehr Privilegien von Eliten, sondern potentiell jedermann zugänglich. Die audio-visuellen und die elektronischen Medien verbreiten kulturelle Sachverhalte weltweit an Millionen von Menschen, z.B. die Eröffnungsfeiern der Olympischen Spiele oder die Begräbnisfeierlichkeiten von Lady Di³³. Moden gestalten den Alltag der Menschen unabhängig von Rasse und Klasse, Sprache und Alter, z.B. in der Pop-Musik (Hip-Hop) oder in der Kleidung (Jeans) und Worte (wie »cool«) sind in aller Munde. U + E verlieren an Bedeutung; E wird häufig zu U und U kann zu E werden³⁴.

3. Digitalisierung

Das gesamte Wissen der Welt, eine Grundlage jeder Kultur, steht heute potentiell jedermann jederzeit zur Verfügung, und zwar sofort; es gibt kein Geheimnis mehr, keine Wissensprivilegien³⁵. Die Massenkommunikation verändert sowohl den Alltag der Menschen wie die Herstellung von Öffentlichkeit; die Individualkommunikation ist die Basis für ein völlig verändertes Beziehungsverhalten³⁶. Die Digitalisierung eröffnet auch der Kunst neue Gestaltungsmöglichkeiten. Es gibt heute Autoren, die nur noch im Internet veröffentlichen; Print on demand bietet neue Veröffentlichungsmöglichkeiten; Chatrooms bringen Menschen zusammen, die früher nie die Möglichkeit einer Kommunikation gehabt hätten; die interaktiven Medien ermöglichen die Partizipation des Publikums³⁷.

31 Niedergelegt in einer Vielzahl von Veröffentlichungen der *Bundesvereinigung Kulturelle Jugendbildung*, z.B. *Kulturelle Bildung und Lebenskunst*, 2001.

32 *Sachverständigenkommission für den Elften Kinder- und Jugendbericht*, 2002, S. 153 ff.

33 Insofern hat die »Grundversorgung« des Bundesverfassungsgerichts sich wirklich durchgesetzt, s. Anm. 17.

34 Siehe z.B. die empirischen Untersuchungen zum Medienkonsum von Jugendlichen von *Barthelmes* und *Sander*, *Medienerfahrungen von Jugendlichen*, 3 Bände, 1997, 2001 und 2001.

35 Siehe z.B. die Arbeiten von *Nico Stehr*, z.B. *Wissen und Wirtschaften*, 2001.

36 Siehe die Ergebnisse der Shell-Jugendstudien, z.B. *Hurrelmann u.a.*, *Jugend 2002*, 2002, S. 76 ff.

37 Ein knapper Überblick bei *Hoffmann-Riem*, in: *Denninger u.a.*, *Kommentar zum Grundgesetz*, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 5 I RdNr. 144 ff.

4. Mediatisierung

»Kultur« – das war einmal die Unmittelbarkeit individueller Erfahrung; selber singen und spielen, malen und gestalten, denken und erzählen, dichten und vortragen; für viele ist der Verlust dieser Unmittelbarkeit der Verlust der Kultur überhaupt. Die technische Reproduzierbarkeit von Ton und Bild³⁸ und erst recht die Digitalisierung jedweder Information, die ungeahnte weltweite Möglichkeiten der Rezeption und Kommunikation eröffnen, bedeuten gleichzeitig die Mediatisierung kultureller Erfahrungen: Man singt nicht bei laufendem Fernseher. Der durchschnittliche Fernsehkonsum beträgt bei Jugendlichen 2–3 Stunden täglich, hinzu kommen 2–3 Stunden Computerzeit³⁹.

5. Kulturelle Milieus

Schöpferisch – das war des Bild des einsam ringenden gestaltenden europäischen Mannes (Sokrates, Galilei, Faust, Beethoven ...); die »Masse« war »Kulturkonsument«, ließ sich »berieseln«, hockte vor der »Glotze« und »las« die Bild-Zeitung. Es war eine elitäre arrogante Position kultureller Bildung, hier der aktive schöpferische Einzelne – dort die dumpfe Masse der Ungebildeten⁴⁰ – kulturelle Entwicklungen entstehen heute in unterschiedlichen Milieus, die »Gemeinden«, Fan-Clubs, Gruppen gleicher kultureller Bedürfnisse, mag es sich dabei um Cecilia Bartoli oder Madonna handeln, wobei produktives, rezeptives und reproduktives Verhalten nicht mehr so stark voneinander getrennt werden kann. Man spricht von Co-Produktion kultureller Leistungen durch den Künstler und sein Publikum, den Stadtplaner und die Einwohner⁴¹. Ohne Teamwork und Arbeitsteilung sind viele kulturelle Produktionen nicht denkbar. Kollektive Kommunikationsformen bestimmen den Alltag des Kulturlebens, wie Videokonferenzen, wissenschaftliche Foren, Chatrooms.

6. Pluralisierung

Vielfalt bestimmt die Entstehung und die Entwicklung kultureller Milieus, was Ausdruck der Vielfalt der Interessen und Fähigkeiten ist und Auswahl und Identifikation ermöglicht, häufig aber auch zu heftigen Auseinandersetzungen und scharfen Abgrenzungen führt⁴². So viele Musikstile, so viele Milieus! Mag ein ländliches Milieu in der Oberpfalz, in Montana oder Mindanao noch »intakt« sein; die Gay-Community in San Francisco oder ein Township in Südafrika folgen anderen Regeln. Es gibt keine »Leitkultur«, wie dies der aktuelle »Kulturkampf« suggeriert, auch wenn es

38 Grundlegend *Benjamin*, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, abgedruckt in *Benjamin*, Gesammelte Schriften, Bd. I 2, 1974, S. 431 ff.

39 Siehe Anm. 32, S. 183 ff.

40 Grundlegend *Ortega Y Gasset*, Der Aufstand der Massen, 1929.

41 *Boehmisch*, Gespaltene Normalität, 1994, S. 190 ff.

42 Insbes. *Huntington*, Der Kampf der Kulturen, 8. Aufl. 1988, S. 400 ff.

(vor)herrschende Kulturen geben mag; durch den Begriff der »Stadtteilkultur« soll die Pluralität domestiziert werden. Deutschland muss endlich der Tatsache ins Auge sehen, dass es eine Nationalkultur nur als Vergangenheit des 19. Jahrhunderts gibt, dass das Land hoffnungslos/hoffnungsvoll kulturell pluralistisch geworden ist. Gerade Deutschland, das Jahrhunderte lang in religiöser und regionaler, sogar in ethnischer Hinsicht pluralistisch geprägt war, sollte die kulturellen Chancen der Multikulturalität nutzen und fruchtbar werden lassen⁴³.

7. Transnationalisierung

Viele kulturelle Milieus konstituieren sich transnational; »Musik kennt keine Grenzen« und das Internet ist per definitionem international. Die Überwindung der Nationalkultur des 19. Jahrhunderts schließt aber regionale und lokale Milieus nicht nur nicht aus, sondern scheint sie zu befördern⁴⁴. Internationale Organisationsstrukturen, wie z.B. die der UNESCO vermögen diese Entwicklungen nicht zu steuern; es gelingt ihnen kaum, sie auch nur einzufangen. So wichtig wie die Bewahrung des Weltkulturerbes ist; angesichts der Wucht kultureller Transnationalität haben diese Bemühungen etwas Rührend-Beschwörendes!

8. Ökonomisierung und Kulturalisierung

Der Siegeszug der ökonomischen Rationalität macht auch vor der Kultur nicht halt. Auch Kultur muss »sich rechnen«: auch die Kultur unterliegt der Kosten-Nutzen-Rechnung. Kulturelle Einrichtungen, wie z.B. Bayreuth, kosten viel Geld; kulturelle Einrichtungen, wie z.B. die Pop-Com, bringen viel Geld. Gerechnet werden allerdings immer nur die Kosten der Kultur: ausgedrückt in Anteilen des Bruttosozialprodukts, unerwähnt bleiben die Beiträge der Kultur zum Bruttosozialprodukt. Die Wirtschaftsleistung selber lässt sich beileibe nicht auf ökonomische Faktoren reduzieren, sich nicht allein ökonomisch erklären. Kulturelle Faktoren bestimmen mit über Aufstieg und Niedergang von Unternehmen, ja von ganzen Volkswirtschaften: Unternehmenskultur und Betriebsklima, Motivationen und Einstellungen der Manager sowie der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, kulturalistische Erklärungen treten jedenfalls neben die ökonomistischen und sozio-psychologischen Modelle. Die Entwicklung des Kapitalismus selber ist einmal aus dem Geist des Protestantismus erklärt worden⁴⁵.

43 Grundlegend für den multikulturellen Ansatz *Geertz*, Dichte Beschreibung, 1987, und ihm folgend die Vielzahl von Veröffentlichungen über die multikulturelle Gesellschaft.

44 *Huntington*, s. Anm. 42, S. 193 ff.

45 Grundlegend *Max Weber*, Asketischer Protestantismus und kapitalistischer Geist, abgedruckt in *Weber*, Soziologie, 1956, S. 357 ff.

9. Staat und Markt

Kultur ist zweifellos ein öffentliches Gut, ebenso wie Bildung. Die kollektive Identität eines Volkes ist ein Kulturphänomen. Die Pluralität der Gruppen im Volk drückt sich vor allem kulturell aus. Transnationale Konflikte werden heute weitgehend ethnisch definiert und als »Kampf der Kulturen« ausgetragen⁴⁶. Die Charakterisierung von Kultur und Bildung als öffentliche Güter schließt nun allerdings marktförmige Produktions- und Dissiminationsformen nicht aus, wie etwa die Presse oder der Kunsthandel hinlänglich verdeutlichen. Soweit Kultur als Produkt oder Dienstleistung auftritt, ist sie grundsätzlich marktfähig, solange eine politische oder sakrale Zwecksetzung dies nicht ausschließt. Für Kirchen und Kasernen gibt es ohne Funktionsänderung keinen Markt. Es ist bedenklich, wie bestimmte Genres, wie z.B. die Neue Musik, am Markt eigentlich gar nicht präsent sind. Die Grundprinzipien einer funktionierenden Marktwirtschaft, nämlich Transparenz, Flexibilität, Ubiquität oder insbesondere das sich immer wieder herstellende Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage, sind für große Bereiche der Kultur nur schwer herstellbar. Deshalb wird es im Bereich der Kultur wohl bei einer »mixed economy« bleiben müssen.

10. Öffentliche Verantwortung

Wenn man den »Ausverkauf« der staatlichen und kommunalen kulturellen Einrichtungen täglich verfolgt, gewinnt man den Eindruck, Bund, Länder und Kommunen wollen sich sämtlicher kultureller Aufgaben entledigen. Doch dieser Eindruck täuscht. Wenn aus Staatsanstalten Stiftungen werden, wenn kommunale Regie- oder Eigenbetriebe, wenn GmbH und AGs gegründet werden, so verbleiben die neuen privatrechtlichen Kulturbetriebe doch in der Regel in öffentlicher Hand; sie sollen nur selbständiger handeln und arbeiten können. Und wenn wirklich einmal eine öffentliche kulturelle Einrichtung in private Hände übergeht – so what? Wenn sie öffentlich zugänglich bleibt!

Kultur für alle?

Ich habe die bisher genannten strukturellen kulturellen Veränderungen so dargestellt, als ob sie Freiheit und Gleichheit auch im Bereich der Kultur bedeuten: Massenkultur (2), Digitalisierung (3), Mediatisierung (4), Kulturelle Milieus (5), Pluralisierung (6), Transnationalisierung (7), Öffentlichkeit (8), Markt (9) und Verantwortung (10) – verspricht das nicht »Kultur für alle«? – In der Tat: Die Neue Kultur scheint allen die gleiche Freiheit und kulturelle Teilhabe zu gewähren!

Doch: Wenn es auf »access« und nicht mehr auf »property« ankommt⁴⁷, wenn die »feinen Unterschiede«⁴⁸ nach wie vor entscheiden, wenn die »Anerkennung« der Un-

46 Siehe Anm. 42.

47 Rifkin, Das Verschwinden des Eigentums, 2000.

48 Bourdieu, Die feinen Unterschiede, 1987.

terschiede diese eher befestigen⁴⁹, wenn in den USA unendlich viel mehr PCs pro 1000 Einwohner vorhanden sind als im Kongo, dann spricht einiges dafür, dass die Neue Kultur neue Ungleichheit schafft, auch wenn sie alte Ungleichheiten abbauen mag⁵⁰.

IV. Verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation

Die alten kulturverfassungsrechtlichen Konzeptionen, der Kulturstaat, die kulturelle Grundversorgung und die personale Selbstverwirklichung, scheinen angesichts des kulturellen Wandels nicht mehr geeignet zu sein, die verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation abzugeben. Wir müssen nach neuen Konzeptionen suchen, die dem kulturellen Wandel besser gerecht werden. Sie lassen sich durch die »Freiheit eines Sachbereichs«(1), die »Kulturelle Freiheit der Zivilgesellschaft«(2) und die »Öffentliche kulturelle Verantwortung«(3) umreißen.

1. Kulturelle Freiheit als Freiheit eines Sachbereiches

Modell dieser verfassungsrechtlichen Grundlegung der kulturellen Freiheit könnte die Auslegung sein, die das Bundesverfassungsgericht dem Art. 5 III GG im Hinblick auf die Freiheit der Wissenschaft gegeben hat⁵¹. Immerhin steht in Art. 5 III GG der Begriff der Kunst neben Wissenschaft, Forschung und Lehre. Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus der Freiheit des Sachbereichs Wissenschaft heraus entwickelt. Danach ist die Wissenschaftsfreiheit in erster Linie nicht ein individuelles Grundrecht, das den Wissenschaftlern um ihrer selbst willen verliehen, sondern das ihnen um der Wissenschaft willen gewährt wird. Wissenschaftler forschen und lehren nicht aufgrund individueller Beliebigkeit, sondern nach den Regeln und Maßstäben der Wissenschaftlichkeit. Sie sollen frei sein, weil die Wissenschaft frei sein soll. Das individuelle Grundrecht folgt aus den Funktionsmechanismen eines Sachbereiches und hat sich diesen unterzuordnen. Danach ist die Wissenschaftsfreiheit in erster Linie auch nicht eine institutionelle Garantie, also ein Normenkomplex, der dazu bestimmt ist, die Stabilität eines sozialen Sachverhaltes zu gewährleisten. Es kommt nicht darauf an, dass die wissenschaftlichen Einrichtungen in ihrer organisatorischen Verfasstheit garantiert werden, sondern dass die Freiheit der Wissenschaft in ihnen möglich wird. Deshalb hat sich das Bundesverfassungsgericht stets gescheut, etwa die Autonomie der Universität als Institution verfassungsrechtlich zu garantieren, sondern es hat sie stets als gegenüber dem politischen und sozialen Wandel offen definiert, was gerade in der heutigen Zeit sich als hilfreich erweist. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht im Urteil über das Niedersächsische Hochschulgesetz 1972 eine Reihe von durchaus konkreten organisatorischen und verfahrensmäßigen Konsequenzen gezogen und seither in einer Vielzahl von

49 Frazer und Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, 2003.

50 Siehe Anm. 32, S. 56 ff.

51 Grundlegend BVerfGE 35, 79 – Niedersächsisches Hochschulurteil.

Entscheidungen konkretisiert, die – wenn auch anfänglich außerordentlich umstritten – sich im Laufe der Zeit als durchaus hilfreich erwiesen haben⁵².

Warum aber soll die Wissenschaft frei sein? Der Grund liegt in der Eigenart des wissenschaftlichen Handelns, denn es geht um die Wahrheit als Ziel, die Gültigkeit von Aussagen als Inhalt und die Zuverlässigkeit von Aussagen als Methode⁵³. Die Definitionsmacht über Wahrheit, Gültigkeit und Zuverlässigkeit sollen die Wissenschaftler selber haben⁵⁴; darin liegt die Freiheit eines Sachbereichs; Peer review ist deshalb das Zauberwort der Beurteilung wissenschaftlicher Leistung⁵⁵. Der Zugang zur Wissenschaft soll ebenfalls offen und frei sein; Wettbewerb soll deshalb beim Zugang herrschen⁵⁶.

Diese Überlegungen lassen sich nun durchaus auch auf die Kultur übertragen. Dafür ist freilich eine erweiternde Auslegung des Art. 5 III GG erforderlich, die im Begriff Kunst nur einen Anwendungsfall der Kultur sieht⁵⁷. So wie das Bundesverfassungsgericht die Begriffe der Forschung und Lehre in den Begriff der Wissenschaft integriert hat, ist es erforderlich, die die Kultur bildenden Begriffe, insbesondere der Geschichte, der Philosophie, der Religion, der Kunst, der Wissenschaft und Bildung, der Zivilisation und Kommunikation zu integrieren⁵⁸. Identitätsbildung kann dann in der Kultur den Platz einnehmen, den die Wahrheit in der Wissenschaft hält, das Wertbewusstsein den Platz der Gültigkeit und die Schöpfungskraft den Platz der Methode. Die Organisations- und Verfahrensprinzipien können dann dieselben sein wie im Falle der Wissenschaft, nämlich die Definitionsmacht der Peers und der Wettbewerb beim Zugang⁵⁹.

Es kommt nun darauf an, zu prüfen, inwieweit eine solche kulturverfassungsrechtliche Grundlage dazu geeignet ist, den kulturellen Wandel zu fassen, ihn verfassungsrechtlich zu begreifen. Der Begriff der Identitätsbildung muss dann für die Lebensbedingungen in den unterschiedlichen kulturellen Milieus einer pluralistischen Gesellschaft ausformuliert werden; er muss mit den Kommunikationsbedingungen einer digitalisierten und medialisierten transnationalen Massenkultur kompatibel gemacht werden und dennoch die Herausbildung des Wertbewusstseins ermöglichen und der individuellen Schöpfungskraft dienen. Wettbewerb beim Zugang und Peerkompetenz bei der Qualitätsbeurteilung gelten allerdings bereits weltweit in vielen Bereichen⁶⁰.

Zu den hervorragenden Beispielen kultureller Freiheit gehört seit Jahrhunderten die Religionsfreiheit, deren Beitrag zur Identitätsbildung, zum Wertbewusstsein und

52 Überblick bei *Denninger*, in: *Denninger u.a.*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 5 III RdNr. 59 ff.

53 Siehe Anm. 52, RdNr. 13 f.

54 *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, abgedruckt in *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 140 ff., 167.

55 *Mayer*, Das Hochschulwesen, in: *Cortina u.a.*, Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 607 ff., 612 ff.

56 A.a.O.

57 Siehe *Ladeur*, s. Anm. 27, RdNr. 9 ff.

58 Siehe *Häberle*, s. Anm. 1, S. 27 ff.

59 *Ladeur*, s. Anm. 27, RdNr. 24 ff.

60 So z.B. beim Ausbaus Berlins als Hauptstadt seit 1990.

zur Schöpfungskraft gar nicht hoch genug eingeschätzt werden kann⁶¹. Lange Zeit jedoch gewährte man Religionsfreiheit den Minderheiten nur als Freiheit des forum internum, man übte Toleranz gegenüber den Minderheiten, ließ sie gewähren, ohne sie umzubringen⁶². Angesichts von Transmigration und Diasporabildung verlangt die kulturelle Freiheit heute mehr als die bloße Toleranz und die Freiheit des forum internum; sie verlangt die Anerkennung unterschiedlicher kultureller Milieus⁶³.

Geistiges Eigentum – um ein anderes Beispiel zu nennen – ist die Anerkennung der Schöpfungskraft eines Individuums, die Zuerkennung eines bestimmten materiellen wie ideellen Wertes und die Manifestation der Identität des Individuums⁶⁴. Der Schutz des geistigen Eigentums muss aber unter den Bedingungen der Massenkultur, der Transnationalität, der Digitalisierung der Information und der Mediatisierung der Rezeption so gestaltet sein, dass Kommunikationsfreiheit herrscht, dass alle Zugang haben, dass Wettbewerb herrscht. Zur kulturellen Freiheit gehört die Universalität des Wissens⁶⁵.

2. Kulturelle Freiheit in der Zivilgesellschaft

Es ist auch in Deutschland modisch geworden, den dem amerikanischen Verfassungsrecht entlehnten Begriff der Zivilgesellschaft in das Verfassungsrecht zu inkorporieren⁶⁶. So verständlich und unvermeidlich dieser Begriff in einer Gesellschaft ist, der der Begriff des Staates fremd ist und die nur die Gegenüberstellung von government und civil society kennt⁶⁷, so überflüssig erscheint eine entsprechende Begriffsbildung in einem Verfassungssystem, das nach wie vor grundsätzlich zwischen Staat und Gesellschaft unterscheidet, auch wenn dieser Staat inzwischen die politische Organisation der demokratischen Gesellschaft ist⁶⁸. Was soll denn Zivilgesellschaft anderes sein als die demokratisch organisierte und handelnde Gesellschaft, die u.a. auch den demokratischen Staat als ein Handlungsinstrument unter anderen hervorbringt⁶⁹.

Vielleicht zeigt aber gerade die kulturverfassungsrechtliche Diskussion, dass der Begriff der Zivilgesellschaft doch nicht so überflüssig und aussagelos ist. Angesichts einer verfassungsrechtlichen Diskussion, die durch die Begriffe Selbstverwirklichung, Grundversorgung und Kulturstaat bestimmt wird, kann die kulturverfassungsrechtliche Fassung der Zivilgesellschaft eine Klärung bewirken. Es kommt dabei freilich darauf an, sie hinreichend von den pluralistischen Konzeptionen zu unterscheiden.

61 Z.B. BVerfGE 41, 29, 49 – Gemeinschaftsschule.

62 Seit dem ALR durchgehend in der Gesetzgebung der deutschen Staaten im 19. Jahrhundert.

63 *Richter*, Die Wiederentdeckung der Ungleichheit, Neue Sammlung 1986, S. 181 ff.

64 BVerfGE 31, 229 – Geistiges Eigentum.

65 So das 2004 novellierte Urheberrecht.

66 *Kocka*, Civil Society and the Role of Politics, in: *Schröder*, Progressive Governance, 2002, S. 27 ff.

67 *Friedman*, American Law, 1984, S. 178 ff.

68 *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *Isensee und Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S. 1187, 1203 ff.

69 So schon *Heller*, s. Anm. 6, S. 228 ff.

Diese suggerierten die grundsätzliche Organisierbarkeit und Gleichberechtigung aller Interessen; sie beruhen deshalb auf einer Fiktion. Sie werden darüber hinaus der Stellung der Medien und der Kommunen im Kulturverfassungsrecht nicht gerecht (s.o.).

Ebenso wie die pluralistische Konzeption der Kulturverfassung geht die zivilgesellschaftliche Konzeption von dem individualistischen Ansatz der personalen Selbstverwirklichung in der Kultur aus. Doch die pluralistische Konzeption wird durch den Begriff des Eigeninteresses gesteuert; die Vielfalt der Interessen soll im pluralistischen Konzept zur Geltung kommen und Anerkennung finden. Die zivilgesellschaftliche Konzeption lässt sich dagegen im Zusammenhang kommunitaristischer Ideen formulieren⁷⁰. Nicht die Beliebigkeit personaler Selbstverwirklichung soll die Kultur bestimmen, sondern ihre Gemeinwesenorientierung. Nun bedarf dieses angesichts der deutschen Grundrechtstheorie an sich keiner besonderen sozialtheoretischen Begründung, denn die Grundrechte des Grundgesetzes stehen unter Gemeinwesenvorbehalt, der unmittelbar aus dem Verfassungsrecht folgt und der keiner besonderen Vorbehaltsformulierung bedarf⁷¹. Dennoch kann es nicht schaden, dieses als zivilgesellschaftlichen Zusammenhang im Rahmen der Grundrechtstheorie zu betonen.

In der pluralistischen Konzeption der Kulturverfassung richtet sich die Organisation des Pluralismus nach der Organisationsverfassung der beteiligten Organisationen, und diese ist nicht notwendigerweise demokratisch, denn Art. 9 I GG verlangt keine demokratische Binnenstruktur⁷². Wenn man dagegen an eine zivilgesellschaftliche Kulturverfassung denkt, dann geht man von Art. 19 III GG aus, der die Wahrnehmung der Grundrechte in die Hände der Mitglieder der Organisation legt und deshalb eine demokratische Willensbildung in den Organisationen verlangt⁷³. Die zivilgesellschaftliche Organisation geht deshalb auch nicht von Individualrechten aus, sondern von Gruppenrechten, die durch die Mitglieder der Organisationen selber wahrgenommen werden⁷⁴.

Dieser kulturverfassungsrechtliche Ansatz wird dem kulturellen Wandel in besonderem Maße gerecht, denn er geht von den pluralen kulturellen Milieus aus, die die Identitätsbildung, die Entwicklung des Wertbewusstseins und die Schöpfungskraft fördern, und zwar auch unter den Bedingungen einer mediatisierten Massenkultur. Dies setzt freilich voraus, dass zivilgesellschaftliche Organisationsformen offen bleiben, dass sie im Wettbewerb zueinander stehen und eine peerbestimmte Qualitätskontrolle gestatten.

Der Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich der Kultur mag ein Beispiel für eine solche zivilgesellschaftliche Organisationsform sein. Er hat Tradition und hat sich im Großen und Ganzen auch bewährt⁷⁵. Bei den Kommunen und den Medien, den Oligopolisten, denen die kulturelle Grundversorgung zugesprochen wird, kann man dagegen nicht von einer zivilgesellschaftlichen Organisationsform

70 Taylor, *Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie?*, 2002, S. 64 ff.

71 BVerfGE 4, 7 und seither in st. Rspr.

72 Rinken, in: *Denninger u.a.*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 9 I, RdNr. 64 ff.

73 Ladeur, in: *Denninger u.a.*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 19 III, RdNr. 30.

74 Taylor, s. Anm. 70, S. 271 ff.

75 Siehe die deutschen und europäischen Vergabebedingungen für öffentliche Aufträge.

sprechen. Die kommunale Kulturpolitik ist aus der Herrschaft der Patrizier und des wohlhabenden Bürgertums in die Hand der lokalen politischen Parteien geraten und bisher in der Zivilgesellschaft nicht angekommen.

3. Die öffentliche Verantwortung für die kulturelle Freiheit

Wenn die Idee des Kulturstaates das Leitbild der Kulturverfassung nicht mehr sein kann, und zwar insbesondere weil der Staat die Definitionsmacht über die Kultur für sich nicht mehr in Anspruch nehmen kann, wenn Bund, Länder und Gemeinden die Flucht aus der kulturellen Verantwortung antreten, und zwar insbesondere aus finanziellen Gründen, wenn die Globalisierung einer unregulierten Kommerzialisierung des Kulturbetriebs Raum gibt und wenn eine ideologische Ethnisierung universalistische kulturelle Bezüge leugnet und zerstört, dann ist es an der Zeit zu fragen, worin denn heute national und transnational die öffentliche Verantwortung für die Kultur besteht. Wenn die Definitionsmacht über die Kultur an die Zivilgesellschaft übergeht und wenn kulturelle Freiheit als Freiheit eines Sachbereichs besteht, dann müssen die Aufgaben des Staates und der internationalen Gemeinschaften neu definiert und verteilt werden.

Ich sehe drei Aufgabenbereiche:

- die symbolische Selbstdarstellung,
- die Gewährleistung zivilgesellschaftlicher kultureller Freiheit und
- die subsidiäre Wahrnehmung kultureller Aufgaben.

Diese Aufgaben bedürfen sowohl einer gemeinschaftlichen wie einer getrennten Wahrnehmung auf den unterschiedlichen Ebenen der öffentlichen Verantwortung.

Auch wenn man angesichts des Missbrauchs der kulturellen Selbstdarstellung des Staates im Nationalsozialismus und Kommunismus eher zurückhaltend sein sollte, lässt sich doch nicht leugnen, dass es berechtigte Formen einer symbolischen Selbstdarstellung des Staates durch Kultur geben muss. Auf der internationalen Ebene wären z.B. die Olympischen Spiele zu nennen, das Weltkulturerbe oder die Benennung der Europäischen Kulturhauptstadt. Sie ermöglichen Identitätsbildung, Wertbewusstsein und Schöpfungskraft, und sie folgen den Regeln des Wettbewerbs und der Auswahl durch Peers. Auf der nationalen Ebene kommen sofort die nationalen Symbole ins Gedächtnis, seien es nun Wilhelm Tell oder Jeanne d'Arc, Abu Simmel oder Thash Mahal, die Aufhebung der Rassentrennung in den USA oder der Apartheid in Südafrika; einem französischen Ansatz folgend stellen die »Deutschen Erinnerungsorte« solche nationalen Symbole vor⁷⁶. Auf der regionalen Ebene könnte man an das Brauchtum denken, wie z.B. die Waschungen im Ganges als religiöses Gebot oder den rheinischen Karneval als regionale Tradition religiösen Ursprungs, ohne sie in irgendeiner Weise miteinander vergleichen zu wollen. Auf der lokalen Ebene gibt es zahllose Formen symbolischer Selbstdarstellung, die meist aus der lokalen Geschichte entstanden sind, und die sich als Traditionen erhalten haben. Worin liegt aber nun die öffentliche Verantwortung für solche Formen der Selbstdarstellung? Im Wesentlichen

76 Schulze und Etienne, *Deutsche Erinnerungsorte*, 3 Bände, 2001.

wohl in der Pflege, in der Unterhaltung und Verbreitung. In der Regel finden diese Formen der Selbstdarstellung eine breite Unterstützung in der Bevölkerung.

Die Gewährleistung der zivilgesellschaftlichen kulturellen Freiheit durch Formen öffentlicher Verantwortung unterscheidet sich ganz wesentlich von den traditionellen Formen kulturverfassungsrechtlicher Verantwortung, vom Kulturstaat, von der Grundversorgung und von der Selbstverwirklichung. Die öffentliche Verantwortung beschränkt sich nämlich darauf, dass kulturelle Freiheit herrscht, dass der Markt kulturelle Angebote macht, dass der Markt transparent organisiert ist, und zwar transnational, dass NGOs gegründet werden und ihren Aufgaben nachgehen können, dass sie auch international auftreten können, dass kulturelle Dienstleistungen wie Waren im Rahmen von GATT und GATS frei gehandelt werden können, dass die globale Information und Kommunikation nicht unzulässigen Beschränkungen unterworfen werden und vieles andere mehr⁷⁷. Die öffentliche Verantwortung zielt auf die Schaffung der Voraussetzungen für die Funktionsweisen kultureller Freiheit, gewährleistet den Wettbewerb und die Qualität, sorgt für Offenheit und Zugangsfreiheit sowie für gewisse faire Verfahrensregeln⁷⁸.

Als Anbieter kultureller Leistungen sollte der Staat dagegen nur auftreten, wenn dies aus Gründen der Subsidiarität geboten ist, wenn Marktversagen vorliegt, wenn der Qualitätswettbewerb nicht gewährleistet ist, wenn Zugangsbarrieren zu sozialer Ungleichheit führen, wenn Minderheiten diskriminiert werden und wenn die Pluralität und Leistungsfähigkeit des Systems nicht mehr gewährleistet ist⁷⁹. Eine Grundversorgung, wie sie jetzt von den Kommunen und den Medienanstalten geboten wird, ist im Rahmen einer zivilgesellschaftlichen Organisation kultureller Freiheit dagegen nicht angesagt⁸⁰.

Es bleibt die Frage, auf welcher Ebene der nationalen und internationalen Organisation diese Formen der öffentlichen Verantwortung wahrgenommen werden sollen. Für die internationale Ebene ergibt sich dies aus den internationalen Verträgen, seien diese nun bilateral oder multilateral abgeschlossen; und zwar insbesondere dann, wenn sie internationale Agenturen gründen, wie z.B. die UNESCO⁸¹. In Deutschland stellt sich einerseits die Frage nach den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft auf der Grundlage des Art. 28 II GG und andererseits die Föderalismusfrage. Im Rahmen des Art. 28 II GG wird es erforderlich werden, zivilgesellschaftliche Organisationsformen auf lokaler Ebene ins Leben zu rufen, die an die Stelle der parteipolitisch durchformten bürokratischen Strukturen treten können⁸². Obwohl Kultur in einem engeren Sinne nicht Gegenstand des Föderalismusstreits des Jahres 2004 war – sieht

77 Scherrer, Bildung als Handelsware? Die neue GATTs-Verhandlungsrunde, RdJB 2003, S. 86 ff.

78 Siehe Anm. 32, S. 56 ff.; Richter, Entscheidungsstrukturen für Bildungsfragen in offenen Gesellschaften, Zeitschrift für Pädagogik, 1994, S. 181 ff.; ders., Die öffentliche Schule im Umbau des Sozialstaates, Zeitschrift für Pädagogik, 1997, S. 107 ff.

79 Richter a.a.O.

80 Siehe Anm. 1.

81 So insbes. für transnationale gouvernementale Strukturen Etzioni, The Capabilities and Limits of the Global Civil Society, Millennium, 2004, S. 341 ff.

82 Beispiele bei Faber, in: Denninger u.a., Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Bd. 2, Art. 28 II, RdNr. 24 ff., 52.

man von der Bildungspolitik einmal ab –, ist es an der Zeit einmal darüber nachzudenken, ob es neben den Bundesaufgaben »aus der Natur der Sache« nicht auch so etwas geben könnte wie »Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern aus der Natur der Sache«⁸³.

V. Zusammenfassung

»Kultur« ist kein Verfassungsbegriff; er kommt im Grundgesetz nicht vor. Dennoch gibt es nach dem Grundgesetz so etwas wie ein Kulturverfassungsrecht, das mit den Begriffen Kulturstaat, Kulturelle Grundversorgung und Personale Selbstverwirklichung operiert.

Hierbei wird im Wesentlichen ein Begriff von »Hochkultur« zugrunde gelegt. In diesem Beitrag wird dagegen ein weiter Kulturbegriff verwandt, der durch die Begriffe Identität, Wertebewusstsein und Schöpfungskraft gekennzeichnet wird. In diesen Beziehungen hat sich freilich ein kultureller Wandel vollzogen, der sich in der Bildung zeigte, in der Entstehung einer Massenkultur, in der Digitalisierung der Information, in der Mediatisierung kultureller Erfahrung, in der Entstehung neuer kultureller Milieus, in der Pluralisierung und Transnationalisierung, in Ökonomisierung und Kulturalisierung sowie in einem neuen Verhältnis von Staat und Markt und in der öffentlichen Verantwortung für die Kultur. Der Beitrag fasst diesen kulturellen Wandel verfassungsrechtlich durch drei Aussagen, die Konzeption der kulturellen Freiheit als Freiheit eines Sachbereichs, als kulturelle Freiheit in der Zivilgesellschaft und als öffentliche Verantwortung für die Kultur.

VI. Summary

The term “culture” does not feature in the German Constitution. The term appears only in the context of the protection of German cultural assets against their loss abroad in a narrow context in the Basic Law. Nevertheless, constitutional theory has attempted to establish a constitutional right to culture under the Basic Law. There have in addition been consistent attempts to enshrine culture within the Basic Law as a State responsibility, most recently last year through a corresponding resolution of the Commission of Inquiry into Culture in Germany supported by the Federal Government. This move was grounded in various conceptions, first on the idea of the cultural state as developed particularly in the 1950s by Ernst Rudolf Huber, second on the idea of a basic cultural provision called for by the Commission of Inquiry and which unmistakably derives from the idea of basic provision through the media as laid down by the Federal Constitutional Court, and thirdly on the idea of personal autonomy based on an interpretation of Articles 1 and 2 Basic Law. However, these attempts all have in common that they presume classical high brow culture.

83 So wie es etwa auch (noch) die Gemeinschaftsaufgabe Bildungsplanung nach Art. 91b GG gibt.

This paper, by contrast, postulates a broad idea of culture in which the concepts of identity, value orientation and creativity are central and which encompasses the many fields of human existence, language, aesthetic appreciation, the personal relationship, art, everyday life and the environment, as well as communal life. In this respect there has been a cultural shift which may be characterized by the following concepts: rise of mass culture, the information age, the growth of new cultural milieus as well as pluralisation, transnationalisation, the increasing importance of economic thinking, the shifting relation between state and markets and a new public responsibility for cultural affairs.

By means of a constitutional law approach to the concept of “cultural organisation”, I seek to investigate this shift from a constitutional law perspective. I conceive first of cultural freedom as freedom of a substantive area into which I transpose the theory of academic freedom developed by the Federal Constitutional Court. Second, I explain cultural freedom as freedom in civil society and take a clear stance against both the idea of a cultural state and the idea of basic cultural provision. On the other hand I do not limit myself to a purely individualistic interpretation of cultural rights. Thirdly, I argue in favour of public responsibility for cultural freedom, which finds expression in the symbolic presentation of the State, which guarantees civil cultural freedom and leads only secondarily to the performance of cultural tasks by the State. This public responsibility should be fulfilled by the Federal Government, the *Länder* and the municipalities acting together in response to pragmatic requirements.

Inspire Art und Stiftungen

DANIEL ZIMMER/KARIN RAAB

I.	Einführung	105	1.	Grundsätzliches	120
	1. Bedeutung des Themas	105	2.	Unterschiede bei der Zulässigkeit von Stiftungszwecken	120
	2. Niederlassungsfreiheit von Gesell- schaften nach dem EG-Vertrag	106	3.	Staatlicher Einfluss auf Stiftungen	128
II.	Anwendbarkeit der Niederlassungs- freiheit auf Stiftungen.	109	4.	Reformüberlegungen in weiten Teilen Europas	132
	1. »Gesellschaft« als gemeinschafts- rechtlicher Begriff	110	IV.	Zusammenfassung.	133
	2. Verfolgung eines »Erwerbszwecks«	111	V.	Summary	134
III.	Stiftungsrechtliche Gestaltungs- möglichkeiten in der Gemeinschaft	120			

I. Einführung

1. Bedeutung des Themas

Dass Stiftungen sich unternehmerisch betätigen, ist keine neue Entwicklung. In Deutschland hat die rechtsfähige Stiftung vor allem nach dem zweiten Weltkrieg für das Unternehmensrecht an Bedeutung gewonnen, heute sind schätzungsweise 200 der größten deutschen Unternehmen durch signifikante Eigentumsinteressen mit Stiftungen verbunden; in den Niederlanden ist die Stiftung mittlerweile sogar die zweithäufigste Unternehmensträgerform und auch in Nordeuropa ist es nicht ungewöhnlich, dass Stiftungen große Unternehmen betreiben¹. Relativ neu ist jedoch, dass Stiftungen im Rahmen europarechtlicher Überlegungen eine Rolle spielen; bisher wurden sie im europarechtlichen Schrifttum eher stiefmütterlich behandelt. Schließlich liegt der Schwerpunkt der Europäischen Gemeinschaft, die in den 50er Jahren als Wirtschaftsgemeinschaft gegründet wurde, trotz aller zwischenzeitlichen Reformen und Erweiterungen nach wie vor im wirtschaftlichen Bereich. Sozialpolitische Erwägungen sind insoweit noch immer von untergeordneter Bedeutung, die Zuständigkeit liegt im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten. Während der EG-Vertrag demnach auf die wirtschaftliche Integration in einem Binnenmarkt ausgerichtet ist, betätigen sich Stiftungen überwiegend zum Wohle der Allgemeinheit, indem sie soziale, religiöse,

1 *Maiberg*, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 1990, Rn. 6a; *Fleishman*, Stiftungsführung und Unternehmenskontrolle in Deutschland und den Vereinigten Staaten, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 1998, S. 359, 370 ff.; *Kronke*, Familien- und Unternehmensträgerstiftungen, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 159, 162. Ein eingehender Vergleich mit der Rechts- und Tatsachenlage in Frankreich, Italien, England und den USA findet sich bei *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004.

kulturelle oder andere nicht gewinnorientierte Ziele verfolgen. Zwar werden auch Stiftungen zuweilen wirtschaftlich tätig, doch geschieht dies in erster Linie nicht zur Erwirtschaftung eines Gewinnes, sondern zur Förderung des Stiftungszwecks. Die Anwendbarkeit europarechtlicher Vorschriften auf Stiftungen ist wegen der wirtschaftlichen Zielsetzung des EG-Vertrags daher nicht selbstverständlich. Soweit sich Stiftungen wirtschaftlich betätigen, stellt sich somit die Frage, ob auch sie sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen dürfen bzw. wie sie gegebenenfalls von den Chancen, die sich aus der Schaffung des europäischen Binnenraums ergeben, den größten Nutzen ziehen können. Interessant ist dies für deutsche Stiftungen insofern, als das deutsche Stiftungsrecht vor allem im Hinblick auf die staatliche Aufsicht verhältnismäßig restriktive Regelungen enthält; sollte die Niederlassungsfreiheit auch auf Stiftungen Anwendung finden, könnten sich daraus neue Freiräume ergeben.

2. Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nach dem EG-Vertrag

Das erste wichtige Urteil des EuGH zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften erging im Jahr 1988 in der Rechtssache *Daily Mail*, in der eine englische Gesellschaft aus steuerlichen Gründen den Sitz ihrer Geschäftsleitung in die Niederlande verlegen wollte. Für eine solche Sitzverlegung setzte das britische Steuerrecht die Zustimmung des Finanzministers voraus, die jedoch verweigert wurde. Zwar anerkannte der Gerichtshof die Niederlassungsfreiheit als eine der grundlegenden Vorschriften der Gemeinschaft, welche auch für juristische Personen gelte, doch würden Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründet. Jenseits dieser Rechtsordnung hätten sie keine Realität². Die Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Regelungen im Hinblick auf die Verlegung des Gesellschaftssitzes stellten Probleme dar, die im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses gelöst werden müssten³. Die Artt. 43, 48 EG gewährten daher beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft nationalen Rechts nicht das Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen⁴. Daraus wurde geschlossen, dass den Staaten in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Bestimmungen ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zustehe.

Diese Deutung schien bereits durch die Entscheidungsgründe des EuGH in der Rechtssache *Centros* in Frage gestellt, die – im Gegensatz zu *Daily Mail* – einen Zugfallsfall betraf. In dem diesem Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt verweigerten dänische Behörden die Eintragung einer Zweigniederlassung für eine von einem dänischen Ehepaar in England gegründete »private limited company« mit Satzungssitz in England. Die Behörden lehnten die Eintragung unter anderem mit der Begründung ab, dass *Centros* unter Umgehung der strengeren dänischen Gründungsvorschriften in Wirklichkeit beabsichtige, in Dänemark nicht eine Zweigniederlassung, sondern ihren Hauptsitz zu errichten. Während der EuGH im *Daily Mail*-Urteil die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften zugunsten der mitgliedstaat-

2 EuGH vom 27.9.1988, Rs. 81/87 »*Daily Mail*«, Slg. 1988, 5483, Rn. 15/19.

3 EuGH, Rs. *Daily Mail* (Fn. 2), Rn. 21 ff.

4 EuGH, Rs. *Daily Mail* (Fn. 2), Rn. 25.

lichen Befugnisse einschränkte, entschied er in Centros zugunsten der Niederlassungsfreiheit: Ein Mitgliedstaat dürfe die Eintragung einer Zweigniederlassung nicht verweigern, wenn die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz habe, wirksam gegründet worden sei. Dies gelte selbst dann, wenn die Gesellschaft an ihrem Satzungssitz keine unternehmerische Tätigkeit ausübe und die Errichtung im Ausland nur der Umgehung des strengeren inländischen Rechts diene. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folge unmittelbar aus der vom EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit. Erst im Fall eines betrügerischen Verhaltens sei eine Berufung auf das Niederlassungsrecht verwehrt⁵.

Trotz der fehlenden Geschäftstätigkeit der Gesellschaft in England handelte es sich nach der Auffassung des Gerichtshofs um die Eintragung einer Zweigniederlassung. Zweigniederlassung kann daher auch die Niederlassung sein, über die die gesamte Geschäftstätigkeit abgewickelt wird; auf den Umfang der Geschäftstätigkeit am Satzungssitz kommt es nicht an. Haupt- und Zweigniederlassung sind somit nur noch formale Begriffe. Durch diese formale Betrachtungsweise vermied der EuGH eine Auseinandersetzung mit den in der Daily Mail-Entscheidung getroffenen Aussagen zur Reichweite der primären Niederlassungsfreiheit⁶. Eindeutige Schlüsse auf die (Un-)Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den Artt. 43 ff. EG ließen sich zum damaligen Zeitpunkt noch nicht ziehen.

Zum ersten Mal äußerte sich der Gerichtshof zu diesem Problem in der Überseering-Entscheidung. In dem vom VII. Zivilsenat des BGH eingeleiteten Vorlageverfahren ging es um eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft, die Überseering B.V., der infolge der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen wurde. In seinem Urteil läutete der EuGH für Zuzugsfälle das Ende der Sitztheorie ein, indem er die Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit als Folge der Sitztheorie als ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ansah. Das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, käme einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich⁷. Die Überseering B.V. genieße aufgrund der Artt. 43, 48 EG das Recht, in Deutschland von ihrer Niederlassungsfreiheit »als Gesellschaft niederländischen Rechts« Gebrauch zu machen. Deshalb hätten die Mitgliedstaaten die Rechts- und Parteifähigkeit zu achten, die die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitze⁸. Kurz zuvor hatte sich der II. Zivilsenat des BGH der modifizierten Sitztheorie angeschlossen, wonach eine ausländische Gesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren sei⁹. Diese Rechtsprechung war mit den Vor-

5 EuGH vom 9.3.1999, Rs. C 212/97 »Centros«, Slg. 1999, I-145, Rn. 17/27.

6 Calliess/Ruffert-Bröhmer, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl. 2002, Art. 48 Rn. 13; Zimmer, ZHR 164 (2000), 23, 41; Behrens, IPRax 2004, 20, 24.

7 EuGH vom 5.11.2002, Rs. C 208/00 »Überseering«, Slg. 2002, I-9919, Rn. 81.

8 EuGH, Rs. Überseering (Fn. 7), Rn. 95.

9 BGHZ 151, 204, 206 f.

gaben des EuGH allerdings nicht zu vereinbaren, weshalb der vorliegende VII. Senat die modifizierte Sitztheorie ausdrücklich ablehnte¹⁰.

Für die Bestimmung der Rechts- und Parteifähigkeit von Gesellschaften ist seitdem auch nach der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland das Gründungsstatut maßgeblich. Dem Gründungsstaat kommt somit die ausschließliche Entscheidungsbefugnis über die Existenz einer Gesellschaft zu. Über das im Übrigen anzuwendende Gesellschaftsstatut bzw. über die Anwendbarkeit inländischer Mindeststandards traf der EuGH hingegen keine Aussagen. Im Zentrum der Diskussion stand deshalb in der Folge die Frage, inwieweit das inländische Gesellschaftsrecht im Falle des Zuzugs einer Gesellschaft durch das ausländische Gründungsstatut verdrängt wird.

In seinem Urteil in der Rechtssache Inspire Art beantwortete der EuGH die Frage nun zu Gunsten einer (weitgehend) uneingeschränkten Gründungstheorie. Der Entscheidung lag eine dem Centros-Sachverhalt vergleichbare Konstellation zu Grunde: Die nach englischem Recht gegründete Inspire Art Ltd. beantragte bei der niederländischen Handelskammer, eine Zweigniederlassung einzutragen, die faktisch die Funktion einer Hauptniederlassung übernehmen sollte. Die Eintragung einer solchen Zweigniederlassung wurde von den niederländischen Behörden zwar nicht abgelehnt, doch sahen die Bestimmungen des Gesetzes über formal ausländische Gesellschaften daran anknüpfend bestimmte Pflichten vor. Nach Ansicht des Gerichtshofs stehen jedoch die Artt. 43, 48 EG einer nationalen Regelung entgegen, die die Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit durch eine ausländische Gesellschaft von zusätzlichen, über das Gründungsstatut hinausgehenden Voraussetzungen abhängig macht¹¹. Über die Rechts- und Parteifähigkeit hinaus ist das Gründungsstatut somit für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen maßgeblich. Damit hat der EuGH nun auch im Gesellschaftsrecht das Herkunftslandprinzip verankert; die Sitztheorie ist hingegen in Bezug auf aus dem EU-Ausland zuziehende Gesellschaften nicht mehr anwendbar¹². Jede vom Gründungsrecht abweichende (gesellschaftsrechtliche) Regelung, die eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu beachten hat, stellt daher eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar.

Darüber hinaus stellte der Gerichtshof klar, dass es abgesehen vom Fall des Betrugs für die Anwendung der Artt. 43 ff. EG irrelevant sei, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet werde, um sich in einem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit ausschließlich ausgeübt werden solle. Selbst wenn die Gründung der Gesellschaft nur deshalb in einem anderen Mitgliedstaat erfolge, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, handle es sich nicht um missbräuchliches Verhalten, sondern um die Ausübung der Niederlassungsfreiheit¹³. Derartiges »statute shopping« zur Umgehung strengerer inländischer Gründungsvoraussetzungen ist daher grundsätzlich zulässig¹⁴. Schließlich ist es gera-

10 BGHZ 154, 185, 188 f.; vgl. *Paefgen*, EWiR 2003, 571 f.; *Seifert*, GewArch 2003, 18, 19; *Schulz*, NJW 2003, 2705, 2706; *Drygala*, EWiR 2003, 1029, 1030.

11 EuGH vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 »Inspire Art«, NJW 2003, 3331, Rn. 101/105.

12 *Zimmer*, BB 2003, 1, 2; *Sandrock*, BB 2003, 2588; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 8; *Baudenbacher/Buschle*, IPRax 2004, 26, 27 f.; *Horn*, NJW 2004, 893, 896.

13 EuGH, Rs. Inspire Art (Fn. 11), Rn. 95 f./138 f.

14 *Bayer*, BB 2004, 1, 4; *Sandrock*, BB 2003, 2588, 2589; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 178 f.; *Roth*, ZGR 2000, 313, 318 f.; *Weller*, DStR 2003, 1800, 1803.

de Ziel der Artt. 43 ff. EG, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam errichteten Gesellschaften zu erlauben, mittels Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden. Mit der erheblichen Ausweitung des Gründungsstatuts auf alle Aspekte des Gesellschaftsrechts rückte die Frage in den Vordergrund, ob bzw. inwieweit Sonderanknüpfungen noch zulässig sind, um nationalen Schutzbedürfnissen gerecht zu werden¹⁵. Unabhängig vom konkreten Umfang des Gründungsstatuts wurde durch die mit Centros eingeleitete und durch Überseering sowie Inspire Art fortgesetzte Rechtsprechung des EuGH die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften beträchtlich erweitert. Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat wirksam gegründet worden sind, können heute unter Beibehaltung ihres Gründungsstatuts ihre Geschäftstätigkeit durch Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten ausüben und ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, sofern der Gründungsstaat den Wegzug nicht verbietet.

Während Zuzugsbeschränkungen demnach grundsätzlich Behinderungen der Niederlassungsfreiheit darstellen, gestand der EuGH den Mitgliedstaaten in Bezug auf Wegzugsbeschränkungen zu Lasten von Gesellschaften einen weiten Spielraum zu. Im Daily Mail-Urteil betonte der Gerichtshof, dass die Artt. 43, 48 EG einer Gesellschaft nicht das Recht gewährten, den Sitz der Geschäftsleitung aus ihrem Gründungsstaat heraus in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Dem Wegzugsstaat sei es gestattet, Beschränkungen anzuordnen, ohne gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen¹⁶. Diese Rechtsprechung wurde durch die folgenden Urteile zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit nicht korrigiert, sondern vielmehr bestätigt. So grenzt der Gerichtshof in der Überseering- ebenso wie in der Inspire Art-Entscheidung Zuzugsbeschränkungen von Wegzugsbeschränkungen ab und hebt die insoweit bestehenden Unterschiede hervor¹⁷. Eine der Zuzugsfreiheit vergleichbare Wegzugsfreiheit für Gesellschaften existiert somit nach der Rechtsprechung des EuGH heute (noch) nicht.

II. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf Stiftungen

Gemäß Art. 48 Abs. 2 EG gelten als Gesellschaften im Sinne des Rechts der freien Niederlassung die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

15 *Kleinert/Probst*, DB 2003, 2217, 2218; *Geyrhalter/Gänßler*, EWiR 2003, 569, 570; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 180 ff.

16 EuGH, Rs. Daily Mail (Fn. 2), Rn. 25.

17 EuGH, Rs. Überseering (Fn. 7), Rn. 70; EuGH, Rs. Inspire Art (Fn. 11), Rn. 103.

1. »Gesellschaft« als gemeinschaftsrechtlicher Begriff

Diese Vorschrift wird häufig als sprachlich missglückt angesehen, da die verwendete Begrifflichkeit verwirrend ist¹⁸. Die Formulierung »sonstige juristische Personen« verwundert aus der Sicht des deutschen Rechts insofern, als nach der deutschen Systematik nicht alle Gesellschaften Rechtspersönlichkeit besitzen und somit juristische Personen sind. So ist beispielsweise die OHG nach deutschem Recht zweifellos eine rechtsfähige (Personen-)Gesellschaft, nach bisher h. M. damit aber noch nicht juristische Person¹⁹. Umgekehrt ist die Formulierung »Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts« für andere Rechtsordnungen, insbesondere die französische, wenig aufschlussreich, während es sich dabei im deutschen Recht um einen klar bestimmbareren Bereich handelt. Die ungeschickte Formulierung wird darauf zurückgeführt, dass bei der Ausarbeitung des EWG-Vertrags die Mitgliedstaaten von ihrer jeweiligen Gesellschaftsrechtsordnung ausgingen und die unterschiedlichen Vorstellungen der Vertragsparteien ohne logische Verknüpfung aneinandergereiht wurden²⁰. Um den verschiedenen nationalen Konzeptionen gerecht zu werden, ist somit nach den Gesellschaften von »sonstigen« juristischen Personen die Rede, ohne dass dadurch der Begriff der Gesellschaft eingeschränkt werden sollte. »Gesellschaft« im Sinne des Art. 48 EG ist demnach nicht deckungsgleich mit spezifischen einzelstaatlichen Definitionen des Gesellschaftsrechts, sondern ist ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff²¹. Als solcher ist er autonom europarechtlich auszulegen.

Dabei ist nach der Rechtsprechung des EuGH derjenigen Auslegung der Vorzug einzuräumen, die die Verwirklichung der Vertragsziele am meisten fördert und den Grundfreiheiten zur praktischen Wirksamkeit (»effet utile«) verhilft²². Aufgabe der Gemeinschaft ist es nach Art. 2 EG, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens zu fördern. Dabei umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft gemäß Art. 3 lit. c EG die Errichtung eines Binnenmarktes, d.h. eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Art. 48 EG dient diesem Ziel dadurch, dass er den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit um »nicht-natürliche« Personen erweitert. Diese Zielgruppe wird weder durch den Begriff der Gesellschaft noch der juristischen Person ausreichend umschrieben, sofern sie nationalstaatlich verstanden werden; vielmehr will Art. 48 EG allen wirtschaftlich tätigen Akteuren grenzüberschreitende

18 Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Art. 48 Rn. 2; Calliess/Ruffert-Bröhmer (Fn. 6), Art. 48 Rn. 4; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, Das Recht der Europäischen Union – EUG/EGV, 22. EL. 2003, Art. 48 Rn. 7.

19 Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, §§ 8 I 2, 3, 46 II.

20 Calliess/Ruffert-Bröhmer (Fn. 6), Art. 48 Rn. 4; Audinet, Journal du Droit International 1959, 982, 1012; Everling, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, S. 32 f.

21 Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff (Fn. 18), Art. 48 Rn. 7; Streinz-Müller-Graff, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 48 Rn. 2.

22 Streinz, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 498/672; Bleckmann, WiVerw 1987, 119.

Wettbewerbsmöglichkeiten eröffnen, indem er ihnen die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ermöglicht.

Um den unterschiedlichen Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, ist der Gesellschaftsbegriff dem Normzweck des Art. 48 EG entsprechend extensiv auszulegen. Trotz der missverständlichen Formulierung »und sonstige juristische Personen« ist es deshalb nicht erforderlich, dass die Gesellschaft Rechtspersönlichkeit besitzt. Vielmehr können sich auch Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sofern sie einen Erwerbszweck verfolgen. Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG sind aber auch alle juristischen Personen, unabhängig davon, ob sie von der nationalen Rechtsordnung als Gesellschaft angesehen werden. Die Wendung »und sonstige juristische Personen« dient gerade dem Ziel, auch Vereine, Stiftungen und andere nicht als Gesellschaft verfasste Organisationen in den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit aufzunehmen. In Kombination der beiden Ansätze wird regelmäßig davon ausgegangen, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der »Gesellschaft« selbst solche Gebilde erfasst, die weder Gesellschaft noch juristische Person sind²³.

»Gesellschaften« im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG sind daher alle Wirtschaftssubjekte, die keine natürlichen Personen sind. Erfasste Rechtsformen des deutschen Rechts sind folglich neben den juristischen Personen des öffentlichen Rechts Gesellschaften mit Rechtspersönlichkeit, teilrechtsfähige Gesellschaften, Vereine (selbst nicht rechtsfähige), besondere Rechtsformen wie die Reederei sowie Stiftungen. Neben den rechtsfähigen Stiftungen im Sinne der §§ 80 ff. BGB können sich auch nicht rechtsfähige, unselbständige Stiftungen, die keine juristische Person sind, auf die Niederlassungsfreiheit berufen, falls sie einen Erwerbszweck verfolgen. Bei solchen unselbständigen Stiftungen, auch treuhänderische oder fiduziarische Stiftungen genannt, erfolgt die Zuwendung von Vermögenswerten nicht an eine rechtliche Organisation, sondern an eine natürliche oder juristische Person mit der Maßgabe, dieses Vermögen zur Verfolgung eines vom Stifter festgelegten Zwecks zu nutzen²⁴. Zwar sind auch diese unselbständigen Stiftungen Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG, doch sollen sie bei der weiteren Untersuchung schon wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung außer Betracht bleiben.

2. Verfolgung eines »Erwerbszwecks«

Stiftungen unterfallen somit dem Begriff der Gesellschaft, doch können sie sich nur auf das Niederlassungsrecht berufen, wenn sie einen Erwerbszweck nach Art. 48 Abs. 2 EG a.E. verfolgen. Anderenfalls sind sie vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Einigkeit besteht darüber, dass die Verfolgung eines Erwerbszwecks eine Teilnahme am Wirtschaftsleben der Gemeinschaft erfordert; wie jedoch

23 *Menjuq*, Droit international et européen des sociétés, 2001, S. 333; *Streinz-Müller-Graff* (Fn. 21), Art. 48 Rn. 2/4; *Werlauff*, ZIP 1999, 867, 874; *Everling* (Fn. 20), S. 33; *Calliess/Ruffert-Bröhmer* (Fn. 6), Art. 48 Rn. 4.

24 *MünchKomm-Reuter*, BGB, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 84; *Pues/Scheerbarth*, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl. 2004, S. 6 f.; *Palandt-Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, Vorb. v. § 80 Rn. 10.

im Einzelnen eine solche Teilnahme beschaffen sein muss, um Art. 48 Abs. 2 EG zu genügen, ist in der Literatur umstritten. Zwar musste sich auch der EuGH zuweilen mit diesem Problem beschäftigen, doch betraf dies meist grundlegende Aspekte. Eine genaue Grenzziehung ist bislang aber nicht erfolgt, so dass die Auslegung des Begriffs »Erwerbszweck« weiterhin strittig ist. Insbesondere ist es nach dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 2 EG nicht selbstverständlich, dass auch nicht-gewinnorientiert arbeitende Organisationen, wie dies bei Stiftungen regelmäßig der Fall ist, die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen können.

a) Verhältnis von Art. 48 Abs. 2 EG zu Art. 43 Abs. 2 EG

Meinungsverschiedenheiten bestehen zunächst hinsichtlich der Frage, ob Art. 48 Abs. 2 EG eine neue Einschränkung im Vergleich zu Art. 43 Abs. 2 EG bringt, der von selbständigen Erwerbstätigkeiten spricht. Nach der überwiegenden Meinung in der Literatur entspricht die Beschränkung des Art. 48 Abs. 2 EG auf Gesellschaften, die einen »Erwerbszweck« verfolgen, der Voraussetzung »selbständiger Erwerbstätigkeiten« natürlicher Personen im Rahmen des Art. 43 Abs. 2 EG. Art. 48 Abs. 2 EG wolle keine zusätzliche Einschränkung schaffen, sondern wiederhole nur mit anderen Worten die von Art. 43 Abs. 2 EG gebrauchte Formulierung. Daher könne auf die weite Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 43 Abs. 2 EG zurückgegriffen werden²⁵. Dagegen wird vorgebracht, dass die Beschränkung auf Gesellschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen, nicht die gleiche Funktion wie das Erfordernis der Erwerbstätigkeit habe. Da Art. 48 Abs. 2 EG auf Art. 43 EG verweise, wäre eine erneute Regelung desselben Erfordernisses überflüssig. Die Vorschrift des Art. 48 EG habe vielmehr die Funktion, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, die infolge von möglichen Quersubventionen zu befürchten wären, wenn gemeinnützige Einrichtungen mit kommerziell ausgerichteten Marktteilnehmern konkurrieren könnten²⁶.

Dem ist entgegenzuhalten, dass zwar auch die Grundfreiheiten dem Wettbewerb dienen, indem sie durch das Verbot staatlicher Beschränkungen grenzüberschreitende Wettbewerbsmöglichkeiten eröffnen; doch ist es primär die Aufgabe des Wettbewerbsrechts nach Artt. 81 ff. EG, Wettbewerbsverzerrungen durch Marktteilnehmer zu verhindern. Nach Art. 2 EG, der nach Aussage des EuGH »an der Spitze der vertragsprägenden allgemeinen Grundsätze« steht²⁷, ist es Aufgabe der Gemeinschaft, durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes die Entwicklung des Wirtschaftslebens zu fördern. Daraus ergibt sich die wirtschaftliche Funktion des Niederlassungsrechts, die sich sowohl im Begriff der »Erwerbstätigkeit« in Art. 43 Abs. 2 EG als auch des »Erwerbszwecks« in Art. 48 Abs. 2 EG widerspiegelt. So unterfallen »angesichts der Ziele der Gemeinschaft... sportliche Betätigungen nur insoweit dem Gemeinschaftsrecht, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 des Ver-

25 Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje (Fn. 18), Art. 48 Rn. 5; Calliess/Ruffert-Bröhmer (Fn. 6), Art. 48 Rn. 2; Bleckmann, WiVerw 1987, 119, 127; Schwarze-Müller-Huschke, EU-Kommentar, 2000, Art. 48 Rn. 6.

26 Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff (Fn. 18), Vor Art. 39–55 Rn. 206/Art. 48 Rn. 8; Hollmann/Schulz-Weidner, ZIAS 1998, 180, 190.

27 EuGH vom 4.4.1974, Rs. 167/73 »Kommission/Frankreich«, Slg. 1974, 359, Rn. 17/23.

trages ausmachen«²⁸. Aufgrund der Ausrichtung der Gemeinschaft auf die wirtschaftliche Integration im Binnenmarkt ist es konsequent, dass nach wie vor sozialpolitische Aspekte im Wesentlichen aus dem EG-Vertrag ausgenommen sind. In Bezug auf die Sozialpolitik wurden der Gemeinschaft nur geringe Kompetenzen übertragen, grundsätzlich fällt sie in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten²⁹. Deshalb sollen rein soziale Aktivitäten von Gesellschaften, mittels derer in keinster Weise am Wirtschaftsleben teilgenommen wird, nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich, warum Art. 48 Abs. 2 EG diejenigen Gesellschaften ausnimmt, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass dadurch das Kriterium der Erwerbstätigkeit nur wiederholt wird, da semantische Argumente durch die nicht selten unsorgfältige Abfassung des Vertragstextes entwertet werden³⁰. Die besseren Argumente sprechen somit dafür, »Erwerbszweck« im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG ebenso zu verstehen wie »Erwerbstätigkeit« im Sinne des Art. 43 Abs. 2 EG.

b) Wirtschaftliche Betätigung der Gesellschaft

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit den Erwerbszweck stets extensiv ausgelegt und jegliche Tätigkeiten, die einen Teil des Wirtschaftslebens darstellen, für die Anwendbarkeit des Niederlassungsrechts genügen lassen³¹. Diese weite Auslegung des Erwerbsbegriffs findet in der Literatur uneingeschränkte Zustimmung. Erforderlich ist dazu eine Person, die mit ihren Vorstellungen und Planungen das Wirtschaftsleben unmittelbar beeinflusst und mitgestaltet. Entscheidend ist eine im weitesten Sinne wirtschaftliche Ausrichtung der Tätigkeit³². Problematisch sind insoweit Vereine und Stiftungen, da ihre Tätigkeiten ebenso wie ihre Zielsetzungen nicht zwangsläufig wirtschaftlicher Natur sind. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass es auf die Art der Tätigkeit selbst nicht ankommt, sei sie nun wirtschaftlich, politisch, kulturell, sportlich oder karitativ. Eine Teilnahme am Wirtschaftsleben erfordert lediglich, dass für die Tätigkeit grundsätzlich ein Entgelt gefordert wird; der wirtschaftliche Zweck muss dabei nicht im Vordergrund stehen³³. Auch Aktivitäten, bei denen primär kein wirtschaftliches Ziel verfolgt wird, sind demnach als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne des EG-Vertrags zu qualifizieren, wenn Waren oder Dienstleistungen entgeltlich produziert bzw. erbracht werden.

28 EuGH vom 12.12.1974, Rs. 36/74 »Walrave«, Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10; vgl. EuGH vom 15.12.1995, Rs. C-415/93 »Bosman«, Slg. 1995, 4921, Rn. 73; EuGH vom 14.7.1976, Rs. 13/76 »Donà«, Slg. 1976, 133, Rn. 12/13; EuGH vom 5.10.1988, Rs. 196/87 »Steymann«, Slg. 1988, 6159, Rn. 10/14.

29 *Kuper*, Wohlfahrtsverbände und Europäische Gemeinschaft, in: Bauer (Hrsg.), Sozialpolitik in deutscher und europäischer Sicht, 1992, S. 50, 51; *Streinz* (Fn. 22), Rn. 903; *Ipsen*, Soziale Dienstleistungen und EG-Recht, 1997, S. 54.

30 *Streinz* (Fn. 22), Rn. 241.

31 Vgl. Fn. 28.

32 *Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje* (Fn. 18), Art. 43 Rn. 57/48 Rn. 5; *Streinz-Müller-Graff* (Fn. 21), Art. 48 Rn. 3; *Schwarze-Schlag* (Fn. 25), Art. 43 Rn. 21; *Ipsen* (Fn. 29), S. 58.

33 *Bleckmann*, WiVerw 1987, 119, 127; *Calliess/Ruffert-Bröhmer* (Fn. 6), Art. 43 Rn. 10 bzw. Art. 48 Rn. 2; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, Rn. 149; *Schwarze-Schlag* (Fn. 25), Art. 43 Rn. 21.

Soweit dies allerdings auf die Aussage reduziert wird, gemeinnützige Einrichtungen seien aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen³⁴, ist dies eine verkürzende und missverständliche Formulierung. Der Begriff der Gemeinnützigkeit ist im deutschen Recht – im Gegensatz zu den Rechtsordnungen anderer Staaten – ein Kriterium des Steuerrechts, nicht des materiellen Stiftungsrechts. Die steuerlichen Begünstigungen, die gemeinnützigen Einrichtungen gewährt werden, kommen für alle Körperschaften im Sinne des § 1 KStG in Betracht³⁵. Gemeinnützigkeit ist daher an keine bestimmte Organisationsform gebunden, auch wenn es sich in der Praxis oft um gemeinnützige Stiftungen und Vereine handelt. Vielmehr können auch GmbHs gemeinnützig sein und dadurch steuerliche Erleichterungen erhalten³⁶. Abzustellen ist deshalb nicht auf den gemeinnützigen Charakter einer Gesellschaft, sondern auf die entgeltliche Erbringung von Leistungen. Dabei stellt sich allerdings die Frage, wie dieses Entgelt beschaffen sein muss, um einer »Gesellschaft«³⁷ die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu ermöglichen.

aa) Erfordernis eines Entgelts als Gegenleistung

Aufgrund der extensiven Auslegung des Erwerbszwecks sind die Anforderungen an dieses Merkmal nicht allzu hoch anzusetzen. Nicht erforderlich ist jedenfalls, dass mit der Tätigkeit tatsächlich ein Gewinn erzielt wird³⁸. Schließlich stellt Art. 48 Abs. 2 EG auf den Erwerbszweck ab; dieser kann – und wird – aber häufig auch dann verfolgt, wenn letztlich kein Gewinn erwirtschaftet wird. Es muss jedoch nicht einmal eine entsprechende Absicht existieren; Gesellschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen, sind somit nicht nur solche, deren Streben auf eine spätere Verteilung des Gewinns gerichtet ist. Ansonsten wäre die Genossenschaft, die sich am Geschäftsleben beteiligt, um den Erwerb ihrer Mitglieder zu fördern, trotz der ausdrücklichen Nennung in Art. 48 Abs. 2 EG aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen³⁹. Selbst wenn eine Gewinnerzielungsabsicht daher nicht zu den Zielen der Gesellschaft zählt, ist eine Berufung auf das Niederlassungsrecht nicht ausgeschlossen. Unabhängig von einer eventuellen Gewinnerzielungsabsicht ist deshalb eine gewisse Erwerbsorientierung der Tätigkeit ausreichend. Aufgrund der weiten Auslegung des Erwerbsbegriffs muss das Entgelt dabei weder der Sicherung der Existenzgrundlage dienen noch kostendeckend sein. Zudem muss die Tätigkeit auch

34 Streinz-Müller-Graff (Fn. 21), Art. 48 Rn. 3; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff (Fn. 18), Art. 48 Rn. 8.

35 Buchma, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 8. Aufl. 2003, S. 19; Pues/Scheerbarth (Fn. 24), S. 28/101.

36 Vgl. u.a. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG, § 3 Nr. 6 GewStG, § 4 Nr. 16 u. 18 UStG, § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG, jeweils i.V.m. §§ 51–68 AO.

37 Als »Gesellschaften« werden im Folgenden Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG, nicht Gesellschaften im Sinne des deutschen Gesellschaftsrechts bezeichnet.

38 Schwarze-Schlag (Fn. 25), Art. 43 Rn. 22; Bleckmann, WiVerw 1987, 119, 127.

39 Schwarz (Fn. 33), Rn. 149; Calliess/Ruffert-Bröhmer (Fn. 6), Art. 48 Rn. 2; Everling (Fn. 20), S. 33 f.; Audinet, Journal du Droit International 1959, 982, 1014.

keinen bestimmten Umfang erreichen. Ein Entgelt gleich welcher Höhe genügt daher für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit⁴⁰.

bb) Unternehmen der *Economie sociale*

Eine solch extensive Auslegung des Erwerbszwecks wird auch von der Kommission unterstützt. Im Rahmen ihrer Politik der Förderung der Unternehmen der »*Economie sociale*« verfolgt sie das Ziel, auch diesen Unternehmen in möglichst großem Umfang die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu ermöglichen. Der Begriff »*Economie sociale*« stammt aus dem französischen Rechtskreis und ist ein Sammelbegriff für Einrichtungen, deren unternehmerische Tätigkeit (daher »*économie*«) durch den Einsatz von Personen für Menschen (daher »*sociale*«) bestimmt ist⁴¹. Dieser Ausdruck wurde von der Kommission erstmals im Jahr 1989 in ihrer »Mitteilung an den Rat über die Unternehmen der *Economie Sociale* und die Schaffung des europäischen Marktes ohne Grenzen« verwendet. Damals ging sie auf die besondere Situation von Genossenschaften, Gegenseitigkeitsgesellschaften sowie Vereinen ein⁴². Wenige Jahre später legte sie einen auf der Mitteilung von 1989 basierenden Vorschlag für einen Ratsbeschluss über ein mehrjähriges Arbeitsprogramm vor, das auch Stiftungen zugute kommen sollte⁴³. Durch die neuen Herausforderungen und Chancen, die die Schaffung des Binnenmarkts mit sich bringt, tritt auch die wirtschaftliche Seite dieser Unternehmen stärker ins Blickfeld. Aufgrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung, die den Unternehmen der *Economie sociale* gemeinschaftsweit zukommt, sowie ihrer zunehmend grenzüberschreitenden Tätigkeit will die Kommission auch ihnen die Möglichkeit eröffnen, die Vorteile des Binnenmarkts wahrzunehmen. Daher müsse der Begriff »Erwerbszweck« extensiv interpretiert werden. »Lediglich Vereinigungen, die sich in keiner Weise wirtschaftlich betätigen«, kämen nicht in den Genuss der Niederlassungsfreiheit⁴⁴.

Der Kommission wurde in diesem Zusammenhang unterstellt, dass sie selbst davon ausgehe, dass jedenfalls das geltende Gemeinschaftsrecht Einrichtungen, die soziale Dienstleistungen erbringen, vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausschließe. Dies folge aus der Forderung der Kommission, eine klare Regelung zu schaffen, um die Situation der betroffenen Organisationen spürbar zu verbessern⁴⁵. Diese Un-

40 Streinz-Müller-Graff (Fn. 21), Art. 43 Rn. 13; Callies/Ruffert-Bröhmer (Fn. 6), Art. 48 Rn. 2; Schwarz (Fn. 33), Rn. 149; Schwarze-Schlag (Fn. 25), Art. 43 Rn. 22; Bleckmann, WiVerw 1987, 119, 127; vgl. auch Schlüter (Fn. 1), S. 498 ff.; EuGH vom 23.3.1982, Rs. 53/81 »Levin«, Slg. 1982, 1035, Rn. 16.

41 Ipsen, Gemeinschaftsrechtliche Tendenzen und Gemeinnützigkeit, in: Drenseck/Seer (Hrsg.), Festschrift für H. W. Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 557, 559; ders. (Fn. 29), S. 64 f.; Schauhoff-Benicke, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, § 21 Rn. 8; Bauer, Sozialstaat und Wohlfahrtsverbände zwischen EG-Binnenmarkt und Beitrittsländern, in: Bauer (Hrsg.), Sozialpolitik in deutscher und europäischer Sicht, 1992, S. 158, 172 f.

42 Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., Anhang, S. 5.

43 Vorschlag für einen Beschluss des Rates über ein mehrjähriges Arbeitsprogramm (1994–1996) der Gemeinschaft zugunsten von Genossenschaften, Gegenseitigkeitsgesellschaften, Vereinen und Stiftungen in der Gemeinschaft (KOM (93) 650 endg.).

44 Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., Anhang, S. 14 f.

45 Ipsen (Fn. 29), S. 55; vgl. Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., Anhang, S. 15.

terstellung dürfte jedoch auf einem Missverständnis dieser Passage der Mitteilung beruhen. Denn die Kommission geht davon aus, dass das derzeitige EG-Recht genügt, um soziale Einrichtungen, die zugleich wirtschaftlich tätig werden, in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzubeziehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte nur eine deutlichere Formulierung gefunden werden, die der bestehenden Unsicherheit bei der Auslegung ein Ende bereitet. Dies ergibt sich aus den Schlussfolgerungen der Kommission, wonach diese Forderung nach einer neuen Regelung lediglich Klarstellungsfunktion habe⁴⁶.

cc) »Normalerweise entgeltliche Tätigkeit« ausreichend?

Darüber hinaus ist nach Auffassung der Kommission auch solchen Organisationen eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu ermöglichen, »deren Gegenstand darin besteht, als Haupt- oder Nebenzweck eine normalerweise entgeltliche wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben«⁴⁷. Damit greift die Kommission eine Formulierung aus dem EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.2.1968 auf⁴⁸. Dieses von den sechs Gründerstaaten der EWG geschlossene Übereinkommen beruht auf der Verpflichtung gemäß Art. 220 EWG⁴⁹, soweit erforderlich, Verhandlungen einzuleiten, um die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften sicherzustellen. Nur diejenigen Gesellschaften sollten Gegenstand der Anerkennung sein, die für eine Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung sind. Deshalb sollte sich die wirtschaftliche Tätigkeit nicht in der Produktion von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen erschöpfen dürfen; um eine ökonomische Größe zu sein, müsse eine Gesellschaft vielmehr gegen Entgelt tätig werden. Inspiriert durch die Definition der Dienstleistungen in Art. 60 EWG⁵⁰, wonach Dienstleistungen Leistungen sind, »die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden«, sollte die gegenseitige Anerkennung derjenigen Gesellschaften gewährleistet werden, die eine »normalerweise entgeltliche wirtschaftliche Tätigkeit« ausüben. Diese Formulierung war nicht als Gegensatz zu Art. 48 Abs. 2 EG gedacht, sondern sollte der Klarstellung und Auslegung der primärrechtlichen Vorschrift dienen⁵¹. Ein Rückgriff auf diese Definition ist aber insofern problematisch, als das EWG-Übereinkommen mangels Ratifizierung durch die Niederlande nie in Kraft getreten ist⁵². In dieselbe Richtung wie die im Übereinkommen enthaltene Formulierung zielt allerdings auch die vereinzelt vorzufindende Auffassung, wonach es wegen der Parallelität von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auch im Rahmen des Art. 48 Abs. 2 EG ausreichend sei, dass die Tätigkeit »in der Regel« gegen Entgelt

46 Vgl. Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., Anhang, S. 34.

47 Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., Anhang, S. 15. Eingehend *Schlüter* (Fn. 1), S. 503 ff.

48 BGBl. 1972 II 370; Zustimmungsgesetz vom 18.5.1973 (BGBl. II 369).

49 Art. 293 EG.

50 Art. 50 EG.

51 *Boetticher*, Die Anerkennung von Handelsgesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, 1973, S. 180.

52 *Kuper*, NDV 1990, 307, 308; *Staudinger-Großfeld*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 1993, Rn. 131; *Knobbe-Keuk*, DB 1990, 2573, 2579 f.

erbracht werde. Daher könne im Einzelfall auf jegliches Entgelt verzichtet werden, solange die produzierte Ware bzw. die erbrachte Leistung einen Tausch- bzw. Nutzwert habe⁵³.

(1) Konkurrenz zu kommerziellen Anbietern

Diesem Kriterium entspricht im Wesentlichen auch die Forderung, den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit als eröffnet anzusehen, wenn nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtete Einrichtungen Funktionen ausüben, wie sie von kommerziellen Unternehmen wahrgenommen werden, insbesondere wenn sie mit diesen im Wettbewerb stehen⁵⁴. Unabhängig davon, ob ein Entgelt als Gegenleistung gefordert wird, wäre demnach eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit möglich, wenn sich die betreffende Organisation in tatsächlicher oder möglicher Konkurrenz zu kommerziellen Anbietern befindet. Diese Ansicht stützt sich auf den funktionalen Unternehmensbegriff im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts, der in enger Beziehung zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gesehen wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts »jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung«⁵⁵. Infolge der Zielsetzung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverfälschungen zu schützen, müssen diese Vorschriften auch solche Einrichtungen erfassen, die Leistungen zwar nicht selbst gegen Entgelt anbieten, aber in Konkurrenz zu solchen Anbietern stehen. Denn aus Sicht des kommerziellen Anbieters spielt es keine Rolle, ob eine Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsposition daraus resultiert, dass ein anderes kommerzielles Unternehmen oder eine konkurrierende gemeinnützige Einrichtung eine Beihilfe erhält⁵⁶. Aus diesem Grund folgt etwa das deutsche Steuerrecht dem Prinzip der wettbewerbsneutralen Besteuerung, so dass auch gemeinnützige Körperschaften grundsätzlich der (partiellen) Steuerpflicht unterliegen⁵⁷. Entscheidend für den Unternehmensbegriff im Sinne der Artt. 81 ff. EG ist somit, ob eine Einrichtung Leistungen gegen Entgelt oder in Konkurrenz zu Anbietern, die Entgelt verlangen, erbringt. Deshalb vertritt nicht nur die Kommission die Auffassung, dass auch Unternehmen der *Economie sociale* als »Unternehmen« im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen sind⁵⁸.

53 *Bleckmann*, WiVerw 1987, 119, 127.

54 *Benicke*, EuZW 1996, 165, 167.

55 EuGH vom 23.4.1991, Rs. C-41/90 »Höfner/Elser«, Slg. 1991, 1979, Rn. 21; EuGH vom 17.2.1993, Rs. 159, 160/91 »Poucet/Pistre«, Slg. 1993, 637, Rn. 17; EuGH vom 16.11.1995, Rs. C-244/94 »CNAVMA«, Slg. 1995, 4013, Rn. 14.

56 *Hommelhoff*, Stiftungsrechtsreform in Europa, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 227, 237; *Kronke* (Fn. 1), S. 167; *Schauhoff-Benicke* (Fn. 41), § 21 Rn. 36.

57 *Hüttemann*, Wirtschaftliche Betätigung und steuerliche Gemeinnützigkeit, 1991, S. 117 f., *Buchna* (Fn. 35), S. 13; *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 221.

58 Mitteilung, SEK (89) 2187 endg., S. 7; *Benicke*, EuZW 1996, 165, 167.

(2) Rechtsprechung des EuGH

Auch in der Entscheidung *Poucet/Pistre* ist der EuGH vom funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen, doch hat er die Unternehmenseigenschaft mitgliedstaatlicher Pflichtversicherungen verneint. Denn diese Einrichtungen, die an der Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken, erfüllten eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Diese Tätigkeit beruhe auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität und werde ohne Gewinnzweck ausgeübt⁵⁹. Daraus wurde zu Unrecht der Schluss gezogen, dass nicht-gewinnorientierte Einrichtungen generell aus dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts sowie der Niederlassungsfreiheit auszuklammern seien⁶⁰. Die Herausnahme der sozialen Pflichtversicherung aus dem funktionalen Unternehmensbegriff erklärt sich dadurch, dass das Gemeinschaftsrecht die Kompetenz der Mitgliedstaaten, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten, unberührt lässt. Diese Systeme beruhen auf dem Prinzip der nationalen Solidarität und setzen deshalb zwangsläufig eine Pflichtmitgliedschaft bzw. den Ausschluss kommerzieller Konkurrenz voraus. Aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Poucet/Pistre* kann demnach nicht geschlossen werden, dass aus dem weiten Begriff des Unternehmens im Sinne der Artt. 81 ff. EG nicht-gewinnorientierte Organisationen auszunehmen wären.

Diese einschränkende Auslegung der Entscheidung *Poucet/Pistre* wird durch ein neueres Urteil des EuGH gestützt. Darin qualifizierte der EuGH ein freiwilliges Zusatzrentensystem für selbständige Landwirte als Unternehmen, obwohl dieses System ohne Gewinnzweck arbeitete. Infolge der Freiwilligkeit der Mitgliedschaft, der Abhängigkeit der Leistungen von den eingezahlten Beträgen sowie des Wettbewerbs mit Lebensversicherungsunternehmen kann die Tätigkeit des Zusatzrentensystems nämlich zu Verhaltensweisen führen, die das europäische Wettbewerbsrecht gerade verhindern will. Die besondere sozialpolitische Zielsetzung, die mit der Einrichtung verbunden war, genügte nicht, die Unternehmenseigenschaft zu verneinen⁶¹. Demnach stellt der EuGH, der sich mittlerweile in seiner Rechtsprechung der Rechtsfigur der *Economie sociale* angenähert hat und der Einschätzung der Kommission folgt⁶², unabhängig von der Verfolgung eines Gewinnzwecks allein auf die Marktrelevanz der Einrichtung ab. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts ist demnach gegeben, sofern die betreffende Einrichtung durch die Produktion von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen in Konkurrenz zu anderen Anbietern tritt und dadurch eine gewisse Marktrelevanz erzielt. Auf die Erwirtschaftung von Gewinnen oder ein Entgelt als Gegenleistung kommt es dabei nicht an.

(3) Einseitige Besserstellung kommerzieller Unternehmen

Schliesse man solche Unternehmen, die zwar kein Entgelt verlangen, jedoch in Konkurrenz zu erwerbswirtschaftlichen Anbietern tätig werden und somit dem europäischen Wettbewerbsrecht unterfallen, aus dem Anwendungsbereich der Niederlas-

59 EuGH, Rs. *Poucet/Pistre* (Fn. 55), Rn. 18.

60 *Ipsen* (Fn. 29), S. 55.

61 EuGH, Rs. *CNAVMA* (Fn. 55), Rn. 15/21; vgl. *Ipsen* (Fn. 41), S. 568 f.

62 *Ipsen* (Fn. 41), S. 570.

sungsfreiheit aus, würden sie einseitig benachteiligt. Sie hätten ebenso wie die kommerzielle Konkurrenz die Wettbewerbsregeln der Artt. 81 ff. EG zu beachten, könnten sich aber – anders als die kommerziellen Anbieter – nicht auf Art. 43 EG berufen. Um die Gleichberechtigung zwischen all diesen Unternehmen zu wahren, wird daher vereinzelt gefordert, im Bereich der Grundfreiheiten denselben Maßstab anzuwenden wie im Wettbewerbsrecht und folglich auch für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit auf das Erfordernis eines Entgelts zu verzichten. Zudem diene es dem Ziel eines einheitlichen Wirtschaftsraums, wenn alle konkurrierenden Anbieter unter den gleichen Bedingungen handeln könnten⁶³.

Diese »Einbahnstraße«⁶⁴ ist jedoch als gewollt hinzunehmen, was sich nicht nur aus dem divergierenden Wortlaut der Vorschriften, sondern insbesondere aus dem unterschiedlichen Regelungszweck ergibt. Während die Artt. 81 ff. EG generell von Unternehmen sprechen, ohne insoweit engere Anforderungen zu stellen, verlangt Art. 48 Abs. 2 EG ausdrücklich, dass die Gesellschaft einen Erwerbszweck verfolgt. Selbst bei extensiver Auslegung dieses Begriffs ist dafür die Konkurrenz mit kommerziellen Anbietern nicht ausreichend, solange nicht wenigstens ein geringes Entgelt als Gegenleistung erbracht wird. Denn ein Erwerbszweck wird nicht verfolgt, wenn keinerlei Entgelt für produzierte Waren oder erbrachte Dienstleistungen gefordert wird. Die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen im Bereich des Wettbewerbsrechts bzw. der Grundfreiheiten entspricht auch dem jeweiligen Zweck der Regelungen. Wettbewerbsverfälschungen können durchaus durch Einrichtungen verursacht werden, die ihre Leistungen unentgeltlich erbringen. Gerade durch diese Unentgeltlichkeit kann sich die Wettbewerbsposition kommerzieller Unternehmen bedeutend verschlechtern, so dass es sinnvoll ist, wirtschaftlich tätige Einrichtungen unabhängig von der Frage des Entgelts den Wettbewerbsvorschriften zu unterwerfen. Im Gegensatz dazu ist der Blickwinkel im Rahmen des Niederlassungsrechts vorrangig auf die betreffende Gesellschaft selbst, nicht auf ihre Konkurrenz zu richten. Aufgrund der wirtschaftlichen Zielsetzung des EG-Vertrags und der bei den Staaten verbliebenen Kompetenz für Sozialpolitik sollen sich nur die Gesellschaften auf das Niederlassungsrecht berufen können, die wenigstens in geringem Umfang erwerbswirtschaftlich tätig werden und zu diesem Zweck ein Entgelt verlangen. Anders als im Wettbewerbsrecht genügt es für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit daher nicht, dass Gesellschaften zwar in Konkurrenz zu kommerziellen Anbietern stehen, ihre Leistungen selbst aber nicht gegen Entgelt anbieten.

(4) Ergebnis

Handelt es sich um Tätigkeiten, bei denen eine Gegenleistung nicht erbracht wird, ist die Verfolgung eines Erwerbszwecks zu verneinen. Art. 48 Abs. 2 EG erfasst daher keine Einrichtungen, die unentgeltlich religiöse, karitative, politische oder kulturelle Ziele verfolgen. Eine derartige Zielsetzung steht aber einer Inanspruchnahme des Niederlassungsrechts nicht entgegen, soweit die Tätigkeit auch erwerbsorientiert ausgeübt wird. Verlangt die Einrichtung für dieselbe Leistung ein Entgelt, wird ein

63 Schauhoff-Benicke (Fn. 41), § 21 Rn. 31 f.

64 Hollmann/Schulz-Weidner, ZIAS 1998, 180, 190.

die Tätigkeit mitprägender Erwerbszweck verfolgt, der ausreicht, um sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen zu können.

III. Stiftungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in der Gemeinschaft

1. Grundsätzliches

Wie alle anderen Gesellschaftsformen im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG können sich Stiftungen auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG berufen, wenn sie einen Erwerbszweck verfolgen und damit am Wirtschaftsleben der Gemeinschaft teilnehmen. Dies gilt auch dann, wenn sie vorrangig kulturelle, religiöse, soziale oder andere nicht gewinn-orientierte Zielsetzungen verfolgen, solange sie für produzierte Waren bzw. erbrachte Leistungen ein Entgelt verlangen. Dieses muss weder kostendeckend sein noch der Sicherung der Existenzgrundlage dienen. Stiftungen sind daher weder prinzipiell vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst, noch ist ihnen die Inanspruchnahme dieser Grundfreiheit generell verwehrt; maßgeblich ist nur, ob sie sich wenigstens in einem gewissen Umfang wirtschaftlich betätigen. Vor diesem Hintergrund sind für Wissenschaft und Gestaltungspraxis Aussagen über den Inhalt des Stiftungsrechts anderer Mitgliedstaaten unter zwei Gesichtspunkten von besonderem Interesse: Zum einen ist die Zulässigkeit einer Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke Voraussetzung einer Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit – und damit zugleich Voraussetzung des »Einsatzes« einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates errichteten Stiftung für eine Zweckverfolgung im Inland. Zum anderen rücken mit der Möglichkeit der Heranziehung anderer mitgliedstaatlicher Rechtsformen in einem ganz allgemeinen Sinne die hierfür bestehenden Errichtungsvoraussetzungen und Gestaltungsmöglichkeiten in den Blickpunkt des Interesses.

2. Unterschiede bei der Zulässigkeit von Stiftungszwecken

In zahlreichen Mitgliedstaaten ist noch heute die Furcht vor der »toten Hand«, die die Lebenden aus dem Grab heraus bei der Verwendung vorhandener Güter bevormundet und wichtige Vermögenswerte dem Rechtsverkehr entzieht, mehr oder weniger stark ausgeprägt. In fast allen Rechtsordnungen finden sich daher gewisse Vorbehalte gegen ein vollkommen freies Stiftungswesen, das dem Stifter bei der Verselbständigung des Vermögens freie Hand ließe⁶⁵. Deshalb unterliegt der Stifter bei der Wahl des Stiftungszwecks in vielen Staaten gewissen Grenzen. In engem Zusammenhang mit der Regelung der zulässigen Zielsetzungen stehen Vorschriften über die (Un-)Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigungen, mittels derer Stiftungen ihren Zweck verfolgen können. Diese Frage ist – wie bereits ausgeführt – im Rahmen der

65 Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 1, 3.

vorliegenden Arbeit insofern von zentraler Bedeutung, als andernfalls eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit nicht in Betracht kommt.

a) Beschränkung auf öffentliche Stiftungszwecke

Am ausgeprägtesten ist die Furcht vor der toten Hand im romanischen Rechtskreis, in dem Stiftungen von staatlicher Seite – historisch bedingt – zum Teil bis heute großer Argwohn entgegengebracht wird. Durch die Begrenzung der zulässigen Stiftungszwecke auf die Verfolgung gemeinnütziger Ziele soll eine gewisse staatliche Einflussnahme auf die Wahl des Stiftungszwecks ermöglicht werden. Dem Wunsch des Gründers, sich durch die Errichtung einer Stiftung ein Denkmal für die »Ewigkeit« zu setzen, sollen somit zum Wohle der Allgemeinheit Grenzen gezogen werden. »Musterbeispiel« ist in dieser Hinsicht Frankreich, wo Stiftungen ausschließlich zur Verfolgung eines öffentlichen Zwecks gegründet werden dürfen. Diese restriktive Regelung ist auf das Misstrauen gegen privatrechtliche juristische Personen zurückzuführen, die in dem Verdacht stehen, durch die privatnützige Verwendung beträchtlicher Vermögensmassen den Güterkreislauf zu beeinträchtigen und erneut ein System der toten Hand zu schaffen⁶⁶. In den vergangenen Jahren wurden jedoch vermehrt Stimmen laut, die eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen fordern, um den veränderten Marktverhältnissen und dem zunehmenden Wettbewerb in Europa Rechnung zu tragen. Deshalb schlug der Conseil d’Etat vor, die Kriterien der Gemeinnützigkeit zu erweitern, ohne allerdings auf diese Voraussetzung gänzlich zu verzichten⁶⁷.

Während sich das italienische Gesetz im Hinblick auf die zulässigen Stiftungszwecke in Schweigen hüllt, hält die herrschende Meinung in der italienischen Literatur – mit ähnlichen Argumenten wie sie auch in Frankreich vorgebracht werden – die Verfolgung eines gemeinnützigen Zieles für erforderlich. Nur angesichts eines solchen Zweckes sei es gerechtfertigt, die Behinderung des Güterverkehrs und der freien Nutzung wirtschaftlicher Ressourcen zuzulassen⁶⁸. Entscheidendes Merkmal einer Stiftung ist daher auch nach italienischem Recht die Förderung eines gemeinschaftlichen Interesses. Gleiches gilt für die Rechtslage in Portugal und Spanien. In beiden Staaten muss der Stiftungszweck im Interesse der Allgemeinheit liegen, andernfalls wird der Stiftung die Anerkennung durch die Verwaltung verwehrt. In Spanien, das als bislang einziger Staat ein in der Verfassung verankertes Recht auf Gründung einer gemeinnützigen Stiftung gewährt, muss durch die Stiftung ein allgemeiner Personenkreis begünstigt werden; als Destinatäre kommen daher nur anonyme Mitglieder einer Gruppe in Betracht, deren Bedürfnisse durch die Tätigkeit der Stiftung befriedigt

66 *Capitant*, Stiftungen im französischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 343, 346; gleiches gilt für Luxemburg, vgl. *Bonn/Schmitt*, Luxembourg, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 186, 187.

67 Conseil d’Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997, S. 153.

68 *Giorgi*, Stiftungen im italienischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 381, 386; *Barbetta/Demarie*, Italy, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 163, 167; *Alpa*, Le régime juridique des fondations en Italie, in: Dupuy, Le droit des fondations en France et à l’étranger, 1989, S. 121, 135/137; *Marchettini/Surmatz*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 60.

werden sollen. Stiftungen, die im Interesse individueller Begünstigter errichtet werden, sind folglich unzulässig. Aus diesem Grund sind Familienstiftungen sowohl nach spanischem als auch nach portugiesischem Recht nicht erlaubt⁶⁹. In den meisten Ländern des romanischen Rechtskreises sind Stiftungen folglich bereits kraft Definition auf die Verfolgung gemeinnütziger Ziele beschränkt; anders als im deutschen Recht ist die Gemeinnützigkeit in diesen Staaten somit eine bedeutende Voraussetzung für die Gründung einer Stiftung und spielt nicht erst im Rahmen steuerrechtlicher Erwägungen eine wichtige Rolle.

Eine ähnliche Lösung für das Problem der toten Hand wurde auch im englischen »law of charities« gefunden. Als »charities« werden Einrichtungen bezeichnet, die zum Wohle der Gemeinschaft öffentliche Zwecke verfolgen. Dabei können charities unterschiedliche Rechtsformen annehmen; entscheidend ist insoweit die Zweckbindung des Vermögens, nicht die Wahl der Rechtsform als solche. Neben dem »(charitable) trust«, der am ehesten einer (gemeinnützigen) Stiftung entspricht, übernehmen vor allem »(un)incorporated associations« stiftungsähnliche Aufgaben. Welche Ziele charities verfolgen dürfen, wird im Wesentlichen durch die Präambel des Charitable Uses Act 1601 festgelegt. Diese Grundzüge wurden im Laufe der Jahrhunderte durch richterliche Rechtsfortbildung weiterentwickelt, wodurch sich ähnliche Fallgruppen wie in den romanischen Ländern herausgebildet haben⁷⁰. Schließlich ist auch nach den Stiftungsgesetzen fast aller mittel- und osteuropäischer Staaten die Verfolgung eines gemeinnützigen Stiftungszwecks erforderlich. Nur das estnische Stiftungsgesetz kennt insoweit keinerlei Beschränkung. In den übrigen Staaten wird der Begriff der Gemeinnützigkeit in der Regel durch eine beispielhafte Aufzählung zulässiger Stiftungszwecke konkretisiert, wobei vor allem Litauen einen besonders ausführlichen Katalog besitzt⁷¹. In einer Vielzahl der Mitgliedstaaten hat sich somit die Angst vor einer Bevormundung durch die tote Hand im generellen Ausschluss privatnütziger Stiftungszwecke niedergeschlagen.

b) Zulässigkeit auch privatnütziger Stiftungszwecke

Trotz ursprünglich ähnlicher Bedenken in anderen Rechtskreisen ist in einigen Staaten die Verfolgung privatnütziger Ziele mittlerweile erlaubt, wenn auch noch heute gewisse Vorbehalte gegen solche Stiftungszwecke bestehen. So wurde anlässlich der

69 *Linares Andrés*, Stiftungen im spanischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 475, 482/498; *Olabuénaga*, Spain, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 223, 226; *Fischer*, RIW 2003, 278, 279; *Monteiro/Henriques*, Stiftungen im portugiesischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 441, 444/453; *Baptista*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 67, 68.

70 *Richter/Sturm*, RIW 2004, 346, 347; *Fries*, Foundations in British Law, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 371, 371/373; *Leat*, United Kingdom, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 268, 230; *Siederer*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 54, 55; ähnlich ist die Rechtslage in Irland, vgl. *Donoghue*, Ireland, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 156, 158; *O'Dwyer*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 56, 57.

71 *Drobnig*, Grundzüge des Stiftungsrechts in Mittel- und Osteuropa, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 541, 545 f.; *Urbanek*, Maecenata Aktuell Nr. 28 (2001), 24, 25.

Stiftungsrechtsreform in Deutschland eine zeitliche Beschränkung von Familienstiftungen vorgeschlagen, da sich aus erbrechtlichen Vorschriften ergebe, dass eine überlange Bindung an die tote Hand verhindert werden solle⁷². Diese Bedenken erwiesen sich im Rahmen der Reformdiskussion allerdings als nicht durchgreifend. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass nicht von einem Vermögen in einer toten Hand gesprochen werden könne, da auch Stiftungen am Wirtschaftsleben teilnehmen. Darüber hinaus entspreche die Argumentation, wonach das Privileg einer Stiftungsgründung einer Rechtfertigung durch die Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks bedürfe, nicht mehr dem heutigen Verständnis von einem Recht auf Stiftung⁷³.

In Österreich, Belgien und Griechenland ist die Gründung einer privatnützigen Stiftung erst seit wenigen Jahren erlaubt. Infolge des starken Einflusses französischer Rechtstraditionen verfügte Belgien bis vor kurzem über ein ähnlich restriktives Stiftungsrecht wie Frankreich. Neben Vereinen existierten nur so genannte »établissements d'utilité publique«, die lediglich gemeinnützige Ziele verfolgen durften⁷⁴. Seit 2002 kennt das Gesetz nun aber auch »fondations«, wobei – zum ersten Mal in einem Land mit romanischer Rechtstradition – zwischen gemeinnützigen und privaten Stiftungen unterschieden wird. Letztere unterliegen bei der Wahl des Stiftungszwecks nur noch wenigen Beschränkungen, so dass seitdem auch Familienstiftungen zulässig sind. In Österreich gibt es seit etwa zehn Jahren die Möglichkeit, anstelle einer »alten« gemeinnützigen Stiftung eine Privatstiftung zu errichten⁷⁵. Den möglichen Zwecken sind dabei praktisch keine Grenzen gesetzt, lediglich Selbstzweckstiftungen sind aus begrifflichen Gründen ausgeschlossen; dieses Verbot gilt aber in Österreich nach herrschender Meinung nicht für den Sonderfall einer Unternehmensselbstzweckstiftung, die durch die Sicherung von Arbeitsplätzen einem guten Zweck dient⁷⁶. Verschiedene Neuerungen im österreichischen Privatstiftungsgesetz sind äußerst umstritten, da aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit nicht nur die Problematik der toten Hand unberücksichtigt blieb, sondern auch Wertungswidersprüche im Verhältnis zum Kapitalgesellschaftsrecht hingenommen wurden⁷⁷.

c) Zulässigkeit von Unternehmensselbstzweckstiftungen

Auch nach dänischem und schwedischem Stiftungsrecht ist nahezu jede Zweckbestimmung zulässig, solange sie nicht gegen zwingendes Recht oder gegen die guten Sitten verstößt. Zudem darf es nicht Ziel der Stiftung sein, den wirtschaftlichen Wohlstand des Stifters zu fördern; die finanzielle Unterstützung von Familienange-

72 Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320, S. 3/10.

73 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001, S. 46.

74 *Marée/Mousny*, Belgium, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 94; *Hondius*, A Panorama of Trends and Developments of Foundation Law in Europe, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 573, 577.

75 *Doralt/Kalss*, Stiftungen im österreichischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 419; *Bachstein/Badelt*, Austria, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 84, 87.

76 *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 109, 117.

77 *Doralt/Kalss* (Fn. 75), S. 434.

hörigen durch die Errichtung einer Familienstiftung ist hingegen erlaubt. Im Übrigen kann selbst die Führung eines Unternehmens als solche zulässiger Zweck einer Stiftung sein; Unternehmensselbstzweckstiftungen, die in anderen Staaten unzulässig oder zumindest höchst umstritten sind, sind in diesen beiden Staaten somit ohne weiteres erlaubt. Einzige Einschränkung ist insoweit, dass nach dänischem Recht die Satzung einer gewerbetreibenden Stiftung Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthalten muss⁷⁸. Ähnlich liberale Regelungen im Hinblick auf die Zulässigkeit wirtschaftlicher Zielsetzungen enthält das niederländische Stiftungsrecht, wonach grundsätzlich alle nicht gesetzeswidrigen Ziele erlaubt sind. Die einzig namhafte Beschränkung besteht darin, dass es einer Stiftung verwehrt ist, Gewinne an den Stifter, Familienmitglieder oder andere individualisierte Personen auszuschütten⁷⁹. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung betrifft diese Regelung jedoch nur solche Gewinne, die von der Stiftung selbst erwirtschaftet werden; auf Überschüsse anderer Einrichtungen in der Hand der Stiftung sei dieses Verbot dagegen nicht anwendbar⁸⁰. In den Niederlanden werden Stiftungen traditionell recht häufig für unternehmerische Zwecke eingesetzt. So dienen etwa 15 % aller niederländischen Stiftungen dem Betrieb eines Unternehmens, wobei Verlage, Hotels und Restaurants ebenso in der Rechtsform einer Stiftung organisiert werden wie Banken, Versicherungen oder Großhandelsbetriebe⁸¹.

Auffallend ist, dass gerade in diesen drei Ländern, die hinsichtlich der zulässigen Stiftungszwecke besonders liberale Regelungen haben, der ursprüngliche Stifterwillen eine wesentlich geringere Verbindlichkeit besitzt, als dies in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Fall ist. So sehen sowohl das niederländische als auch das schwedische und dänische Stiftungsrecht beachtliche Möglichkeiten einer Satzungsänderung vor, wenn dies im Interesse der Stiftung ist. Anscheinend hat der Gesetzgeber in diesen Staaten, in denen unternehmerisch tätige Stiftungen eine lange Tradition haben, die Notwendigkeit erkannt, Stiftungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung die Anpassung an veränderte Marktverhältnisse zu gestatten, um ihnen dauerhaft eine erfolgreiche Arbeit zu ermöglichen. In den Niederlanden ist es daher möglich, einem Stiftungsorgan die satzungsmäßige Kompetenz zur unbeschränkten Änderung der Satzung zu verleihen. Zudem steht unter gewissen Voraussetzungen auch Gerichten die Befugnis zu, eine Satzung zu ändern, falls andernfalls mit negativen Auswirkungen für die Stiftung zu rechnen ist⁸². Auch in Schweden ist es dem Stifter möglich, per Satzung den Vorstand zu ermächtigen, gewisse Änderungen vorzunehmen. Für Änderungen, die den Stiftungszweck betreffen, bedarf es jedoch zusätzlich der behördli-

78 *Hemström*, Stiftungen im schwedischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 455, 460; *Wijkström*, Sweden, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 233; *Hansen*, Stiftungen im dänischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 287 ff.; *Hellman/Parving*, Denmark, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 103, 105.

79 *Ploeg*, Stiftungen im niederländischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 405, 416; *Laarschot/Surmatz*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 63.

80 *Burger/Dekker/Veldheer*, The Netherlands, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), Foundations in Europe, 2001, S. 193, 197.

81 *Ploeg* (Fn. 79), S. 406 f.

82 *Ploeg* (Fn. 79), S. 409 f.

chen Genehmigung sowie des Vorliegens besonderer Umstände⁸³. Vor allem im dänischen Schrifttum wird lebhaft die Frage diskutiert, inwieweit der Vorstand mit Zustimmung der zuständigen Behörde die Satzung auch gegen den Willen des Stifters ändern kann. Wegweisend ist insoweit die Entscheidung der dänischen Behörden aus dem Jahr 2000, die vom Vorstand der Carlsberg-Stiftung vorgeschlagenen Änderungen zu genehmigen, die sich infolge der veränderten Verhältnisse auf dem Biermarkt als notwendig erwiesen. Diese Änderungen sollten es der Carlsberg-Stiftung, einer der größten Stiftungen Dänemarks, ermöglichen, die Qualität ihrer Produkte aufrechtzuerhalten und dadurch ihre Marktposition zu behaupten. Die Entscheidung im Fall Carlsberg bestätigt, dass die dauerhafte Bindung an den Stifterwillen mit den marktwirtschaftlichen Herausforderungen, denen sich die Führung eines Unternehmens zu stellen hat, nur schwer vereinbar ist. Dank dieser Entscheidung werden sich dänische Unternehmen, die von gewerbetreibenden Stiftungen beherrscht werden, den Veränderungen auf den internationalen Märkten einfacher anpassen können⁸⁴.

d) Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung von Stiftungen

Um den vom Stifter gesetzten Zweck – sei er gemeinnütziger oder privatnütziger Natur – auf Dauer verfolgen zu können, ist es für Stiftungen heute wichtiger denn je, sich auf die eine oder andere Weise wirtschaftlich betätigen zu dürfen. Die Notwendigkeit, gewerbliche Tätigkeiten von Stiftungen zur Finanzierung ihrer Aufgaben zu gestatten, ist daher heute in beinahe allen Mitgliedstaaten vom Gesetzgeber anerkannt; eine Ausnahme stellt insoweit Litauen dar, das Stiftungen jegliche wirtschaftliche Betätigung untersagt⁸⁵. In den übrigen Staaten ist es Stiftungen zwar grundsätzlich gestattet, wirtschaftliche Aktivitäten auszuüben, doch variieren die Regelungen im Hinblick auf Art und Umfang beträchtlich.

aa) Wirtschaftliche Betätigung als Finanzierungsquelle

Während eine unternehmerische Betätigung als solche nur in den wenigsten Mitgliedstaaten zulässiger Stiftungsweck sein kann, ist sie regelmäßig gestattet, wenn sie dem gemeinnützigen Ziel der Stiftung zu Gute kommt. So sind wirtschaftliche Aktivitäten in Staaten des romanischen Rechtskreises nur erlaubt, wenn sie nicht Hauptzweck der Stiftung sind, sondern der Finanzierung des gemeinnützigen Ziels dienen. Die Ausschüttung von Gewinnen an den Stifter, Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder oder Familienangehörige ist daher ebenso untersagt wie die Fortführung eines Unternehmens um seiner selbst willen in Form einer Unternehmensselbstzweckstiftung⁸⁶. In Portugal, Italien und Spanien können Stiftungen unmittelbar Unternehmen

83 *Hemström* (Fn. 78), S. 470; ähnliche Regelungen kennt das dänische Stiftungsrecht, vgl. *Hansen* (Fn. 78), S. 292.

84 *Hansen* (Fn. 78), S. 293/298 f.

85 *Pinter*, *The Role of Foundations in the Transformation Process in Central and Eastern Europe*, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 282, 311.

86 *Capitant* (Fn. 66), S. 347; *Courtois*, *Les fondations et la société française*, in: Dupuy, *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, 1989, S. 37, 38; *Tayart de Borms/Surmatz*, *Deutsche Stiftungen* 3/2001, 48, 49; *Giorgi* (Fn. 68), S. 396; *Linares Andrés* (Fn. 69),

betreiben sowie Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften halten, während sie zumindest nach spanischem Recht nicht persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft sein dürfen⁸⁷. Die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung hängt auch bei der österreichischen Privatstiftung von der konkreten Ausgestaltung ab. So ist ihr der unmittelbare Betrieb eines Gewerbes, der über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ebenso untersagt wie die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft oder die Übernahme einer Stellung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft. Wie in Italien, Portugal und Spanien ist einer österreichischen Privatstiftung jedoch die Leitung eines Konzerns über das Halten von Mehrheitsbeteiligungen gestattet⁸⁸.

Einnahmen aus wirtschaftlichen Aktivitäten stellen in England mittlerweile etwa ein Drittel des Gesamteinkommens von gemeinnützigen Organisationen dar. Charities dürfen aber nur dann selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, wenn diese in direktem Zusammenhang mit dem gemeinnützigen Zweck steht. Fehlt es hingegen an einer solchen engen Beziehung, kann die wirtschaftliche Tätigkeit nur über eine Tochtergesellschaft entfaltet werden. Einerseits sollen charities dadurch vor Vermögensverlusten bewahrt werden, andererseits werden durch den größeren Verwaltungsaufwand unnötige Kosten verursacht, die den Gewinn schmälern. Von einer Expertenkommission wurde daher vorgeschlagen, im Rahmen der anstehenden Reform des »law of charities« auf die Pflicht zur Gründung von Tochtergesellschaften zu verzichten⁸⁹. In vielen anderen Mitgliedstaaten fehlen ausdrückliche Bestimmungen über die Zulässigkeit wirtschaftlicher Aktivitäten. Doch wirken sich Vorschriften über sonstige Rechte und Pflichten von Stiftungen häufig mittelbar auf deren Möglichkeit aus, sich unternehmerisch zu betätigen. So hat etwa Griechenland auf eine direkte Regelung dieser Frage verzichtet. Die für gemeinnützige Stiftungen geltende Budgetpflicht erschwert aber eine unmittelbare Unternehmenstätigkeit einer solchen Stiftung erheblich; Mehrheitsbeteiligungen an einer Kapitalgesellschaft sind hingegen ohne weiteres möglich⁹⁰. In den meisten Mitgliedstaaten ist somit eine wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen grundsätzlich möglich, sofern diese der Verfolgung gemeinnütziger Zielsetzungen dient und nicht zum Selbstzweck der Stiftung wird.

bb) Zulässigkeit wirtschaftlicher Zielsetzungen

Wie im Rahmen der zulässigen Stiftungszwecke bereits ausgeführt, ist es einer Stiftung in Dänemark, Schweden oder den Niederlanden in großem Umfang gestattet, sich wirtschaftlich zu betätigen; selbst Unternehmensselbstzweckstiftungen sind weitgehend zulässig⁹¹. Infolge der großen Bedeutung, die unternehmerisch tätigen

S. 497 f; *Monteiro/Henriques* (Fn. 69), S. 444; ähnlich ist die Rechtslage in Finnland, vgl. *Sunell*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 50.

87 *Giorgi* (Fn. 68), S. 397; *Monteiro/Henriques* (Fn. 69), S. 453; *Linares Andrés* (Fn. 69), S. 497 ff.; *Fischer*, RIW 2003, 278, 281.

88 *Doralt/Kalss* (Fn. 75), S. 426 f.

89 *Richter/Sturm*, RIW 2004, 346, 348; *Fries* (Fn. 70), S. 377.

90 *Georgakopoulos*, Stiftungen im griechischen Recht, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 359, 362.

91 Vgl. oben III 2 c.

Stiftungen in diesen Staaten zukommt, existieren dort umfangreiche, meist recht liberale Regelungen über diese Art von Stiftungen.

In der dänischen Wirtschaft spielen Stiftungen traditionell eine wichtige Rolle; so fungieren mehr als 200 Stiftungen als herrschendes Unternehmen in großen Konzernen. Im Jahr 1996 wurde sogar ein eigenes Gesetz über gewerbetreibende Stiftungen erlassen, um der großen Anzahl Rechnung zu tragen und angemessene Rahmenbedingungen zu schaffen. Gleichzeitig sollte dadurch missbräuchlichen Stiftungsgründungen zur Umgehung steuer- oder kapitalgesellschaftsrechtlicher Vorschriften vorgebeugt werden⁹². Nach diesem Gesetz ist eine Stiftung gewerbetreibend, wenn sie gegen Entgelt Waren produziert, Dienstleistungen erbringt oder Immobilien vermietet. Auch die Leitung eines Konzerns ist insoweit ausreichend. Aber auch Stiftungen, die wegen eines nur unbedeutenden Gewerbebetriebs nicht gewerbetreibend im Sinne dieses Gesetzes sind, dürfen sich wirtschaftlich betätigen⁹³. Grenzen sind Stiftungen in Bezug auf wirtschaftliche Aktivitäten nur insofern gesetzt, als gewerbetreibende Stiftungen im engeren Sinn bestimmte Rechnungslegungspflichten zu beachten haben und einer intensiveren Kontrolle unterliegen als dies ansonsten in Dänemark der Fall ist. Auch das schwedische Recht unterscheidet zwischen zwei Grundtypen von Stiftungen. Neben den so genannten Ertragsstiftungen (»avkastningsstiftelse«), denen eine wirtschaftliche Betätigung – wenn überhaupt – nur nach Satzungsänderung gestattet ist, gibt es Stiftungen, die sich aus gewinnbringenden Tätigkeiten finanzieren und denen unternehmerische Aktivitäten weitgehend gestattet sind (»verksamhetsstiftelse«)⁹⁴. Ebenso wie in Dänemark haben unternehmerisch handelnde Stiftungen in Schweden zusätzlich zu den allgemeinen stiftungsrechtlichen Vorschriften allerdings gewisse Registrierungs- und Rechnungslegungspflichten zu beachten und unterliegen einer verschärften Haftung⁹⁵.

Die liberalsten Regelungen im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen kennt das niederländische Recht, das den Anwendungsbereich bestimmter handelsrechtlicher Vorschriften auf unternehmerisch handelnde Stiftungen ausweitet, ansonsten aber keinerlei Beschränkungen vorsieht. Aus diesem Grund werden in den Niederlanden viele Unternehmen aus den unterschiedlichsten Wirtschaftsbereichen, die in anderen Staaten auf die Wahl einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH angewiesen wären, in der Rechtsform einer Stiftung betrieben. Allerdings werden zunehmend Stimmen laut, die eine Reform des niederländischen Stiftungsrechts fordern, um Schutzvorschriften zugunsten Dritter, aber auch zugunsten der Stifter selbst zu schaffen. Denn infolge der im Vergleich zu Kapitalgesellschaften eingeschränkten staatlichen Kontrolle bestehe die Gefahr, dass die Rechtsform der Stiftung missbraucht werde, um strengere Vorschriften zu umgehen⁹⁶. Vergleichbare Erwägungen führten schon vor zehn Jahren in Dänemark zu einem speziellen Gesetz für gewerbetreibende Stiftungen. Doch selbst wenn der Gesetzgeber den Forderungen nach einer Publikationspflicht der Jahresberichte oder einem staatlichen Informationsrecht

92 Hansen (Fn. 78), S. 287 f.; Hellman/Parvoing (Fn. 78), S. 105 f.

93 Hansen (Fn. 78), S. 290.

94 Hemström (Fn. 78), S. 458; Surmatz, Deutsche Stiftungen 3/2001, 69; Wijkström (Fn. 78), S. 239.

95 Hemström (Fn. 78), S. 467 f./471.

96 Ploeg (Fn. 79), S. 413/417.

nachkommen sollte, würden wirtschaftliche Stiftungen in den Niederlanden noch immer in den Genuss weitreichender Freiheiten kommen.

3. Staatlicher Einfluss auf Stiftungen

In allen Mitgliedstaaten existiert eine gewisse staatliche »Einmischung« in die Angelegenheiten einer Stiftung. Dies ist aber die einzige Gemeinsamkeit der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Stiftungen und Staat. Die Schwierigkeit, einen gerechten Mittelweg zwischen Aufsicht und Stiftungsfreiheit zu finden, ist europaweit dieselbe; die gefundenen Lösungen variieren jedoch beträchtlich.

a) Gründe für die Regelungsvielfalt

Dies beruht zum einen auf den unterschiedlichen Beweggründen, die für die Errichtung einer Stiftungsaufsicht maßgeblich waren. Zum Teil ist die staatliche Kontrolle auf das Misstrauen zurückzuführen, das Stiftungen vor allem, aber nicht nur im römischen Rechtskreis entgegengebracht wurde. Lange Zeit wurden diese unabhängigen Institutionen, die das staatliche Monopol für die Sorge des Gemeinwohls in Abrede stellten, argwöhnisch beäugt; durch eine staatliche Aufsicht von der Entstehung der Stiftung an bis zur ihrer eventuellen Auflösung sollten etwaige unerwünschte Entwicklungen deshalb unterbunden werden können⁹⁷. Auch in den skandinavischen Staaten, in denen der Wohlfahrtsstaat traditionell besonders stark ausgeprägt ist, wurden Stiftungen nicht immer mit offenen Armen empfangen. Schließlich wurde der Bedarf an Unterstützung durch private Organisationen oftmals als Versagen des Staates gedeutet, alleine für die Bedürfnisse der Gesellschaft zu sorgen. Heute werden Stiftungen und andere gemeinnützige Einrichtungen zunehmend als willkommene Unterstützung staatlicher Programme gesehen, die infolge knapper Finanzen auf private Kooperationen angewiesen sind⁹⁸. Trotz dieser gewandelten Einstellung des Staates zu Stiftungen wird die Kontrolle weiterhin aufrechterhalten. Begründet wird dies insbesondere damit, dass der Staat mangels »Stiftungsmitgliedern«, die ihrerseits eine gewisse Kontrollfunktion übernehmen könnten, für die Verwirklichung des vom Stifter gesetzten Willens mitverantwortlich sei. Nur durch eine staatliche Aufsicht zum Schutz der Stiftung könne auf Dauer die Verfolgung des Stiftungszweckes gesichert werden. Darüber hinaus komme die staatliche Stiftungsaufsicht auch der Sicherheit des Rechtsverkehrs zu Gute, da sie gewährleiste, dass das haftende Vermögen der Stiftung ordnungsgemäß verwaltet werde⁹⁹.

Ein weiterer Grund für die Vielfalt der Regelungsansätze ist die Unzahl verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten. Während der Gesetzgeber bei der Frage des zu-

97 *Capitant* (Fn. 66), S. 351; *Giorgi* (Fn. 68), S. 391; *Bonn/Schmitt* (Fn. 66), S. 187; *Pinter* (Fn. 85), S. 308.

98 *Herberts*, Finland, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 111 f.

99 *Capitant* (Fn. 66), S. 351; *Giorgi* (Fn. 68), S. 393; *Linares Andrés* (Fn. 69), S. 478; *Olabuénaga* (Fn. 69), S. 277; *Fries* (Fn. 70), S. 372; *Doralt/Kalss* (Fn. 75), S. 436; *Hemström* (Fn. 78), S. 469 f.

lässigen Stiftungszwecks im Wesentlichen auf die Wahl zwischen ausschließlich gemeinnützigen, auch privatnützigen oder sogar wirtschaftlichen Zielsetzungen beschränkt ist, stehen ihm bezüglich der Aufsicht zahllose Möglichkeiten offen. Konzessions- oder Normativsystem, behördliche, gerichtliche oder gemischte Aufsicht, punktuelle Überprüfung oder umfassende Kontrolle – dies sind nur einige der Aspekte, die bei der Regelung der staatlichen Kontrolle eine Rolle spielen und sich beinahe beliebig miteinander kombinieren lassen. Während in einigen Staaten Behörden für die Erteilung der Genehmigung ebenso zuständig sind wie für die fortwährende Aufsicht über die Stiftungsverwaltung, sind in anderen Rechtsordnungen Richter mit der Führung eines Stiftungsregisters betraut; für die laufende Kontrolle werden Buchprüfer bestellt oder Dritte mit besonderen Rechten ausgestattet; Stiftungsgründungen oder Satzungsänderungen erfolgen zuweilen beim Notar und während die Versagung einer Genehmigung in manchen Rechtsordnungen auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt werden kann, erlangen Stiftungen in anderen Staaten Rechtsfähigkeit bereits durch die Errichtung selbst. Daneben können in den meisten Staaten per Satzung stiftungsinterne Aufsichtsorgane eingesetzt werden, die die staatliche Kontrolle zwar nicht ersetzen, aber zumindest entlasten können.

b) Vom Konzessions- zum Normativsystem

Eine gewisse Extremposition nimmt auch in Bezug auf die Aufsicht Frankreich ein, wo das Misstrauen gegenüber Stiftungen tiefer verankert ist als in anderen Staaten. Stiftungen werden dort als Instrument der staatlichen Daseinsvorsorge gesehen und dementsprechend in die staatliche Verwaltung integriert. Im Gegensatz zur verfassungsrechtlich geschützten Vereinsfreiheit kennt die französische Rechtsordnung keine Stiftungsfreiheit. Vielmehr unterliegen Stiftungen einer umfassenden Kontrolle, die mit einem aufwändigen Genehmigungsverfahren beginnt und bis zu einer etwaigen Auflösung der Stiftung fortbesteht. Allein die Prüfung der Gemeinnützigkeit, die unentbehrliche Voraussetzung für die Genehmigung ist, dauert bis zu drei Jahren, da daran verschiedene Ministerien sowie der Conseil d'Etat zu beteiligen sind¹⁰⁰. Ähnlich restriktiv ist das portugiesische Recht, wonach Behörden die Konzession aus verwaltungspolitischen Gründen verweigern können¹⁰¹. Die übrigen romanischen Staaten rücken hingegen trotz der gemeinsamen Tradition zunehmend vom Konzessionssystem ab. In Italien hing die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung bis vor kurzem von einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung ab, die auch auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen konnte. Infolge der zunehmenden Kritik an dieser Praxis, die weniger dem Erfordernis der Anerkennung als der langen Dauer des bürokratischen Verfahrens galt, wurde 1997 das bisherige Konzessionssystem durch ein Normativsystem ersetzt. Rechtspersönlichkeit erlangen Stiftungen seitdem durch Einschreibung in ein Register, sofern sie die stiftungsrechtlichen Vorschriften beachten. Noch immer steht den Behörden jedoch eine große Anzahl von Aufsichts-

100 *Capitant* (Fn. 66), S. 351 f.; *Archambault*, France, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 121, 124; *Laurens*, *Deutsche Stiftungen* 3/2001, 51 f.; *Hondius*, *Das internationale rechtliche Umfeld*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, 1998, S. 1155, 1169.

101 *Monteiro/Henriques* (Fn. 69), S. 449; *Baptista*, *Deutsche Stiftungen* 3/2001, 67, 68.

befugnissen gegenüber der Stiftungsverwaltung zu, um das Stiftungsinteresse zu wahren und eine effektive Verwendung des Stiftungsvermögens zu gewährleisten¹⁰².

Nach österreichischem und belgischem Recht benötigen nur gemeinnützige Stiftungen eine Genehmigung durch die zuständige Behörde bzw. durch königlichen Erlass, wobei sich die Aufsicht auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt. Im Gegensatz dazu erlangen private Stiftungen Rechtsfähigkeit bereits durch Eintragung in einem bei den Gerichten geführten Register¹⁰³. Auch in Slowenien und der Slowakei sind die Behörden bei der Erteilung der erforderlichen Genehmigung auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt¹⁰⁴. Formal betrachtet gilt demnach in diesen Staaten ein Konzessionssystem, in der Sache handelt es sich eher um ein Normativsystem.

c) Kooperation von Stiftung und Staat

In Spanien genügt für die Entstehung einer Stiftung ebenfalls deren Eintragung in ein entsprechendes Register; einer Genehmigung im eigentlichen Sinne bedarf es zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht. Infolge der ausdrücklichen Anerkennung des Rechts auf Stiftungsgründung in der spanischen Verfassung wird im Schrifttum zunehmend von einem Kooperationsverhältnis zwischen Stiftungen und Staat ausgegangen. Allerdings steht zwar der Registerbehörde keinerlei Ermessen zu, doch setzt die Eintragung einer Stiftung das Vorliegen eines positiven Bescheides der Aufsichtsbehörde voraus. Da jedoch ein solcher Bescheid nur erteilt wird, wenn die Behörde von der Gemeinnützigkeit sowie der erforderlichen finanziellen Ausstattung der Stiftung überzeugt ist, existiert indirekt das frühere Konzessionssystem fort¹⁰⁵. Staatliche Instanzen überwachen nicht nur die satzungsmäßige Erfüllung des Stiftungszwecks, sondern übernehmen auch beratende Funktionen. Dies entspricht dem Verständnis der Aufsicht als Förderer und rechtlichem Beistand der Stiftung, doch behindern zahlreiche Genehmigungsvorbehalte die selbständige Ausübung der Stiftungstätigkeit zum Teil beträchtlich¹⁰⁶.

Noch mehr in den Vordergrund tritt der Gedanke der Kooperation zwischen Staat und Stiftungen in England und Wales, wo die Aufsicht eher dem Schutz der Stiftung als einer eigentlichen Kontrolle dient. Als Gegenleistung dafür, dass der Stifter sich zum Wohle der Allgemeinheit betätigt, gewährt der Staat dem Vermögen und dem Zweck der Stiftung Schutz. Die Gründung einer charity bedarf daher nicht der staatlichen Genehmigung; erforderlich ist lediglich eine Registrierung bei der Charity Commission, einer weitgehend unabhängigen Einrichtung der Regierung, deren Kontrolle sie entzogen ist. Zwar übt die Charity Commission eine gewisse Kontrolle über gemeinnützige Organisationen aus, doch wäre es verkürzt, von ihr als einer

102 *Giorgi* (Fn. 68), S. 390 ff; *Marchettini/Surmatz*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 60; *Barbetta/Demarie* (Fn. 68), S. 167 f.

103 *Wymeersch*, Stiftungen im belgischen Recht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 275, 276/284; *Hondius* (Fn. 74), S. 577; *Tayart de Borms/Surmatz*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 48, 49; *Doralt/Kalss* (Fn. 75), S. 436 f.; *Bachstein/Badelt* (Fn. 75), S. 88.

104 *Drobnig* (Fn. 71), S. 547 ff.; *Doralt/Kalss* (Fn. 75), S. 421.

105 *Linares Andrés* (Fn. 69), S. 478 f./490; *Fraguas Garrido*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 74 f.

106 *Linares Andrés* (Fn. 69), S. 494 f.; *Olabuénaga* (Fn. 69), S. 277.

Aufsichtsbehörde zu sprechen. Ihre Hauptaufgabe ist vielmehr die Beratung und Information der charities sowie die Verbesserung der allgemeinen Rahmenbedingungen des Non-Profit-Sektors. Das englische Stiftungswesen ist daher in großem Umfang staatsunabhängig¹⁰⁷. In einigen der mittel- und osteuropäischen Staaten, unter anderem in Estland, Polen, Tschechien und Ungarn, bedarf die Gründung einer Stiftung ebenfalls keiner staatlichen Genehmigung, doch prüfen Gerichte vor der Eintragung in das Stiftungsregister das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen. Auch im Übrigen spielen die Gerichte in diesen Staaten eine maßgebliche Rolle bei der Stiftungsaufsicht, wenn auch die laufende Kontrolle in Polen und Ungarn von Behörden ausgeführt wird. Sanktionen können aber selbst dort nur Gerichte verhängen¹⁰⁸.

d) Verzicht auf permanente staatliche Aufsicht

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der staatlichen Kontrolle ist – von wenigen Ausnahmen abgesehen – in ganz Europa eine Tendenz zur Beschränkung der Staatsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht sowie zur Verlagerung der Kontrolle von den Verwaltungsbehörden zu den Gerichten zu beobachten. Die Niederlande, Dänemark und Schweden verzichten nicht nur bei der Errichtung einer Stiftung auf das Erfordernis einer Genehmigung, sondern beschränken auch den Umfang der staatlichen Aufsicht zum Teil erheblich; stattdessen werden Dritte mit besonderen Antrags- oder Prüfungsrechten ausgestattet.

Nach schwedischem Recht erlangt eine Stiftung Rechtspersönlichkeit, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; eine staatliche Genehmigung ist dazu nicht erforderlich. Zwar bedürfen bestimmte Stiftungen, unter anderem unternehmensverbundene Stiftungen, der Eintragung in ein Register, doch wirkt diese nur deklaratorisch. In der Folge ist die staatliche Aufsicht differenziert ausgestaltet: Reichweite und Intensität richten sich nach den Satzungsbestimmungen, dem Zweck und der Größe der Stiftung sowie dem Umfang einer etwaigen wirtschaftlichen Betätigung. So kann die Aufsicht grundsätzlich durch die Satzung beschränkt werden, wenn auch jede Stiftung zwingend über einen Buchprüfer verfügen muss, der die Rechnungslegung überprüft und eventuelle Verstöße an die Behörden meldet. Eine umfassende Kontrolle findet jedoch trotz anders lautender Satzungsbestimmungen dann statt, wenn es sich um eine Familien- oder eine wirtschaftlich tätige Stiftung handelt. Dabei ist die Aufsicht aber stets auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt¹⁰⁹. Rechtspersönlichkeit erlangt eine Stiftung auch in Dänemark nicht im Rahmen eines besonderen Genehmigungsverfahrens, sondern durch ihre Anmeldung beim Stiftungsregister des Gewerbe- und Gesellschaftsamtes. Trotz spezieller Aufgaben und Befugnisse dieser Behörde beschränkt sich die staatliche Kontrolle meist darauf, der Stiftung gewisse Meldepflichten, beispielsweise bei der Erhöhung des Grundkapitals

107 *Fries* (Fn. 70), S. 372 f.; *Richter/Sturm*, RIW 2004, 346 f.; *Siederer*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 54, 55; *Leat* (Fn. 70), S. 272 f.

108 *Drobnig* (Fn. 71), S. 547 ff.; *Pinter* (Fn. 85), S. 292; *Urbanek*, *Maecenata* Aktuell Nr. 28 (2001), 24, 27.

109 *Strömholm*, *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, in: Dupuy, *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, 1989, S. 109, 111; *Hemström* (Fn. 78), S. 465 ff.; *Surmatz*, Deutsche Stiftungen 3/2001, 69 f.

oder bei der Bestellung eines neuen Vorstands, aufzuerlegen. Daneben finden auf gewerbetreibende Stiftungen einige handelsrechtliche Bestimmungen Anwendung, so dass diese Stiftungen den Vorschriften über Rechnungslegung sowie Arbeitnehmermitbestimmung unterliegen¹¹⁰.

Die bei weitem stärkste Einschränkung erfährt die staatliche Aufsicht in den Niederlanden, wo die Gründung einer Stiftung seit jeher eine rein privatrechtliche Angelegenheit darstellt. Die zwingend erforderliche, aber deklaratorisch wirkende Eintragung erfolgt im Handelsregister der regionalen Industrie- und Handelskammer; eine behördliche Kontrolle existiert weder im Hinblick auf die Errichtung noch auf die fortlaufenden Aktivitäten einer Stiftung. Zwar hat ein Notar grundsätzlich die Rechtmäßigkeit der Stiftungstätigkeit zu überwachen, doch wird er in der Regel nur bei der Gründung oder einer Änderung der Satzung eingeschaltet; eine permanente Aufsicht übt auch er nicht aus. Daneben erfolgt eine gewisse Kontrolle durch die Gerichte, die auf Antrag des Staatsanwalts oder so genannter Beteiligter bei Rechtsverletzungen durch die Stiftungsorgane Maßnahmen zum Schutz der Stiftung ergreifen können. Die staatliche Kontrolle wird damit quasi durch Beteiligte mit mitgliedschaftsähnlichen Befugnissen ersetzt. Beteiligte in diesem Sinne sind die Mitglieder der Stiftungsorgane, betroffene Gläubiger sowie Arbeitnehmer der Stiftung; ob auch anderen Personen ein solches Antragsrecht zusteht, ist dagegen umstritten¹¹¹. Wie in Dänemark unterfallen Stiftungen, die sich in größerem Umfang wirtschaftlich betätigen, gewissen handelsrechtlichen Vorschriften. Dies gilt beispielsweise für die detaillierten Regelungen über Rechnungslegungspflichten, die auf der 4. und 7. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beruhen¹¹².

4. Reformüberlegungen in weiten Teilen Europas

Den gefundenen Ergebnissen ist insofern mit Vorsicht zu begegnen, als sich das Stiftungsrecht in weiten Teilen Europas im Umbruch befindet. Während in einigen Staaten, darunter Deutschland und Spanien¹¹³, das Stiftungsrecht in den letzten Jahren reformiert wurde, wird in anderen Mitgliedstaaten gerade damit begonnen. So wurden etwa in England, Italien oder Frankreich vom Gesetzgeber erste Überlegungen zu einer Modernisierung des Stiftungsrechts angestellt¹¹⁴. Mit Änderungen der stiftungsrechtlichen Vorschriften ist in den kommenden Jahren auch in den mittel- und osteuropäischen Staaten zu rechnen, die beinahe ausnahmslos die ohnehin noch jungen Stiftungsgesetze aus den 90er Jahren überarbeiten wollen¹¹⁵. Diese Reformwelle in der Gemeinschaft ist unter anderem auf einen verstärkten Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen zurückzuführen, der auch vor dem Stiftungsrecht nicht Halt macht. Tendenziell ist daher mit einer weiteren Liberalisierung des Stiftungsrechts,

110 Hansen (Fn. 78), S. 290 ff.

111 Ploeg (Fn. 79), S. 409 ff.; Laarschot/Surmatz, Deutsche Stiftungen 3/2001, 63; Burger/Dekker/Veldheer (Fn. 80), S. 193/197.

112 Ploeg (Fn. 79), S. 413.

113 Fischer, RIW 2003, 278 ff.

114 Richter/Sturm, RIW 2004, 346 ff.; Giorgi (Fn. 68), S. 401; Capitani (Fn. 66), S. 344.

115 Pinter (Fn. 85), S. 291.

gerade auch im Hinblick auf wirtschaftliche Betätigungen von Stiftungen, zu rechnen. Zudem können es sich heute infolge veränderter Marktbedingungen immer weniger Stiftungen erlauben, vollkommen auf Einkünfte durch kommerzielle Tätigkeiten zu verzichten. Die Modernisierung des Stiftungsrechts zielt deshalb häufig darauf ab, Stiftungen die Freiräume zu verschaffen, die sie zu einer effektiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben benötigen. Schließlich hat sich in den meisten Mitgliedstaaten die Ansicht durchgesetzt, dass Stiftungen keine unerwünschte Konkurrenz zu staatlichen Einrichtungen darstellen, sondern letztere aufgrund finanzieller Engpässe auf die Tätigkeit von Stiftungen angewiesen sind.

IV. Zusammenfassung

Gründer einer Gesellschaft im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG sind nicht mehr an die in einem bestimmten Mitgliedstaat – etwa im Staat des effektiven Verwaltungssitzes – offerierten Rechtsformen gebunden, sondern können aus der Vielzahl der in der Gemeinschaft existierenden Gesellschaftsformen diejenige auswählen, die ihren Interessen am besten entspricht. Nach der Gründung einer Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, der die günstigsten Regelungen zur Verfügung stellt, kann die unternehmerische Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat mittels einer Zweigniederlassung ausgeübt werden. Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Geschäftstätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat der Zweigniederlassung ausgeübt wird. Die Mitgliedstaaten haben den Zuzug ausländischer Gesellschaftsformen nicht nur zu dulden, sondern dürfen diesen auch nicht durch eigene Mindeststandards behindern. Mit den Urteilen in den Rechtssachen *Überseering* und *Inspire Art* hat der EuGH eine praktisch unbeschränkte Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht ermöglicht und damit den Wettbewerb der Rechtsordnungen in Europa erheblich verschärft. Grenzen der Rechtswahlfreiheit ergeben sich erst aus dem nicht dispositiven Recht der liberalsten Rechtsordnung¹¹⁶. Ob sich allerdings die Wahl einer anderen Rechtsordnung lohnt, ist in der Regel nur anhand einer Analyse der konkreten Vorstellungen der Gesellschaftsgründer sowie der gesetzlichen Bestimmungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten festzustellen.

Während eine größere Gruppe von Staaten, darunter der gesamte romanische Rechtskreis mit Ausnahme Belgiens, nur gemeinnützige Stiftungszwecke zulässt, erlauben andere Rechtsordnungen auch die Verfolgung privatnütziger Ziele. In wieder anderen Staaten, insbesondere in Dänemark, Schweden und den Niederlanden, wurde die Problematik der toten Hand dadurch gelöst, dass unter gewissen Voraussetzungen vom Stifterwillen abgewichen werden darf, um die Stiftung veränderten Gegebenheiten anzupassen. Kennzeichnend für diese letztgenannte Gruppe sind zudem liberale Regelungen im Hinblick auf unternehmerische Betätigungen. Während in den meisten Mitgliedstaaten eine wirtschaftliche Betätigung gewissen Beschränkungen unterliegt und ausschließlich zur Förderung eines gemeinnützigen Zweckes ausgeübt werden darf, sind in den Niederlanden und den genannten skandinavischen Staaten selbst Unternehmensselbstzweckstiftungen weitgehend zulässig. Auch im

116 *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3587; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 955; *Kleinert/Probst*, DB 2003, 2217, 2218.

Hinblick auf Umfang und Intensität der staatlichen Aufsicht zeichnet sich das französische Recht durch besonders restriktive Regelungen aus, während Dänemark, Schweden sowie insbesondere die Niederlande wirtschaftlich tätigen Stiftungen große Freiräume gewähren. Die Tatsache, dass gerade in diesen Staaten nicht nach Ersatzformen für die Stiftung gesucht wird¹¹⁷, deutet ebenfalls darauf hin, dass das dortige Recht den Bedürfnissen von Stiftern weitgehend entspricht und ihnen genügend Raum für die Verwirklichung ihrer Vorstellungen belässt.

V. Summary

Founders of a company in the sense of Article 48 (2) EC are no longer limited to the legal forms offered by a certain member state, for instance by the state of the effective administrative seat. Instead, they are now able to choose from the multitude of company forms existing in the Community the one corresponding best to their interests. After establishing a company in the member state offering the most favourable regulations, business activities can be carried on through a branch in another member state. Basically this possibility even exists if the business activity is exclusively exercised in the member state of the branch. The member states have to tolerate the immigration of foreign company forms; they may not even hinder that immigration by setting up own minimum standards. Through the judgments in the cases *Überseering* and *Inspire Art*, the ECJ granted a practically unrestricted freedom of choice in the field of company law, thus substantially intensifying the competition between legal systems in Europe. Limits to the freedom of choice result only from the non-dispositive law of the most liberal legal order. However, only an analysis of the individual interests of the founder and of the regulations in the respective member states can demonstrate whether it is worth choosing a different legal system.

While a large group of states, including all the Roman law systems except for Belgium, permits only non-profit purposes of a foundation, other legal systems also permit private interests. Other states, particularly Denmark, Sweden and the Netherlands, have solved the problem of the “dead hand” by allowing deviations from the founder’s will in order to adapt the foundation to changed circumstances. Liberal regulations with regard to business activities are also characteristic for this latter group of states. Most member states subject economic activities to certain restrictions and to the promotion of a non-profit purpose. Nevertheless, the Netherlands and the mentioned Scandinavian states permit to a large extent foundations with the aim of merely promoting the foundation itself. Also in view of the scope and the intensity of the national supervision, French law is characterised by particularly restrictive regulations whereas Denmark, Sweden and notably the Netherlands grant significant freedoms to foundations carrying on business activities. In the latter states founders do not search for legal forms to replace the foundation – a further proof that these national laws correspond largely to the founders’ needs and leave sufficient scope for implementing own ideas.

117 *Hopt/Reuter* (Fn. 65), S. 16.

The Reform of Public Benefit Law in England

RICHARD J. FRIES

I. Introduction	135	1. Sport	151
II. The Existing Common Law Basis for Public Benefit	136	2. Human Rights	151
III. Charity and the Charity Commission	137	3. Recreational Charities Act (RCA) 1958	151
IV. The Origins of Reform	139	4. Religion	152
V. Charity: the Imperative for Reform	140	5. Animals	152
VI. The Common Law Determination of Charitable Status	142	XI. The Provisions of the Bill: Public Benefit	153
VII. The Reform Process	144	XII. The Provisions of the Bill: New Purposes	156
VIII. The Evolution of the Charities Bill	147	XIII. The Charity Commission and the Charity Appeal Tribunal	157
IX. The Provisions of the Bill: Charitable Purposes	148	XIV. Conclusion	158
X. The Provisions of the Bill: the Case Law Approach	150		

I. Introduction

The concept of public benefit lies at the heart of English non profit law – charity law. There have been calls for reform – modernisation – for many years and this is now in the process of being realised through the Charities Bill published at the very end of 2004. A number of features have made this a long drawn out and indeed controversial process, the outcome of which is, at the time of writing, still subject to the vagaries of the political process. First, charity, though deeply engrained in the British way of doing things, has long aroused political controversy, both in general terms, concerning the proper relationship between the responsibilities of the State and citizen action, and specifically in relation to the charitable status of certain institutions, in particular “public schools“, as the independent school sector is known. (That “elite” schools such as Eton and Winchester have the benefits of charitable status, including valuable tax relief, has long been an affront to the political left – and the issue is inevitably attracting a disproportionate amount of attention in the process of developing the provisions in the Charities Bill.) Secondly, charity law is rooted in the common law tradition and both commitment to its “eternal verities” (as one leading charity lawyer put it, only partly tongue in cheek!) and the sheer technical difficulty of reforming the law made over centuries by court judgements have discouraged reform. But in the last 10 years the case for modernisation has gradually overcome political and professional reluctance.

II. The Existing Common Law Basis for Public Benefit

It should be noted that the title of this article is correct in referring to the law in England, or nearly so, since there is a single charity law jurisdiction covering England and Wales. (With apologies to Welsh colleagues this article will continue to use the shorthand of English to cover the whole jurisdiction.) The point is that the United Kingdom is (though the word is unpopular in certain quarters) a federation of different jurisdictions with different traditions and political systems (being reinforced through the devolution process which has, for example, led to the establishment of the Scottish Executive answerable to the Scottish Parliament). Charity law in Scotland and Northern Ireland is separate from that in England and Wales. Both are undertaking reforms in parallel to that in England; but, save to say that the basic principles and issues are similar, it is beyond the scope of this contribution to address them here.

England has of course a long tradition of what is now often called “not-for-profit organisation” – though the expression “voluntary organisation” has more resonance in England than “not-for-profit” (which has an American ring to it). Many charitable institutions – hospitals, schools (like Eton and Winchester!), orphanages and so on – have ancient roots. The common law basis which gives them their legal security – and tax advantages – has grown up over centuries. Most of the fascinating twists and turns of charity law over the centuries can be ignored for present purposes; but a couple of highlights must be described both to set the context for the reform process now and because they continue to be part of the present legal process. These are the Charitable Uses Act of 1601 (the “Statute of Elizabeth”) and the Pemsel judgement given in an 1891 House of Lords case by Lord Macnaghten. (The fact that key elements of the present law on charity are over 100 and 400 years old may symbolise the case for modernisation!).

The 1601 Act was part of the reform process undertaken in the aftermath of the Reformation, and the dissolution of the monasteries, with their contribution to social welfare provision. It was designed to ensure that the resources locked in charitable trusts were devoted to their proper charitable purposes. The essence of the legal concept of charity, then as now, is that a charitable purpose serves the public interest. How that is determined is of course the central issue behind charity law and its reform. All that need be said of the 1601 Act here is that it set out a list of purposes accepted in law as charitable in a preamble to the Act. That Preamble has continued to form the basic statement of charity ever since 1601. It is not a definition of charity; rather it is a list of the main examples of charity as adopted by the Elizabethan Parliament (and Elizabeth herself). The fact that the concept of charity is open-ended, and changes (by court determination) over time, is at the heart of the common law approach. The precise authority of the Preamble is itself an issue in charity law and its reform. The list does not need to be set out here – even in modernised language it reads quaintly, including, alongside the natural issues like “the relief of aged, impotent and poor people”, “the marriages of poor maids”. It is sufficient to note that the Preamble set a framework for the development of public benefit purposes accepted as charitable in law.

The scope of charity in law exercised the courts a good deal in the 19th century, as philanthropy played a major role in society's response to the new challenges which the Industrial Revolution created. Charity had been through ups and downs during the 17th and 18th centuries – Mortmain legislation in particular had sought to prevent the diversion of property into charity through bequests. 19th century reforms, led by the reforming Lord Chancellor, Lord Brougham, sought to free resources locked into old charitable trusts and constrained by both the rigidity and inertia of the Chancery Court, responsible for overseeing charity. Providing a modern statement of the scope of charity as it had grown up over the centuries since 1601 was a task undertaken by the courts (rather than the government or Parliament) and culminated in Lord Macnaghten's judgement, setting out four "heads" of charity. These are: relief of poverty; advancement of education; advancement of religion; and other purposes beneficial to the community. This classification is accepted as the basis for charity law now. The significance of this is that, though many charitable purposes, like meeting health needs, are subsumed under the "catch-all" 4th head, only purposes falling under the first three heads are presumed to be charitable. Thus under the law as it now is an organisation aiming to tackle poverty or provide for education or religion is presumed to be charitable, that is, for the public benefit, while organisations set up for all other purposes have to demonstrate that they serve the public benefit. This distinction is a key reform issue – its significance and the debate it has provoked will be discussed in detail later in this article.

III. Charity and the Charity Commission

As already noted the essential feature of charity in law is public benefit; but it is only one of several necessary conditions which must be satisfied to obtain charitable status. Before discussing these it is worth emphasising the distinctive feature of the common law basis for public benefit, namely that purpose overrides other characteristics. Whether an organisation has the legal form of association, trust or company (or indeed any of the other available forms such as being established by charter or by act of parliament) the key distinction is between bodies which are charities because their purpose is charitable, is for the public benefit, and those whose purpose is essentially private, for example for the benefit of its founder or family or for a closed group of members.

The other key necessary conditions which a body must meet to be accepted as a charity are independent governance through its trustees, and that they are not remunerated nor share in the proceeds of the body. These requirements reflect the trust law basis for charity, which applies whether the body is a trust in form or, more commonly, has some other form, in particular that of company limited by guarantee. Thus the directors of a charitable company are also charity trustees whose duty as trustees is to act independently in the best interests of their charity (or "trust"). (These trust law principles, which can be applied flexibly, for example to enable users, for example housing association tenants, to be trustees, in effect form the basis for the non-governmental, non-profit nature of the charitable sector. There is no space here to elaborate on the details, and on the policy issues arising; but it is worth noting that

as part of the reform of charity law a new status of charitable incorporated organisation (CIO) is being created to relieve charities seeking incorporation – desirable to limit the liabilities of their trustees – of the complication and inconvenience of dual regulation as both companies and charities.)

One consequence of trust status which might also be noted, not least because the reform process does not address it, is the fact that charities cannot have political purposes. Trusts in common law are ultimately enforced by the courts. The courts have taken the view that political purposes, interpreted as purposes designed to change the law or public policy, are the business of parliament not the courts. This was reaffirmed as “recently” as 1982 in the Amnesty case, in which it was determined that Amnesty could not be accepted as a charity because its purpose, campaigning for human rights, was, in this wide interpretation, political. (The reason why the issue has not been tackled in the law reform process is that the Charity Commission has become increasingly permissive in allowing political activities in pursuance of “non-political” charitable purposes and furthermore has accepted that, as a result of the incorporation of the European Convention on Human Rights into British law through the Human Rights Act, purposes concerned with upholding human rights can be regarded as charitable. The reform proposals discussed below are based on this approach.)

Intimately linked to the law on charity, and indeed a principal part of the reform process, is the Charity Commission – strictly speaking, the Charity Commissioners for England and Wales (one of the technicalities for reform is the fact that the Charity Commission has no separate legal existence apart from the five Commissioners to whom the Charities Acts entrust powers!) The Commission was established in 1853, after many years of debate, to act on behalf of the Chancery Court. The intention was to provide speedy and economical access to legal process, in particular to enable charitable trusts in need of modernisation to have their constitutions amended without the expense and delays endemic in Chancery (as memorably described by Charles Dickens in *Bleak House*).

Although developed through a series of statutes, in particular the Charities Acts of 1960 and 1992, consolidated into the present Charities Act 1993, this “quasi-judicial” function of the Charity Commission remains important. Thus, while the Commission is described as the regulator of charity, this is at best a shorthand, and can give a misleading impression of the nature of the Commission. This is very important so far as the reform process is concerned. The powers the Commission has to investigate abuse in charities and take remedial measures is certainly a core function, but in relation to the reform of public benefit the Commission’s responsibility for determining charitable status is more relevant. This dates from the major reform of the Commission in the 1960 Act, which established the Register of Charities. Since that legislation charities based in England and Wales (with limited but complicated and important exceptions – being reformed in the new Bill) are obliged to register with the Commission. Thus the determination of charitable status, authoritative in law subject to (rare and expensive) appeal to the courts, is the responsibility of the Charity Commission.

IV. The Origins of Reform

In the 19th century the role of the State in providing social services was limited. Philanthropy filled the vacuum in many ways (including the flourishing mutual movement of “friendly societies” and the like – a movement which is being revived now). Relief of poverty, as policy developed over the century, was consciously met through coordination between public “poor law” provision and charitable provision, organised under the umbrella of the Charity Organising Society (which continues to exist as the Family Welfare Association). The growth of professional social services (and the decline of the religious objective) culminated in the creation of the Welfare State in the 1940s which established statutory services responsible for meeting a range of need. This reflected concerns about the adequacy of relying on voluntary charitable provision, and in some political circles a hostility to the demeaning nature of charity, as distinct from entitlement. (This account is of course very simplified – charities remained important in many spheres after the creation of the Welfare State, for example in education and services for children; but it sets sufficient background for present purposes.)

Under the Welfare State charity was seen as filling an important but essentially supplementary role – tackling issues which the State did not take on. The 1960 Act arose out of the report of the Nathan Committee of 1952, designed to modernise the legal and institutional basis for charity in this Welfare State context. In not only establishing the Register of Charities but including within its scope all charities whatever their institutional basis, thereby bringing onto the register, and the purview of the Commission, charities dependent on fundraising as well as endowed charitable trusts, the Act for the first time created a comprehensive legal and regulatory framework for the charitable sector in England and Wales. Although for a number of years this framework, especially from a regulatory point of view, was not actively developed, even neglected, it provided the basis and stimulus for the present reform process.

The 1970s saw the beginnings of a radical shift in the relationship between state and charitable (voluntary) provision, reflecting among other things decline in confidence in the ability of statutory services to meet local needs in a personal responsive manner together with increasing belief in the value of citizen and community involvement. (These are pronounced features of present government policy of “active citizenship” and “civil renewal”.) Within government a dedicated unit, the Voluntary Services Unit, was established as the focus for government relations with and policy on voluntary action and organisation. (This has become a department in its own right as the Active Communities Directorate in the Home Office now.)

In the mid-70s both the House of Commons Expenditure Committee and an independent Committee set up by the National Council of Social Services (NCSS) chaired by Lord Goodman examined the basis of charity law. The Expenditure Committee recommended that all charities should be required to satisfy the test of being beneficial to the community. In a minority report one member of the Goodman Committee, Ben Whitaker, made a similar recommendation, but the majority report focussed on the need to improve the Charity Commission and modernise the description of the scope of charity by setting out new guidelines for the meaning of

charitable purposes. These reports were not taken up by government but provided a backdrop as recognition of the need for reform grew.

In the first place, however, the antiquated state of the Commission became the more urgent focus for reform. Critical reports by the parliamentary National Audit Office and Public Accounts Committee prompted government action. Thoroughgoing modernisation of the Commission was started on the basis of a Scrutiny Report undertaken by Sir Philip Woodfield, a distinguished retired civil servant. Administrative modernisation, including the computerisation of the Register of Charities, on the basis of a substantial increase in resources, was supported by strengthened powers in the 1993 Act. The focus of the Commission, while continuing to be based on the general responsibility to promote the effectiveness of charity, was placed more clearly on supervision, with more systematic reporting requirements on charities and stronger investigation powers. Neither the (common) law on charitable status nor the Commissioners' own constitution were affected.

The need to address the legal basis for charity was put back on the active political agenda by a new review established by the National Council for Voluntary Organisations (NCVO, the successor to NCSS), chaired by Professor Nicholas Deakin, to examine the future of the voluntary sector. This was prompted in particular by the growth (and threat) of the "contract culture" under which many charities were becoming increasingly dependent on grants and contracts from public bodies. In its report published in 1996 the Deakin Commission endorsed the validity of charity law as the basis for the legal environment but called for the reform of the definition of charitable status on the basis of a single requirement based on benefit to the community.

This recommendation was picked up by the then (Conservative) government and the Charity Commission, which had launched a systematic review of the Register of Charities, aimed at testing the legal basis for the scope of the register as inherited in 1960 and developed piecemeal in subsequent years. Following the change of government at the 1997 election enthusiasm for law reform declined for some years, but the review of the Register gathered pace with consultations on a range of general issues, like independence and the public character of charities, and specific issues like charitable status for urban and rural regeneration and relief of unemployment. While continuing to operate under the umbrella of the four Pemsel heads of charity the Commission in effect developed a range of new, or newly articulated, charitable purposes. (This process was not without its critics in the charity law world. In particular the author of a leading charity law textbook, Hubert Picarda, castigated the consultative approach of the Commission as introducing a populist subjective element into what should be a legal process of determining charitable status.)

V. Charity: the Imperative for Reform

That a 400 year old legal system might be in need of reform may seem self-evident, however effective the evolutionary process of development and however strong the reluctance of common lawyers to allow interference from non-lawyers, even through parliament. The frustration with the Charity Commission, noted above, created a

body of support for reform in the face of the uncertainty, expense and delay which people committed to voluntary endeavour in public policy issues all too often experienced. (It is a sad irony that the organisation set up to cut through the expense and delays involved in the Chancery Court fell victim to the same malaise.) The administrative reforms of the 1990s were designed to tackle these problems; but the central issue of what constituted charity and how it was determined remained unresolved and the Commission's own review of the Register was acknowledged to be only a ground-clearing process, innovative but lacking the authority for real reform. The review in any case highlighted the obvious fact that there was a wide gulf between the legal scope of charity and the popular concept. While the public at large, or at any rate those public spirited enough to give money to charity (say a third of the population), realise that charity goes beyond relief of poverty, most did not realise that institutions like the Royal Opera House (Covent Garden) were charities, and those who did thought this an affront (hence the controversy over the charitable status of well-endowed public schools). Public confidence in charity as such was at risk.

Of course before reform is undertaken the prior question is whether to preserve charity as a legal system at all. There have consistently been voices advocating its replacement by an entirely new not-for-profit legal system. (The most surprising instance of this was the independent working group set up under the chairmanship of a retired Senior Law Lord when the government review process was established. It found no resonance.) A number of factors have meant that the abolition of the legal concept of charity has never really become a serious option. The concept of charity, and the general public's response to it, is deep rooted in the British way of life. (A former Chief Commissioner adopted the slogan "It's for Charity" for the Charity Commission, catching the notion that law and regulation should serve the public's instinctive commitment to charity as "doing good".) Organisations seeking support put a lot of value on being able to claim that they are charities. This public support is reinforced by the universal commitment of charity lawyers to the common law system of charity, arguing that its flexibility is far preferable to the rigidities of a statutory definition. These factors have reinforced the political preference for reforming charity. A principled modernisation of existing law is less problematic than an attempt to redefine what constitutes the public interest from scratch. But the risk to public confidence created by the gap between the 1601 Preamble and the Pemsel "heads" and the public understanding of what charity should be in the 21st century had become too great to ignore.

It is also important to be clear about the significance, legal and institutional, of charitable status. Perhaps the fundamental legal importance of the status of charitable trust has been the protection of resources dedicated to a purpose for the public benefit without limitations of time – in perpetuity. This exceptional privileged status was of course at the heart of mortmain. Perpetuity continues to be a basic principle of charity law, extending to charities using resources obtained from other sources than endowments which were the original basis of charitable trusts. In the modern world however it is the tangible advantages of charitable status which are at the forefront of debate. The most obvious, and for many charities the most important, benefit of charitable status is the range of tax advantages which it brings. The details need not concern us here; but the basic principle that any body which is in law a charity is

entitled to the relevant tax privileges in virtue of that status is a fundamental feature of charity law established as the modern structure of taxes were developed. (Pemsel was a tax case.) What is distinctive, and valued, in the English system is that the legal status of charity, a basic part of the law, is determined by the courts and, on their behalf, the Charity Commission (a body independent of the tax authorities). There have been suggestions from time to time that the automatic link between charity and tax should be severed (the Duke of Edinburgh made complicated proposals on this issue in his Goodman lecture in 1994!); but the charitable world has campaigned vigorously against any division of charity into more or less deserving. Government has, with greater or lesser enthusiasm, accepted this, for example in the review of charity and tax carried out in the 1990s. The consequence has of course been that the case for review of charity law and its appropriateness in the modern world has become increasingly important to Government, and especially the Treasury given the tax diverted from the Exchequer to charities by this link.

As noted above the “reputational” benefit of being a charity is of great public importance. There are two tangible consequences of this. In general public fund-raising is aided by being able to claim charitable status. And more specifically many grant givers (trusts and so forth) either have more confidence in, or are legally restricted to, making grants to charities. Although not strictly affected by these considerations in practice the creation of the National Lottery as a major source of funds for “good causes” has been an additional factor in leading philanthropic organisations, often small community groups, to seek charitable status to facilitate grant applications and meet the accountability requirements involved.

Part of the value of “registered charity” status is the confidence that it gives in the trustworthiness of the body concerned. That mere confirmation of legal status as a charity does not itself carry any guarantee of effectiveness or even integrity has been the fundamental drive for the reform of charity regulation. That goes beyond the scope of this article; but the need to reform the Charity Commission and the oversight of charities has been as important, indeed more urgent, a part of the reform process. Public confidence in the integrity of charities is essential. Alongside that the increasing importance of charities as public service providers in partnership with government has made promoting the effectiveness of charities an increasingly important part of policy across government. Although in principle separate from charity law reform it is part and parcel of the process, and accounts for substantial parts of the Charities Bill.

VI. The Common Law Determination of Charitable Status

As this article has emphasised the common law involves an open-ended developing approach to charity. There can in principle be no comprehensive definition of charity. One can indeed say that whether an unusual issue comes within the scope of charity is a “creative” legal issue of determination, rather than a process of examination and analysis of the definition. The Preamble to the Charitable Uses Act 1601 is the starting point. Purposes which fall within the objects set out in the Preamble are charitable. But that is only the beginning of the process for determining whether an

organisation has charitable purposes. Lord Wilberforce expressed the process in the following terms in his judgment in the case of the *Scottish Burial Reform and Cremation Society v Glasgow Corporation* (1968)¹:

“What must be regarded is not the wording of the preamble itself, but the effect of decisions given by the courts as to its scope, decisions which have endeavoured to keep the law as to charities moving according as new social needs arise or old ones become obsolete or satisfied.”

How this process of interpretation and development actually operates is at the heart of the common law process, and therefore vital to its modernisation. The approach to be adopted has been described, by the courts, by commentators and, in recent years importantly by the Charity Commission, in a number of ways. As Hubert Picarda put it: “from the start the courts have discussed whether a particular purpose is or is not within the equity of the [Preamble] or its spirit and intendment”. What this means is that the scope of charity has developed by reference to the Preamble, but not by literal reference. (The “spirit” not the “letter” of the Preamble, one might say.) It also means that it is not sufficient to show that a purpose is beneficial to the community (or, as it is sometimes put, “of general public utility”); some connection to the way the scope of charity has been developed from the Preamble has to be shown. (That is what the “equity of the Statute of Elizabeth” means.) A more modern way of expressing this – critical to the attempt to modernise the common law of charity through legislation – is, to quote the Charity Commission’s publication on “Recognising New Charitable Purposes” (RR1A):

“Purposes are charitable which fall within the objects set out in the Preamble or have been held to be analogous to those objects.”

In recent decades it has inevitably been the Charity Commission which has been most active in determining what constitutes charity in the changing circumstances of the modern world. With the requirement to register with the Commission court cases over the scope of charitable status have become rare. The Commission’s role, if not its authority, has therefore become central. The Commission claims the same powers as the courts in determining charitable status, including deciding on new purposes taking into account changing social and economic circumstances. Thus it follows the principles laid down by the courts; but it has emphasised for a number of years that it has aimed “to take a constructive approach in adapting the concept of charity to meet constantly evolving social needs and new ideas through which those needs can be met”. (Annual Report 1985)

The Commission has put analogy at the heart of its approach.

“Broadly, the general practice... is first to determine whether the novel purpose is analogous with either a purpose set out in the Preamble or to charitable purposes as decided by the courts. The second step is to decide whether that purpose results in a benefit to the public as recognised in charity law.” (RR1A, para 19)

It goes on to comment that the process of analogy may run through previous decisions, by the Commission as well as the courts. It argues that this “chain” of analogies back to the “equity” of the Preamble “provides sufficient flexibility to

1 *Scottish Burial Reform and Cremation Society v Glasgow Corporation* [1968] A.C. 138.

keep the concept of charity and the recognition of new charitable purposes in pace with the changing needs of society” (RR1A, para 21). The Commission does acknowledge however that Lord Wilberforce, in the judgment cited above, saw no need for following specific analogies in order to recognise new charitable purposes. Other judgments are consistent with this; but the need to have some criterion or process for determining novel charitable purposes other than the judgment of whether they are beneficial to the community continues to be regarded as important. This links with the fact that the Commission only has the authority of the common law as interpreted by the courts for its decisions. Given the uncertain, even subjective, nature of what constitutes the public benefit it is natural that the Commission should seek to hold onto an external reference point.

The Commission may nevertheless claim to have lived up to the aim it set out in its 1985 report of adopting a constructive approach to novel purposes. This followed the Commission’s decision (in the face of opposition from Inland Revenue) that the promotion of racial harmony should be accepted as charitable. This was an important decision since the problems of a multi-ethnic community were (relatively) new, and certainly not recognised in the Preamble. Furthermore a court case in 1949 (*re Strakosch*)² had held the appeasement of racial feelings between ethnic groups to be political and too vague to be a charitable purpose. The fact that since 1949 Parliament had passed legislation for this purpose enabled the Commission to regard it as settled public policy and no longer, within the wide definition of charity law, “political”.

Since the 1980s, and in particular in the context of the review of the Register, the Commission has accepted many novel purposes as charitable. Notable examples include the promotion of ethical standards in business and corporate responsibility and fair trade.

VII. The Reform Process

Of the recommendations of the Deakin report referred to above charity law was the last to be tackled. The National Council for Voluntary Organisations (NCVO), which having set up the Deakin Commission was committed to following its recommendations through, concluded in 1998 that action was necessary to drive forward charity law reform. It set up a charity law reform advisory group which produced a consultation document published at the beginning of 2001 to assess “whether the law on charitable status needed to be amended to ensure a good fit with today’s circumstances”. It noted that government had not responded to calls for change made from the Goodman Committee to the Deakin Commission. It regarded the need for an effective modern legal basis for charitable activity, giving security to charities and confidence to the giving public, as self-evidently important – and, against the background of reform proposals, not self-evidently provided by the 400 year old inheritance of common law. It attributed the government’s reluctance to the complexity of the law and the contentiousness of reform “in some quarters” (a

² *Re Strakosch* [1949] Ch. 529.

guarded reference to the political controversy to be expected – and subsequently realised! – from opening up the issue of public schools).

The NCVO review consulted widely on the need for and scope of reform. While some argued for quite fundamental changes there was virtually no support for abolishing the legal concept of charity. The group's report concluded that charitable status should be preserved and that, while the law was complex, simplifying it ran the risk of reducing the flexibility which is one of its strengths. Its main recommendation was a stronger public benefit test applying to all charitable purposes (i.e. removing the presumption of public benefit in respect of poverty, education and religion). It proposed that this should be "grafted onto the law by means of new legislation, avoiding the problems which would arise if existing case law became redundant". The underlying concern which the group addressed was neatly encapsulated in the phrase the well-known charity lawyer Andrew Phillips (Lord Phillips of Sudbury) used in evidence to the review, that "we are currently experiencing the worst of all worlds – no statutory definition and no common law updating". The point is that the flexibility which makes the common law approach preferable to the rigidity of a definition of charity in statute is not realised in the absence of active court action to move charity forward, as Lord Wilberforce put it in the judgment quoted above. Unlike Lord Phillips, who sought a mechanism for increasing the number of cases brought to the courts, the review preferred to put greater emphasis on the role of the Charity Commission (and the courts) in determination of charitable status, though without making specific recommendations for how the law should be changed. They did note that the Commission's powers were limited because it "cannot make decisions which are counter to precedent nor innovate in a way which is not supported by legal argument". They nevertheless regarded the Commission's review of the Register as demonstrating the potential flexibility of the existing legal mechanisms.

The report was launched for consultation at NCVO's 2001 annual conference. The consultation was however overtaken by the government taking up the need for charity law reform. It set up its own wide ranging review of charities and the wider not-for-profit sector, carried out by the Performance and Innovation Unit, subsequently the Strategy Unit, of the Cabinet Office. Government reluctance, if such it was, was now revealed to be delay until it was ready to tackle issues of the basis for the voluntary sector, citizen engagement and their relationship to government and the public sector. The review was one of a number of initiatives, including reviews and resourcing programmes designed to strengthen voluntary action and its contribution to social provision and civil regeneration. Although based at the heart of government the review was undertaken by a mixed team of civil servants and outside practitioners, including a secondee from the Charity Commission and the secretary of the NCVO group, supported by a wide-ranging advisory group. In addition to an elaborate consultation process the review visited and drew on reform processes underway in other common law jurisdictions, notably Canada and Australia. The aim of the review, as announced by the Prime Minister in July 2001, extended to mapping the wider not-for-profit sector (to use the label the review preferred to the customary use of "voluntary sector" in order in particular to embrace social enterprise and entrepreneurial not-for-profit activity) and government strategy towards it. In practice the core of the review was charity law and regulation.

The report, finally published (after rumours of interdepartmental conflict over proposals for a new “public interest company” status, eventually renamed “community interest company”) in September 2002, made wide-ranging recommendations, including extensive proposals designed to modernise charity law. Concluding that the law on charitable status was outdated and unclear its proposals for legal reforms were intended to:

- update and expand the list of charitable purposes;
- require a clearer focus on public benefit;
- encourage entrepreneurialism;
- enable charities to campaign;
- cut red tape.

The Strategic Unit (SU) report identified a number of problems with the existing law on charitable status. It started from the premise that the distinction between voluntary bodies serving the public interest and those with a predominantly private purpose was important; and that charity law made that distinction and should therefore be preserved but put on a modern footing. It saw value in the public credibility of charity and thought it important that the law should state clearly what constituted charity in the 21st century. Just in terms of public understanding, and therefore confidence, the 4 Pemsel heads of poverty, education, religion and other beneficial purposes should be replaced by a fuller, more up to date definition. (The report described its proposal as a definition, though it is to be emphasised that it ended with the Pemsel “4th head” catch all of “other purposes beneficial to the community” – a leitmotiv of recommendations to modernise the common law.) The report aimed to retain the flexibility of charity law to evolve as social and economic circumstances change while providing better ways of keeping the law up-to-date. And it adopted the NCVO group’s recommendation that there should be a clear test of public benefit, emphasising the public character of charity. It proposed a new ten purpose “definition” of charity with the public benefit test to be applied by the Charity Commission. It left open whether the test itself should be defined in legislation or left to the case law approach (though commenting on the difficulty of defining public benefit and the uncertainty which abandoning the case law approach would create).

The report made extensive recommendations for strengthening the Commission (the flavour of which can be gleaned from its proposal, quickly abandoned, to rename the Commission the Charity Regulation Authority), together with recommendations to strengthen alternatives to charity and to modernise the law relating to charities themselves (including the creation of a new institutional form for charities, the Charitable Incorporated Organisation). So far as relevant to the reform of public benefit these can best be discussed in relation to the provisions of the Charities Bill drafted to give effect to the SU report.

One issue should however be dealt with here since it was a significant issue in the reform debates up to the SU review but dismissed by that report not to resurface. This is the radical idea, promoted among others by Geoff Mulgan as head of the think tank Demos (and when the SU review was established a senior member of the Unit and close adviser to the Prime Minister), that charitable status should attach to the public benefit activities undertaken by organisations rather than to the organisation as such through its purposes. The attraction of this is that it would cut through the difficulty of charities having to have exclusively charitable purposes (so that they

cannot get the tax and other benefits of charitable status through charitable purposes while engaging extensively in non-charitable activities). The SU report dismissed this as undermining the independent discretion and flexibility charities should enjoy in how to meet the public interest in fulfilling their charitable purposes. This is an important point. Charity should reflect the sphere of public interest issues and define the space within which citizens and citizen organisations should be encouraged to contribute on their own initiative, commitment and judgment to the well-being of the community.

VIII. The Evolution of the Charities Bill

Over two years elapsed between the publication of the SU report and the introduction of the Charities Bill into Parliament. This time was taken for an unusually thorough consultation process. Besides the technical novelty and difficulty of legislating for common law, the government was clearly anxious to build a consensus for the process and indeed the need for modernisation. In this it had the full support of NCVO, campaigning for the Bill as an urgently needed part of the reform of charity. Charity lawyers were more sceptical, fearing that legislation might damage a system which, while undeniably complex, had in the view of many stood the test of time. The only intervention of legislation in the determination of charitable status (disregarding the 1601 Preamble) was the unhappy precedent of the Recreational Charities Act 1958, passed to correct the consequences of a court judgment and demonstrating the problems arising from the rigidities of statute law. And, while the general public, however charity-minded, remained untroubled by the reform agenda, the public school lobbies, for and against, were watching attentively.

It is not necessary here to discuss the details of the consultation process: so far as necessary this can best be done in discussing the provisions in the Bill as finally presented. It suffices to describe the steps from the SU report to the final (or “real” as it was called!) Bill. The government invited comments on the SU report by the end of 2002. There were over 1000 responses and the Home Office published the government’s intentions in July 2003, promising the publication of a draft Charities Bill to give effect to them as soon as possible. The key note of the response, which largely endorsed the SU report’s recommendations, was to “highlight the public character of charities” with an emphasis on effectiveness and public confidence. One significant change from the SU proposals was the addition of two more charitable purposes, bringing the total to 12.

The draft Bill was published in May 2004 for consultation and in particular for scrutiny by a Joint Committee of both Houses of Parliament. This device of having a Bill examined in this way has been adopted occasionally in recent years, particularly where, as in the case of the Charities Bill, the legislation deals with a technically complex area of law. It also allowed the government to test the political climate over controversial issues arising in the Bill. In his foreword the then Home Secretary, David Blunkett, emphasised the importance of “creating a modern legislative framework ... which will enable the [voluntary and community] sector to operate in a dynamic and innovative fashion”. While stressing that “the UK’s [sic] charity laws ...

are in need of urgent modernisation”, the minister responsible, Fiona Mactaggart, said that “it is important that charities are properly regulated and that the public has confidence in the system”. Thus, while the government had dropped the SU’s overt reference to the Charity Commission as the “Charity Regulation Authority”, the regulatory purpose of the reforms remained strong. The principles of accountability and the basis on which charities should be “regulated” (if that is appropriate at all for bodies whose legal independence – from government and all other external agencies – is a fundamental, indeed constitutional, principle) deserves (and needs) an article in its own right. It is something with which the Charity Commission has wrestled throughout two decades of modernisation. The modernisation of the law on charity can, in principle, be considered separately from the provisions dealing with the Commission’s role and especially its regulatory powers. But they do interconnect, for example in the nature of the tests the Commission is expected to apply in determining public benefit; and it is important to remember that stronger regulation is part of the government’s agenda alongside “capacity building” and other measures to strengthen the sector.

The Scrutiny Committee, consisting of 12 members of the House of Lords and Commons, with Alan Milburn MP (taking a brief respite from ministerial office) as chairman, set to work immediately, calling for evidence and comments on the Bill and setting up hearings. It received some 300 pieces of written evidence and held eight sessions taking oral evidence from the Home Office, Charity Commission and a wide cross-section of sector representatives. It published its report, with 52 recommendations, at the end of September 2004. Its proceedings, and report, dealt comprehensively with the Bill; but much of the focus was on the determination of charities and public benefit. Controversy over charitable status for public schools, and the approach the Commission would adopt in testing public benefit, occupied a good deal of the Committee’s time and attention. Indeed, the question of what difference, if indeed any, the removal of the presumption that organisations coming under the first three Pemsel heads (poverty, education and religion), a cornerstone of reform proposals from the NCVO report onwards, would make provoked what the Committee called the “deeply unsatisfactory” situation where the Home Office and Charity Commission appeared, in the Committee’s view at least, to interpret the Bill’s provision differently. This central issue is addressed below.

IX. The Provisions of the Bill: Charitable Purposes

All involved in the details of the reform process are agreed that the Bill should provide a modern framework setting out clearly the proper scope of charity for the 21st century. The provisions have to meet two requirements: they must underpin the common law case law basis for charity; and they must provide an appropriate public benefit test. Developing the common law through legislation to meet these ends is technically demanding and it is not surprising that differing views, about the existing law and its interpretation, as well as the impact of the proposed provisions, have been expressed during the consultation process. This essay will only focus on those which seem, to this observer at least, to be the most important.

The Bill creates a new definition of “charity” as bodies “established for charitable purposes only” (clause 1(1)(a)). (There are technical issues about the definition of the bodies covered by the Bill but these can be ignored here.) Clause 2 defines “charitable purposes”, namely having a purpose which is charitable (subsection (2)ff) and meets a “public benefit” test (clause 3 ff). Four aspects of this definition need to be discussed: the definition of charitable purposes; the retention of the case law approach; public benefit; and provision for new purposes.

Given the commitment to preserving the flexible open-ended basis for the scope of charity drafting the framework describing charitable purposes is relatively easy, at least in the sense that it does not purport to be a closed comprehensive definition of charity; rather it is a modern equivalent to the 1601 Preamble, a recitation of the main purposes recognised as charitable now. If issues are omitted they can be swept up under the catch-all “other purposes beneficial to the community” concept. The aim from the SU review on has, however, been to provide a modern “redefinition” and indeed modernisation of charity and there has therefore been a good deal of discussion and development of the “definition” from the original 10 purposes proposed in the SU report. Indeed, one might say that there has been some ambivalence right from the SU Report, which stressed that “the new purposes ... are not designed to be an exhaustive list”. But it also stated that “the wording [of the 10 purposes] is carefully chosen to avoid inadvertently excluding organisations that are already charitable”.

The idea of restating charitable purposes for modern society has a long history – the Goodman approach of 1974 has already been referred to, and the Australian Inquiry into the Definition of Charities and Related Organisations, which appeared while the SU review was being set up, paved the way for a 21st century framework. The list of 12 purposes with which the final Bill has ended up were subject to significant debate and qualification. Some of these need to be discussed briefly, particularly in relation to the question of whether the 11 substantive purposes are a modern statement of where the law now stands or whether, as the SU report explicitly intended, they “remove current anomalies” (para. 4.14) in relation to sport and human rights. As set out in clause 2 of the Bill as introduced the purposes are:

- (a) the prevention or relief of poverty;
- (b) the advancement of education;
- (c) the advancement of religion;
- (d) the advancement of health (including the prevention or relief of sickness, disease or human suffering) or the saving of lives;
- (e) the advancement of citizenship or community development (including rural or urban regeneration, and the promotion of civic responsibility, volunteering, the voluntary sector or the effectiveness or efficiency of charities);
- (f) the advancement of the arts, culture, heritage or science;
- (g) the advancement of amateur sport (which involves physical skill and exertion);
- (h) the advancement of human rights, conflict resolution or reconciliation, or the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity;

- (i) the advancement of environmental protection or improvement;
- (j) the relief of those in need by reason of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage (including relief given by the provision of accommodation or care);
- (k) the advancement of animal welfare;
- (l) any other purposes [by analogy or within the Recreational Charities Act 1958].

As emphasised above, the agreed purpose of the list of charitable purposes is to set a modern framework within which the case law approach of common law could continue to be applied. This is achieved by specifying in the Bill that the terms in which the purposes are expressed are to be given the meaning they have under the existing law (clause 2(5)). Thus the inheritance of charity law as developed by the courts and the Charity Commission from the 1601 Preamble is preserved. A general comment may be made before moving on to comment on specific purposes.

It will be recalled that the SU report emphasised that its list of 10 purposes corrected anomalies in the existing law. It identified these as sport and human rights, conflict resolution and reconciliation. The government's response confirmed this intention, stating that the list should not "exclude any purposes which are currently charitable" and accepting that existing uncertainties should be resolved (Home Office response, para. 3.13). The Bill achieves this by setting out qualifications and clarifications (clause 2(3), relating to a range of issues including health, sport, regeneration, civic responsibility and housing – incorporated in the list as set out above) as well as adding two purposes. In the Bill the wording of clause 2(5) allows for the possibility that the list of purposes includes terms which go beyond existing law. The way in which this applies to the SU's concerns is considered below. It may be observed, however, that the interpretation of existing charity law, dependent on assessment of the application of a collection of judgments given over many years in specific circumstances is a technical and complicated activity. It does not yield consensus on charity. How the law develops will depend very much on the approach the Charity Commission adopts and the impact of the new Charity Appeal Tribunal (CAT) to be created under the Bill. (More is said on this later.)

X. The Provisions of the Bill: the Case Law Approach

Most of the charitable purposes listed in the Bill are pretty clear and well established in charity law. In addition to the three purposes of poverty, education and religion, purposes like health, disability, arts, heritage and the environment have long been accepted as charitable and can easily be related to the 1601 Preamble whatever criterion of analogy or the like is used. (The removal of the presumption of public benefit from the first three purposes raises different questions, considered below). Here comment is made only on a few specific issues, which will serve also to exemplify the interpretative issues which arise under existing charity law.

1. Sport

The inclusion of the advancement of amateur sport was one of the anomalies identified by the SU report. Many sporting bodies have charitable status, but not in their own right, for example bodies which provide sport for “deserving” categories like the disabled or young people. Attempts to get sport recognised as charitable in its own right, to which the Charity Commission responded sympathetically, foundered on the interpretation of the leading case concerning sport (*re Nottage*)³, which concerned yachting and held that the provision for sport as such could not be regarded as charitable. This is widely regarded as a narrow, if not downright erroneous decision, but the fact that the Commission felt obliged to follow it highlights the uncertainties over the authority the Commission has to move the law forward, at any rate in the face of old court judgments.

Initially the government, which had set up a special category of tax exemption for amateur sporting bodies outside charity, included the advancement of sport in the Bill’s list of purposes, but made it clear that the term was not subject to the existing interpretation of the law. In the final Bill this qualification is removed and provisions added modernising the purposes of the Recreational Charities Act, which is relevant to sporting bodies in covering any organisations which provide, among other things, sports facilities for the community. Presumably the government believes that the inclusion of these provisions will enable the Commission to draw a more generous line around amateur sporting bodies than hitherto.

2. Human Rights

After the consultative period the Bill includes not only the advancement of human rights, conflict resolution or reconciliation, as recommended by the SU, but also the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity. This reflects concern that the existing law, in particular the constraints on “political purposes” (extending to purposes concerned with changing the law or government policy), unduly limited the scope of charitable purposes in the human rights field. The Commission, as noted above, had used the flexibility of the law to embrace issues concerning racial harmony back in the 1980s, and had adopted human rights, albeit on what some considered to be too limited a basis (i.e. human rights as covered explicitly by UK law). The Bill thus includes a clear and extensive provision covering these issues and reinforces the approach of the Commission.

3. Recreational Charities Act (RCA) 1958

The RCA is the only substantive instance in modern times of statute law attempting to define charitable status. It was passed in unusual circumstances, namely to confirm the charitable status of a range of bodies, for example the nationwide network of

³ *Re Nottage* [1895] 2 Ch. 649.

Women's Institutes (WIs), over which doubt had been cast by a House of Lords judgment (*Baddeley v IRC*⁴) which had taken a narrow view of the requirement that to be charitable a body has to serve a sufficiently large section of the public. The RCA had long been regarded as a demonstration of the difficulty of defining charity in statute since its provisions, in attempting as English statute law interpretation requires, to cover community facilities and their charitable beneficiaries comprehensively, quickly proved to be cumbersome and dated. In preparing the final Bill the government has added amended provisions modernising the RCA and covering sports clubs.

4. Religion

Concern was expressed to the Scrutiny Committee that the position of religion was unsatisfactory, particularly in relation to the position of religions not meeting the requirements under the present law of worship of a deity (even though Buddhism is accepted for charitable purposes). The Charity Law Association submitted evidence suggesting a form of words on the lines of:

Belief in a supernatural being, thing or principle and acceptance and observance of certain canons of conduct giving effect to these beliefs.

In finalising the Bill, the government rejected the Scrutiny Committee's recommendation that a definition should be included to make it clear that non-deity and multi-deity groups can satisfy the definition of religion for charitable purposes. It argued that their recognition as charities through Charity Commission registration was well-established and reaffirmed its view that there was no need for a statutory definition. Whether there is no need – or it is simply too difficult to achieve a sufficient consensus on where the line should be drawn between systems of belief accepted as religions, and those not – is open to question. The rejection of the application for the registration of the Church of Scientology by the Charity Commission has tested the existing law recently. Of course, the Bill will require the charity of religious organisations to be tested by removing the presumption that those which met the definition of religion serve the public interest. The new requirement for religious bodies to show positively that they showed public benefit was emphasised by the Scrutiny Committee. Just how this will be tested is another question!

5. Animals

The addition of the "advancement of animal welfare" as a charitable purpose in its own right hardly seems noteworthy – the Register of Charities has a great many such bodies and they attract much public support. Nevertheless, behind this change lies a curious piece of charity law. This is a classic example, under existing charity law, of a "fourth head" purpose, mentioned neither in the Preamble nor in Pemsel. There are a

4 *Baddeley v IRC* [1953] Ch. 504.

good many court judgments accepting animal welfare organisations as charitable. The reasoning is however that it is the benefit to mankind that makes such bodies charitable in promoting feelings of humanity and morality, elevating the human race! Whether the jurisprudence of charity law after the Bill – applying the meaning animal welfare has under the existing law – will preserve this rather indirect route to the charitability of animal welfare, or whether the well-being of animals in itself will be the test remains to be seen.

XI. The Provisions of the Bill: Public Benefit

Public benefit is at the heart of charity so it is not surprising that the way the Bill deals with this has attracted most attention and controversy. In his charity law textbook, Peter Luxton commented that “in the context of the law of charity, the expression ‘public benefit’ is somewhat ambiguous”. It may therefore seem surprising that the Bill, as published for consultation, preserved the existing law (clause 3(3) – “any reference to the public benefit is a reference to the public benefit as that term is understood for the purposes of the law relating to charities in England and Wales”) with the single exception that, following the approach going back to the NCVO report of 2001, the presumption of public benefit relating to poverty, education and religion is removed (clause 3(2)). After the heated controversy during the Scrutiny Committee’s hearings these provisions remained unchanged; but a new requirement was introduced that the Charity Commission should produce guidance on the interpretation of public benefit, and should carry out public consultation before doing so.

In principle, the meaning of public benefit is reasonably clear – charities must benefit the public as a whole or a sufficient section of the public. There are then two broad aspects to public benefit – public and benefit. Taking the latter first, the common law approach is to decide whether a body is beneficial on a case by case basis. The range of purposes accepted over time as beneficial is, of course, what the new framework of charitable purposes is supposed to describe. The interpretation of what constitutes benefit under each head will be a matter of judgment, initially by the Charity Commission, in each case taking account of the established case law. The Commission’s approach will be considered later. The removal of the presumption of public benefit for the first three heads of charity, about which more will be said in the context of public schools in a moment, puts the basis for charitable status for all bodies with one or more purposes within the Bill’s list on the same footing. There is no presumption that, say, an organisation with cultural purposes is charitable: it not only has to come within the heading, it has also to be able to show, according to the approach adopted under existing charity law, that it is beneficial. An example illustrating the way in which charity law approaches this is the case known as *re Pinion*⁵. This concerned a house and its contents which the benefactor intended as a museum, but which the courts pronounced “a mass of junk” and therefore not publicly beneficial!

5 *Re Pinion* [1965] Ch. 85.

It is to be noted that this case fell under the “education” head, under which public benefit has been presumed unless rebutted, as in this case. Before considering further what difference the removal of this presumption may make – and the apparent disagreements about this – it is necessary to say a little first about the interpretation of public benefit under the existing law. Broadly speaking, the approach is similar in “first” (poverty) and “third” (religion) head cases. Thus the courts presume that a body set up to advance any set of religious beliefs serves the public benefit – even where, as Lord Romilly said (in the case of Joanna Southcote, who claimed that she would give birth to a second Messiah), the beliefs appear very foolish – so long as they are not immoral. Even under the existing law the Charity Commission does draw a line, refusing charitable status to organisations as varied as the Church of Scientology and Odinhof, promoting paganism. And it has been a long-running grievance that enclosed religious orders do not meet the requirements of charity law to benefit the public. (Even the judgment in relation to Joanna Southcote is not all it seems – the fact that the court pronounced the gift concerned charitable meant that it was legally void under the provisions then in force (1862) of the Mortmain Act 1736, which made a range of charitable bequests invalid in order to protect inheritance – it may be noted in passing that many court determinations on which the scope of charity has developed had this contradictory effect in the cases concerned!)

Where fourth head charities (“other purposes beneficial to the community”) are concerned the fact that the law has not provided a list of purposes as now set out in the Bill has meant that each case has to be considered on its own terms, though in practice many of the purposes now set out in the Bill have been well established for many years, some being directly traceable to the 1601 Preamble. Clearly, the judgment of whether the aims of an organisation will serve the public benefit in practice, even if it comes under an accepted head like the promotion of public health, can be controversial. The courts have, for example, held the promotion of faith-healing to be charitable. Where novel issues are involved the Charity Commission may seek comment from interested groups and expert opinion. In the novel case of *Public Concern at Work* (1994), which supports whistle-blowing, corporate sector representatives were consulted before the body was accepted as a charity.

The judgment whether an organisation with a public benefit purpose serves the public – or only a narrower group – is likewise complicated and full of controversy. That a charity may benefit only a section of the public, and that that section may be numerically small, as with the sufferers of a rare disease, is well established and uncontroversial. How this is defined, and applied at the margins, is however fraught with difficulty. The Charity Commission’s approach hitherto may be summed up as follows: a charity’s beneficiaries may not be defined in terms of a personal or contractual relationship, nor by an inappropriate or capricious link; and the benefits should be available to all who fall within the definition. (Thus organisations providing benefits for their members may only be charitable if membership is appropriately open.)

Private benefit may be consistent with charitable status. Obviously relief of poverty involves by its very nature individuals benefiting; but even where, incidentally, there is private benefit, for example by way of profits to companies engaged in regeneration work, this can be acceptable provided it is legitimate and reasonable. While the well-off may be beneficiaries, for example where cultural organisations are con-

cerned, the benefits must in principle be open to all potential beneficiaries. In this respect charges may be made for the services of charities, but they must be reasonable and should not exclude a substantial proportion of those who would benefit. Many difficult issues arise in the application of these principles. To consider how the reform of English public benefit law will deal with them, it is sufficient to take by way of example the issue of fee-charging schools and hospitals, the issue which the Scrutiny Committee described on the basis of the evidence it received as “the main difficulty” over the public benefit test. The outcome will illustrate the approach of the law and the Charity Commission, and the expectations the government has of the Bill in this regard.

There is neither space nor need to set out the disagreements which arose during the proceedings of the Scrutiny Committee. Following its lead, it suffices to focus on the joint position which the Home Office and Charity Commission set out for the Committee at the end of its evidence taking. It is, however, worth noting that the key element of the disagreement was the extent to which, if at all, the removal of the presumption of public benefit from poverty, education and religion would make a difference. The Home Office told the Committee that the Bill would enable the Commission to apply “the same public benefit criteria to all charities”. This begs the question of whether the public benefit tests are the same for all types of charity even with the removal of the presumption. The Charity Commission’s interpretation of the law was that existing case law would be unchanged. The evidence of two authors of leading textbooks on charity, Hubert Picarda and Peter Luxton, agreed with this, Picarda saying that the “mere reversal of the ‘presumption’ of public benefit cannot change the declared law”. What this disagreement in effect means is that the removal of presumption means that in principle an education body must show that it provides public benefit individually, and not simply as an educational body; but that the test it must meet is that evolved by the case law applying to educational charities hitherto.

As set out to the Committee, the approach the Commission will take under the Bill will be to “continue to follow” the case by case approach of the existing law, under which “different standards are required for different charitable purposes”. The law on public benefit, like that on charitable purposes, evolves. The Home Office/Commission statement notes that “the removal of the presumption of public benefit will provide a basis for further development of the law”.

More will be said later about the role of the Commission under the Bill. On fee-charging charities the Commission sets out the principles of the case of *re Resch*⁶, namely that benefits are provided to people who can afford the fees charged “does not necessarily mean that the organisation does not operate for the public benefit”; but that excluding poor people altogether from benefits would mean that the organisation was not charitable. The Commission emphasised the principle of the *Resch* judgment that indirect as well as direct benefits should be taken into account in deciding whether an organisation is charitable. The statement made clear that the Commission would apply these principles to schools.

In the light of the uncertainties the Committee included the draft of a possible public benefit definition which might be added to the Bill, but concluded that “to

6 *Re Resch* [1969] 1 A.C. 514.

have a definition of public benefit entrenched in the statute would create inflexibility in an area where charity law needs to move with the times” (para. 97). It took the view that “there is a need for a more explicit definition of public benefit” in connection with the Bill and recommended “that the basic principles for a definition of public benefit [based on the Home Office/Charity Commission statement] should be replicated either in non-exclusive criteria included in the Bill or in non-binding statutory guidance ...”. As noted above, the Bill adopts the latter approach and the Commission has prepared a detailed statement of its approach to accompany the passage of the Bill. This statement is the fullest authoritative statement of the way in which the Bill will affect the interpretation of public benefit. It cannot be discussed in detail here, but the points worth highlighting are the recognition that benefit may take many different forms and that indirect benefit, i.e. extending beyond the immediate beneficiaries, may be important. Examples of indirect benefit which the guidance gives include accommodation or recreational facilities provided for nurses which “improve their efficiency and performance”. In the context of schools the guidance refers to the provision of subsidised or free places and access to school facilities or services for the less well off.

It is doubtful whether this guidance, in the context of the retention of existing charity law in the Bill, will satisfy those who have regarded the charitable status of public schools as “incompatible with any commonsense view of what it means to be a charity” as the Scrutiny Committee summarised the critical view. The Commission (see below) will clearly bring an active and regular scrutiny of public benefit to its regulatory role; but the criteria inherited under the existing law are clearly generous in allowing charitable status if public benefit can be shown, even if the core beneficiaries – children of the well-off in the case of many public schools – are not needy.

XII. The Provisions of the Bill: New Purposes

Finally, the way in which the Bill allows for the development of new charitable purposes should be mentioned. Drafting a provision in legislation which gives both clarity and flexibility to the common law approach is not easy. Clause 2(4)(b) and (c) achieves this by drawing on the full range of language evolved by the courts (and the Charity Commission) on the “equity of the Preamble”. Thus “any purpose that may reasonably be regarded as analogous to, or within the spirit of, any of” the specific purposes is charitable, as is any purpose which can be linked in the same way to such a purpose. In this way the chain of analogy is given legislative underpinning, with “the spirit” of the body of charity (cf “spirit and intendment” of the Preamble) added in the Bill as introduced. On the face of it, if the public benefit requirement is met it should be relatively easy to show that a novel purpose is within the spirit of the body of purposes which the law accepts as charitable. The Commission should therefore be able to continue its increasingly constructive and developmental approach to the scope of charity – provided it can find public benefit.

XIII. The Charity Commission and the Charity Appeal Tribunal

The Charity Commission, as strengthened and refocused by the Bill, will have five objectives:

- public confidence
- compliance
- promoting effective use of charitable resources
- accountability and
- promoting “awareness and understanding of the question of the public benefit requirement”. [Added in the final Bill to support the public benefit guidelines.]

To fulfil these objectives the Commission will have six functions: determining charitable status; encouraging better charity administration; identifying and remedying misconduct and mismanagement in charities; and three other functions relating to fundraising and other issues. The Bill supports these with a further set of duties and powers. Together with a new constitutional and governance basis (though retaining, against the recommendation of the Scrutiny Committee, government department status) this elaborate framework reinforces, rather than significantly changing, the broad support and supervisory role of the Commission established under the Charities Act 1993. Under that Act the Commission has increasingly integrated its functions, in particular developing (in the face of resistance from charity lawyers) the concept of registration as the “gateway” to a continuous support and supervisory relationship between the Commission and registered charities. The Bill builds on this approach. While it does not alter the position under which a body which meets the legal requirements for charitable status must, as of right, be registered, the effect of the public benefit test provisions is to require the Commission to keep under review whether a charity meets, and continues to meet, the public benefit requirement for charitable status. While, as emphasised earlier, charitable status attaches to the purposes of an organisation, the test will take account of whether a charity actually provides public benefit through its activities in pursuance of its purposes.

The scope of the Commission’s supervisory role is a matter of general debate. NCVO argues that it should not extend to advice giving in general, but should focus on ensuring that charities meet their legal obligations. The draft Bill set the Commission a “social and economic impact” objective. As a result of the Scrutiny Committee review this has been broadened to the one cited above, of promoting the effective use of charitable resources. The government (and the Commission) nevertheless clearly envisage that its annual monitoring process will extend to requiring charities to account for the public benefit impact they have. To this end the Commission is developing a Standard Information Return, recommended by the SU report, to require (or encourage?) charities to account publicly for the public benefit impact they have. This is laudable in concept; but it is clearly important that the independent discretion of charities should not be inappropriately inhibited by this process, and particularly that impact accountability should not become a way of influencing charities to pursue only policies approved of by government. Although the Commission remains a government department, the fact that its legal powers of intervention continue to require grounds for believing that there is misconduct or

mismanagement (and, in respect of removal of charitable status, that the purpose does not pass the charitable purpose tests) is some safeguard.

The creation of a Charity Appeal Tribunal is a novel, and in some ways the most radical, feature of this Bill. Hitherto the action of the Charity Commission could, in principle, only be challenged in the courts; and only then often involving complicated intervention of the Attorney General. The creation of a specialist expert tribunal to which appeal can – it is to be hoped – be made easily and cheaply will mean that the Commission's role in developing the law can be subjected to regular examination. This should not only be a safeguard to charities and others in their dealings with the Commission; it should embolden the Commission to take novel decisions, for example when today's circumstances cast doubt on the continuing validity of court decisions, in the knowledge that they can easily and appropriately be reviewed. This may help to compensate for the fact that the reforms go so far to retain the existing common law basis for charity without giving the Commission any new or fuller framework of authority for developing the law. Even more than with the other provisions of the Bill, however, how this works in practice only time will tell – once the Bill reaches the statute book which, with a general election impending, at the time of writing is uncertain.

XIV. Conclusion

At the time of writing the Bill has just started its progress through parliament, initially in the House of Lords, where a substantial number of Peers with considerable experience in the charity sector are taking part in debate. There is general welcome for the Bill and the modernising intentions behind it; it remains to be seen however to what extent the detailed provisions described in this article are accepted, and what amendments, whether of substance or technicality, are pressed on the government. Indeed it remains uncertain whether there will be enough parliamentary time for the Bill to complete its passage through both Houses of Parliament before the General Election, expected in the Spring, is called.

Beyond the actual passage of the Bill is the substantive uncertainty of how this well-nigh unique exercise in preserving the common law through a statutory framework will turn out in practice. Much will depend on how the newly restructured Charity Commission operates, and how the Charity Appeal Tribunal develops its role. Thus whether the Bill will do no more than create a more modern description of charity, essentially preserving the existing law – worthwhile in itself if only for public understanding and confidence – or whether it will really prove to be the most far-reaching reform of charity law, as ministers have claimed in rhetorical moments, remains to be seen; indeed may not become clear for some time. From this observer's somewhat partial vantage point the Bill seems likely to give a boost to the evolutionary reform of charity which started a couple of decades ago, rather than bringing about a radical change in the concept of charity.

Grund und Grenzen von Thesaurierungsverboten im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht

W. RAINER WALZ/HARDY FISCHER

I.	Einleitung: Deutsches Recht	159	2. Rücklagenbildung von Charities	171
	1. Zivilrecht.	160	IV. US-amerikanische Rechtslage – die bewährte Lösung	172
	2. Gemeinnützigkeitsrecht.	161	1. Die Foundation im US-amerikanischen Recht	172
	3. Überleitung	162	2. Rücklagenbildung von Private Foundations	174
II.	Sinn und Zweck der Rücklagenbeschränkung	163	V. Implikationen für das deutsche Recht – Rechtspolitische Anregungen.	175
	1. Unbefriedigende juristische Legitimationen	163	VI. Zusammenfassung.	178
	2. Ökonomischer Verständnisansatz.	164	VII. Summary	179
	3. Schlussfolgerungen.	168		
III.	Britische Rechtslage – die flexible Lösung	170		
	1. Ideelle Mittelverwendung bei Charities	170		

I. Einleitung: Deutsches Recht

Die langfristige finanzielle Vorsorge von Stiftungen über die Bildung von Rücklagen unterliegt im deutschen Recht zivilrechtlichen und für die Mehrzahl der Stiftungen auch gemeinnützigkeitsrechtlichen Einschränkungen. Der geltende Rechtszustand ist juristisch unbefriedigend. Einerseits gibt es so viele Ausnahmen vom Grundsatz zeitnaher Mittelverwendung, dass zweifelhaft ist, warum überhaupt so starre Deckungsregeln für Rücklagen vorgeschrieben und im Einzelfall verteidigt werden. Offenbar ist der Zusammenhang von Steuerbegünstigung und effektiver Verwirklichung gemeinnütziger Zwecke als Argument zu konturenlos, um sich gegen starke Ansammlungsdesiderate der Praxis durchzusetzen.¹ Zum anderen wäre, nähme man die bestehenden Ansammlungsverbote ernst, durchaus Grund zur Sorge vorhanden: Eine Untersuchung von *Stock* kommt zu dem Ergebnis, dass unter Zugrundelegung des im Jahr 2000 reformierten Gemeinnützigkeitsrechts bei Zuführung von jeweils einem Drittel der Zinserträge in eine Rücklage und bei Betrachtung des Zeitraumes von 1961 bis 1998 das Vermögen der Stiftungen real auf 75,37 % des Anfangsbestandes gesunken wäre. Diese Organisationen hätten sonstige zeitnah zu verwendende Mittel von bis zu fast 40 % ihres Vermögens jährlich einnehmen müssen, um mit der neuen zusätzlichen 10 %-Quote den Kaufkraftverlust auszugleichen.²

1 Über Betriebsmittelrücklagen bei Tochterunternehmen lassen sich die geltenden Kappungen bei Unternehmensträgerstiftungen weitgehend unwidersprochen unterlaufen.

2 *Stock*, Erhaltung der finanziellen Leistungskraft gemeinnütziger Nonprofit-Organisationen, 2002, S. 47 ff.

1. Zivilrecht

Zivilrechtlich ist die ungeschmälerete Erhaltung des Stiftungsvermögens ein Grundpostulat, das bundeseinheitlich Geltung beansprucht.³ Damit korrespondiert für die Organe der Stiftung die Verpflichtung, für die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen.⁴ In einem Spannungsverhältnis zum Bestandserhaltungsgebot steht die Erfüllung des Stiftungszwecks als Pflicht zur zweckgebundenen, zeitgerechten Ertragsverwendung, die dahin konkretisiert wird, dass Erträge aus der Verwaltung des Stiftungsvermögens ausschließlich dem Stiftungszweck dienen müssen und nicht einer Ansammlung von Stiftungsvermögen dienen dürfen⁵. Der unschöne Fachausdruck dafür lautet Admassierungsverbot und steht in engem gedanklichen Verbund zum Verbot einer Selbstzweckstiftung, also einer Stiftung, die keinen außer ihr selbst liegenden Zweck verfolgt.

Nach *Hüttemann* bestimmt sich der konkrete Inhalt des die Organe bindenden Vermögenserhaltungsgebotes ausschließlich aus dem privatautonomen Widmungsakt des Stifters, da er nicht nur festlegen kann, welche Vermögensgegenstände gestiftet werden, sondern auch, wie diese Gegenstände als Stiftungsvermögen eingesetzt werden sollen; daher könne es kein einheitliches Vermögenserhaltungskonzept geben.⁶ Im Regelfall wolle der Stifter Ertragsverwendung. Damit sind aber Ansammlungsgebote nicht verboten, und fraglich ist nur, wie verfahren werden soll, wenn sie fehlen. Nach § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BGB muss die Stiftungssatzung nähere Angaben zur Vermögensausstattung der Stiftung enthalten, und mit Rücksicht auf diese Satzungsregeln bedürfe es keiner gesetzlichen Vorschriften zur Vermögenserhaltung und Ertragsverwendung.⁷ Maßgeblich sei vielmehr die Zeitstruktur, die der Stifter der Stiftung beigegeben hat. In diesem Rahmen sei wegen des Verbots der Selbstzweckstiftung mit der h. M. eine Grenze allerdings bei unbeschränkten Admassierungsgeboten zu ziehen.⁸

Demgegenüber hat *Reuter* auf ordnungspolitischer Grundlage eine zweckbezogene Stiftungsrechtsdogmatik vorgeschlagen. Als Ausgangspunkt sei die nachhaltige Vermögenserhaltung zu fordern. Sie dürfe nach ihrer Konzeption aber weder die möglichst dauerhafte, noch die möglichst wirksame Verwirklichung des Stiftungszwecks beeinträchtigen.⁹ Seiner Ansicht nach missachtet *Hüttemann* die Zweck-Mittel-

3 Siehe dazu die Regelungen in den Landesstiftungsgesetzen: Gefordert wird darin zumeist die »ungeschmälerete« Erhaltung des Vermögens »in seinem Bestand« (z. B. § 7 II StiftG BW; § 4 II 1 StiftG S-H; Art. 11 I 1 StiftG Bay; § 9 I 1 StiftG MV).

4 Vgl. *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001, S. 105.

5 *Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, § 3 Rdnr. 127.

6 *Hüttemann*, Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht, in: Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998, S. 59 (68 f.).

7 *Hüttemann/Rawert*, ZIP 2002, S. 2019 (2022).

8 *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 6), S. 59 (81 f., 86 ff.).

9 *Reuter*, Die Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber der Stiftung, Dritten und dem Fiskus, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (160) m. w. N.

Relation. Wenn man das Hauptaugenmerk auf die vermögensbezogenen Anordnungen des Stifters richte, werde der Erhalt dieses Vermögens leicht zum primären Zweck der Stiftung, und der eigentliche, zumeist ideelle Zweck trete in den Hintergrund. Nicht der Stifterwille, sondern der Stiftungszweck bestimme den Inhalt der Vermögenserhaltungspflicht des Stiftungsvorstandes.¹⁰ Die Vermögenserhaltung – auch durch Rücklagen – habe gegenüber dem Stiftungszweck und seiner Verwirklichung eine rein dienende Funktion.

2. Gemeinnützigkeitsrecht

Für die überwiegende Mehrzahl der Stiftungen (ca. 95 %) sind die Bindungen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts bei der Bildung von Rücklagen maßgeblich.¹¹ Hiernach besteht im Grundsatz die Pflicht zur vollständigen und zeitnahen Verwendung aller Mittel für die satzungsgemäßen Zwecke (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO). Eine demgegenüber auf Bildung eigenen Vermögens gerichtete Tätigkeit verstößt gegen die Gemeinnützigkeit.¹² Das Steuerrecht sieht dennoch verschiedene Möglichkeiten der Rücklagenbildung als Ausnahme dazu vor:

So können gemäß § 58 Nr. 6 AO gebundene Rücklagen gebildet werden, soweit dies erforderlich ist, um die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke nachhaltig erfüllen zu können. Diese Projektrücklagen setzen voraus, dass ein im Vorhinein bereits mit konkreten Zeitvorstellungen¹³ bestimmtes, die steuerbegünstigten Zwecke verwirklichendes Vorhaben mit den zurückgelegten Mitteln erfüllt werden soll.¹⁴ Ein Unterfall der gebundenen Rücklage ist nach Ansicht der Finanzverwaltung die Betriebsmittelrücklage, die für periodisch wiederkehrende Ausgaben zulässigerweise für eine angemessene Zeitperiode geschaffen werden kann.¹⁵ Weiterhin kann eine gemeinnützige Organisation freie Rücklagen nach § 58 Nr. 7 AO bilden. So ist insbesondere zum Erhalt der Leistungsfähigkeit der Organisation eine allgemeine freie Rücklage nach § 58 Nr. 7 lit. a AO denkbar, deren maximale Höhe von ursprünglich einem Viertel der Überschüsse aus der Vermögensverwaltung im Jahr 2000 auf ein Drittel erhöht wurde, zusätzlich mit der Möglichkeit der Rücklagenbildung von 10 % der sonstigen,¹⁶ zeitnah zu verwendenden Mittel. Schließlich können die in § 58 Nr. 11 AO aufgezählten Zuwendungen an eine gemeinnützige Stiftung dauerhaft dem

10 *Reuter*, a. a. O. (Fn. 9), S. 157 (161 f.).

11 Schätzungen zufolge sind 95 % aller Stiftungen gemeinnützig im steuerlichen Sinne (*Wachter*, NZG 2003, S. 107 m. w. N.).

12 *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, 177. Lfg. 2003, § 58 AO Rdnr. 87; *Walz*, in: *Wagner/Walz*, Zweckerfüllung gemeinnütziger Stiftungen durch zeitnahe Mittelverwendung und Vermögensverwaltung, 1997, S. 67 ff.

13 AEAO zu § 58 AO Nr. 10.

14 *Fischer*, a. a. O. (Fn. 12), § 58 AO Rdnr. 107.

15 AEAO zu § 58 AO Nr. 10.

16 Problematisch ist, worauf sich diese Quote bezieht, insbesondere ob der Überschuss der Vermögensverwaltung wiederum in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist (*Schaubhoff*, a. a. O. (Fn. 5), S. 541 f.; *Stahlschmidt*, FR 2002, S. 1109 (1111)).

Grundstockvermögen zugeordnet werden.¹⁷ Ebenfalls können rechtsfähige oder nichtrechtsfähige¹⁸ Stiftungen ab 2000 gemäß § 58 Nr. 12 AO sogenannte Ansparrücklagen bilden. In eine solche Rücklage dürfen zeitlich begrenzt auf die ersten drei Jahre Überschüsse und Gewinne aus Vermögensverwaltung und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben eingestellt werden.¹⁹

Schwierige Fragen tauchen auf, wenn die Stiftung eine unternehmerisch aktive GmbH ausgliedert und als Gesellschafterin einer weitgehenden Thesaurierung der Gewinne zustimmt, oder wenn Gewinne reinvestiert werden mit der Folge, dass ansonsten mögliche gegenwärtige gemeinnützige Vorhaben bei der Stiftung zurückgestellt werden müssen. Der BFH²⁰ hat dazu entschieden, dass das Gemeinnützigkeitsrecht es zwar nicht dem Belieben der Körperschaft überlasse, den Umfang der gemeinnützigen Mittelverwendung zu bestimmen. Die Thesaurierung sei aber möglich, wenn nachgewiesen werde, dass sie zur Sicherung der Existenz des Unternehmens betriebswirtschaftlich geboten sei. Das decke eine in diesem Rahmen erforderliche werdende Betriebsweiterung mit ab.

Sollte eine übermäßige, nicht mit § 58 Nr. 6 und 7 AO im Einklang stehende Rücklagenbildung vorliegen, kann das Finanzamt gemäß § 63 Abs. 4 AO der Organisation – als mildere Sanktion im Vergleich zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit – eine Frist für die Verwendung der Mittel setzen.

3. Überleitung

Sieht man die zivilrechtlichen und die gemeinnützigkeitsrechtlichen Regeln im Verbund, so steht ein Übermaß von Komplexität einer Praxis gegenüber, die – jedenfalls seit der Reform von 2000 – trotz vielerlei gesetzlicher Differenzierungen und Nachweispflichten durch Gestaltungen die Rücklagemöglichkeiten findet, die sie braucht. Weder für die Gesetzgebungskultur noch für die juristische Theorie ist das ein befriedigender Zustand. Das macht es lohnend, rechtspolitisch nach Alternativen Ausschau zu halten. Deshalb soll nach einigen grundlegenden ökonomischen Gedanken über Sinn und Zweck der Rücklagenbeschränkung bei Stiftungen eine Begrenzung ihres Anwendungsbereichs vorgeschlagen werden (II.). Soweit Thesaurierungsbeschränkungen auch nach hier vertretener Auffassung sinnvoll bleiben, kann man sie rechtlich effizienter regeln. Das zeigt ein Blick auf die unterschiedlichen angloamerikanischen Lösungsansätze (III. und IV.). In einem letzten Abschnitt sollen insbesondere aus dem amerikanischen Stiftungssteuerrecht rechtspolitische Anregungen für das deutsche Rechtssystem abgeleitet werden (V.).

17 Der Katalog des § 58 Nr. 11 AO enthält nicht abschließend aufgezählte Anwendungsfälle des Grundsatzes, dass es allein Sache des Zuwendenden ist, ausdrücklich oder konkludent die Art und Weise der Verwendung der Zuwendung zu bestimmen, wobei nach *Hüttemann* (DB 2000, S. 1584 (1585)) Zweifelsfragen insbesondere zum Regelungsgehalt und Verständnis des »für sich genommen ganz unverständlichen« § 58 Nr. 11 lit. d AO) verbleiben.

18 AEAO zu § 55 Nr. 23.

19 *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 17), S. 1584.

20 BFHE 186, S. 546 ff.

II. Sinn und Zweck der Rücklagenbeschränkung

Rücklagen haben die Funktion von Polstern. Die Anlage von solchen Polstern unterliegt bei Stiftungen, und insbesondere bei gemeinnützigen Stiftungen, schärferen Restriktionen als im Bereich der Wirtschaft oder auch im Bereich der staatlichen oder kommunalen Finanzverwaltung. Ein Rechtsvergleich zeigt, dass solche Restriktionen keine deutsche Spezialität sind, sondern in allen Ländern mit entwickeltem Non-Profit-Sektor in der einen oder anderen Weise vorkommen. Dass es weltweit Regeln gegen die Anlage finanzieller Polster gibt, erscheint auf den ersten Blick überraschend: Warum wird in die Wahl zwischen zeitnahe Verwendung und Rücklage zur späteren Verwendung, die allen Unternehmern und Konsumenten als Marktentscheidung freigestellt ist, im Dritten Sektor rechtlich eingegriffen? Warum sollen Erträge (jenseits der bloßen Kapitalerhaltung, die hier nicht Thema ist)²¹, eher ausgegeben als angesammelt werden?

1. Unbefriedigende juristische Legitimationen

Was das zivilrechtliche Schrifttum zum Sinn einer Beschränkung der Rücklagenbildung sagt, ist wenig erhellend. Meist wird auf den Stifterwillen rekurriert. Der Stifter ziehe im Zweifel eine Verwendung der Stiftungserträge für den Stiftungszweck einer ungebremsten Vermögensansammlung vor.²² Aber der Stifterwille ist hier nicht das allein Entscheidende. Denn der ausdrücklich umgekehrte Stifterwille, Vermögen anzusammeln und möglichst wenig für den Stiftungszweck auszugeben, wird weder vom Zivilrecht und erst recht nicht vom Steuerrecht geduldet. Dass demgegenüber das Gemeinnützigkeitsrecht auf möglichst zeitnahe Ausgabe für den gemeinnützigen Zweck besteht, mag verständlicher erscheinen, denn die gewährten Steuervorteile werden nicht für das Ansammeln von Vermögen, sondern für die konkrete Förderung gemeinnütziger Zwecke gewährt. Eine genauere Überlegung zeigt aber die Schwäche auch dieses Arguments auf. Unzweifelhaft kann nämlich in vielen Fällen durch ansammelndes Abwarten und spätere Förderung mit angesammelter Kraft mehr für das Gemeinwohl getan werden als durch fortlaufende Verwendung anfallender Erträge. Der Förderung der Allgemeinheit gehen durch das bloße Abwarten – oder durch Umwandlung von laufend zu verwendenden Mitteln in ein »Endowment« – keine Werte verloren.²³ Die moderne steuerliche Rechtslage hat für solche Fälle wie oben skizziert spezifische Ausnahmen geschaffen, die, richtig genutzt, erhebliche Spielräume offen lassen. Dennoch durchzieht die ganze, zu komplizierte

21 *Wagner*, in: *Wagner/Walz, Zweckerfüllung gemeinnütziger Stiftungen durch zeitnahe Mittelverwendung und Vermögensverwaltung*, 1997, S. 11 ff. (insb. S. 53 ff.); *Carstensen, Vermögensverwaltung, Vermögenserhaltung und Rechnungslegung gemeinnütziger Stiftungen*, 1994; *Schindler*, DB 2003, S. 297 ff.

22 Siehe oben *Hüttemann* (Fn. 6, 8); vgl. auch *Hof*, in: *Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts*, 2. Auflage 1999, § 10 Rdnr. 84.

23 *Wagner*, a. a. O. (Fn. 21), S. 40 ff.

Regelung mit ihrem Prinzip und den vielen Ausnahmen eine grundsätzliche Skepsis gegen die Admassierung. Warum?

Die ausschließliche Fokussierung auf die geltenden steuerrechtlichen Regeln und die juristische Praxis liefert zu wenig Elemente zum Aufbau eines juristischen Problemverständnisses. Was wird eigentlich im Kern geschützt, und wo sollte man den Bedürfnissen der Praxis nach Finanzierungsfreiheit nachgeben? Die Antworten auf diese Fragen fallen wenig überzeugend aus, und die Reformen beschränken sich meist darauf, dass der eine oder andere Prozentsatz um ein paar Punkte nach oben verändert wird. Stattdessen sollte man überlegen, ob nicht das Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt, also (wie im US-amerikanischen Recht) der allgemeine Grundsatz der Finanzierungsfreiheit aufgestellt und Admassierungsbeschränkungen nur für bestimmte Fälle gelten sollten, nämlich nur dort, wo sich dafür überzeugende Gründe finden lassen. Zu fragen ist deshalb, worauf die Regelungen denn reagieren, die die Finanzierungsfreiheit durch Admassierungsverbote einschränken. Zu untersuchen ist, ob es gerade bei Stiftungen Anreize oder Verhaltensweisen gibt, die in vielen Ländern unabhängig voneinander zu einer parallelen Reaktion geführt haben. Wenn verstanden ist, gegen was angekämpft wird, kann entschieden werden, auf welche Regeln wir verzichten sollten. Methodisch am präzisesten werden solche Fragen in der Ökonomie gestellt und von dort als ordnungspolitische Leitgedanken an die Rechtswissenschaft weitergegeben.²⁴

2. Ökonomischer Verständnisansatz

Wenn eine Aktiengesellschaft Liquidität ansammelt, für die sie geringere Gewinne erzielt als Gewinne, die ihre Aktionäre oder andere Unternehmen mit dem gleichen Kapital erwirtschaften könnten, wird sie vom Kapitalmarkt bestraft.²⁵ Ihr Aktienkurs wird niedrig sein und stark ansteigen, wenn sie sich entschließt, dieses überflüssige Kapital etwa durch Kapitalherabsetzung oder einen Rückkauf ihrer eigenen Aktien seiner produktivsten Verwendung zukommen zu lassen. Die AG wird daher nur so viel Kapital behalten, wie sie für die Aktivitäten braucht, mit denen sie im Wettbewerb bestehen kann. Industrielles *Empire Building* zu Lasten des *Shareholder Value* war zwar lange verbreitete Praxis, aber die modernen Kapitalmärkte schieben dem einen Riegel vor. Unternehmen konzentrieren sich auf das, was sie am besten können.

Im Non-Profit-Bereich, dem Stiftungen zugehören, korrigiert der Markt die überflüssige Ansammlung von Kapital und das Erstarken eines funktionellen Dilettantismus üblicherweise nicht. Die Toleranz für Schlendrian und gelegentliche Selbstbedienung ist strukturbedingt höher. Wer Gutes tut, dem schaut man nicht so genau auf die Finger. Es gibt keine klaren Maßstäbe dafür, in welcher Stiftung Kapital besser angelegt wäre (eine höhere Kapitalrendite ist jedenfalls kein solcher Maßstab). Selbst

24 Die Parallele zum Ordo-Liberalismus und zum Recht der Wettbewerbsbeschränkungen liegt nahe.

25 Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 4. Aufl. 2004, S. 139 f.; Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Auflage 1999, S. 384.

wenn es einen solchen Vergleichsmaßstab gäbe,²⁶ würde es an einem Marktmechanismus fehlen, der durch immanente Anreize den Transfer von einer Stiftung zu einer anderen erzwingt. Auch das Kontrollelement ist bei vielen Non-Profit-Organisationen – ökonomisch durch fehlende finanzielle Eigeninteressen der Investoren bedingt – unterentwickelt. Deshalb bildet die Rechtsordnung regulative Ersatzmechanismen aus. So wie die Stiftungsaufsicht ihre Berechtigung dem Fehlen von Mitgliedern verdankt, sind die Admassierungsrestriktionen Teil des Versuchs, fehlende Marktkräfte und fehlende Kontrollen bei der Kapitalallokation durch Regeln zu kompensieren.

Die vom Gesetzgeber als typisch angesehene Stiftung, die allein auf die Erträge ihres Vermögens angewiesen ist, ist von äußeren Geldgebern und deren Effizienzeinschätzungen nicht abhängig. Wenn sie genügend Kapital besitzt, ist sie zur Fortsetzung ihrer Tätigkeit nicht einmal auf ihren individuellen guten Ruf besonders angewiesen.²⁷ Aber das alles gilt natürlich auch für die Personen, die ihr Vermögen nicht in einer Stiftung verselbständigen, sondern sich dazu entschließen, es direkt in idealistische oder eigennützige Projekte zu investieren. Sie zwingt man nicht zu effizientem Mitteleinsatz – jeder darf auf eigene Kosten verschwenderisch und großzügig sein; er darf auch sein Vermögen horten. Warum erlegt man der verselbständigten Einheit »Stiftung« Restriktionen auf, denen ein Stifter für sein eigenes Vermögen nicht unterliegt, jedenfalls solange nicht *other people's money*, z. B. Spenden, sondern nur das eigene Geld der Stiftung verwaltet wird?

Wie schon gesagt, überzeugen die gängigen juristischen Legitimationen nicht. Zivilrechtlich gehen sie vom Stiftungsbegriff aus. Das bloße Ansammeln von Vermögen ist kein zulässiger Stiftungszweck²⁸ und darf deshalb den eigentlichen Zweck nicht in eine Nebenrolle drängen. Im Steuerrecht soll die konkrete Förderung der Allgemeinheit, nicht das Ansammeln von Vermögen privilegiert werden.²⁹ Wenn wir aber sicher sein können, dass die Mittel auch in späteren Jahren vollständig dem Zweck zugute kommen werden, dann schiebt sich zivilrechtlich der angebliche Nebenzweck des An sammelns hinter den dominanten Hauptzweck und das steuerliche Argument verliert seinen Halt. Dann bliebe beide Male nur der unausgesprochene Grund, dass der satzungsgerechten Zweckverwendung durch die Verschiebung doch etwas verloren gehen könnte.

Befragt man die Ökonomie, warum man in den meisten Ländern mit entwickeltem Non-Profit-Sektor auf Admassierungsrestriktionen stößt, denen Stifter und Unternehmen für ihr eigenes Vermögen ja gerade nicht unterliegen, stößt man auf zwei Ansätze, die ein »Horten« in Stiftungen problematisch machen könnten.

Zum einen ist die historisch begründete und bis heute anhaltende Furcht vor markt abgeschotteten Ansammlungen der toten Hand (*»main morte«*) zu nennen.

26 Siehe z. B. die Leitlinien zur Erlangung des DZI-Spendensiegels: <http://www.dzi.de/leitlinien.pdf>.

27 Dem steht der Vorteil der Unabhängigkeit von gängigen Strömungen und die Eignung zum sozialen Experiment als Vorteil gegenüber.

28 Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, a. a. O. (Fn. 22); Reuter, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, vor § 80 Rdnr. 8, 17; Rawert, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1995, vor §§ 80 ff. Rdnr. 9, 17.

29 Fischer, a. a. O. (Fn. 12), § 58 AO Rdnr. 87; Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, a. a. O. (Fn. 22), § 10 Rdnr. 85.

Man streitet allerdings viel zu wenig darum, wie tragfähig dieses Argument heute noch ist. Zumindest in Deutschland gibt es, soweit bisher ersichtlich, allenfalls Behauptungen, aber keine gründliche ökonomische Analyse zu diesem Problem. Das rechtspolitische Misstrauen richtete sich ursprünglich gegen die volkswirtschaftlich zweifellos schädliche Herausnahme riesiger Ländereien insbesondere der Kirchen, Klöster und Adelsfamilien aus dem Markt. Solche Ländereien konnten nicht veräußert und nicht beliehen werden, was eine jahrhundertlange Stagnation der (land-)wirtschaftlichen Entwicklung zur Folge hatte.³⁰ Es gibt immer noch Länder der Dritten Welt, die in solchen Strukturen verharren. Heute richtet sich das Argument nicht nur gegen grundbesitzende, sondern in vorderster Linie gegen unternehmensverbundene Stiftungen. Es wird kritisiert, dass Unternehmen, die in Stiftungshand dem frischen Wind des Kapitalmarkts entzogen sind, nur abgemildertem Gewinnausschüttungszwang und keiner Gefahr feindlicher Übernahmen unterliegen. Das wirke in schädlicher Weise kapitalflussblockierend und strukturkonservierend. Als – nicht wissenschaftlich erhärtetes – Beispiel wird die verspätete Fusion von Thyssen und Krupp in der deutschen Stahlindustrie genannt. Man wird hier die Entwicklung beobachten müssen, besonders in Volkswirtschaften wie Österreich, in denen außergewöhnlich viel Kapital in unternehmensverbundenen Stiftungen gehalten wird. Als tragende Basis für eine rechtliche Entmutigung des Ansammelns ist das Argument bislang aber zu spekulativ.

Vielversprechender ist ein Erklärungsansatz aus der ökonomischen Prinzipal-Agenten-Theorie, die zum klassischen Analyseinstrumentarium der modernen Institutionenökonomik zählt.³¹ Sie erklärt, dass und warum das Management einer (Aktien-)Gesellschaft nicht automatisch die Interessen der Aktionäre (Gesellschafter), sondern regelmäßig eigennützige Zwecke verfolgt.³² Die Prinzipal-Agenten-Theorie ist von den führenden amerikanischen Lehrbüchern des Gesellschaftsrechts rezipiert worden, die daraus rechtliche, rechtspolitische und satzungsgestaltende Vorschläge entwickeln. Und obwohl in der stiftungsrechtlichen Literatur immer wieder von der besonderen Vertrauenswürdigkeit der ideell engagierten Stiftungsverwalter die Rede ist,³³ ist die institutionenökonomische Analyse mutatis mutandis vom Gesellschaftsrecht auf Stiftungen übertragbar. An die Stelle der Aktionärsinteressen tritt der Stiftungszweck als interessebestimmter konstitutioneller Wille. Wo es Widerstreit gibt zwischen eigenen Interessen der Stiftungsverwalter und dem objektivierten Stiftungszweck, werden typischer- und damit prägenderweise eigennützige Interessen (mit-)verfolgt. Der nüchterne methodische Ansatz am homo oeconomicus schärft ein, dass persönliche Vorteilsnahmen, wo sie ohne zu hohes Risiko möglich sind, auch genutzt werden.³⁴ Auch im ideellen Bereich handeln Manager als Maximierer ihres eigenen Nutzens.

30 Vgl. *Picarda*, *The Law and Practice Relating to Charities*, 3. Aufl. 1999, S. 200.

31 Grundlegend *Jensen/Meckling*, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics* 1976 (3), S. 305 ff.; *Fama*, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, *Journal of Political Economy* 1980, S. 288.

32 *Richter/Furubotn*, a. a. O. (Fn. 25), S. 163 ff. m. w. N.

33 *Schwintek*, a. a. O. (Fn. 4), S. 27.

34 Zum Modell des »homo oeconomicus« bzw. »rational choice theory«, »rational actor model«: *Richter/Furubotn*, a. a. O. (Fn. 25), S. 40, 263. Eingehend mit Kritik: *Korobkin/*

Im For-Profit-Bereich der Unternehmen sorgt das Zusammenspiel von Marktmechanismen, Vertragsgestaltungen und gesellschaftsrechtlichen Instrumenten dafür, dass sog. opportunistisches (eigensüchtiges) Managementverhalten, also Verhalten am Interesse der Gesellschafterinvestoren vorbei, sanktioniert wird – Zwänge aus dem Produktmarkt, dem Kapital- und Kreditmarkt und dem Markt für unternehmerisches Führungspersonal dämmen solche einseitigen Vorteilsnahmen des Management ab.³⁵ Da es im Non-Profit-Bereich aber keine den Erfolg der Vermögensbewirtschaftung reflektierenden Kapitalmärkte und nur beschränkten Wettbewerb auf Dienstleistungsmärkten gibt, ist verstärkt mit dem Auftreten von nicht gebändigten Prinzipal-Agenten-Problemen (Interessenkonflikten) zu rechnen. Dies um so mehr, als durch die moderne Entwicklung des Rechts auf Stiftung die Kontrolle seitens der Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtskontrolle reduziert worden ist³⁶, und eine Wirtschaftlichkeits- oder Erfolgsprüfung nur noch durch die Stiftungsleitung selbst und bestenfalls – aber nicht notwendigerweise – durch ein zweites freiwilliges Stiftungsorgan durchgeführt wird.

Damit halten wir den gedanklichen Schlüssel zum Verständnis der stiftungsrechtlichen Admassierungsverbote überall auf der Welt in Händen.³⁷ Es ist dabei ziemlich gleichgültig, ob es sich nur, wie meist, um eine rein steuerrechtliche, oder auch um eine zivilrechtlich-organisationsrechtliche³⁸ Anordnung handelt. In diesem Licht ist das in vielen Ländern aufgestellte Vermögensansammlungsverbot als Regulativ zu verstehen, mit dessen Hilfe das Stiftungsmanagement gehindert werden soll, am Stiftungszweck vorbei eigenen Präferenzen zu folgen und den Destinatären bzw. der Allgemeinheit die ihnen vom objektivierten Stifterwillen zugedachte Förderung durch ungebremste Ansammlung von Mitteln zu verwehren.

Allerdings ist oben zweifelnd gefragt worden, was der Förderung der Allgemeinheit durch abwartendes Ansammeln denn verloren gehe. Hier die Antwort: Stiftungsmanager setzen sich möglicherweise nicht mit voller Kraft für die Zweckverwirklichung ein und leisten sich unsanktioniert ineffiziente Vermögensverwaltung. Je mehr das Vermögen durch abwartendes Ansammeln wächst und je schwächer die Kontrolle ausgebildet ist, desto wahrscheinlicher wird es, dass die Stiftungsmanager den eigenen Nutzen verfolgen, sich unangemessen hohe Aufwandsentschädigungen bewilligen, bei der Auswahl der Förderprojekte persönlichen Neigungen Raum geben, einen zu hohen Repräsentations- oder Reiseaufwand treiben, oder schließlich das ideelle Ziel, dem die stiftungsrechtliche Vermögenserhaltung dienen soll, zugunsten einer steuerbegünstigten Vermögensansammlung für andere Zwecke aus dem Auge verlieren. Dass dies keine Spekulation ist, sondern als Handlungstendenz empirisch erhärtet werden kann, darauf deutet die Neigung vieler Stiftungsmanager hin, eher wenig auszuschütten, die notwendige Kapitalerhaltung stärker zu betonen als die Ertragsverwendung und auch die von ihnen beherrschten Unternehmen (wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe und Beteiligungsgesellschaften) dazu zu veranlassen,

Ulen, Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 88 California Law Review (2000), S. 1051.

35 *Richter/Furubotn*, a. a. O. (Fn. 25), S. 384.

36 Siehe dazu *Walz*, ZSt 2004, S. 133 m. w. N.

37 Letztlich unabhängig davon, was sich die verschiedenen Gesetzgeber dabei gedacht haben.

38 Also inklusive *common law*; siehe unter III. zu England und Wales.

weit unterdurchschnittliche Gewinne für den gemeinnützigen Zweck verfügbar zu machen.³⁹ Die eigennützige Handlungslogik drängt die gemeinnützige Handlungslogik, die der Stiftungszweck vorschreibt, an die Seite.⁴⁰

Wenn hier von Stiftungsmanagern die Rede ist, dann scheint die Rolle des Stifters in seinem Verhältnis zur Stiftung ausgeblendet. Aber das Gesagte gilt auch, wenn der Stifter sich zu seinen Lebzeiten eine zentrale Rolle im Vorstand seiner Stiftung vorbehalten hat. Auch der Stifter kann nämlich Interessen haben, die vom objektivierten Stifterwillen abweichen. Auch hier haben wir die Interessenaufspaltung zwischen dem Prinzipal (dem Stiftungszweck) und dem Agenten, d. h. dem Stifter. Möglicherweise sind ihm neben dem Erhalt der Gemeinnützigkeit sonstige Interessen wichtiger als der in der Satzung ausgewiesene Stiftungszweck. Geht es ihm primär um die Erhaltung von Unternehmensstrukturen gegen die Wechselfälle des Marktes oder des Erbrechts, so ist das als Stiftungszweck zwar nicht verboten. Es wird aber kaum je in den Stiftungszweck aufgenommen, weil das die Gemeinnützigkeit und ihre Privilegien außer Reichweite brächte. Wenn die Strukturhaltung nicht als Zweck in der Satzung genannt ist, darf sie nicht, zumindest nicht in erster Linie, verfolgt werden. Ergibt sich ein Widerstreit zwischen dem nicht als Zweck ausgewiesenen Thesaurierungsinteresse für ein Unternehmen einerseits und effizienter Verfolgung des Stiftungszwecks andererseits, muss letzteres Vorrang haben, und zwar nicht erst im Steuerrecht, sondern auch schon im Zivilrecht. Dieser Lösung des Konflikts wird sich aber gerade der Stifter besonders ungerne fügen.

3. Schlussfolgerungen

Wenn es richtig ist, dass Admassierungsverbote die Funktion haben, fehlende Marktmechanismen und fehlende Kontrollmotivation zu kompensieren und die sektorspezifisch ideelle Handlungsmotivation gegen naheliegende, durch zweckfremden Eigennutz gesteuerte Übergriffe abzusichern, dann muss man die Frage stellen, ob unser geltendes Recht auf diese Aufgabe eingerichtet ist. In der täglichen, insbesondere steuerrechtlichen Praxis hat sich eine positivistische Eigendynamik entwickelt, die immer wieder den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr sieht.

Eine erste, aus dem Gesagten abgeleitete These lautet: Das geltende Recht ist teilweise unverhältnismäßig, weil zu weitgehend. Das gilt insbesondere für den wachsenden Bereich unternehmerisch über Zweckbetriebe tätiger Non-Profit-Organisationen. Wo marktgesteuerte Kontrollmechanismen auch im Dritten Sektor für größere Mittelverwendungseffizienz sorgen – etwa bei gemeinnützigen Krankenhäusern⁴¹ oder im Wettbewerb stehenden privaten Hochschulen, allgemeiner bei gemeinnützigen Dienstleistungsanbietern, die um Marktanteile kämpfen – gibt es für Ein-

39 Walz, Stiftungsreform in Deutschland: Stiftungssteuerrecht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 197 (207 f.) m. w. N.

40 Das wird oft missverstanden: es geht nicht darum, dass gemeinnützige Stiftungen keine Gewinne machen dürfen, sondern darum, dass der selbstlose Handlungsantrieb hinter den Aktivitäten der Stiftung eindeutig dominiert.

41 Siehe dazu die Dissertation von Stock, Erhaltung der finanziellen Leistungskraft gemeinnütziger Nonprofit-Organisationen, 2002.

schränkungen der zeitlichen Finanzierungsfreiheit kaum eine Berechtigung – auch steuerrechtlich nicht! Diesen Dienstleistungsanbietern muss wie anderen Unternehmen eine langfristige Risikovorsorge möglich sein.⁴²

Im Gegensatz zum BFH⁴³ bleiben allerdings Admassierungsrestriktionen dort unverzichtbar, wo die Gefahr besteht, dass die Handlungsimperative der mit dem gemeinnützigen Zweck nicht unmittelbar verbundenen Mittelerzielungsbetriebe (wirtschaftliche Geschäftsbetriebe) wegen ihrer zentralen Bedeutung für die Stiftung beginnen, die gemeinnützigkeitsrechtlichen Handlungsgebote zu unterlaufen. Hier müssen neue Fallgruppen gebildet werden. Z. B. bleiben die Einschränkungen dort besonders wichtig, wo die Errichtung von Stiftungen im Rahmen der Nachfolgeplanung dazu benutzt wird, renditeorientierte Aktivitäten vor den Kräften des Marktes abzuschotten.⁴⁴

De lege ferenda wäre eine Art »Marktsteuerung« der Mittelverwendung über den intensiver werdenden Fundraising-Wettbewerb (Spendenmarkt) vorstellbar, wenn für spendenabhängige Organisationen eine öffentliche Transparenz ihrer Organisations- und Projektfinanzierung (auch im Hinblick auf die wirtschaftlichen Betätigungen) vorgeschrieben würde oder wenn subventionsabhängige Organisationen von den staatlichen Rechnungshöfen insgesamt – also über die Kontrolle der Subventionsmittel hinaus – auf effiziente Mittelverwendung geprüft würden. In diesen Fällen würde eigennützige oder ineffiziente Mittelverwendungspraxis nicht durch rechtliche Verbote oder den Verlust der Gemeinnützigkeit bestraft, sondern durch die Spender oder die Subventionsgeber, mit möglicherweise existenzbedrohenden Folgen für die Non-Profit-Organisation. Eine zusätzliche Überprüfung des effizienten Mitteleinsatzes durch die Finanzverwaltung wäre nicht mehr vordringlich.

Erwägenswert wäre schließlich, das Gebot zeitnaher Mittelverwendung sowohl stiftungs- wie gemeinnützigkeitsrechtlich fallen zu lassen, wenn Stiftungen (und andere Non-Profit-Organisationen) im Rahmen einer freiwilligen sog. »best practice« für ein interessenpluralistisches, wirklich unabhängiges Kontrollorgan mit ausreichenden Kompetenzen sorgen, in dem sowohl neutraler Sachverstand wie unbedingt auch Destinatäre vertreten sind. Das ergibt sich daraus, dass Eingriffe in die Autonomie der Stiftung nur gerechtfertigt sind, wenn nicht durch die Stiftungsorganisation dafür gesorgt ist, dass die sektorspezifischen Kontrolldefizite vermieden werden.

42 Der Ausstieg aus der Gemeinnützigkeit in den erwerbswirtschaftlichen Sektor bildet keine mögliche, das Problem entschärfende Alternative, da er vom steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht faktisch unmöglich gemacht wird. Siehe dazu die Dissertation von *H. Fischer*, Ausstieg aus dem Dritten Sektor – Juristische Probleme bei Beendigung der Gemeinnützigkeit, 2005.

43 Der BFH (BFHE 186, S. 546 ff.) bietet mit seiner Formel der möglichen Rücklagenbildung zur Existenzsicherung, die sogar eine geplante Betriebserweiterung einschließt, keine justitiable Abgrenzung. Faktisch eröffnet er damit große Spielräume für das Parken von Kapital in einem Bereich, in dem unternehmensbezogene Anreize leicht die stiftungsbezogenen Handlungsimperative beiseite drängen.

44 Gedacht ist besonders an strukturkonservierende Unternehmensstiftungen und die von der Kautelarjurisprudenz angebotenen Kombinationsmodelle aus gemeinnützigen und nicht gemeinnützigen Stiftungen zur Sicherung des Familieneinflusses; vgl. *Meyn/Richter*, Die Stiftung, 2004, Rdnr. 90 f.; *Milatz/Kemcke/Schütz*, Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 2004, S. 25 f.

Was im Rahmen der rechtlichen Überlegungen zur Subsidiarität der Stiftungsaufsicht erreicht wurde, lässt sich hierher übertragen. Es ist dort anerkannt, dass ein grundsätzlich fakultatives Kontrollgremium bei hinlänglicher Funktionstauglichkeit ein Einschreiten der Stiftungsaufsicht entbehrlich macht.⁴⁵

Wo Admassierungsbeschränkungen allerdings unverzichtbar bleiben, stellt sich die weitere Frage, ob der deutsche steuerrechtliche Regelungsansatz beibehalten werden sollte, die Rücklagenbildung an starre Prozentsätze der Spenden und sonstigen Vermögenserträge zu binden. Andere Länder verfahren hier anders.

III. Britische Rechtslage – die flexible Lösung

Die unbefriedigende deutsche Rechtslage im Hinblick sowohl auf den breiten Umfang wie auf die Starrheit der Rücklagenbildung von Stiftungen ist mit der britischen Lösung, die sich durch ein Höchstmaß an Anpassungsfähigkeit auszeichnet, kaum vergleichbar. Ein Seitenblick ist trotzdem lohnend, um die Möglichkeit und die Vorzüge einer flexibleren Lösung vorzuführen.

1. Ideelle Mittelverwendung bei Charities

Anders als in Deutschland existiert in Großbritannien keine eigenständige Rechtsform der Stiftung. Das englische Gemeinnützigkeitsrecht wird vielmehr durch die Rechtsfigur der *Charity* bestimmt, deren Status von verschiedenen Rechtsformen angenommen werden kann: vom *Trust*, von der *Unincorporated Association*, der *Company Limited by Guarantee* und auch der neueren *Charitable Incorporated Organisation*⁴⁶. Stiftungen (*Foundations*) hingegen existieren als begrifflich abgegrenzter Teil der *Trusts* und sonstigen gemeinnützigen Organisationen (6–10 %).⁴⁷ Für die juristischen Rahmenbedingungen sind zum einen das für England und Wales geltende Organisationsrecht (*Charity Law*) und zum anderen das landesweit einheitliche Steuerrecht (*Tax Law*) zu betrachten. Die entscheidende Rolle kommt im Gegensatz zu Deutschland dem Organisationsrecht der *Charities* zu. Als allgemeines Prinzip gilt: Was gemeinnützig im Sinne des *Charity Law* ist, wird auch steuerlich mit Privilegien bedacht.⁴⁸

Wie in Deutschland ist die Bindung des Vermögens für ideelle Zwecke und das korrespondierende Ausschüttungsverbot an Stifter, nahestehende Personen, andere Investoren, Mitglieder der Stiftungsverwaltung und Geschäftspartner eine Grundvor-

45 Siehe dazu *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 49: Im geregelten Umfang schließe die Satzung aufsichtsrechtliche Ingerenz aus.

46 *Dawes*, Rechnungslegungsgrundsätze in England und Wales gemäß den Rechnungslegungsempfehlungen für gemeinnützige Organisationen (UK Charities SORP), in: *Walz* (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, 2004, S. 75 (83).

47 *Leat*, Country Report: United Kingdom, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 268 (271).

48 *Leat*, a. a. O. (Fn. 47), S. 268 (272).

aussetzung des englischen Gemeinnützigkeitsrechts und gilt als allgemeines Prinzip.⁴⁹ Grundsätzlich haben die *Trustees*, mutatis mutandis in deutscher Terminologie der Stiftungsvorstand, die Pflicht, alle eingehenden Mittel als Einnahmen zu betrachten und diese für die gemeinnützigen Zwecke in einer angemessenen Zeit (*reasonable time*) seit ihrem Entstehen zu verwenden.⁵⁰ Diese Regel, das ist zu betonen, ist keine Ausprägung des Steuerrechts, sondern des Organisationsrechts, also wiederum mutatis mutandis des Zivilrechts, an welche das Steuerrecht anknüpft.

2. Rücklagenbildung von *Charities*

Charities ist es gleichwohl nicht verboten, Rücklagen aufzubauen.⁵¹ So bestand 2001 ein Teil des gesamten Vermögens des gemeinnützigen Sektors in Höhe von 26 Milliarden Britischen Pfund in Rücklagen, davon allerdings 90 % gebildet von nur 10 % der *Charities*.⁵²

Der Vorbehalt, dass alle eingehenden Mittel als Einnahmen zu betrachten und für die gemeinnützigen Zwecke in einer angemessenen Zeit (*reasonable time*) zu verwenden seien, lässt eine Rücklagenbildung zu.⁵³ Diese steht unter der Einschränkung, dass sie im Interesse der *Charity* liegen muss, beispielsweise dann, wenn in der absehbaren Zukunft die Einnahmen nicht ausreichen werden, um alle Verpflichtungen erfüllen zu können.⁵⁴ *Charities* sollen also ihre Mittel nicht horten; dennoch kann es betriebswirtschaftlich geboten sein, Rücklagen aufzubauen⁵⁵.

Die Rücklagenbildung ist mithin nach dem *Charity Law* stets rechtfertigungsbedürftig. Zum Nachweis dafür, dass und wie weit die Rücklagenbildung im besten Interesse der *Charity* liegt, ist ein Plan erforderlich, der die Rücklagenpolitik im konkreten Fall genau erläutert.⁵⁶ Dies bedeutet, dass gegenüber der *Charity Commission* dargelegt werden muss, warum ein bestimmtes Niveau (auch bei einem Level von null) an Rücklagen zum aktuellen Stichtag für die *Charity* auf realistischer Einschätzungsbasis sinnvoll ist.⁵⁷ Für die Erstellung des Plans gibt die *Charity Commission* umfassende betriebswirtschaftlich geschulte Hilfestellung.⁵⁸ Danach sollte die ord-

49 *Fries*, Foundations in British Law, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 371 (373).

50 Aus der grundsätzlichen Entscheidung (In re *locker's will trust* (1977), 1977 1 WLR 1323): »It is common ground that it was the duty of the trustees to distribute the trust income within a reasonable time after it came into their hands.«

51 Siehe dazu die umfangreichen Publikationen der *Charity Commission*: »CC19 – Charities' Reserves« (April 2002), »RS3 – Charity Reserves« (März 2003) sowie für die Angestellten der *Charity Commission*: »OG 43« (Februar 2002). Alle Publikationen sind abrufbar unter <http://www.charity-commission.gov.uk/>.

52 *Charity Commission RS3 – Charity Reserves* (a. a. O. Fn. 51), Findings.

53 CC OG 43 B2 (a. a. O. Fn. 51), 1.1.

54 CC OG 43 B2 (a. a. O. Fn. 51), 1.2; CC 19 (a. a. O. Fn. 51), 31 f.

55 *Picarda*, a. a. O. (Fn. 30), S. 478.

56 CC OG 43 B 2 (a. a. O. Fn. 51), 1.2, 3.2.

57 CC OG 43 B2 (a. a. O. Fn. 51), 2, 3.2, 3.6; CC 19 (a. a. O. Fn. 51), S. 3, 40, 48 f.

58 Für diese Zwecke hat die *Charity Commission* mehrere Arbeitspapiere und Publikationen vorgelegt (siehe dazu die Verweise in Fn. 51).

nungsgemäße Rücklagenpolitik nachvollziehbare Aussagen treffen über die Gründe der Rücklagenbildung, die Höhe der Rücklagen, die Schritte zu ihrer Bildung bzw. Erhaltung sowie über Mittel der Überwachung der Rücklagenpolitik.⁵⁹ Diese Erläuterungen erfolgen explizit im Jahresabschluss bzw. Geschäftsbericht der Organisation.⁶⁰

Wenn eine *Charity* nicht nachvollziehbar erklärt, warum sie eine bestimmte Höhe an Rücklagen hat oder nicht hat, so wird dies als ein Indiz für fehlerhafte Stiftungsverwaltung angesehen, und die *Charity Commission* kann eine gründliche Untersuchung anordnen.⁶¹ Sollte sich dabei herausstellen, dass zu hohe Rücklagen gebildet wurden, liegt eine Treuepflichtverletzung durch die Treuhänder vor, die zur Haftung gegenüber der *Charity* führt. Daneben greift die *Charity Commission* nach fehlgeschlagener Beratung durch Änderung ein, etwa durch die Aufstellung eines eigenen, für die *Charity* verpflichtenden Rücklagenplans.⁶² Dies geschieht allerdings nur als ultima ratio, welche nach dem Selbstverständnis der *Charity Commission* erst im Extremfall in Betracht kommt⁶³.

Steuerrechtlich wird vorausgesetzt, dass Einnahmen inklusive Kapitalerträge nur für die gemeinnützigen Zwecke verwendet werden. Das Steuerrecht folgt aber und bindet sich an die Vorgaben des *Charity Law*. Von den Steuerbehörden wird die von der *Charity Commission* aufgrund des Rücklagenplans genehmigte Rücklage »als für die gemeinnützigen Zwecke verwendet« betrachtet.⁶⁴

Das englische Recht unterscheidet sich auch insofern vom deutschen Recht, als es die Rücklagenbildung einer Kontrolle der Öffentlichkeit und der darauf spezialisierten Rating-Agenturen, der sog. *Watchdogs*, unterwirft. Fehler werden dadurch schneller offenkundig und führen zu Vertrauensverlusten bei Spendern, potentiellen Spendern, Destinatären, anderen *Charities* sowie den Medien.⁶⁵ Hier liegen wirksame dezentrale Anreize, die durch eine Staatskontrolle nicht erreicht werden können.

IV. US-amerikanische Rechtslage – die bewährte Lösung

1. Die *Foundation* im US-amerikanischen Recht

Ähnlich wie in England besitzt auch in den USA der Begriff *Foundation* keine eigenständige organisationsrechtliche Bedeutung, d. h. er ist nicht geschützt und kann mit-

59 CC OG 43 B2 (a. a. O. Fn. 51), 3.3; CC 19 (a. a. O. Fn. 51), S. 3, 42–47.

60 Siehe *Sec. 31 (e)* der Rechnungslegungsgrundsätze (*SORP 2000*); *Sec. 7 (4) (k) (i) Regulations 2000*, *The Charities (Accounts and Reports) Regulations 2000*; SI 2000/2868; dazu ferner auch CC 19 (a. a. O. Fn. 51), S. 40, 56; CC RS3 – *Charity Reserves* (a. a. O. Fn. 51), Findings; *Dawes*, a. a. O. (Fn. 46), S. 75 (112 ff.).

61 CC RS3 – *Charity Reserves* (a. a. O. Fn. 51), Findings.

62 *Picarda*, a. a. O. (Fn. 30), S. 478.

63 Vgl. CC 19 (a. a. O. Fn. 51), S. 6–9.

64 *IRC v. The Helen Slater Charitable Trust* 55 TC 230.

65 *Picarda*, a. a. O. (Fn. 30), S. 478.

hin frei von jeder Art der Non-Profit-Organisationen gewählt werden.⁶⁶ Eine *Foundation* bildet keine eigene Rechtsform, sondern stellt als Typenbeschreibung eine bestimmte Art von gemeinnütziger Organisation mit dauerhaft übertragenem Vermögen dar.⁶⁷ Die zur Bildung einer *Foundation* genutzten Rechtsformen sind zumeist der *Charitable Trust* und die *Charitable Corporation*, die entsprechend dem *State Law* der Einzelstaaten gegründet werden müssen.⁶⁸ Im Jahr 2003 wurden ca. 65.000 *Foundations* in den USA gezählt.⁶⁹

Im Unterschied zur Rechtslage in Großbritannien kommt jedoch der sog. *Private Foundation* im Steuerrecht eine materiell-rechtliche Bedeutung zu. Zur Erlangung steuerlicher Privilegien für Non-Profit-Organisationen wird vor allem an die Erfüllung der Voraussetzungen der *Sec. 501 (c) (3)* des Steuergesetzbuches (*»Internal Revenue Code [IRC]«*) angeknüpft. Alle darunter fallenden Organisationen sind steuerrechtlich *Private Foundations*, im Gegensatz zu der zweiten Kategorie steuerprivilegierter Organisationen in den USA, den *Public Charities*.⁷⁰

Stiftungen unterliegen verschärften Mitteilungspflichten; die Abzugshöhe für Spenden ist niedriger, wenn nicht *Public Charities*, sondern *Foundations* Adressaten sind; für *Foundations* gelten schärfere Restriktionen bei Anteilsbesitz an Kapitalgesellschaften (sie dürfen keine beherrschende Position erlangen) und insbesondere unterliegen nur *Foundations* den sofort zu behandelnden laufenden Ausschüttungsverpflichtungen, während für *Public Charities* keine Admassierungsverbote gelten. So können z. B. die privaten Universitäten ansammeln, wie viel sie wollen.

Während ausnahmsweise bestimmte Organisationen im Hinblick auf ihren Zweck als *Public Charities* eingeordnet werden (z.B. Kirchen), erfolgt die Abgrenzung im übrigen nicht nach der Tätigkeit oder der Rechtsform der Organisation, sondern nach ihrer Finanzierung.⁷¹ *Private Foundations* unter *Sec. 501 (c) (3) IRC* sind Organisationen, die im Wesentlichen aus einer privaten Quelle finanziert werden (z. B. einem Stifter, einer Familie oder sonstigem Mäzen). Charakteristisch ist ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis, auf das von außen nur wenig oder gar nicht eingewirkt wird. Hier hat der amerikanische Gesetzgeber (ursprünglich ausgelöst durch politische Aktivitäten der *Ford Foundation*) Missbrauchsgefahren gesehen. Andererseits kann eine Förderorganisation, die Geld an eine andere gemeinnützige Organisation

66 *Fishman/Schwarz*, Nonprofit Organizations, 2. Aufl. 2000, S. 604.

67 Auch in Deutschland legen sich bestimmte Vereine und gGmbHen den Namen Stiftung zu: »Konrad Adenauer Stiftung e. V.«, »Bosch-Stiftung GmbH«. Aufgrund der durch EuGH vorangetriebenen europäischen Entwicklung im Gesellschaftsrecht existieren auch schon Konstruktionen wie die »Stiftung Ltd.«.

68 *Riehmer*, Körperschaften als Stiftungsorganisationen, 1993, S. 165 f.; siehe auch zur Entwicklung des amerikanischen Stiftungsmodells in Form der *Charitable Corporation: Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 154 ff.

69 Statistiken des *Foundation Center New York*, abrufbar unter <http://fdncenter.org>.

70 *Sec. 509 (a) IRC*. Siehe *Fishman/Schwarz*, a. a. O. (Fn. 66), S. 609 und 620 f.; *Toepler*, Bewertung von Stiftungsvermögen in den USA im Vergleich zu Deutschland, in: *Doppstadt/Koss/Toepler*, Vermögen von Stiftungen – Bewertung in Deutschland und den USA, 2002, S. 100 (104 ff.).

71 Die wesentliche Information dieses Absatzes verdanken wir einer projektgebundenen Zusammenarbeit mit *Prof. John D. Colombo*, University of Illinois – College of Law.

gibt, *Public Charity* oder *Private Foundation* sein, je nachdem, ob sie von der Regierung und privaten Spenden oder im Wesentlichen durch einen Stifter finanziert wird.

Bei *Public Charities* soll die Kontrolle durch die Öffentlichkeit dazu führen, dass eine zu umfangreiche Bildung von Rücklagen und eine korrespondierende ungenügende Ausschüttung von Mitteln faktisch nicht stattfindet. Die öffentliche Kontrolle wird maßgeblich durch eine hohe Transparenz der *Public Charities* ermöglicht, deren Steuererklärungen über das Internet dem allgemeinen Publikum zugänglich gemacht werden.

2. Rücklagenbildung von *Private Foundations*

Bezüglich der Admassierung und Rücklagenbildung bei *Private Foundations* geht die US-amerikanische (Steuer-)Rechtsordnung einen eigenen Weg, der von der Rechtslage in Deutschland oder Großbritannien völlig abweicht. Dieser besteht in der gesetzlichen Normierung eines Ausschüttungszwangs in bestimmter Höhe oder, anders gesagt, im Eingreifen von Strafsteuern, falls unzureichende Mittel für die ideellen Zwecke ausgeschüttet werden.⁷² Es wird damit nicht wie in Großbritannien und Deutschland daran angeknüpft, in welcher Höhe Mittel ausnahmsweise neben der ideellen Mittelverwendung thesauriert werden dürfen, sondern daran, in welchem Mindestumfang eine *Private Foundation* ihre Mittel ausschütten muss.

Hintergrund für die Einführung dieser Regelung im *Tax Reform Act 1969* war die auch bei uns zu machende Beobachtung, dass *Foundations* unverhältnismäßig hohe Thesaurierungen vornehmen und bei unternehmerischen Aktivitäten weit niedrigere Erträge aufweisen als vergleichbar kapitalisierte For-Profit-Gesellschaften.⁷³ Daran knüpfte sich der Verdacht des Gesetzgebers, dass entweder in stillen Reserven bewusst viel für außerstatutarische Zwecke angesammelt und/oder dass mit dem Stiftungsvermögen vergleichsweise ineffizient gewirtschaftet wurde. Aus diesem Misstrauen entsprang die Überlegung, dass man Ausschüttungen und Rücklagen nicht an den ausgewiesenen Erträgen festmachen sollte; denn das sei nur eine Ermunterung entweder zum Versteckspiel mit Zahlen oder zur Faulheit der Manager. Knüpfe man an einer unabhängigen Größe an – z. B. dem eingesetzten Stiftungsvermögen – und schreibe man einen Prozentsatz vor, der ungefähr der auf dem Kapitalmarkt mit diesem Vermögen zu verdienenden Rendite entspricht, dann zwingt man die Stiftungsmanager zur Effizienz und zur professionellen Vermögensverwaltung. Denn der festgesetzte Mindestbetrag muss laufend ausgeschüttet werden, auch wenn er nicht verdient wurde, was bei dauerhaft ineffizienter Vermögensverwaltung das Stiftungsvermögen aufzehrt. Die Regel der Kapitalerhaltung tritt zurück.

Konkret gilt heute, dass *Private Foundations* jährlich eine Mindestausschüttung in Höhe von 5 % des Marktwertes des Stiftungsvermögens vornehmen müssen ohne Rücksicht darauf, ob das Vermögen eine Rendite erwirtschaftet oder wie hoch sie ist. Auch in Verlustjahren muss die *Foundation* mindestens 5 % ausschütten. Die Regelung wirkt nicht ganz so scharf, wie sie klingt. Unter die Ausschüttungsquote von

72 *Sec. 4942 IRC.*

73 *Fishman/Schwarz*, a. a. O. (Fn. 66), S. 680; *Toepler*, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 (102 f.).

5 %, deren Überschreitungen auch bis zu fünf Jahre vortragbar sind,⁷⁴ fallen als anrechenbare Ausgaben angemessene Verwaltungskosten und teilweise auch Projektrücklagen für zukünftige Projekte.⁷⁵ Bezugsgröße für die prozentuale Mindestausschüttung ist nicht das gesamte Stiftungsvermögen, vielmehr sind solche Anlagegüter von vornherein herauszurechnen, die zu mindestens 95 % ausschließlich für gemeinnützige Zwecke verwendet werden.⁷⁶ Weiterhin spielt gerade die Bewertung des Vermögens eine für die Frage der Mindestausschüttung wesentliche Rolle. Die Steuerrichtlinien enthalten ein ausgefeiltes System der Bewertung und Bewertungsmethoden, welches nach der Art der Vermögensgegenstände differenziert.⁷⁷ Die Mindestausschüttungsquote führte deshalb tatsächlich regelmäßig bisher nicht zu einem Verzehr von Stiftungsvermögen und dies auch nicht in Zeiten, in denen der Kapitalmarktzins unter der 5 %-Hürde lag.

Das Mindestausschüttungsgebot ist mit einer Strafsteuer in Höhe von 15 % der auszuschüttenden Mittel sanktioniert. Sie wird auf der zweiten Stufe auf 100 % der auszuschüttenden Mittel erhöht, sofern die Ausschüttung nicht innerhalb einer bestimmten Periode nachgeholt wird.⁷⁸

Nach den bisherigen Erfahrungen, die mit dieser Regelung gemacht wurden, zeigt sich, dass Großstiftungen sich relativ strikt an die 5 %-Regel halten und darüber hinaus vorhandene Mittel zur langfristigen Erhaltung und Mehrung des Vermögens thesaurieren. Kleinere Stiftungen hingegen schütten, relativ gesehen, größere Beträge aus.⁷⁹ Es scheint, als ob der Ausschüttungszwang für *Foundations* sich gut bewährt hat. Nach anfänglichem Aufschrei diskutiert man heute nicht mehr über das Ob einer Ausschüttungsverpflichtung, sondern nur noch über deren Höhe.⁸⁰ Durch den Vergleich von längeren Zeiträumen ist nachgewiesen worden, dass, was die Erhaltung von Stiftungsvermögen und die wirksamen Anreize für Stifter angeht, die amerikanische Regel längerfristig besser abschneidet als die deutsche.⁸¹ Auch die gestuften Sanktionen sind sachnäher als bei uns.

V. Implikationen für das deutsche Recht – Rechtspolitische Anregungen

Die Reichweite des Admassierungsverbots im deutschen Zivilrecht ist umstritten, dogmatisch diskussionswürdig, aber in der Praxis der Stiftungsaufsicht gegenüber seinem Pendant, dem Kapitalerhaltungsgebot, wohl von geringerem Gewicht. Dem-

74 Toepler, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 (116 f.).

75 Fishman/Schwarz, a. a. O. (Fn. 66), S. 628, 682 f.

76 Fishman/Schwarz, a. a. O. (Fn. 66), S. 681 f.; Toepler, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 (118).

77 Siehe dazu die Richtlinien: *Treasury Regulations* § 53.4942 (a)-2 (c) (4): »computation of undistributed income – valuation of assets«.

78 IRC 4942 (b); siehe dazu Fishman/Schwarz, a. a. O. (Fn. 66), S. 628, 681.

79 Toepler, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 (120 f.) mit einer Beispielsrechnung zur *Ford Foundation*, das weiterhin gut zeigt, wie die 5%-Hürde bei Anlage in Wertpapiere erreicht werden konnte.

80 Toepler, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 (122 ff.).

81 Insbesondere Toepler, a. a. O. (Fn. 70), S. 100 ff.

gegenüber lassen sich im Gemeinnützigkeitsrecht, wo sich eine komplizierte und für alle Seiten aufwendige Regelung mit vielen Ausnahmen etabliert hat, die Finanzbeamten von einem Argument motivieren, das kaum tragfähig ist: Das Steuerprivileg werde nicht für das Ansammeln, sondern für die Förderung der Allgemeinheit gewährt. Solange das Ansammeln nicht dazu führt, dass dem gemeinnützigen Bereich Mittel entzogen werden, überzeugt das nicht. Solange die Rechtfertigung für die Beschneidung der Finanzierungsfreiheit von Non-Profit-Organisationen so unscharf bleibt, kann der Verdacht eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Privatautonomie nicht ausgeräumt werden.⁸²

Der Blick auf die ökonomische Theorie, insbesondere auf die Prinzipal-Agenten-Theorie der Institutionenökonomik sollte aufdecken, dass es sich beim Gebot der zeitgerechten Mittelverwendung um die Reaktion der Rechtsordnung auf bestimmte Funktionsdefizite des Non-Profit-Sektors handelt. Das ist zu unterscheiden von einer Missbrauchsregelung. Es geht nicht um Missbrauch, sondern um das Bestehen dysfunktionaler ökonomischer Anreize, die anders als im System der Privatwirtschaft und des Kapitalmarkts nicht dezentral durch Marktmechanismen korrigiert werden. Daraus ergibt sich einschränkend, dass es einer staatlichen Kontrolle nur insoweit bedarf, als nicht bestehende oder erst einzurichtende dezentrale Mechanismen für eine im Sinn der Gemeinwohlförderung effiziente Mittelverwendung sorgen.

Anregend – aber nicht unkritisch übernehmbar – ist insoweit die amerikanische Unterscheidung zwischen *Public Charities* und *Private Foundations*, die im Hinblick auf Ansammlungsrestriktionen Handlungsbedarf nur dort sieht, wo außer dem Stifter oder der Stifterfamilie keine Einwirkung auf die Mittelverwendung erfolgt, die von außen mittelbar effizienzsteigernd wirken könnte. In solchen Fällen werden nicht nur Ausschüttungsminima von 5 % des Stiftungsvermögens strikt durchgesetzt. Es wird auch durch die einer Beherrschung vorbeugenden Beteiligungsgrenzen dagegen vorgesorgt, dass Ansammlungen, die nicht in der *Foundation* selbst vorgenommen werden dürfen, statt dessen in der Tochtergesellschaft erfolgen.

Damit ist die wichtige rechtspolitische Leitlinie gewonnen, dass zwar die staatliche (auch fiskalische) Aufsicht überall zurückgedrängt oder aufgehoben werden sollte, wo dezentrale Mechanismen zur Effizienzsteigerung der Mittelverwendung zur Verfügung stehen, dass sie aber dort unverzichtbar ist, wo besonders bei unternehmensverbundenen Stiftungen die gemeinnützige Handlungslogik durch eine auf die Sicherung und Erweiterung des Beteiligungsunternehmens gerichtete erwerbswirtschaftliche Logik verdrängt wird.

Verzichtbar erscheint demgegenüber das Ansammlungsverbot für im Wettbewerb stehende Dienstleistungszweckbetriebe. Das gleiche gilt für Organisationen, die finanziell von Spenden abhängig sind und so transparent Rechnung legen, dass die potentiellen Geldgeber darauf reagieren können. Wenn Spender ineffiziente Vermögensverwaltung dulden, die sie kennen können, besteht kein dringender Bedarf, die Gemeinnützigkeit in Frage zu stellen. Wenn von den Spendern an mildtätige Organisationen andere Maßstäbe angelegt werden als an wissenschaftsfördernde Stiftungen, sollte das steuerlich hingenommen werden.

82 Nach dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 40, S. 347 ff.) müssen Stiftungen Einschränkungen ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit nur hinnehmen, soweit dies im überwiegenden Allgemeininteresse geboten ist.

Weiter wurde vorgeschlagen, auf behördlich durchgesetzte zeitgerechte Mittelverwendung dann zu verzichten, wenn stiftungsautonom Organe eingerichtet werden, deren Bestellung und Unabhängigkeit freilich bestimmten normativen Vorgaben zu unterwerfen wären.

Während die bisherigen Überlegungen an der sinnvollen Reichweite eines Gebots zur zeitnahen Mittelverwendung ansetzen, bietet der Blick auf das amerikanische Recht auch Gelegenheit, darüber nachzudenken, ob die normative Anknüpfung an der Höhe der ausgewiesenen Dispositionsmittel richtig ist. Während das deutsche Recht eine Maximalquote für Rücklagen in Abhängigkeit von den Einnahmen ansetzt, ist in den USA die Rücklagenbildung als Restgröße neben einer bestimmten prozentualen Ausschüttungsverpflichtung anerkannt. Der amerikanische Gesetzgeber hat richtig gesehen, dass alle Prozentgrenzen, die an Erträge oder Einnahmeüberschüsse anknüpfen,⁸³ nicht ausreichend das der Ansammlung zugrundeliegende Anreizsystem des eigennützigen homo oeconomicus berücksichtigen. Mit der Bindung der maximal möglichen Rücklagen an ausgewiesene Erträge wird eine Relation hergestellt, die den natürlichen Hang zur Manipulation, zum Verstecken von Nebenzielen und die Neigung zum bequemen Abwarten nicht berücksichtigt, und dies in einem ökonomischen Umfeld, in dem die natürlichen Marktkontrollen weitgehend außer Kraft gesetzt sind.

Durch Anknüpfung der Bezugsgröße für den Ausschüttungszwang am Wert des eingesetzten Stiftungsvermögens wird die Abhängigkeit zwischen Erträgen, ideell auszuschüttenden Mitteln und Rücklagenbildung durchbrochen. Dies erzeugt einmal einen Druck zu effizienterer Vermögensverwaltung, ohne dass, wie das amerikanische Beispiel beweist, die Stiftungsvermögen durch den ständigen Ausschüttungszwang generell ausgezehrt würden. Das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung wird erheblich flexibilisiert. Sinnvolle Projektrücklagen können ebenso wie angemessene Verwaltungskosten als anrechenbarer Ausschüttungsbestandteil einbezogen werden. Da die Nichtausschüttung von Gewinnen von durch die Stiftung betriebenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben und abhängigen Gesellschaften deren Wert im Vermögen der Stiftung erhöht, erhöht die Mittelthesaurierung die Bemessungsgrundlage für die gebotene Ausschüttung. Das bremst ineffektive Thesaurierung. Damit hätte man auch für das Problem der Auslagerung von Reserven eine anreizgerechte Lösung gefunden.

Natürlich muss man die Frage stellen, ob eine Umstellung auf eine vermögensbezogene Mindestausschüttung angesichts der dadurch geweckten Ängste und Widerstände Realisierungschancen hätte. Vorstellbar wäre die Einführung einer gesetzlichen Option neben den bestehenden Regelungen. So könnte man beispielsweise die steuerbegünstigten Non-Profit-Organisationen vor die Wahl stellen, ob sie entweder die bisherigen Anforderungen des § 58 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AO erfüllen oder ob sie die Verpflichtung übernehmen wollen, in den kommenden fünf Jahren jährlich mindestens 5 % ihres (bewertungsrechtlich am »Non-Profit-Ertragswert« zu konkreti-

83 Wie z. B. in Deutschland und in der Mehrzahl der Länder: siehe dazu den Überblick bei *van Veen*, *Supervisions of Foundations in Europe*, in: Schlüter/Then/Walkenhorst (Hrsg.), *Foundations in Europe*, 2001, S. 694 (712): Schweden: 80 %, Spanien: 70 %, Finnland: 50 %.

sierenden) Vermögen für ideelle Zwecke auszuschütten, ohne Rücksicht darauf, ob der dazu erforderliche Betrag laufend verdient wurde.

Eine solche »Ausschüttungsoption« scheidet entgegen erstem Anschein nicht am Grundsatz, das Stiftungsvermögen möglichst ungeschmälert zu erhalten. Von ihm gibt es zwei anerkannte Ausnahmen: die explizite und die implizite Verbrauchsstiftung, also die ausdrückliche Anordnung des Verbrauchs des Stiftungsvermögens und die faktische Unmöglichkeit, den Stiftungszweck zu erfüllen und gleichzeitig das Vermögen auf Dauer zu erhalten. Die Verwirklichung des vom Stifter gesetzten Zwecks hat Vorrang vor der dauernden Vermögenserhaltung. Die effektive Vermögenserhaltung über längere Zeit hat Vorrang vor dem Versuch, das Vermögen von Jahr zu Jahr nominell zu erhalten. Die nachhaltige Vermögenserhaltung darf nicht so konzipiert sein, dass die möglichst effiziente Verwirklichung des Stiftungszwecks über lange Fristen beeinträchtigt wird.⁸⁴

Die Ausschüttungsoption könnte nach einigen Jahren ihres Bestehens im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit überprüft werden. Sollten Organisationen freiwillig davon Gebrauch machen, wäre auch für Deutschland klargestellt, dass mit einer gesetzlichen Ausschüttungsverpflichtung der beschriebenen Art keineswegs ein Vermögensverzehr einhergeht, sondern dass das Vermögen dadurch langfristig besser, weil anreizgerechter erhalten wird. Diese Erfahrung haben amerikanische *Foundations* gemacht. Auch könnte die Wahl der prozentualen Mindestausschüttung im sich ständig verschärfenden Wettbewerb um Spenden zum öffentlichkeitswirksamen Markenzeichen von Non-Profit-Organisationen werden und das Vertrauen in die Effektivität ihrer Vermögensverwaltung stärken.

VI. Zusammenfassung

Anlass für die diesen Beitrag war der Eindruck eines Missverhältnisses zwischen der Komplexität der zivilrechtlichen, aber mehr noch der steuerrechtlichen Regelung der zeitnahen Mittelverwendung und dem, was durch diese Regelung angesichts vielfältiger Ausweichmöglichkeiten in der Praxis erreicht wird. Die meisten dieser Ausnahmen sind entweder durch das Gesetz zugelassen oder sie werden von Verwaltung und Rechtsprechung geduldet z. B. Betriebsmittelrücklagen oder Rücklagen in beherrschten Tochtergesellschaften. Daraus ergibt sich die Frage, ob der regulative und verwaltungsmäßige Aufwand sich lohnt, ob man also das Steuerrecht nicht radikal vereinfachen könnte, in dem man auf den Grundsatz zeitnaher Mittelverwendung ganz verzichtet oder ob man das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme nicht umkehren sollte, also grundsätzliche freie zeitliche Disposition über die Mittel zulassen und nur für bestimmte Fälle ein Mittelverwendungsgebot vorschreiben sollte. Ein rechtsvergleichender Blick auf das amerikanische Steuerrecht zeigt, dass dort nur für eine bestimmte Gruppe von gemeinnützigen Organisationen Handlungsbedarf gesehen wird. Das sind allerdings gerade diejenigen, die unter den Begriff »private foundation« fallen.

84 Reuter, a. a. O. (Fn. 9), S. 157 (160) m. w. N.

Um Antworten zu finden, muss zunächst ermittelt werden, worauf die Regeln, die in die zeitliche Finanzierungsfreiheit eingreifen, reagieren. Ein solcher Eingriff bedarf der Rechtfertigung. Da viele Länder der Welt solche Regeln kennen, gibt es für sie vermutlich einen gemeinsamen Grund. Dieser wird unter Nutzung der Prinzipal-Agenten-Theorie aus der Institutionenökonomik rekonstruiert: das Fehlen von Märkten und von finanziell interessierten Eigentümern führt dazu, dass die Selbstheilungskräfte des Marktes Fehlentwicklungen bei Stiftungen nicht korrigieren können. Soweit Ansammlungen auf ein solches »Marktversagen« zurückgehen, brauchen wir Regulierungen, die den Ausfall von Marktkräften einigermaßen kompensieren. Die Verfasser verstehen die Admassierungsverbote als Teilelement einer solchen rechtlichen Kompensation, die deshalb nur so weit gehen darf, als Marktversagen nicht durch weniger administrative Eingriffe zu verhindern ist.

Der Blick nach England und die USA zeigt zwei Rechtsordnungen, die das Problem zwar sehr verschieden, aber insgesamt effektiver lösen. Interessanterweise hat sich in den USA eine Regel durchgesetzt und bewährt, welche die Pflicht der laufenden Verwendung von Mitteln nicht von der Höhe von Erträgen der Stiftung abhängig macht, sondern sie in einem Prozentsatz des eingesetzten Stiftungsvermögens ausdrückt.

VII. Summary

Foundations in Germany and throughout continental Europe represent a specific organizational form which may or may not be recognized as a legal entity. It is governed by an object rather than associates or members, and it disposes over assets which must be used directly or indirectly by the proceeds they generate to serve the purpose to which they are dedicated. More than 95 % of some 12,000 German private law foundations fulfil the requirements of a tax exempt public benefit organisation. Both tax law and civil law are federal law. Even so there is scope for state law in certain areas, especially regarding legal control by State Foundation Authority. State control is thought necessary to compensate for the lack of controlling members.

Both civil law and tax law restrict the freedom of foundation managers to choose between actual expenditure and future expenditure. In other words managers are not free to choose a reserve policy as they deem adequate. The law views accumulations going beyond mere preservation (and active protection) of existing resources with skepticism bordering on suspicion. There is some discussion as to the existence of a rule of timely expenditure under civil law, but there is little doubt that tax law lays down a broad general principle that disposable resources should be utilised for the public benefit purpose and not be accumulated over time. However, this rule is subject to so many exceptions and ways to evade it in practice, that one wonders whether it is worth having.

The observation that most countries with a developed non profit sector have rules of timely disbursement – tax law rules in most countries, common law in others – leads to the conclusion that these rules must have some common underlying reason. Existing rationales voiced by national administrative or judicial staff are often not persuasive. In this paper we attempt to reconstruct the rationale of those rules by

applying the principle agent theory of institutional economics. In a typical philanthropic setting there are no market controls offsetting opportunistic behaviour by foundation staff – inaction, insufficient action, or action outside the purpose to which foundations assets and resources have to be devoted. The legal imperative to spend the proceeds from assets in an easily controllable way permits a kind of indirect monitoring where there are no investors claiming effective use of resources, no beneficiaries with a standing to sue and no members interested in an efficient organization.

If this thesis is correct, we may be able to limit the extent of the rule to those situations where market failure is most evident. There should be scope for the freedom to choose between actual and future disbursement, either where we have competition and the corresponding market control or, where truly independent foundation governance is established, or where the organization is tightly controlled by state agencies overseeing the use of government subsidies. We should insist on upholding a rule of timely disbursement in all situations where foundations are used to shield economic activities subject to normal profit maximizing from the forces of the market by insulating assets, protecting them from takeovers, perpetuating economic structures beyond the traditional boundaries of inheritance law.

The paper then briefly examines the law in England and the U. S. It proposes an option for foundations to choose between a system that restricts permissible reserves to a percentage of earnings and the American system for private foundations prescribing a minimum of disbursement as a percentage of assets irrespective of revenue.

Transparenz im Spendenwesen: Siegel, Selbstregulierung, Watchdogs

– Ein Vergleich USA, Großbritannien und Deutschland –

BURKHARD WILKE

I.	Einführung	181	1.	Spendenwesen	194
II.	Bestimmung des Bezugsrahmens	182	2.	Siegel, Akkreditierung und Watchdogs	196
1.	Spendenwesen	182	3.	Selbstregulierung	197
2.	Rechenschaft – Transparenz – Vertrauen	182	V.	Deutschland	199
3.	Staatliche Regulierung	183	1.	Spendenwesen	199
4.	Siegel, Selbstregulierung, Watchdogs	184	2.	Siegel	200
III.	Vereinigte Staaten von Amerika	186	3.	Watchdogs	202
1.	Spendenwesen	186	4.	Selbstregulierung	202
2.	Siegel und Akkreditierung	187	VI.	Resümee	204
3.	Watchdogs	191	VII.	Zusammenfassung	205
4.	Selbstregulierung	193	VIII.	Summary	206
IV.	Großbritannien	194			

I. Einführung

Transparenz im Spendenwesen ist wünschenswert – ohne Frage. Offenkundig so wünschenswert, dass fast jeder, der irgendwie zum Spendenwesen gehört, sich um Transparenz bemüht oder dies zumindest vorgibt. Transparenz? Der Begriff ist in Gefahr, zum Allgemeinplatz zu werden. Dieser Beitrag will »Transparenz« in Bezug auf »Spendenwesen« ein Stück weit sicherer verorten, und zwar am Beispiel von drei wichtigen sektorspezifischen Intermediären: Siegel, Selbstregulierung sowie Watchdogs. Diese sind einschlägig bekannt, aber – wie im Weiteren deutlich werden wird – nicht unbedingt eindeutig gegeneinander abgegrenzt. Wegen ihrer grundlegenden Bedeutung, und als Pendant zur Selbstregulierung, wird außerdem die staatliche Regulierung in die Betrachtung einbezogen. Der Artikel wurde aus der Perspektive der Praxis heraus verfasst, aber in dem Bemühen, die relevante wissenschaftliche Literatur zu reflektieren. Der Verfasser ist dankbar für jegliche Hinweise auf wichtige Quellen, die er dabei möglicherweise übersehen hat, und auch für inhaltliche Anregungen anderer Art.¹

1 Ein ganz besonderer Dank für wertvolle Gespräche und wichtige Hinweise bei der Vorbereitung dieses Beitrags gilt Rollin van Broekhoven und Paul D. Nelson in den USA, Lady Hilary Brown-Wilkinson, Les Hems und Christopher Zealley in Großbritannien, Jos Zwartjes und René Bekkers in den Niederlanden sowie Andreas Ortman von der Karls-Universität in Prag.

II. Bestimmung des Bezugsrahmens

1. Spendenwesen

Der gemeinnützige Sektor, im Folgenden auch Dritter Sektor oder Non-Profit-Sektor² genannt, hat im 20. Jahrhundert in den westlichen Industriestaaten eine erhebliche volkswirtschaftliche und noch größere gesellschaftliche sowie in Teilen auch politische Bedeutung erlangt. Folgt man den Erkenntnissen des »Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project«, so erwirtschafteten die gemeinnützigen Körperschaften in 22 untersuchten Ländern 1995 rund 1,1 Billionen US-Dollar Umsatz, das waren im Durchschnitt 4,7 Prozent ihres Bruttoinlandsprodukts.³ Ein für viele überraschendes Ergebnis der vergleichenden Johns-Hopkins-Studie war, dass sich die Non-Profit-Sektoren in 19 untersuchten Ländern (Bezugsjahr 1995) durchschnittlich zu 47 Prozent aus Gebühren, zu 42 Prozent durch die öffentliche Hand und nur zu 11 Prozent durch philanthropische Einnahmen (vor allem Spenden und Zuwendungen von Stiftungen) finanzierten.⁴ Dies lässt erkennen, dass der Non-Profit-Sektor nicht ohne Weiteres mit dem »Spendenwesen« gleichgesetzt werden darf, das im Fokus dieses Beitrags steht. Spenden und anerkannte Gemeinnützigkeit versehen diesen Teil des Dritten Sektors mit einer Art »doppeltem Mandat«, das eine besondere Rechenschaftspflicht (Accountability) gegenüber einer größeren Öffentlichkeit begründet sowie ein Eigeninteresse dieser Organisationen, als transparent und vertrauenswürdig zu gelten.

2. Rechenschaft – Transparenz – Vertrauen

Anders als gewinnorientierte Unternehmen, die primär den Interessen ihrer Eigentümer (Shareholder) dienen, sind Gemeinnützige einer Vielzahl von Anspruchsgruppen (Stakeholdern) verpflichtet.⁵ Dies wird schon allein durch ihre oben beschriebene Finanzierungsstruktur deutlich und konfrontiert die Non-Profit-Organisationen (NPO) mit unterschiedlichsten Erwartungshaltungen in puncto *Rechenschaftspflicht* (*Accountability*)⁶ und Transparenz.

2 Weitere Synonyme: Not-For-Profit Sector, Voluntary Sector, Charitable Sector, Independent Sector.

3 Salomon/Anheier, Der Dritte Sektor, Aktuelle internationale Trends – Eine Zusammenfassung, Gütersloh 1999, S. 14.

4 Ebenda, S. 24.

5 Vgl. *National Council for Voluntary Organisations* (Hrsg.), *Accountability and Transparency*, NCVO Publications, June 2004, hier: S. 8. Siehe auch Koss, Anforderungen an die Rechenschaftspflicht von gemeinnützigen Organisationen, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2003*, S. 113–128, hier: S. 115.

6 Der Begriff *Accountability* wird im englischen Sprachraum zunehmend in einem überaus umfassenden Sinn verwendet, häufig schon als Synonym für Transparenz. Dieser Beitrag legt hingegen im Interesse einer möglichst klaren Abgrenzung zum Transparenzbegriff ein eher enges Verständnis von Rechenschaftspflicht bzw. *Accountability* zu Grunde, im Sinne folgender Definition: »Accountability involves the fulfilment of a formal obligation to disclose

Zwei entscheidende Vorteile von *Transparenz* aus der Sicht der Organisationen sind diese: *Wenn* sie sich transparent machen, reduzieren sie den Druck der Rechenschaftspflichten. Und *wie* sie sich transparent machen, bestimmen sie weitgehend selbst. Dies führt zu einer irritierenden Bandbreite von Informationen, von tatsächlicher bis hin zu nur scheinbarer Transparenz. Genau hier beginnt das Informationsproblem der meisten Spenderinnen und Spender: Sie sind einerseits (im Unterschied etwa zu Großspendern) nicht »mächtig« genug, um verbindliche Rechenschaft zu verlangen, und sind andererseits nicht kompetent genug – oder nicht willens –, die von den Gemeinnützigen offerierte Transparenz auf Verlässlichkeit hin zu prüfen. *Ortmann et al.* verorten in diesem Spannungsfeld, in der Sprache der Spieltheorie, die Kernproblematik der Spendensammlungen: »We call the problem of asymmetric information in the context of donative nonprofits the fundraising problem.«⁷

Alle im weiteren Verlauf dieses Beitrags dargestellten Siegel, Selbstregulierungsmaßnahmen und Watchdogs haben ihren gemeinsamen Ursprung in diesem »Fundraising-Problem«. Sie verstehen sich als Intermediäre, die den informationsbedürftigen Stakeholdern über das Mittel der Transparenz letztlich zum *Vertrauen* in »ihre« Spendenorganisation verhelfen wollen.⁸ Der wichtigste Dachverband des Dritten Sektors in Großbritannien, der National Council of Voluntary Organisations (NCVO), bezeichnet Vertrauen als den *Wechselkurs des Dritten Sektors*.⁹

3. Staatliche Regulierung

Für die hier näher untersuchten Staaten (USA, Großbritannien, Deutschland) und für die meisten weiteren Länder weltweit gilt: Die Registrierungspflichten sowie die Kontrollen der Finanzbehörden sind wenig aussagekräftig im Sinne der besonderen Interessenslage von Spendern und Zuwendungsgebern. Diese müssen sich deshalb im Klaren darüber sein, dass der Staat sie in der Regel nicht vor unseriösen Spendenaufrufen schützt und ihnen auch nicht zu entscheidend mehr Transparenz in Bezug auf Spendenorganisationen verhilft. Die weitgehende Abstinenz des Staates in Bezug auf die Informationsbeziehungen und Interaktionen zwischen den gemeinnützigen Organisationen und ihren privaten Förderern ist im Großen und Ganzen nicht als Mangel zu bewerten. Sie ist vielmehr das Äquivalent zur Freiwilligkeit der Spende.

periodically in adequate detail and consistent form to all those who are directly and indirectly responsible or properly interested the: Purposes, Principles, Procedures, Relationships, Results, and Income and Expenditure that are involved in any activity, so that evaluations and decisions can be made.« *Vinten*, Management Issues, in: *Doyle* (Hrsg.), *Funding Europe's Solidarity*, Eigenverlag der Association for Innovative Cooperation in Europe (AICE), Brüssel 1996, S. I-126 bis I-135, hier: S. I-126.

7 *Ortmann/Svitkova/Krnacova*, Certification As A Viable Quality Assurance Mechanism in Transition Economies: Evidence, Theory, and Open Questions, CERGE-EI Discussion paper, March 2005, S. 3.

8 »In the absence of perfect information, or high costs of information, donors rely on their impression of trustworthiness.« *Bekkers*, Trust, Accreditation, and Philanthropy in the Netherlands, in: *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 2003, Heft 4, S. 596–615, hier: S. 598.

9 Vgl. *NCVO* (Fn. 5), S. 9.

4. Siegel, Selbstregulierung, Watchdogs

a) Siegel

Siegel (Synonyme: Gütezeichen, Label, Zertifizierung sowie gleichbedeutend im englischen Sprachraum: Accreditation) haben als Zeichen für Qualität im Waren- und Dienstleistungsaustausch eine lange Tradition. Sie erfahren in der jüngeren Vergangenheit in vielen Sektoren aber eine fast inflationäre Entwicklung. 1999 erarbeitete das Institut für ökologische Wirtschaftsforschung (IÖW), Heidelberg, im Auftrag des Bundesverbands für Umweltberatung eine vergleichende Bewertung von 47 Siegeln und hat für die Beurteilung der Qualität der untersuchten Label die folgenden »Prüfsteine« formuliert:¹⁰

- **Wer labelt?** – Die Glaubwürdigkeit des Siegels hängt von seiner Pluralität (Einfluss auf die Richtlinien) und Unabhängigkeit (Verhältnis Zeichengeber/Zeichennehmer) ab.
- **Wonach wird gelabelt?** – Überprüfbarkeit der Kriterien (hart = gut/weich = schlecht) sowie Grad der Übererfüllung von entsprechenden Gesetzen.
- **Wie wird gelabelt?** – Transparente Entwicklung und Weiterentwicklung der Kriterien sowie Stringenz der erstmaligen und der laufenden Prüfungen.

Im Spendenwesen gibt es weltweit nur etwa 20 Spendensiegel bzw. Akkreditierungssysteme, die die IÖW-Kriterien in hohem Maße erfüllen. Die meisten dieser Akkreditierungsstellen sind mit einigen weiteren Watchdog-Organisationen im 1958 gegründeten International Committee on Fundraising Organizations (ICFO, www.icfo.de) zusammengeschlossen.

b) Selbstregulierung

Selbstregulierung (Synonyme: Selbstkontrolle, Verbandsselbstregulierung)¹¹ bezeichnet das Bestreben eines Verbandes oder ganzen Sektors, den ihm zugehörigen Einheiten durch die Formulierung und Durchsetzung einheitlicher Regelungen zur Sicherung eines bestimmten Qualitätsniveaus (Prozess-, Struktur- und Ergebnisqualität) zu verhelfen. Selbstregulierung und Interessenvertretung schließen einander nicht aus, sondern bedingen einander. Typische Ausdrucksformen von Selbstregulierung sind Selbstverpflichtungen (Codes) sowie auf diese ausgerichtete Maßnahmen der Qualitätsentwicklung (Capacity Building) und Qualitätssicherung (Quality Assurance). Selbstregulierung unterscheidet sich von Siegeln typischerweise dadurch, dass die Einhaltung des jeweiligen Verhaltenskodex nicht systematisch und regelmäßig überprüft wird, sondern die Selbstregulierungsstelle allenfalls über eine Beschwerdeinstanz verfügt, an die sich Externe bei Problemen mit Unterzeichnern der Selbstver-

10 *Bundesverband für Umweltberatung e. V.* (Hrsg.), *Label für nachhaltige Produkte – Bewertung von Produktkennzeichnungen*, Eigenverlag 1999.

11 In diesem Beitrag wird dem im englischen Sprachraum üblichen Begriff Selbstregulierung (»self-regulation«) der Vorzug gegeben vor der in Deutschland gebräuchlichen Bezeichnung »Selbstkontrolle«. Denn diese impliziert eine Stärke und Wirksamkeit von Methodik und Sanktionen, wie sie nur sehr wenige Modelle der Selbstregulierung tatsächlich aufweisen.

pflichtung wenden können. Ein zweiter wesentlicher Unterschied zu Watchdog-Institutionen besteht im Grad der Unabhängigkeit von den Unterzeichnern der Selbstverpflichtung. Ein Verband kann durchaus gleichzeitig Selbstregulierungs- und Lobbyfunktionen erfüllen, nicht aber Lobby und Watchdog für ein und dieselbe Gruppe von Anbietern sein, wenn er glaubwürdig agieren will.

c) Watchdogs¹²

Watchdog-Organisationen (im englischen Sprachraum auch: monitoring bodies) sind dem Verbraucherschutz zuzuordnen. Sie sind einerseits von staatlicher Regulierung zu unterscheiden, andererseits von Institutionen der Selbstregulierung. Ein Watchdog in diesem Sinne muss mindestens die folgenden Charakteristika aufweisen:

1. Unabhängiger, nicht-staatlicher und nicht lobbygebundener Status,
2. Systematische, eigenständige Dokumentations- bzw. Prüfungstätigkeit,
3. Auskunftsfunktion und Expertenfunktion.

Watchdogs und unabhängige Siegel- bzw. Akkreditierungsstellen verbinden insbesondere der unabhängige, nicht-staatliche und nicht lobbygebundene Status und die systematische Prüfung. Deshalb haben im Spendenwesen Watchdogs häufig auch eine Akkreditierungsfunktion übernommen. Umgekehrt aber gibt es Akkreditierungsstellen, die Siegel vergeben, ohne zugleich auch eine Auskunftsfunktion und Expertenfunktion in Bezug auf Spendenwesen und Spendenorganisationen wahrzunehmen (z.B. die Kammer der Wirtschaftstreuhänder in Österreich als Vergabestelle für das Österreichische Spendengütesiegel). Diesen Akkreditierungsstellen fehlt somit eine im Verbraucherschutz unerlässliche Eigenschaft, und sie sollten deshalb nicht als Watchdog bezeichnet werden. Ein weiteres Beispiel: Viele Dach- und Lobbyverbände erfüllen auf Grund ihres ausgeprägten sektoralen Wissens und ihrer guten Vernetzung durchaus eine Auskunftsfunktion und Expertenfunktion, sie können aber wegen der fehlenden Unabhängigkeit und der zumeist nicht vorhandenen Prüffunktion nicht als Watchdogs angesehen werden.

12 Der Begriff *Watchdog* hat einen umgangssprachlichen »Beigeschmack«, wird aber im Bereich des Verbraucherschutzes, auch im Non-Profit-Sektor so häufig verwendet, dass er auch in diesem Beitrag benutzt werden soll. Der Verfasser entschied sich für einen eigenen Definitionsversuch, da Entsprechendes in der Literatur nicht zu finden war, sondern, ganz im Gegenteil, einige wissenschaftliche Beiträge sogar ein offensichtlich falsches Verständnis von »Watchdogs« erkennen ließen. So bezeichnen *Gibelman/Gelman* zutreffend die BBB Wise Giving Alliance als Watchdog (vgl. Abschnitt III. 3.), nennen im gleichen Atemzug aber auch die (staatliche) britische Charity Commission sowie die der Selbstregulierung zuzuordnende Informationsdatenbank GuideStar. (Vgl. *Gibelman/Gelman*, A Loss of Credibility: Patterns of Wrongdoing Among Nongovernmental Organizations, in: *Voluntas* 4/2004, S. 355–382, hier: S. 372 f.).

III. Vereinigte Staaten von Amerika

1. Spendenwesen

a) Größe und Struktur

In den USA gab es im Jahr 2003 rund 1,85 Millionen steuerbegünstigte Organisationen, darunter 964.000 registrierte »charities«¹³ und 354.000 nicht registrierte religiöse Körperschaften, die in der wichtigsten US-Spendenstatistik »Giving USA« dokumentiert werden und deshalb im Folgenden als der Spendensektor der USA betrachtet werden sollen.¹⁴ Bei den übrigen rund 532.000 steuerbegünstigten Körperschaften handelt es sich unter anderem um Mitgliederverbände und Lobbyorganisationen. Insgesamt finanzierte sich der Dritte Sektor der USA 1995 zu 57 Prozent aus Gebühren, zu 31 Prozent aus öffentlichen Zuwendungen und zu 13 Prozent aus Spenden und Stiftungszuwendungen.¹⁵ Das US-Spendenaufkommen zu Gunsten der 1,32 Millionen Spenden sammelnden Organisationen betrug 2003 rund 240 Milliarden US-Dollar.¹⁶

b) Staatliche Regulierung

In den USA gilt zunächst der Grundsatz, dass jedermann ohne besondere Voraussetzungen befugt ist, Spenden zu sammeln. De facto aber streben viele Sammlungen die Steuerbegünstigung und den Status einer *charity* oder auch einer *private foundation* an. Sie unterliegen damit verschiedenen Regulierungen sowohl auf der Ebene des Bundes als auch der Einzelstaaten. Die gemäß Artikel 501(c) Internal Revenue Code als steuerbegünstigt anerkannten Organisationen unterliegen der Aufsicht der Bundesfinanzbehörde IRS (Internal Revenue Service). Sie haben dort jährlich das Steuerformular »Form IRS 990« zu hinterlegen, das unter anderem über die Namen der verantwortlichen Personen, die Gehaltssummen der leitenden Beschäftigten sowie die Einnahmen, Ausgaben und Vermögenslage informiert. Das Formular 990 ist jedem Interessierten zugänglich, de facto nimmt der öffentliche Gebrauch dieser Informationsquelle aber erst seit Mitte der 1990er-Jahre deutlich zu, seitdem nämlich die Website www.guidestar.org begonnen hat, die Formulare einzuscannen und kostenfrei über das Internet zu verbreiten. Die Aussagekraft und Datenqualität des Form 990

13 Steuerbegünstigt gemäß Artikel 501(c)(3) Internal Revenue Code.

14 *AAFRC Trust for Philanthropy* (Hrsg.), *Giving USA 2004, The Annual Report on Philanthropy for the Year 2003*, Indianapolis 2004, S. 47. Vgl. Auch *Garonzik*, *Resourcing the Nonprofit Sector: The American Experience*, in: *Doyle* (Fn. 6), S. I-38 bis I-55, hier: S. I-39.

15 *Salomon/Anheier* (Fn. 3), S. 24. Die drei angegebenen Zahlen addieren sich auf 101 Prozent, finden sich mit diesem offensichtlichen Rundungsfehler aber so in der angegebenen Quelle.

16 *AAFRC Trust for Philanthropy* (Fn. 14), S. 9.

werden allerdings immer wieder als unzureichend und unzuverlässig kritisiert.¹⁷ Die für *charities* zuständige Abteilung des IRS gilt seit langem als unterfinanziert und nicht wirksam genug.¹⁸

Auch 38 der 50 US-Bundesstaaten haben eigene Sammlungsgesetze, die die gesonderte, einzelstaatliche Registrierung der meisten Spendenorganisationen¹⁹ verlangen, die Sammlungen dort durchführen wollen.²⁰ Zumeist sind diese einzelstaatlichen Regulierungsbehörden beim jeweiligen Generalstaatsanwalt angesiedelt.

Derzeit gibt es in den USA eine starke Tendenz zum Ausbau staatlicher Regulierung im Dritten Sektor, unter anderem ausgelöst durch den Schock der jüngsten Wirtschaftsskandale und die darauf folgende Welle von Gesetzesverschärfungen in der Privatwirtschaft. So verursacht seit Sommer 2004 auf Bundesebene eine entsprechende Gesetzesinitiative des Finanzausschusses des US-Senats große Unruhe im Non-Profit-Sektor.²¹ Die wichtigste Dachorganisation der NPOs in den USA, *Independent Sector*, hat auf Vorschlag des Finanzausschusses²² ein »National Panel on the Nonprofit Sector« (www.nonprofitpanel.org) bestehend aus 24 hochrangigen Vertretern des Sektors eingerichtet, das mit Unterstützung mehrerer Arbeitsgruppen im März 2005 eine erste Stellungnahme mit Alternativvorschlägen vorgelegt hat.²³ In diesem Rahmen wird *Harvey Dale*, Professor für Philanthropy und Recht an der New York University, eine Studie zur Wirksamkeit von Selbstregulierung und Akkreditierung im Non-Profit-Sektor und vergleichbaren Sektoren erarbeiten.

2. Siegel und Akkreditierung

Obwohl die USA das Mutterland des modernen Fundraisings sind, haben sich dort Siegel (im englischen Sprachraum gebräuchlicher: accreditation, certification) erst vergleichsweise spät und in nicht allzu großer Zahl herausgebildet. Independent Sector veröffentlicht seit Anfang 2004 auf seiner Website ein »Compendium of Standards, Codes and Principles of Nonprofit and Philanthropic Organizations«.²⁴ Dieses

17 »In a report to the Finance Committee, the General Accounting Office found significant problems in the accuracy and completeness of Form 990.« *Senate Finance Committee*, White Paper on Proposed Regulation of Non-Profit-Organizations, June 2004 (URL http://nonprofitpanel.org/workgroupprecs/discussion_draft.pdf). Vgl. auch *Ortmann et al.* (Fn. 7), S. 6.

18 Vgl. *Strom*, Charities Face Increased Reviews by I.R.S. as Senate Considers Strengthening Oversight, in: *New York Times* vom 23. Juni 2004.

19 Der Begriff Spendenorganisation wird hier als Synonym für die »charity« nach US-Recht verwendet.

20 Vgl. *Sumariwalla/Levis*, Unified Financial Reporting System for Not-for-Profit Organizations: A Comprehensive Guide to Unifying GAAP, IRS Form 990, and Other Financial Reports Using a Unified Chart of Accounts, San Francisco 2000, S. 14.

21 Vgl. *Senate Finance Committee* (Fn. 17), S. 7.

22 Vgl. Brief des Ausschussvorsitzenden Senator *Charles E. Grassley* an Independent Sector vom 22.09.2004 (URL <http://nonprofitpanel.org/about/SFCltr.pdf>).

23 Vgl. URL <http://nonprofitpanel.org/faq/>.

24 Vgl. URL <http://independentsector.org/issues/accountability/standards2.html> (Stand: 23.02.2005).

listet Ende Februar 2005 insgesamt 109 US-amerikanische Standards für NPOs auf, darunter nur zwölf Siegelanbieter sowie vier Watchdogs ohne Akkreditierungsangebote; bei den übrigen 93 handelt es sich um Selbstverpflichtungen (Codes, Codes of Conduct), deren Einhaltung nicht systematisch überprüft wird. Von den zwölf Akkreditierungsstellen beschränken sich fünf auf fachzentrierte Qualitätsprüfungen (z.B. die National Association of Schools of Music), so dass in der Aufstellung von Independent Sector nur sieben allgemeine Akkreditierungen im Sinne eines Spendensiegels übrig bleiben. Davon sind, wie weiter unten gezeigt wird, nur zwei als unabhängige Siegel im Sinne der IÖW-Prüfsteine einzustufen (siehe Kapitel II, Abschnitt 4a).

a) Evangelical Council for Financial Accountability

Das erste Siegel, dem man eine ausgeprägte Unabhängigkeit von Lobbyinteressen des Non-Profit-Sektors attestieren kann, ist die Akkreditierung des Evangelical Council for Financial Accountability (ECFA) – ein Mitgliedschaftsmodell mit dem Logo des ECFA als Siegel. Diese Unabhängigkeit war dem ECFA bei seiner Gründung im Jahr 1979 nicht unbedingt in die Wiege gelegt, denn die Organisation wurde in Reaktion auf einige größere Skandale unter evangelikalen Non-Profit-Organisationen aus diesem Sektor heraus geschaffen, auch um eine Verschärfung staatlicher Regulierung zu vermeiden. Trotz dieses eigentlich für Selbstregulierung typischen Entstehungszusammenhangs ist es gelungen, ECFA zu einer Organisation aufzubauen, die fast idealtypisch die Gratwanderung zwischen Selbstregulierung und unabhängiger Watchdog-Funktion zu meistern scheint.²⁵ Um seine Prüffunktion nicht zu kompromittieren, erfüllt ECFA keine Lobbyfunktion und bietet den für Selbstregulierungs- und Dachorganisationen sonst typischen Service des »capacity building« nur in sehr eingeschränktem Umfang. Die hohe Zahl von mittlerweile mehr als 1.100 akkreditierten Mitgliedsorganisationen (Stand: Ende Februar 2005) reduziert außerdem den (auch finanziellen) Einfluss jedes einzelnen Mitglieds entscheidend.²⁶

Die sieben ECFA Standards sind recht allgemein gehalten, werden aber durch ausführliche Kommentierungen ergänzt. Sie betreffen die Themen: *Doctrinal Statement*²⁷, *Board of Directors and Audit Committee*, *Audited Financial Statements*, *Use*

25 »The Evangelical Council for Financial Accountability (ECFA) is seen by several survey respondents as the epitome of an umbrella organization with a code and accreditation program that is effective. ... The ECFA seal of approval ... is a code with the teeth of a serious accreditation program.« *Bothwell*, Trends in Self-Regulation and Transparency on Nonprofit-Organizations in the U.S., in: International Journal of Not-for-Profit Law, September 2001, S. 4 (URL <http://www.icnl.org/journal/vol4iss1/bothwell5.htm>). Auch *Ortmann et al.* bezeichnen die ECFA-Akkreditierung als »shining example« (Fn. 7, S. 7).

26 Folgendes Zitat aus einem Artikel von ECFA-Präsident *Paul D. Nelson* begegnet der Kritik finanzieller Abhängigkeit und lässt zugleich nochmals deutlich das unabhängige Selbstbewusstsein der Organisation erkennen: »... Of course, our approach is not above criticism. Many people argue that ECFA lacks objectivity and independence because we are supported largely by fees from the charities we monitor. I understand the argument but respectfully disagree; the auditing industry operates the same way. ...« *Nelson*, Useful – But Limited: What Donors Need To Know About Rating Services, in: *Philanthropy*, Jan/Feb 2004, S. 21–25, hier: S. 23.

27 Bekenntnis zum evangelikalen christlichen Glauben und zum bibelkonformen Handeln.

of Resources, Finances, Conflicts of Interest, Fund-Raising. Im Unterschied etwa zur BBB Wise Giving Alliance gibt es bei den ECFA-Standards keine Obergrenze für den Werbe- oder Verwaltungskostenanteil. ECFA lehnt ein solches Kriterium wegen methodischer Bedenken ausdrücklich ab. Die Jahreseinnahmen 2003 betragen 1,18 Millionen US-Dollar und bestanden zu 92 Prozent aus Mitgliedsbeiträgen. Diese betragen pro Mitglied einnahmeabhängig zwischen 300 und 8.000 US-Dollar jährlich.

b) National Charity Seal (BBB Wise Giving Alliance)

Das zweite unabhängige Spendensiegel ist das 2003 eingeführte *National Charity Seal* der BBB Wise Giving Alliance (www.give.org). Diese war 2001 aus dem Zusammenschluss des 1912 gegründeten Philanthropic Advisory Service der Council of Better Business Bureaus Foundation (PAS) mit dem 1918 entstandenen National Charities Information Bureau (NCIB) hervorgegangen. Die BBB Wise Giving Alliance (BBB WGA) ist organisatorisch mit dem Council of Better Business Bureaus verbunden.²⁸ Die über alle Bundesstaaten verteilten Better Business Bureaus sind die wohl wichtigsten Verbraucherberatungsstellen in den USA.

BBB WGA setzt im Wesentlichen die Spenderberatung ihrer beiden Ursprungsorganisationen fort, das heißt sie erarbeitet Auskünfte und Einschätzungen zu derzeit rund 500 landesweit um Spenden werbenden NPOs. Diese Bewertungen dürfen auch heute noch von den betreffenden Organisationen nicht werblich verwendet werden. Begründet wird dies mit dem besonderen Schutzbedürfnis des Namens der BBB. Mit der Schaffung des National Charity Seal umging die BBB WGA diese Namensproblematik. Anfang 2005 trugen 52 Organisationen das neue Siegel. Es beinhaltet keine zusätzliche Prüfung, wohl aber – gegen eine jährliche Gebühr²⁹ – das Recht zur werblichen Nutzung des Siegels, vorausgesetzt, die ohnehin vorgenommene Prüfung der betreffenden Organisation durch die BBB WGA hat ergeben, dass sie die *BBB WGA Standards for Charity Accountability*³⁰ erfüllt.

Die BBB WGA (Jahreseinnahmen 2003: 1,6 Millionen US-Dollar) finanzierte sich bis zur Einführung des National Charity Seals zu jeweils einem Drittel aus Stiftungszuwendungen, Beiträgen des Council of Better Business Bureaus sowie Spenden der Nutzer ihrer Dienstleistungen. Mit der Einführung des Siegels folgte BBB WGA den positiven Erfahrungen mit Siegeln von Watchdogs in anderen Ländern, dem erfolgreichen Beispiel des ECFA im eigenen Land wie auch dem Erfordernis, die eigene Existenz und Unabhängigkeit durch den Aufbau einer vierten Finanzierungssäule sichern zu helfen³¹. Im internationalen Vergleich fällt auf, dass die BBB Wise Giving Alliance hinsichtlich ihres Profils (unabhängiger Verbraucherschutz), ihrer Aufgaben (Siegel und Nicht-Siegel-Auskünfte) sowie mit ihrer Mischfinanzierung große Ähnlichkeiten mit dem Centraal Bureau Fondsenwerving – CBF (Niederlande), der Stif-

28 Vgl. URL <http://give.org/about/index.asp> (Stand: 23.02.2005).

29 Die Siegelgebühr beträgt einnahmeabhängig 1.000 bis 15.000 US-Dollar (URL <http://give.org/seal/fees.asp>).

30 Vgl. www.give.org.

31 Quelle: Gespräch des Verfassers mit *Bennett Weiner*, Chief Operating Officer BBB WGA, Mai 2002 in Arlington, VA.

tung ZEWO (Schweiz) und dem Deutschen Zentralinstitut für soziale Fragen (DZI) hat.

c) Maryland Association of Nonprofit Organizations

Die Maryland Association of Nonprofit Organizations (Maryland Nonprofits) hat 1998 »Standards for Excellence« und ein damit verbundenes »Seal of Excellence« eingeführt³². Zielgruppe sind ausschließlich im Bundesstaat Maryland registrierte NPOs. Die Standards bestehen aus acht »Guiding Principles«³³, die in 55 einzelnen Standards näher bestimmt werden. Bei Maryland Nonprofits handelt es sich um die zentrale Dachorganisation des Non-Profit-Sektors in Maryland. Somit ist das »Seal of Excellence« der Selbstregulierung zuzuordnen³⁴. Da sich auch Non-Profit-Verbände in anderen Bundesstaaten für das Zertifizierungsmodell zu interessieren begannen, führte Maryland Nonprofits ein Lizenzierungsverfahren ein. Obwohl sich das Siegel in Maryland selbst relativ langsam entwickelt (53 Zertifizierungen, Stand: Januar 2005)³⁵ wird das »Seal of Excellence« inzwischen schon in insgesamt sieben³⁶ Bundesstaaten angeboten.

Maryland Nonprofits hat zur weiteren Verbreitung des Zertifizierungskonzepts im Jahr 2004 als rechtlich unselbständigen Arbeitsbereich im eigenen Haus das »Standards for Excellence Institute« gegründet.³⁷ Bemerkenswert ist, dass dem »National Advisory Board« dieses Instituts unter anderem die Präsidenten der beiden unabhängigen Zertifizierungsstellen BBB WGA und ECFA, *Art Taylor* und *Paul D. Nelson*, angehören wie auch ein Vertreter von GuideStar USA, und nicht zuletzt der als NPO-Forscher international renommierte Professor *Lester Salomon* von der Johns Hopkins University. Dies signalisiert, dass dem »Seal of Excellence« eine wichtige landesweite Bedeutung beigemessen wird. Jedoch löst das Konzept der Maryland Nonprofits bei näherer Betrachtung eine Reihe von Fragen und Zweifeln aus:

- Die Darstellung des »Seal of Excellence« auf den Websites der bisherigen sechs Lizenznehmer variiert erheblich: So heißt es bei »The Giving Trust« (Illinois), der sich nicht als NPO-Dachorganisation, sondern als Informationsstelle für Spender

32 Vgl. www.marylandnonprofits.org.

33 Mission and Program, Governing Body, Conflict of Interest, Human Resources, Financial and Legal, Openness, Fundraising, Public Affairs, Public Policy.

34 Dies wird auch von Maryland Nonprofits bzw. dem ihm zugehörigen Standards for Excellence Institute so gesehen. In der Selbstbeschreibung dieses Instituts heißt es: »The Institute, an operating division of Maryland Association of Nonprofit Organizations (Maryland Nonprofits), uses the Standards for Excellence program, a comprehensive system of nonprofit sector self-regulation as its vehicle for effective change.« (Vgl. URL www.standardsforexcellenceinstitute.org/public/html/learn_a.html – Stand 26.02.2005).

35 Vgl. *Ortmann et al.* (Fn. 7), S. 8.

36 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Weiter oben wurden mit Bezug auf die Website von Independent Sector neben den Siegeln von BBB WGA und ECFA nur fünf weitere Spendensiegel genannt; gemeint sind damit die von Maryland Nonprofits ausgehenden Zertifizierungen. Independent Sector hat die zwei neuesten Lizenzierungen bisher noch nicht auf seiner Website berücksichtigt.

37 www.standardsforexcellenceinstitute.org.

und NPOs versteht: »The Seal of Excellence: Your Symbol of Trust«³⁸ – eine sehr anspruchsvolle Terminologie, die sehr derjenigen der beiden »harten« Siegel von BBB WGA sowie ECFA ähnelt. Hingegen weckt das »Georgia Center for Nonprofits« deutlich bescheidenere Erwartungen mit der Überschrift »The Standards for Excellence: Encouraging nonprofit excellence and accountability through self-regulation«.³⁹

- Angaben zur Befristung der Gültigkeit der Akkreditierung finden sich weder auf der Website des Standards for Excellence Institute noch auf der von Maryland Nonprofits.
- Für die Zertifizierung nimmt Maryland Nonprofits 400 US-Dollar von Mitgliedern und 1.500 US-Dollar von Nicht-Mitgliedern. Eine intensive Prüfung ist so nicht finanzierbar.
- Maryland Nonprofits misst der Beratung im Rahmen des Zertifizierungsprozesses eine dominierende Bedeutung zu.⁴⁰ Nach dem Berufsverständnis beispielsweise von unabhängigen Wirtschaftsprüfern schließen Beratung und unabhängige Prüfung aber einander aus.

3. Watchdogs

a) Einzelauskünfte (Reporting)

Die zwei vermutlich wichtigsten Watchdogs für Spendenorganisationen in den USA, die *BBB Wise Giving Alliance* und das *ECFA*, wurden bereits im vorangehenden Abschnitt vorgestellt, weil sie Zertifizierungen vornehmen. Beide bieten aber zusätzlich redaktionell erarbeitete Einzelauskünfte, die es den Nutzern ermöglichen, sich anhand unabhängig geprüfter Angaben ein eigenes Bild von der betreffenden Organisation zu machen. Beim ECFA gibt es diese Einzelauskünfte nur in Bezug auf die akkreditierten Mitgliedsorganisationen.

Die BBB Wise Giving Alliance hat (zunächst einmal unabhängig vom neuen Siegel) rund 500 Auskünfte im Angebot, und zwar zu den Hilfswerken, die am häufigsten nachgefragt werden. Neben einem detaillierten Organisationsportrait (Adresse, Verantwortliche, Ziele, Projekte, Einnahmen-/Ausgabendarstellung, Werbe- und Verwaltungskostenanteil) enthalten diese Auskünfte auch die Information, ob das Hilfswerk die 20 BBB WGA-Standards erfüllt bzw. welche nicht. Die bisherige personalintensive Dokumentationsmethode will BBB WGA ab Frühjahr 2005 durch ein neues »Online Charity Reporting and Evaluation System« revolutionieren. Durch eine weitgehend automatisierte Informationsverarbeitung soll die Kapazität innerhalb der

38 Vgl. URL <http://thegivingtrust.org/page18379.cfm> (Stand: 28.02.2005).

39 Vgl. URL <http://gcn.org/sfx.html> (Stand: 28.02.2005).

40 »Maryland Nonprofits also states on its website ,that every applicant will ultimately be successful in achieving compliance with the Standards for Excellence' ... The idea is to give an applicant the benefit of doubt and to fix through consulting and training sessions what might be broken. The certificate therefore resembles more a diploma for absolving the required consulting and training units.« *Ortmann et al.* (Fn. 7), S. 8.

nächsten zwei Jahre auf rund 3.000 Auskünfte erhöht werden, womit dann etwa die Hälfte des US-Spendenvolumens abgedeckt wäre.⁴¹

Eine weitere unabhängige Watchdog-Organisation mit Einzelauskünften ist das 1946 gegründete *Charities Review Council of Minnesota* (CRCMN). Es vergibt kein Siegel, prüft aber regelmäßig etwa 300 in Minnesota registrierte Spendenorganisationen auf Übereinstimmung mit den 15 Standards des CRCMN. Dabei geht es, ähnlich wie bisher die BBB WGA, nachfrageorientiert vor. Das CRCMN finanziert sich bei rund 350.000 US-Dollar Jahresbudget aus Privat- und Unternehmensspenden sowie Stiftungszuwendungen. Die Standards sind sehr mit denen der beiden übrigen Watchdogs vergleichbar. CRCMN akzeptiert maximal 30 Prozent Werbe- und Verwaltungskostenanteil, gemessen an den jährlichen Gesamtausgaben.

Das 1976 gegründete *National Committee for Responsive Philanthropy* (NCRP) wird durch seinen ehemaligen Präsidenten *Robert O. Bothwell* ebenfalls als Watchdog bezeichnet.⁴² Nach Einschätzung des Verfassers handelt es sich hierbei aber eher um eine Dokumentations- und Forschungsstelle für Philanthropie denn um eine auf die Spenderbedürfnisse ausgerichtete Auskunft- und Prüfeinrichtung.

b) Rating

Rating-Angebote im Non-Profit-Sektor basieren auf der Grundidee, dass die Qualität der Organisationen objektiv quantifizierbar ist, so dass mit Hilfe eines geeigneten Algorithmus' eine aussagekräftige Rangliste erstellt werden kann. Die folgenden Ratingdienste für den US-Spendensektor haben sich in der jüngeren Vergangenheit entwickelt⁴³:

- *American Institute of Philanthropy* (www.charitywatch.org)
- *Charity Navigator* (www.charitynavigator.org)
- *Wall Watchers* (www.ministrywatch.org)

Nelson kritisiert die einseitige Fokussierung der Ratingdienste auf finanzielle Organisationsdaten und macht außerdem darauf aufmerksam, dass bei näherem Hinsehen die den drei Internetangeboten zu Grunde liegenden Formeln nicht nur sehr komplex, sondern auch untereinander widersprüchlich sind. »Donors who want to use them effectively must understand what is actually being measured, and more importantly, what questions are being ignored.«⁴⁴ Als ein Beispiel führt *Nelson* die Rücklagenhöhe an. Während das American Institute of Philanthropy (Charitywatch) niedrige Rücklagen positiv bewerte, honoriere Charity Navigator möglichst hohe Rücklagen – mit Blick auf die Nachhaltigkeit. Eine weitere Kritik an Charitywatch und Charity Navigator: Beide nutzen lediglich die häufig als unzuverlässig kritisierten Daten des IRS Form 990, während BBB WGA, ECFA und auch Wall Watchers die Wirtschaftsprüfungsberichte der Organisationen auswerten. Wichtige Aspekte, wie zum Beispiel die Qualität der Leitungsstrukturen und die Seriosität der Spendenwerbung, werden nach dem Urteil *Nelsons* bei den Ratings nicht adäquat berücksichtigt. Und schließ-

41 Vgl. URL <http://give.org/news/carefaq.asp> (Stand: 23.02.2005).

42 Vgl. *Bothwell* (Fn. 25), S. 5.

43 Vgl. *Nelson* (Fn. 26), S. 25.

44 Ebenda, S. 22.

lich wirft er Charity Navigator und Wall Watchers noch irreführende Angaben zu ihrer Finanzierung vor:

»... Charity Navigator and Wall Watchers advertise that they are donor-supported organizations. In truth, they are primarily single-source funded and are often perceived as one-man-shows, underwritten by the founder/CEO. The older American Institute of Philanthropy is in a similar situation. How long such groups can operate without more reliable income streams is uncertain.«⁴⁵

4. Selbstregulierung

Selbstregulierung wird in den USA von einer mindestens dreistelligen Zahl von Dach- und Lobbyorganisationen betrieben. Die große Vielfalt ergibt sich insbesondere durch die vielen auf einzelne Sektoren sowie Bundesstaaten fokussierten Verbände. Auf nationaler Ebene werden in der wissenschaftlichen Literatur sowie auf Linklisten im Wesentlichen die folgenden Organisationen genannt:

- *Council on Foundations* (www.cof.org)
Zusammenschluss von Förderstiftungen und Unternehmen
- *Evangelical Council on Financial Accountability* (www.ecfa.org)
Akkreditierung für evangelikale NPOs
- *The Foundation Center* (www.fdncenter.org)
Dokumentations- und Auskunftsstelle für das Stiftungswesen
- *Independent Sector (IS)* (www.independentsector.org)
Zusammenschluss von mehr als 600 NPOs, Jahreseinnahmen 2003: 5,6 Mio. US-Dollar
- *InterAction* (www.interaction.org)
Dachverband von mehr als 160 Entwicklungshilfe-NPOs
- *National Committee for Responsive Philanthropy (NCRP)* (www.ncrp.org)
Forschung und Capacity Building für die Philanthropie
- *The National Council of Nonprofit Associations (NCNA)* (www.ncna.org)
Zusammenschluss von 38 bundesstaatlichen und regionalen Non-Profit-Dachverbänden
- *The National Society of Fund Raising Executives (NSFRE)* (www.nsfre.org)
Berufsverband der Fundraiser; mehr als 20.000 Mitglieder

Die schon im 2. Abschnitt (Siegel) dieses Kapitels erwähnten 93 Selbstverpflichtungen im Bereich amerikanischer NPOs bilden vermutlich nur einen Teil der tatsächlich existierenden Kodexe ab. Sie werden durch Independent Sector nach ihren Zielgruppen wie folgt kategorisiert⁴⁶ (angegebene Anzahl ohne die 16 oben erwähnten Watchdogs und Akkreditierungsstellen):

⁴⁵ Ebenda, S. 23.

⁴⁶ Vgl. URL <http://independentsector.org/issues/accountability/standards2.html> (Stand: 23.02.2005).

- Public Charities (55)
- Foundations (6)
- Professional Practice: Standards for Individuals (23)
- Standards for Online Giving (2)
- Standards for Gifts-in-Kind (1)
- Standards to Guide Relationships between Nonprofits and Corporations (6)

Selbstregulierung wird in den USA als das natürliche und vor allem einzige Gegenstück zur staatlichen Regulierung angesehen. Selbst die wenigen unabhängigen Watchdogs, die eigentlich als »Dritte Kraft« neben Regulierung und Selbstregulierung zu sehen sind, werden in der Literatur zuweilen kurzerhand der Selbstregulierung zugeordnet: »Nonprofits are evaluated by independent watchdog organizations ... Since government is nowhere involved in this process, it is considered part of the nonprofit sector's self-regulation scheme.«⁴⁷ Es gibt aber nun vermehrt Stimmen, die die Schwächen von Selbstregulierung hervorheben: Diese Art von Kritik ist einer der Ausgangspunkte für die gegenwärtige, energisch vorangetriebene Gesetzesinitiative des Senats-Finanzausschusses. Auch *Bothwell* hebt hervor, wie wenig wirksam – weil »zahnlos« – etwa die meisten Selbstverpflichtungen der Non-Profit-Verbände sind.⁴⁸ Ähnlich äußert sich *Mark Sidel* in einer vergleichenden Analyse von Selbstregulierung in den Non-Profit-Sektoren der USA sowie verschiedener asiatischer Staaten.⁴⁹

IV. Großbritannien

1. Spendenwesen

a) Größe und Struktur

In Großbritannien und Nordirland (Vereinigtes Königreich) gibt es schätzungsweise 300.000 bis 500.000 Non-Profit-Organisationen (Voluntary and Community Organisations, VCO), davon etwa 200.000 *registered charities*, die den britischen Spendensektor darstellen.⁵⁰ Von diesen wiederum sind rund 188.000 in England und Wales registriert. Gemäß der Johns-Hopkins-Studie finanzierte sich der Dritte Sektor Großbritanniens (also offenbar ohne Nordirland) 1995 zu 45 Prozent aus Gebühren, zu 47 Prozent aus öffentlichen Zuwendungen und zu 9 Prozent aus Spenden und Stiftungszuwendungen.⁵¹

47 *Bothwell* (Fn. 25), S. 5.

48 Ebenda, S. 4 ff.

49 Vgl. *Sidel/Zaman*, *Philanthropy and Law in South Asia*, Asia Pacific Philanthropy Consortium, 2004.

50 *Hems*, *The Changing Nature of the UK Nonprofit Sector*, Institute for Philanthropy Discussion Paper, Juni 2003, S. 2.

51 *Salomon/Anheier* (Fn. 3), S. 24. Die drei angegebenen Zahlen addieren sich auf 101 Prozent, finden sich mit diesem offensichtlichen Rundungsfehler aber so in der angegebenen Quelle.

Das Spendenaufkommen im Vereinigten Königreich betrug 2002 rund 7,3 Milliarden Pfund.⁵²

b) Staatliche Regulierung

Im Vereinigten Königreich ist die Gründung und Unterhaltung gemeinnütziger Organisationen zunächst einmal unreglementiert. Der unter anderem für die Steuerbegünstigung entscheidende Status der Gemeinnützigkeit setzt aber die Anmeldung bei einer der drei Regulierungsbehörden voraus:

- *Charity Commission for England and Wales* (www.charitycommission.gov.uk)
- *Office of the Scottish Charity Regulator* (www.oscr.org.uk)
- *Department for Social Development* (www.dsdni.gov.uk).

Da die Arbeitsweisen aller drei Behörden nur wenig voneinander abweichen,⁵³ wird im Folgenden nur die Charity Commission näher vorgestellt.

Die Anerkennung gemeinnütziger Organisationen in England erfolgt bisher noch nach den im *Charitable Uses Act* von 1601 festgelegten Grundsätzen. Der Charity Commission obliegen die Feststellung und Überwachung des Gemeinnützigkeitsstatus' wie auch die Registrierung der Non-Profit-Organisationen. Sie vereint damit die Kontrollaufgaben, die beispielsweise in Deutschland auf Amtsgerichte (Vereins-/Handelsregister), Finanzämter und Stiftungsaufsichten verteilt sind.⁵⁴ Die Commission hat etwa 600 Beschäftigte und einen Jahresetat von 40 Millionen Pfund.⁵⁵ Die eingetragenen NPOs haben unter anderem ihre Finanz- und Arbeitsberichte bei der Charity Commission einzureichen. Die Finanzberichte (Statement of Financial Activities, SoFA) müssen bei Jahresbruttoeinnahmen über 375.000 Euro den von der Commission entwickelten Rechnungslegungsgrundsätzen (Charities SORP)⁵⁶ entsprechen.⁵⁷ Die übermittelten Daten einschließlich der Rechnungslegung sind bei der Charity Commission im *Register of Charities* öffentlich zugänglich.

Qualität und Aussagekraft der von der Commission öffentlich gemachten Informationen werden in der wissenschaftlichen und praxisnahen Diskussion sehr unterschiedlich beurteilt. *Koss* schreibt in Anlehnung an *Dawes*, der die Charities SORP maßgeblich mit entwickelt hat: »Damit stehen geprüfte und weitgehend standardisierte Rechenschaftsberichte für gemeinnützige Organisationen öffentlich zur Verfügung ... Diese Transparenz hat zu einem weitgehenden Vertrauen der Öffentlichkeit

52 NCVO, *The UK Voluntary Sector Almanac 2004*, (vgl. URL <http://www.ncvo-vol.org.uk/asp/search/ncvo/main.aspx?siteID=1&subSID=73&sID=8&documentID=1938>).

53 Vgl. *Koss*, *Der UK-SORP als Alternative zu den deutschen Regelungen*, in: *Kötz et al.*, *Non Profit Law Yearbook 2003*, S. 113–128, hier: S. 121.

54 Ebenda, S. 122.

55 *Dawes*, *Rechnungslegungsgrundsätze in England und Wales*, in: *Walz* (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, Köln 2004, S. 75–117, hier: S. 88.

56 *Charities SORP: Statement of Recommended Practice: Accounting and Reporting by Charities*.

57 Vgl. *Dawes* (Fn. 55), S. 100.

in den gemeinnützigen Sektor geführt.«⁵⁸ Dieser positiven Einschätzung aus dem Ausland steht eine schon seit Jahren anhaltende Kritik in England und Wales an der Wirksamkeit des gegenwärtigen Registrierungssystems gegenüber: »SORP is not a user-friendly document. It is primarily concerned with financial accounting and probity and it is written in language that few trustees, let alone members of the public, understand. ... This perhaps explains why in the past years a relatively high proportion of charities have failed to submit their accounts and annual returns on time: in 2002 more than one third of charities had not done so.«⁵⁹

Angestoßen durch den Bericht »Private Action, Public Benefit« der dem britischen Premierminister zurarbeitenden *Strategy Unit*⁶⁰ vom September 2002 und der Antwort der Regierung vom Juli 2003⁶¹, ist derzeit eine umfassende Überarbeitung der staatlichen Regulierung im Gange. Unter anderem soll eine neue *Charity Bill* die mehr als 400 Jahre alte Gesetzgebung weitgehend ersetzen.⁶² Ein wichtiger Bestandteil: Die Spender sollen nun einen gesetzlich verbrieften Anspruch auf Rechenschaft der gemeinnützigen Organisationen erhalten. Außerdem soll ein neues Datenblatt (Standard Information Return, SIR) die Qualität der hinterlegten Daten verbessern helfen.

2. Siegel, Akkreditierung und Watchdogs

In Großbritannien sind Siegel, Akkreditierungsmodelle und die Etablierung unabhängiger Watchdogs bisher stets am unnachgiebigen Widerstand des Non-Profit-Sektors gescheitert. 1995 ist zwar auf Initiative der *Consumers' Association*, der größten britischen Verbraucherschutzorganisation, das *Accrediting Bureau for Fundraising Organisations (ABFO)* gegründet worden. Es hat formal bis heute Bestand, konnte seine geplante Prüfungstätigkeit und Spendensiegelvergabe aber nie richtig aufnehmen, weil die britischen NPOs nicht bereit waren, eine solche unabhängige Prüfstelle zu akzeptieren und über ihre Prüfgebühren zu finanzieren. Eine weitere Watchdog-Initiative ist *Charity Check*.⁶³ Dabei handelt es sich um ein 1996 gegründetes Non-Profit-Unternehmen (Ltd.), das vornehmlich kommunalen Behörden und Ladenbetreibern helfen will, die Seriosität von Straßensammlungen in ihrem unmittelbaren Umfeld zu beurteilen. Im fachlichen Diskurs zu Themen wie Regulierung, Akkreditierung und Selbstregulierung findet *Charity Check* kaum Beachtung und ist letztlich

58 Koss (Fn. 53), S. 124. Ausgesprochen positiv wird die *Charity Commission* auch beurteilt in Richter, Das englische Stiftungsrecht (Teil I): Stiftungszivilrecht und Stiftungsaufsicht in England, in: Stiftung & Sponsoring 1/2002, S. 31–32.

59 NCVO (Fn. 5), S. 13.

60 *Strategy Unit*, Private Action, Public Benefit: A Review of Charities and the Wider Not-For-Profit Sector, September 2002 (URL <http://www.number-10.gov.uk/su/voluntary/report/index.htm>).

61 *Home Office*, Charities and Not-for-Profits: A Modern Legal Framework. The Government's response to 'Private Action, Public Benefit', abrufbar unter <http://www.homeoffice.gov.uk/>.

62 Vgl: URL <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldbills/015/2005015.pdf>.

63 *Charity Check* unterhält zwei Websites: www.charitycheck.org.uk sowie www.charitycollections.org.

wohl ebenso als Ein-Personen-Unternehmen zu qualifizieren wie Charity Navigator in den USA.

In den letzten drei Jahren scheint sich aber die Situation in Großbritannien aus zwei Gründen zu Gunsten unabhängiger Selbstregulierung, vielleicht sogar Akkreditierung zu verändern: Zum einen beklagt der Non-Profit-Sektor selbst das immer deutlicher abnehmende Vertrauen der Öffentlichkeit in gemeinnützige Organisationen.⁶⁴ Zum anderen hat die *Strategy Unit* in ihrem oben erwähnten Bericht aus dem Jahr 2002 mit starken Worten eine neue, wirksame Selbstregulierungsinstanz gefordert und der Regierung für den Fall eines Scheiterns die Stärkung der staatlichen Regulierung empfohlen.⁶⁵ In den im Dezember 2004 vorgelegten Regierungsentwurf für eine neue *Charity Bill* wurde daraufhin in Artikel 65 eine entsprechende »Reserve power to control fund-raising by charitable Institutions« aufgenommen.⁶⁶ Das sich abzeichnende neue Angebot wird im folgenden Abschnitt beschrieben.

3. Selbstregulierung

a) Gegenwärtige Situation

Die »Landschaft« der NPO-Dachverbände ist in Großbritannien durchaus ähnlich vielgestaltig wie in den USA, weist allerdings auf Grund der geringeren Größe des Landes nicht eine so in die Tiefe gehende Struktur auf. Die wichtigsten NPO-Dachorganisationen sind:

- *The National Council for Voluntary Organisations (NCVO)*, www.ncvo-vol.org.uk
Wichtigste britische NPO-Vertretung, 1919 gegründet, über 3.700 Mitgliedsorganisationen
- *Institute of Fundraising (IOF)*, www.institute-of-fundraising.org.uk
Verband der Fundraiser (Einzelpersonen und Organisationen), 1983 gegründet (früherer Name: *Institute of Charity Fundraising Managers (ICFM)*)
- *Institute for Philanthropy (IfP)*, www.instituteforphilanthropy.org.uk
vergleichsweise sektorunabhängiger Status, Studien, »Think tank«, gegründet 2000
- *Charities Aid Foundation (CAF)*, www.cafonline.org
Spendenweiterleitung, Capacity Building, Studien, 1924 gegründet
- *Directory of Social Change* (www.dsc.org.uk)
Informationen (auch für Spender), Capacity Building, Studien, 1975 gegründet
- *Charity Finance Directors Group*, www.cfdg.org.uk
Capacity Building für Finanzen, Buchhaltung, Steuern, 1987 gegründet, 1.000 Mitglieder

64 »In the United Kingdom, trust levels also decreased sharply, from 59% in 1959 to 30% in 1999.« *Bekkers* (Fn. 8), S. 610.

65 *Strategy Unit* (Fn. 60), S. 66 f.

66 Vgl. URL <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldbills/015/2005015.htm>.

- *Professional Fundraising Regulatory Association (PFRA)*, www.pfra.org.uk
Selbstregulierung für Face-to-Face-Marketing (Straßenwerbung)

Im Unterschied zum Dritten Sektor der USA haben nur wenige britische NPO-Dachverbände Selbstverpflichtungen entwickelt. In der Regel konzentrieren sie sich auf Interessenvertretung, Capacity Building und Best Practice. Die wenigen Ausnahmen sind:

- Institute of Fundraising: *Code of Conduct* sowie *Donors' Charter*⁶⁷
- Scottish Council for Voluntary Organisations: *The Scottish Code of Fundraising Practice*⁶⁸
- Public Fundraising Regulatory Association: *Code of Practice for the Personal Solicitation of Committed Gifts (»Face to Face Fundraising«)*⁶⁹

Bei den beiden erstgenannten Selbstverpflichtungen handelt es sich um Maßgaben, die vergleichbar sind mit den im dritten Kapitel bereits etwas ausführlicher dargestellten Ethik- und Verhaltenskodexen aus den USA. Sie sind an die Mitgliedschaft in den jeweiligen Dachorganisationen geknüpft, werden aber nicht systematisch überprüft. Die *Public Fundraising Regulatory Association (PFRA)* wurde im Jahr 2000 auf Initiative des Institute of Fundraising gegründet (damaliger Name: Institute of Charity Fundraising Managers, ICFM). Sie ist ein Zusammenschluss von derzeit fast 100 Non-Profit-Organisationen, die Straßenwerbung (Face-to-Face-Fundraising) betreiben und der zunehmenden Kritik an dieser Werbeform⁷⁰ durch Einhaltung eines *Code of Practice* begegnen wollen.

Eine Sonderrolle im Zusammenhang von Selbstregulierung nehmen die »Hallmarks of an Effective Charity« ein, die die Charity Commission im Jahr 2000 erstmals veröffentlichte.⁷¹ Sie enthalten in konzentrierter, übersichtlicher Form Empfehlungen zur Qualitätsentwicklung in sechs zentralen Bereichen. Mit dieser Initiative bewegt sich die Charity Commission auf konflikträchtigen Terrain, denn der britische Non-Profit-Sektor betrachtet Themen wie *Best Practice* und *Capacity Building* als sein ureigenes Betätigungsfeld.⁷² Ein Indiz für die Vereinnahmungskraft des Dritten Sektors in Großbritannien ist die Art und Weise, wie die Informationsdatenbank *GuideStar* im Land Fuß gefasst hat und dabei der Selbstregulierung zugeordnet wurde, obwohl sie in ihrer US-Prägung ein vom Sektor unabhängiges Informationsangebot ist.⁷³

67 Als pdf-Datei erhältlich unter www.institute-of-fundraising.org.uk.

68 Vgl. www.scvo.org.uk.

69 Vgl. URL <http://www.pfra.org.uk/cofc.htm?sectionSet=fundraising>.

70 Ein großer Artikel in der *Times* kritisiert beispielsweise, dass die Werber nicht offen darüber Auskunft gegeben, wie hoch ihre Erfolgsprämie für die Vermittlung einer neuen Fördermitgliedschaft ist, und dass sich Passanten durch die Straßenwerbung oft belästigt fühlen. *Baldwin/Brook/Peek*, Charity muggers face tough new curbs, in: *The Times* vom 26.11.2003.

71 Vgl. URL <http://www.charity-commission.gov.uk/publications/pdfs/cc60text.pdf>.

72 Vgl. *NCVO* (Fn. 5), S. 12.

73 Siehe zur Entstehungsgeschichte von *GuideStar UK* die Darstellung von *Hems/Wilkinson*, *GuideStar UK: The role for information in transforming the charity and wider not-for-profit sector in England and Wales*, in: *Maecenata Actuell* Nr. 43 (Dezember 2003), S. 21–28.

b) Buse Commission

Nach Veröffentlichung des Berichts der Strategy Unit »Private Action, Public Benefit« hat *Rodney Buse*, früheres Vorstandsmitglied des NCVO, auf Initiative des Institute of Fundraising eine unabhängige Kommission mit dem Ziel berufen, ein Konzept zur Zukunft der Selbstregulierung im britischen Spendenwesen zu erarbeiten. Die Kommission hat im August 2003 einen ersten und im Januar 2004 einen zweiten, abschließenden Bericht vorgelegt.⁷⁴ Darin schlägt sie die Einrichtung eines »Independent Self-regulatory Body« vor, dessen Hauptfunktion die einer Beschwerdestelle für Spenderinnen und Spender sein soll. Inzwischen wurden unter Federführung der Charities Aid Foundation weitere Einzelheiten der neuen Prüfstelle erarbeitet, an denen sich ein heftiger sektorinterner Streit entzündet hat. Kernpunkt der Auseinandersetzungen ist, inwieweit die neue Stelle tatsächlich unabhängig strukturiert werden soll. So kritisiert *Stephen Lee*, Direktor des Centre for Voluntary Sector Management beim Henley Management College, die geplante organisatorische Anbindung an das Institute of Fundraising: »You can dress it up as much as you want, but to the public it will look like the unit is part of the Institute.«⁷⁵ Zur Skepsis gibt auch die Nachricht Anlass, dass die neue Prüfstelle – noch bevor sie überhaupt existiert – in ein neues Kooperationsprojekt unter Führung des NCVO eingebunden werden soll, zusammen mit GuideStar UK sowie einer von Professor *Adrian Sargeant* geplanten neuen Website namens *charityfacts.org*.⁷⁶ Der Kommentator des Fachmagazins *Third Sector* gibt dem neuen System aber trotz aller Kassandrarufer eine Erfolgchance: »... Self-regulation doesn't have a happy history in British public life, but not all self-regulators fail – and this one has some promising ideas and should be given a chance to work.«⁷⁷

V. Deutschland

1. Spendenwesen

a) Größe und Struktur

In Deutschland gibt es rund 560.000 eingetragene Vereine und mehr als 12.000 Stiftungen, die größtenteils als steuerbegünstigt anerkannt sind. Gemäß der Johns-

74 Beide Berichte sind abrufbar unter www.busecommission.org.uk/.

75 *Plummer*, News in focus: Mixed welcome for self-regulation, in: *Third Sector*, General Charity News vom 19.01.2005 (URL: http://thirdsector.co.uk/charity_news/full_news.cfm?ID=13269).

76 O.A., Move to bring together public trust initiatives, in: *Third Sector*, General Charity News vom 9.03.2005 (URL: http://thirdsector.co.uk/charity_news/full_news.cfm?ID=13826).

77 *Cook*, Editorial: What's the public's view of self-policing? in: *Third Sector*, General Charity News vom 19.01.2005 (URL: http://thirdsector.co.uk/charity_news/full_news.cfm?ID=13271).

Hopkins-Studie finanzierte sich der Dritte Sektor Deutschlands 1995 zu 64,3 Prozent aus öffentlichen Zuwendungen, zu 32,3 Prozent aus Gebühren und zu 3,4 Prozent aus Spenden und Stiftungszuwendungen.⁷⁸ Damit ist die Spendenfinanzierung in Deutschland um ein Vielfaches geringer als in den USA (13 Prozent) und in Großbritannien (9 Prozent). Das Spendenaufkommen in Deutschland wird bisher nicht vergleichbar zuverlässig erfasst wie in den beiden anderen Ländern. Schätzungen gehen von drei bis maximal fünf Milliarden Euro pro Jahr aus.⁷⁹

b) Staatliche Regulierung

Auch in Deutschland können – wie in den USA und Großbritannien – Spendensammlungen grundsätzlich fast ohne jegliche staatliche Aufsicht durchgeführt werden. Einzige Ausnahme sind Straßensammlungen, die in 13 der 16 Bundesländer⁸⁰ durch die jeweiligen Sammlungsgesetze geregelt werden. Weitere staatliche Kontrollen kommen (erst) hinzu, wenn die Spendensammlung eine bestimmte Rechtsform oder die Steuerbegünstigung anstrebt. Diesbezüglich ist die Situation also vergleichbar mit der in den USA und Großbritannien, abgesehen von der in diesen beiden Ländern – im Unterschied zu Deutschland – etablierten Publizitätspflicht für die Rechnungslegungen und einige weitere Daten. Die Bundesregierung hat im Deutschen Bundestag wiederholt erklärt, dass sie das gegenwärtige System staatlicher Regulierung für ausreichend hält:

»In diesem Sinne wird in Deutschland eine Kombination staatlicher Kontrollen (Finanzbehörden, Amtsgerichte, Stiftungsaufsicht) und privater Selbstregulierung (BSM, Deutscher Spendenrat) bzw. unabhängiger Überprüfung (DZI) praktiziert. Sie beinhaltet auch eine Verzahnung der staatlichen und der privaten Kontrolle (z.B. finanzamtlich anerkannte Gemeinnützigkeit als Voraussetzung für die Beantragung des DZI Spenden-Siegels, sowie Einbeziehung des Spenden-Siegels in die Vergabekriterien des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung und des Auswärtigen Amtes). Diese Verfahren haben sich im Wesentlichen bewährt und sollen beibehalten werden.«⁸¹

2. Siegel

In Deutschland gibt es zwei Spendensiegel. Das erste wurde Anfang 1992 unter der Bezeichnung *DZI Spenden-Siegel* vom Deutschen Zentralinstitut für soziale Fragen eingeführt, das zweite ein Jahr später als *Spenden-Prüfzertifikat* der Deutschen Evangelischen Allianz (DEA) in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft evangelika-

78 *Salomon/Anheier* (Fn. 3), S. 24.

79 Vgl. *Wilke*, Zur Situation des deutschen Spendenwesens im Jahr 2003, in: *Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen* (Hrsg.), *DZI Spenden-Almanach 2003/4*, Berlin 2003, S. 8–11, hier: S. 9.

80 Abgeschafft wurden die Sammlungsgesetze in Sachsen-Anhalt (1997), Nordrhein-Westfalen (1998) und Berlin (2004).

81 Antwort der Bundesregierung vom 16.01.2003 auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag, Bundestags-Drucksache 15/335, S. 5.

ler Missionen (AEM). Das *Spenden-Prüfzertifikat* richtet sich als freiwillige Zertifizierung ausschließlich an evangelikale Werke, die der DEA bzw. der AEM angeschlossen sind. Seine Prüfkriterien wurden in Abstimmung mit dem DZI im Wesentlichen den Leitlinien des DZI Spenden-Siegels entnommen. Im Unterschied zum Spenden-Siegel beruht die Zuerkennung des DEA-Zertifikats nicht auf Prüfungshandlungen hauptamtlicher Kräfte, sondern obliegt einem dreiköpfigen, ehrenamtlich tätigen Vergabeausschuss bei der DEA.

Das DZI ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts, die 1957 aus ihrem unmittelbaren Rechtsvorgänger, dem 1893 gegründeten Archiv der Wohlfahrtspflege, hervorgegangen ist. Träger der in Berlin ansässigen Stiftung sind der Berliner Senat, das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, der Deutsche Städtetag, die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V. und die Industrie- und Handelskammer zu Berlin. Das DZI Spenden-Siegel wurde 1992 auf der Grundlage der vom Institut seit etwa 1906 betriebenen Dokumentations- und Auskunftstätigkeit zu humanitär-karitativen Spendenorganisationen eingeführt. Anfang 2005 trugen 190 Organisationen das DZI Spenden-Siegel; sie nehmen gemeinsam rund 1,2 Milliarden Euro an Spenden pro Jahr ein. Das Spenden-Siegel des DZI kann nur von überregional Spenden sammelnden, gemeinnützigen Organisationen beantragt werden. Die zunächst geltende Beschränkung auf humanitär-karitative Hilfswerke wurde nach einer Satzungsänderung beim DZI Anfang 2004 aufgehoben. Die Prüfkriterien betreffen die Werbe- und Informationsarbeit, das Finanzwesen sowie die Kontroll- und Planungsstrukturen. Sie sind ebenso wie das Prüfverfahren ausführlich in einem anderen Beitrag des Verfassers beschrieben⁸².

Zeitweise hat es in Deutschland noch ein drittes Label für Spendenorganisationen gegeben, den 1995 eingeführten so genannten *Registerstempel* des Deutschen Spendeninstituts Krefeld (DSK). Dieser beruhte auf der Idee, dass die freiwillige Angabe von Eigeninformationen in dem vom DSK im Internet bereitgestellten Register Deutscher Spendenorganisationen an sich schon ein positiv zu würdigender Beitrag zur Transparenz sei und mit der Vergabe eines mit einer Registernummer versehenen Signets (»Daten öffentlich hinterlegt beim DSK«) zu honorieren ist. Das Beispiel des DSK macht deutlich, wie die Idee einer Informationsdatenbank – die fast zeitgleich in den USA mit der Gründung von GuideStar erfolgreich realisiert wurde – scheitern kann, wenn sie mit unangemessenen Erwartungshaltungen in puncto Qualitätsauslese befrachtet wird. Die Stiftung Warentest urteilte im Dezember 2000: »Ein RDS-Eintrag ist für Spender ein nutzloses Kriterium. ... Die Datenmenge als Kriterium für das Maß an Transparenz – eine Mogelpackung.«⁸³ Im April 2002 stellte das DSK seine Tätigkeit ein.

82 Wilke, DZI Spenden-Siegel – Konzept, Erfahrungen und internationaler Vergleich, in: Walz (Fn. 55), S. 177–191.

83 O.A., Vertrauen ist gut ... Kontrolle ist besser. Doch längst nicht alle Spendensammler werden wirksam kontrolliert, in: Finanztest 12/2000, S. 72–73.

3. Watchdogs

Die wichtigste Bedeutung als unabhängige Watchdog-Organisation für das Spendenwesen hat in Deutschland das Deutsche Zentralinstitut für soziale Fragen. Daneben bieten auch die in allen Bundesländern mit über 200 Beratungsstellen vertretenen Verbraucherzentralen Hilfen für Spender. Zwischen ihnen und dem DZI gibt es eine bewährte Aufgabenteilung. Die Verbraucherzentralen sind wegen ihrer bundesweiten dezentralen Verbreitung und ihrer größeren Bekanntheit häufig die erste Anlaufstelle für unzufriedene oder unsichere Spender. Ist Rechtsberatung nötig, so leisten sie diese selbst, geht es um individuelle, spendenbezogene Informationen und Einschätzungen, so leiten sie die Anfragen an das DZI weiter. Eine weitere Schnittstelle zwischen DZI und Verbraucherzentralen besteht im Bereich gewerblicher Tätigkeiten von Spendenorganisationen sowie bei deren Kooperationen mit Wirtschaftsunternehmen. Die Einbeziehung unabhängiger Verbraucherberatung in Watchdog-Funktionen im Spendenwesen ist somit sowohl in Deutschland als auch in den USA (Better Business Bureaus) und in Großbritannien (Consumers' Association) zu beobachten.

Das DZI als Spenden-Watchdog ist demnach durch zwei Auskunfts-»Schienen« geprägt: das schon beschriebene Spenden-Siegel als freiwillige Zertifizierung (Antrag durch die Organisationen) sowie die Spenderberatung (Dokumentation auf Initiative des DZI). Während der Zusatzaufwand der Spenden-Siegel-Prüfungen durch die Siegel-Gebühren finanziert wird, wird die Spenderberatung durch Zuwendungen des Bundesfamilienministeriums, des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung und des Bundesumweltministeriums in Verbindung mit dem Umweltbundesamt ermöglicht. Insgesamt dokumentiert das DZI in seiner Spenderberatung neben den knapp 200 Siegel-Organisationen weitere rund 1.800 Hilfswerke, wobei bei etwa 350 regelmäßig von der Öffentlichkeit nachgefragten Organisationen die Unterlagen jährlich aktualisiert werden. Bei den übrigen Dokumentationen geschieht dies nur aus besonderem Anlass. Auf der Grundlage dieser Basisdokumentation erstellt das DZI Einzelauskünfte und versendet diese auf Anfrage an Interessenten.

4. Selbstregulierung

Für Selbstregulierung im deutschen Spendenwesen stehen vor allem die folgenden Organisationen:

- *Deutscher Fundraising Verband*, www.sozialmarketing.de
Berufsverband der Fundraiser (nur Einzelpersonen), ca. 1.000 Mitglieder, 1993 gegründet, Ethikkodex; (früher: Bundesarbeitsgemeinschaft Sozialmarketing, BSM)
- *Deutscher Spendenrat e. V.*, www.spendenrat.de
Interessenverband von ca. 60 Spendenorganisationen, 1993 gegründet, Selbstverpflichtung

- *Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen e.V. (VENRO)*, www.venro.org
Interessenverband von 100 Entwicklungshilfe-NPOs, Capacity Building, Kodex
»Entwicklungspolitische Öffentlichkeitsarbeit«

Daneben praktizieren zum Beispiel auch die sechs *Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege* in Bezug auf ihre jeweiligen Mitgliedsorganisationen Selbstregulierung in je unterschiedlicher Weise.

Unter den drei oben aufgelisteten Kodexen verfolgt den breitesten Ansatz die Selbstverpflichtung des Deutschen Spendenrats. Sie bezieht sich sowohl auf seriöse Spendenwerbung als auch auf Transparenz des Finanzwesens, enthält sich aber beispielsweise des Themas Werbe- und Verwaltungsausgaben sowie Kontroll- und Planungsmechanismen. Eine systematische Überprüfung findet beim Deutschen Spendenrat, ebenso wie bei den Kodexen des Deutschen Fundraising Verbandes und von VENRO, nicht statt. Im Unterschied zu den beiden letztgenannten erlaubt der Deutsche Spendenrat aber seinen Mitgliedern die werbliche Nutzung seines Logos, das ein Wächterauge darstellt. Dieses kritisiert die Stiftung Warentest im Dezember 2000 wie folgt:

»... Wächterauge suggeriert Prüfung ... Dabei verstoßen viele Spendenratsmitglieder selbst gegen einfachste Regeln – wie etwa die Selbstverpflichtung, auf Anfrage Spendenberichte zu versenden ... Das Logo des Spendenrates, ein stilisiertes Wächterauge, darf man daher nicht als Qualitätssiegel, sondern höchstens als Erklärung guten Willens verstehen. Der Spendenrat ist vor allem Lobby seiner Mitglieder – und nicht deren gestrenger Kontrolleur.«⁸⁴

Die Kritik der Stiftung Warentest erhält durch eine 2004 vom Spendenrat publizierte Broschüre⁸⁵ neue Nahrung. Dort heißt es auf Seite 18 mit Bezug auf das Spendenrat-Logo: »Solidarität – Zusammen sind wir stark – Machen Sie dieses Zeichen zu Ihrem Gütesiegel.« An anderer Stelle (S. 15) behauptet der Spendenrat: »Verbraucherschutz – Stärken Sie das Vertrauen Ihrer Spender – Geben Sie ihnen unsere Sicherheit.« Es ist unbefangenen Beobachtern wohl schwer verständlich zu machen, wie ein und dieselbe Organisation einerseits als Lobby die Interessen ihrer Mitgliedsorganisationen vertreten und zugleich das Prädikat des Verbraucherschutzes (hier im Sinne des Spenderschutzes) für sich beanspruchen kann. Geht ein Spenden-Lobbyverband dergleichen sorglos mit starken Begriffen wie »Gütesiegel« und »Verbraucherschutz« um, so handelt er sich eher den Vorwurf des Etikettenschwindels (siehe Kritik Stiftung Warentest) ein, als dass er im Sinne von Selbstregulierung glaubhaft zu mehr Transparenz im Spendenwesen beitragen könnte.

Der 2001 eingeführte Ethikkodex⁸⁶ des Deutschen Fundraising Verbandes umfasst die auch international üblichen Grundvoraussetzungen seriöser Spendenwerbung wie tatsächengetreue Information, Verzicht auf jeglichen Druck auf den Spender, Achtung der Menschenwürde. Darüber hinaus verpflichtet der Kodex die Mitglieder des Verbandes aber auch dazu, in ihrem Einflussbereich für eine vollständige und nach-

84 Ebenda.

85 Broschüre »Vertrauen verdienen« (URL http://spendenrat.de/download/pdfs/Spendenrat_web.pdf).

86 Vgl. URL http://sozialmarketing.de/Ethik_Grunds_tze.25.0.html.

vollziehbare Rechnungslegung, eine effiziente Verwendung der durch sie eingeworbenen Mittel und die Achtung jeder Art von Zweckbindung einzutreten.

Der 1998 eingeführte VENRO-Kodex »Entwicklungspolitische Öffentlichkeitsarbeit«⁸⁷ ist mit 14 jeweils näher ausgeführten »Verpflichtungen« breit angelegt und zugleich verhältnismäßig detailliert ausgeführt. Die Verpflichtungen beziehen sich (1) auf die Ziele und Anliegen von VENRO, (2) die Menschenwürde, (3) Offenheit und Wahrheit, (4) Toleranz, (5) konstruktive Veränderungen, (6) Partnerschaftlichkeit, (7) angemessene Kommunikationsmittel, (8) frauengerechte Darstellung, (9) Verhalten gegenüber Mitbewerbern, (10) transparente und verantwortliche Mittelverwendung, (11) Effizienz und Redlichkeit in der Mittelbeschaffung, (12) Einhaltung des Datenschutzes, (13) allgemeine Richtlinien journalistischer und ethischer Redlichkeit sowie (14) Professionalität.

Ein weiteres Element von Selbstregulierung im Spendenwesen Deutschlands ist seit Sommer 2004 im Gespräch: die etwaige Einführung der Informationsdatenbank *GuideStar*. Im Rahmen eines im Dezember 2004 gestarteten, zunächst von GuideStar USA initiierten und dann vom neu geschaffenen GuideStar International übernommenen Explorationsprojekts wird bis Frühsommer 2005 zunächst die Machbarkeit einer GuideStar-Adaption in Deutschland untersucht. Im Fall eines positiven Resultats soll anschließend ein Business-Plan entwickelt werden. In Deutschland wäre eine solche Datenbank wohl (im Unterschied zu den USA und Großbritannien) eindeutig der Selbstregulierung zuzuordnen, weil es hier keine Publizitätspflicht insbesondere der Rechnungslegung gibt und eine Datenbank des Dritten Sektors somit ausschließlich auf freiwillige Eigenangaben der Organisationen angewiesen wäre. Ob eine solche Informationsbereitschaft eines signifikanten Anteils der gemeinnützigen Organisationen erreicht werden kann, genau dies ist – neben der Frage eines nachhaltigen Finanzierungskonzeptes – das entscheidende Untersuchungsziel der Machbarkeitsstudie. Folgende deutsche Organisationen haben sich zur beratenden Begleitung der Machbarkeitsuntersuchung in einem Lenkungsausschuss zusammengefunden: Bundesnetzwerk Bürgerschaftliches Engagement e.V. (BBE), Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (DZI), Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Transparency International – Deutsches Chapter e.V. sowie Deutsches InformationsZentrum Kulturförderung.

VI. Resümee

Die in diesem Beitrag beschriebenen Siegel, Watchdogs und Selbstregulierungen leisten, ergänzt durch die staatliche Regulierung, als Intermediäre vielfältige Beiträge zu mehr Transparenz und Vertrauen im Spendenwesen. Die meisten Autoren, die sich systematisch mit den Wirkungsweisen dieser Intermediäre befasst haben, kommen zu dem Schluss, dass nicht ein einzelner dieser Ansätze den übrigen grundsätzlich vorzuziehen ist, sondern für das Spendenwesen als Ganzes ein Zusammenwirken dieser Intermediäre den besten Erfolg verspricht. Dabei darf »Zusammenwirken« aber nicht

87 Vgl. URL <http://venro.org/publikationen/archiv/kodex.pdf>.

als »Vermischen« missverstanden werden. Letzteres schafft bei Spenderinnen und Spendern mehr Verwirrung als zusätzliche Klarheit und Vertrauen. Als Beispiele für die kontraproduktive Vermengung von Elementen unabhängiger Akkreditierung und Verbands-Selbstregulierung wurden in diesem Beitrag insbesondere das *Seal of Excellence* der Maryland Association of Nonprofit Organizations sowie die Selbstverpflichtung des Deutschen Spendenrates beschrieben. Aus diesen Negativfällen lässt sich die Empfehlung ableiten, dass der Begriff »Spendensiegel« in all seinen Varianten ausschließlich unabhängigen Akkreditierungsmodellen vorbehalten bleiben sollte.

Spendensiegel haben sich in den Ländern, in denen es sie gibt, als eine Art »Dritter Weg« zwischen staatlicher Regulierung und sektoraler Selbstregulierung bewährt. Sie besitzen wegen ihrer Unabhängigkeit und zugleich wegen ihres authentischen sektoralen Bezuges eine hohe Glaubwürdigkeit und Akzeptanz bei Spendern, Medien und Spendenorganisationen gleichermaßen. Als zuverlässige »Brücken des Vertrauens« werden sie sogar von NPO-Stakeholdern genutzt, die nicht an der Spendenverwendung unmittelbar interessiert sind, etwa öffentlichen Zuwendungsgebern.⁸⁸ *Bekkers* liefert in seiner empirischen Analyse erneut die Bestätigung, dass Spendensiegel hochwirksame Vertrauensbringer sind.⁸⁹ *Ortmann et al.* kommen zu demselben Schluss, betonen aber zugleich, dass es den Spendenorganisationen oft nicht leicht fällt, ein solches System zuzulassen. Denn eine wesentliche Erfolgsvoraussetzung sei die Unabhängigkeit der Zertifizierung.⁹⁰

Es wird spannend sein, zu beobachten, wie sich vor diesem Hintergrund die jüngsten Neuentwicklungen in den USA und Großbritannien, das *Seal of Excellence* der Maryland Nonprofits und die Akkreditierungsinitiative der Buse Commission, weiter entwickeln.

VII. Zusammenfassung

Non-Profit-Organisationen im allgemeinen und Spendenorganisationen im besonderen stellen seit Jahren einen zunehmenden Informationsbedarf und sogar Skeptizismus der Öffentlichkeit in Bezug auf ihre Leistungen fest. Dies ist sowohl Ausdruck einer insgesamt abnehmenden Bindungsbereitschaft der Menschen an Institutionen als auch Ergebnis spezifischer Mängel und einzelner Skandale im Spendenwesen. Als Mittel zur Rückgewinnung von öffentlichem Vertrauen führen Spendenorganisationen heute regelmäßig die *Transparenz* ins Feld, zum einen durch mehr direkte Informationen an ihre *Stakeholder*, zum anderen durch Transparenz-Intermediäre wie Spendensiegel, Watchdogs und Selbstregulierung. Der Beitrag bietet zunächst Definitionen und Abgrenzungen zentraler Begriffe und relevanter Bezüge und stellt dann im Drei-Länder-Vergleich USA, Großbritannien und Deutschland die dort bestehenden Varianten der Transparenz-Intermediäre dar. Dabei zeigt sich, dass diese sich im

88 Vgl. Fn. 81.

89 »In the first empirical part of this article, it will be shown that charities can signal their trustworthiness to the public by using an accreditation seal, generating more trust, and hence, more – and higher – donations.« *Bekkers* (Fn. 8), S. 598.

90 *Ortmann et al.* (Fn. 7), S. 19.

positiven Fall ergänzen und gegenseitig verstärken, im negativen Fall aber auch durch mangelnde Abgrenzung voneinander dem gemeinsamen Ziel, das heißt letztlich der Schaffung von Vertrauen in der Öffentlichkeit, schaden können. Die wichtigste Schlussfolgerung lautet deshalb: Intermediäre von Transparenz im Spendenwesen sollten sich auf ihre jeweiligen Stärken konzentrieren und darauf verzichten, durch die Schaffung diffuser, unrealistischer Erwartungshaltungen und unangemessener terminologischer Bezüge die Öffentlichkeit eher zu verwirren, als Klarheit – eben Transparenz – zu stiften.

VIII. Summary

Transparency is an issue of major importance in the public benefit sector. Charitable organizations suffer increasingly from a loss of trust and confidence among the public in general and donors in particular. However the discussion about transparency and the attempts to achieve greater transparency in the third sector are complicated by imprecise terminology, contradictory interests and hazy expectations. This paper aims to contribute to a clarification of terms by defining core items and by describing three principal intermediaries of transparency by means of comparing the USA, Great Britain, and Germany.

Seals, watchdog agencies and self-regulation in the three countries have developed in quite distinct ways. The relevant success stories and even more the failures can teach about future opportunities to enhance the reputation, and thus the income, of charities. Accreditation procedures (seals) have proved to contribute rather effectively to public trust and confidence. As they are a high quality product, however, they are difficult to establish and the quantity of their output is somewhat limited. As a result self-regulation and direct transparency can be seen as important complements to seals and accreditation procedures. In all three countries, state regulation represents merely a minimum standard of formal coherence to public benefit status and provides neither sufficient information nor significant reliability to donors with respect to their decision making.

A decisive factor in accreditation, seals, and watchdogs is their independence from the organizations they assess. This requires both structural and sufficient financial independence. But since accreditation and seals have gained high credibility among donors and the media, there is a constant temptation for lobby groups and self-regulation agencies in the non-profit-sector to misuse terminology and methods derived from the sector of independent watchdogs and accreditation. Critical examples of such misuse are seen in the United States, Great Britain, Germany and other countries. More transparency in the charitable sector can be served best, if all intermediaries know and play to their individual strengths.

Philanthropie in der ökonomischen Theorie

LUDWIG V. AUER

I.	Einleitung	207	2.	Homo Oeconomicus V: Nutzen auch aus sozialem Prestige	214
II.	Öffentliche Güter	208	3.	Welcher Homo Oeconomicus passt zu welchem Kontext?	214
	1. Nichtausschließbarkeit und Nichtrivalität	208	4.	Ökonomische Laborexperimente.	216
	2. Trittbrettfahrerverhalten und Philanthropie	209	VI.	Steuerliche Spendenanreize	216
III.	Homo Oeconomicus	210	1.	Spendenpreis	216
	1. Vereinfachte Entscheidungsmuster.	210	2.	Fiskalische Wirkungen von Spenden.	217
	2. Sinnhaftigkeit des Homo Oeconomicus.	211	3.	Preis- und Einkommenselastizität von Spenden	218
IV.	Drei einfache Varianten des Homo Oeconomicus	211	4.	Empirische Studie für Deutschland	219
	1. Homo Oeconomicus I: Nutzen ausschließlich aus eigenem Konsum	211	VII.	Einwerben von Spenden	219
	2. Homo Oeconomicus II: Nutzen auch aus Wissen um die Existenz öffent- licher Güter	212	1.	Zwei grundsätzliche Typen von Spendenkampagnen	220
	3. Homo Oeconomicus III: Nutzeninterdependenzen	212	2.	Kontextabhängige Konzeption von Spendenkampagnen	220
V.	Motive philanthropischen Verhaltens	213	3.	Spendeneinwerbung aus gesamtwirt- schaftlicher Sicht.	221
	1. Homo Oeconomicus IV: Nutzen aus Spendenakt	213	VIII.	Zusammenfassung und Ausblick.	221
			IX.	Summary	222

I. Einleitung

Ökonomen stehen gemeinhin nicht in dem Ruf, der Philanthropie all zu viel Aufmerksamkeit zu schenken – im privaten Leben ebenso wenig wie in der beruflichen Forschung. Über das Privatleben der Ökonomen soll in diesem Beitrag nicht weiter spekuliert werden. Hinsichtlich der ökonomischen Forschung lässt sich feststellen, dass dort fast immer das Eigeninteresse der Individuen zum Dreh- und Angelpunkt der Analyse gemacht wird. Für philanthropisches Verhalten scheint da kein Freiraum. Tatsache ist jedoch auch, dass sich die ökonomische Forschung bereits seit den 60er Jahren mit Aspekten der Philanthropie auseinandergesetzt hat. Die Anfänge waren zugegebenermaßen noch etwas sporadisch und punktuell. Aber spätestens seit den 80er Jahren kam es zu einer wahren Flut an veröffentlichten Forschungsarbeiten speziell zu diesem Thema. Die inhaltlichen wie methodischen Schwerpunktsetzungen waren dabei unterschiedlich. Es wurden sowohl empirische als auch theoretische Arbeiten veröffentlicht, die sich jeweils verschiedenen Fragestellungen widmeten.

In diesem Beitrag soll es vor allem um drei Themenkomplexe gehen, die in der bisherigen ökonomischen Philanthropie-Forschung eine exponierte Rolle eingenommen haben.

1. *Motive philanthropischen Verhaltens*: Über diese Frage wird nach wie vor eine sehr lebhaft debattiert. Aus welchen Gründen leisten Individuen freiwillige Spenden? Warum stellen sie ihre Arbeitskraft unentgeltlich für wohltätige Zwecke zur Verfügung? Diese grundlegenden Fragen sind von zentraler Bedeutung, denn die Analyse der beiden nachfolgenden Themenkomplexe hängt unmittelbar von der Beantwortung dieser Fragen ab.

2. *Steuerliche Spendenanreize*: Für den Staat stellt sich die Frage, ob er die Spendenbereitschaft seiner Bürger durch geeignete Maßnahmen stimulieren kann. Er könnte versuchen, in sein Steuersystem Spendenanreize einzubauen. Wie wirksam sind solche steuerlichen Spendenanreize? In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob eine höhere Besteuerung der Bürger bei diesen zu einer reduzierten Spendenneigung führt und wenn ja, wie stark dieser unerwünschte Nebeneffekt ist. Beiden Fragen wurde in empirischen Studien nachgegangen, wobei in diesen Studien fast immer die US-amerikanische Situation untersucht wurde.

3. *Einwerben von Spenden*: Wenn die potenziellen Empfänger genauere Erkenntnisse über die möglichen Motive des freiwilligen Gebens besitzen, dann stellt sich für sie die Frage, ob und wie man die philanthropischen Neigungen der Individuen weiter stimulieren kann. Könnten beispielsweise Maßnahmen wie das Veröffentlichen der Spendernamen und der Spendenbeträge das Spendenaufkommen weiter steigern?

Im vorliegenden Beitrag wird zu allen drei Themenkomplexen ein grober informeller Überblick gegeben. Vorangestellt ist diesem Überblick die Erläuterung zweier grundlegender ökonomischer Konzepte, die für die nachfolgende Diskussion der drei Themenkomplexe den geeigneten Ausgangspunkt bilden. Dabei handelt es sich um das Konzept der *öffentlichen Güter* (Kapitel II) sowie das Konstrukt des *Homo Oeconomicus* (Kapitel III und IV). Im anschließenden Kapitel V wird dann der erste Themenkomplex behandelt, also die Frage nach den Motiven philanthropischen Verhaltens. Darauf aufbauend wird in Kapitel VI die Wirksamkeit steuerlicher Spendenanreize diskutiert. Das anschließende Kapitel VII ist dem erfolgreichen Einwerben von Spenden gewidmet. Eine Zusammenfassung und ein Ausblick auf zukünftige Forschungsaktivitäten finden sich im abschließenden Abschnitt VIII.

II. Öffentliche Güter

1. Nichtausschließbarkeit und Nichtrivalität

Die Bewohner und Besucher Dresdens können seit einigen Jahren miterleben, wie die Dresdner Frauenkirche Stück für Stück ihren alten Glanz wiedererlangt. Ein Großteil des Wiederaufbaus ist spendenfinanziert. Am Glanz der Frauenkirche kann sich jeder Passant in Dresden erfreuen, also auch solche Passanten, die selbst bislang keinen Beitrag zum Wiederaufbau geleistet haben. In der ökonomischen Theorie werden solche Passanten als *Trittbrettfahrer* bezeichnet, denn sie »konsumieren« ohne dafür

einen entsprechenden finanziellen Beitrag zu leisten. Diese Passanten am Anblick der Frauenkirche zu hindern, wäre kaum möglich und wahrscheinlich auch nicht ernsthaft erwünscht. In der ökonomischen Theorie spricht man in einem solchen Fall von der »Nichtausschließbarkeit« vom Konsum des Gutes: Es ist nicht möglich, Trittbrettfahrer vom Konsum des betrachteten Gutes (hier: »Anblick der Frauenkirche«) auszuschließen.

Das Gut »Anblick der Frauenkirche« besitzt aus der Perspektive der ökonomischen Theorie eine weitere wichtige Eigenschaft: Die Freude am Anblick der Frauenkirche würde durch andere Passanten, welche diesen Anblick ebenfalls genießen, nicht beeinträchtigt (jedenfalls solange man sich nicht gegenseitig auf den Füßen steht oder die Sicht behindert). Ökonomen sprechen in einem solchen Fall von der *Nicht-rivalität* im Konsum des Gutes.

Güter, die durch Nichtrivalität gekennzeichnet sind, bilden eher die Ausnahme als die Regel. Bei den meisten Gütern herrscht *vollständige* Rivalität vor. Ein Stück Dresdner Weihnachtsstollen, das von einem Passanten verzehrt wird, kann nicht auch noch von einem zweiten Passanten verzehrt werden. Viele Güter sind durch unvollständige Rivalität gekennzeichnet (z.B. Benutzung von Straßen).

Das Gut »Anblick der Frauenkirche« ist also durch zwei Eigenschaften charakterisiert: Nichtausschließbarkeit und Nichtrivalität. Ein Gut, welches diese beiden Eigenschaften besitzt, wird bei Ökonomen als ein *öffentliches Gut* bezeichnet. Auf Grund der Nichtausschließbarkeit geben öffentliche Güter Anlass zu Trittbrettfahrerverhalten, also zum Konsumieren ohne dafür zu bezahlen. Wenn aber kein Nutzungsentgelt oder lediglich ein sehr geringfügiges Nutzungsentgelt entrichtet wird, dann ergeben sich für die Finanzierung neu zu erstellender öffentlicher Güter große Schwierigkeiten. Gegebenenfalls scheitert ein solches Projekt vollständig an der Unterfinanzierung oder es kann nur in deutlich verringertem Umfang ausgeführt werden als eigentlich wünschenswert. Die theoretischen Grundlagen zur Problematik öffentlicher Güter wurden bereits 1954 in einem klassischen Aufsatz des Nobelpreisträgers *Paul A. Samuelson*¹ gelegt.

2. Trittbrettfahrerverhalten und Philanthropie

Je stärker ausgeprägt die philanthropischen Neigungen der Individuen sind, umso geringer wäre die Gefahr von Trittbrettfahrerverhalten. Philanthropisches Verhalten kann deshalb als ein Gegenpol zu Trittbrettfahrerverhalten aufgefasst werden. Deshalb ist die ökonomische Analyse philanthropischen Verhaltens so unmittelbar verknüpft mit der ökonomischen Analyse von Trittbrettfahrerverhalten und öffentlichen Gütern. Es ist diese enge Verzahnung, die der Anlass war, in diesem Beitrag nicht direkt in die Diskussion der ökonomischen Theorie der Philanthropie einzusteigen, sondern den Umweg über öffentliche Güter und Trittbrettfahrerverhalten zu gehen.

Stellt Trittbrettfahrerverhalten in der Realität ein verbreitetes Phänomen dar oder ist die Welt doch eher durch philanthropische Verhaltensmuster geprägt? Für die Po-

1 *Samuelson*, The Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics, 1954, Bd. 36, S. 387–389.

litik ist dies eine wichtige Frage. Dass die Frauenkirche aller Voraussicht nach in vollem Umfang wieder hergestellt wird, mag als Indiz dafür herhalten, dass Trittbrettfahrerverhalten in der Realität ein eher sekundäres Problem darstellt. Eine solche Schlussfolgerung ist allerdings zu oberflächlich. Die bislang gesammelten Spenden für die Frauenkirche besagen lediglich, dass das menschliche Verhalten auch philanthropische Elemente kennt. Zahlreiche empirische Studien liefern aber klare Belege dafür, dass Trittbrettfahrerverhalten eine gängige Praxis ist, vor allem in Situationen, in denen der Trittbrettfahrer selbst und der Kreis der negativ Betroffenen anonym bleibt.

Wohl kaum jemand würde ernsthaft bestreiten wollen, dass Individuen versucht sind, Trittbrettfahrerverhalten an den Tag zu legen. Sowohl im eigenen privaten Umfeld als auch im öffentlichen Raum findet man zahlreiche Beispiele für Trittbrettfahrerverhalten. Der Einsatz von Kontrolleuren in öffentlichen Verkehrsmitteln ist Beleg dafür, dass auch die Betreiber dieser Verkehrsmittel bei ihren Fahrgästen von potenziellem Trittbrettfahrerverhalten ausgehen. Mit dem Einsatz von Kontrolleuren verbinden sie zwei Ziele. Zum einen möchten Sie die schwarzen Schafe unmittelbar bestrafen. Vor allem aber soll den zahlenden Fahrgästen das Gefühl gegeben werden, sie hätten ihre Fahrkarte nicht überflüssigerweise gekauft. Damit soll unter anderem bei diesen Fahrgästen die Versuchung gering gehalten werden, in der Zukunft Trittbrettfahrerverhalten zu betreiben.

Wenn sowohl Trittbrettfahrerverhalten als auch philanthropisches Wirken Elemente des menschlichen Verhaltenskanons sind, dann stellt sich für Ökonomen die Frage, wie sie diese Elemente in ihren formalen Analyseinstrumenten angemessen berücksichtigen sollten. Dies ist der Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts.

III. Homo Oeconomicus

1. Vereinfachte Entscheidungsmuster

Der Großteil ökonomischer Studien beschäftigt sich mit den typischen Entscheidungsmustern einzelner Akteure (z.B. die Entscheidungen eines typischen Managers) und leitet aus diesen Entscheidungsmustern weiterführende Aussagen ab (z.B. die Erhöhung der Löhne führt dazu, dass der Manager einen Teil der Beschäftigten durch Maschinen ersetzt, um so die Herstellungskosten zu senken). Wenn es um mögliches Trittbrettfahrerverhalten geht, dann steht nicht das Entscheidungsmuster eines typischen Managers im Zentrum, sondern dasjenige eines typischen Individuums, welches sich auf die eine oder andere Verwendung seiner finanziellen Ressourcen festlegen muss. Soll es eine Spende leisten oder lieber ein edles Restaurant besuchen? Jegliche weiterführenden Aussagen (z.B. öffentliche Güter sind auf Grund von Trittbrettfahrerverhalten immer unterfinanziert) hängen davon ab, von welchen Entscheidungsmustern man bei den typischen Individuen ausgeht.

Am häufigsten wird unterstellt, dass das Individuum ein sogenannter *Homo Oeconomicus* ist. Ein *Homo Oeconomicus* ist ein Individuum mit einem skrupellos vereinfachten Entscheidungsprozess. Diese Vereinfachung setzt sich aus drei zentralen Annahmen zusammen:

1. Das Individuum weiß, welches unter den für ihn erreichbaren Ergebnissen das beste ist. Ökonomen sprechen vom nutzenmaximalen Ergebnis.
2. Das Individuum orientiert sich in seinem Handeln einzig und allein am Erreichen dieses nutzenmaximalen Ergebnisses.
3. Sein Handeln ist vollständig rational, so dass es unter den gegebenen Umständen tatsächlich das nutzenmaximale Ergebnis erzielt.

2. Sinnhaftigkeit des Homo Oeconomicus

Niemand – und auch kein Ökonom – wird ernsthaft behaupten wollen, dass sich Individuen in ihren Entscheidungsmustern ausschließlich an diesen drei Annahmen orientieren. Menschen sind keine mechanisch optimierenden Kreaturen, wie es im Konzept des Homo Oeconomicus unterstellt wird. Ökonomen wollen also auch gar nicht beweisen, dass die Individuen solchen mechanischen Entscheidungsprozessen folgen. Ökonomen interessieren sich lediglich dafür, ob die in der Realität beobachteten Handlungen so interpretiert werden könnten, *als wären* sie das Ergebnis solcher Entscheidungsprozesse. Wenn nämlich die tatsächlich beobachteten Handlungen so sind, *als wären* sie das Resultat eines Homo Oeconomicus, dann könnte die Kunstfigur des Homo Oeconomicus für weiterführende Schlussfolgerungen und Einsichten dienlich sein. Aufbauend auf diesem Konzept können dann Verhaltensprognosen für vielfältige hypothetische Situationen entwickelt werden. Beispielsweise war es mit den vereinfachenden Entscheidungsmustern des Homo Oeconomicus nicht schwer zu prognostizieren, dass die Erhöhung der Tabaksteuer den Konsum von Zigaretten so erheblich einschränkt und den illegalen Handel mit Zigaretten so stark anheizt, dass im Endergebnis die staatlichen Einnahmen aus der Tabaksteuer fallen werden.

Unter den zuvor getroffenen drei vereinfachenden Annahmen führt der Homo Oeconomicus immer jene Handlungen aus, die unter den gegebenen Umständen zu seinem Nutzenmaximum führen. Für philanthropisches Verhalten scheint hier tatsächlich kein Raum. Dies ist jedoch ein Trugschluss, denn der Begriff Homo Oeconomicus sagt wenig darüber aus, was zum eigenen Nutzen beiträgt.

IV. Drei einfache Varianten des Homo Oeconomicus

1. Homo Oeconomicus I: Nutzen ausschließlich aus eigenem Konsum

Wollte man den Nutzen eines Individuums sehr eng definieren, dann würde man diesen Nutzen allein vom eigenen Konsum des Individuums abhängig machen. Um das Beispiel der Frauenkirche in noch weiter vereinfachter Form wieder aufzugreifen: Der Nutzen eines Dresden-Besuchers hängt einzig und allein von seinem Verzehr an Weihnachtstollen und anderen Gaumenfreuden ab (Esskonsum steht hier stellvertretend für alle Güter mit vollständiger Rivalität), sowie von dem sich ihm bietenden Anblick der Frauenkirche (sie steht hier stellvertretend für alle öffentlichen Güter). Andere Güter seien in dieser einfachen Illustration vernachlässigt. Wenn der Nutzen

allein vom Essen und vom Anblick der Frauenkirche abhängt, dann besteht für das Individuum kein Anlass, eine Spende für den weiteren Wiederaufbau der Frauenkirche zu leisten. Eine Spende würde bedeuten, dass das Individuum erheblich geringeren Essensgenuss haben könnte und von den positiven Auswirkungen der Spende auf den Wiederaufbau der Frauenkirche hätte das Individuum selbst nichts mehr. Selbst wenn das Individuum später mal nach Dresden zurückkehren sollte, dürften die baulichen Auswirkungen, die speziell auf seine Spende zurückzuführen sind, ziemlich irrelevant und für das Individuum nicht wahrnehmbar sein. Es käme tatsächlich zu Trittbrettfahrerverhalten. Philanthropisches Verhalten im Sinne einer freiwilligen Spende wäre nutzenmindernd und deshalb für die hier betrachtete Variante des Homo Oeconomicus keine sinnvolle Option.

Eine weiterführende theoretische Schlussfolgerung wäre, dass es zu keinem spendenfinanzierten Wiederaufbau der Frauenkirche kommen kann. Man muss also auf die Frauenkirche verzichten oder staatliche Zwangsabgaben (Steuern) heranziehen, um deren Finanzierung zu gewährleisten.

2. Homo Oeconomicus II: Nutzen auch aus Wissen um die Existenz öffentlicher Güter

Eine weiter gefasste Interpretation des Homo Oeconomicus würde zulassen, dass das Individuum neben dem Esskonsum und dem Anblick der Frauenkirche eine dritte Nutzenquelle besitzt: Allein schon die Tatsache, dass die Frauenkirche in alter Pracht erstrahlt, erfüllt das Individuum mit Freude – mit eigenen Augen muss es die Frauenkirche dafür nicht gesehen haben. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass dieses Individuum nunmehr bereit ist, für diesen Zweck einen substanziellen eigenen Finanzbeitrag zu leisten. Normalerweise sollte seine Spendenbereitschaft zwar höher sein als im zuvor betrachteten Fall mit nur zwei Nutzenquellen, aber es hätte nach wie vor erhebliche Anreize für Trittbrettfahrerverhalten. Nach wie vor verringert eine Spende seine kulinarischen Möglichkeiten und führt so zu einer deutlichen Nutzeneinbuße. Die Spende würde hingegen den Wiederaufbau nicht spürbar voranbringen und folglich den Nutzen aus dem Wiederaufbau der Frauenkirche nicht spürbar erhöhen.

3. Homo Oeconomicus III: Nutzeninterdependenzen

Eine noch weiter gefasste Interpretation des Homo Oeconomicus würde davon ausgehen, dass der Nutzen eines Individuums auch vom Nutzen anderer Individuen beeinflusst wird. Durch die eigene Spende könnten andere auf eigene Spenden verzichten und könnten so beispielsweise einen höheren Nutzen aus Essenskonsum ziehen. Diese Nutzenerhöhung würde wiederum den Nutzen des Spenders erhöhen, denn das Wissen um den höheren Nutzen des Anderen bereitet auch ihm Freude. Solange diese Nutzeninterdependenz jedoch nicht extrem ausgeprägt ist, bleiben auch hier Anreize für Trittbrettfahrerverhalten bestehen. Das Wohl der Anderen liegt dem Individuum zwar am Herzen, aber es würde gerne sehen, dass dieses Wohl aus anderen Finanzquellen gespeist wird als durch eigene finanzielle Opfer, denn immerhin gilt nach wie vor, dass eine Spende den Nutzen aus Essenskonsum deutlich senkt. Die

beste aller Welten wären glückliche Mitmenschen, deren Glück durch die Zuwendungen Anderer sichergestellt wurde und nicht durch die eigenen Opfer.

V. Motive philanthropischen Verhaltens

Ist der zum Ende des letzten Abschnitts betrachtete Homo Oeconomicus ein Philanthrop? Ihm liegt zwar das Wohl der Anderen am Herzen, einen eigenen Beitrag möchte er dafür aber nach Möglichkeit nicht leisten, denn es würde seine eigenen Konsummöglichkeiten einschränken. Von einem »wahren Philanthropen« würde man erwarten, dass er mit Freude seinen eigenen Beitrag zu einem Projekt leistet, selbst wenn Andere bereitstünden, diesen Beitrag ebenfalls zu leisten. Wann genau von einem Philanthropen gesprochen werden darf, das ist eine kaum zu beantwortende Frage. Für die Zwecke dieser Arbeit ist diese Frage aber auch nicht weiter wichtig. Von größerer Bedeutung ist eine andere Frage: Stellen das Konzept des Homo Oeconomicus (also die drei vereinfachenden Annahmen) und philanthropisches Verhalten (freiwillige Gaben zum Wohle Anderer) einen Widerspruch dar?

1. Homo Oeconomicus IV: Nutzen aus Spendenakt

Wenn man im Konzept des Homo Oeconomicus den Begriff Nutzen weit genug interpretiert, dann kann philanthropisches Wirken immer als logische Konsequenz aus dem nutzenmaximierenden Verhalten des Homo Oeconomicus formalisiert werden. In einem solchen weiter gefassten Nutzenbegriff könnte beispielsweise der Spendenakt selbst (und nicht nur seine wohltätigen Konsequenzen) zum Nutzen des Individuums beitragen. In der ökonomischen Theorie hat sich für diese Nutzenquelle der englische Begriff *Warm Glow* durchgesetzt, also das erwärmende Gefühl einer guten Tat. Die Idee eines solchen Nutzenkonzeptes geht auf den Nobelpreisträger *Gary S. Becker*² zurück. Ausführlichere Studien wurden von *Cornes/Sandler*³, *Steinberg*⁴ und *Andreoni*⁵ veröffentlicht. Letzterer prägte auch den Begriff des *Warm Glow*. Wenn also ein Individuum eine Spende für die Frauenkirche entrichtet, dann würde dies im Rahmen des Homo Oeconomicus mit erweitertem Nutzenbegriff damit erklärt werden, dass ihm diese Spende einen *Warm Glow* bereitet, der den Nutzenverlust aus verringertem Esskonsum überkompensiert. Man könnte diese Abwägung na-

2 *Becker*, A Theory of Social Interactions, *Journal of Political Economy*, 1974, Bd. 82, S. 1063–1093.

3 *Cornes/Sandler*, Easy Riders, Joint Production and Public Goods, *Economic Journal*, 1984, Bd. 94, S. 580–598.

4 *Steinberg*, Voluntary Donations and Public Expenditures in a Federalist System, *American Economic Review*, 1987, Bd. 77, 24–36.

5 *Andreoni*, Giving With Impure Altruism: Applications to Charity and Ricardian Equivalence, *Journal of Political Economy*, 1989, Bd. 97, S. 1447–1458; *Andreoni*, Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm Glow Giving, *Economic Journal*, 1990, Bd. 100, S. 464–477.

türlich auch negativ formulieren: Hätte der Spender die Spende nicht geleistet, dann wäre sein schlechtes Gewissen so groß gewesen, dass der Nutzenverlust aus diesem schlechten Gewissen den Nutzengewinn aus dem durch den Spendenverzicht möglich gewordenen Essenskonsum überkompensiert hätte.

An diesem Beispiel soll auch die wertneutrale Konstruktion des Homo Oeconomicus erkennbar werden: Wenn ein Individuum freiwillige Gaben verteilt, dann ist dies Ausdruck seines nutzenmaximierenden Verhaltens. Der Nutzen aus dem Gabenakt ist größer als der Nutzenverlust aus den reduzierten Konsummöglichkeiten. Ob dies als ein edler Zug erachtet werden sollte oder nicht, ist für die ökonomische Analyse relativ gleichgültig. Sie enthält sich eines solchen Werturteils. Für die ökonomische Analyse ist einzig und allein entscheidend, dass das jeweils verwendete Konzept des Homo Oeconomicus (hier also ein Homo Oeconomicus mit *Warm Glow*) mit dem tatsächlich zu beobachtenden Verhalten in Einklang steht. Der Homo Oeconomicus ist für die ökonomische Analyse »korrekt« spezifiziert, wenn das tatsächlich beobachtete Verhalten des typischen Individuums so interpretiert werden kann, als wäre es das Resultat der Entscheidungen dieses Homo Oeconomicus gewesen.

2. Homo Oeconomicus V: Nutzen auch aus sozialem Prestige

Neben dem Homo Oeconomicus mit *Warm Glow* wurden in der Literatur weitere Motive für das freiwillige Geben diskutiert. Der wohl wichtigste Alternativ- bzw. Ergänzungsvorschlag geht davon aus, dass der Nutzen der Individuen auch vom sozialen Status oder Prestige abhängt. Die Gegenleistung, die man aus einer Spende erhält, ist dann nicht (oder nicht allein) ein *Warm Glow*, sondern die Anerkennung der Mitmenschen – oder zumindest doch das Gefühl zu haben, bei den Mitmenschen diese Anerkennung zu genießen. Grundlegende Arbeiten zu diesem Aspekt wurden von *Harbaugh*⁶ sowie von *Glazer/Konrad*⁷ vorgelegt.

3. Welcher Homo Oeconomicus passt zu welchem Kontext?

Es wurden bislang verschiedene Motivationen für philanthropisches Wirken vorgestellt. Neben dem Prestige und dem *Warm Glow* wurden auch die Freude am Wohlergehen Anderer sowie die Freude am Wissen um die Existenz eines Projektes (beispielsweise eines öffentlichen Gutes) vorgeschlagen. Auch der eigene unmittelbare Nutzen aus der Existenz eines Projektes dürfte eine Rolle spielen (Spende an den Kindergarten des eigenen Kindes oder an die eigene Gemeinde). Welche Motivation bei welchem philanthropischen Akt dominiert, hängt sicherlich auch vom jeweiligen Kontext ab. Bedeutsam dürfte dabei sein,

1. ob die Spenden als anonyme Spenden verbucht werden,

6 *Harbaugh*, What Do Donations Buy? A Model of Philanthropy Based on Prestige and Warm Glow. *Journal of Public Economics*, 1998, Bd. 67, S 269–284.

7 *Glazer/Konrad*, A Signaling Explanation for Charity, *American Economic Review*, 1996, Bd. 86, S. 1019–1028.

2. welche relative Bedeutung der individuellen Spende für das Gesamtprojekt zukommt und
3. wie unmittelbar das Gesamtprojekt, für welches gespendet wird, für den Spender wahrnehmbar ist.

Das Prestigemotiv dürfte eine umso größere Rolle spielen, je weniger anonym die Spenden behandelt werden. Bei anonymen Spenden müssen die anderen Motivationen ausschlaggebend sein. Der *Warm Glow* dürfte umso stärker sein, je bedeutsamer die eigene Spende für das Gesamtprojekt ist und je unmittelbarer das Projekt im eigenen Umfeld erfahrbar ist. In diesem Fall dürfte allerdings auch der eigene unmittelbare Nutzen aus dem Projekt eine starke Rolle spielen. Ein Dresdner, der für die Frauenkirche gespendet hat und bei seinem Spaziergang diese Kirche passiert, freut sich jedes Mal über die Tatsache, dass er seinen eigenen finanziellen Beitrag zum Gelingen des Baus beigetragen hat (*Warm Glow*) und dass dieser Bau so schön geworden ist (direkter Nutzen aus dem Anblick der Frauenkirche).

In der Realität wird selbst für solche Projekte gespendet, deren positive Wirkungen für den Spender selbst kaum erfahrbar sind. Die Bewahrung der Artenvielfalt auf einem entfernten Kontinent ist ein solches Beispiel. Welche Motive verbergen sich hinter Spenden für Zwecke dieser Art? In einem solchen Fall dürfte zum einen der *Warm Glow* im Vordergrund stehen und zum anderen die Freude am Wissen um die Artenvielfalt (auch wenn man sie nicht selbst erfahren kann).

Oftmals ist der Kontext, in dem sich philanthropisches Wirken abspielt, durch eine kleine interdependente Gruppe charakterisiert (z.B. vier Arbeitskollegen müssen Geld zusammenlegen, um ein Hochzeitsgeschenk für ihren fünften Kollegen zu kaufen). Es würde sich dann um einen Kontext mit geringer Anonymität handeln, bei dem die Bedeutung der eigenen Spende besonders groß wäre und die Wirkungen des eigenen Handelns unmittelbar wahrnehmbar sind. In einem solchen Fall wird die Gemengelage bei den Motiven besonders komplex. Es rücken dann weitere mögliche Motive in den Vordergrund, von denen in diesem Beitrag noch keine Rede war. Auch hinsichtlich dieser Motive ist inzwischen eine vielfältige Literatur entstanden. Auf die Ursprünge und Inhalte dieser Literatur kann hier nur kurz verwiesen werden. *Güth/Schmittberger/Schwarze*⁸, *Geanakoplos/Pearce/Staccetti*⁹ und *Rabin*¹⁰ stellen Handlungsmotive wie »Fairness« und »Reziprozität« ins Zentrum ihrer Analyse. Man lässt seinem Nächsten Gutes angedeihen im Vertrauen darauf, dass dies vom Nächsten honoriert und belohnt wird. In *Fehr/Schmidt*¹¹ und *Bolton/Ockenfels*¹² ist das zentrale Motiv »Aversion gegen Ungleichbehandlung«. Man empfindet es als unangenehm, wenn alle eine Spende leisten und man selbst sich vor einer Spende drückt.

8 *Güth/Schmittberger/Schwarze*, An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1982, Bd. 3, S. 367–388.

9 *Geanakoplos/Pearce/Staccetti*, Psychological Games and Sequential Rationality, *Games and Economic Behavior*, 1989, Bd. 1, S. 60–80.

10 *Rabin*, Incorporating Fairness into Game Theory and Economics, *American Economic Review*, 1993, Bd. 83, S. 1281–1302.

11 *Fehr/Schmidt*, A Theory of Fairness, Competition and Cooperation, *Quarterly Journal of Economics*, 1999, Bd. 114, 817–868.

12 *Bolton/Ockenfels*, ERC: A Theory of Equity, Reciprocity and Competition, *American Economic Review*, 2000, Bd. 90, S. 166–193.

Angesichts der Vielfalt an möglichen Motiven ist es in der ökonomischen Analyse einer bestimmten Fragestellung notwendig, zunächst einmal zu klären, um welchen Kontext es sich bei diesem Problem handelt. Entsprechend kann man dann versuchen, den Homo Oeconomicus möglichst adäquat zu spezifizieren.

4. Ökonomische Laborexperimente

Zahlreiche der zuvor genannten Studien zur Motivation des Gebens basieren auf den Ergebnissen von ökonomischen Laborexperimenten. Ähnlich wie in psychologischen Laborexperimenten werden auch in ökonomischen Laborexperimenten Versuchspersonen mit künstlich geschaffenen Situationen konfrontiert. Die Versuchspersonen haben verschiedene Handlungsalternativen, mit denen sie auf die Situation reagieren können. Welche Handlungsalternative sie wählen, erlaubt oftmals Rückschlüsse über die zugrunde liegende Motivation ihres Handelns. Ein einfaches Beispiel, welches das methodische Vorgehen von ökonomischen Laborexperimenten etwas genauer illustriert, findet sich beispielsweise in v. Auer¹³.

VI. Steuerliche Spendenanreize

Aus ökonomischer Sicht kann man eine Spende wie eine Konsumausgabe behandeln. Man erhält vom Spendenempfänger zwar kein Konsumgut ausgehändigt, aber doch so etwas Ähnliches, nämlich einen Spendenbeleg – oder im korrekten Amtsdeutsch eine »Zuwendungsbescheinigung«. Es ist deshalb zweckmäßig, den »Wunsch zu spenden« als eine Nachfrage nach Spendenbelegen aufzufassen. Eine Spende als einen Akt des Konsums zu bezeichnen klingt verwerflich – aber von Ökonomen erwartet man vielleicht auch nichts Besseres. Es sei deshalb nochmals betont, dass diese Konsum-Interpretation ganz wertfrei gemeint ist. Das Spenden kann durchaus als ein edler Charakterzug des Individuums *interpretiert* werden, vollkommen unabhängig davon, ob dieses Spenden in der ökonomischen Analyse als ein »Konsum von Spendenbelegen« *formalisiert* wird.

1. Spendenpreis

Wenn man von einer Spende als Konsumgut spricht, dann liegt es nahe, nach dem Preis dieses Konsumgutes zu fragen. Welchen Preis besitzt ein 1 €-Spendenbeleg? Der Preis dieses Belegs – der Spendenpreis – ist der Konsumverzicht, der bezüglich aller anderen Konsummöglichkeiten geleistet werden muss. Wie groß ist dieser Konsumverzicht? In Deutschland, den USA und vielen anderen Ländern ist der Spendenpreis geringer als 1 €. In Deutschland kann eine Spende vom »Gesamtbetrag der Ein-

13 v. Auer, Ökonomische Theorieansätze des Gebens, in: K. J. Hopt/T. v. Hippel/W. R. Walz, Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 2005, S. 159–166 (erscheint in Kürze).

künfte« abgezogen werden, und ist somit nicht länger Teil des »zu versteuernden Einkommens«. Wenn also ein Haushalt einen 1 €-Spendenbeleg erwirbt, so reduziert sich gleichzeitig seine Steuerschuld genau um den Grenzsteuersatz des Haushalts. Der Staat subventioniert die Spende mit dem Grenzsteuersatz des Haushalts. Der Spendenpreis beträgt für den Haushalt somit Eins minus dem Grenzsteuersatz dieses Haushalts.

Für die bundesdeutsche Situation bedeutet dies: Für wohlhabende Personen mit 60.000 € zu versteuerndem Jahreseinkommen beträgt der Spendenpreis 58 Cent, denn der Spitzensteuersatz wurde im Jahr 2005 auf 42% gesenkt. Für arme Personen mit einem zu versteuernden Jahreseinkommen von 8.000 € beträgt der Spendenpreis hingegen 85 Cent, denn der Grenzsteuersatz wurde auf 15% abgesenkt. Mit anderen Worten, beim Kauf ein und desselben Gutes – hier ein 1 €-Spendenbeleg – werden Reiche stärker subventioniert als Arme.

Möglicherweise ist dies gut und gewollt, in jedem Fall ist es aber ungewöhnlich und verdient eine genauere Betrachtung.

2. Fiskalische Wirkungen von Spenden

In der politischen Diskussion taucht von Zeit zu Zeit der Vorschlag auf, die Absetzbarkeit von Spenden vollständig abzuschaffen. Wenn die Absetzbarkeit der Spenden abgeschafft wird, dann beträgt der Spendenpreis für alle Haushalte einheitlich 1 €. Aber welche fiskalischen Effekte hätte dies? Dieser Frage wurde in einigen US-amerikanischen Untersuchungen nachgegangen. Dabei wurden zumeist die Steuererklärungen einer großen Stichprobe von Haushalten ausgewertet. Die Ergebnisse sind auch für die deutsche Situation interessant, denn in den USA existiert ein ähnliches steuerliches Absetzbarkeitssystem wie in Deutschland. Die Pionierarbeiten bei dieser empirischen Fragestellung stammen von *Taussig*¹⁴ und *Feldstein*¹⁵. Wichtige Beiträge kamen auch von *Clotfelter*¹⁶ sowie *Clotfelter/Steuerle*¹⁷. Einige spätere Studien konnten auf Haushalts-Paneldaten zurückgreifen, so zum Beispiel *Barrett*¹⁸ und *Auten/Sieg/Clotfelter*¹⁹. Bei solchen Paneldaten wurde für jeden einzelnen der erfassten Haushalte seine ökonomische Situation und sein Spendenverhalten über mehrere Jahre hinweg aufgezeichnet. Aus Daten dieser Art ergeben sich für die empirische Analyse besonders verlässliche Auswertungsmöglichkeiten.

14 *Taussig*, Economic Aspects of the Personal Income Tax Treatment of Charitable Contributions, *National Tax Journal*, 1967, Bd. 20, S. 1–19.

15 *Feldstein*, The Income Tax and Charitable Contributions, Part I: Aggregate and Distributional Effects, *National Tax Journal*, 1975, Bd. 28, S. 81–100.

16 *Clotfelter*, Tax Incentives and Charitable Giving. Evidence from a Panel of Taxpayers, *Journal of Public Economics*, 1980, Bd. 13, S. 319–340.

17 *Clotfelter/Steuerle*, Charitable Contributions, in: H. J. Aaron and J. A. Pechman (Hrsg.): *How Taxes Affect Economic Behavior*, 1981, Washington, S. 403–437.

18 *Barrett*, Panel-Data Estimates of Charitable Giving: A Synthesis of Techniques, *National Tax Journal*, 1991, Bd. 44(3), S. 365–381.

19 *Auten/Sieg/Clotfelter*, Charitable Giving, Income, and Taxes: An Analysis of Panel Data, *American Economic Review*, 2002, Bd. 92(1), S. 371–382.

Alle der hier aufgezählten US-amerikanischen Studien kommen zu dem Schluss, dass ohne steuerliche Absetzbarkeit die öffentlichen Haushalte deutlich defizitärer wären. Wie kann dies sein, wo doch die Steuereinnahmen ohne Absetzbarkeit höher wären? Die Abschaffung der Absetzbarkeit löst zwei Effekte aus. Sie würde zwar die staatlichen Steuereinnahmen erhöhen, aber gleichzeitig würden zusätzliche Staatsausgaben notwendig werden, denn das Spendenaufkommen würde durch die reduzierten Anreize fallen. Viele Bereiche, die bislang aus Spenden finanziert wurden, müssten dann durch staatliche Zuwendungen am Laufen gehalten werden. In dieser Argumentation wird immer vereinfachend unterstellt, dass für jeden Euro, der nicht mehr gespendet wird, der Staat durch eine eigene Zuwendung in gleicher Höhe einspringen muss.

3. Preis- und Einkommenselastizität von Spenden

Die zentrale Größe in diesen empirischen Studien ist die so genannte *Preiselastizität des Spendens*. Diese Preiselastizität besagt, wie sensibel die Spendenbereitschaft auf Veränderungen des Spendenpreises – in vielen Ländern also »Eins minus Grenzsteuersatz« – reagiert. Um dies empirisch zu ermitteln, wird die augenblickliche Situation als Referenz verwendet und dann mit Hilfe der vorliegenden Daten (z.B. Haushalts-Paneldaten) und den passenden ökonometrischen Auswertungsverfahren geschätzt, wie eine geringfügige Veränderung des Spendenpreises den geleisteten Spendenbetrag verändern würde. In *Auten/Sieg/Clotfelter*²⁰ und den anderen genannten Studien kommt man zu dem Schluss, dass 1 €, der dem Staat durch eine Erhöhung der Absetzbarkeit entgehen würde, zu einer Erhöhung der Spenden um 1,3 € führen würde. Der Staat könnte also seine staatlichen Zuschüsse um 1,3 € senken und müsste auf der Einnahmenseite lediglich auf 1 € verzichten. Es verbliebe für den Staat eine Nettoersparnis von 0,3 €. Angesichts der angespannten Lage der öffentlichen Haushalte wäre dies eine verlockende Aussicht.

Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass einige US-amerikanische Studien existieren, die zu einem anderen Ergebnis kommen. Beispielsweise schätzt *Randolph*²¹, dass die Spenden lediglich um etwa 0,5 € steigen würden. Für den Staat ergäbe sich also eine Nettoeinbuße in Höhe von 0,5 €. *Barrett/McGuirk/Steinberg*²² kommen zu tendenziell ähnlichen Ergebnissen. Die Datengrundlage dieser beiden Studien ist derjenigen von *Auten/Sieg/Clotfelter*²³ sehr ähnlich. Folglich sind die unterschiedlichen Resultate in erster Linie auf methodische Unterschiede zurückzuführen. Dies belegt, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung um die angemessenen Schätzmethode nach wie vor noch nicht abgeschlossen ist.

Neben der Preiselastizität des Spendens wird in den genannten Studien immer auch eine zweite wichtige Kennzahl empirisch ermittelt, die so genannte *Einkommenselas-*

20 *Auten/Sieg/Clotfelter* (Fn. 19).

21 *Randolph*, *Dynamic Income, Progressive Taxes, and the Timing of Charitable Contributions*, *Journal of Political Economy*, 1995, Bd. 103, 709–738.

22 *Barrett/McGuirk/Steinberg*, *Further Evidence on the Dynamic Impact of Taxes on Charitable Giving*, *National Tax Journal*, 1997, Bd. 50(2), S. 312–334.

23 *Auten/Sieg/Clotfelter* (Fn. 19).

tizität des Spendens. Sie quantifiziert, wie sensibel die Spendenbereitschaft auf Veränderungen im Einkommen des Individuums reagiert. *Randolph*²⁴ ermittelt, dass eine Erhöhung des Einkommens um 1% (also beispielsweise von 5.000 € pro Monat auf 5.050 € pro Monat) die Spendenhöhe um 1,3% (also beispielsweise von 100 € pro Monat auf 101,3 € pro Monat) erhöhen würde. Bei *Auten/Sieg/Clotfelter*²⁵ wird hingegen eine Erhöhung der Spenden um lediglich 0,9% geschätzt (also von 100 € pro Monat auf 100,9 € pro Monat). Dies zeigt, dass auch hier die empirischen Schätzungen auseinander gehen. Dies ist nicht weiter überraschend, denn die Schätzwerte für die Preiselastizität des Spendens und für die Einkommenselastizität des Spendens hängen voneinander ab. Ergeben sich also unterschiedliche Schätzergebnisse bei den Preiselastizitäten des Spendens, dann ergeben sich automatisch auch unterschiedliche Schätzergebnisse bei den Einkommenselastizitäten des Spendens.

4. Empirische Studie für Deutschland

Sowohl in den USA als auch in Deutschland wurde bislang am bestehenden Absatzbarkeitsprinzip festgehalten. Was die US-amerikanischen Forschungsarbeiten leider nicht leisten, ist der Frage nachzugehen, ob es nicht ganz andere bessere steuerliche Anreizsysteme für Spenden gibt als die bestehenden und welche fiskalischen Konsequenzen sich aus solchen ergeben. Ein solches Projekt wird gegenwärtig für die deutsche Situation durchgeführt. Ermöglicht wurde das Projekt durch die finanzielle Unterstützung der Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur und der Fritz Thyssen Stiftung. Eine ausführliche Beschreibung des Projektes findet sich in *v. Auer*²⁶. Erste empirische Ergebnisse sind für den Sommer 2005 zu erwarten.

VII. Einwerben von Spenden

Größere Organisationen, die auf Spendenzuwendungen angewiesen sind, haben entweder eigene Spezialisten, die für das Einwerben von Spenden verantwortlich sind oder sie beauftragen externe Dienstleistungsunternehmen, die sich auf das Einwerben von Spenden spezialisiert haben. Angesichts der großen Bedeutung, welche private Finanzierungsquellen für viele US-amerikanische Organisationen besitzen, hat sich dort über die Jahrzehnte ein sehr professioneller *Fund-Raising* Sektor entwickelt.

24 *Randolph* (Fn. 21).

25 *Auten/Sieg/Clotfelter* (Fn. 19).

26 *v. Auer*, Spendenförderung, Steueraufkommen und Staatsausgaben: Eine empirische Analyse, 2002, Projektbeschreibung für die Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur.

1. Zwei grundsätzliche Typen von Spendenkampagnen

Gewöhnlich unterscheidet man zwischen zwei grundsätzlichen Typen von Spendenkampagnen. Der eine Typ sei hier als *Projektkampagne* bezeichnet. Bei Kampagnen dieses Typs soll die Finanzierung einmaliger Projekte gesichert werden. Die Spenden für die Frauenkirche sind Resultat einer solchen Projektkampagne. Bei Projektkampagnen besteht ein wesentlicher Teil der Kampagne immer darin, die potenziellen Spender von der Bedeutung und der Qualität des zu finanzierenden Projektvorhabens zu überzeugen.

Der zweite Typ Kampagne sei hier als *Dauerkampagne* bezeichnet. Dieser Typ Kampagne soll helfen, die laufenden Ausgaben von wohltätigen Organisationen und anderen potenziellen Spendenempfängern abzudecken. Die Informationen über das Projektvorhaben sind hierbei zumeist besser bekannt (z.B. regelmäßige Spenden für die Johanniter Unfallhilfe). Die Kampagne kann sich deshalb stärker auf die individuelle Überzeugungsarbeit konzentrieren, die bei den potenziellen Spendern zu leisten ist. Für die Konzeption und den Erfolg dieser Überzeugungsarbeit spielen die Motive des Gebens eine zentrale Rolle.

2. Kontextabhängige Konzeption von Spendenkampagnen

Die genaue Art und Weise, wie große Spendenkampagnen aufgezogen werden, hängt davon ab, um welchen grundsätzlichen Typ Kampagne es sich handelt. Neben dem grundsätzlichen Typ spielen aber immer auch landesübliche Traditionen, das politische Umfeld und viele weitere Aspekte eine mitbestimmende Rolle. Wie wichtig es ist, in einer Spendenkampagne die richtigen Anreize zu setzen, kann exemplarisch an der bereits erwähnten Studie *Harbaughs*²⁷ illustriert werden.

Er berichtet von einer renommierten Law School, welche ihre ehemaligen Absolventen regelmäßig um Spenden bittet. Diese Law School veröffentlichte in ihrem Jahresbericht sämtliche Spendernamen zusammen mit den jeweils geleisteten Spendenbeträgen. Eines Jahres wurde die Art der Veröffentlichung umgestellt. Es wurden verschiedene Kategorien gebildet (z.B. unter \$ 100, \$ 100–249, \$ 250–499, \$ 500–999, usw.). Die Spender wurden entsprechend der Höhe ihrer Spende jeweils der passenden Kategorien zugeordnet und ihr Name im Jahresbericht in dieser Kategorie veröffentlicht, ohne dass dabei ihr genauer Spendenbetrag angegeben wurde. Es zeigte sich, dass die Spender nun überwiegend genau solche Spendenbeiträge wählten, welche jeweils die untere Grenze einer Kategorie bildeten – ein deutlicher Beleg dafür, dass das mit der Spende verbundene Prestige bei den Spendern eine wichtige Motivation darstellte. Durch geschickte Wahl der Kategorien versuchte die Law School, bei ihren Spendern das Bedürfnis zu wecken, in die gegenüber dem bisherigen Spendenbetrag jeweils nächsthöhere Kategorie zu gelangen.

27 *Harbaugh* (Fn. 6).

3. Spendeneinwerbung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht

Eine weitere interessante Frage betrifft die Effizienz der Spendenwerbung. Wenn Werbeaktivitäten tatsächlich zu höherem Spendenaufkommen führen, dann wäre dies aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wenig bedenklich. Wenn aber die Werbeaktivitäten lediglich dazu führen, dass die Spendenströme umgelenkt werden, ohne dass sich das Gesamtaufkommen der Spenden spürbar erhöht, dann würden diese Werbemaßnahmen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht eine Verschwendung von Ressourcen darstellen – jedenfalls dann, wenn die betroffenen Organisationen als aus sozialer Sicht gleichwertig betrachtet werden können.

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Es wurde in diesem Beitrag aufgezeigt, dass ökonomische Analyse und Philanthropie keine unvereinbaren Gegensätze sind. *Lionel Robbins*²⁸ definierte den Wissenschaftszweig *Economics* in der folgenden Weise: »*Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses.*« Das Konzept des Homo Oeconomicus ist geradezu Ausdruck dieses Ansatzes. Die Definition Robbins bleibt zutreffend, gleichgültig ob in der ökonomischen Analyse philanthropisches Verhalten zu berücksichtigen ist oder nicht.

Ein großer Teil der ökonomischen Philanthropie-Forschung setzte sich mit den Motiven des Gebens auseinander. Neben Motiven wie »*Warm Glow*« und »*Prestige*« fanden sich in Laborexperimenten Motive wie »*Aversion gegen Ungleichbehandlung*«, »*Fairness*« und »*Reziprozität*«. Ein weiterer wesentlicher Bereich ökonomischer Philanthropie-Forschung ist die Analyse der Wirksamkeit steuerlicher Spendenanreize. Ökonometrische Auswertungen von Steuererklärungen haben gezeigt, dass solche Anreize möglicherweise eine wichtige Rolle spielen. Ein kleinerer Literaturstrang war dem Einwerben von Spenden gewidmet. Erfolgreiche Werbestrategien müssen auf die Motivlage der potenziellen Spender korrekt abgerichtet sein.

Die ökonomische Forschung hat zwar im Laufe der Zeit große Fortschritte im Verständnis der Motive und Konsequenzen philanthropischen Verhaltens erzielt, viele wichtige Fragen blieben dabei aber weitgehend ausgespart. Beispielsweise wurde in den Studien, welche sich mit der Wirksamkeit steuerlicher Spendenanreize auseinandersetzen, implizit davon ausgegangen, dass eine Senkung der Steuereinnahmen um einen Euro bei gleichzeitiger Erhöhung der Spenden um mehr als ein Euro eine Gesamtverbesserung darstellt. Dies als Verbesserung zu betrachten, wurde damit begründet, dass der Staat seine Ausgaben für jene Projekte, denen auch Spenden zufließen, um mindestens einen Euro senken könnte, ohne dass diese Projekte Einbußen erleiden.

Bei dieser Argumentation bleiben jedoch vielfältige andere Aspekte ausgeblendet, welche die Verlässlichkeit der Schätzergebnisse möglicherweise einschränken. Falls der Staat beispielsweise die steuerlichen Anreize verbessert hat und zur gleichen Zeit

28 *Robbins, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 1932.*

die Senkung der staatlichen Zuschüsse für gemeinnützige Zwecke verkündete, könnte Letzteres bei den betroffenen Organisationen unmittelbar verstärkte Anstrengungen bei der Spendeneinwerbung auslösen. Nicht nur die besseren Spendenanreize, sondern auch die intensivierete Spendenwerbung hätte dann zu dem erhöhten Spendenaufkommen beigetragen. In der ökonometrischen Schätzung hätte man diese Erhöhung aber fälschlicherweise vollständig den verbesserten Spendenanreizen zugeschrieben.

Ein weiterer wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang betrifft die Effizienz in der Mittelverwendung. Wenn auf der Einnahmenseite einer Organisation staatliche Mittelzuflüsse durch gespendete Mittel ersetzt werden, so wird dies auch Rückwirkungen auf die Effizienz und Qualität haben, mit der diese Organisation ihre Projekte durchführt. Einen solchen Effizienzvergleich durchzuführen ist eine äußerst schwierige Aufgabe und entsprechend gering sind die bislang dazu gesammelten Erkenntnisse. Auch auf diesem Gebiet besteht große Notwendigkeit für zukünftige Forschungsanstrengungen.

Die angesprochenen Fragen zeigen, dass nach wie vor reichlich Bedarf für Philanthropie-Forschung besteht. Wichtige Impulse können sich dabei auch aus interdisziplinären Forschungsfragen und -ansätzen ergeben. Die Integration juristischen und ökonomischen Sachverständes kann dabei neue interessante Felder erschließen. Es war das Ziel des vorliegenden Beitrags, die Neugier auf solche Kooperationen weiter zu entfachen.

IX. Summary

In this paper it is argued that economic analysis and philanthropy are not mutually exclusive. *Lionel Robbins* defined economics in the following way: »Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses.« The concept of a *homo oeconomicus* is a corner stone of this approach. Robbins' definition remains appropriate regardless of whether the economic analysis incorporates philanthropic behaviour.

A major element of the economic analysis of philanthropy is concerned with the motivation of giving. Forms of motivations include *warm glow* and *social prestige*. Experiments performed under laboratory conditions have revealed further motivations such as *fairness*, *reciprocity* and *aversion against inequality*. Another important aspect of economic research on philanthropy is the tax treatment of donations and the associated incentives. Econometric analysis of tax returns has shown that such incentives possibly play an important role. Other economic studies are concerned with fund-raising. Successful fund-raising campaigns must correctly incorporate the donors' motivation for giving.

Although economic research into philanthropy has made major progress in various directions, several aspects remain for future research. A number of significant technical aspects in the econometric analysis of tax returns are still not settled. Furthermore, there is little evidence on the efficiency of publicly financed organisations as compared to organisations that receive their resources from private funds.

Widerrufsrecht bei (Förder-)Mitgliedschaften in Nonprofit-Organisationen?

DANIEL VOIGT

I. Einleitung	223	2. Verschleierung eines anderen Zweckes: Mitgliedschaft oder Spende?	228
II. Widerrufsrecht bei Vereinsbeitritten	224	3. Rechtliche Folgerungen	229
III. Widerrufsrecht bei Fördermitgliedschaften in karitativen Organisationen	227	IV. Ergebnis	231
1. Die Fördermitgliedschaft als »echte« Mitgliedschaft?	227	V. Summary	231

I. Einleitung

Die wirtschaftliche Bedeutung von sogenannten Nonprofit-Organisationen¹ ist groß. Der gesamte Nonprofit-Sektor beschäftigt in der Bundesrepublik Deutschland knapp eine Million Menschen und setzt pro Jahr rund 43,5 Milliarden Euro an Aufwendungen um.² Das beschäftigungspolitische Gewicht ist damit dem des Transportsektors vergleichbar.³ Angesichts zunehmend begrenzter staatlicher Zuwendungen wird die Werbung um Fördermitglieder und deren Beiträge für das Wirken von ideellen Organisationen wichtiger. Fördermitgliedschaften lassen sich rechtlich gut mit der von vielen Nonprofit-Organisationen genutzten Rechtsform des Idealvereines im Sinne des § 21 BGB vereinbaren und versprechen eine dauerhafte Einnahmequelle erheblichen Umfangs. Bekannte gemeinnützige Organisationen wie die Umweltschutzorganisation *Greenpeace* haben neben Tausenden Fördermitgliedern nur eine zweistellige Zahl von Vollmitgliedern.⁴

Aufgrund ihres wirtschaftlichen Einnahmepotentials wird teilweise aggressiv um Fördermitgliedschaften geworben. Der *BGH* hat lakonisch festgestellt, dass »sämtliche gemeinnützigen Hilfsorganisationen sich bei der Mitgliederwerbung der Hilfe kommerzieller Unternehmen bedienen und diese Werbemethode in den Medien immer wieder diskutiert wird«.⁵ Negative Schlagzeilen wie »*Drücker machen Jugendarbeit*«⁶ sind die Folge und bei so manchem Neumitglied entsteht das Gefühl, über den Tisch gezogen worden zu sein, wenn sich herausstellt, dass die Ziele des Vereins viel-

1 Zur Terminologie und den Kennzeichnungsmerkmalen einer Nonprofit-Organisation: *Kat-schinski*, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 65 ff.
2 *Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, S. 1.
3 *Anbeier/Seibel*, The nonprofit sector in Germany, 2001, S. 1.
4 Nach *Adams/Maßmann*, ZRP 2002, 128 hat Greenpeace Deutschland nur 29 Vollmitglieder aber Tausende von Fördermitgliedern.
5 BGH v. 10. 11. 1994, NStZ 1995, 134.
6 So titelte der Südkurier vom 23. März 2002.

leicht nicht so hehr sind wie vermutet.⁷ Sind Werber an Haustüren schwerer abzuwehren, wenn sie die Chance eröffnen, etwas Gutes zu tun, dann ist in solchen Konstellationen der Verbraucher möglicherweise besonders schutzwürdig. Dies gilt umso mehr, wenn bei Fördermitgliedschaften wegen § 39 Abs. 2 BGB vor Ablauf von zwei Jahren ein Austritt ausgeschlossen ist und die finanzielle Belastung sich als entsprechend groß darstellen kann.

Welche rechtlichen Möglichkeiten der Verbraucher in diesen Fällen hat, richtet sich nach der rechtlichen Einordnung einer Fördermitgliedschaft. Ein besonders wirksames Instrument, sich in derartigen Situationen rasch von Fördermitgliedschaften zu lösen, stellt das Widerrufsrecht des § 312 Abs. 1 BGB dar, vorausgesetzt, es steht dem Verbraucher bei Vereinsbeitritten und insbesondere bei Fördermitgliedschaften überhaupt zu.

II. Widerrufsrecht bei Vereinsbeitritten

Ein Widerrufsrecht des Verbrauchers kann schon daran scheitern, dass bei Vereinsbeitritten grundsätzlich der persönliche Anwendungsbereich des § 312 Abs. 1 BGB nicht gegeben ist, weil kein Verbrauchervertrag vorliegt. Ein Verbrauchervertrag im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB setzt in Anlehnung an die §§ 13, 14 BGB einen Verbrauchervertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher voraus.⁸ Die Unternehmenseigenschaft der werbenden Idealvereine könnte dem gerade unter dem Aspekt der gewerblichen Tätigkeit entgegenstehen. Da es auf eine Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr ankommt, sind auch gemeinnützige Vereine grundsätzlich als Unternehmer zu qualifizieren.⁹ Allerdings ist dabei nach Tätigkeitsbereichen zu differenzieren und zu fragen, ob sich ein Vereinsbeitritt im Rahmen unternehmerischen Handelns abspielt.

Für eine Erfassung von Vereinsbeitritten wird geltend gemacht, dass mit einer Mitgliedschaft entsprechende (Zahlungs-)Pflichten entstehen. Der Beitretende verpflichtet sich, Beiträge oder sonstige Leistungen an den Verein zu erbringen.¹⁰ Daher verfolge der Verein mit der Mitgliederwerbung Geschäftszwecke, weil es sich um ein Streben nach Einnahmeerzielung durch Beiträge handelt.¹¹ Der Verbraucher sei deshalb bei Vereinsbeitritten schutzbedürftig.¹² Eine unnötige Bürokratisierung des Ver-

7 Vgl. Handelsblatt vom 26. 11. 1999, S. 10. Es wurden Fördermitgliedschaften bei einem Verein vermittelt, dessen Ziel die kinderfreundliche Ausstattung von Krankenhäusern war. Vorsitzender des Vereins ist ein Unternehmer, dessen Unternehmen kinderfreundliche Einrichtungen für Krankenhäuser herstellt. Der Verein hat dieselbe Anschrift wie das Unternehmen. Organisationen wie das Deutsche Zentralinstitut für soziale Fragen (DZI) warnen vor entsprechenden Beitritten. Von der Fördermitgliedschaft konnte sich das neu gewonnene Fördermitglied aber erst nach zwei Jahren lossagen.

8 Müko-Ulmer, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 4.

9 Müko-Ulmer, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 5.

10 Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, Bd. VerbrKrG, HWiG, § 13 a UWG, TzWrG, 2001, § 1 HWiG Rn. 65.

11 Bauer, Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes, 1991, S. 10.

12 Fischer/Machunsky, Haustürwiderrufgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1995, § 1 Rn. 121.

einswesens bei Annahme eines Widerrufsrechtes sei nicht zu befürchten.¹³ Dieses Ergebnis scheint dem neu gefassten § 312 Abs. 1 BGB zu entsprechen. § 312 Abs. 1 BGB stellt i.V.m. §§ 13, 14 BGB auf ein Rechtsgeschäft ab, als welches auch der Vereinsbeitritt zählt.¹⁴ Wegen der Leistungspflicht des Neumitgliedes kann auch das von § 312 Abs. 1 BGB geforderte Merkmal der entgeltlichen Leistung bejaht werden. Der Entgeltbegriff des § 312 BGB ist weit auszulegen, weil die der Norm zugrunde liegende EG-Richtlinie dieses einschränkende Merkmal nicht enthält und es allein auf die wirtschaftliche Beurteilung ankommt.¹⁵ Das Widerrufsrecht ist auch schon anwendbar, wenn bereits irgendeine Leistung des Verbrauchers vorliegt¹⁶ und erfasst ebenfalls aus richtlinienkonformer Auslegung heraus auch einseitig den Verbraucher verpflichtende Rechtsgeschäfte.¹⁷

Gegen eine Erfassung »echter« Vereinsbeitritte spricht allerdings der gesetzgeberische Wille. Der Vorschlag, Vereinsbeitritte explizit zu erfassen, hat sich schon bei früheren Gesetzesnovellen nicht durchgesetzt¹⁸ und ist im weiteren Verlauf auch nicht mehr als gesetzgeberisches Ziel aufgenommen worden. Des Weiteren wird geltend gemacht, bei Vereinsbeitritten sei ein Schutz über § 312 BGB nicht notwendig. »Sport- oder Kaninchenzüchterverbände« würden nicht um (echte) Mitgliedschaften an der Haustür werben.¹⁹ Immerhin werde ein ausreichender Schutz vor unseriösen Organisationen über § 312 f BGB erreicht und würden schutzbedürftige Fälle erfasst.²⁰ Weiterreichende Widerrufsmöglichkeiten seien damit nicht erforderlich.²¹

13 *Fischer/Machunsky*, Haustürwiderrufgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1995, § 1 Rn. 44; a.A. *Löwe*, BB 1986, 821, 823; *Goller*, VerwArch 1986, 73, 74.

14 *Erman-Westermann*, Handkommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Auflage 2004, § 25 Rn. 14; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 216 m.w.N.; *Helms*, Vereinsmitgliedschaft, 1998, S. 19 ff. Der Streit um die Rechtsnatur der Satzung ist hier nicht entscheidend, denn selbst wenn die Rechtsnatur der Satzung nach der modifizierten Normentheorie als partielle Rechtsordnung zu sehen ist, so bleibt der Beitritt zum Verein Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Nachweise zum Streitstand: *Staudinger-Weick*, Kommentar zum BGB, Erstes Buch Allg. Teil, 13. Auflage 1995, § 25 Rn. 15; *Soergel-Hadding*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, §§ 21, 22 Rn. 49; *Müko-Reuter*, BGB, Bd. 1, 4. Auflage 2001, § 25 Rn. 13 ff.

15 *Bamberger/Roth-Ann*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, § 312 Rn. 8; *Staudinger-Werner*, Kommentar zum BGB, Bd. VerbrKrG, HWiG, § 13 a UWG, TzWrG, 2001, § 1 HWiG Rn. 59.

16 *Bamberger/Roth-Ann*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, § 312 Rn. 8; *Erman-Saenger*, Handkommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Auflage 2004, § 1 HausTWG Rn. 16; *Wassermann*, JuS 1990, 723, 724.

17 BGH v. 9. 3. 1993, NJW 1993, 1594, 1595; *Müko-Ulmer*, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 20; *Bunte*, WM 1993, 877, 881.

18 Vgl. BT-Drucksache 10/584, S. 2, § 2 II HWiG.

19 *Castello*, VuR 1988, 1, 3.

20 § 312f BGB gilt auch für Haustürgeschäfte, *Müko-Ulmer*, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, Vor §§ 312, 312a Rn. 8. Zum alten § 5 Satz 2 HWiG: *Castello*, VuR 1988, 1, 3; *Erman-Saenger*, Handkommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Auflage 2004, § 1 HausTWG Rn. 19; *Teske*, ZIP 1990, 1281.

21 BT-Drucksache 10/2876, S. 9.

Hier treten im Einzelfall Praktikabilitätsprobleme auf, wann ein Fall der Umgehung vorliegt.²²

Vor allem fehlt es aber beim »echten« Vereinsbeitritt selbst bei wirtschaftlicher Beurteilung am entgeltlichen Vertrag i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB. Zweck des Vereinsbeitrittes ist die Persönlichkeitsentfaltung in der Gemeinschaft durch Verfolgung eines gemeinsamen Ziels. Die Mitgliedschaft hat höchstpersönlichen Charakter²³ und ist gemeinschaftsbegründender Natur. Die Mitgliedsbeiträge dienen allein der Verwirklichung des gemeinsamen in der Satzung festgelegten Strebens der Mitglieder.²⁴ Diese persönliche Verbundenheit wird auch bei Großvereinen nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Einflussmöglichkeiten gering sind.²⁵ Denn die primäre Aufgabe der Vereine bleibt die Interessenvertretung ihrer Mitglieder.²⁶ Ansprüche auf ein bestimmtes Tätigwerden des Vereins durch das Mitglied bestehen allerdings nicht.²⁷ Der Mitgliedsbeitrag ist dann weder Entgelt noch Leistung für Vereinstätigkeiten.²⁸ Zudem ist § 312 BGB eine auf Austauschverträge zugeschnittene schuldrechtliche Norm. Ihre Rechtsfolge passt nicht auf gesellschaftsrechtliche Verträge, weil Willensmängel gesellschaftsrechtlich nur mit ex-nunc-Wirkung geltend gemacht werden können.²⁹ Es gelten auch für den Verein die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft,³⁰ so dass ein Widerruf nur für die Zukunft gelten würde. Mitgliedsbeiträge können nicht zurückgefordert werden.³¹ Dadurch kann ein Widerruf seine verbraucher-schützende Wirkung nur vermindert entfalten. Immerhin kann sich das Vollmitglied durch Wahrnehmung der ihm zustehenden Rechte selbst vor finanzieller Überbeanspruchung schützen. Im Mittelpunkt des Beitritts steht aber die Gemeinschaftsbegründung, die weder wirtschaftlichen noch entgeltlichen Charakter hat. Eine unternehmerische Tätigkeit liegt nicht vor.

Ist somit der »echte« Vereinsbeitritt ein durch personale Verbundenheit gekennzeichnetes gesellschaftsrechtliches Rechtsgeschäft, unterfällt dieses nicht dem Widerrufsrecht, weil kein entgeltlicher Vertrag anzunehmen ist und es am unternehmerischen Handeln fehlt. § 312 Abs. 1 BGB ist bei »echten« Vereinsmitgliedschaften im Sinne von Vollmitgliedschaften grundsätzlich nicht anwendbar.³²

22 Dies räumt auch *Castello*, VuR 1988, 1, 3 ein.

23 *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 164 f.; *Burhoff*, Vereinsrecht, 5. Auflage 2002, S. 116.

24 BGH v. 11. 11. 1985, BGHZ 96, 253, 255; *Stöber*, Vereinsrecht, 8. Auflage 2000, S. 138; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 16. Auflage 1997, S. 90.

25 So *Löwe*, BB 1986, 821, 823.

26 *Wassermann*, JuS 1990, 723, 724.

27 v. *Boetticher*, Wohlfahrtspflege, 2003, S. 68; *Kurz*, Verbandsäußerungen, 1996, S. 81.

28 *Soergel-Hadding*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, § 38 Rn. 10 m.w.N.; *Kurz*, Verbandsäußerungen, 1996, S. 81.

29 *Soergel-Hadding*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, § 38 Rn. 10.

30 *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 225 f.; *Soergel-Hadding*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, § 38 Rn. 10.

31 *Stöber*, Vereinsrecht, 8. Auflage 2000, S. 112; vgl. auch LG Wiesbaden v. 12. 9. 1974, NJW 1975, 1033; a.A. *Soergel-Hadding*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, § 38 Rn. 10, differenzierend *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 226.

32 OLG Karlsruhe v. 27. 6. 1990, NJW 1991, 433, 434; OLG Köln v. 14. 8. 1989, ZIP 1989, 1267, 1269; *Müko-Ulmer*, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 26; *Erman-Saenger*,

III. Widerrufsrecht bei Fördermitgliedschaften in karitativen Organisationen

Das Widerrufsrecht gilt allerdings dann, wenn der Beitritt der Verschleierung eines anderen Zweckes dient.³³ In diesen Fällen spricht man von einer »unechten« Mitgliedschaft. Der Verschleierungsgedanke soll zum Tragen kommen, wenn die Mitgliedschaft auf einen Leistungsaustausch gerichtet ist, der nicht schon aufgrund der Mitgliedschaft allein beansprucht werden könnte³⁴ und der Gegenseitigkeitscharakter die Mitgliedschaft prägt.³⁵ Entscheidend ist die wirtschaftliche Betrachtung der Beziehung,³⁶ die nicht auf formale Kriterien, sondern letztlich auf den mit dem Beitritt verfolgten Zweck vor dem Hintergrund des durch § 312 Abs. 1 BGB geschützten Verbrauchers abstellt. Unterschieden werden muss damit, ob sich hinter der Bezeichnung Fördermitglied eine gesellschaftsrechtliche oder bloß schuldrechtliche Sonderbeziehung verbirgt.³⁷

1. Die Fördermitgliedschaft als »echte« Mitgliedschaft?

Damit ist zunächst zu fragen, ob es sich bei der Fördermitgliedschaft um einen »echten« Beitritt i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB handelt.

Vereinen steht es frei, Mitgliederklassen mit unterschiedlichen Rechten zu schaffen.³⁸ Damit kann angenommen werden, dass es sich auch bei der Fördermitgliedschaft formal um einen »echten« Vereinsbeitritt handelt. Über die Beitragspflicht ist das Mitglied unmittelbar an der Verwirklichung des gemeinsamen Zweckes beteiligt.³⁹ Die Gemeinsamkeit der Zweckverfolgung allein ist das konstitutive Element der Mitgliedschaft.⁴⁰ Auch das Fördermitglied ist Mitglied des Vereines und unterscheidet sich von den normalen Mitgliedern nur durch die differenzierte Ausgestaltung von Rechten und Pflichten innerhalb des Vereins.

Handkommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Auflage 2004, § 1 HWiG Rn. 19; *Castello*, VuR 1988, 1, 3; *Goller*, GewArch 1986, 73, 74; *Löwe*, BB 1986, 821, 823; *Teske*, ZIP 1986, 624, 629 f.; a.A. LG München v. 29. 6. 1994, ZIP 1994, 1191, 1192; wohl auch *Fischer/Machunsky*, Haustürwiderrufsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1995, § 1 Rn. 44; *Staudinger-Werner*, Kommentar zum BGB, Bd. VerbrKrG, HWiG, § 13 a UWG, TzWrG, 2001, § 1 HWiG Rn. 65; *Gilles*, NJW 1986, 1131, 1139.

33 *Goller*, GewArch 1986, 73, 74; *Löwe*, BB 1986, 821, 823.

34 *Palandt-Heinrichs*, Kommentar zum BGB, 64. Auflage 2005, § 312 Rn. 10; *Goller*, GewArch 1986, 73, 74.

35 Umkehrschluss aus § 312 f S. 2 BGB; *Müko-Ulmer*, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 26.

36 *Bamberger/Roth-Ann*, Kommentar zum BGB, Bd. 1 2003, § 312 Rn. 8.

37 Vgl. hierzu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, S. 78 f.

38 *Stöber*, Vereinsrecht, 8. Auflage 2000, S. 105; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 171; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 16. Auflage 1997, S. 250.

39 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 148.

40 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 147; a.A. bezogen auf eine GmbH der BGH v. 14. 7. 1954, BGHZ 14, 264, 270. Wer kein Stimmrecht habe, sei kein Gesellschafter.

Grundsätzlich ist damit auch die Fördermitgliedschaft eine »echte« Mitgliedschaft und das Widerrufsrecht nicht einschlägig.

2. Verschleierung eines anderen Zweckes: Mitgliedschaft oder Spende?

Offen bleibt aber, ob die Fördermitgliedschaft im Einzelfall nicht auf personale Verbundenheit gerichtet ist, sondern einen anderen Zweck verschleiern soll. Dadurch würde sie zu einer »unechten« Mitgliedschaft.

Die unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung der Fördermitgliedschaft spricht dafür, nicht bei formalen Kriterien stehen zu bleiben und das Fördermitglied im Einzelfall nicht »echten« Mitgliedern gleichzustellen. Die Unterschiede zwischen einzelnen Mitgliederklassen können sich gravierend auf die organisationsrechtliche Verbundenheit auswirken. Dies gilt in besonderem Maße für Fördermitgliedschaften. Fördermitglieder verpflichten sich häufig lediglich, dem Verein eine bestimmte Summe jährlich zuzuwenden. Im Gegensatz zu Vollmitgliedern fehlt Fördermitgliedern im Allgemeinen das Mitsprache- und Stimmrecht bei beschlussberechtigten Vereinsversammlungen.⁴¹ Denn die Satzung kann dem Fördermitglied jede aktive Tätigkeit untersagen.⁴² Die Art der Mitgliedschaft wirkt sich auch darauf aus, ob und mit welcher Intensität mitgliedschaftliche Pflichten entstehen.⁴³ Bei bloßer Fördermitgliedschaft sind diese gegenüber der Vollmitgliedschaft entsprechend den geringeren Rechten weniger ausgeprägt. Deshalb kann Fördermitgliedern die besondere personale Verbundenheit mit dem Verein fehlen, die ihren Ausdruck eben auch in den gemeinsamen Zweck unterstützenden Rechten und Pflichten findet. Dem steht nicht entgegen, dass auch dem fördernden Mitglied die Teilnahme an der Mitgliederversammlung⁴⁴ ebenso wenig versagt werden kann wie das Minderheitenrecht des § 37 BGB,⁴⁵ weil diese Möglichkeiten der Einflussnahme insgesamt sehr gering sind.

Zudem werden häufig selbst diese Rechte von den Parteien de facto nicht gewährt oder wahrgenommen. Sie finden keine Erwähnung in der Satzung ideeller Organisationen. Diese wird Fördermitgliedern oft auch nicht zur Kenntnis gegeben. Gewollt ist offenbar eine schuldrechtliche Beziehung ohne persönliche vereinsrechtliche Verbundenheit. Auch deshalb räumen (seriöse) Idealvereine Fördermitgliedern bereits freiwillig ein Widerrufsrecht ein⁴⁶ und setzen sie in der Außenkommunikation Spendern gleich. Dem entspricht, dass die Satzungen Fördermitgliedern lediglich ein Bera-

41 *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 16. Auflage 1997, S. 152. Schweigt die Satzung, kann im Regelfall davon ausgegangen werden, dass nur Vollmitgliedern das Stimmrecht zusteht.

42 *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 172.

43 *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 214; *Burhoff*, Vereinsrecht, 2002, S. 123 f.; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 16. Auflage 1997, S. 256.

44 LG Bremen v. 13. 2. 1990, RPfl. 1990, 262; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 16. Auflage 1997, S. 150.

45 LG Bremen v. 13. 2. 1990, RPfl. 1990, 262; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 9. Auflage 2002, S. 172.

46 Angaben nach: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen, »Spenderberatung, Haustür- und Straßenwerbung«, abrufbar unter: www.dzi.de/haustuer.htm; abgerufen am 1. Dezember 2004.

tungsrecht sowie ein allgemeines Informationsrecht zubilligen, während andere Rechte nicht erwähnt werden.⁴⁷ Informationsbroschüren können aber von jedem Außenstehenden regelmäßig bezogen werden und auch die breite Öffentlichkeit kann sich zu den Vereinsaktivitäten äußern. Damit begründen derart ausgestaltete Fördermitgliedschaften keine besondere Beziehung zum Verein.

Im Ergebnis ist deshalb, unabhängig von der aus Marketinggründen gewählten Bezeichnung, bei Fördermitgliedschaften mit Zahlungspflichten ohne erkennbare und relevante vereinsrechtliche Pflichten und Rechte nur von einer reinen Geldspende auszugehen. Die Parteien wollen eine schuldrechtliche, keine gesellschaftsrechtliche Bindung eingehen. Denn Ziel der Schaffung von derartigen Fördermitgliedschaften mit Zahlungspflicht ist regelmäßig nur die Gewinnung einer Einnahmequelle ohne sonstige vereinsrechtliche Bindungen, die gegenüber einfachen Spenden den Vorteil der Dauerhaftigkeit und Erfassung der betreffenden Personen bietet.

Wurde bereits bisher für das Widerrufsrecht nicht auf formale Kriterien abgestellt, sondern auf die Art bzw. den Zweck der Beziehung zwischen Verein und Mitglied, dann ist wegen des rein finanziellen Motivs bei einer Fördermitgliedschaft mit Zahlungspflicht ohne persönliche Komponente kein »echter« Beitritt i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB anzunehmen, sondern eine schuldrechtliche Sonderbeziehung.

3. Rechtliche Folgerungen

Hieraus folgt zunächst, dass es sich in den beschriebenen Konstellationen bei Fördermitgliedschaften um ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 2 BGB handelt, auf das die für das verdeckte Geschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden. Die Spende ist dabei als Schenkung einzuordnen,⁴⁸ so dass das Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB zu beachten ist. Eine notarielle Beurkundung wird im Normalfall nicht gegeben sein, so dass der Schenkungsvertrag gemäß § 125 BGB formnichtig ist und der Spender daher aus der Fördermitgliedschaft nicht zu einer regelmäßigen Leistung verpflichtet ist.

Hat das Fördermitglied bereits in dessen Unkenntnis gezahlt, so gilt der Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB als für den entsprechenden Teil geheilt und ist der Schenkungsvertrag insoweit wirksam. Schenkungsrechtliche Ansprüche etwa nach § 530 BGB – soweit man die Norm gegenüber juristische Personen überhaupt für anwendbar hält⁴⁹ – scheiden angesichts der hohen tatbestandlichen Hürden regelmäßig aus.

47 Vgl. die Satzung von Greenpeace Deutschland, abrufbar unter <http://www.greenpeace.org/deutschland/>, abgerufen am 1. Dezember 2004.

48 BGH v. 5. 11. 2002, ZEV 2003, 114, 115; RG v. 7. 5. 1909, RGZ 71, 140, 141; Palandt-Weidenkaff, Kommentar zum BGB, 64. Auflage 2005, § 516 Rn. 6; Dies gilt auch bei Spenden an natürliche Personen, BGH v. 10. 12. 2003, NJW 2004, 1382 ff.; ausführlich Rawert, NJW 2002, 3151, 3152; a.A. OLG Dresden v. 2. 5. 2002, NJW 2002, 3181 ff. Anderes gilt nur, wenn der Empfänger bloße Durchgangsperson ist und die Zuwendung in vollem Umfang an Dritte weitergeben muss.

49 Verneinend die Rspr., OLG Düsseldorf v. 12. 7. 1965, NJW 1966, 550 und h.M., vgl. Palandt-Weidenkaff, Kommentar zum BGB, 64. Auflage 2005, § 530 Rn. 1; Jauernig-Mansel,

Ebenso wenig vermag § 527 BGB das Fördermitglied zu schützen, weil Schenkungen im Rahmen von Fördermitgliedschaften im Normalfall ohne bestimmte Verwendungsaufgaben gemacht werden. Hilfe bietet dem Fördermitglied dann nur das Widerrufsrecht der §§ 312 Abs. 1, 355 BGB mit der Folge einer Rückgewährpflicht nach § 346 Abs. 1 BGB. Voraussetzung hierfür ist, dass die Fördermitgliedschaft als solche in den beschriebenen Haustürsituationen dem Widerrufsrecht unterworfen ist.

Bisher wurden jedoch auch »unechte« Mitgliedschaften nur dem Widerrufsrecht unterworfen, wenn ein auf Gegenseitigkeit gerichteter Leistungsaustausch eigentlicher Zweck der Mitgliedschaft war. Ist die Fördermitgliedschaft mit Zahlungspflicht ohne personalen Einschlag Spende und zivilrechtlich als Schenkung einzuordnen, ist sie gerade nicht auf einen gegenseitigen Leistungsaustausch gerichtet. Ein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1 BGB müsste verneint werden.

Demgegenüber legt die Neufassung des § 312 BGB einen Verzicht auf das Leistungsaustauschkriterium bei »unechten« Mitgliedschaften und auch die Erfassung lediglich den Verbraucher verpflichtender Sonderbeziehungen nahe. Für ein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1 BGB und die Frage der entgeltlichen Leistung ist entscheidend, ob der Verbraucher bei wirtschaftlicher Betrachtung irgendeine Leistung zu erbringen hat.⁵⁰ Es sind auch einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge erfasst.⁵¹ Dies gilt selbst dann, wenn der Verbraucher die von ihm zu erbringende Leistung unentgeltlich übernimmt.⁵² Ist die Fördermitgliedschaft mit Zahlungspflicht ohne personalen Einschlag keine »echte« Mitgliedschaft, kann einer persönlichen und sachlichen Anwendbarkeit des § 312 Abs. 1 BGB nicht widersprochen werden. Dominiert im Einzelfall bei Fördermitgliedschaften mit Zahlungspflichten in ideellen Organisationen der Spenden- bzw. Schenkungscharakter, dann wird der Verbraucher zu einer Leistung verpflichtet. Die Schenkung als den Verbraucher einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft soll gerade von § 312 Abs. 1 BGB erfasst sein.⁵³ Denn maßgeblich ist die Schutzbedürftigkeit. Sie ist bei bloß den Verbraucher verpflichtenden Rechtsgeschäften größer als bei gegenseitigen Verträgen.

Zudem wird durch die haustürspezifische Situation eine Informationsasymmetrie zu Lasten des Konsumenten geschaffen,⁵⁴ da dieser in der Kürze der Zeit nicht in der Lage ist, Informationen zu kontrollieren oder einzuholen. Diese Asymmetrie ist bei Fördermitgliedschaften in ideellen Organisationen sehr hoch, da das von den Idealvereinen angebotene Gut den Charakter eines Vertrauensgutes (*credence good*) hat⁵⁵ und derartige Güter regelmäßig einen hohen Informationsbedarf nach sich ziehen.⁵⁶ Deshalb ist gerade bei Fördermitgliedschaften in ideellen Organisationen noch ein-

11. Auflage 2004, §§ 530–533 Rn. 1; a.A. Müko-Kollhosser, 4. Auflage 2004, § 530 Rn. 9 m.w.N.

50 Bamberger/Roth-Ann, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, § 312 Rn. 8.

51 BGH v. 9. 3. 1993, NJW 1993, 1594, 1595; Müko-Ulmer, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 20; Bunte, WM 1993, 877, 881.

52 Müko-Ulmer, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 21.

53 Müko-Ulmer, BGB, Bd. 2a, 4. Auflage 2003, § 312 Rn. 21 m.w.N.

54 Magoulas/Schwartz, JA 1986, 225, 226.

55 Schneider, Akquisition von Spenden, 1996, S. 102; Metzler, Ökonomische Theorie caritativer Organisationen, 1989, S. 23.

56 Magoulas/Schwartz, JA 1986, 225, 226.

mal von einer erhöhten Schutzbedürftigkeit auszugehen. Dies gilt um so mehr, wenn ideelle Organisationen – wie eingangs dargelegt – sich kommerzieller Werber bedienen. Dass seriöse Idealvereine das Widerrufsrecht freiwillig anbieten, macht eine Anwendung nicht unnötig, denn es geht ja gerade um den Schutz vor weniger seriösen Anbietern. Die freiwillige Einräumung macht indes auch klar, dass eine das Vereinsleben strangulierende Bürokratisierung mit dem Widerrufsrecht nicht einhergeht und insoweit kein Rückgang karitativen Strebens zu befürchten ist. Den Vereinen steht es im Übrigen frei, nicht mit Dauerverpflichtungen, sondern mit normalen Haustürsammlungen um Einnahmen zu werben. Diese dürften nach § 312 Abs. 2 Nr. 2 BGB regelmäßig kein Widerrufsrecht nach sich ziehen.

Entscheidendes Kriterium für eine Anwendbarkeit des Widerrufsrechts ist die schuldrechtliche Verpflichtung des Verbrauchers zu einer Leistung, der keine eine personale Verbundenheit schaffenden mitgliedschaftlichen Rechte und Einflussmöglichkeiten gegenüberstehen. So kann sinnvoll zur »echten« Mitgliedschaft und »echten« Fördermitgliedschaften abgegrenzt und die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers festgestellt werden. Auf das Vorliegen einer Gegenleistung des Vereins kommt es nicht mehr an.

IV. Ergebnis

Vereinsbeiträge, die auf personale Verbundenheit und organisationsrechtliche Einflussnahme ausgerichtet sind, unterfallen nicht dem Widerrufsrecht des § 312 Abs. 1 BGB. Bei ihnen ist eine Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers im Allgemeinen nicht gegeben. Mitgliedschaften, die eine Schenkung verschleiern sollen, unterfallen dagegen zunächst den Regelungen des verdeckten Geschäfts, so dass mangels Formunwirksamkeit eine Zahlungsverpflichtung bezüglich des »Förderbeitrages« nicht besteht; ist dieser bereits geleistet und der Mangel hierdurch geheilt, greift das Widerrufsrecht. Dies gilt auch und gerade für Fördermitgliedschaften mit Zahlungsverpflichtungen in ideellen Organisationen. Abgrenzungskriterium zwischen gesellschaftsrechtlicher und schuldrechtlicher Natur der Fördermitgliedschaft ist der Grad mitgliedschaftlicher Rechte und Verbundenheit im Gegensatz zu einer auf Zahlungsverpflichtungen reduzierten schuldrechtlichen Beziehung.

V. Summary

Membership fees have proven a valuable source of income for many non-profit organisations. German law allows the creation of various membership classes. Among them the supporting membership (Fördermitgliedschaft) is one with normal fee levels but often significantly reduced membership rights.

As a result, nearly all non-profit organisations enlist the help of professional marketing firms to attract new supporting members. Such firms often approach potential members unannounced in private to meet them unprepared. Once the membership is signed, according to § 39 BGB a cancellation is impossible within the

first two years, leaving the new member in an unpleasant situation considering the new financial burden. When approached in private, § 312 BGB gives consumers the right of immediate cancellation of exchange contracts. German law traditionally regards the act of joining a society not as exchange but personal contract. However, if the membership simply disguises an exchange of goods, the membership is seen as exchange contract and can be cancelled. The article argues that a supporting membership stripped of nearly all membership rights is a mere donation. A donation is seen as an exchange relation according to § 312 BGB since an obligation of one party is sufficient.

Consequently, a supporting membership in non-profit organisations can be cancelled when a donation is concealed under the veil of membership. To distinguish membership and donation the level of granted membership rights is decisive. Furthermore, giving new members the possibility to cancel will lead to more professionalism in attracting new members, avoiding the often negative media comment on current marketing methods.

Untreue durch Unternehmensspenden?

ERICH SAMSON

I.	Einführung	233	1.	Vorbemerkungen	238
II.	Die Entscheidung des 1. Senats im Einzelnen	234	2.	Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit, Vermögensschaden und Vorsatz nach der Auffassung des BGH	238
	1. Der betroffene Untreuetatbestand	234	3.	Der zentrale Fehler des BGH und seine Korrektur	240
	2. Der Sachverhalt	235	IV.	Zusammenfassung	242
	3. Die Verletzung einer Vermögens- betreuungspflicht	235	V.	Summary	243
	4. Der erforderliche Vermögensschaden	237			
III.	Kritische Untersuchung der Entscheidung des BGH	238			

I. Einführung

Der Bundesgerichtshof hat durch seinen 1. Strafsenat im Dezember 2001 eine Entscheidung¹ getroffen, die in der Amtlichen Sammlung unter der Bezeichnung »Untreue durch Unternehmensspenden« abgedruckt ist. Der Senat hat diese Entscheidung ganz offenbar als eine grundsätzliche Äußerung des BGH zum schon seit langem diskutierten Problem der strafbaren Untreue durch Vergabe von Spenden angesehen. Die Entscheidung ist in der Literatur auch so verstanden und behandelt worden. Das Landgericht Düsseldorf² hat schließlich im sog. Mannesmann-Prozess die Rechtsgrundsätze des 1. Strafsenats sogar auf einen Bereich ausgedehnt, für den diese Grundsätze gar nicht gedacht waren, nämlich auf die Fallkonstellation der nachträglichen Belohnung von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsvorsitzenden.

Dieser Beitrag will den zahlreichen ziselierenden Besprechungen der Entscheidung keine neue Nuance hinzufügen. Er will vielmehr im Grundsätzlichen Folgendes zu zeigen versuchen:

- Der Senat ist der Versuchung erlegen, sozusagen anstelle des Gesetzgebers – oder doch wenigstens des wissenschaftlichen Autors – abstrakte Ausführungen zum gesamten Bereich der Spendenvergabe durch Unternehmen zu machen.
- Er hat damit eine Aufgabe zu übernehmen versucht, die ihm nicht zusteht, und dabei geradezu unvermeidlicherweise schwerwiegende Fehler gemacht.
- Schon der Fall, den der Senat zum Anlass seiner grundsätzlichen Ausführungen zur Spendenvergabe nimmt, ist dazu überhaupt nicht geeignet, da die Frage der Untreue hier in Wahrheit nicht einmal im Ansatz problematisch war.
- Die grundsätzlichen und abstrakten Ausführungen des Senats sind im Detail größtenteils zutreffend, geben der Tatbestandsarchitektur des Untreuetatbestan-

1 BGHSt 47, 187 ff.

2 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275.

des jedoch eine Gestaltung, die in einzelnen Fällen zu hochproblematischen Ergebnissen führen kann.

- Und schließlich: Der Senat hat offenbar nicht bemerkt, dass er eine Tatbestandskonstruktion gewählt hat, die die Untreue auch dort verneint, wo dies unvertretbar ist.

II. Die Entscheidung des 1. Senats im Einzelnen

1. Der betroffene Untreuetatbestand

Zwar behandelt der BGH den einschlägigen Fall nach dem Tatbestand der Untreue, der herkömmlicherweise als Missbrauchstatbestand bezeichnet wird. Da der BGH jedoch auch für diesen Missbrauchstatbestand die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht durch den Täter verlangt, sind die Fälle des Missbrauchs vollständig im Treubruchstatbestand enthalten. Für die folgende Erörterung ist es also zulässig, das ganze Problem am Beispiel des Treubruchstatbestandes abzuhandeln.

Der Treubruchstatbestand setzt lediglich Folgendes voraus:

- Der Täter muss zur Betreuung fremder Vermögensinteressen rechtlich verpflichtet sein. Zur Qualität dieser Vermögensbetreuungspflicht gibt es eine Reihe von Anforderungen, die jedoch im Beispielfall des Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft unzweifelhaft erfüllt sind.
- Sodann muss die Verletzung dieser Vermögensbetreuungspflicht stattgefunden haben. Zu der Frage, ob und unter welchen Umständen die Vergabe von Spenden an Dritte eine Verletzung der dem Vorstandsvorsitzenden einer AG obliegenden Vermögensbetreuungspflicht darstellt, existiert in Rechtsprechung und Literatur beträchtliches Material. Der BGH nimmt dazu in seiner Entscheidung ausführlich Stellung.
- Sodann muss die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht einen Vermögensschaden bei demjenigen hervorgerufen haben, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, im Beispielfall also bei der AG.
- Schließlich ist zu beachten, dass der Tatbestand der Untreue nur dann gegeben ist, wenn der Täter in Bezug auf die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und den zukünftigen Eintritt eines Vermögensschadens mit **Vorsatz** gehandelt hat. Dabei genügt allerdings Eventualvorsatz, der im Vermögensstrafrecht nach ganz allgemeiner Auffassung schon dann erfüllt ist, wenn der Täter das Vorliegen oder den zukünftigen Eintritt der Tatumstände auch nur ernsthaft für möglich hält.
- Eine Besonderheit des Untreuetatbestandes gegenüber sämtlichen Vermögensdelikten besteht schließlich darin, dass der **Versuch** der Untreue **nicht** mit Strafe bedroht ist.

2. Der Sachverhalt

Von den beiden Angeklagten des Falles, den der BGH zu entscheiden hatte, war K. zur Tatzeit Vorstandsvorsitzender der Südwestdeutschen Verkehrs AG (SWEG), deren alleiniger Aktionär das Land Baden-Württemberg war. Der Mitangeklagte S. war zur Tatzeit Verkehrsminister des Landes Baden-Württemberg, sowie Aufsichtsratsvorsitzender der SWEG. Darüber hinaus war er auch Präsident des Sportvereins SSV Reutlingen.

In drei Fällen hatte S. den K. veranlasst, aus der Kasse der AG 20.000, 15.000 sowie 10.000 DM an den SSV zu spenden. Dies geschah in der Weise, dass das Geld jeweils in bar von einem Verfügungskonto des K. abgehoben und dem S. ausgehändigt wurde.

Die Mittel kamen dem SSV entweder direkt oder mittelbar zugute.

Das Landgericht hatte die beiden Angeklagten wegen Untreue verurteilt. Sie machten in der Revision dagegen vor allem zweierlei geltend:

Zunächst meinten sie, es handele sich in allen Fällen um einen Fall des Sponsorings eines Sportvereins, das nach allgemeiner Ansicht auch dann zulässig sei, wenn die Tatsache der Zuwendung nach außen nicht in Erscheinung trete.

In Bezug auf eine Zuwendung machten sie weiter geltend, der Vermögensschaden des Untreuetatbestandes entfalle allein schon deswegen, weil es sich bei dieser Zuwendung an den für die AG zuständigen Minister um »politische Landschaftspflege« gehandelt habe, die der AG unmittelbar zugute gekommen sei.

Der BGH hat die Revision in beiden Fällen verworfen und sie zum Anlass für grundsätzliche Ausführungen gemacht.

3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

Der BGH beginnt mit einer ausführlichen Erörterung der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht durch die Angeklagten und geht dann erst spät relativ knapp auf die Frage nach einem Vermögensschaden ein.

Bei der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht unterscheidet der BGH **vier Ebenen** der Argumentation:

a) Die grundsätzliche Zulässigkeit von Spendenvergaben

Im Einklang mit der ganz einhelligen Auffassung in der Literatur und der aktienrechtlichen Rechtsprechung erkennt der BGH auch in strafrechtlicher Hinsicht die Zulässigkeit der Vergabe von Spenden an. Er macht dabei eine Unterscheidung in der Weise, dass er das echte Mäzenatentum, bei dem keine Gegenleistung erwartet und die Tatsache der Spende auch nicht veröffentlicht wird, neben das Sponsoring stellt, bei dem die Zuwendung an Dritte der Verbesserung des äußeren Erscheinungsbildes des Unternehmens dient und aus diesem Grunde auch offen herausgestellt wird, wobei vielfach der Zuwendungsempfänger noch besondere Leistungen verspricht, sowie schließlich die Spende an gemeinnützige Einrichtungen, die steuerlich begünstigt wird.

Für den gesamten Bereich der Spenden betont der BGH, dass damit durchaus langfristige Interessen des Unternehmens gefördert werden, was in der Literatur zum Thema schon lange ausführlich erörtert worden ist.

Darüber hinaus sei die Abgrenzung zwischen rein altruistischen und dem Unternehmensinteresse dienenden Aufwendungen nicht präzise möglich, da zwischen beiden Bereichen fließende Übergänge bestehen.

Daher sind freigiebige Vergaben von Mitteln des Unternehmens in sämtlichen der drei genannten Bereiche prinzipiell zulässig.

b) Das Ermessen des Vorstandes

Auf einer zweiten Ebene wird vom BGH sodann ausgeführt, dass wegen der gleitenden Übergänge zwischen rein altruistischen, dem Unternehmen nutzlosen Aufwendungen und solchen Aufwendungen, die Unternehmensinteressen dienen, dem Vorstand ein »breiter Ermessensspielraum« bei der Entscheidung über die Vergabe von freigiebigen Zuwendungen zustehe. Die Argumentation an dieser Stelle endet mit den folgenden wörtlichen Formulierungen:

»Ebenso wenig wie Werbemaßnahmen für einzelne Produkte unterliegt daher die Frage, welche Form der Imagewerbung für das Gesamtunternehmen als Erfolg versprechend anzusehen ist, einer gerichtlichen Kontrolle. Dem Vorstand ist damit in der Frage, welchen Aufwand er für soziale Zwecke treibt, auf welche Gewinne er aus ethischen Gründen verzichtet und für welche sozialen, politischen und kulturellen Zwecke er Mittel der Gesellschaft einsetzt, ein breiter Ermessensspielraum zuzuerkennen.«³

c) Äußere Grenzen des Ermessensspielraums

Nun soll aber andererseits die Entscheidungskompetenz des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nach Auffassung des Strafsenats nicht unbegrenzt gelten. Dem Ermessensspielraum seien vielmehr äußere Grenzen gesetzt, die der Strafsenat in folgender Weise zu skizzieren versucht:

Es sei dem Vorstand zwar nicht verwehrt, bei der Entscheidung über den möglichen Zuwendungsempfänger auch persönliche und private Präferenzen mit entscheidend sein zu lassen. Je stärker sich jedoch die Zuwendung von den eigentlichen Unternehmenszielen entfernt und je stärker das Vorstandsmitglied persönliche Präferenzen entscheidend sein lässt, umso mehr sei es erforderlich, interne Transparenz der Entscheidung und des Zuwendungsvorganges einzurichten. Auch sei es dann erforderlich, andere Vorstandsmitglieder, wenn schon nicht den ganzen Vorstand, in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen.

Außerdem müsse der Vorstand bei der Entscheidung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens »im Auge behalten«. Das bedeutet, es muss zwischen der Höhe der Zuwendung und der Ertragslage des Unternehmens ein angemessenes Verhältnis bestehen. Es sei zwar nicht gänzlich verboten, freigiebige Zuwendungen auch in einer Verlustsituation des Unternehmens vorzunehmen, so wie ja auch Werbeaufwendungen gerade bei ertragsschwachen Unternehmen angezeigt sein können. Jedoch dürfe

3 BGHSt 47, 195.

die Höhe der Zuwendung nicht in einem unangemessenen Verhältnis zur Lage des Unternehmens stehen.

Bedenkt man, dass der Senat die auch strafrechtlich relevanten Grenzen der Entscheidungskompetenz des Vorstandes einer Aktiengesellschaft beschreiben will, dann liegt der Einwand auf der Hand, dass er damit der Tatbestandsbestimmtheit des Strafgesetzes im Sinne von Art. 103 II GG in keiner Weise gerecht wird.

Das mag den Grund dafür darstellen, dass der Senat dann noch eine vierte Prüfungsstufe einführt.

d) Gravierende Pflichtverletzung

Es soll nach Ansicht des Senats nicht genügen, wenn nach den vorgenannten Kriterien überhaupt eine Pflichtverletzung festgestellt werden muss, vielmehr sei es erforderlich, eine **schwere** Pflichtverletzung zu konstatieren.

Das Urteil über die erforderliche Schwere der Pflichtverletzung sei aus einer »Gesamtschau« aller vorgenannten Umstände zu gewinnen.

Weitere Ausführungen zur Konkretisierung der Schwere der Pflichtverletzung finden sich nicht.

e) Die Anwendung auf den zu entscheidenden Fall

Der Senat konstatiert, dass im vorliegenden Fall aus mehreren Gründen nicht nur überhaupt eine Pflichtverletzung, sondern auch eine schwere Pflichtverletzung vorgelegen habe.

Das ergebe sich aus mehreren Umständen, die angesichts der Klarheit des Sachverhalts ohnehin auf der Hand lagen. Da die Zuwendung »geheim« erfolgte, konnte eine Auswirkung auf das Ansehen des Unternehmens ausgeschlossen werden. Da der Vorstandsvorsitzende also nur seine privaten Interessen verfolgte und da er außerdem keinerlei Vorstandskollegen in den Entscheidungsprozess eingebunden hatte, schließlich den äußeren Vorgang der Zuwendung verheimlichte, lagen nach den Kriterien des Senats alle erforderlichen Voraussetzungen einer Pflichtverletzung vor.

Da schließlich auch noch die wirtschaftliche Lage des Unternehmens Zuwendungen dieser vom Unternehmenszweck weit entfernten Art nicht zuließen, konstatiert der BGH auch eine »schwere« Pflichtverletzung.

4. Der erforderliche Vermögensschaden

Zur Frage des Vermögensschadens finden sich in dem Urteil nur wenige relativ knappe Ausführungen. Es heißt dazu wörtlich nur:

»Sowohl das Fehlen objektiver Gesichtspunkte für die Annahme einer der Formen des Sponsoring, erst recht aber die Umstände der Beschaffung und der Verwendung der 45.000 DM schließen es aus, dass die Zuwendungen einen ideellen Wert in sich trugen, der für das Unternehmen einen auch nur annähernd gleichwertigen Vermögensvorteil erbracht hat. Der Senat

schließt aus, dass sich aus der Sicht des durchschnittlichen, informierten Betrachters der »good will« des Unternehmens verbessert hat.«⁴

Sodann wird nur noch darauf hingewiesen, dass angesichts der Klarheit der Sachlage den Angeklagten sowohl die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns wie auch der bei der AG entstandene Schaden **bewusst** gewesen sei, womit der Vorsatz der Untreue festgestellt wird.

III. Kritische Untersuchung der Entscheidung des BGH

1. Vorbemerkungen

Vorausgeschickt sei dies: Die Entscheidung des BGH wird hier nicht deshalb kritisiert, weil der konkrete Fall unrichtig entschieden worden sei. Dass im Falle der Zuwendungen an den SSV der Tatbestand des Treubruchs erfüllt worden ist, kann nicht ernsthaft bestritten werden.

Wenn hier dennoch prinzipielle Kritik an der Entscheidung des BGH geübt wird, dann richtet sich diese gegen die Herleitung der Begründung, die der BGH gewählt hat. Seine Methode, freigiebige Zuwendungen an unternehmensfremde Dritte zu beurteilen, provoziert nämlich die Gefahr erheblicher Missverständnisse, die sich in der Vergangenheit auch bereits an einem prominenten Beispiel realisiert hat.

Die Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf im Mannesmann-Verfahren stellt eine unmittelbare Folge der verfehlten Begründung des 1. Strafsenats im 47. Band der Amtlichen Sammlung dar.

Aber auch hier ist das Ergebnis nicht unzutreffend, sondern in allererster Linie die insuffiziente Begründung der Straflosigkeit.

2. Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit, Vermögensschaden und Vorsatz nach der Auffassung des BGH

Der Hauptgrund für eine kritische Beurteilung der Begründung des Senatsurteils liegt darin, dass der Senat das Verhältnis von Pflichtverletzung, Vermögensschädigung und darauf bezogenem Vorsatz nicht richtig bestimmt hat.

Man stelle sich nur die folgende Konstellation vor:

Der Vorstandsvorsitzende einer AG beabsichtigt, seinem in wirtschaftliche Not geratenen Bruder aus der Kasse der AG eine Zuwendung in Höhe von 1 Mio. EUR zur Beseitigung der Notlage zu machen.

Gegenleistungen des Bruders werden dafür nicht erwartet.

Zur Vermeidung des Vorwurfs einer strafbaren Untreue informiert der Vorsitzende des Vorstandes der AG nicht nur die Rechtsabteilung, sondern auch seine übrigen Vorstandskollegen.

4 BGHSt 47, 199 f.

Die Rechtsabteilung betrachtet die Entscheidung des BGH im 47. Band und stellt in einem Gutachten Folgendes fest:

Zwar würde die Zuwendung an den Bruder in Höhe von 1 Mio. EUR eine Verminderung des Vermögens der AG darstellen, auch ist dafür auch nicht im Ansatz ein Gegenwert für die AG zu erwarten. Das hat dann zur Folge, dass eine Vermögensschädigung bei der AG durch die in Aussicht genommene Maßnahme eintreten wird. Spätestens nach dieser Äußerung der Rechtsabteilung ist auch dem Vorstand und seinen Vorstandskollegen vollständig klar, dass eine solche Vermögensschädigung eintreten wird.

Nun führt aber die Rechtsabteilung weiter aus, dass diese Feststellung noch nicht für die Annahme eines strafbaren Treubruchs ausreichend ist, da der BGH **zusätzlich** die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht erwartet. Diese Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ergibt sich nicht schon allein aus dem Umstand, dass überhaupt eine kompensationslose Schädigung des Vermögens der AG erfolgen wird, sondern erst aus weiteren Erwägungen.

Zwar verfolgt der Vorstandsvorsitzende durch die Maßnahme allein höchst private Interessen. Jedoch ist dies nach Ansicht des BGH dann unschädlich, wenn, sozusagen zum Ausgleich für die private Verwendung fremden Vermögens, Transparenz und Mitbeteiligung aller Vorstandsmitglieder erfolgt. Der Vorwurf, das Vermögen der AG zu missbrauchen, entfällt also nach Auffassung des BGH dann, wenn die Zuwendung an den Bruder des Vorstandsvorsitzenden offen, d.h. also »transparent« erfolgt und wenn ihm alle Vorstandsmitglieder zugestimmt haben.

Ist dies der Fall, dann gibt es nach dem Urteil des BGH nur noch eine weitere Hürde, die darin besteht, dass die Zuwendung in ihrer Quantität nicht in einem unangemessenen Verhältnis zur Ertragslage des Unternehmens stehen darf.

Macht das Unternehmen jährlich Gewinne von mehreren hundert Millionen, dann ist auch diese Hürde überwunden. Die missbräuchliche Verwendung von Unternehmensvermögensbestandteilen durch den Vorstandsvorsitzenden einer AG ist also nach alledem nach Ansicht des BGH offenbar dann unproblematisch, wenn Transparenz, Beteiligung der übrigen Vorstandsmitglieder und ein angemessenes Verhältnis zum wirtschaftlichen Ertrag des Unternehmens garantiert sind.

Es darf vermutet werden, dass selbst der 1. Strafsenat des BGH ein solches Ergebnis nicht wollte. Fragt man jedoch die schriftliche Urteilsbegründung danach, mit Hilfe welchen Kriteriums der Senat das hier karikierte Ergebnis vermeiden will, dann wird die Lage kompliziert. Die einzige Hürde könnte darin bestehen, dass es sich beim geschilderten Vorgang nicht um den Bereich der freigiebigen Verwendung von Unternehmensvermögen handelt.

Aber warum ist eigentlich die gegenleistungsfreie Zuwendung an den Bruder des Vorstandsvorsitzenden kein Akt des Mäzenatentums? Warum ist eigentlich der Eindruck, das Unternehmen fördere wenigstens die Angehörigen der führenden Manager durch freigiebige Zuwendungen etwas, das dem sozialen Engagement eines Unternehmens nicht entspricht? Vor allem aber: An welcher Stelle der begrifflichen Deduktion des BGH kommen solche Erwägungen überhaupt vor?

Der Fehler der Begründung der BGH-Entscheidung beruht darauf, dass sie zunächst zwar ganz im Sinne des Gesetzes für den Tatbestand nicht bloß eine Vermögensbeschädigung, sondern auch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

voraussetzt, sodann aber keine innere Beziehung zwischen der Pflichtwidrigkeit einerseits und der Vermögensschädigung andererseits erkennt.

3. Der zentrale Fehler des BGH und seine Korrektur

a) Der Grundsatz

Führt eine Entscheidung z.B. eines Vorstandsmitgliedes zu einer wirtschaftlichen Schädigung der AG, dann ist nicht nur der für den objektiven Tatbestand erforderliche Vermögensschaden eingetreten, sondern es steht auch fest – Ausnahmen sogleich –, dass diese Entscheidung eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Wenn das Vorstandsmitglied darüber hinaus weiß, dass eine Vermögensschädigung eintreten wird, dann steht damit auch zugleich die Strafbarkeit wegen Untreue fest.

Davor wird das Vorstandsmitglied auch nicht dadurch geschützt, dass die vorsätzliche Vermögensschädigung aus »ideellen« Gründen im Unternehmen transparent und unter Beteiligung aller Mitglieder des Vorstandsgremiums stattfindet.

Bereits mit dieser simplen Erkenntnis hätte der BGH den seiner Entscheidung zu Grunde liegenden Fall lösen können. Eine Erörterung der Zulässigkeit von Unternehmensspenden im Übrigen wäre hierfür nicht erforderlich gewesen.

b) Vermögensschädigung durch Spenden?

Bekanntlich wird die Frage nach dem Vermögensschaden jedenfalls im Strafrecht mit Hilfe des Saldierungsprinzips beantwortet. Das bedeutet, dass nicht nur die konkrete Minderung von Vermögensbestandteilen zu betrachten ist, sondern dass auch das dafür erworbene Vermögen berücksichtigt werden muss. Ein Vermögensschaden liegt nur dann vor, wenn für die hingeebene Leistung entweder überhaupt nichts erlangt wurde oder die erlangte Gegenleistung einen geringeren Wert aufwies als die erbrachte Leistung.

Soweit Wirtschaftsunternehmen Mittel aufwenden, um dadurch ihre Position in ihrem sozialen Umfeld zu verbessern oder Werbeeffekte zu erzielen, ist allgemein anerkannt und kann auch nicht ernsthaft bestritten werden, dass es sich dabei um vermögenswerte Gegenstände handelt, die dem Unternehmen als Gegenleistung zufließen.

Wenn die Vorstellung herrscht, damit würde eine Ausnahme von einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemacht werden, dann liegt dem eine gravierende Verwechslung zu Grunde. Zwar ist es zutreffend, dass die erworbene Image-Verbesserung nicht in der Bilanz aktiviert werden kann. Das heißt aber nicht, dass sie für das Unternehmen keinen wirtschaftlichen Wert besitzt. Es gibt zahlreiche Beispiele für immaterielle Wirtschaftsgüter, die wirtschaftlichen Wert haben und sich gleichwohl der Aktivierung in der Bilanz entziehen.

Damit steht aber bis hierher nur fest, dass der erlangte Image-Gewinn als Gegenleistung **überhaupt** zu berücksichtigen ist. Dagegen ist noch nicht geklärt, mit welchem **Wert** der erworbene Image-Gewinn anzusetzen ist. Er vermag ja die vom Unternehmen aufgewendete Leistung nur dann schadensmäßig zu kompensieren, wenn er genauso wertvoll ist wie die Leistung selbst.

Dabei darf man nun nicht den Fehler machen, dass man glaubt, man könne das Bewertungsproblem dadurch lösen, dass man erklärt, einen Image-Gewinn dieser Art könne man auf dem Markt der gehandelten Image-Zuwächse eben nur durch den gemachten Aufwand erwerben.

Das wäre dann so als wollte man behaupten, eine Annoncen-Kampagne sei allein schon deshalb den aufgewendeten Annoncen-Preis wert, weil man Annoncen dieser Art eben nur zu diesem Preis bekommen kann.

Wollte man so argumentieren, dann müsste man einen Schaden auch dann verneinen, wenn das Unternehmen eine Anzeigen-Kampagne organisiert, die das Ansehen des eigenen Produktes vorsätzlich herabsetzt.

Es ist also nicht der Gegenwert des eingesetzten Werbemittels, sondern als Gegenwert der Wert des eingetretenen **Werbeeffektes** zu berücksichtigen.

Geht man von dieser Erkenntnis nun wieder auf die Unternehmensspende zurück, dann muss man feststellen, dass eine Bewertung des positiven Spendeneffektes präzise nicht möglich ist.

Das bedeutet nun aber nicht, dass damit der Vermögensschaden feststünde.

Ganz im Gegenteil: Solange es auch nur ernsthaft für möglich gehalten werden darf, dass der erlangte Image-Gewinn den Aufwand wert war, ist nach dem Grundsatz des »in dubio pro reo« ein Vermögensschaden und damit strafbare Untreue zu verneinen.

Im Beispiel der BGH-Entscheidung waren solche Zweifel nicht angebracht und deshalb hat der BGH zu Recht den Vermögensschaden angenommen.

Bis hierher hat die Überlegung also ergeben, dass von Untreue nicht die Rede sein kann, solange es auch nur ernsthaft möglich erscheint, dass ein ausgeglichenes Wertverhältnis zwischen Spende und Image-Verbesserung vorlag.

Damit verbleiben dann als mögliche Kandidaten für den Untreuetatbestand nur noch diejenigen Fälle, in denen feststeht, dass die Spendenmaßnahme keinerlei positiven oder vielleicht sogar einen negativen Effekt gehabt hat. Solche Fälle sind etwa denkbar, wenn mit großem Aufwand die finanzielle Unterstützung einer Person des öffentlichen Interesses propagiert wird und sich diese wenige Tage nach der Zuwendung und deren Bekanntgabe als charakterlich fragwürdige Person herausstellt. Fälle dieser Art treten insbesondere dann auf, wenn Sportler gesponsert wurden, die später des verbotenen Doping überführt wurden.

In einem solchen Falle kann nicht bestritten werden, dass bei der gebotenen ex-post-Betrachtung eine Vermögensminderung durch die Zuwendung tatsächlich eingetreten ist.

c) Die Entscheidung unter Risiko

Solange der für die Unternehmensspende zuständige Vorstand einen solchen negativen Erfolg seiner Bemühungen um die Image-Verbesserung der Gesellschaft auch nicht im Ansatz für möglich hielt, liegt zwar objektiv eine Vermögensschädigung vor, es fehlt jedoch der darauf gerichtete **Vorsatz**. Dieser setzt nämlich wenigstens ein konkretes Für-möglich-Halten in Bezug auf alle Tatumstände voraus.

Das Problem lässt sich aber dann nicht über den Vorsatz lösen, wenn der über die Spendenvergabe entscheidende Vorstand ernsthaft nicht ausschließen kann, dass auch statt des erwünschten positiven ein schädigender Werbeeffekt eintritt.

Nach den allgemeinen Regeln des Eventualvorsatzes liegt dieser nämlich bereits dann vor, wenn der Täter den Eintritt des Vermögensschadens auch nur ernsthaft für möglich hält.

Das Problem besteht nun darin, dass der Eventualvorsatz um so näher liegt, je umsichtiger und vorsichtiger der verantwortliche Vorstand seine Entscheidung über die Spendenvergabe analysiert und auf eine breite Basis stellt.

Andererseits kann natürlich eine Regel nicht akzeptabel sein, nach der das Vorstandsmitglied, das generell Entscheidungen unter Risiko zu treffen hat, um so mehr in die Gefahr der strafbaren Untreue gerät, je sorgfältiger es plant.

Hier, und zwar erst hier, kommt nun eine Korrektur beim Begriff der Pflichtwidrigkeit, also konkret der Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht, ins Spiel.

Soeben wurde ja ausgeführt, dass im Prinzip die Pflichtwidrigkeit stets dann gegeben ist, wenn der Täter der Untreue eine von ihm für möglich gehaltene Vermögensschädigung – mit Vorsatz also – herbeiführt.

Diese These ist nun so zu ergänzen, dass für den Fall des bloßen Für-möglich-Haltens, also der Entscheidung unter Risiko, mit Hilfe des Subelements des erlaubten Risikos eine Korrektur in der Weise vorgenommen wird, dass bei Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns von einer Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht nicht gesprochen werden darf.

Dieses Kriterium der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns als Korrektur der Fürsorgepflichtverletzung bei Entscheidungen unter Risiko ist allgemein anerkannt und es ist erstaunlich, dass der 1. Strafsenat sich nicht dieses bewährten Instruments bedient hat.

d) Die Unerheblichkeit der Kriterien des BGH

Der ordentliche Unternehmensführer hat nun aber nur die Aufgabe, Vermögensschäden des Unternehmens zu vermeiden. Er darf dabei das Risiko von Vermögensschädigungen in Kauf nehmen, wenn er sich nach den Methoden des ordentlichen Kaufmanns um eine Abschirmung der Risiken bemüht.

Das alles hat aber überhaupt nichts mit den Kriterien zu tun, die der BGH aufstellt. Wer die einfachsten Vorkehrungen der Sorgfalt bei für möglich gehaltener Vermögensschädigung verletzt, kann sich von dem Vorwurf einer Pflichtverletzung nicht mit dem Hinweis darauf freisprechen, dass er aber doch transparent gehandelt und die Mitwirkung seiner Vorstandskollegen veranlasst hat.

Auf diese Umstände kommt es in keinerlei Weise an, vielmehr geht es allein um die Frage, ob die erforderliche Sorgfalt zur Minimierung von Vermögensschäden aufgewandt wurde.

IV. Zusammenfassung

Nach alledem kann festgehalten werden:

1. Die Entscheidung des BGH ist, bezogen auf den konkreten Fall, nicht zu beanstanden.

2. Die Ausführungen des BGH zur Pflichtwidrigkeit sind für die Entscheidung des konkreten Falles vollständig überflüssig.
3. Die vom BGH für maßgeblich gehaltenen Kriterien der Transparenz und der Beteiligung von Vorstandsmitgliedern sind für die Lösung des Problems untauglich.
4. Die Zulässigkeit von Unternehmensspenden sollte sich dagegen nach folgenden Kriterien richten:
 - a) Ist ausgeschlossen, dass freigiebige Zuwendungen irgendeinen wirtschaftlichen Vorteil für das Unternehmen haben, dann liegt – jedenfalls bei Kenntnis des Täters – allein schon wegen des sicheren Schadens eine Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht und damit zugleich eine strafbare Untreue vor.
 - b) Wenn dagegen ein wirtschaftlicher Vorteil für das Unternehmen nicht ausgeschlossen ist und es als denkbar erscheint, dass dieser Vorteil wertmäßig dem Wert der Spende entspricht, dann ist nach dem Grundsatz »in dubio pro reo« Untreue zu verneinen.
 - c) Wenn dagegen bei der gebotenen ex-post-Betrachtung feststeht, dass das Unternehmen durch die Spende wirtschaftlich in keiner Weise gefördert, ihm möglicherweise sogar geschadet wurde, dann und nur dann ist zunächst im Subjektiven zu unterscheiden.
 - d) Hat das Vorstandsmitglied bei der Spendenvergabe den Eintritt einer solchen Schädigung sicher vorhergesehen oder gar erstrebt, dann ist die Untreuestrafbarkeit gegeben.
 - e) Wurde der negative Effekt bei Entscheidungen unter Risiko lediglich für möglich gehalten, dann und nur dann kommt es darauf an, ob in Bezug auf die Abschirmung des wirtschaftlichen Risikos die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns eingehalten wurden.
 - f) Auf die Kriterien des BGH, wie die Transparenz und die Beteiligung von Vorstandsmitgliedern, kommt es dagegen nicht an.
5. Gleichwohl sollte bei konkreten Entscheidungen stets bedacht werden, dass der Autor dieses Beitrags in der Sache möglicherweise Recht, jedoch nie die Macht zur Entscheidung konkreter Fälle hat. Es ist also anzuraten, sich an den – wenn auch verfehlten – Kriterien des 1. Strafsenats zu orientieren.

V. Summary

The permissibility of contributions by enterprises should be in conformity with the following criteria:

1. If it can be excluded that a voluntary contribution gives rise to an economic benefit to the donor enterprise, then – at least in case of knowledge by the perpetrator – by virtue alone of the certain loss, this constitutes an infringement of a fiduciary duty and at the same time the punishable offence of fraudulent conversion.

2. If on the other hand a commercial advantage for the enterprise is not excluded and it seems conceivable that the benefit is equal in value to that of the donation, then there is no breach of fiduciary duty according to the principle of benefit of the doubt.
3. If on the other hand the obligatory retrospective assessment indicates that the enterprise is in no way benefitted, but even possibly harmed, by the donation, then and only then an initial assessment to the perpetrator's subjective motivation is to be made.
4. Where on the donation being performed the supervisory board member has certainly foreseen or even intended such harm, it constitutes a fraudulent conversion.
5. If the negative affect is assessed as merely a possible risk during decision making, then, and only then, will the issue arise of whether in relation to the covering of the economic risk, the standards of a prudent businessman have been observed.

By contrast the criteria of the German Federal Supreme Court (BGH) are not relevant, such as transparency and the participation of supervisory board members.

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zum Dritten Sektor im Jahr 2003/2004

FLORIAN ASCHE

I. Novellierungen der Landesstiftungsgesetze	245	2. Entscheidungen der Finanzgerichte	254
II. Aus der Rechtsprechung in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen	245	IV. Aus BMF-Schreiben und Verwaltungsanweisungen	258
III. Aus der Finanzrechtsprechung	249	1. BMF-Schreiben und Erlasse	258
1. BFH-Entscheidungen	249	2. OFD-Verfügungen	259

I. Novellierungen der Landesstiftungsgesetze

Bekanntermaßen machte das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. Juli 2002¹ Anpassungen auf Länderebene zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts erforderlich. Im Berichtszeitraum sind die Länder Brandenburg², Rheinland-Pfalz³ und Niedersachsen⁴ diesem Erfordernis nachgekommen. Alle drei Gesetze reduzieren die Regelungsdichte im Stiftungsrecht erheblich, Rheinland-Pfalz sogar von 54 auf 15 Paragraphen. Damit orientieren sich die Novellen augenscheinlich an den Vorschlägen von *Rawert/Hüttemann* für neue Landesstiftungsgesetze⁵. Diese Verschlinkungen der Stiftungsgesetze, verbunden mit der Einrichtung von Stiftungsverzeichnissen und der Reduzierung von Verwaltungsaufwand, können als Beitrag zur Stärkung des Stiftungsstandortes Deutschland nur begrüßt werden.

II. Aus der Rechtsprechung in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen

– *Bundesverfassungsgericht zur Leistungsberechtigung nach dem Gesetz zur Errichtung der Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft«*⁶

§ 11 Abs. 3 StiftungsG über die Errichtung der Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft« bestimmt, daß Kriegsgefangenschaft für sich allein nicht zur Leis-

1 BGBl. I 2002, S. 2634.

2 Stiftungsgesetz für das Land Brandenburg vom 20.4.2004, GVBl. I/04, S. 150.

3 Landesstiftungsgesetz vom 19.7.2004, GVBl. 2004, S. 385.

4 Gesetz zur Modernisierung der Niedersächsischen Verwaltung vom 5.11.2004, GVBl. 2004, S. 394 und Änderungsgesetz zum Niedersächsischen Stiftungsgesetz vom 23.11.2004, GVBl. 2004, S. 514.

5 *Hüttemann/Rawert*, Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2002, 2019 ff.

6 BVerfG, Beschluß vom 28.6. 2004, 2 BVR 1379/01, NJW 2004, 3257 ff.

tungsberechtigung führt. Darüber hinaus sieht das Gesetz einen Rechtswegausschluß im Hinblick auf Leistungsforderungen gegen die Stiftung vor. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ehemaliger italienischer Militärinternierter wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts begegnet weder die Regelung über die Ansprüche von Kriegsgefangenen noch der Ausschluß des Verwaltungswegs verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleiste die Geltendmachung subjektiver Rechte. Wenn der Gesetzgeber sich entschliefse, diese subjektiven Rechte von vornherein nur in bestimmten Grenzen zu gewähren, dann stehe es ihm zu, in diesem Rahmen auch den entsprechenden Rechtsweg zu regeln.

- *BGH zur Strafbarkeit des Geschäftsführers einer gemeinnützigen GmbH wegen Steuerhinterziehung*⁷

Eine gGmbH bot bundesweit Kurse für Sofortmaßnahmen am Unfallort für Führerscheinbewerber an. Daneben konnten auch Berufskraftfahrer, Krankenschwestern, Sportlehrer und Erzieher an sogenannten »Erste-Hilfe-Kursen« teilnehmen. Der geschäftsführende Alleingesellschafter zweigte in den Jahren 1996 bis 2000 insgesamt 1.100.000 DM an Kursgebühren für private Zwecke ab. Der GmbH wurde deshalb wegen eigenwirtschaftlicher Mittelverwendung die Gemeinnützigkeit aberkannt. Im Steuerstrafverfahren wurde der Geschäftsführer wegen nicht abgeführter Gewerbe-, Körperschaft- und Umsatzsteuer durch das Landgericht Bielefeld verurteilt. Die Revision führte jedoch zur Zurückverweisung und Neuverhandlung.

Der BGH war der Ansicht, der Tatrichter hätte prüfen müssen, ob die Leistungen der gGmbH gemäß § 4 Nr. 21 b UStG 1993 und § 4 Nr. 21 a bb UStG 1999 steuerfrei seien. Erste-Hilfe-Kurse könnten dann berufsbildenden Charakter tragen und deshalb von der Umsatzsteuer befreit sein, wenn sie zur beruflichen Bildung, z.B. für zukünftige Berufskraftfahrer, genutzt würden. Dabei käme es nicht darauf an, ob der jeweilige Kurs für alle Fahrschüler eine Berufsbildungsmaßnahme darstelle. Gegebenenfalls seien auch die gegenüber dem einzelnen Lehrgangsteilnehmer erbrachten Leistungen als steuerfrei anzusehen. Dies habe der Tatrichter nicht hinreichend gewürdigt. Der Umfang der Steuerbefreiung müsse jedoch im Rahmen der Strafbemessung durchaus strafmildernd gewertet werden.

- *BGH zur Charakterisierung von Vereins- oder Verbandsgerichten als Schiedsgerichte im Sinne von §§ 1025 ff.*⁸

Das Mitglied eines Hundezuchtvereins war durch Vorstandsbeschluß aus dem Verein mit sofortiger Wirkung ausgeschlossen worden. Es hatte daraufhin das satzungsgemäß eingerichtete »Schiedsgericht« des Vereins angerufen. Dieses bestätigte den Ausschluß. Der dagegen gerichtete Aufhebungsantrag gemäß § 1059 ZPO hatte zunächst Erfolg, die Rechtsbeschwerde des Vereins führte jedoch zur Abweisung des Aufhebungsantrags.

⁷ BGH, Urteil vom 5.2.2004, 5 StR 420/03, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

⁸ BGH, Beschluß vom 27.5.2004, III ZB 53/03, NJW 2004, 2226 ff.

Nach Ansicht des BGH stellt eine vereinsinterne Gerichtsbarkeit, unabhängig von der Benennung, kein Schiedsgericht im Sinne von § 1025 ZPO dar. Echte Schiedsgerichte stehen demnach außerhalb der widerstreitenden Parteien. Um ihre Neutralität zu gewährleisten, können sie nicht in die Struktur eines Prozeßbeteiligten eingebunden sein. Ein Vereinsgericht bildet demgegenüber eine organisatorische Einheit im Rahmen eines der Prozeßbeteiligten und kann folglich kein Schiedsgericht im Sinne von §§ 1025 ff. ZPO darstellen. Damit sind die Entscheidungen der vereins- oder verbandsinternen Gerichte lediglich Teil einer internen Streitschlichtung, die den Weg zu den staatlichen Gerichten nicht verbaut.

– *BGH zur Umwandlung der Carl-Zeiss-Stiftungsbetriebe in selbständige Aktiengesellschaften*⁹

Destinatäre der Carl-Zeiss-Stiftung hatten sich gegen die Umwandlung der Stiftungsbetriebe in selbständige Aktiengesellschaften gewandt. Nachdem die Klage vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht erfolglos geblieben war, wurde die Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen.

Nach seiner Ansicht war der Satzungsänderungsbeschluß an § 118 Abs. 1 des Stiftungsstatuts der Beklagten zu messen. Danach kam eine Satzungsänderung in Betracht, wenn »wesentliche Voraussetzungen des gegenwärtigen Statuts hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen oder hinsichtlich der technischen oder ökonomischen Bedingungen für die Wirksamkeit der Stiftung in einem solchen Grad verändert (waren), daß die fernere strenge Aufrechterhaltung aller Bestimmungen dieses Statuts entweder direkt unmöglich oder vermöge ihrer Folgen in absehbarer Zeit undurchführbar oder angesichts der erkennbaren Absichten des Stifters offenbar zweckwidrig würde«. Bei der entsprechenden Sachverhaltsbeurteilung handelte es sich nach Ansicht des BGH um einen Einzelfall mit individuellen Bezügen zur Carl-Zeiss-Stiftung, so daß eine Zulassung der Revision nicht in Betracht kam.

– *Kammergericht Berlin zur Löschung eines altrechtlichen Vereins bei Wegfall aller Mitglieder*¹⁰

Ein Verein war 1868 gegründet und 1870 genehmigt worden. Mit Versammlungsbeschluß aus dem Jahr 1880 hatte er sich ein Statut gegeben, das 1898 abgeändert wurde. 1951 meldete ein aus vier Mitgliedern bestehender Vereinsvorstand den Verein mit neu beschlossener Satzung beim Bezirksamt Schöneberg an. 1976 verstarb das letzte, nach der revidierten Satzung von 1898 aufgenommene Vereinsmitglied. Dem Verein gehörten zu diesem Zeitpunkt noch drei Mitglieder an, die nach dem Jahr 1951 aufgenommen worden waren. Im Jahr 1980 beschloß die Mitgliederversammlung eine Neufassung der Satzung, die noch im gleichen Jahr durch den Senator für Justiz des Landes Berlin genehmigt wurde. Im Jahr 1986 erfolgte die Eintragung ins Vereinsregister. Schließlich beantragte das Land Berlin vor dem Amtsgericht die Löschung des Vereins. Die gegen den ablehnenden Beschluß geführte Beschwerde hatte Erfolg, der Verein wurde gelöscht. Seine sofortige Beschwerde zum Kammergericht blieb hingegen erfolglos.

⁹ BGH, Beschluß vom 1.4.2004, III ZR 231/03, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

¹⁰ KG, Beschluß vom 26.2.2004, 1 W 549/01, ZIP 2004, 1003 f.

Das Kammergericht war der Ansicht, der Verein sei mit dem Tode des letzten Mitglieds aus der Zeit von 1898 erloschen. Das damals beschlossene Statut gelte nach wie vor. Die Vereinsanmeldung aus dem Jahr 1951 habe ausschließlich öffentlichrechtliche Wirkung gehabt und sei zivilrechtlich unbeachtlich. Unwirksam sei auch die Genehmigung der neuen Satzung aus dem Jahr 1980 und die Registereintragung aus dem Jahr 1986, da beide Maßnahmen nicht auf die Satzungsänderung von 1951 zurückwirkten. Das ursprüngliche Statut habe seinerseits vorgesehen, daß der Vorstand durch fünf Mitglieder vertreten werde. Sämtliche nachfolgenden Beschlüsse des seit 1951 vierköpfigen Vorstands seien demnach unwirksam. Der Mitgliederbestand des Vereins habe deshalb nicht durch Neuaufnahmen ergänzt werden können, so daß sein letztes Mitglied 1976 verstorben und der Verein demnach zu löschen sei.

- *OLG Karlsruhe zum Auskunftsanspruch eines Pflichtteilsberechtigten gegenüber der vom Erblasser zu Lebzeiten ausgestatteten Stiftung*¹¹

Der Erblasser hatte eine Stiftung bereits zu Lebzeiten gegründet und ausgestattet. Nach seinem Tode forderte die Adoptivtochter des Erblassers von der testamentarisch als Alleinerbin eingesetzten Stiftung Auskunft über die zu Lebzeiten geleistete Ausstattung, um im Wege der Stufenklage ihre Pflichtteilergänzungsansprüche geltend zu machen. Das Landgericht gab der Klage statt, die Berufung hatte keinen Erfolg.

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts steht die zu Lebzeiten vorgenommene Ausstattung einer Stiftung mit Dotationskapital einer lebzeitigen Schenkung gleich. Demnach sei § 2325 BGB analog anwendbar. Der Pflichtteilsberechtigte könne folglich von der begünstigten Stiftung Auskunft über den Umfang der Ausstattung verlangen, um auf dieser Basis etwaige Pflichtteilergänzungsansprüche geltend zu machen. Die Entscheidung steht im Einklang mit dem bereits mitgeteilten Urteil des BGH vom 10. Dezember 2003, mit dem die bekannte »Frauenkirchenentscheidung« des OLG Dresden aufgehoben wurde.¹²

- *Bundesverwaltungsgericht zur Zulässigkeit der Klage eines ausländischen Vereins*¹³

Eine religiöse Gruppierung wandte sich gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot. In seiner Zwischenentscheidung vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht, auch ein dem bundesdeutschen Vereinsrecht nicht entsprechender Verein könne gegen ein Betätigungsverbot klagen, sofern dieser Personengruppierung ein Mindestmaß an Organisationsstruktur zukomme und die für die Gruppierung handelnden Personen nach deren Selbstverständnis als Vertreter dieser Gruppierung angesehen werden könnten.

- *OVG Bremen zur Genehmigungspflicht einer Tombola*¹⁴

Ein Pferderennsportverein hatte auf Vereinsfesten Tombolen durchgeführt und die entsprechenden Einnahmen für Vereinszwecke verwendet. Das zuständige Finanzamt

11 OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.12.2003, 1 U 88/03, ZEV 2004, 470 ff.

12 BGH, Urteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115 ff.

13 BVerwG, Zwischenurteil vom 21.1.2004, 6 A 1/04, NVwZ 2004, 887.

14 OVG Bremen, Beschluß vom 8.3.2004, OVG 1 A 419/03, NJW 2004, 2400 ff.

war der Ansicht, daß dafür eine Genehmigung gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 3 BremLottWettG erforderlich sei. Der entsprechende Antrag wurde zwar seitens der Stadtverwaltung abgelehnt, die dagegen gerichtete Klage hatte jedoch Erfolg, die Berufung wurde nicht zugelassen.

Nach Ansicht des OVG stellen Tombolen, die anlässlich von Vereinsfesten durchgeführt werden, mangels öffentlicher Ausspielung keine Lotterie im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BremLottWettG dar. Die Vereinsfeste seien nur für Mitglieder des Reitvereins und anderer Reitvereine bestimmt gewesen. Man habe auch im Vorfeld Karten bestellen müssen, um zu der Festivität zugelassen zu werden. Vor diesem Hintergrund habe bei jedem der Teilnehmer ein hinreichender Bezug zum privaten Zirkel des einladenden Vereins bestanden, der eine Öffentlichkeit der Ausspielung ausschließe.

III. Aus der Finanzrechtsprechung

1. BFH-Entscheidungen

- *BFH zur nebenberuflich ausgeübten Tätigkeit als Geschäftsführer einer als gemeinnützig anerkannten Stiftung*¹⁵

Der nebenberufliche Geschäftsführer einer als gemeinnützig anerkannten Stiftung erhielt für seine Tätigkeit einen Aufwandsersatz in Höhe von 4.000 DM pro Jahr. Sein Antrag, bei der Einkommensteuerfestsetzung den Freibetrag gem. § 3 Nr. 26 EStG zu berücksichtigen, wurde abgelehnt. Die dagegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg, ebenso wie die Revision.

Nach Ansicht des BFH kommt in Anbetracht des Wortlauts von § 3 Nr. 26 EStG ein Freibetrag nur in Betracht, sofern der Steuerpflichtige die entsprechende Tätigkeit selbst und unmittelbar als Ausbildungsleiter, Erzieher oder Pfleger ausübt. Die Geschäftsführung einer in diesem Sinn gemeinnützigen Stiftung stelle keine derartige Tätigkeit dar und sei folglich nicht gem. § 3 Nr. 26 EStG 1999 privilegiert.

- *BFH zur Umsatzsteuerbegünstigung von Hilfsdiensten eines gemeinnützigen Vereins bei Blutspendeterminen*¹⁶

Ein gemeinnütziger Verein bereitete zu Gunsten einer gemeinnützigen GmbH, die Blutspenden sammelte, die entsprechenden Spendetermine vor. Dazu verteilte er Plakate, bemühte sich um kostenlose Veröffentlichungen in der Presse, richtete die Räumlichkeiten für die Blutabnahme her, stellte ehrenamtliche Helfer und betreute die Spender mit kleinen Geschenken. Dafür erhielt er von der gGmbH pro Spender eine Pauschalzahlung, die allerdings seine Aufwendungen in der Summe geringfügig unterschritten. Im Veranlagungszeitraum setzte das zuständige Finanzamt für den Kläger Umsatzsteuer in Höhe von 7.119,00 DM fest, die dieser mit Einspruch und

15 BFH, Urteil vom 1.6.2004, XI B 117/02, ZSt 2004, 344.

16 BFH, Urteil vom 18.3.2004, V R 101/01, DStRE 2004, 855 ff.

Klage auf 2.597,00 DM reduzieren wollte. Das Finanzgericht hatte der Klage noch teilweise stattgegeben. Die dagegen gerichtete Revision des Finanzamtes führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

Der BFH war der Ansicht, die Umsätze des Klägers seien weder gemäß § 4 Nr. 17 UStG noch gemäß § 4 Nr. 18 UStG steuerfrei. Diese Privilegierung käme nur dann in Betracht, wenn die Leistungen unmittelbar den in der Satzung bezeichneten hilfsbedürftigen Personen im Sinne von §§ 53, 66 AO 1977 zu Gute käme. Würden sie jedoch zu Gunsten einer gemeinnützigen GmbH erbracht, so fehle es an dieser Unmittelbarkeit. Denkbar sei allerdings eine Privilegierung durch die Steuerermäßigung im Sinne von § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a UStG. Dazu müßten allerdings die Voraussetzungen eines Zweckbetriebs im Sinne der §§ 65, 66 AO vorliegen. Bezogen auf den konkreten Fall komme ein Zweckbetrieb im Sinne von § 65 Nr. 1 AO in Betracht, da die Tätigkeit des Vereins – ihrer Gesamtrichtung nach – bestimmt sei, steuerbegünstigte satzungsgemäße Zwecke der Körperschaft zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang müsse allerdings ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot im Sinne von § 65 Nr. 3 AO geprüft werden. Da es an einer solchen Prüfung in der erstinstanzlichen Entscheidung gemangelt habe, müsse sie im Wege der Zurückverweisung durch das Finanzgericht nachgeholt werden.

– *EuGH und BFH zur Umsatzsteuerbefreiung für psychotherapeutische Ambulanzen einer privaten Stiftung*¹⁷

Die Klägerin ist eine gemeinnützige Stiftung des privaten Rechts und widmet sich der Verbesserung der Förderung der klinischen Psychologie in Praxis und Forschung. Zur Verfolgung dieses Satzungszwecks unterhielt die Klägerin eine psychotherapeutische Ambulanz, in der Diplom-Psychologen Patienten behandelten. Diese Diplom-Psychologen waren selbst keine Ärzte, besaßen allerdings die Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz und hatten sich zu Psychotherapeuten fortgebildet. Das zuständige Finanzamt veranlagte die Stiftung zur Umsatzsteuer. Nach seiner Ansicht kam zwar eine Besteuerung mit dem ermäßigten Satz nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG 1980 in Betracht, es lägen jedoch keine steuerfreien Umsätze im Sinne von § 4 Nr. 16 c UStG 1980 vor. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos, die Revision führte jedoch nach Vorlage an den EuGH zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Reduzierung der Umsatzsteuer auf € 0,00.

Nach der vom BFH übernommenen Ansicht des EuGH stellen die Leistungen der Stiftung durch die bei ihr angestellten Psychotherapeuten arztähnliche Leistungen im Sinne von Art. 13 Teil a Abs. 1 c der Richtlinie 77/388-EGG dar. Diese Therapien zeichneten sich durch Diagnose, Behandlung und Heilung psychischer Krankheiten oder Störungen im Sinne der Richtlinie aus. Die Therapeuten müßten dafür auch einen entsprechenden beruflichen Befähigungsnachweis durch ihre Heilpraktikerzulassung und die Fortbildung zum Therapeuten erbringen. Es bestünden deshalb keinerlei Zweifel an der beruflichen Befähigung der Psychotherapeuten zur Durchführung von Heilbehandlungen. Die entsprechenden Leistungen seien deshalb gemäß § 4 Nr. 14 UStG steuerfrei.

¹⁷ BFH, Urteil vom 1.4.2004, V R 54/98, DStR 2004, 1336 ff.; Folgeentscheidung: EuGH, Urteil vom 6.11.2003, C-45/01, DStRE 2004, 99.

– *BFH zur Rück- und Vortragungsfähigkeit sogenannter »Großspenden«*¹⁸

Die Kläger, ein steuerlich zusammen veranlagtes Ehepaar, hatten im Jahr 1996 eine »Großspende« in Höhe von 250.000 DM an eine Stiftung zur Förderung von Kunst und Kultur entrichtet. Im gleichen Jahr war der Gesamtbetrag der klägerischen Einkünfte negativ. Die gesamten Umsätze mit Löhnen und Gehältern im Rahmen der gewerblichen Betätigung der Kläger beliefen sich im gleichen Jahr auf 138.885.604 DM. Die Kläger beehrten den Rücktrag der »Großspende« auf das Jahr 1995. Die gegen den ablehnenden Bescheid des Finanzamtes gerichtete Klage war zunächst erfolgreich. Der BFH hob das erstinstanzliche Urteil jedoch auf und wies die Klage ab.

Nach Ansicht des BFH kommt ein Spendenrücktrag nach § 10 b Abs. 1 Satz 3 EStG nur dann in Betracht, wenn der Spendenbetrag den Anteil von 10 % des Gesamtbetrags der Einkünfte im Spendenjahr und zugleich den Höchstsatz von 2 % der Summe der von den Klägern im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit erlösten Umsätze und aufgewendeten Löhne und Gehälter überschreitet. Das zweite Kriterium war augenscheinlich nicht erfüllt. Die Ansicht des Finanzgerichts, es reiche aus, wenn der Höchstsatz des Gesamtbetrags der Einkünfte im Spendenjahr überschritten werde, sei vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Anderenfalls sei es nämlich stets möglich, Spenden zurückzutragen, sofern in einem Veranlagungszeitraum der Spender einen negativen Gesamtbetrag der Einkünfte erreicht habe.

– *BFH zur Spendenhaftung eines Golfclubs bei zweckentsprechender Spendenverwertung*¹⁹

Ein Golfclub war vorläufig als gemeinnützig anerkannt worden. Seine Mitglieder hatten eine sogenannte »Eintrittsspende« zu entrichten, die an die Stadt A zu zahlen war, die ihrerseits die entsprechende steuerabzugsfähige Spendenbestätigung erstellte. Die Spenden selbst wurden durch den Golfclub im Rahmen der Satzung zur Sportförderung verwendet. Nachdem die Gemeinnützigkeit dem Golfclub aberkannt wurde, nahm die Finanzverwaltung den Verein im Rahmen der Spendenhaftung in Anspruch. Die Spendengelder seien nicht der Allgemeinheit zu Gute gekommen. Die gegen den Haftungsbescheid des Finanzamts gerichtete Klage hatte Erfolg. Die Revision des Finanzamtes wurde zurückgewiesen.

Nach Ansicht des BFH kam es ausschließlich darauf an, daß die Spenden der Vereinsmitglieder vom Verein auch zu den satzungsgemäßen und steuerbegünstigten Zwecken verwandt wurden. Da der Empfänger selbst eine steuerbegünstigte Körperschaft des öffentlichen Rechts war, die Spenden darüber hinaus auch zu steuerbegünstigten Zwecken verwandt wurden, komme es nicht mehr darauf an, ob der Letztempfänger selbst gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO sei.

– *BFH zur Steuerbefreiung von Forschungsstipendien*²⁰

Die Klägerin hatte im Veranlagungszeitraum Honorare als freiberufliche Germanistin und Zuwendungen im Rahmen eines Stipendiums samt Sachmittelpauschale und Rei-

18 BFH, Urteil vom 4.5.2004, I R 34/03, DStR 2004, 1381 ff.

19 BFH, Urteil vom 10.9.2003, XI R 58/01, DB 2004, 169 ff.

20 BFH, Urteil vom 20.3.2003, IV R 15/01, BStBl. 2004, II, 190 ff.

sekosten erhalten. Im Hinblick auf die Steuerbefreiung von Forschungsstipendien nach § 3 Nr. 44 EStG behandelte das Finanzamt lediglich die Sachmittel als steuerfrei, nicht jedoch die übrigen Zuwendungen im Rahmen des Stipendiums. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg, die Revision des Finanzamtes wurde zurückgewiesen.

Im Rahmen einer eingehenden historischen Auslegung kommt der BFH zu der Ansicht, daß es nicht das Interesse des Gesetzgebers gewesen sei, Steuerbefreiungen nur auf sachmittelbezogene Forschungsstipendien zu beschränken. Die dazu naheliegende Klarstellung habe der Gesetzgeber im Rahmen mehrerer Steueränderungsgesetze nicht vollzogen, weshalb der aktuelle Gesetzestext eher dafür spreche, auch Zuwendungen zur Lebensführung dem steuerprivilegierten Stipendium zuzurechnen.

– *BFH zur Steuerpflicht und Gemeinnützigkeit einer von Todes wegen errichteten Stiftung*²¹

– *Vergleichsfall: Niedersächsisches Finanzgericht*²²

Ein Erblasser hatte in seinem Testament die Errichtung einer Stiftung angeordnet und die entsprechende Stiftungsverfassung dem Testament beigelegt. Darüber hinaus wurde der Testamentsvollstrecker ermächtigt, diese Regelung zu erfüllen und ggf. die Stiftungsverfassung im Rahmen der Erforderlichkeiten zu ergänzen. Im Folgejahr beantragte die Stiftung beim zuständigen Finanzamt die Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft. Die Finanzverwaltung forderte jedoch eine Satzungsänderung mit dem Inhalt, daß bei Wegfall des gemeinnützigen Stiftungszwecks eine Regelung über den Vermögensanfall aufgenommen werden müsse. Die Stiftung setzte diese Anforderung um und wurde kurz darauf genehmigt und als gemeinnützige Stiftung anerkannt. In dem zwischen Erbfall und Gemeinnützigkeitsanerkennung liegenden Zeitraum hatte der Testamentsvollstrecker das Vermögen ordnungsgemäß verwaltet. Die daraus erzielten Einkünfte in Höhe von 600.300 DM rechnete das Finanzamt der Klägerin als steuerpflichtige Einkünfte zu und veranlagte sie für diesen Zeitraum zur Körperschaftsteuer. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg, die Revision wurde zurückgewiesen.

Das Finanzgericht hatte noch die Ansicht vertreten, die Stiftung sei im Zeitraum zwischen Erbfall und Genehmigung überhaupt kein Körperschaftsteuersubjekt gewesen. Nach Ansicht des BFH ist dies unter Beachtung von § 84 BGB falsch, da die zivilrechtliche Rückwirkung der Stiftungsgenehmigung auch für die Steuerpflicht beachtlich sei. Diese Rückwirkungsfiktion gelte jedoch nicht für die Gemeinnützigkeit im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG. Die Klägerin habe jedoch materiell-rechtlich im Veranlagungszeitraum die Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO 1977 erfüllt. Zwar fehlte der Satzung in diesem Zeitraum eine Regelung über den Vermögensanfall bei Auflösung, dieser Satzungsmangel könne jedoch durch § 62 AO 1977 geheilt werden. Die Stiftung habe nach Landesrecht der staatlichen Aufsicht unterlegen. Diese staatliche Aufsicht werde ihre Zustimmung zur Stiftungsauflösung versagen, sofern keine gemeinnützigkeitsrechtlich unbedenkliche Regelung über den Vermögensanfall getrof-

21 BFH, Urteil vom 17.9.2003, I R 85/02, ZEV 2004, 85 ff. = DB 2004, 288 ff.

22 Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 18.3.2004, 6 K 136/01, EFG 2004, 1650.

fen werde. Damit sei eine gemeinnützige Verwendung des Stiftungsvermögens sichergestellt und die Stiftung materiell-rechtlich als gemeinnützig zu behandeln.

Ähnlich war die vom Niedersächsischen Finanzgericht entschiedene Fallkonstellation. Allerdings fehlte dort nach Ansicht des Gerichts die Anwendbarkeit von § 62 AO, da die gemeinnützige Verwendung des Vermögens bei Stiftungsauflösung nicht sichergestellt war.

– *BFH zur Besteuerung eines Motorsportvereins*²³

Ein Motorsportverein hatte in den Jahren 1988 bis 1992 Motocross-Rennen ausgerichtet, an denen Berufs- und Amateursportler teilnahmen und die mehrere Tage dauerten. Mit diesen Veranstaltungen hatte der nicht gemeinnützige Verein in den Streitjahren Gewinne erzielt, die allerdings nicht die Verluste aus anderen Motorsportveranstaltungen ausglich. Das Finanzamt bewertete die fraglichen Veranstaltungen als wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und rechnete seine Gewinne dem zu versteuernden Einkommen des Klägers zu. Die dagegen gerichtete Klage war erfolglos. Die Revision führte jedoch zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und gab der Klage statt.

Die wiederholte Veranstaltung von Kfz-Rennen, so der BFH, erfüllten grundsätzlich die Tatbestandsmerkmale eines Gewerbebetriebs. Der Umstand, daß der Verein den Motorsport fördere, stehe der Annahme eines Gewerbebetriebes auch nicht entgegen. Im vorliegenden Fall habe jedoch die Gewinnerzielungsabsicht gefehlt, da der Kläger mit seinen Motorsportveranstaltungen insgesamt nur Verluste gemacht habe. Es sei nicht möglich, die gewinnbringenden von den verlustbringenden Rennveranstaltungen zu separieren und daraus einen eigenen Gewerbebetrieb zu konstruieren. Mehrere gleichartige Veranstaltungen ohne gesonderte Organisationsstrukturen seien vielmehr als einheitlicher Gewerbebetrieb zu bewerten. Aufgrund fehlender Gewinnerzielungsabsicht seien die Einkünfte des Vereins deshalb nicht als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren und von der Körperschaftsteuer auszunehmen.

– *BFH zur Steuerbefreiung ausländischer gemeinnütziger Körperschaften*²⁴

Die Klägerin unterhielt ein Geschäftsgrundstück in Deutschland, aus dem sie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielte, die von der Finanzverwaltung der Körperschaftsteuer unterworfen wurden. Die Klägerin selbst ist eine Stiftung italienischen Rechts mit Sitz in Italien. Der Stiftungszweck dient vor allem musikkulturellen Zwecken. Die Stiftung unterstützt außerdem Studien von jungen Schweizer Staatsangehörigen, die einen Aufenthalt in Italien zur Förderung des vorbezeichneten Ausbildungszwecks durchführen wollen. Die gegen den Körperschaftsteuerbescheid gerichtete Klage war erfolglos. Der BFH hat das Revisionsverfahren gemäß § 74 FGO ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die unterschiedliche Behandlung inländischer Stiftungen und gemeinnütziger Stiftungen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat haben, gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

Nach Ansicht des BFH ist die Stiftung italienischen Rechts eine Körperschaft im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 KStG 1996, unabhängig von ihrem Sitz und dem für

23 BFH, Urteil vom 19.11.2003, I R 33/02, DB 2004, 416 ff.

24 BFH, Beschluß vom 14.7.2004, I R 94/02, DB 2004, 2135 ff.

sie geltenden Recht. Ihre Zweckbestimmung entspricht den gemeinnützigen Zwecken im Sinne von §§ 51 ff. AO. Dabei spielt es nach Ansicht des BFH keine Rolle, ob dieser Zweck im Ausland verfolgt werden soll. Entscheidend sei vielmehr, daß der zu fördernde Adressatenkreis so groß sei, daß ihm ein allgemeiner Charakter zukomme. Dies sei bei jungen Schweizer Staatsangehörigen der Fall. Auch die Satzung selbst sei gemeinnützigkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Da es sich um eine staatlich beaufsichtigte Stiftung im Sinne von § 62 AO handle, könne auf Bestimmungen für den Auflösungsfall oder die Aufhebung der Stiftung im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO verzichtet werden. Das italienische Recht gewährleiste im ausreichenden Maß, das Vermögen der Stiftung im Auflösungsfall der Allgemeinheit zu erhalten. Vor diesem Hintergrund hält der BFH die Stiftung für steuerbegünstigt im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG 1996. Aufgrund des Stiftungssitzes in Italien greife jedoch § 5 Abs. 2 Nr. 3 KStG 1996 ein, wonach die Steuerbefreiung für beschränkt steuerpflichtige Körperschaften nicht gelte. Darin könne eine Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen gemeinnützigen Körperschaften liegen, die mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei.

2. Entscheidungen der Finanzgerichte

- *FG Berlin zur Steuerbegünstigung eines Caritas-Vereins wegen Verfolgung mildtätiger Zwecke*²⁵

Einem Caritas-Verein wurde von der Finanzverwaltung aufgrund der eingereichten Satzung lediglich die Förderung gemeinnütziger Zwecke attestiert, nicht jedoch die Förderung mildtätiger Zwecke. In Anbetracht des geringeren Spendenabzugrahmens begehrte der Verein mit seiner Klage zum Finanzgericht die Feststellung der Befugnis, Zuwendungsbestätigungen wegen Förderung mildtätiger Zwecke auszustellen. Die Klage hatte Erfolg.

Das Finanzgericht hielt zunächst einen Feststellungsantrag für zulässig, da weder eine Verpflichtungs-, noch eine allgemeine Leistungsklage zur Änderung des Freistellungsbescheides in Betracht komme. Eine Verpflichtungsklage scheidet aus, da sich der Regelungsgehalt eines Freistellungsbescheides nicht auf die entsprechenden Besteuerungsgrundlagen, mithin den entsprechenden Spendenabzugrahmen erstreckt. Auch eine allgemeine Leistungsklage komme nicht in Betracht, da die Mitteilung des Spendenabzugrahmens eine Rechtsauskunft sei, die nicht gerichtlich eingefordert werden könne.

Im Hinblick auf das rechtliche Interesse an einem möglichst weitgehenden Spendenabzugrahmen bejahte das Finanzgericht allerdings die Zulässigkeit einer Feststellungsklage und sah diese auch als begründet an. Die Satzung sei in ihrer Gesamtschau im Hinblick auf mildtätige Zwecke hinreichend bestimmt. Ihr sei in Anbetracht der Namensgebung und der Zweckbestimmung deutlich zu entnehmen, daß der Verein auf die Verwirklichung mildtätiger Zwecke durch selbstlose Unterstützung hilfsbedürftiger Personen ziele.

25 FG Berlin, Urteil vom 23.3.2004, 7 K 7175/02, EFG 2004, 1338 ff., rechtskr.

- *FG Berlin zum erhöhten Spendenabzugrahmen für mildtätige Zwecke beim Betrieb einer Behindertenwerkstatt*²⁶

Der Kläger betrieb im Rahmen des diakonischen Werks eine Werkstatt zur Eingliederung von behinderten Menschen. Er begehrte mit seiner Klage die Möglichkeit, Spendenbestätigungen für den erhöhten Abzugrahmen im Sinne von § 53 Abs. 1 AO ausstellen zu können. Das Finanzgericht gab der Klage mit der Begründung statt, der Betrieb einer Behindertenwerkstatt diene auch der Unterstützung hilfsbedürftiger Menschen und rechtfertige deshalb den erhöhten Spendenabzugrahmen. Bei Überschneidung gemeinnütziger und mildtätiger Zwecke sei keine weitere Differenzierung angebracht.

- *FG Hamburg zum Totalisator als Zweckbetrieb*²⁷

Ein gemeinnütziger Pferdesportverein förderte die Pferdezucht und den Amateurpferdesport durch Veranstaltung von Rennen und anderen Leistungsprüfungen. Bei der Durchführung von Renntagen erzielte er Einnahmen aus dem Verkauf von Eintrittskarten und Programmen, der Vermietung von Parkplätzen und der entgeltlichen Werbung für Unternehmen sowie aus dem Betrieb eines Totalisators mit Pferdewetten. Die Finanzverwaltung bewertete die Renntage grundsätzlich als Zweckbetrieb im Sinne von § 65 AO, unterwarf jedoch die Einnahmen aus Werbeentgelten und Wettgeschäften der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Die dagegen gerichtete Klage wurde abgewiesen.

Das Finanzgericht vertrat die Meinung, der Betrieb eines Totalisators stelle keinen Zweckbetrieb im Sinne von § 65 AO dar. Zwar stehe der Rennsport moderner Prägung in engem Zusammenhang mit dem Wettgeschäft, es sei jedoch nicht notwendig, beides zu verknüpfen, um die gemeinnützigen Zwecke im Sinne der Satzung zu verfolgen. Auch durch Pferderennen ohne Preise könnten der Amateursport und die Pferdezucht gefördert werden.

- *FG Köln zur Schenkungsteuerbefreiung bei Zuwendungen an einen Sportverein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb*²⁸

Ein Sportverein war als gemeinnützig anerkannt und unterhielt neben seinen Amateurmansschaften auch eine Vertragsspielermannschaft. Er erhielt durch einen Anhänger Zuwendungen, die zum Teil als Entgelt für Werbemaßnahmen bestimmt waren, zum Teil jedoch als Vereinsspenden. Diese unterwarf das zuständige Finanzamt der Schenkungsteuer und vertrat dabei die Ansicht, eine Befreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG käme im Hinblick auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des Klägers nicht in Betracht. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg.

Das Finanzgericht war der Ansicht, die bloße Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes hindere nicht die Steuerfreiheit der Zuwendung, da die Körperschaft nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolge. Dies sei durch die

26 FG Berlin, Urteil vom 6.10.2004, 8 K 8844/99, EFG 2004, 316 ff., rechtskr.

27 FG Hamburg, Urteil vom 27.2.2004, VII 58/04, EFG 2004, 1262, rechtskr.

28 FG Köln, Urteil vom 27.11.2003, 9 K 6334/02, EFG 2004, 664 ff., Rev. eingel.

teilweise Führung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auch nicht in Frage gestellt.

- *FG Köln zur doppelten Inanspruchnahme des Abzughöchstbetrags von 20.450 € für Zuwendungen an Stiftungen durch Ehegatten*²⁹

Die zusammen veranlagten Ehegatten wehrten sich mit der Klage gegen die bloß einmalige Berücksichtigung eines von jedem gesondert zugewendeten Betrags an eine Stiftung in Höhe von jeweils 20.450 €. Das Finanzgericht war der Ansicht, § 10 b Abs. 1 Satz 3 EStG sei verfassungskonform so auszulegen, daß bei zusammen veranlagten Ehegatten, von denen jeder den Abzughöchstbetrag aus seinem Vermögen erbringe, jedem auch der entsprechende Abzugrahmen zur Verfügung stehen müsse. Bei einer anderen Behandlung der Zuwendung sei Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verletzt. Da im vorliegenden Fall jeder der Ehegatten mit einer gesonderten Verfügung über sein eigenes Vermögen den Spendenbetrag zugewendet habe, sei ihm auch ein gesonderter Spendenabzug zuzubilligen.

- *Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern zur entgeltlichen Überlassung von medizinischem Großgerät an eine Gemeinschaftspraxis als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*³⁰

Eine gemeinnützige Krankenhausgesellschaft hatte einen Magnetresonanztomographen angeschafft und einer örtlichen Großpraxis mitsamt dem nichtmedizinischen Personal zur Verfügung gestellt. Dies wertete das Finanzamt als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne von § 14 AO. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

Das Finanzgericht war zwar der Meinung, daß eine private Vermögensverwaltung auch vorliegen könne, wenn neben der entgeltlichen Zurverfügungstellung von Geräten auch Sonderleistungen stünden. Da die Klägerin aber nicht nur die Geräte, sondern auch Bedienungspersonal und Verbrauchsmaterial gestellt habe, sei sie mit diesem Leistungsprofil über die reine Sachverwaltung hinausgegangen, denn die von ihr erbrachten Sonderleistungen seien nicht mehr von untergeordneter Bedeutung gewesen.

Auch eine Bewertung als Zweckbetrieb im Sinne der §§ 67, 65 AO komme nicht in Betracht. Die entgeltliche Zurverfügungstellung von Geräten sei kein Teil einer ärztlichen oder pflegerischen Leistung, sondern eine rein eigenwirtschaftliche Sachnutzung. Sie erfolge auch nicht im Rahmen der Verfolgung satzungsgemäßer Zwecke, denn zur Behandlung von Kranken sei die entgeltliche Überlassung von Geräten nicht zwingend notwendig.

- *FG München zu unangemessenen Aufwendungen eines gemeinnützigen Vereins im Rahmen seines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs*³¹

Ein als gemeinnützig anerkannter Verein unterhielt einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die in diesem Rahmen gemachten Aufwendungen wurden von der Finanz-

29 FG Köln, Urteil vom 15.10.2003, EFG 2004, 255 ff., Rev. eingel.

30 FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 16.6.2004, 1 K 729/01, EFG 2004, 1745 ff.

31 FG München, Beschluß vom 4.5.2004, 7 V 5137/03, EFG 2004, 1490; Beschw. eingel.

verwaltung teilweise nicht als Betriebsausgaben anerkannt. Die Folge war die Aberkennung der Gemeinnützigkeit. Die dagegen gerichtete Klage hatte jedoch Erfolg.

Nach Ansicht des Finanzgerichts beschränkt sich die Folge unangemessener Aufwendungen im Rahmen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf die Sanktion nach den Gewinnermittlungsvorschriften. Der Verlust der Gemeinnützigkeit stelle demgegenüber eine nicht vorgesehene Rechtsfolge dar.

- *Niedersächsisches FG zum Vertrauensschutz bei Spendenbestätigungen eines Golfclubs*³²

Der Kläger war in einen Golfclub eingetreten und hatte die (erwartete) Eintrittsspende an die örtliche Gemeinde als Durchlaufspende entrichtet. Das Finanzamt berücksichtigte diese Spende jedoch nicht und verwies darauf, es fehle an der Freiwilligkeit der Vermögenszuwendung. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg.

Nach Auffassung des Finanzgerichts spielt es für die Abzugfähigkeit einer Spende keine Rolle, ob sie durch die Erwartungshaltung des Vereins begründet sei. Entscheidend sei vielmehr, daß der Spender sich auf den Vertrauensschutz im Sinne von § 10 b Abs. 4 EStG berufen könne. Solange er die Spendenbestätigung nicht durch unlautere Mittel oder falsche Angaben erwirkt habe, sei ihm die fehlende Spendenqualität nicht nachteilig zuzurechnen.

- *Niedersächsisches FG zur Umsatzsteuerbefreiung für Tanzkurse gemeinnütziger Vereine*³³

Ein gemeinnütziger Verein widmete sich der Förderung von Sport und Kultur im Rahmen von Tanzveranstaltungen. Die von ihm angebotenen Tanzkurse wertete die Finanzverwaltung als steuerpflichtige Umsätze. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

Eine Umsatzsteuerbefreiung, so das Finanzgericht, komme nur in Betracht, sofern es sich bei den zu bewertenden Leistungen um Vorträge oder Kurse wissenschaftlicher oder belehrender Art im Sinne von § 4 Nr. 22 a UStG handle. Bei den vom Kläger angebotenen Tanzkursen stehe jedoch die Verbesserung der individuellen Tanzfähigkeiten im Vordergrund. Da § 4 Nr. 22 a UStG im Sinne der Richtlinie 77/388/EWG einschränkend auszulegen sei, müsse die Umsatzsteuerprivilegierung auf Erziehungsleistungen, Schul- und Hochschulunterricht und berufliche Aus- und Fortbildung beschränkt werden. Die vom Kläger durchgeführten Tanzkurse stellten keine derartigen Bildungsangebote dar.

- *FG Sachsen-Anhalt zur Zweckbetriebseigenschaft eines Krematoriums*³⁴

Ein Feuerbestattungsverein unterhielt ein Krematorium und begehrte mit der Klage die Gemeinnützigkeitsanerkennung. Das Finanzgericht wies den Antrag mit der Begründung ab, ein Zweckbetrieb könne nur dann vorliegen, sofern er zu nicht privilegierten Betrieben gleicher oder ähnlicher Art nicht in einem erheblicheren Umfang in Wettbewerb trete, als dies zur Zweckerfüllung notwendig sei. Im vorliegenden Fall

32 Niedersächsisches FG, Urteil vom 11.11.2003, 13 K 121/98, EFG 2004, 887 ff.

33 Niedersächsisches FG, Urteil vom 2.9.2004, 5 K 663/00, EFG 2004, 1875 f., Rev. eingel.

34 FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.1.2004, 3 K 731/99, EFG 2004, 1087 ff.

gäbe es durch kommunale und private Anbieter betriebene Krematorien, die eine steuerliche Privilegierung nicht für sich in Anspruch nehmen könnten. Folglich stehe dieser Vorteil auch dem Kläger nicht zu.

IV. Aus BMF-Schreiben und Verwaltungsanweisungen

1. BMF-Schreiben und Erlasse

- *BMF: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Körperschaftsteuer*³⁵

Das BMF hat am 13.12.2004 eine neue Richtlinie zum Körperschaftsteuerrecht verfügt. Da der Titel 17 (gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Körperschaften) zu § 5 KStG unbesetzt blieb, ist die Richtlinie für den Dritten Sektor lediglich im Hinblick auf die allgemeinen Körperschaftsteuertatbestände relevant.

- *BMF-Schreiben zum Vertrauensschutz bei der Steuerabzugsfähigkeit von Spendenbestätigungen gemeinnütziger Stiftungen mit geprüften Satzungen*³⁶

Wird einer Körperschaft aufgrund ihrer Satzung seitens der Finanzverwaltung die Gemeinnützigkeit zuerkannt, so ändert es für die Steuerabzugsfähigkeit entsprechend erteilter Spendenbestätigungen nichts, wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, daß die Satzung den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Dieser Grundsatz gilt nicht, sofern eine eigenverantwortliche Satzungsänderung seitens der Körperschaft beschlossen und durchgeführt wurde.

- *BMF-Schreiben zur Förderung mildtätiger Zwecke durch Unterstützung minderjähriger Mütter*³⁷

Eine Förderung mildtätiger Zwecke im Sinne des Gemeinnützigkeitsrechts liegt in der Unterstützung von wirtschaftlich hilfsbedürftigen Personen. Das BMF-Schreiben widmet sich in diesem Zusammenhang der Unterstützung minderjähriger Schwangerer und minderjähriger Mütter bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres ihres Kindes. Diese Personengruppe soll regelmäßig wirtschaftlich hilfsbedürftig sein, ohne daß es hierbei auf die wirtschaftliche Lage ihrer Eltern oder Unterhaltsansprüche gegen Verwandte ersten Grades ankomme.

- *BMF-Schreiben zur Form von Zuwendungsbestätigungen über Spenden an politische Parteien*³⁸

Das BMF-Schreiben verlängert die Frist zum Gebrauch der bisherigen Zuwendungsbestätigungsformulare aus Billigkeitsgründen bis zum 30. Juni 2004.

35 BMF, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Körperschaftsteuer vom 13.12.2004, BStBl. I, Sondernummer 2/2004, S. 3.

36 BMF-Schreiben vom 17.11.2004, IV C 4 – S 0171 – 120/04, DB 2004, 2558.

37 BMF-Schreiben vom 24.11.2004, IV C 4 – S 0172 – 12/04, DB 2004, 2670.

38 BMF-Schreiben vom 24.2.2004, IV C 4 – S 2223 – 19/04, DStR 2004, 603.

- *Bayrisches Staatsministerium der Finanzen zur steuerlichen Behandlung einer Vorerbschaft durch gemeinnützige Stiftungen*³⁹

Der Erlaß vermittelt die Ansicht der Finanzverwaltung, eine Vorerbschaft gemeinnütziger Stiftungen könne keinen steuerbefreiten Zuwendungsvorgang im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG darstellen. Als steuerbefreite Zuwendung auf den Todesfall könne danach nur eine endgültige Vermögensbindung bei einer gemeinnützigen Körperschaft gewertet werden.

2. OFD-Verfügungen

- *OFD Düsseldorf und Münster zur Gemeinnützigkeit von beschäftigungs- und arbeitstherapeutischen sowie integrativen Einrichtungen*⁴⁰

Die Verfügung widmet sich der Anwendung des neugefaßten § 68 Nr. 3 AO. Danach werden Arbeitseinrichtungen, die die Therapie und Integration von behinderten Menschen fördern, als steuerbegünstigte Zweckbetriebe eingestuft. Die Verfügung widmet sich vor allem der Frage, wann Integrationsprojekte vorliegen und in welchem Verhältnis dort Behinderte und Nichtbehinderte und mit welchem Behinderungsgrad zusammenarbeiten müssen, um von § 68 Nr. 3 AO erfaßt zu werden.

- *OFD Frankfurt am Main zu unselbständigen Stiftungen*⁴¹

In dieser Verfügung bestätigt die OFD die allgemeine Gleichstellung von unselbständigen und selbständigen Stiftungen im Hinblick auf die körperschaftsteuerliche Behandlung. Insbesondere seien Spendensammelstiftungen und sogenannte »Anhangstiftungen« den selbständigen, rechtsfähigen Stiftungen gleichzustellen. Ein Gestaltungsmissbrauch im Sinne von § 42 AO sei in der Anhangstiftung nicht zu erkennen.

- *OFD Frankfurt am Main zur Anerkennung von Zuwendungsbestätigungen bei Sachspenden*⁴²

Die Rundverfügung stellt klar, daß die Empfängerkörperschaft von Sachspenden grundsätzlich für jede einzelne Sache eine eigene Zuwendungsbestätigung ausstellen oder aber alle gespendeten Sachen in einer Sammelzuwendungsbestätigung zusammenfassen kann. Voraussetzung der Anerkennung sei allerdings in jedem Fall, daß auch bei der Zusammenfassung von Sachspenden eine detaillierte Aufstellung der einzelnen Vermögensgegenstände beigelegt und der Preis konkret, ggf. aufgrund von

39 Bayr. Staatsministerium der Finanzen, Erl. vom 12.11.2003, 34 – S 3812 – 044 – 37478/03, ZEV 2004, 65.

40 OFD Düsseldorf und Münster, Verfügung vom 14.6.2004, S 0187 – 20 – St 133 – K/S 2927 A – St 313[D]/S 2729 – 194 – St 13 – 33[MS], DB 2004, 1397.

41 OFD Frankfurt am Main, Verfügung vom 2.4.2004, S 0170 A – 41 – St II 1.03, DB 2004, 1016.

42 OFD Frankfurt am Main, Verfügung vom 6.11.2003, S 2223 A – 22 – St II 2.06, DStR 2004, 180 ff.

Gutachten, ermittelt werde. Eine Pauschalbewertung sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des BFH⁴³ unzulässig.

- *OFD Frankfurt am Main zu Spenden an Betriebe gewerblicher Art der öffentlichen Hand*⁴⁴

Durch das Gesetz zur Änderung des InvZulG 1999 wurde die Spendenbegünstigung von Zuwendungen an Betriebe gewerblicher Art der öffentlichen Hand auf die Einrichtungen reduziert, die selbst steuerbegünstigt sind⁴⁵, wonach eine Frist bis zum 30. Juni 2004 zur Gebung einer Satzung im Sinne des Gemeinnützigkeitsrechts eingeräumt wurde.

- *OFD Hannover zur Anwendung der im Bundessteuerblatt Teil II veröffentlichten BFH-Entscheidungen*⁴⁶

Die Verfügung widmet sich der Veröffentlichungspraxis von BFH-Entscheidungen und der Nichtanwendungserlasse der Steuerverwaltung.

- *OFD Hannover zu Kindergärten und Kindertagesstätten als Betriebe gewerblicher Art*⁴⁷

Die Verfügung unterscheidet zwischen kommunalen Kindergärten und Kindertagesstätten, die als Gewerbebetrieb eingestuft werden und solchen, die von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften eingerichtet werden. Letztere sollen keinen Betrieb gewerblicher Art darstellen, da bei ihnen regelmäßig eine besondere bekenntnisbezogene Aufgabenwahrnehmung im Vordergrund stehe.

- *OFD Koblenz zur steuerlichen Behandlung von Unterbringungsaufwand für Kinder aus Tschernobyl*⁴⁸

Die Verfügung setzt als steuerabzugsfähigen Pauschalbetrag für die Unterbringung von Kindern aus der Tschernobyl-Region einen Satz von 11,06 € pro Tag fest.

- *OFD Magdeburg zu Forschungseinrichtungen der öffentlichen Hand*⁴⁹

In dieser Verfügung gibt die OFD Magdeburg ihre bisherige Rechtsauffassung auf, wonach die Auftragsforschung öffentlicher Universitäten/Hochschulen als Hoheitsbetrieb anzusehen sei. Durch die Neufassung von § 5 Abs. 1 KStG werde ein Hoheitsbetrieb ausgeschlossen.

43 Urteil vom 23.5.1989, BStBl. II, 879.

44 OFD Frankfurt am Main, Verfügung vom 9.11.2004, S 2223 A – 124 – St II 2.06, DB 2004, 1176.

45 BMF-Schreiben vom 27. November 2003, BStBl. I 2004, 190 = DB 2003, 2626.

46 OFD Hannover, Verfügung vom 9.3.2004, S 0069 – 1 – St O321/S 0069 – 1 – StH 461, DStR 2004, 1047.

47 OFD Hannover, Verfügung vom 12.10.2004, S 2706 – 182 – StO 241, DB 2004, 2612.

48 OFD Koblenz, Verfügung vom 14.6.2004, S 2223 A – St 331, DStR 2004, 1290.

49 OFD Magdeburg, Verfügung vom 22.4.2004, S 2738 e – 1 – St 217/S 2706 – 73 – St 217, DB 2004, 1236.

- *OFD Magdeburg zur Angemessenheit von Verwaltungs- und Spendenwerbungsaufwand*⁵⁰

Die OFD setzt das BMF-Schreiben vom 15. Oktober 2003 um⁵¹, wonach für die Gemeinnützigkeitsunschädlichkeit von Verwaltungsaufwendungen nur noch die allgemeine 50 % Grenze ausschlaggebend sei. Auf die Sondergrenze von 10 % der Mitgliederbeiträge eines Jahres für die Werbung neuer Mitglieder komme es nicht mehr an.

50 OFD Magdeburg, Verfügung vom 15.4.2004, S 0174 – 16 – St 217, DB 2004, 1236.

51 BStBl. I, 483.

Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2004*

JANA WULFF

Autor	Titel/Fundstelle
<i>Achatz, Markus/ Moritz, Helmut</i>	Interorganisationelle Strukturen und Umsatzsteuerrecht. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 43–58
<i>Alber, Matthias/ Märkle, Rudi W.</i>	Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 11. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2004
<i>Alvermann, Jörg</i>	Sponsoring und Umsatzsteuer. Praxisfragen und aktuelle Rechtsentwicklungen im Überblick. In: UStB 2004, S. 85–89
<i>Andrick, Bernd</i>	Im Dickicht des Rechts. In: ZSt 2004, S. 191–197
<i>Anbeier, Helmut K./ Appel, Anja</i>	Stiftungen in der Bürgergesellschaft: Grundlegende Fragen zu Möglichkeiten und Grenzen. In: Aus Politik und Zeitgeschichte B 14/2004, S. 8–15
<i>Apitz, Winfried</i>	Betriebsprüfung bei gemeinnützigen Körperschaften – Teil I, Teil II und Teil III. In: StBp 2004, S. 89–94, S. 125–130 und S. 153–158
<i>Appel, Anja/ Anbeier, Helmut K.</i>	Stiftungen in der Bürgergesellschaft: Grundlegende Fragen zu Möglichkeiten und Grenzen. In: Aus Politik und Zeitgeschichte B 14/2004, S. 8–15
<i>Arnold, Arnd</i>	Die geplante Vereinsrechtsreform – Fortschritt oder Irrweg? In: DB 2004, S. 2143–2146
<i>Asche, Florian</i>	Aus Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zum Dritten Sektor im Jahr 2003. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 235–253
<i>Backert, Wolfram</i>	Fragen zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die neu gefassten §§ 80, 81 BGB. In: ZSt 2004, S. 51–58

* 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.

- Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien/
Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V./
Deutscher Kulturrat (Hrsg.) Handbuch Kulturstiftungen. Ein Ratgeber für die Praxis, 2. Aufl., Berlin, 2004
- Becker, W.* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 17.9.2003 – I R 85/02 – (Körperschaftsteuerpflicht einer von Todes wegen errichteten Stiftung des privaten Rechts). In: KFR Fach 4, § 1 KStG 1/04.
- Belling, Detlev W.* Vereinsrecht aus der Provinz – Das staatliche Auskunfts- und Unterrichtsrecht gegenüber konzessionierten Vereinen in Brandenburg. In: Bork/Hoeren/Pohlmann, Recht und Risiko. Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Bd. II, Zivilrecht, Karlsruhe, 2004, S. 15–33
- Bergmann, Maria* Erweiterte Sonderausgabenabzugsfähigkeit für Donationen an Stiftungen, Baden-Baden, 2004
- Berhanu, Samuel/
Henke, Klaus-Dirk/
Mackenthun, Birgit* Die Zukunft der Gemeinnützigkeit von Krankenhäusern unter besonderer Berücksichtigung freigemeinnütziger Krankenhäuser. In: ZögU Bd. 27 (2004), S. 223–237
- Bernasconi, Michele* Die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen: Zur Frage der Gültigkeit statutarischer Fristbestimmungen. In: SpuRt 2004, S. 268–270
- Berndt, Hans* Zur aktuellen Besteuerung der Familienstiftungen und ihrer Destinatäre (Teil 1 und Teil 2). In: Stiftung & Sponsoring 3/2004, S. 16–20 und 4/2004, S. 15–18
- Bertelsmann Stiftung (Hrsg.) Handbuch Bürgerstiftungen. Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2. Aufl., Gütersloh, 2004
- Bertelsmann Stiftung (Hrsg.) Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004
- Blisse, Holger* Investmentanteile als Geldanlagemöglichkeit für Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 236–238
- Boecker, Christoph Malte* Echternacher Springprozession für Fundraiser. Erneute Änderung der Gesetzeslage für Fördervereine. In: politik und kultur. Zeitschrift des Deutschen Kulturrates 5/2004 (Sept./Okt.), S. 19
- Boecker, Christoph Malte/
Sander, Helmut/
Vogel, Klaus* Organstruktur von Trägerstiftungen für Kultureinrichtungen. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 83–91
- Boedicker, Frank* Stiftungen in Monaco. In: Stiftung & Sponsoring 4/2004, S. 39–41
- Boetticher, Arne von/
Münder, Johannes* Auswirkungen des Beihilfenrechts auf die Stellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen in Deutschland – ein Forschungsergebnis. In: EuZW 2004, S. 36–38

- Bopp, Ulrich* Jenseits von Staatsfürsorge und Gewinnabsicht – Zur Bedeutung privater Stiftungen für die Bürgergesellschaft. In: ZSt 2004, S. 115–119
- Brenner, D.* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 23.7.2003 – I R 41/03 – (Gemeinnützigkeit eines Golfclubs). In: KFR Fach 2, § 52 AO 1/04.
- Brömmling, Ulrich F.* Stiftungen in Norwegen. In: Stiftung & Sponsoring 3/2004, S. 38–39
- Büermann, Wulf* Handlungs- und Entscheidungsfreiheit für Stifter. Die Modernisierung des rheinland-pfälzischen Stiftungsgesetzes. In: Deutsche Stiftungen 2/2004, S. 8–9
- Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.) Die Errichtung einer Stiftung. Ratgeber Deutscher Stiftungen Bd. 1, 6. Aufl., Berlin, 2004
- Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V./
Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien/
Deutscher Kulturrat (Hrsg.) Handbuch Kulturstiftungen. Ein Ratgeber für die Praxis, 2. Aufl., Berlin, 2004
- Busekist, Konstantin von* Der Formwechsel des Vereins in die Aktiengesellschaft nach den §§ 190 ff., 272 ff. UmwG 1994, Berlin, 2004
- Byallas, Detlef R.* Die optimale Kapitalstruktur von Stiftungsvermögen zur Sicherung einer ewigen Stiftungstätigkeit. In: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 2004, S. 364–367
- Castello, Enriqueta/
Grabau, Fritz-René/
Hundt, Irina* Stiftungen in Spanien. In: ZSt 2004, S. 306–311
- Charhon, Francis* Reform des Spenden-, Vereins- und Stiftungsrechts in Frankreich 2003. In: Maecenata Aktuell Nr. 44, 2004, S. 3–8
- Dauber, Harald* Vereinsbesteuerung: Die Tätigkeitsbereiche von Vereinen. In: sj 17–18/2004, S. 26–30
- Dauber, Harald* Vereinsbesteuerung Kompakt, 2. Aufl., Stuttgart, 2004
- Däubler, Wolfgang* Was ist gemeinnütziges Tun? Ein kleiner Beitrag zum Menschenbild im Steuerrecht. In: Paech/Rinken/Schefold/Wefßlau (Hrsg.), Völkerrecht statt Machtpolitik. Beiträge für Gerhard Stuby, Hamburg, 2004, S. 412–423
- Dawes, Greyham* Rechnungslegungsgrundsätze in England und Wales gemäß den Rechnungslegungsempfehlungen für gemeinnützige Organisationen (UK Charities SORP). In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 75–117
- Denecke, Heiko* Die vermögensrechtliche Anspruchsberechtigung der selbständigen privatrechtlichen Stiftung, Berlin, 2004

- Denecke, Heiko* Zur Rechtsnachfolge bei Stiftungsvereinigungen. In: ZSt 2004, S. 278–280
- Derlien, Ulrich* Steueramnestie auch bei Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 5/2004, S. 23–24
- Deutscher Kulturrat/
Beauftragte der Bundes-
regierung für Kultur und
Medien/
Bundesverband Deutscher
Stiftungen e.V. (Hrsg.) Handbuch Kulturstiftungen. Ein Ratgeber für die Praxis, 2. Aufl., Berlin, 2004
- Deutsche Stiftungsagentur
GmbH/
Pues GmbH Steuerbera-
tungsgesellschaft/
Weitz, Barbara (Hrsg.) Rechtshandbuch für Stiftungen. Das aktuelle Recht in der Praxis für alle Stiftungsformen, Hamburg, 2004
- Dißars, Björn-Axel/
Meyn, Christian* Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 10.2.2004 – 8 U 2225/03 – (Grenzen der Bankenhaftung bei der Beratung einer Stiftung). In: Stiftung & Sponsoring 5/2004, S. 21–22
- Doppstadt, Joachim* Abweichende Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) für Stiftungen? In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 139–155
- Eichhorn, Peter* Optionen für die Trägerschaft von Sparkassen in Deutschland. Sind kommunale Stiftungen eine Alternative? In: ZSt 2004, S. 259–263
- Eichhorn, Peter/
Heiling, Jens/
Schanbacher, Brent* Stiftungszweck und Rechenschaftslegung. Zur Legitimation und Ausgestaltung stiftungsrechtlicher Publizität. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 3/2004
- Eichler, Rita* Der eingetragene Verein – Praxisprobleme des Registergerichts. In: Rpfleger 2004, S. 196–202
- Eicker, Klaus* Grenzüberschreitende gemeinnützige Tätigkeit. Das deutsche Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht im Spannungsfeld zwischen nationalen Steuervergünstigungen, Doppelbesteuerungsabkommen und EG-Recht, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004
- Engelsing, Lutz/
Rohde, Andreas* Ertrag- und umsatzsteuerliche Folgen des Sponsorings bei Berufsverbänden sowie gemeinnützigen Organisationen. In: NWB Fach 4, S. 4811–4814 (18/2004)
- Ensslen, Carola/
König, Doris/
Walz, W. Rainer* (Hrsg.) Interessenvertretung durch NGOs auf EU-Ebene. Beiträge zum Symposium am 11. Juni 2004 an der Bucerius Law School Hamburg, Hamburg, 2004
- Eversberg, Horst* Besonderheiten des Ausstiegs bzw. Teilausstiegs aus dem Dritten Sektor. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 59–84

- Fenger, Hermann/
Göben, Jens* Sponsoring im Gesundheitswesen. Zulässige Formen der Kooperation zwischen medizinischen Einrichtungen und der Industrie, München, 2004
- Fiedler, Albrecht* Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenvollfreiheit und Formenmissbrauch, Berlin, 2004
- Fischer, Hardy* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 17.9.2003 – I R 85/02 – (Steuerpflicht und Gemeinnützigkeit einer Stiftung des privaten Rechts). In: ZEV 2004, S. 86–87
- Fischer, Karsten/
Münkler, Herfried* Zwischen staatlich gesteuerten Altruismus und organisiertem Voluntarismus: Dimensionen der Gemeinnützigkeit. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004, S. 113–130
- Fischer, Peter* Gegenwartsnahe und selbstlose Förderung der Allgemeinheit am Beispiel der Investitionsrücklage eines Familien-Segelsportclubs in Gründung. In: FR 2004, S. 147–149
- Förster, Lutz* Stiftung und Nachlass. Ratgeber Deutscher Stiftungen Bd. 3, 2. Aufl., Berlin, 2004
- Freise, Matthias/
Zimmer, Annette* Der Dritte Sektor im wohlfahrtsstaatlichen Arrangement der post-sozialistischen Visegrád-Staaten. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 175–194
- Freitag, Andreas* Call Service und Spenden-Hotline. Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz von professionellem Direktmarketing beim Fundraising und in der Mitgliederwerbung von NPO. In: Stiftung & Sponsoring 5/2004, S. 18–21
- Freundl, Fabian* Die Stiftung – das Gestaltungsinstrument der Unternehmensnachfolge. In: DStR 2004, S. 1509–1514
- Fritsche, Stefan* Das Wissen der Stiftung. In: ZSt 2004, S. 209–215
- Fritsche, Stefan* Entscheidungskompetenzen und Kontrollrechte in Großvereinen. Eine kurze Problemskizzierung unter Zugrundelegung der Abhandlung »Vorstandskontrolle in Großvereinen« von Ulrich Segna. In: ZSt 2004, S. 336–343
- Fritz, Thomas/
Gastl, Christian* Grundsatz der Unmittelbarkeit und Zweckverfolgung mittels Hilfspersonen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 2/2004
- Fritz, Thomas/
Schmidt, Marika* Gesellschafterfremdfinanzierung und Stiftung. Auswirkungen der Neuregelungen des § 8a KStG bei gemeinnützigen Tochterkapitalgesellschaften. In: Stiftung & Sponsoring 2/2004, S. 26–28
- Fröhlich, Nicola Eva* Die selbständige Stiftung im Erbrecht. Familienstiftung, Pflichtteilergänzung, Erbvertrag, Vor- und Nacherbfolge, Baden-Baden, 2004

- Gastl, Christian/
Fritz, Thomas* Grundsatz der Unmittelbarkeit und Zweckverfolgung mittels Hilfspersonen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 2/2004
- Gersch, Eva-Maria* Verfahrensrecht der gemeinnützigen Vereine – Beachten Sie Vorlage-, Nachweis- und Auskunftspflichten. In: AO-StB 2004, S. 285–287
- Geserich, Stephan* Zuwendungen nach dem Stiftungshöchstbetrag durch zusammen veranlagte Ehegatten. In: Stiftung & Sponsoring 4/2004, S. 19–20
- Göben, Jens/
Fenger, Hermann* Sponsoring im Gesundheitswesen. Zulässige Formen der Kooperation zwischen medizinischen Einrichtungen und der Industrie, München, 2004
- Goetz, Michael/
Lindemann, Mathias* Zweckgebundene Spenden aus rechtlicher und steuerlicher Perspektive. In: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (Hrsg.), DZI Spenden-Almanach 2004/5, Berlin, 2004, S. 33–44
- Götz, Hellmut* Die unternehmensverbundene Stiftung im Zivil- und Steuerrecht – Teil I und Teil II. In: INF 2004, S. 628–632 und S. 669–673
- Grabau, Fritz-René/
Castello, Enriquetta/
Hundt, Irina* Stiftungen in Spanien. In: ZSt 2004, S. 306–311
- Grünberger, Herbert* Reformierte Vereinrechnungslegung in Österreich. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 119–127
- Halaczinsky, Raymond* Unentgeltliche Zuwendungen von Vereinen. Überlegungen zu Freigebigkeit und Steuerbefreiungen. In: ErbStB 2004, S. 91–97
- Halaczinsky, Raymond/
Troll, Max/
Wallenhorst, Rolf* Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine, Stiftungen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 5. Aufl., München, 2004
- Harms, Andreas/
Schmidt-Wottrich, Jörg* Schenkungsteuerpflicht bei »Spaltungen« von Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 291–297
- Hartmann, Maren/
Hof, Hagen/
Richter, Andreas* Stiftungen. Errichtung – Gestaltung – Geschäftstätigkeit, München, 2004
- Hartmann, Winfried* Pflichtteilergänzung wegen Schenkung an gemeinnützige Stiftung – Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 10.12.2003 aus erbschaft- und schenkungsteuerlicher Sicht. In: ZErB 2004, S. 179–187
- Heger, Karin* Gemeinnützigkeit und Gemeinschaftsrecht – Zur Europarechtmäßigkeit des Spendenprivilegs unbeschränkt steuerpflichtiger Körperschaftsteuersubjekte in § 48 EStDV und § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG. In: FR 2004, S. 1154–1159
- Heiling, Jens/
Eichhorn, Peter/
Schanbacher, Brent* Stiftungszweck und Rechenschaftslegung. Zur Legitimation und Ausgestaltung stiftungsrechtlicher Publizität. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 3/2004

- Helios, Marcus/
Müller, Thorsten* Vereinbarkeit des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts mit dem EG-Vertrag. Zugleich Anmerkung zum BFH-Beschluss vom 14.7.2004 – I R 94/02, BB 2004, 2338. In: BB 2004, S. 2332–2337
- Henke, Klaus-Dirk/
Berhanu, Samuel/
Mackenthun, Birgit* Die Zukunft der Gemeinnützigkeit von Krankenhäusern unter besonderer Berücksichtigung freigemeinnütziger Krankenhäuser. In: ZögU Bd. 27 (2004), S. 223–237
- Henß, Olaf* Die Krise als Chance – Empfehlungen zur Struktur des liquiden Stiftungsvermögens. In: ZSt 2004, S. 83–90
- Hermes, Carolin/
Peters, Fokke* Die Fusion bürgerlich-rechtlicher Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 323–329
- Herzog, Rainer/
Hüttemann, Rainer* Steuerfragen bei gemeinnützigen nichtrechtsfähigen Stiftungen. In: DB 2004, S. 1001–1009
- Hettler, Elvira* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 19.2.2004 – V R 39/02 – (Ermäßigter Steuersatz und Steuerbefreiung bei Pensionspferdehaltung durch einen gemeinnützigen Verein). In: HFR 2004, S. 789–790
- Hettler, Elvira* Die umsatzsteuerliche Behandlung von Pensionspferdebetrieben – dargestellt anhand der jüngsten Rechtsprechung des BFH zu gewerblichen Anbietern und gemeinnützigen Vereinen. In: DB 2004, S. 1640–1642
- Hinterhuber, Eva Maria/
Rindt, Susanne* »Die russische Philanthropie erlebt eine Wiedergeburt«. Bürgerstiftungen in Russland. In: ZSt 2004, S. 147–156
- Hippel, Thomas von* Zur Idee einer Europäischen Stiftung. In: ZSt 2004, S. 120–126
- Hoelscher, Philipp* Die italienischen Bankenstiftungen im Konflikt mit der Regierung Berlusconi. In: Maecenata Aktuell Nr. 44, 2004, S. 18–23
- Hof, Hagen/
Hartmann, Maren/
Richter, Andreas* Stiftungen. Errichtung – Gestaltung – Geschäftstätigkeit, München, 2004
- Hofmann, Veronika* Rechtliche Besonderheiten bei der Arbeit deutscher Stiftungen im Ausland. In: ZSt 2004, S. 157–160
- Holler, Guido* Stiftungssatzungen, Köln, 2004
- Holt, Thomas von/
Koch, Christian* Stiftungssatzung, München, 2004
- Hoppe, Konstantin* Die abhängige Stiftung. Grenzen der Stiftungsautonomie, Berlin, 2004
- Hundt, Irina/
Castello, Enriquetta/
Grabau, Fritz-René* Stiftungen in Spanien. In: ZSt 2004, S. 306–311
- Hundt-Eßwein, Hans U.* Umsatzsteuerliche Behandlung von Sponsoring-Leistungen – Die steuerliche Erfassung von Geld- und Sachspenden. In: UStB 2004, S. 316–322

- Hüttemann, Rainer* Interorganisationelle Strukturen und Gemeinnützigkeitsrecht. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 85–111
- Hüttemann, Rainer/
Herzog, Rainer* Steuerfragen bei gemeinnützigen nichtrechtsfähigen Stiftungen. In: DB 2004, S. 1001–1009
- Jachmann, Monika* Aktuelles zur steuerlichen Gemeinnützigkeit. In: ZSt 2004, S. 92–100
- Jachmann, Monika* Reform des Gemeinnützigkeitsrechts. Steuervergünstigungen und Steuererleichterungen für Körperschaften und Vereine. In: politik und kultur. Zeitschrift des Deutschen Kulturrates 4/2004 (Juli/Aug.), S. 13–14
- Jachmann, Monika* Sport und Steuern. In: SpuRt 2004, S. 190–193
- Jahn, Ines* Die Bedeutung der Rechnungslegung nach IAS/IFRS für Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 3/2004, S. 14–16
- Jansen, Harald* Ersetzen Steuerbegünstigungen für gemeinnützige Stiftungen Ausschüttungsvorschriften? In: ZSt 2004, S. 227–233
- Janßen, Jan* Rechtsschutz gegen vereins- und verbandsrechtliche Sanktionen, Köln, Berlin, München, 2004
- Jeltsch, Markus* Die Haftung des nichteingetragenen Vereins, Norderstedt, 2004
- Jihong, Mo* Entwicklungsphasen und Hauptmerkmale der chinesischen Stiftungsgesetzgebung. In: Maccenata Aktuell Nr. 49, 2004, S. 39–52
- Kamps, Heinz-Willi* Erben und Steueramnestie. Ausgewählte Praxisfälle – Anwendung auf liechtensteinische Stiftungen. In: ErbStB 2004, S. 249–253
- Kasper, Andreas* Sozialsponsoring. Eine rechtliche Bewertung unter besonderer Berücksichtigung des Sponsorings kirchlicher Werke und Einrichtungen, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004
- Kayser, Joachim/
Richter, Andreas* Hedge Fonds als Kapitalanlage für Stiftungen? In: Absolutreport Nr. 21 (8/2004), S. 27–33
- Kayser, Joachim/
Richter, Andreas/
Steinmüller, Jens* Alternative Investments für Stiftungen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 4/2004
- Kemcke, Tom/
Milatz, Jürgen E./
Schütz, Robert* Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. Ein Praxisleitfaden, Heidelberg, 2004
- Kilian, Michael* Der erbrechtliche Pflichtteilsanspruch aus der Sicht des Eigentums- und Erbrechtsgrundrechtes Art. 14 Abs. 1 GG. In: ZSt 2004, S. 204–208
- Kirchhain, Christian* Stiftungsbezüge als Einkünfte aus Kapitalvermögen? – »Völlige Verkennung des Rechtsinstituts der Stiftung«? In: ZSt 2004, S. 22–27

- Kirberger, Christian* Spenden durch eine Kapitalgesellschaft. Was es für den Betriebsausgabenabzug zu beachten gilt! In: EStB 2004, S. 510–514
- Kirberger, Christian/
Wertz, Ralf Stefan* Die Doppelstiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge. Eine Alternative zur gemeinnützigen Familienstiftung. In: ErbStB 2004, S. 145–147
- Kleemann, Achim* Umfangreiche Neuerungen im brandenburgischen Stiftungsrecht – Das neue Stiftungsgesetz des Landes Brandenburg. In: KommunalPraxis MO 2004, S. 272–277
- Kley, Henning* Stiftungsmanagement und Rechnungslegung – Probleme aus der Praxis der Stiftungsverwaltung. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 15–25
- Kniep, Klaus/
Wörtz, Florian* Zulässigkeit der Mehrheitsbeschaffung mittels Stimmrechtsübertragung. In: Rpfleger 2004, S. 466–469
- Koch, Christian/
Holt, Thomas von* Stiftungssatzung, München, 2004
- Kölbl, Angela* Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, Berlin, 2004
- Kollhosser, Helmut* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2003 – IV ZR 249/02 – (Pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkung bei unentgeltlicher Zuwendung an Stiftung). In: ZEV 2004, S. 117–118
- König, Doris/
Ensslen, Carola/
Walz, W. Rainer (Hrsg.)* Interessenvertretung durch NGOs auf EU-Ebene. Beiträge zum Symposium am 11. Juni 2004 an der Bucerius Law School Hamburg, Hamburg, 2004
- Koos, Stefan* Fiduziarische Person und Widmung. Das stiftungsspezifische Rechtsgeschäft und die Personifikation treuhänderisch geprägter Stiftungen, München, 2004
- Koschmieder, Kurt-Dieter* Plädoyer für eine ökonomische Analyse der Stiftung. In: ZSt 2004, S. 179–182
- Koss, Claus* Anforderungen an die Rechenschaftspflicht von gemeinnützigen Organisationen – Der UK-SORP als Alternative zu den deutschen Regelungen. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 113–128
- Koss, Claus* Das Rechnungswesen der Bürgerstiftung. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen. Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2. Aufl., Gütersloh, 2004, S. 297–327
- Koss, Claus* Das Rechnungswesen einer Stiftung, Ratgeber Deutscher Stiftungen Bd. 4, 1. Aufl., Berlin, 2004
- Koss, Claus* Jahresabschlussanalyse bei Stiftungen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 6/2004
- Koss, Claus* Umsatzsteuer: Innergemeinschaftlicher Erwerb bei Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 2/2004, S. 23

- Kötz, Hein/
Rawert, Peter/
Schmidt, Karsten/
Walz, W. Rainer* (Hrsg.) Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004
- Kotz, Thomas/
Schiffer, K. Jan* Die Stiftung in der Erb- und Nachfolgeregelung. In: ZErb 2004, S. 115–122
- Kreißig, Wolfgang* Der Sportverein in Krise und Insolvenz, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004
- Kröll, Stefan* Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.5.2004 – III ZB 53/03 – (Vereins- oder Verbandsgerichte keine Schiedsgerichte i. S. d. §§ 1025 ff. ZPO). In: BGHReport 2004, S. 1185
- Krüger, Thomas/
Meyer, Lars* Auftritt und Betätigung von Nonprofit-Organisation im Internet. Rechtliche Rahmenbedingungen. In: Stiftung & Sponsoring 2/2004, S. 19–22
- Küntzel, Wolfram* Die Haftung des Kontrollorgans bzw. von Kontrollorganmitgliedern einer Stiftung. In: DB 2004, S. 2303–2308
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Besteuerung der Destinatäre von Stiftungen. In: ZSteu 2004, S. 41–47
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Besteuerung der Stiftung: Die Familienstiftung und die unternehmensverbundene Stiftung. In: StB 2004, S. 135–140
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Besteuerung der Stiftung: Die gemeinnützige Stiftung. In: StB 2004, S. 91–100
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Besteuerung der Stiftung: Die privatnützige Stiftung. In: StB 2004, S. 56–60
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Besteuerung der Stiftung, Teil I: Rechtliche Einordnung. In: StB 2004, S. 6–10
- Kußmaul, Heinz/
Meyering, Stephan* Die Rechnungslegung der Stiftung. In: DStR 2003, S. 371–376
- Lahme, Stefan* Spendenabzugsverfahren & Anerkennungsverfahren gemeinnütziger Körperschaften, Aachen, 2004
- Lehmann, Dieter* Die Kapitalerhaltung bei Stiftungen. Reicht die Kapitalerhaltungsrücklage aus? In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 22–24
- Lerner, Pablo* Das rechtliche Profil von Stiftungen in Israel. In: ZSt 2004, S. 161–167
- Lewitzki, Julia/
Schindler, Ambros* Prüfsteine für die Novellierung der Landesstiftungsgesetze. In: Stiftung & Sponsoring 1/2004, S. 23–24
- Lex, Peter* Große Steuerreform, Steuerbegünstigung und Spendenabzug. In: Stiftung & Sponsoring 1/2004, S. 16–18
- Lex, Peter* Stiftungen als Stifter – Steuerliche Aspekte des Endowments. In: ZSt 2004, S. 243–245

- Lieder, Jan* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2003 – IV ZR 249/02 – (Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen Zuwendungen an gemeinnützige Stiftung). In: ZSt 2004, S. 74–79
- Lieder, Jan* Der mitgliederlose Verein (Teil 1). Der Grundtypus der juristischen Person ohne Mitglieder? In: ZSt 2004, S. 330–335
- Lieder, Jan* Urteilsbesprechung zu KG, Urteil vom 26.02.2004 – 1 W 549/01 – (Amtslöschung eines altrechtlichen Vereins bei Wegfall aller Mitglieder). In: ZSt 2004, S. 246–252
- Lindemann, Mathias/
Goetz, Michael* Zweckgebundene Spenden aus rechtlicher und steuerlicher Perspektive. In: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (Hrsg.), DZI Spenden-Almanach 2004/5, Berlin, 2004, S. 33–44
- Lindner, Reinhold* Die Umwandlung einer Stiftung in eine Aktiengesellschaft am Fallbeispiel der Carl-Zeiss-Stiftung. Zugleich eine Untersuchung der Eignung der Stiftung als Unternehmensform, Berlin, 2004
- Look, Frank van* Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 30.06.2003 – II ZR 153/02 – (Keine Handelndenhaftung gegenüber Mitglied eines nicht-rechtsfähigen Vereins für den Vereinszweck umsetzendes Rechtsgeschäft). In: EWiR § 54 BGB 1/2004, S. 5–6
- Luger, Franz/
Sauer, Otto* Vereine und Steuern. Rechnungslegung, Besteuerungsverfahren, Gemeinnützigkeit, 5. Aufl., München, 2004
- Mackenthun, Birgit/
Berhanu, Samuel/
Henke, Klaus-Dirk* Die Zukunft der Gemeinnützigkeit von Krankenhäusern unter besonderer Berücksichtigung freigemeinnütziger Krankenhäuser. In: ZögU Bd. 27 (2004), S. 223–237
- Märkle, Rudi W./
Alber, Matthias* Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 11. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2004
- Matschke, Wolfgang* Pflichtteilsergänzungsanspruch und Gemeinnützige Stiftung. In: ZSt 2004, S. 263–264
- Mecking, Christoph* Der Sitz der Stiftung. In: ZSt 2004, S. 199–203
- Meißner, Andreas* Vermögenscontrolling für Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 234–235
- Menges, Evelyne* Finanzierung kirchlicher Tätigkeit durch Spenden. In: KuR Fach 420, S. 5–12 (= KuR 2004, S. 47–54)
- Menges, Evelyne* Fördernde Tätigkeiten von Nonprofit-Organisationen (NPO) – Förderverein und Förderstiftung. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 1/2004
- Menges, Evelyne* Gemeinnützige Einrichtungen. Nonprofit-Organisationen gründen, führen und optimieren, München, 2004
- Menges, Evelyne* Personalüberlassung im Nonprofit-Sektor. In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 17–19
- Mercker, Florian/
Mues, Gabor* Rechtsformwahl im deutschen Kontext. Mögliche Trägerformen für öffentliche Kultureinrichtungen. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 112–120

- Meyer, Lars/
Krüger, Thomas* Auftritt und Betätigung von Nonprofit-Organisation im Internet. Rechtliche Rahmenbedingungen. In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2004, S. 19–22
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Besteuerung der Destinatäre von Stiftungen. In: *ZSteu* 2004, S. 41–47
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Besteuerung der Stiftung: Die Familienstiftung und die unternehmensverbundene Stiftung. In: *StB* 2004, S. 135–140
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Besteuerung der Stiftung: Die gemeinnützige Stiftung. In: *StB* 2004, S. 91–100
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Besteuerung der Stiftung: Die privatnützige Stiftung. In: *StB* 2004, S. 56–60
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Besteuerung der Stiftung, Teil I: Rechtliche Einordnung. In: *StB* 2004, S. 6–10
- Meyering, Stephan/
Kußmaul, Heinz* Die Rechnungslegung der Stiftung. In: *DStR* 2004, S. 371–376
- Meyn, Christian/
Dißars, Björn-Axel* Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 10.2.2004 – 8 U 2225/03 – (Grenzen der Bankenhaftung bei der Beratung einer Stiftung). In: *Stiftung & Sponsoring* 5/2004, S. 21–22
- Meyn, Christian/
Richter, Andreas* Die Stiftung. Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für die Rechtspraxis, Freiburg, Berlin, München, Würzburg, Zürich, 2004
- Milatz, Jürgen E./
Kemcke, Tom/
Schütz, Robert* Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. Ein Praxisleitfaden, Heidelberg, 2004
- Möhlenkamp, Karen* Anwendung des Sponsoring-Erlasses auf Berufsverbände. In: *NWB* Fach 4, S. 4823–4824 (32/2004)
- Möhlenkamp, Karen* Vereinsrechtsreform stützt Nebenzwecksprivileg der Vereine: Welche wirtschaftliche Tätigkeit wird in Zukunft noch zulässig sein? In: *DB* 2004, S. 2737–2739
- Moritz, Helmut/
Achatz, Markus* Interorganisationelle Strukturen und Umsatzsteuerrecht. In: *Kötz/Rawert/Schmidt/Walz* (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook* 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 43–58
- Mues, Gabor/
Mercker, Florian* Rechtsformwahl im deutschen Kontext. Mögliche Trägerformen für öffentliche Kultureinrichtungen. In: *Strachwitz/Then* (Hrsg.), *Kultureinrichtungen in Stiftungsform*, Gütersloh, 2004, S. 112–120
- Müller, Thorsten* Vermögensverwaltung gemeinnütziger Stiftungen. Stiftungs- und steuerrechtliche Eckpunkte. In: *ErbStB* 2004, S. 212–217
- Müller, Thorsten/
Helios, Marcus* Vereinbarkeit des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts mit dem EG-Vertrag. Zugleich Anmerkung zum BFH-Beschluss vom 14.7.2004 – I R 94/02, *BB* 2004, 2338. In: *BB* 2004, S. 2332–2337

- Münder, Johannes/
Boetticher, Arne von* Auswirkungen des Beihilfenrechts auf die Stellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen in Deutschland – ein Forschungsergebnis. In: EuZW 2004, S. 36–38
- Münkler, Herfried/
Fischer, Karsten* Zwischen staatlich gesteuertem Altruismus und organisiertem Voluntarismus: Dimensionen der Gemeinnützigkeit. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004, S. 113–130
- Muscheler, Karlheinz* Bundesrechtliche Vorgaben und Grenzen für eine Reform der Landesstiftungsgesetze. In: ZSt 2004, S. 3–10
- Muscheler, Karlheinz* Vorrang des Bundesstiftungsrechts vor dem Landesstiftungsrecht. In: NJW 2004, S. 713–716
- Mutter, Christoph* Steueramnestie für hinterzogene Schenkungsteuer bei Trust und Stiftung im Ausland. In: DStR 2004, S. 893–899
- Neuhoff, Klaus* Kant und die Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 59–63
- Neuhoff, Klaus* Nochmaliges und vertieftes Nachdenken über »endowments«. In: ZSt 2004, S. 297–300
- Neuhoff, Klaus* Nonprofit-Insolvenzen (bei so genannten Idealvereinen). In: NZI 2004, S. 486–489
- Neuhoff, Klaus* Rechnen lohnt sich, auch bei Stiftungen und deren Verwaltungskosten. In: ZEV 2004, S. 457–458
- Neuhoff, Klaus* Um der juridical correctness willen: Spende, keine Schenkung! In: ZSt 2004, S. 90–91
- Neuhoff, Klaus* Zur steuerrechtlichen Umwidmung von Stiftungen des öffentlichen Rechts zu solchen des privaten Rechts – Zu dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 29. Januar 2003. In: DÖV 2004, S. 289–296
- Orth, Manfred* Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 27–73
- Ossola-Haring, Claudia
(Hrsg.)* Die GmbH mit kommunaler Beteiligung und die gemeinnützige GmbH. Handbuch für Geschäftsführer und Gesellschafter, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Dresden, Weimar, 2004
- Otte, Gerhard* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2003 – IV ZR 249/02 – (Unentgeltliche Zuwendung an eine Stiftung und Pflichtteilsrecht). In: JZ 2004, S. 973–975
- Papier, Hans-Jürgen* Mehr Stiftungen, weniger Staat. In: Wirtschaft & Wissenschaft 1/2004, S. 44–51

- Paschen, Uwe* § 58 Nr.1 AO – keine Entwarnung für Förderstiftungen und -vereine. Erleichterungen nur für die Mittelweitergabe an öffentlichen Einrichtungen. In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 14
- Peltner, Chr.* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 19.11.2003 – I R 33/02 – (Mehrere Veranstaltungen eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Vereins als einheitlicher Geschäftsbetrieb). In: KFR Fach 4, § 8 KStG 7/04.
- Peters, Fokke/
Herms, Carolin* Die Fusion bürgerlich-rechtlicher Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 323–329
- Pezzer, H.-J.* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 23.7.2003 – I R 41/03 – (Gemeinnützigkeit – Eintrittsspende für einen Golfclub durch Erwerb eines Kommanditanteils). In: FR 2004, S. 33
- Pues GmbH Steuerberatungsgesellschaft/
Deutsche Stiftungsgentur
GmbH/
Weitz, Barbara (Hrsg.)* Rechtshandbuch für Stiftungen. Das aktuelle Recht in der Praxis für alle Stiftungsformen, Hamburg, 2004
- Pues, Lothar* Praxishandbuch Stiftungen. Stiften auch mit kleinem Vermögen, 4. Aufl., Stuttgart, 2004
- Pues, Lothar/
Scheerbarth, Walter* Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl., München, 2004
- Raupach, Arndt* Einführung in die Möglichkeiten der Rechtsformwahl, Umwandlung und Kooperation anhand einer Fallstudie – Umgestaltung der »Aktion Sonnenschein – Hilfe für das mehrfach behinderte Kind«. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 195–234
- Rawert, Peter* Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen. Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2. Aufl., Gütersloh, 2004, S. 151–179
- Rawert, Peter* Stiftung und Unternehmen. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 1–16
- Rawert, Peter/
Kötz, Hein/
Schmidt, Karsten/
Walz, W. Rainer (Hrsg.)* Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004
- Rawert, Peter/
Schlosshan, Sabine* Stiftungsrecht im 20. Jahrhundert. Auswahlbibliographie, Köln, Berlin, München, 2004
- Reichert, Bernhard* Erstmals Verhängung einer Vereinsstrafe durch ein Schiedsgericht als Vereinsorgan. In: SpuRt 2004, S. 50–52

- Reisner, Annegret* Sind NGOs transparenter als zwischenstaatliche Organisationen und internationale Unternehmen? Eine Analyse des Global Accountability Report 2003. Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Opusculum Nr. 14, Berlin, September 2004
- Reuter, Dieter* Der Vorbehalt des Stiftungsgeschäfts. In: ZSt 2004, S. 939–944
- Reuter, Dieter* Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins. In: NZG 2004, S. 217–220
- Richter, Andreas* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 7.8.2002 – I R 84/01 – (Steuerpflicht bei der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile). In: ZSt 2004, S. 281–284
- Richter, Andreas* Das Verhältnis von Zuwendungen an Stiftungen und Pflichtteilergänzungsansprüchen. In: Stiftung & Sponsoring 3/2004, S. 21–22
- Richter, Andreas* Die Reform der Stiftungsgesetze der Länder. In: ZSt 2004, S. 19–21
- Richter, Andreas* Die Unternehmensstiftung – ein Instrument der Unternehmensnachfolge? In: BBV 1/2004, S. 17–22
- Richter, Andreas* Die Vermögensanlage von rechtsfähigen Stiftungen. In: BBV 9/2004, S. 11–16
- Richter, Andreas* Stiftungen in der Krise: Haftung der Stiftungsorgane. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 213–217
- Richter, Andreas* Stiftungserrichtung und Pflichtteilergänzungsansprüche. In: Maecenata Aktuell Nr. 44, 2004, S. 23–28
- Richter, Andreas/
Hartmann, Maren/
Hof, Hagen/* Stiftungen. Errichtung – Gestaltung – Geschäftstätigkeit, München, 2004
- Richter, Andreas/
Kayser, Joachim* Hedge Fonds als Kapitalanlage für Stiftungen? In: Absolutreport Nr. 21 (8/2004), S. 27–33
- Richter, Andreas/
Kayser, Joachim/
Steinmüller, Jens* Alternative Investments für Stiftungen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 4/2004
- Richter, Andreas/
Meyn, Christian* Die Stiftung. Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für die Rechtspraxis, Freiburg, Berlin, München, Würzburg, Zürich, 2004
- Richter, Andreas/
Steinmüller, Jens* Stiftungen und alternative Investments im neuen Investmentrecht. In: Stiftung & Sponsoring 1/2004, S. 26–28
- Richter, Andreas/
Sturm, Sebastian* Die Beteiligung gemeinnütziger Stiftungen an Personen- und Kapitalgesellschaften. In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 11–13
- Richter, Andreas/
Sturm, Sebastian* Die Reform des englischen Gemeinnützigkeitsrechts. In: ZSt 2004, S. 127–132

- Richter, Andreas/
Sturm, Sebastian* Die Reform des englischen Stiftungsrechts. In: RIW 2004, S. 346–351
- Rindt, Susanne/
Hinterhuber, Eva Maria* »Die russische Philanthropie erlebt eine Wiedergeburt«. Bürgerstiftungen in Russland. In: ZSt 2004, S. 147–156
- Risch, Ben Michael/
Schulte, Martin* Quo vadis, Landesstiftungsrecht? Gedanken zur Reform der Stiftungsgesetze der Länder. In: ZSt 2004, S. 11–18
- Rödel, Thomas* Rechtsfolgen einer verlustbringenden Anlage des Stiftungsvermögens in Aktien. In: NZG 2004, S. 754–759
- Robde, Andreas/
Engelsing, Lutz* Ertrag- und umsatzsteuerliche Folgen des Sponsorings bei Berufsverbänden sowie gemeinnützigen Organisationen. In: NWB Fach 4, S. 4811–4814 (18/2004)
- Röthel, Hans-Robert* Stiften für die Ewigkeit – ein Aphorismus aus der Vergangenheit? In: Stiftung & Sponsoring 4/2004, S. 21–23
- Sachße, Christoph* Die Organisation des Gemeinwohls in der Bürgergesellschaft: Dritter Sektor und Steuerprivileg. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004, S. 61–91
- Saenger, Ingo* Das modernisierte Stiftungsrecht und seine Auswirkungen auf unternehmensverbundene Stiftungen und Familienstiftungen. In: Bork/Hoeren/Pohlmann, Recht und Risiko. Festschrift für Helmut Kollhoser zum 70. Geburtstag, Bd. II, Zivilrecht, Karlsruhe, 2004, S. 591–604
- Saenger, Ingo* Die Stiftung als Geldsammlerin für Pflichtteilsberechtigte, verarmte Schenker und Sozialkassen? In: ZSt 2004, S. 183–190
- Sander, Helmut/
Boecker, Malte/
Vogel, Klaus* Organstruktur von Trägerstiftungen für Kultureinrichtungen. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 83–91
- Sauer, Otto/
Luger, Franz* Vereine und Steuern. Rechnungslegung, Besteuerungsverfahren, Gemeinnützigkeit, 5. Aufl., München, 2004
- Schäfers, Bernadette* Anmerkung zu BFH, Beschluss vom 14.7.2004 – I R 94/02 – (Steuerliche Gemeinnützigkeit ausländischer Körperschaften?). In: IStR 2004, S. 755–758
- Schanbacher, Brent/
Eichhorn, Peter/
Heiling, Jens* Stiftungszweck und Rechenschaftslegung. Zur Legitimation und Ausgestaltung stiftungsrechtlicher Publizität. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 3/2004
- Schauhoff, Stephan* Gefahren für die Gemeinnützigkeit bei Holdingstiftungen und bei Tätigkeiten für die öffentliche Hand und andere gemeinnützige Rechtsträger. In: Stiftung & Sponsoring 5/2004, S. 15–18
- Schauhoff, Stephan* Schenkungsteuer auf Sponsorenzahlungen an die Profimannschaft? Zur Abgrenzung von Ertragsteuern, Umsatzsteuer und Schenkungsteuer bei Sponsorenzahlungen an gemeinnützige Körperschaften. In: DStR 2004, S. 1465–1469

- Schauhoff, Stephan* Wertberichtigungen im Stiftungsvermögen – Stiftungsrecht, Gemeinnützigkeitsrecht, bilanzielle Darstellung. In: DStR 2004, S. 471–476
- Scheerbarth, Walter/
Pues, Lotbar* Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl., München, 2004
- Schewe, Markus* Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004
- Schewe, Markus* Stiftungserrichtung von Todes wegen (Teil 1 und Teil 2). In: ZSt 2004, S. 270–277 und S. 301–305
- Schick, Stefan* Franchising und Gemeinnützigkeit. In: SOZIALwirtschaft 5/2004, S. 18–19
- Schick, Stefan/
Schmidt, Oliver* Steuerrechtliche Aspekte bei der Stiftung von Todes wegen. In: ZSt 2004, S. 239–243
- Schienke, Tanja* Die Besteuerung gemeinnütziger Organisationen in Deutschland und Frankreich, Hamburg, 2004
- Schießl, Harald* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 13.03.2003 – VII R 46/02 – (Haftung des Vereinsvorsitzenden eines Sportvereins für dessen steuerliche Pflichten). In: SpuRt 2004, S. 53–55
- Schiffer, K. Jan* Aktuelles Beratungs-Know-how Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht. In: DStR 2004, S. 1031–1034
- Schiffer, K. Jan* Die Dresdner Frauenkirche, die Stiftung und der Pflichtteil. In: NJW 2004, S. 1565–1567
- Schiffer, K. Jan* Die Stiftung als Gegenstand anwaltlicher Beratung – Aktuelles zum Stiftungszivil- und Stiftungssteuerrecht. In: FF Sonderheft 2004, Nr. 2, S. 190–196
- Schiffer, K. Jan* Stiftung und Mittelstand aus Sicht eines steuerlichen Beraters. In: sj 17–18/2004, S. 47–50
- Schiffer, K. Jan* Verschärfte Haftungsfragen bei der Stiftung? In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 15–17
- Schiffer, K. Jan* Zur Entwicklung des Stiftungszivilrechts in den Jahren 2000 bis 2003. In: NJW 2004, S. 2497–2500
- Schiffer, K. Jan/
Kotz, Thomas* Die Stiftung in der Erb- und Nachfolgeregelung. In: ZErB 2004, S. 115–122
- Schindler, Ambros/
Lewitzki, Julia* Prüfsteine für die Novellierung der Landesstiftungsgesetze. In: Stiftung & Sponsoring 1/2004, S. 23–24
- Schleder, Herbert* Besteuerung der Vereine. In: NWB Fach 2, S. 8381–8398 (11/2004)

- Schlosser, Peter* Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.5.2004 – III ZB 53/03 – (Abgrenzung der Schiedsgerichtsbarkeit von der Vereinsgerichtsbarkeit – Rechtswegrisiken der Vereinsmitglieder). In: LMK 2004, S. 169–170
- Schlosshan, Sabine/
Rawert, Peter* Stiftungsrecht im 20. Jahrhundert. Auswahlbibliographie, Köln, Berlin, München, 2004
- Schlüter, Andreas* Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA, München, 2004
- Schlüter, Andreas* Typologie der französischen Stiftungen. In: Stiftung & Sponsoring 2/2004, S. 39–40
- Schmidt, Karsten/
Kötz, Hein/
Rawert, Peter/
Walz, W. Rainer (Hrsg.)* Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004
- Schmidt, Marika/
Fritz, Thomas* Gesellschafterfremdfinanzierung und Stiftung. Auswirkungen der Neuregelungen des § 8a KStG bei gemeinnützigen Tochterkapitalgesellschaften. In: Stiftung & Sponsoring 2/2004, S. 26–28
- Schmidt, Oliver/
Schick, Stefan* Steuerrechtliche Aspekte bei der Stiftung von Todes wegen. In: ZSt 2004, S. 239–243
- Schmidt-Wottrich, Jörg/
Harms, Andreas* Schenkungsteuerpflicht bei »Spaltungen« von Stiftungen. In: ZSt 2004, S. 291–297
- Schmied, Alexandra* Der strategische Vermögensaufbau von Bürgerstiftungen. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen. Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2. Aufl., Gütersloh, 2004, S. 215–242
- Schneider, Andreas* Die Besteuerung von Übungsleitern in Sportvereinen – Fälle aus der Praxis. In: Die Steuer-Warte 2004, S. 199–201
- Schneider, Jens-Peter* Berufliche Schulen als Stiftungen mit teilprivatisierten Leitungsgremien. Anforderungen des Demokratieprinzips und des Gebots staatlicher Schulaufsicht, Baden-Baden, 2004
- Schöning, Anne* Privatnützige Stiftungen im deutschen und spanischen Zivilrecht, Köln, 2004
- Schoor, W.* Sponsoring. In: LSW Gruppe 4/299, S. 1–6 (7/2004)
- Schröder, Friedrich* Die steuerbegünstigte und steuerpflichtige GmbH bei Non-Profit-Organisationen (Gründung, Ausgliederung und Hilfspersonen) – Teil I und Teil II. In: DStR 2004, S. 1815–1819 und S. 1859–1862
- Schuben, Axel* Franchising: ein Modell für den Nonprofit-Sektor? In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 151–174
- Schulte, Martin/
Risch, Ben Michael* Quo vadis, Landesstiftungsrecht? Gedanken zur Reform der Stiftungsgesetze der Länder. In: ZSt 2004, S. 11–18

- Schuppert, Gunnar Folke* Gemeinwohlverantwortung und Staatsverständnis. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit*, Gütersloh, 2004, S. 25–59
- Schütz, Robert/
Kemcke, Tom/
Milatz, Jürgen E.* Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. Ein Praxisleitfaden, Heidelberg, 2004
- Schwarz, Günter Christian* Flexibilität und Vermögensbindung bei der Unternehmensstiftung. In: *ZSt* 2004, S. 64–72
- Schwarz, Günter Christian* Unveräußerlichkeitsklauseln in Stiftungssatzungen – Zu den Grenzen der Vermögensgegenstandsbindung bei der Unternehmensstiftung. In: *ZSt* 2004, S. 101–105
- Schweier, Kristina* Für Stiftungen als Arbeitgeber: Änderungen im Arbeitsrecht ab 1.1.2004. In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2004, S. 24–25
- Schwintek, Sebastian* Zur Reform der Landesstiftungsgesetze. In: *Stiftung & Sponsoring* 1/2004, S. 19–22
- Segna, Ulrich* Aufsicht und Kontrolle bei komplexen Strukturen. In: *Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003*, Köln, Berlin, München, 2004, S. 17–42
- Segna, Ulrich* Die Scientology Church: (k)ein wirtschaftlicher Verein? In: *NVwZ* 2004, S. 1446–1449
- Söffing, Andreas/
Thoma, Katrin* Aktuelle Beratungsaspekte im Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht. Entwicklungen aus Verwaltung und Rechtsprechung. In: *ErbStB* 2004, S. 280–285
- Söffing, Andreas/
Thoma, Katrin* BB-Forum: Steuerliche Konsequenzen der Einsetzung einer gemeinnützigen Stiftung als Vorerbin. Anmerkung zum Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 12.11.2003. In: *BB* 2004, S. 855–857
- Sommerfeld, Jana* Herausforderung Spendenstatistik. Ein internationaler Vergleich mit Rückschlüssen auf Deutschland. In: *Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (Hrsg.), DZI Spenden-Almanach 2004/5*, Berlin, 2004, S. 20–32
- Sprengel, Rainer* Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement? Ein sozialwissenschaftlicher Problemaufriss. *Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Opusculum Nr. 15*, Berlin, Oktober 2004
- Sprengel, Rainer* Die politische Debatte bei der Reform des Spenden-, Vereins- und Stiftungsrechts in Frankreich im Vergleich zu Deutschland. In: *Maecenata Actuell* Nr. 44, 2004, S. 8–18
- Sprengel, Rainer/
Thimm, Dagmar* Gemeinnützigkeitsrecht und Kultureinrichtungen. In: *Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform*, Gütersloh, 2004, S. 97–102

- Staake, Marco* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.6.2003 – II ZR 153/02 – (§ 54 BGB: Mitgliederhaftung im nicht eingetragenen Verein). In: JA 2004, S. 94–97
- Steinmüller, Jens/
Kayser, Joachim/
Richter, Andreas* Alternative Investments für Stiftungen. In: Die ROTEN SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 4/2004
- Steinmüller, Jens/
Richter, Andreas* Stiftungen und alternative Investments im neuen Investmentrecht. In: Stiftung & Sponsoring 1/2004, S. 26–28
- Stöber, Kurt* Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl., Köln, 2004
- Strachwitz, Rupert Graf* Das Verfahren der Stiftungsgründung. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 218–224
- Strachwitz, Rupert Graf* Gemeinnützigkeit als Organisationsproblem. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004, S. 93–112
- Strachwitz, Rupert Graf* Gründung, Aufbau und Organisation von Bürgerstiftungen. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen. Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2. Aufl., Gütersloh, 2004, S. 125–149
- Strachwitz, Rupert Graf
(Hrsg.)* Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts. Ein Projektbericht an die Bertelsmann Stiftung. Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Arbeitsheft Nr. 13, Berlin, 2004
- Strachwitz, Rupert Graf* Verschwiegenheit und Transparenz gemeinwohlorientierter Akteure. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 203–214
- Strachwitz, Rupert Graf/
Then, Volker (Hrsg.)* Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004
- Strahl, Martin* Gemeinnützige Körperschaften: Gepräge, Unmittelbarkeit, Ausgliederung. In: KÖSDI 2004, S. 14291–14300
- Streck, Michael* Die Besteuerung ausländischer juristischer Personen in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die steuerliche Behandlung von Familienstiftungen und »abschirmenden« Kapitalgesellschaften. In: DACH, Europäische Anwaltsvereinigung e. V. (Hrsg.), Die Besteuerung auslandsbezogener Einkünfte. 26. Tagung der DACH in Heidelberg vom 23. bis 25. Mai 2002, Köln, 2004, S. 67–80
- Sturm, Sebastian/
Richter, Andreas* Die Beteiligung gemeinnütziger Stiftungen an Personen- und Kapitalgesellschaften. In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 11–13
- Sturm, Sebastian/
Richter, Andreas* Die Reform des englischen Gemeinnützigkeitsrechts. In: ZSt 2004, S. 127–132
- Sturm, Sebastian/
Richter, Andreas* Die Reform des englischen Stiftungsrechts. In: RIW 2004, S. 346–351

- Suerbaum, Joachim* Anmerkung zu OVG Berlin, Beschluss vom 1.11.2002 – 2 S 29.02 – (Satzungsänderungen im unechten Dreieck). In: ZSt 2004, S. 34–40
- Terner, Paul* Die Vereinsklassenabgrenzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – zugleich Besprechung von OLG Hamm vom 18.2.2003. In: Rpfleger 2004, S. 537–543
- Then, Volker/
Strachwitz, Rupert Graf
(Hrsg.)* Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004
- Thimm, Dagmar/
Sprengel, Rainer* Gemeinnützigkeitsrecht und Kultureinrichtungen. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 97–102
- Thoma, Katrin/
Söffing, Andreas* Aktuelle Beratungsaspekte im Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht. Entwicklungen aus Verwaltung und Rechtsprechung. In: ErbStB 2004, S. 280–285
- Thoma, Katrin/
Söffing, Andreas* BB-Forum: Steuerliche Konsequenzen der Einsetzung einer gemeinnützigen Stiftung als Vorerbin. Anmerkung zum Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 12.11.2003. In: BB 2004, S. 855–857
- Troll, Max/
Halaczinsky, Raymond/
Wallenhorst, Rolf* Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine, Stiftungen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 5. Aufl., München, 2004
- Veen, Wino J.M. van* Gemeinnützigkeitsrecht aus rechtsvergleichender Sicht. In: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Zwischen Eigennutz und Gemeinwohl. Neue Formen und Wege der Gemeinnützigkeit, Gütersloh, 2004, S. 203–222
- Veen, Wino J.M. van* Stiftungsrecht in den Niederlanden. In: Stiftung & Sponsoring 6/2004, S. 34–40
- Vogel, Klaus/
Boecker, Malte/
Sander, Helmut* Organstruktur von Trägerstiftungen für Kultureinrichtungen. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 83–91
- Vogt, Gabriele* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 23.7.2003 – I R 41/03 – (Gemeinnützigkeit eines Golfclubs). In: SpuRt 2004, S. 149–151
- Wachter, Thomas* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 17.9.2003 – I R 85/02 – (Körperschaftsteuerpflicht einer Stiftung von Todes wegen). In: ZErB 2004, S. 98–102
- Wachter, Thomas* Anmerkung zu FG Niedersachsen, Urteil vom 18.3.2004 – 6 K 136/01 – (Satzungsmäßige Vermögensbindung bei steuerbegünstigten Stiftungen). In: ZErB 2004, S. 357–362
- Wachter, Thomas* Gemeinnützigkeit von Stiftungen mit Sitz im EU-Ausland. Anmerkungen zum Beschluss des BFH v. 14.7.2004 – I R 94/02, Fr 2004, 1231. In: FR 2004, S. 1220–1226

- Wachter, Thomas* Neue Grenzen zwischen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben und Zweckbetrieben. In: *Stiftung & Sponsoring* 2/2004, S. 17–19
- Wachter, Thomas* Reform des Stiftungsrechts in der Schweiz. In: *ZErb* 2004, S. 378–386
- Wachter, Thomas* Stiftungsrecht im Fürstentum Liechtenstein (I). Geltende Rechtslage in zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht. In: *ErbStB* 2004, S. 338–344
- Wachter, Thomas* Stiftungsrecht im Fürstentum Liechtenstein (II). Überblick über die wichtigsten Änderungsvorschläge. In: *ErbStB* 2004, S. 375–377
- Waldhoff, Christian* Brauchen wir ein Steuergeheimnis für gemeinnützige Organisationen? In: *Walz* (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, Köln, Berlin, München, 2004, S. 157–176
- Waldner, Wolfram* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2003 – IV ZR 249/02 – (Pflichtteilergänzung bei Zuwendung an Stiftung [Dresdner Frauenkirche]). In: *BGHR* 2004, S. 447–448
- Waldner, Wolfram* Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.7.2003 – 8 W 220/03 – (Verschiedene Einberufungen zur Mitgliederversammlung). In: *Rpfleger* 2004, S. 108–109
- Wallenhorst, Rolf* Anmerkung zu BFH, Urteil vom 23.7.2003 – I R 41/03 – (Gemeinnützigkeit: Erwerb eines Gesellschaftsanteils keine schädliche »Eintrittsponde«). In: *DStZ* 2004, S. 40–41
- Wallenhorst, Rolf* Dauerverlustbetriebe gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften. In: *DStZ* 2004, S. 711–715
- Wallenhorst, Rolf/
Halaczinsky, Raymond/
Troll, Max* Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine, Stiftungen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 5. Aufl., München, 2004
- Walz, W. Rainer* Die rechtspolitische Orientierungsfunktion der Rechtsvergleichung für das Umwandlungsrecht im Non-Profit-Sektor. In: *Kötz/Rawert/Schmidt/Walz* (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook* 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 129–149
- Walz, W. Rainer* Grundrecht oder Menschenrecht auf Anerkennung der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung? In: *ZSt* 2004, S. 133–140
- Walz, W. Rainer* Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor: Eine in Deutschland überfällige rechtspolitische Debatte. In: *Walz* (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, Köln, Berlin, München, 2004, S. 1–13
- Walz, W. Rainer* (Hrsg.) *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, Köln, Berlin, München, 2004
- Walz, W. Rainer/
Ensslen, Carola/
König, Doris* (Hrsg.) *Interessenvertretung durch NGOs auf EU-Ebene. Beiträge zum Symposium am 11. Juni 2004 an der Bucerius Law School Hamburg*, Hamburg, 2004

- Walz, W. Rainer/
Kötz, Hein/
Rawert, Peter/
Schmidt, Karsten (Hrsg.) Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004
- Weber, Markus Mitgliederschutz in Vereinen durch staatliche Gerichte, Hamburg, 2004
- Wefers, Ulrike Anmerkung zu FG Köln, Urteil vom 27.11.2003 – 9 K 3304/02 – (Gemischt freigebige Zuwendungen an einen Sportverein). In: ErbStB 2004, S. 108
- Weitz, Barbara/
Deutsche Stiftungsagentur GmbH/
Pues GmbH Steuerberatungsgesellschaft (Hrsg.) Rechtshandbuch für Stiftungen. Das aktuelle Recht in der Praxis für alle Stiftungsformen, Hamburg, 2004
- Werner, Jürgen Die Haftung des Vorstands für Steuerschulden des Vereins. In: INF 2004, S. 20–24
- Werner, Olaf Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 10.2.2004 – 8 U 2225/03 – (Prozesskostenhilfe für Stiftungen?). In: ZSt 2004, S. 170–173
- Werz, Ralf Stefan/
Kimberger, Christian Die Doppelstiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge. Eine Alternative zur gemeinnützigen Familienstiftung. In: ErbStB 2004, S. 145–147
- Wilke, Burkhard DZI Spenden-Siegel-Konzept, Erfahrungen und internationaler Vergleich. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 177–191
- Wilke, Burkhard Zur Situation des deutschen Spendenwesens im Jahr 2004. In: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (Hrsg.), DZI Spenden-Almanach 2004/5, Berlin, 2004, S. 8–9
- Winands, Günter Der Staat als Stifter: Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen des staatlichen Einflusses. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 67–76
- Winands, Günter Die Technik der Umwandlung einer Kultureinrichtung aus dem öffentlichen Bereich in eine Stiftung. In: Strachwitz/Then (Hrsg.), Kultureinrichtungen in Stiftungsform, Gütersloh, 2004, S. 225–234
- Winbeller, Stefan Vermögensverwaltung und Gemeinnützigkeit. In: BBV 6/2004, S. 18–22
- Winter, Willi Gemeinnützigkeit und Spendenabzug. In: GmbHR 2004, R 107–R 109
- Wörtz, Florian/
Knip, Klaus Zulässigkeit der Mehrheitsbeschaffung mittels Stimmrechtsübertragung. In: Rpfleger 2004, S. 466–469

- Wulff, Jana* Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2003. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 255–286
- Wundsam, Leopold* Zertifizierungskriterien für Spendensiegel – Ein Überblick zum Österreichischen Spendengütesiegel. In: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, Köln, Berlin, München, 2004, S. 193–202
- Zeller, Sven* Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 10.2.2004 – 8 U 2225/03 – (Zum Prozesskostenhilfeantrag einer Stiftung für eine Klage gegen die Bank wegen fehlerhafter Anlageberatung). In: WuB VII A. § 114 ZPO 1.04 (November 2004, S. 905–907)
- Zimmer, Annette/
Freise, Matthias* Der Dritte Sektor im wohlfahrtsstaatlichen Arrangement der post-sozialistischen Visegrád-Staaten. In: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, Köln, Berlin, München, 2004, S. 175–194
- Fortschreibung der Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2003**
- Boetticher, Arne von/
Münder, Johannes* Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf die Stellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen in Deutschland – Ergebnisse eines Forschungsprojekts an der TU Berlin. In: ZfJ 2003, S. 485–487
- Krieger, Steffen* Vereinsstrafen im deutschen, englischen, französischen und schweizerischen Recht. Insbesondere im Hinblick auf die Sanktionsbefugnisse von Sportverbänden, Berlin, 2003
- Müller, Andrea* Die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen der gemeinnützigen GmbH, Münster, 2003
- Münder, Johannes/
Boetticher, Arne von* Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf die Stellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen in Deutschland – Ergebnisse eines Forschungsprojekts an der TU Berlin. In: ZfJ 2003, S. 485–487
- Neuhoff, Klaus* Tatsachenforschung zu Nonprofit-Insolvenzen. In: ZögU Band 26 (2003), S. 419–427
- Reuter, Dieter* Kurzkommentierung der §§ 80–88 BGB. In: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1 a, Allgemeiner Teil (Auszug), 4. Aufl., München, 2003, S. 3–14

Autorenverzeichnis

Dr. <i>Florian Asche</i>	Asche Stein & Glockemann Jungfernstieg 4 20095 Hamburg
Dr. <i>Ludwig von Auer</i>	Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg Fakultät für Wirtschaftswissenschaft Postfach 41 20 39016 Magdeburg
Prof. Dr. <i>Ulrich Ehrlicke</i> , LL.M., M.A.	Universität zu Köln Institut für das Recht der europäischen Gemeinschaft Albertus-Magnus-Platz 50923 Köln
Dr. <i>Hardy Fischer</i>	Im Tale 17 20251 Hamburg
<i>Richard J. Fries</i>	Centre for Civil Society London School of Economics Houghton Street London WC2A 2 AE, United Kingdom
Prof. Dr. <i>Hartwig Henze</i>	Im Kuniberg 76 45665 Recklinghausen
Prof. Dr. <i>Jörn Axel Kämmerer</i>	Bucerius Law School Lehrstuhl für Öffentliches Recht I Jungiusstraße 6 20355 Hamburg
Prof. Dr. Dres. h.c. <i>Marcus Lutter</i>	Auf der Steige 6 53129 Bonn
<i>Karin Raab</i>	Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn Adenauerallee 24–42 (Westturm) 53113 Bonn
Prof. Dr. <i>Ingo Richter</i>	Jenaer Straße 19 10717 Berlin
Prof. Dr. <i>Erich Samson</i>	Bucerius Law School Lehrstuhl Strafrecht III Jungiusstraße 6 20355 Hamburg
<i>Daniel Voigt</i> , MBA	Flemmingstraße 5 12163 Berlin

Autorenverzeichnis

- Burkhard Wilke* Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen
Bernadottestraße 94
14195 Berlin
- Prof. Dr. W. *Rainer Walz*, LL.M. Bucerus Law School
Institut für Stiftungsrecht und
das Recht der Non-Profit-Organisationen
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
- Jana Wulff* Taubenstraße 10
19055 Schwerin
- Prof. Dr. *Daniel Zimmer*, LL.M. Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
der Universität Bonn
Adenauerallee 24–42 (Westturm)
53113 Bonn

Sachregister*

A

ADAC

- Struktur 18 f., 20 f., 37
- Wirtschaftsdaten 18, 19 ff.

ADAC-Urteil 17 f., 21 ff., 29, 30 f., 32, 34 ff., 38

Admassierungsverbot 159, 160, 161 ff., 173, 175 ff.

Akkreditierungen im Spendenwesen s. *Spendensiegel*

Allzweckstiftung, gemeinwohlkonforme 62

Anerkennung einer Stiftung 7, 9, 12, 44, 45, 252

Attorney General 158

Auftragsforschung 260

Aufwandsentschädigung 249

Ausgliederung 18, 29, 33, 162

Auskunftsansprüche, erbrechtliche

- allgemeiner Auskunftsanspruch 3 ff.
- und Erbstatut 15
- Gerichtsstand 13 ff.
- spezielle Auskunftsansprüche 3
- gegen Stiftung 6 ff., 248
- gegen ausländische Stiftung 1 ff., 13 ff.

B

Betrieb gewerblicher Art

- Kindergärten und Kindertagesstätten als – 260
- Zuwendungen an –, Steuerbegünstigung 260

BFH-Entscheidungen, Anwendung durch die Finanzverwaltung 260

Bürgerstiftung 46, 62 f., 63, 65, 66 f.

- Verhältnis zur Gemeinde 66 f., 77

C

Charitable Corporation 173

Charitable Incorporated Organisation 138, 146

Charitable Trust 122, 136, 141, 173

Charitable Uses Act 122, 136, 141, 142 f., 143 f., 149, 150, 152, 154, 156, 195

Charities Bill 135, 141, 146, 147 ff., 155 ff., 196, 197

- und Charity Commission 148, 153, 156 ff.

- und gemeinnützige Zwecke 149 ff., 157

- Arten 149 f., 150 f., 152 f., 156

- Gemeinnützigkeit, Feststellung der – 148, 149, 152, 153, 155 f., 156, 157

Charity 122, 126, 130 f., 135 ff., 170 ff., 186, 194, 195 f.

- Begriff 136, 137, 140, 142, 145, 149

- Rechnungslegung 195 f.

- und Reform des englischen Gemeinnützigkeitsrechts 126, 135, 139 ff., 144 ff.

- Rücklagenbildung 171 f.

- Trustee 137, 171, 172

- Zweck 136, 137, 139 f., 142 ff., 146 f., 149 ff., 157

- Arten 136, 137, 138, 140, 144, 149 f., 150 f., 152 f., 156

- Gemeinnützigkeit 136, 137, 143, 145, 146, 148, 149, 152, 153 ff., 156, 157

Charity Appeal Tribunal 150, 158

Charity Commission 130 f., 138, 140, 141, 143 f., 145, 171 f., 195, 198

- Aufgaben 130 f., 138, 140, 143 f., 146, 148, 153, 156 ff., 171 f., 195

- und Reform des englischen Gemeinnützigkeitsrechts 138, 139 f., 141, 145, 146, 148, 153, 156 ff.

D

Dienstleistungsfreiheit 116

Dritter Sektor 78, 164 f., 176, 182, 199 f., 223

- Finanzierung 182, 186, 194 f., 200

- in Großbritannien 194 f.

- in den USA 186

E

Economie sociale 115 f., 117, 118

* Bearbeitet von Malte Schwab, Hamburg

- Erbschaftsteuer** 255 f.
 – und Vorerbschaft gemeinnütziger Stiftung 259
- Erste-Hilfe-Kurse**, umsatzsteuerrechtliche Behandlung 246
- Europarecht**
 – Dienstleistungsfreiheit 116
 – Niederlassungsfreiheit *s. dort*
 – Wettbewerbsrecht *s. Wettbewerbsrecht, europäisches*
- F**
- Familienstiftung** 122, 123, 124, 131
- Feststellungsklage** 254
- Fördermitgliedschaft** 223 f., 227 ff.
 – und Haustürwiderrufsrecht 227 ff., 230 f.
 – Mitgliedschaftsrechte 228 f., 231
 – als Schenkung 229 f., 230
- Foundation**
 – im englischen Recht 170
 – im US-amerikanischen Recht 172 ff.
 – Private Foundation *s. dort*
- Fundraising** 169, 183, 219 ff. *s. auch Spendenwesen*
- G**
- Gemeinnützigkeit** 65, 114, 122, 129, 130, 200
 – einer Stiftung von Todes wegen zwischen Erbfall und Anerkennung 252 f.
 – Versagung 162, 246, 257
- Gemeinnützigkeitsrecht**
 – englisches – 122, 170 ff., 195 f.
 – Charitable Uses Act 122, 136, 141, 142 f., 143 f., 149, 150, 152, 154, 156, 195
 – Charities Bill *s. dort*
 – Charity *s. dort*
 – Charity Commission *s. dort*
 – gemeinnützige Zwecke 136, 137, 138, 139 f., 140, 142 ff., 145, 146 f., 149 ff., 157
 – Reform 135, 138, 139 ff., 144 ff., 155 ff., 196, 197
 – Rücklagenbildung 171 f.
 – Mildtätigkeit 254, 255, 258
 – Mittelverwendung *s. dort*
 – Rücklagenbildung *s. dort*
 – Steuervergünstigungen 114, 159, 176
 – für ausländische gemeinnützige Körperschaft in Deutschland 253 f.
 – Versagung 162, 246, 257
- Unmittelbarkeitsgrundsatz 250
 – US-amerikanisches – 173 ff., 176, 186 f., 187
 – Vermögensbindung 252 f., 259
 – Vermögensverwaltung 161, 162, 256
 – Vertrauensschutz nach Satzungsprüfung 258
 – Verwaltungskosten 261
 – wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb *s. dort*
 – Zweckbetrieb *s. dort*
- Genossenschaft** 114, 115
- Gewinnerzielungsabsicht** 68, 114, 224, 253
- Großspende** 251
- Gründungstheorie** 108 f.
- H**
- Haustürwiderrufsrecht**
 – bei Vereinsbeitritt 224 ff.
 – bei Vereinsbeitritt als Fördermitglied 227 ff., 230 f.
- Herkunftslandprinzip** 108 f.
- Homo Oeconomicus** *s. Ökonomie*
- K**
- Körperschaftsteuer**
 – und nichtrechtsfähige Stiftung 259
 – Richtlinie 258
 – Steuerpflicht ausländischer gemeinnütziger Stiftung, Europarechtskonformität 253 f.
- Kommunale Stiftung** 60 ff.
 – Auflösung 74, 76, 77
 – Begriff 60 f.
 – und Demokratieprinzip 68, 70 ff., 77 f.
 – Bindung an den Stifterwillen bzw. Stiftungszweck 70, 71, 74 ff.
 – Kontrolldefizite 70 ff., 78
 – Einsatzbereich 64 ff., 68 f., 70, 71 ff.
 – und kommunales Wirtschaftsrecht 68 ff.
 – und kommunalrechtliche Subsidiaritätsklauseln 71 ff., 77 f.
 – und Nebenhaushalt 67 f.
 – örtliche Stiftung
 – Begriff 60 f., 62 f.
 – Einsatzbereich 64 ff.
 – Zweck 65 f.
 – und Privatisierung 63 f., 67
 – Rechtsnatur 61 f., 63, 75 f.
 – Zweckänderung 74, 76
- Konzernrecht und Verein** *s. Verein und Konzernrecht*

- Kulturverfassungsrecht** 83 ff.
 – Grundversorgung, kulturelle 89 f., 99, 100, 102
 – Kulturbegriff 83 f., 89
 – kulturelle Freiheit 91 f., 97 ff.
 – und kultureller Wandel 92 ff.
 – Kulturstaat 83, 85 ff., 99, 101, 102
 – und öffentliche Verantwortung für die Kultur 101 ff.
 – Personale Selbstverwirklichung 90 ff., 99, 100, 102
 – Pluralismus, kultureller 88 ff., 99 f.
 – Träger der Kultur 88 ff.
 – Kommunen 89, 90, 100 f., 102
 – Medienanstalten 89 f., 100 f., 102
 – und Zivilgesellschaft 99 ff., 101, 102
- L**
- Laborexperimente**, ökonomische 216
Landesstiftungsgesetze, Novellierungen 245
Lotterie 249
- M**
- Mildtätigkeit** 254, 255, 258
Mindestausschüttung 174 f., 176, 177 f.
Mitgliederversammlung 228
Mitgliederwerbung 223 f., 224, 261
Mitgliedsbeitrag 226
Mittelverwendung 169, 204, 222, 246
 – zeitnahe – 159, 161 ff., 176 ff.
- N**
- Nebenzweckprivileg** 22, 24, 28, 29, 31 f., 33, 34, 35, 36, 38
Nichtrechtsfähige Stiftung 111
 – Körperschaftsteuerliche Behandlung 259
Nichtrechtsfähiger Verein 111
Niederlassungsfreiheit
 – Centros-Entscheidung 106 f., 109
 – Daily Mail-Entscheidung 106 f., 109
 – Gesellschaftsbegriff 109 ff.
 – entgeltliche Tätigkeit 113, 114 f., 116 f., 117, 118 f.
 – Erwerbszweck 111 ff.
 – und Gründungstheorie 108 f.
 – Inspire Art-Entscheidung 108 f.
 – und Non-Profit-Organisationen 111 ff.
 – und Sitztheorie 107 f.
 – und Stiftungen 106, 111 f., 113 f., 115, 120 f.
 – Überseering-Entscheidung 107 f., 109
 – und Wegzugsbeschränkungen 109
 – und Zuzugsbeschränkungen 106 ff.
- Non-Profit-Organisationen** 136, 165, 223
 – Finanzierung 182, 186, 194 f.
 – und Niederlassungsfreiheit 111 ff.
 – und Transparenz 182 f.
 – und Wettbewerbsrecht, europäisches 117 ff.
- Non-Profit-Sektor** s. *Dritter Sektor*
- O**
- Ökonomie**
 – Homo Oeconomicus 166, 177, 210 ff., 221
 – Grundannahmen 210 f.
 – Sinnhaftigkeit 211
 – Laborexperimente 216
 – Öffentliche Güter 208 f., 210
 – und Philanthropie s. *Philanthropie und ökonomische Theorie*
 – Prinzipal-Agenten-Theorie 166 ff., 176
 – Trittbrettfahrerverhalten 208 f., 209 f., 210, 212
- Outsourcing** s. *Ausgliederung*
- P**
- Pflichtteilergänzungsanspruch** 7 f., 9 ff., 13 f., 248
Philanthropie und ökonomische Theorie 207 ff.
 – Homo Oeconomicus und philanthropisches Verhalten 211 ff., 221
 – Mittelverwendung, Effizienz 222
 – Motive philanthropischen Verhaltens 208, 213 ff.
 – Sozialprestige 214, 215
 – Warm Glow 213 f., 214, 215
 – Spende
 – Absetzbarkeit 217 f.
 – Einkommenselastizität 218 f.
 – und Homo Oeconomicus 211 ff.
 – Preis 216 f.
 – Preiselastizität 218, 219
 – steuerliche Anreize 208, 216 ff., 221 f.
 – Spendenwerbung 208, 219 ff.
 – Effizienz 221
 – Spendenkampagnen 220
 – Trittbrettfahrerverhalten 208 f., 209 f., 210, 212
- Prinzipal-Agenten-Theorie** 166 ff., 176
Privatautonomie 48, 176

Private Foundation 173 f., 186
 – Rücklagenbildung 173, 174 f., 176
Privatisierung 63 f., 67
Privatstiftung 123, 126
Public Charity 173 f., 176
Public Private Partnership 64, 72 f.

R

Recht auf Stiftung 47, 49, 121, 123, 129, 130, 167
Rechtsvergleichung
 – Rücklagenbildung 171 f., 173, 174 f., 176, 177
 – Stiftungsrecht
 – Rechtsfähigkeit, Erlangung der – 129, 130, 131, 132
 – Reformbestrebungen 132 f.
 – staatliche Kontrolle 128 ff.
 – Stiftungssatzung, Änderung 124 f.
 – Stiftungszweck, Zulässigkeitsbeschränkungen 120 ff.
 – wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen 123 f., 125 ff., 131, 132 f.
Religionsfreiheit 98 f.
Rücklagenbildung 159 ff., 176 ff., 192
 – im englischen Gemeinnützigkeitsrecht 171 f.
 – im US-amerikanischen Gemeinnützigkeitsrecht 173, 174 f., 176, 177

S

Sammlungsgesetze 187, 200
Schenkung
 – Fördermitgliedschaft als – 229 f., 230
 – Stiftungserrichtung als – 8 ff.
 – Zuwendungen an Stiftung als – 9, 10, 11, 12
Schenkungsteuer 255 f.
Schiedsgericht 246 f.
Selbstkontrolle im Spendenwesen s. *Spendenwesen, Selbstregulierung*
Selbstzweckstiftung 123, 160
 – Unternehmensselbstzweckstiftung 123 f., 125, 126
Sitztheorie 107 f.
Spende 10, 11, 12, 44, 182, 229, 260
 – Abzugsfähigkeit 173, 217 f., 257, 258, 260
 – Abzugsrahmen 254, 255, 256
 – an Betrieb gewerblicher Art 260
 – Fördermitgliedschaft als – 229 f., 230

– und ökonomische Theorie s. *Philanthropie und ökonomische Theorie*
 – Parteispende 258
 – Sachspende 259 f.
 – statistische Daten 182, 186, 194 f., 200
 – Unternehmensspende, Untreue durch s. *Untreue*
 – an Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb, schenkungsteuerliche Behandlung 255 f.
Spendenbestätigung s. *Zuwendungsbestätigung*
Spendenhaftung 251
Spendenmarkt 169
Spendenrücktrag 251
Spendensammelstiftung 259
Spendensiegel 181, 183, 184, 185, 204 f.
 – in Deutschland 200 f.
 – in Großbritannien 196 f.
 – in den USA 187 ff.
Spendenvortrag 251
Spendenwerbung 183, 192, 203, 208, 219 ff., 261
Spendenwesen 182
 – in Deutschland 183, 199 ff.
 – in Großbritannien 183, 194 ff.
 – Selbstregulierung 181, 183, 184 f., 185, 188, 204 f.
 – in Deutschland 200, 202 ff.
 – in Großbritannien 197 ff.
 – in den USA 188, 190, 193 f.
 – Spendensiegel s. *dort*
 – staatliche Regulierung 183, 185, 204, 205
 – in Deutschland 183, 200
 – in Großbritannien 183, 195 f., 197
 – in den USA 183, 186 f.
 – Transparenz 181, 182 f., 204 f.
 – in den USA 183, 186 ff.
 – und Watchdogs s. *Watchdogs und Spendenwesen*
Sponsoring 235
Stifterfreiheit 47, 49, 121, 123, 129, 130, 167
Stifterwille 43 f., 44, 49, 52, 55, 59, 60, 64, 65, 70, 71, 74 ff., 77, 124, 125, 128, 163, 168
 – Ermittlung 55 ff.
 – mutmaßlicher – 56 f.
Stiftung 43, 48, 54, 170, 199
 – Allzweckstiftung, gemeinwohlkonforme 62
 – Anerkennung 7, 9, 12, 44, 45, 252
 – Anhangstiftung 259
 – Auflösung 74, 76, 77, 252 f., 254

- Aufwandsentschädigung für Geschäftsführer, einkommensteuerliche Behandlung 249
 - und Auskunftsansprüche, erbrechtliche 1 ff., 6 ff., 248
 - ausländische -
 - und Auskunftsansprüche, erbrechtliche 1 ff., 13 ff.
 - körperschaftsteuerliche Behandlung 253 f.
 - Autonomie 58
 - Befristung, zeitliche 43, 45, 46, 47 f., 48 ff., 51
 - Bürgerstiftung *s. dort*
 - Destinatäre 7, 121 f., 169
 - Familienstiftung 122, 123, 124, 131
 - Grundrechtssubjektivität 71
 - Insolvenz 53
 - kommunale - *s. dort*
 - und Niederlassungsfreiheit 106, 111 f., 113 f., 115, 120 f.
 - nichtrechtsfähige - *s. dort*
 - öffentliche - 65
 - öffentlich-rechtliche - 61 f., 63
 - Privatstiftung 123, 126
 - Recht auf - 47, 49, 121, 123, 129, 130, 167
 - Rücklagenbildung *s. Stiftungsvermögen*
 - Selbstzweckstiftung *s. dort*
 - Spendensammelstiftung 259
 - unternehmensverbundene - *s. dort*
 - Verbrauchsstiftung *s. dort*
 - von Todes wegen 252 f.
 - Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft«** 245 f.
 - Stiftungsaufsicht** 71, 106, 128 ff., 165, 167, 170, 175, 195, 200
 - Rechtsvergleichung 128 ff.
 - und Stiftungssatzung, Änderung der - 55, 57 f.
 - Stiftungsgeschäft**, Auslegung 56 f.
 - Stiftungsrecht**, Reform des -s 44, 46, 47, 66, 122 f., 132 f., 245
 - Stiftungssatzung** 48 ff., 131, 160
 - Änderung 55 ff., 77, 124 f., 132, 247
 - Auslegung 54 f.
 - Stiftungsvermögen** 43, 44, 128, 130
 - Admassierungsverbot 159, 160, 161 ff., 175 ff.
 - Gebot der Erhaltung des -s 44, 46 f., 49 f., 53, 54, 57, 160 f., 175, 178
 - Rücklagenbildung 159 ff., 176 ff.
 - Beschränkungen, Legitimation von - 163 ff.
 - in einer Tochtergesellschaft 162, 177
 - Thesaurierung *s. Stiftungsvermögen, Rücklagenbildung*
 - Verbrauch *s. Verbrauchsstiftung*
 - Stiftungsverzeichnis** 245
 - Stiftungsvorstand** 132, 161, 171
 - Stiftungszweck** 43, 44, 49, 57, 59 f., 64, 65, 74, 75, 105 f., 128, 129, 160 f., 165, 166, 168, 178
 - Änderung 74, 76
 - Dauerhaftigkeit der Erfüllung des -s 44, 45 f., 47 f., 49
 - Gebot der Verwirklichung des -s 160
 - Unmöglichkeit der Erreichung des -s 52 f.
 - zeitliche Begrenzung 43, 45, 46, 47 f., 48 ff., 51
 - Zulässigkeitsbeschränkungen 120 ff.
 - Stipendium**, einkommensteuerliche Behandlung 251 f.
 - Subsidiaritätsprinzip** 66
- T**
- Thesaurierung** *s. Rücklagenbildung*
 - Thesaurierungsverbot** *s. Admassierungsverbot*
 - Tombola**, Genehmigungspflichtigkeit 248 f.
 - Trust** 137, 138, 170
 - Trustee** 137, 171, 172
- U**
- Umsatzsteuer**
 - und Bildungsleistungen 257
 - und Erste-Hilfe-Kurse 246
 - und Hilfsleistungen für Blutspendedienst 249 f.
 - und psychotherapeutische Leistungen 250
 - Unmittelbarkeitsgrundsatz** 250
 - Unternehmensspende**, Untreue durch *s. Untreue*
 - Unternehmensverbundene Stiftung** 105, 124, 125, 166, 176
 - Rechtsvergleichung 123 f., 125 ff., 131, 132
 - Untreue** durch Unternehmensspende 233 ff.
 - Vermögensbetreuungspflicht 234, 235 ff., 238, 239 f., 242
 - Vermögensschaden 234, 237 f., 238, 239 ff.

V

- Veranlasserhaftung** 251
- Verbrauchsstiftung** 43 ff., 178
 - Begriff 45
 - und Stiftungssatzung 48 ff., 54 ff.
 - Zulässigkeit
 - Gründung als Verbrauchsstiftung 45 ff.
 - Umstellung auf Verbrauchsstiftung 50 f., 51, 53 ff.
- Verein** 113, 115, 199, 223
 - ausländischer –, Beteiligtenfähigkeit 248
 - Betätigungsverbot 248
 - Erlöschen wegen Mitgliederwegfalls 247 f.
 - und Konzernrecht 22, 33, 34 ff.
 - Konzernhaftung 22, 25 ff., 33, 35, 37
 - Unternehmenseigenschaft 25, 29, 35, 37
 - Mitglied 226, 227
 - Mitgliederversammlung 228
 - Mitgliedsbeitrag 226
 - Mitgliedschaft s. *Vereinsmitgliedschaft*
 - Nebenzweckprivileg 22, 24, 28, 29, 31 f., 33, 34, 35, 36, 38
 - nichtrechtsfähiger – 111
 - Unternehmensbeteiligung 23, 29
 - Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit 24 ff., 27 f., 33, 34 ff.
 - Unternehmereigenschaft, verbraucher-schutzrechtliche 224 f., 226
 - Vereinsklassenabgrenzung 29 ff.
 - und wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb 21, 22 f., 24, 25, 27 f., 28 f., 30 f., 31 ff., 34
 - Ausgliederung 18, 29, 33
 - und Wettbewerbsrecht 22, 23 f.
 - wirtschaftlicher – 27, 28 f., 29 ff., 33
- Vereinsbeitritt** und Haustürwiderrufsrecht 224 ff., 230 f.
- Vereinsfreiheit** 129
- Vereinsgericht** als Schiedsgericht 246 f.
- Vereinsklassenabgrenzung** 29 ff.
- Vereinsmitglied** 226, 227
- Vereinsmitgliedschaft** 226
 - echte – 226, 227 f., 230, 231
 - Fördermitgliedschaft s. *dort*
 - Mitgliedschaftsrechte 31, 37, 228, 231
 - unechte – 227, 228 f., 230

- Vereinszweck** 21, 22, 28, 29, 31, 33
 - Nebenzweckprivileg 22, 24, 28, 29, 31 f., 33, 34, 35, 36, 38
- Vermögensbindung** 252 f., 259
- Vermögensverwaltung** 161, 162, 256
- Verwaltungskosten** 189, 192, 203, 261
- Vorerbschaft** gemeinnütziger Stiftung, erb-schaftsteuerliche Behandlung 259

W

- Watchdogs** 172
 - und Spendenwesen 181, 183, 184, 185, 204 f.
 - in Deutschland 202
 - in Großbritannien 196 f., 202
 - in den USA 191 ff., 194, 202
- Wettbewerbsrecht, europäisches** 112, 117 ff.
 - und Non-Profit-Organisationen 117 ff.
 - Unternehmensbegriff 117 f.
- Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb** 162, 169, 255 f.
 - Aufwendungen, unangemessene 256 f.
 - Ausgliederung 18, 29, 33
 - einheitlicher – 253
 - Sachmittelgestellung als – 256
 - im Vereinsrecht 21, 22 f., 24, 25, 27 f., 28 f., 30 f., 31 ff., 34
- Wirtschaftlicher Verein** 27, 28 f., 29 ff., 33
- Wissenschaftsfreiheit** 97 f.
- Wohlfahrtsstaat** 139

Z

- Zivilgesellschaft** 99 ff.
 - und Kulturverfassungsrecht 99 ff., 101, 102
- Zustiftung** 10, 11, 12, 60, 64, 71, 72, 73, 74, 76 f., 77
- Zuwendungsbestätigung** 216
 - bei Parteispenden 258
 - bei Sachspenden 259 f.
 - Veranlasserhaftung 251
 - Vertrauensschutz 257, 258
- Zweckbetrieb** 168 f., 176, 250, 255, 256
 - integrative Einrichtungen als – 259
 - Totalisator als – 255
 - Wettbewerbsverbot 250, 257 f.

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

Herausgegeben von
W. Rainer Walz, Karsten Schmidt und Peter Rawert

Band I

Band I/1

Stiftungsrecht in Europa

Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten
der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA

Herausgegeben von Klaus J. Hopt und Dieter Reuter

2001. XXVI, 1010 Seiten. Leinen.

ISBN 3-452-24942-5

Band I/2

Hochschulstandort Deutschland

Rechtlicher Rahmen – Politische Herausforderungen

Herausgegeben von Jörn Axel Kämmerer und Peter Rawert

2003. XII, 201 Seiten. Leinen.

ISBN 3-452-25453-4

Band I/3

Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor

Herausgegeben von W. Rainer Walz

2004. X, 220 Seiten. Leinen.

ISBN 3-452-25697-9

Band I/4

Stiftungsrecht im 20. Jahrhundert

Auswahlbibliographie

Von Peter Rawert und Sabine Schlosshan

2004. XIII, 117 Seiten. Leinen. Buch + CD-ROM.

ISBN 3-452-25705-3

Band II

Band II/1

Ausstieg aus dem Dritten Sektor

Juristische Probleme bei der Beendigung der Gemeinnützigkeit

Von Hardy Fischer

2005. XVI, 216 Seiten. Engl. Broschur.

ISBN 3-452-25983-8

Non Profit Law Yearbooks

Non Profit Law Yearbook 2001

Herausgegeben von Hein Kötz, Peter Rawert, Karsten Schmidt, W. Rainer Walz

Schriftleitung: Florian Asche

2002. XVI, 318 Seiten. Engl. Broschur.

ISBN 3-452-25111-X

Non Profit Law Yearbook 2002

Herausgegeben von Hein Kötz, Peter Rawert, Karsten Schmidt, W. Rainer Walz

Schriftleitung: Florian Asche

2003. X, 298 Seiten. Engl. Broschur.

ISBN 3-452-25282-5

Non Profit Law Yearbook 2003

Herausgegeben von Hein Kötz, Peter Rawert, Karsten Schmidt, W. Rainer Walz

Schriftleitung: Florian Asche

2004. X, 296 Seiten. Engl. Broschur.

ISBN 3-452-25748-7

Non Profit Law Yearbook 2004

Herausgegeben von W. Rainer Walz, Hein Kötz, Peter Rawert, Karsten Schmidt

Schriftleitung: Florian Asche

2005. X, 294 Seiten. Engl. Broschur.

ISBN 3-452-26038-0



Carl Heymanns Verlag