

Walz/Hüttemann/Rawert/Schmidt (Hrsg.)
Non Profit Law Yearbook 2005

BUCERIUS LAW SCHOOL

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

Non Profit Law Yearbook 2005

Herausgegeben von

W. Rainer Walz · Rainer Hüttemann
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 oder Fehler beim Satz oder Druck.

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



© Carl Heymanns Verlag GmbH · Köln · Berlin · München 2006

Ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland

50926 Köln

E-Mail: service@heymanns.com

<http://www.heymanns.com>

ISBN 13: 978-3-452-26440-4

ISBN 10: 3-452-26440-8

Druck: Gallus Druckerei KG Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

W. Rainer Walz zum Gedächtnis

Unmittelbar vor Drucklegung dieses Jahrbuchs ist sein Mitherausgeber Rainer Walz verstorben. Sein Tod kam völlig überraschend. Das nachstehende Vorwort stammt noch aus seiner Feder. Es war sein letztes Manuskript.

Rainer Walz hat das Non Profit Law Yearbook seit seiner ersten Ausgabe begleitet. Er hat es durch seine Ideen und seine Arbeit wesentlich geprägt. Seine Handschrift wird in ihm weiterleben. Wir sind ihm sehr dankbar.

Hamburg im Juli 2006

Herausgeber und Schriftleitung

Vorwort

Die biblische Aussage, dass der Mensch nicht allein vom Brot lebt, bezieht sich auf religiöse Bedürfnisse, die in einer Gemeinde oder Kirche gepflegt werden können. Heute wird durch Philanthropie, Engagement für Natur und Umwelt, altruistische Aktivitäten aller Art ein Handlungs- und Erfahrungsfeld skizziert, das nicht mehr durch eine Ordnungsstruktur beschrieben werden kann. Die zentrale Idee lässt sich fassen als private freiwillige Initiative für den gemeinen Nutzen. Man kann ihr den Namen Zivilgesellschaft, bürgerschaftliches Engagement, freiwilliger Sektor oder philanthropisches Mäzenatentum geben. Rechtlich steht die Idee der Selbstlosigkeit im Zentrum: ein schwieriges Konzept. Die darunter zu subsumierende Handlung darf nicht geprägt werden durch Profit, möglichst hohe Rentabilität oder pekuniäre Vorteile. Das heißt nicht, dass es keine Gewinnerzielungsabsicht geben darf, sondern nur, dass der Ertrag, den eine Organisation, ihre Investoren und ihr Management verdienen dürfen, in einer äußerlich klar nachvollziehbaren Weise dem ideellen Zweck untergeordnet sein muss. Nicht die Frage ist entscheidend, ob Selbstlosigkeit mit einem gewissen Maß von Eigennutz vereinbart sein kann, sondern die Frage nach dem Hauptimpuls, nach der Handlungslogik, die die Aktivitäten, die organisatorische Struktur und die Finanzierung beherrschen. Alle Regeln, die die Organisation und Finanzierung ermöglichen und erleichtern, die Anreize zu freiwilligem Handeln geben und verschwenderisches Verhalten kontrollieren, sollen darauf ausgerichtet sein, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit des Sektors zu stärken.

Die Beiträge dieses Bandes sind nach den anerkannten Bezeichnungen der Rechtsgebiete geordnet, denen sie zugehören. Das ist ein äußerliches Ordnungsprinzip. Eine andere Anordnung ergibt sich aus der Perspektive des Non-Profit-Sektors selbst. *Ansgar Hense* beschäftigt sich mit religiösen Stiftungen in einer multi-religiösen Gesellschaft. Die christlichen Kirchen, das Judentum und der Islam besitzen alle unterscheidbare theologisch begründete stiftungsrechtliche Traditionen. Das deutsche Staatsrecht lässt alle religiösen Stiftungen zu, bevorzugt aber solche aus körperschaft-

lich verfassten Kirchen und Gemeinschaften, eine Voraussetzung, die der Islam derzeit nicht erfüllt. *Peter Rawert* analysiert die zivilrechtlichen Strukturen des Gebens bei Sammlungen. Es entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Geber, Sammler und Destinatär. Der anonyme Geber, vielleicht der wertvollste Spender, ist nahezu rechtlos gestellt, eine durchaus logische Konsequenz. *Marita Haibach* führt uns in die Realien des Fundraising ein: sie beschreibt den dort stattfindenden Prozess der Professionalisierung und erklärt die Gründe für diese Entwicklung. Der Beitrag von *Florian Mercker* und *Peter Stingel* konzentriert sich auf verbraucher- und unlauterkeitsrechtliche Aspekte, die die modernen Fundraising-Methoden aufwerfen.

Das Recht erlegt dem Stab der Non-Profit-Organisationen Handlungsbeschränkungen auf. *Frank Saliger* behandelt das bisher kaum beachtete strafrechtliche Problem der Untreue von Stiftungsmanagern. Diese kann in unterschiedlichen Formen auftreten als Pflichtverletzung bei der Vermögensverwaltung, bei der zweckwidrigen Vermögensverwendung, bei unsorgfältiger Rechnungslegung und als mangelhafte Kontrollaktivität in einem Beirat. *Ulrich Battis* und *Klaus Joachim Grigoleit* setzen sich mit der Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für die private Universität auseinander. Diese ist nicht nur Grundrechtsträgerin, sondern unterliegt zugleich einer mittelbaren Grundrechtsbindung, aus der sich Anforderungen an die Binnenorganisation der Hochschule ergeben. Eine weitere Art von Handlungsbeschränkungen behandelt *Hanns Prütting*, nämlich solche, die aus einem Konflikt mit dem Rechtsberatungsgesetz erwachsen, das die Rechtsberatung den Anwälten vorbehält. In der Praxis der Vereine werden Mitglieder häufig unentgeltlich rechtlich beraten.

Noch eine andere Art der Handlungsbeschränkung folgt aus dem *numerus clausus* der Rechtsformen. Wie weit darf der Rechtsgestalter vom Normaltyp der gewählten Organisationsform abgehen? Aus Anlass der vereinsnah organisierten Bürgerstiftungen geht *Ulrich Burgard* dieser Frage für die rechtsfähige Stiftung nach, während *Susanne Kals* und *Nora Aburumieh* die Eignung des Vereins für wirtschaftliche Tätigkeiten nach österreichischem Recht untersuchen, allerdings mit rechtsvergleichendem Blick auf deutsches Recht.

Ein zentraler Teil des Non-Profit-Rechts ist das Steuerrecht, vor allem das Gemeinnützigkeitsrecht. In seinem Beitrag über Umsatzsteuer und gemeinnützige Organisationen erläutert *Wolfram Reiß* die oft nicht verstandenen Unterschiede zwischen Befreiungen bei den Ertragssteuern und Freistellungen bzw. Satzermäßigungen bei der Umsatzsteuer. Er hält die ermäßigten Sätze für gemeinnützige Organisationen für europarechts- und systemwidrig. *Christian Waldhoff* beschäftigt sich mit der Struktur des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts, das häufig als veraltet, kompliziert, unklar und auf verschiedene Rechtsquellenebenen verteilt dargestellt wird. Er warnt vor zu simplen Vereinfachungsforderungen. Nicht jedes Gesetz, das unnötig kompliziert sei und deswegen erhebliche Verwaltungskosten mit sich bringe, sei gleich verfassungswidrig. Die schwierige Grenzlinie zwischen den Kompetenzen des Gesetz- und denen des Verordnungsgebers bzw. Richtlinienerlassers verhindere klare und einfache Lösungen.

Der Beitrag *Dieter Reuters* überschreitet die Grenze zum For-Profit-Sektor mit der Frage nach der sozialen Verantwortlichkeit eines Unternehmensmanagers. Geht diese über eine langfristige Sicherstellung ökonomischer Vorteilhaftigkeit für die Unternehmensinvestoren hinaus? Indem er diese Frage verneint, wird der Aufsatz zu einem wichtigen Beitrag zur Grenzziehung zwischen For-Profit- und Non-Profit-

Vorwort

Sektor. Wer diese Grenze zuverlässig ziehen will, muss sich immer schon jenseits der Grenze umgesehen haben.

Herzlich gedankt sei dem Schriftleiter *Florian Asche* für seinen großartigen Einsatz und für die sorgfältige Dokumentation der Rechtsentwicklung, insbesondere der Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsvorschriften, die das Jahr 2005 hervorgebracht hat. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter *Antje Krüger-Kampfenkel* 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.

Hamburg im Juli 2006

W. Rainer Walz

Just as this Yearbook was about to be sent to print, its co-editor Rainer Walz tragically passed away. His death came as an utter shock. He wrote this foreword with his own hand. It was his last manuscript.

Rainer Walz was the force behind the Non Profit Law Yearbook from its first edition on. It bears the stamp of his ideas and his work and as such will be a fitting memorial. We are very grateful to him.

Hamburg, July 2006

The editors

Preface

The biblical maxim that ‘Man doth not live by bread only’ addresses religious needs to be cultivated within a parish or church. Today philanthropy, environmental commitment, idealistic altruism of all kinds encompass a wide field of human endeavour embedded in a manifold range of structures. The central idea, which may be described as private action directed at public benefit, goes under various names: civil society, civil engagement, voluntary sector, philanthropic involvement. Legally speaking, the most central concept is selflessness. A difficult concept in theory, selflessness is correspondingly difficult to control in practice. The activity must not be dominated by a profit motive, a normal business purpose or other pecuniary advantage. This does not mean that a profit motive or a motive of personal advantage has to be entirely absent, but the profit that a public benefit organization, its financiers and its managers can earn has to be clearly subordinated to the service of a dominant idealistic mission which embodies the public purpose recognized by law. The question is less whether selflessness permits a certain degree of selfishness, but rather what rule dominates the activity, the organization and the financing of the organization. The regulatory structures enabling organization and finance, encouraging voluntary action and maecenatic giving, calling for responsible and efficient behaviour, accountability and disclosure have to be developed in such a way public confidence in the sector is not jeopardized.

The present contributions are ordered according to generally accepted legal categories, reflecting the outsider perspective. A truly non-profit law perspective would suggest a different sequence. *Ansgar Hense’s* subject is religious foundations in a multi-religious society. The Christian churches, Judaism and Islam all possess distinctive legal traditions of foundations. State foundation law generally admits of any foundation with religious objects, but favours church foundations or religious communities which are organised as public corporations pursuant to Article 140 Basic Law/Article 137 Para. 5 WRV. *Peter Rawert* describes the civilian structures of giving where money is collected by or on behalf of non-profit organizations. Donations are analyzed within a legal structure of three actors: collector, donor and beneficiary. Anonymous giving, while perhaps the most noble manner of philanthropy, is also the weakest legally. *Marita Haibach* introduces us to the realities of modern fundraising,

Preface

describing a trend towards systemized requests, client oriented concepts, and permanent communication with donors requiring the professionalisation of fundraising. *Florian Mercker's* and *Peter Stingel's* article focuses on the relationship of modern fundraising methods to the law of consumer protection and unfair trade law, which seem ill-prepared to address the specific problems arising in this field.

Coming to the legally imposed limits on the actions of non-profit organizations, there is a criminal law contribution by *Frank Saliger* on the breach of trust by foundation executives. Breaches of duty, relevant for the establishment of criminal liability, can be found in asset management and the allocation of resources contrary to the purpose of the foundation, in irregular accounting, as well as in breach of duty by the Supervisory Board. *Ulrich Battis* and *Klaus Joachim Grigoleit* emphasize the significance of academic freedom, as laid down in the German Basic Law, for private universities. They are not only holders of this basic right, but also subject to it, which entails requirements pertaining to their internal organisation. Quite a different limit is imposed by a German law conferring a monopoly over legal counselling on the established legal professionals. Many associations have a habit of giving free legal advice to their members. The conflict and possible solutions are analyzed in the contribution of *Hanns Prütting*.

Ulrich Burgard focuses on the question whether a foundation as a separate legal entity without members cannot be approximated to an association. Some of the traditional restrictions imposed by a legal dominant opinion should be abolished to widen the scope for shaping the foundation: a board of founders could very well fulfil many of the functions of a general assembly of members. *Susanne Kalss* and *Nora Aburumieh* also consider choice of legal form problems when they assess the adequacy of the Austrian association as a legal form for operating a business. The lack of broad protection of creditors and the lack of transparency are often cited as disadvantages of this form of organisation.

An essential element of non-profit law are tax law privileges tied to certain rather complicated conditions that must be fulfilled. In his article on non-profit organizations and VAT *Wolfram Reiß* confronts us with the discrepancy between normal income or corporate income tax privileges, and VAT tax relief. Some of the existing forms of relief are contrary to the basic idea of VAT. Reduced tariffs should not be attached to non-profit status but rather to certain activities irrespective of status. *Christian Waldhoff* addresses the structure of public benefit tax exemption as a whole. This is a body of law which is often considered to be unsystematic, complicated and obscure, imposing an enormous administrative burden on tax authorities and tax payers alike. The author is sceptical whether much can be done. Unfortunate and cost generating regulations are not automatically unconstitutional. The difficult borderlines between parliamentary and executive competence in the field simply allow of no ready and easy categories.

Dieter Reuter crosses into the for-profit sector by asking whether there is a social responsibility for management in normal enterprises going beyond a long term vision of the economic advantage of the business. *Reuter's* answer is negative – and this is an important contribution for non-profit law, since before drawing a reliable borderline one has to scrutinize what lies beyond.

The editors extend their sincere thanks to *Florian Asche*, our editor-in-chief, for his unremitting commitment and painstaking documentation of current legal devel-

Preface

opments, in particular the court decisions and administrative regulations produced by the year 2005. A debt of gratitude is also owed to the research assistants *Antje Krüger-Kampfenkel* and *Malte Schwab* for the compilation of this year's bibliography and the index.

We are grateful to Deutsche Bank AG for its financial support and to Heymanns Verlag for intensive cooperation.

Hamburg, July 2006

W. Rainer Walz

Inhalt

Vorwort/Preface	VII
-----------------------	-----

Öffentliches Recht/Europarecht/Steuerrecht

Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität	1
ULRICH BATTIS/KLAUS JOACHIM GRIGOLETT, Berlin	
»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft: religionsverfassungs- und stiftungsrechtliche Problemübersicht.....	15
ANSGAR HENSE, Bonn	
Gemeinnützige Organisation, Leistungen im Gemeinwohlinteresse und harmonisierte Umsatzsteuer.....	47
WOLFRAM REISS, Erlangen-Nürnberg	
Regelungsstrukturen des deutschen Gemeinnützigkeits- und Spenden- rechts – Kritik und Reform.....	75
CHRISTIAN WALDHOFF, Bonn	

Zivilrecht und Zivilrechtsvergleichung

Mitgliedschaft und Stiftung – Die rechtsfähige Stiftung als Ersatzform des eingetragenen Vereins –	95
ULRICH BURGARD, Magdeburg	
Corporate Governance im wirtschaftlich tätigen Verein im österreichischen Recht	125
SUSANNE KALSS/NORA ABURUMIEH, Wien	
Zivilrechtsfragen des Spendens	165
PETER RAWERT, Hamburg	
Die soziale Verantwortung von Managerunternehmen im Spiegel des Rechts	185
DIETER REUTER, Kiel	

Inhalt

Strafrecht

Untreue bei Stiftungen	209
FRANK SALIGER, Hamburg	

Kürzere Beiträge

Anforderungen an eine erfolgreiche Fundraising-Praxis	229
MARITA HAIBACH, Wiesbaden	
Fundraising – Rechtliche Grenzen der Spendenwerbung von gemeinnützigen Organisationen in Deutschland	241
FLORIAN MERCKER/PETER STINGEL, München	
Rechtsberatung durch Vereine, Verbände und Stiftungen	255
HANNS PRÜTTING, Köln	

Dokumentation

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zum Dritten Sektor im Jahr 2004/2005	269
FLORIAN ASCHE, Hamburg	
Auswahlbibliografie des Non-Profit-Rechts 2005	305
ANTJE KRÜGER-KAMPFENKEL, Hamburg	
Autorenverzeichnis	343
Sachregister	345

Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität

ULRICH BATTIS/KLAUS JOACHIM GRIGOLEIT

I. Einführung	1	III. Grundrechtsschutz in der Binnenorganisation.	9
II. Grundrechtsschutz und Grundrechtsbindung der privaten Hochschule	2	1. Grundrechtsschutz durch Funktionsabgrenzung	9
1. Die private Universität als Grundrechtsträger	3	2. Grundrechtsschutz des Wissenschaftlers.	12
2. Grundrechtliche Bindungen der privaten Hochschule	6	IV. Zusammenfassung	13
		V. Summary	14

I. Einführung

Identitätsstiftendes Merkmal wissenschaftlicher Hochschulen ist ihre zentrale Bezogenheit auf Forschung und Lehre. Die daraus resultierende spezifische Nähe zu den Regelungsgehalten der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) wirft vielschichtige Fragen im Hinblick auf die Organisationsstrukturen der Hochschulen, auf ihr Verhältnis zum Staat, auf grundrechtliche Bindungen und Rechtspositionen innerhalb der Hochschule und auf die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse insbesondere des Lehrpersonals an Hochschulen auf. Dabei neigt die Staatsrechtslehre eher dazu, die Steuerungsfähigkeit der schlichten grundgesetzlichen Gewährleistung in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG: »Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei«, auch angesichts ihres kulturstaatlichen Kontextes zu überschätzen.¹ Insoweit hatte das zur Gruppenuniversität ergangene »Hochschulurteil« des BVerfG² die Hoffnung genährt, das Grundrecht schütze, wenn schon nicht »die deutsche Universität« so doch zumindest deren korporative Grundstrukturen vor wissenschafts- und hochschulpolitischen Zugriffen des Gesetzgebers.

Diese Hoffnungen wurden jedoch weitgehend enttäuscht. Mit der Entscheidung zum Brandenburgischen Hochschulgesetz³ hat das BVerfG auch die korporativen Hochschulstrukturen weitgehend dem Zugriff des Reformgesetzgebers geöffnet. Das Gericht akzeptierte die gesetzgeberische Hochschulorganisation nach Grundsätzen des Wissenschaftsmanagements durch monokratische Leitungsorgane und damit die Abwendung von der Gremienstruktur. Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Hochschulorganisation sei kein Selbstzweck. Dem Gesetzgeber stehe es frei, neue

1 Vgl. etwa *Hufeld*, DÖV 2002, 309, 311 ff.; *Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 95 ff.; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, RdNr. 149 f.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 RdNr. 167; *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 RdNr. 21, 57; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 5 RdNr. 380 ff.

2 BVerfGE 35, 79.

3 BVerfGE 111, 333.

Modelle und Steuerungstechniken einzuführen, soweit durch sie die wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung nicht »strukturell gefährdet« werde. Welches Maß an Beteiligung der grundrechtsgeschützten Wissenschaftler hierfür erforderlich ist, bleibt in der Entscheidung unklar.

Die Entscheidung eröffnet der an Ökonomisierung, Internationalisierung und Europäisierung orientierten gegenwärtigen Reformwelle⁴ jedenfalls ein weites Experimentierfeld. Die Orientierung an privatwirtschaftlichen Organisationsstrukturen bis hin zur Übernahme von aktienrechtlichen Organbezeichnungen⁵ mag als unangemessen anbiedernd abgelehnt werden, verfassungswidrig ist sie für sich genommen jedenfalls nicht.

Das Bezugssystem des Wissenschaftsgrundrechts verändert sich demgegenüber nochmals erheblich, wenn an die Stelle der staatlichen Universität eine private Hochschule tritt. Hier wirft die Gemengelage zwischen privatrechtlicher Organisation und staatlicher Anerkennung, zwischen privater Trägerschaft unter möglicherweise hoheitlicher Gründungs- oder Finanzierungsbeteiligung zahlreiche Zweifelsfragen auf, die bisher wenig Beachtung gefunden haben. Für den nachfolgenden Überblick soll zunächst die private Hochschule im Gewährleistungsbereich des Wissenschaftsgrundrechts verortet werden (II.) um daraus Anforderungen in der Binnenorganisation zu entwickeln (III.).

II. Grundrechtsschutz und Grundrechtsbindung der privaten Hochschule

Grundrechte regeln in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich in allererster Linie Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger. Beteiligt am Grundrechtsverhältnis sind damit der Staat als verpflichteter Grundrechtsadressat und der Bürger als berechtigter Grundrechtsträger. Von diesem Normalbild weicht die Rechtslage im Anwendungsbereich der Wissenschaftsfreiheit traditionell ab, weil und soweit die Hochschule als Träger hoheitlicher Gewalt einerseits grundrechtspflichtig, andererseits aber als mit beschränkter Autonomie ausgestattete Selbstorganisation der Wissenschaft gegenüber dem Staat grundrechtsberechtigt ist.

Insofern stellt die private Hochschule möglicherweise empirisch gesehen eine Ausnahme dar. Jedenfalls auf den ersten Blick nähert sich mit ihr aber das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit der normativen Normalsituation wieder an. Denn die private Hochschule ist in erster Linie Grundrechtsträger (1). Allerdings ist auch die private Hochschule auf »Teilhabe« am öffentlichen Bildungssystem angewiesen und kommt schon deshalb nicht ohne staatliche Leistung aus. Aus dieser Verwiesenheit ergibt sich eine mittelbare Grundrechtsbindung (2).

4 Vgl. zu deren verfassungsrechtlicher Einordnung zuletzt die Referate von *Mager* und *Hendler* auf der Staatsrechtslehrertagung im Oktober 2005 in Frankfurt, VVDStRL 65 (erscheint 2006).

5 Vgl. die Umbenennung der Hochschulorgane in »Vorstand« und »Aufsichtsrat« durch §§ 16, 20 LHG BW; kritisch dazu *Schmoll*, F.A.Z. v. 12.1.2005.

1. Die private Universität als Grundrechtsträger

Unabhängig von ihrer (gesellschafts-)rechtlichen Ausgestaltung ist die private Hochschule eine juristische Person des privaten Rechts. Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG können auch juristische Personen Grundrechtsträger sein, soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar ist. Ob dies für die Freiheit von Forschung und Lehre der Fall ist, erscheint nicht ganz unzweifelhaft, da Wissenschaft als analytischer und kreativer Prozeß notwendig an individuelle Fähigkeiten gebunden ist. Andererseits ist jedoch evident, daß dieser individuelle Erkenntnisprozeß in der Regel nicht voraussetzungslos möglich ist, sondern aus Ressourcen und Strukturen gespeist wird, die vorgehalten werden müssen. Auch diese Wissenschaftsvoraussetzungen nehmen am Schutz des Grundrechts teil.⁶ Auf juristische Personen, deren Aufgabe darin besteht Ressourcen und Strukturen bereitzuhalten, die Forschung und Lehre ermöglichen, ist das Wissenschaftsgrundrecht daher seinem Wesen nach anwendbar.⁷ Allerdings fehlt dem Grundrechtsschutz der juristischen Person aus Art. 5 Abs. 3 GG damit der »Selbstzweck«, der die Grundrechtsausübung durch natürliche Personen kennzeichnet und deren auch in der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kern ausmacht. Demgegenüber ist der Grundrechtsschutz der juristischen Person nur Mittel zum Zweck. Die auf den individuellen Erkenntnisprozess bezogene funktionale Bedeutung des Wissenschaftsgrundrechts führt zu dessen individualrechtlicher Rückbindung: Die juristische Person kann sich auf Art. 5 Abs. 3 GG nur berufen, weil und soweit in ihrem Organisationsbereich wissenschaftliche Betätigung natürlicher Personen ermöglicht wird.⁸

a) Abwehrrechtliche Gehalte

Zunächst stellt das Wissenschaftsgrundrecht ein Abwehrrecht dar, das dem Staat den Zugriff auf den Prozeß wissenschaftlicher Erkenntnis und ihrer Weitergabe verbietet. Anders als die staatliche Hochschule, die als Hoheitsträger nicht nur Grundrechtsträger, sondern vor allem auch Grundrechtsadressat ist⁹ und daneben etwa Bindungen aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip unterliegt und deren wissenschaftliche Autonomie deshalb von vornherein limitiert ist, genießt die private Universität die Wissenschaftsfreiheit prinzipiell uneingeschränkt. Sie ist deshalb in der Organisation ihrer Entscheidungsabläufe, bei der Auswahl von Personal und Studenten, bei der Gestaltung von Studiengängen und Prüfungsordnungen grundsätzlich an keinerlei staatliche Auflagen gebunden. Eine »Rechtsaufsicht« über universitäre Abläufe und Entscheidungen findet nur im Rahmen privatrechtlichen Rechtsschutzes, also auf Antrag vor den zuständigen Gerichten statt. Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3

6 Vgl. *Starck* (Fn. 1), RdNr. 408; *Bethge*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 5 RdNr. 210 f.

7 *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und Institutionalisierung, 1994, S. 357 ff.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 5 Abs. 3 RdNr. 128.

8 Näher dazu unten 2.

9 Zu dieser »janusköpfigen« Grundrechtssituation: *Starck* (Fn. 1), RdNr. 409; *Schmidt-Aßmann*, FS *Thieme*, 1993, S. 697, 702 ff.

GG gewährt der freien Wissenschaftseinrichtung also umfassenden Schutz vor staatlicher Ingerenz, soweit die Einrichtung ihren Angehörigen nach innen den Betrieb freier Wissenschaft ermöglicht.

Die in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit bezieht sich auch auf die Gründung einer privaten Hochschule.¹⁰ Es besteht keinerlei Veranlassung dazu, der Organisation der kollektiven Wissenschaftsausübung diesen grundrechtlichen Schutz zu versagen. Der Gegenschluss aus Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GG, der ausdrücklich die Privatschulfreiheit gewährleistet, verfängt nicht.¹¹ Denn mangels spezifischer Freiheitsgewährleistung von Schulunterricht hatte der Verfassungsgeber im Anwendungsbereich des Art. 7 GG Veranlassung, das Privatschulwesen ausdrücklich besonders zu schützen. Diese Veranlassung bestand im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG nicht.

Von der Gründungsfreiheit ist das staatliche Aufsichtsrecht zu unterscheiden. Die staatliche Aufsicht ist als Freiheitsbeschränkung angesichts der Schrankenlosigkeit des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG nur zulässig, soweit sie zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang erforderlich ist. Hoheitliche Eingriffe sind danach insbesondere zum Schutz von Grundrechten Dritter, etwa auch der beteiligten Hochschulangehörigen, zulässig. Inwieweit daneben – etwa wegen anstößiger Forschungs- und Lehrinhalte bzw. -methoden – auch die »öffentliche Ordnung« und damit Sittlichkeitsvorstellungen der Allgemeinheit Eingriffe in die Grundrechtsfreiheit rechtfertigen,¹² erscheint hier wesentlich zweifelhafter als bei entsprechender Einschränkung von Grundrechten, die unter Gesetzesvorbehalt stehen.¹³

Ein verfassungsimmanentes Schutzbedürfnis kann insbesondere auch das öffentliche Hochschulsystem beanspruchen. Deshalb ist es etwa zulässig, bereits die Verwendung der Begriffe »Hochschule« oder »Universität« als Firma unter staatlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen.¹⁴

b) Teilhaberechtliche Gehalte

Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit stellt nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch eine grundlegende Wertentscheidung der Verfassung¹⁵ und als solche einen maßgeblichen Aspekt des übergreifenden Kulturstaatsgebots¹⁶ dar.¹⁷ Diese Wertentscheidung verpflichtet den sich als Kulturstaat verstehenden Staat dazu, sich für die Verwirklichung der Idee freier Wissenschaften einzusetzen und in seinem Handeln »schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen.«¹⁸

10 *Starck* (Fn. 1), RdNr. 361; a. A. *Lorenz*, HbWissR, 2. Aufl. 1996, Bd. 1, S. 1157, 1163.

11 Vgl. aber etwa *Blankenagel*, AöR 105 (1980), 35, 37, der aus dem Umkehrschluß sogar auf ein Verbot privater Hochschulen schließen will.

12 Der Konflikt wird gegenwärtig etwa im Zusammenhang mit der »Plastination« und Ausstellung von Leichen diskutiert, vgl. dazu zuletzt VGH BW, Urt. v. 29.11.2005, 1 S 1161/04.

13 Vgl. im Zusammenhang mit der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG BVerfGE 69, 315 – Brokdorf; BVerfG, NJW 2004, 2814, 2816; *Battis/Grigoleit*, NJW 2001, 2054.

14 Vgl. dazu BVerwG, DVBl 1979, 750; BVerwG, DVBl 1994, 1366; *Thieme*, DÖV 1977, 484.

15 BVerfGE 35, 79, 114; 93, 85, 95.

16 Dazu *Trute* (Fn. 7), S. 182 ff.

17 BVerfGE 35, 79, 114; 111, 333, 353; *Pernice* (Fn. 1), RdNr. 18.

18 BVerfGE 35, 79, 114.

Dem Staat kommt deshalb insbesondere die Verpflichtung zu, die zur Pflege freier Wissenschaften erforderlichen personellen, sachlichen und organisatorischen Mittel bereitzustellen und innerhalb des dadurch entstehenden, mit öffentlichen Mitteln eingerichteten Wissenschaftsbetriebs geeignete Strukturen zu schaffen, damit der grundrechtliche Freiraum so weit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtung und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist.¹⁹ Diesen Verpflichtungen kommt der Staat durch die Einrichtung des öffentlichen Hochschulsystems nach.

Die kulturstaatliche Verpflichtung für die Gewährleistung freier Forschung und Lehre erschöpft sich nicht darin, Hochschulen zu errichten und organisatorisch und finanziell auszustatten. Die Funktionsfähigkeit der Hochschulinstitutionen erfordert vielmehr eine Reihe von Regelungen, die Bedeutung und Stellung der Hochschule in der Gesellschaft konstituieren. Dazu gehört etwa die Verleihung des Promotionsrechts, des »vornehmsten Privilegs« der Universität und eines unentbehrlichen, identitätsstiftenden Merkmals der wissenschaftlichen Hochschule.²⁰ Dazu gehören aber auch Regelungen zur Ausgestaltung und zum Schutz wissenschaftlicher Ausbildung und Abschlüsse. Berufsrechtliche Bestimmungen, die einen Hochschulabschluss als Voraussetzung der Berufsausübung verlangen, staatliche Prüfungen und Laufbahnregelungen, die ein Hochschulstudium voraussetzen, Regelungen über die Verleihung und Führung akademischer Titel und Grade, die in allen Hochschulgesetzen der Länder vorgesehen sind, bestimmen Wert und Bedeutung der Ausbildungsleistung der Hochschulen.

Daraus wird ersichtlich, dass sich die Teilhabefrage nicht nur und nicht einmal in erster Linie im Hinblick auf finanzielle Zuwendungen stellt, sondern zuallererst dort, wo die staatliche Rechtsordnung an den wissenschaftlichen Ausbildungsbetrieb im öffentlichen Hochschulsystem anknüpft, vor allem im Berufsrecht und im akademischen Berechtigungswesen. Die Existenz auch der privaten Hochschule hängt maßgeblich von der Bedeutung der wissenschaftlichen Lehre und damit davon ab, ob die private Hochschule rechtlich anerkannte berufsrelevante Abschlüsse und akademische Titel anbieten kann bzw. ob ihren Absolventen der Zugang zu Staatsprüfungen eröffnet ist.²¹ Der Teilhabeanspruch ist also zunächst und zuvörderst darauf gerichtet, als private Einrichtung in die Strukturen des öffentlichen Hochschulwesens einbezogen zu werden. Ob ein Rechtsanspruch auf eine solche strukturelle Teilhabe besteht, ist überaus umstritten.²² Einfachrechtliche Anknüpfung ist insoweit § 70 HRG i. V. m. den ausfüllenden landeshochschulrechtlichen Regelungen. Danach *können* private Hochschulen staatlich anerkannt und damit in das öffentliche Hochschulwesen einbezogen werden, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Ob sich daraus ein

19 BVerfGE 35, 79, 114 f.; 85, 360, 384; 88, 129, 136; 111, 333, 353; zur Problematik der Steuerungswirkungen hoheitlicher Organisation und Finanzierung: *Trute*, Innovationssteuerung im Wissenschaftsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S. 208 ff.

20 Vgl. zum Promotionsrecht etwa *Wende*, Grundlagen des Preußischen Hochschulrechts, 1930, S. 6, 8, 122 f.; BayVerfGH 8, 38, 42; 17, 30, 37; 24, 199, 217; *Kluth*, FS Schiedermaier, 2001, S. 569; *Oppermann*, HbWissR, 2. Aufl. 1996, Bd. 1, S. 1009, 1023.

21 Vgl. *Lorenz*, HbWissR, 2. Aufl. 1996, Bd. 1, S. 1166.

22 Vgl. dazu *Leuze*, in: Leuze/Bender, WissHG NW, § 114 RdNr. 6 ff.

Anspruch auf Anerkennung ableiten lässt, erscheint jedoch zweifelhaft.²³ Insofern steht der grundrechtliche Schutz der Gründungsfreiheit und die Angewiesenheit auf Einbeziehung in das öffentliche Hochschulsystem einerseits dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Ausformung der öffentlichen Hochschullandschaft andererseits gegenüber. Geht man vom grundrechtlichen Schutz der Hochschulgründung aus, dann kann der Staat ein Hochschulmonopol nicht beanspruchen. Angesichts der Bedeutung der Anerkennung für die Überlebensfähigkeit einer privaten Hochschule erscheint dann aber jedenfalls begründungsbedürftig, warum der Staat sich neben der Statuierung von Anerkennungsvoraussetzung noch einen gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensspielraum schaffen können soll. Unabhängig davon ergibt sich aus dem einfachen Recht und seiner grundrechtlichen Bezüglichkeit der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über einen Anerkennungsantrag.

Jedenfalls ist der teilhaberechtliche Anspruch auf Einbeziehung in das öffentliche Hochschulsystem durch die Voraussetzungen der Anerkennung objektivrechtlich rückgebunden. Durch die Normierung der Anerkennungsvoraussetzungen kommt der Gesetzgeber seiner kulturstaatlich geprägten Verfassungspflicht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nach, ein pluralistisches, freie Wissenschaft in Forschung und Lehre gewährleistendes Hochschulsystem einzurichten und zu unterhalten. Dabei hat der Gesetzgeber das Recht, seine hochschulpolitischen Vorstellungen, soweit sie wissenschaftsadaquat sind und deshalb die staatlichen Hochschulen binden, jedenfalls in Grundzügen entsprechend auch auf die privaten Hochschulen zu erstrecken, insofern also ein Mindestmaß an Homogenität zu fordern.²⁴ Auch angesichts begrenzter Ressourcen ist zudem sicherzustellen, dass öffentliche Mittel nicht an Einrichtungen verschwendet werden, die den wissenschaftlichen Anspruch nicht einlösen können. Den gesetzlichen Anforderungen an die staatliche Anerkennung nichtstaatlicher Bildungseinrichtungen liegt insofern also ein institutioneller, auf objektiven Grundrechtsgehalten basierender Gedanke zugrunde.²⁵ Andererseits aber beschränken die Anerkennungsvoraussetzungen die wissenschaftliche Gestaltungsfreiheit privater Grundrechtsträger und müssen sich deshalb im Lichte des Abwehrrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG rechtfertigen. Zwar ist dem Gesetzgeber bei der Abwägung zwischen objektiven und subjektiven Gehalten der Wissenschaftsfreiheit ein erheblicher Gestaltungsspielraum zuzuerkennen. Öffnet er aber das Hochschulwesen für private Hochschulen, so haben die gesetzlichen Einschränkungen des Teilhaberechts sich an den Erfordernissen des öffentlichen Hochschulwesens zu orientieren.

2. Grundrechtliche Bindungen der privaten Hochschule

Als juristische Person des Privatrechts ist die private Hochschule selbst nicht Grundrechtsadressat. Mittelbare Grundrechtsbindungen können aber zum einen aus der

23 Vgl. *Avenarius*, RdJB 1985, 11.

24 Insofern ist es insbesondere zulässig, auch die privaten Hochschulen an die Ziele des sog. »Bologna-Prozesses« zu binden, vgl. etwa § 70 Abs. 2 Nr. 2 HG BW.

25 Dies wird besonders in § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG deutlich, der – fern jeden subjektiven Gehaltes – ausschließlich die Sicherung eines homogenen Qualitätsstandards bezweckt; vgl. *Lorenz*, in: Hailbronner, HRG, § 70 RdNr. 21.

Beteiligung von Hoheitsträgern an der Stiftung und zum anderen aus dem Erfordernis staatlicher Anerkennung resultieren.

a) Hoheitliche Beteiligung und hoheitliche Bindung

Mit der Gründung einer privaten Hochschule oder der institutionellen Beteiligung an einer privaten Gründung handelt der Hoheitsträger in Formen des privaten Rechts. Inwieweit der Staat auch dann, wenn er keine Hoheitsbefugnisse in Anspruch nimmt, den öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, ist umstritten. Dabei wird teilweise danach unterschieden, ob der Staat mit seinem privatrechtlichen Handeln öffentliche Zwecke verfolgt («Verwaltungsprivatrecht») oder ob er wie ein Privater am Markt auftritt («Fiskalverwaltung»)²⁶. Nur im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts, nicht aber bei der Fiskalverwaltung soll der Staat den Grundrechtsbindungen aus Art. 1 Abs. 3 GG unterliegen. Ob diese Unterscheidung wirklich tragfähig ist, mag hier dahingestellt bleiben.²⁷ Denn Gründung oder institutionelle Beteiligung an einer privaten Hochschule stellen Akte hochschulpolitischer Entscheidung dar, durch die der Staat neue Wege bei der Förderung und differenzierenden Ausgestaltung des Hochschulwesens beschreitet. Er handelt also im Rahmen seiner öffentlichen Aufgaben, so daß keine Fiskalverwaltung vorliegt. Gleiches gilt selbstverständlich für die öffentlich-rechtlich zu bewertende Zuwendung von Haushaltsmitteln an eine solche private Hochschule.

Bei der institutionellen oder finanziellen Beteiligung an einer privaten Hochschule ist der Staat danach an die Grundrechte und insbesondere an die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG gebunden. Er hat sich deshalb einerseits jeden staatlichen Wissenschaftsrichtertums²⁸ zu enthalten, andererseits sicherzustellen, dass sein Engagement auf die Ausübung freier Wissenschaft hinwirkt. Diese grundrechtlichen Leitlinien müssen bei Gründungen die Entscheidungen über die innere Hochschulorganisation, bei institutionellen Beteiligungen das Verhalten der Staatsvertreter in den Hochschulgremien und bei finanziellen Zuwendungen den Zweck und gegebenenfalls Auflagen im Hinblick auf die Verwendung der Zuwendung bestimmen.

b) Grundrechtsbindungen aus dem Anerkennungserfordernis

Wie dargelegt, ist die private Hochschule als solche nur funktionsfähig, wenn sie durch staatliche Anerkennung in das öffentliche Hochschulwesen einbezogen wird. Andererseits darf der Staat private Organisationen an den öffentlichen Strukturen nur im Rahmen seiner Einrichtungs- und Schutzpflichten für das öffentliche Hochschulwesen teilhaben lassen. Daraus ergibt sich zwar keine hoheitlich durchsetzbare Grundrechtsbindung der privaten Hochschule im Sinne einer echten Drittwirkung

26 Vgl. zur Abgrenzung *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 RdNr. 65 ff. m.w.N.

27 Zu Recht kritisch: *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 114 ff.; *Dreier*, a.a.O (Fn. 26).

28 *Pernice*, a.a.O (Fn. 1), RdNr. 36.

der Grundrechte, wohl aber eine »Grundrechtsobliegenheit«. Kommt die Hochschule den grundrechtsschützenden Vorgaben der staatlichen Anerkennung nicht nach, so muss sie mit deren Entzug und damit mit dem Ende ihrer Lebensfähigkeit rechnen.

Der Inhalt dieser Obliegenheit wird durch § 70 HRG nach näherer Ausgestaltung des Landesrechts (etwa: § 113 HSchG NW, § 70 HG BW) konkretisiert.

Daraus ergeben sich im Wesentlichen folgende Anforderungen:

Damit überhaupt eine wissenschaftliche Hochschule betrieben werden kann, müssen die Beteiligten zu wissenschaftlicher Arbeit und Ausbildung befähigt sein. Diese Befähigung wird im öffentlichen Hochschulsystem durch abgestufte Einstellungs- voraussetzungen für das Lehrpersonal und Zugangsvoraussetzungen für die Studenten sichergestellt. Von diesen Befähigungsvoraussetzungen dürfen auch private Hochschulen jedenfalls nicht nach unten abweichen.

Das Studium an einer Hochschule muß einerseits wissenschaftlichen Anforderungen genügen. Dazu ist eine Mehrzahl von Studiengängen einzurichten und das Studium und die Studienabschlüsse sind so zu gestalten, daß sie den wissenschaftlichen Maßstäben, wie sie sich im öffentlichen Hochschulsystem herausgebildet haben, entsprechen. Andererseits hat der Staat bei der Einrichtung des öffentlichen Hochschulwesens seine vielfältigen verfassungsrechtlichen Bindungen zu beachten und in gegenseitigen Ausgleich zu bringen. Deshalb hat das Studium im öffentlichen Hochschulwesen nicht nur einen wissenschaftlichen, sondern daneben auch einen beruflichen und gesamtgesellschaftlichen Bildungsauftrag zu erfüllen. Diesen Anforderungen hat sich auch das Studium an privaten Hochschulen zu stellen.

Im Rahmen dieser Anforderungen bleibt die Ausgestaltung des Studiums grundsätzlich der Selbstverwaltung der Hochschulen überlassen. Allerdings präzisieren die Anerkennungsvoraussetzungen insofern die Eigengesetzlichkeiten des wissenschaftlichen Prozesses, als eine funktionsgerechte Beteiligung (vgl. § 37 Abs. 1 Satz 2 HRG) aller Angehörigen der Hochschule bei der Ausgestaltung des Studiums sicherzustellen ist. Ohne dass dadurch nähere Vorgaben im Hinblick auf die Organisation oder Zusammensetzung der Hochschulgremien gemacht würden, stellt die Vorschrift jedenfalls die Unverzichtbarkeit studentischer Mitwirkung in Studienangelegenheiten klar.²⁹

Der Kerngehalt der Anforderungen an die wissenschaftliche Hochschule wird – außerhalb der näheren Bestimmungen über das Studium – im Bundesrecht begrifflich vorausgesetzt, in den landesrechtlichen Bestimmungen aber generalklauselartig formuliert. Die wissenschaftliche Hochschule hat sich funktional auf die Pflege und Förderung freier Wissenschaften in Forschung und Lehre auszurichten (vgl. etwa § 113 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 HSchG NW, §§ 70 Abs. 1, 2 Abs. 1 HG BW). Diese Orientierung ist zentraler Maßstab ihrer Gestaltung, Verfahren und Entscheidungen und gleichermaßen für staatliche wie für staatlich anerkannte private Hochschulen verbindlich.

Schließlich bedarf die Entfaltung freier Wissenschaft verlässlicher Strukturen. Die durch die staatliche Schutz- und Einrichtungspflicht vorgegebene institutionelle Garantie sichert umfassend zwar nur das öffentliche Hochschulwesen als solches, nicht jede Hochschule. Allerdings soll die wissenschaftliche Betätigungsfreiheit an privaten

29 Vgl. *Lorenz*, in: *Hailbronner*, HRG, § 70 RdNr. 34.

Hochschulen sachbereichsspezifisch gegenüber Konflikten mit privatautonomer Handlungsfreiheit und privatwirtschaftlichen Risiken abgeschirmt werden. Der Bestand der Hochschule und ihres Studienbetriebs sowie die Stellung des Hochschulpersonals ist deshalb durch geeignete rechtliche, organisatorische und wirtschaftliche Maßnahmen abzusichern.

III. Grundrechtsschutz in der Binnenorganisation

Die dargestellte, vielschichtige Grundrechtsbezogenheit auch der privaten Hochschule ist deren Binnenorganisation zugrunde zu legen. Bei der Ausgestaltung dieser Binnenorganisation kann sich der private Hochschulträger zunächst auf seine grundrechtsgeschützte Freiheit stützen, muß deren Voraussetzungen aber organisatorisch gewährleisten und schließlich gewissen Verpflichtungen des öffentlichen Hochschulwesens Tribut zollen. Diese Erfordernisse müssen sich in der Abgrenzung der Organkompetenzen untereinander sowie in der Begrenzung deren Zugriffsrechts auf die Betätigung des einzelnen Wissenschaftlers niederschlagen.

1. Grundrechtsschutz durch Funktionsabgrenzung

Alle Entscheidungen, die an staatlichen Hochschulen vom Staat getroffen werden dürfen, können in der privaten Hochschule von den Hochschulträgern getroffen werden. Insbesondere hat also der Hochschulträger weitgehende Bestimmungsmacht über die Einrichtung von Fächern und Fakultäten sowie – vorbehaltlich der Beschäftigungsansprüche des Personals – über deren Schließung oder Zusammenlegung. Auch die Verteilung der finanziellen Ressourcen und damit wesentliche Grundlagen der universitären Profilbildung unterliegen – jenseits notwendiger Grundausrüstung – weitgehend seiner Entscheidung. Schließlich obliegt dem Hochschulträger auch die Auswahl und Zulassung von Studenten. Ohne Bindung an die zentrale staatliche Studienplatzvergabe ist der Hochschulträger im Rahmen der durch die Anerkennungsvoraussetzungen bestehenden Qualifikationsanforderungen in der Auswahl der Studenten frei. Einschränkungen können sich insoweit aus generalklauselartigen Anerkennungsvoraussetzungen ergeben, die die Hochschule »an den Rahmen der durch das Grundgesetz gewährleisteten staatlichen Ordnung«³⁰ binden und auch ohne spezialgesetzliche Vorgaben diskriminierende Zugangsregelungen verbieten. Problematischer erscheint in diesem Zusammenhang die Ausgestaltung wirtschaftlicher Zugangsbedingungen: Dass private Hochschulen Studiengebühren erheben dürfen, unterliegt zumindest zwischenzeitlich keinem vernünftigen Zweifel mehr.³¹ Zweifel-

30 Vgl. etwa § 70 Abs. 2 Nr. 1 HG BW.

31 Vgl. aber etwa die von *Blankenagel*, AöR 105 (1980), 35, 73 unter Verweis auf *Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977, S. 201, vertretene Auffassung, ein aus dem Sozialstaatsgebot ableitbares Verbot »sozialen Rückschritts« gebiete die Einbeziehung auch der privaten Universitäten in die staatliche Studienplatzvergabe und verbiete die Erhebung von Studiengebühren.

haft kann nur sein, ob die staatliche Anerkennung einen sozial diskriminierungsfreien Zugang voraussetzen, sie also an eine hinreichende Stipendienvergabe binden darf. Daran sind jedenfalls ohne entsprechende gesetzliche Regelungen Zweifel angebracht. Solche Anforderungen stützen sich auf das Sozialstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 1 GG. Dieses richtet sich als Staatszielbestimmung an den Gesetzgeber. Ohne gesetzliche Grundlage lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip regelmäßig keine konkreten Ansprüche gegen den Staat ableiten. Umso weniger ist das Sozialstaatsprinzip für sich genommen geeignet, Privaten konkrete Verpflichtungen aufzuerlegen. Angesichts bestehender Förderungsmöglichkeiten durch staatliche und private Hilfestellungen erscheint die Gewährleistung von Stipendien gerade durch die private Hochschule selbst rechtlich im Hinblick auf das Sozialstaatsgebot nicht zwingend. Eher wird man ein Eigeninteresse der Hochschule vermuten können, die fähigsten Bewerber ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Hintergrund aufnehmen zu können. Andererseits bestehen aber keine Bedenken dagegen, wenn der Gesetzgeber etwa die Ausarbeitung von Stipendienprogrammen zur Anerkennungsvoraussetzung erhebt und damit die Anerkennungsvoraussetzungen sozialstaatlich anreichert.

Weil und soweit der private Hochschulträger nicht unmittelbar grundrechtsgebunden ist, stehen ihm weitergehende Einflussmöglichkeiten als einem staatlichen Hochschulträger zu. Insbesondere ist es ihm grundsätzlich nicht verboten, wissenschaftliche Leistung selbst zu bewerten und daraus rechtliche Konsequenzen zu ziehen. Deshalb wäre es prinzipiell möglich, alle Entscheidungen über Einstellung bzw. Kündigung des wissenschaftlichen Personals in der privaten Hochschule von einem Trägergremium treffen zu lassen. Auch die staatlichen Anerkennungsvoraussetzungen würden einem solchen Verfahren nicht entgegenstehen. Sie gewährleisten nur wissenschaftliche Grundqualifikationen des Personals und deren wissenschaftliche Betätigungsfreiheit, nicht aber einen bestimmten Auswahlmodus.

Inwiefern sich diese Bewertung grundlegend ändert, wenn der Staat durch Beteiligung oder Finanzierung maßgeblichen Einfluss auf die Hochschule ausübt, erscheint nicht mehr sicher. Der Staat ist selbst an das wissenschaftliche Bewertungsverbot gebunden und hat dieses als objektiven Gehalt der Wissenschaftsfreiheit durch seine Mitwirkung in der Hochschule zu schützen. Daraus ergibt sich, dass auch in der privaten Hochschule die Eignung des wissenschaftlichen Personals wissenschaftlich zu beurteilen und diese Bewertung den Personalentscheidungen zugrunde zu legen ist. Mit der Entscheidung zum brandenburgischen Hochschulgesetz hat das Bundesverfassungsgericht³² auch insoweit aber korporativen Selbstverwaltungs- bzw. -ergänzungsrechten in der staatlichen Hochschulorganisation eine Absage erteilt, als nur die maßgeblichen Verfahren so ausgestaltet sind, dass sie die Wissenschaftsfreiheit nicht »strukturell« gefährden.³³ Für Personalfragen lässt sich die Wissenschaftsadäquanz durch ein angemessenes Beteiligungsniveau wissenschaftlicher Hochschulgremien (Senat, Fakultät) gewährleisten. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, die Wissenschaftsadäquanz durch Zusammenwirken mit außeruniversitären Wissenschaftlern in dazu geeigneten Verfahren herzustellen.

32 BVerfGE 111, 333.

33 BVerfGE 111, 333, 356 f.

Die Bezogenheit auf Pflege und Förderung freier Wissenschaften begrenzt andererseits die Einflußnahme der Hochschulträger auf die wissenschaftliche Tätigkeit und ihre Koordinierung innerhalb der Hochschule. Da die Freiheit der Wissenschaft nicht nur »Staatsfreiheit«, sondern darüber hinaus »Selbstbestimmtheit« bedeutet, unterliegt die wissenschaftliche Betätigung an der Hochschule den daran beteiligten Grundrechtsträgern. Kerngehalte wissenschaftlicher Betätigung in Forschung und Lehre müssen deshalb auch an der privaten Hochschule den Vorgaben der Hochschulträger entzogen sein, soll nicht die staatliche Anerkennung gefährdet werden. Je näher ein Regelungsgegenstand dem individuellen Freiheitskern kommt, desto eher ist der einzelne Wissenschaftler und nicht der Hochschulträger kompetent. Ob sich insoweit generalisierende Maßstäbe aufstellen lassen, erscheint unsicher. So wird etwa angenommen, dass Gegenstände der Forschung eher der Trägerbestimmung zugänglich sein sollen, als Methodenfragen.³⁴ Dies erscheint jedenfalls nicht durchgängig einleuchtend, weil sich eine private Hochschule möglicherweise eher einer für sie identitätsstiftenden Methode als bestimmten Gegenständen verpflichtet fühlen kann. Die Organisation des Studienbetriebs lässt sich zumindest sehr weitgehend den Trägerkompetenzen zuordnen. Die curricula und damit die wesentlichen Studieninhalte müssen an wissenschaftlichen Maßstäben gemessen werden können, unterliegen aber jedenfalls nicht notwendig einer Mitbestimmung des Lehrkörpers. Die geschützte Lehrfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers verlangt demgegenüber die Möglichkeit inhaltlicher Schwerpunktsetzung und unabhängiger Bewertung von Forschungsständen.

In der Entscheidung zum Brandenburgischen Hochschulgesetz hat das BVerfG einen Vorrang kollektiver vor monokratischen Hochschulgremien im Hinblick auf den Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG abgelehnt.³⁵ Soweit Angelegenheiten einem Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsträgers unterlägen, dürften sie weder kollegialen noch monokratischen Leitungsorganen übertragen werden. Ob diese Einordnung der Kollegialorgane auch in der privaten Hochschule zwingend ist, erscheint aber fraglich. In der staatlichen Hochschule üben Kollegialorgane hoheitliche Gewalt aus. Insofern unterliegen sie wie die Universität insgesamt der grundrechtlichen Janusköpfigkeit.³⁶ Diese Janusköpfigkeit fehlt Kollegialorganen an der privaten Hochschule. Sie lassen sich möglicherweise als vertraglich konsentrierte Wissenschaftlergruppen konstituieren und damit dem Bereich wissenschaftlicher Freiheit zuordnen. Dementsprechend läßt sich an der privaten Hochschule die individuelle Freiheit des einzelnen Forschers weiter zugunsten kollektiver Bindungen zurückdrängen als an einer staatlichen Universität.

Auch Kollektivorgane sind aber bei ihren Entscheidungen an die Einrichtungsbestimmung des Hochschulträgers einerseits und an die Vorgaben der staatlichen Anerkennungsvoraussetzungen gebunden. Für die Besetzung der zuständigen Organe ergibt sich daraus zwar keine Bindung an das Vorbild der Gruppenuniversität, wohl aber das Erfordernis funktionsgerechter Beteiligung sowohl des wissenschaftlichen

³⁴ *Starck* (Fn. 1), RdNr. 403.

³⁵ BVerfGE 111, 333, 356 f.

³⁶ Vgl. dazu BVerwGE 102, 304, 309; *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 1998, 1225, 1233; *Battis/Grigoleit*, Möglichkeit und Grenzen leistungsdifferenzierender Besoldung von Universitätsprofessoren, 1999.

Mittelbaus als auch insbesondere einer studentischen Vertretung. Gegenüber den Entscheidungen dieser akademischen Gremien kommt den vom Hochschulträger besetzten Organen die Funktion einer »Rechtsaufsicht« zu, die sich auf die Einhaltung der universitären und staatlichen Vorgaben beschränkt.

2. Grundrechtsschutz des Wissenschaftlers

Die Freiheit der Wissenschaft ist im Kern die Freiheit wissenschaftlicher Betätigung des Wissenschaftlers. Der Akt individuell selbstbestimmter, methodisch gebundener Wahrheitserkenntnis ist der nucleus aller Wissenschaftsfreiheit. Pflege und Förderung der Wissenschaften durch die Hochschule setzt deshalb notwendig Achtung und Schutz individueller wissenschaftlicher Betätigung voraus. Wie dargelegt setzt dies im staatlichen wie im Bereich der staatlich anerkannten privaten Hochschulen dem Zugriff der Trägerorgane auf die Freiheit des einzelnen Wissenschaftlers Grenzen. Diese Grenzen sind bei privaten Hochschuleinrichtungen vertraglich zu sichern.³⁷

In der privaten Hochschule stellt sich aber anders als an staatlichen Hochschulen die Frage der Delegationsfähigkeit der Wissenschaftsfreiheit. Mit der Einstellung wird der Wissenschaftler einer Organisationseinheit zugeordnet, die als Institut, Department oder Fakultät gegliedert sein kann. Wird zwischen den Angehörigen solcher Organisationseinheiten ein privatrechtliches Bindungsverhältnis konstruiert, so lässt sich über dessen Ausgestaltung die individuelle Freiheitsausübung kollektiv steuern. Weitgehende Bindungen an kollektive Entscheidungen erschienen nicht als Freiheitsbeschränkung sondern als notwendiges Element kollektiver Freiheitsausübung.

Sicher lässt sich auch hier die Bindung individueller Freiheit durch prozedurale Sicherungen, insbesondere durch die funktionsgerechte Partizipation des einzelnen Wissenschaftlers an den wissenschaftsrelevanten Entscheidungen der Gremien auffangen. Solche Grundsätze könnten insbesondere einer hierarchischen Bestimmungsmacht Grenzen setzen. Gerade in Bereichen hochspezialisierter und -organisierter »Großforschung« ist zudem eine solche Institutionalisierung von kooperativen Entscheidungsprozessen die einzige Möglichkeit sinnvoller wissenschaftlicher Betätigung.³⁸ Je weitergehender allerdings kollektive Entscheidungsbefugnisse auf Methodik und inhaltliche Bewertungen zugreifen, desto mehr stellt sich die Frage nach einem Kernbereich geschützter individueller Forschungs- und Lehrfreiheit. Dabei ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, daß die prozedural flankierte Kollektivierung der Freiheit auf ein Vertragsverhältnis gründet, das seinerseits die Voraussetzung für eine Teilhabe des Wissenschaftlers an den Einrichtungen der Hochschule bildete. Die Delegation von Freiheit wird also ihrerseits jedenfalls regelmäßig nicht durch die individuelle Einsicht in wissenschaftliche Selbstgesetzlichkeit gesteuert.

Für die innere Organisation der privaten Hochschule ergeben sich hier sicher Entscheidungsspielräume, die noch weit über das hinausgehen, was das BVerfG dem Ge-

37 Starck (Fn. 1), RdNr. 403; Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 152.

38 Vgl. Trute (Fn. 7), S. 297 ff.

setzgeber für die staatlichen Hochschulen zugestanden hat. Letztlich aber wird auch die private Hochschule ihr Profil und ihre von diesem abhängige Attraktivität für qualifizierte Wissenschaftler und damit letztlich auch für potenzielle Geldgeber im Blick behalten.

Sicher lässt die private Hochschule mit ihren gesellschafts- und arbeitsvertraglichen Gestaltungsoptionen mehr Raum für möglicherweise freiheitsgefährdende Gestaltungsformen. Der Formalisierungsgrad ist niedriger, die persönliche Abhängigkeit des einzelnen Wissenschaftlers möglicherweise ausgeprägter als an der staatlichen Hochschule. Auch die amerikanische Erfahrung lehrt jedoch, dass die Leitung einer Hochschule *gegen* die Wissenschaftler praktisch unmöglich ist und immer gegebenenfalls informale Wege zu einer Verständigung gesucht werden.³⁹ Wissenschaftliche Freiheit kann sich so auch in einem alle Beteiligten integrierenden, kooperativen Leitungsnetzwerk entwickeln. Jedenfalls das Beispiel privater Spitzenuniversitäten nicht nur in Amerika lehrt, dass sich der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Selbstwert freier Wissenschaft auch unter Marktbedingungen durchsetzen lässt. Da privaten Hochschulen in der deutschen Hochschullandschaft auf absehbare Zeit nur eine ergänzende, möglicherweise aber reformanreizende Funktion zukommt, erscheint es vor diesem Hintergrund angemessen, die weitere Entwicklung zu beobachten und sich einstweilen mit der Statuierung formalisierter grundrechtsschützender Anforderungen zurückzuhalten.

IV. Zusammenfassung

Die Anforderungen an die Hochschulorganisation, insbesondere an den grundrechtlichen Schutz korporativer Mitwirkungsrechte der Grundrechtsträger ist durch eine neue Entscheidung des BVerfG in Bewegung geraten. Schon die staatliche Hochschule öffnet sich damit der an Ökonomisierung und Internationalisierung orientierten Reformwelle. Das Bezugssystem des Wissenschaftsgrundrechts verändert sich nochmals erheblich, wenn an die Stelle der staatlichen Universität eine private Hochschule tritt.

Die private Hochschule ist in erster Linie Grundrechtsträgerin. Sie kann sich uneingeschränkt auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG berufen, weil und soweit in ihrem Organisationsbereich wissenschaftliche Betätigung natürlicher Personen ermöglicht wird. Das Grundrecht schützt die Errichtung privater Universitäten und ist bei hoheitlichen Eingriffen zu beachten. Andererseits ist die private Hochschule auf Einbeziehung in das öffentliche Hochschulsystem durch staatliche Anerkennung angewiesen. Sie muss deshalb die gesetzlichen Anforderungen der Anerkennung erfüllen und unterliegt insoweit einer »Grundrechtsobliegenheit«. Erfüllt sie diese Anforderungen, so spricht vieles für einen grundrechtsgeschützten Anerkennungsanspruch.

In der Binnenorganisation wird die Wissenschaftsfreiheit in erster Linie durch Funktionsteilungen bewirkt. Der private Hochschulträger kann über die an staat-

³⁹ So Casper, in: Melzer/Casper (Hrsg.), *Wie gestaltet man Spitzenuniversitäten*, 2001, S. 26, 31 f.

lichen Hochschulen vom Staat zu treffenden Entscheidungen hinaus auch ohne Beteiligung der Hochschulangehörigen etwa über Fächer, Fakultäten, Ressourcenverteilung und die Auswahl und Zulassung von Studenten entscheiden. Da die Freiheit der Wissenschaft auch Selbstbestimmtheit bedeutet, bleiben aber Kerngehalte wissenschaftlicher Betätigung in Forschung und Lehre den Vorgaben des Hochschulträgers entzogen.

Die Abgrenzung zwischen individueller Wissenschaftsfreiheit und kollektiven Bindungen in Hochschulgremien stellt sich an der privaten Hochschule anders dar als an staatlichen. Hier kommt es darauf an, eine vernünftige Grenze privatrechtlicher Delegationsbefugnisse zu finden. Hier sollte beobachtet werden, ob prozedurale und informale Mechanismen einen angemessenen Interessenausgleich herbeiführen und den Grundrechtsschutz ausreichend gewährleisten.

V. Summary

The constitutional background to university organisation, particularly regarding the fundamental rights protection of corporate participation rights of the subjects of fundamental rights have been altered by a recent Federal Constitutional Court decision whereby even the state university is exposed to the reform trends of cost reduction and internationalisation. The legal context of academic fundamental rights also changes significantly where the state university is replaced by a private university.

The private university is primarily a subject of fundamental rights. It may rely to an unlimited extent on the fundamental rights derived from Article 5 Para. 3 Basic Law, in that, and to the extent that, its organisational scope provides for the academic activities of natural persons. The Basic Law protects the establishment of private universities and any sovereign intervention has to take this into account. On the other hand the private university is dependant on integration within the state system through official accreditation. Accordingly it must fulfil the legal requirements for accreditation and to that extent is subject to the statutory regime of fundamental rights. If it fulfils these requirements, there is much to be said for enshrining a claim to accreditation as a fundamental right.

In terms of internal organisation, academic freedom is primarily effected by task allocation. Beyond the decisions to be made by the state at the state university, the responsible body of the private university may decide without participation of university members on matters such as subjects, faculties, the allocation of resources and the selection and enrolment of students. As academic freedom also means self-determination, however, areas of core academic activity in research and teaching are outside the competence of the university's responsible body.

The delimitation between individual academic freedom and collective responsibility in university governing bodies is a further point of contrast between state and private universities. Here it is necessary to find a reasonable division of private law powers of delegation. Attention should be paid to whether procedural or informal mechanisms provide an appropriate balance of interests and adequately ensure fundamental rights protection.

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft: religionsverfassungs- und stiftungsrechtliche Problemübersicht

ANSGAR HENSE

I.	Problemfeld: Stiftungen mit religiösem Hintergrund in Geschichte und Gegenwart	15			
II.	Erster Schritt: Der staatliche Rechtsrahmen als Ausgangsdatum	18			
	1. Stiftungsrechtliche Terminologie: Kirchliche Stiftung – weltliche Stiftung mit religiöser Zwecksetzung	19			
	2. Einige stiftungsrechtliche Konsequenzen aus der Qualifizierung als »kirchliche Stiftung« (i.w.S.)	22			
	3. Staatskirchenvertragsrechtlicher Rechtsrahmen und kirchliche Stiftungen	23			
	4. Zwischenfazit	24			
III.	Zweiter Schritt: Religionsrechtliche Bestandsaufnahme des Rechtsinstituts »Stiftung« und Hinweise zum Vorkommen »religiöser Stiftungen« in Deutschland	24			
	1. Katholisches Stiftungswesen	24			
	2. Stiftungswesen in den evangelischen Landeskirchen	30			
	3. Stiftungen und Islam: Die Institution waqf	33			
	4. Jüdische Stiftungen	38			
	5. Als weiteres Beispiel: Buddhistische Stiftungen in Deutschland	39			
	6. Zwischenrésumé	39			
IV.	Ausgewählte religionsverfassungsrechtliche Koordinaten für »religiöse Stiftungen« und das deutsche Stiftungsrecht	40			
	1. Grundrechtliches: Grundrecht auf Stiftung mit religiöser Zwecksetzung und das Handeln der Stiftung als Religionsausübung	40			
	2. Das institutionelle Arrangement: Selbstbestimmungsrecht und Körperschaftsstatus	42			
V.	Ausblick	45			
VI.	Zusammenfassung	46			
VII.	Summary	46			

I. Problemfeld: Stiftungen mit religiösem Hintergrund in Geschichte und Gegenwart

Stiftungen gelten als universalhistorisches Phänomen¹. Sie sind ihrer Wurzel nach religiös. Eine komparative², mehrperspektivische³ Stiftungsforschung⁴, die sich aber

1 Dazu und zum folgenden *Borgolte*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), *Stiftungen in Christentum, Judentum und Islam vor der Moderne: Auf der Suche nach ihren Gemeinsamkeiten und Unterschieden in religiösen Grundlagen, praktischen Zwecken und historischen Transformationen*, Berlin 2005, S. 9 ff. (9, 10); *ders.*, Artikel »Stiftungen, kirchliche« in: TRE XXXII (2001), 167 ff. (167).

2 Dazu näher der von *Borgolte* herausgegebene Sammelband *Stiftungen* (Fn. 1); insbesondere *Lusiardi*, *Stiftung und Seelenheil in den monotheistischen Religionen des mittelalterlichen Europas: Eine komparative Problemskizze*, ebda., S. 47 ff.

3 Näher zu diesem Ansatz im rechtswissenschaftlichen Kontext *Schulte*, *Recht, Staat und Gesellschaft – rechtsrealistisch betrachtet*, in: FS Krawietz (1994), S. 317 ff.

4 Grundlegend dazu die Forschungen des Berliner Historikers *Michael Borgolte* und seiner Schüler. Siehe etwa *Borgolte*, *Die Stiftungen des Mittelalters in rechts- und sozialhistorischer*

vorrangig auf die vormoderne Zeit konzentriert, geht dabei nicht von einem engen Stiftungsbegriff aus, da Begrifflichkeiten von Kultur zu Kultur verschieden sind und Wandlungsprozessen unterliegen. In sämtlichen Hochkulturen lassen sich Vorgänge beobachten, bei denen Güter zur Verfügung gestellt werden, die auf längere zeitliche Sicht hin bestimmte Leistungen ermöglichen sollen und deshalb als »Stiftung« identifiziert und qualifiziert werden können⁵. Es ist der genuin religiösen Fundierung dieser Kulturen geschuldet, dass Stiftungen in einem religiösen Kontext stehen und häufig auf religiösen Motiven basieren. In der deutschen Stiftungslandschaft stehen die Stiftungen in erster Linie in einem christlichen Zusammenhang. Dies schloss Stiftungen anderer Religionen nicht zwangsläufig aus⁶, führte aber im Fall jüdischer Stiftungen etwa im badischen Stiftungsrecht zur bemerkenswerten Kategorie »israelitischer kirchlicher Stiftungen«⁷ und damit zu einer sehr von einem christlich-institutionellen Verständnis geprägten Terminologie⁸. Dieser terminologische Aspekt setzt sich bis in die Gegenwart fort. Die Kirchenaffinität der Stiftungsterminologie zeigt sich in nicht wenigen Landesstiftungsgesetzen, wo von kirchlichen Stiftungen die Rede ist und die Stiftungen anderer Religionsgemeinschaften ggf. den kirchlichen gleichgestellt werden. Von religiösen Stiftungen wird allenfalls in der wissenschaftlichen Literatur gesprochen⁹. Es handelt sich dabei aber weder um einen – im deutschen Schrifttum¹⁰ – wissenschaftlichen eingeführten Begriff noch sind die wissenschaftlichen Abhandlungen so zahlreich wie zu den kirchlichen Stiftungen. Die stiftungsrechtliche Literatur

Sicht, in: ZRG Kan. Abt. 105 (1988), S. 71 ff.; *ders.*, »Totale Geschichte« des Mittelalters? Das Beispiel der Stiftungen, 1993; *ders.*, Stiftungen des Mittelalters im Spannungsfeld von Herrschaft und Genossenschaft, in: Geuenich/Oexle (Hrsg.), Memoria in der Gesellschaft der Mittelalters, Göttingen 1994, S. 267 ff.; *ders.*, Von der Geschichte des Stiftungsrechtes zur Geschichte der Stiftungen, in: Liermann, Geschichte des Stiftungsrechts, hrsg. von Campenhausen u. Mecking, 2. Aufl., Tübingen 2002, S. 13* ff.; *Scheller*, Memoria an der Zeitenwende: Die Stiftungen Jakob Fuggers des reichen vor und während der Reformation (ca. 1505–1555), Berlin 2004; *ders.*, Gedenken und Geschäft: Die Repräsentation der Fugger in ihrer Grabkapelle bei St. Anna in Augsburg, in: Borgolte/Fonseca/Houben (Hrsg.), Memoria: Erinnern und Vergessen in der Kultur des Mittelalters, Berlin 2005, S. 133 ff.

5 So die Charakterisierung bei *Borgolte*, Einleitung (Fn. 1), S. 9 ff. (10).

6 Siehe dazu etwa folgende materialreiche Publikationen: *Lustiger* (Hrsg.), Jüdische Stiftungen in Frankfurt am Main, Sigmaringen 1988; *Hönicke*, Jüdische Stiftungen und Legate in Hamburg bis 1943, Hamburg/München 2001.

7 Verordnung vom 3. Juni 1905: die Verwaltung und Rechnungsordnung für die israelitisch kirchlichen Stiftungen betreffend, Badisches GVBl., S. 313.

8 Zum historischen Hintergrund dieser u.a. Phänomene näher *Kaufmann*, Das Judentum: Neue »Staatskirche« und Produktivierungsinstrument in Südwestdeutschland 1809–1870, in: Ammerich/Gut (Hrsg.), Zwischen »Staatsanstalt« und Selbstbestimmung: Kirche und Staat in Südwestdeutschland vom Ausgang des Alten Reiches bis 1870, Stuttgart 2000, S. 295 ff.

9 *Heine*, Religiöse Stiftungen (Waqf), in: Khoury/Heine/Oebbecke (Hrsg.), Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, Gütersloh 2000, S. 167 f.

10 Anders wohl in Österreich, siehe *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht, Wien 2003, S. 420 ff. u.ö.

beschränkt sich in der Regel¹¹ bis jetzt auf die Darstellung des Stiftungswesens in der katholischen Kirche und den evangelischen Landeskirchen¹².

Die Beschränkung stiftungsrechtlicher Untersuchungen in erster Linie auf die beiden christlichen Kirchen wird aus verschiedenen Gründen fragwürdig: Die religiöse Pluralität in der Bundesrepublik Deutschland – insbesondere die verschiedensten muslimischen Gruppierungen – werfen die Frage auf, welche spezifisch islamischen Stiftungsvorstellungen existieren und inwieweit sie sich schon in der Bundesrepublik Deutschland realisieren¹³. Für andere Religionen mit weit geringerer quantitativer Präsenz stellen sich die gleichen Fragen. Das Stiftungswesen in den Kirchen erweist sich trotz der immer wieder diagnostizierten Entkirchlichungstendenzen und religiöser Individualisierung als sehr lebendig und Hort neuer Stiftungsbestrebungen¹⁴. Nicht zuletzt die Aquirierung von Finanzmitteln in Zeiten knapper werdender Kirchensteuermittel für die Finanzierung kirchlicher Aufgaben dürfte ein Beweggrund dafür sein, die Stiftung als Ausdruck und Handlungsform religiöser Aufträge zu aktivieren: Kirche-Private-Partnership als innovatives Finanzierungskonzept¹⁵. Neben die altrechtlichen Stiftungen treten neue kirchliche Stiftungen hinzu und erfährt das kirchliche Stiftungswesen damit eine nicht unbeträchtliche Renaissance.

Um das Phänomen der religiösen Stiftung vor dem Hintergrund des geltenden Stiftungsrechts ggf. besser konturieren zu können, sollen in einem ersten Schritt der staatliche Rechtsrahmen mit seinen Begriffbestimmungen und Regelungskonsequenzen näher beleuchtet werden (II.). Ein zweiter Schritt (III.) gilt der religionsrechtlichen Bestandsaufnahme des Rechtsinstituts Stiftung bei verschiedenen Religionen,

- 11 Eine kleine Ausnahme bildet *Strachwitz/Mercker* (Hrsg.), *Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis: Handbuch für ein modernes Stiftungswesen*, Berlin 2004. *Kogelmann/Meier/Pahlitzsch*, *Stiftungen im Islam*, ebda., S. 986 ff. Dieser Beitrag beschränkt sich aber vorrangig auf historische Zusammenhänge und skizziert das Stiftungswesen in islamisch geprägten Ländern, eine spezifische Behandlung der Rechtslage in Deutschland unterbleibt.
- 12 *Röder*, *Katholische Stiftungen in Deutschland*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, 2. Aufl. 2003, S. 127 ff.; *Hesse*, *Die Stiftungen der evangelischen Kirchen*, ebda., S. 143 ff.; *von Campenhausen*, 5. Kapitel: *Kirchliche Stiftungen (§§ 22 ff.)*, in: Seifart/von Campenhausen (Hrsg.), *Handbuch des Stiftungsrechts*, 2. Aufl. 1999; *Meyer*, *Die Vermögensverwaltung und das Stiftungsrecht im Bereich der evangelischen Kirche*, in: *HdbSt-KirchR I* (1994), S. 907 ff.; *Busch*, *Die Vermögensverwaltung und das Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche*, ebda., S. 947 ff.; *Nelles*, *Die Förderung von kirchlichen oder religiösen Zwecken*, in: *Strachwitz/Mercker* (Fn. 11), S. 187 ff. sowie die grundlegenden Monographien *Achilles*, *Die Aufsicht über die kirchlichen Stiftungen der evangelischen Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986; *Menges*, *Die kirchliche Stiftung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Untersuchung zur rechtlichen Identität der kirchlichen Stiftung staatlichen Rechts mit der kanonischen Stiftung*, St. Ottilien 1995.
- 13 Materialreich zu diesem Punkt *Lemmen*, *Muslimen in Deutschland: Eine Herausforderung für Kirche und Gesellschaft*, Baden-Baden 2001.
- 14 Pars pro toto die Beiträge in: *Vögele/Tyra* (Hrsg.), *Regionale kirchliche Stiftungen in der ev.-luth. Landeskirche Hannovers*, Rehburg-Loccum 2001 (Loccumer Protokolle 30/01); *dies.* (Hrsg.), *Kirchliche Stiftungen sind im Kommen*, Rehburg-Loccum 2002 (Loccumer Protokolle 41/02).
- 15 So das Referat von *Antonia Küper* auf dem Wissenschaftlichen Fachgespräch »Die Kirche geht stiften« am 3./4. November 2005 in Mainz. Tagungsdokumentation hrsg. von Martin Schulte und Ansgar Hense in Vorbereitung (i.E. 2006).

wobei dem Islam besondere Aufmerksamkeit zukommen soll (III. 3.). Soweit möglich, werden *colorandi causa* rechtstatsächliche Hinweise und Beispiele gegeben. In einem weiteren Schritt sind einige Aspekte der religionsverfassungsrechtlichen Koordinaten eines Stiftungsrechts und deren Probleme auszuloten, die Stiftungen mit religiöser Zwecksetzung betreffen (IV.). Ein Ausblick soll die Ausführungen zum religiösen Stiftungswesen in einer multireligiösen Gesellschaft abrunden (V.).

II. Erster Schritt: Der staatliche Rechtsrahmen als Ausgangsdatum

Die staatliche Rechtsordnung des Grundgesetzes ist anders fundiert als die rechtliche Ordnung einer Religion. Bei Staat und Religion erfolgt eine »Scheidung in der Wurzel«¹⁶. Dies war nicht immer so. Das Auseinandertreten von Staat und Religion, von Christengemeinde und Bürgergemeinde im evangelischen Sinn ist das Ergebnis eines historischen Säkularisierungsprozesses, der hier nicht nachgezeichnet werden muß¹⁷. Dieser historische Prozess gewärtigt aber auch stiftungsrechtliche Probleme, etwa wenn es um die Qualifizierung einer alten Stiftung als kirchlich oder nicht-kirchlich geht, einschließlich der Möglichkeit der Wandlung einer Stiftung von einer religiös-kirchlichen zu einer weltlichen. In nicht wenigen Fällen war und ist dies sehr Streitig. Auch bei neuen Stiftungsgründungen stellt sich das Problem, ob eine Stiftung weltlich oder kirchlich-religiös geprägt ist.

Rechtliche Handlungsfähigkeit – also den Status als juristische Person der privaten oder des öffentlichen Rechts – erhält eine religiöse Stiftung im weltlichen Rechtskreis nur durch die staatliche Rechtsordnung. Dies muss nicht bedeuten, dass kirchenrechtliche Aspekte oder rechtliche Ordnungsgesichtspunkte anderer Religionsgemeinschaften und Religionen rechtlich völlig irrelevant sind, nur können Religionsgemeinschaften nicht kraft eigener Autonomie juristische Personen schaffen. Das deutsche Staatskirchenrecht bzw. die religionsverfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland¹⁸ verfolgt seit jeher eine »doppelte Blickrichtung«¹⁹, die kirchliche bzw. religionsgemeinschaftliche Ordnungsvorstellungen in den staatlichen Rechtsrahmen zu integrieren sucht. Dies lässt sich auch am Stiftungsrecht und den Stiftungen mit religiösen Zielsetzungen zeigen.

16 *Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), 57 ff. (62).

17 Zur kurzen Orientierung *Borgolte/Becker*, Artikel »Stiftungen, kirchliche«, in: TRE XXXII (2001), 167 ff., 170 ff. Neben dem Grundlagenwerk von *Liermann* (Fn. 4) sehr instruktiv von *Campehausen*, Die kirchlichen Stiftungen in Vergangenheit und Gegenwart, in: ders., Kirchenrecht und Kirchenpolitik: Stellungnahmen im kirchlichen Zeitgeschehen, hrsg. von Link u. Seitz, Göttingen 1996, S. 229 ff.

18 Die Begrifflichkeit soll keine Wertungsdifferenzen zum Ausdruck bringen, sondern als Beschreibung öffnen für neue Religionen. Näher *Hense*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: mehr als ein Streit um Begriffe?, in: Haratsch u.a. (Hrsg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, Stuttgart u.a. 2001, S. 9 ff. m.w.N. Zu der aktuellen Diskussion ausgewogen: *Korioth*, Vom konstitutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? Chancen und Gefahren eines Bedeutungswandels des Art. 140 GG, in: FS Badura (2004), S. 727 ff.

19 *Hesse*, Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten?, in: ZevKR 6 (1957/58), 177 ff. (178).

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

1. Stiftungsrechtliche Terminologie: Kirchliche Stiftung –
weltliche Stiftung mit religiöser Zwecksetzung

Es ist schon festgestellt worden, dass die Kategorie »religiöse Stiftungen« keine des deutschen Stiftungsrechts ist. Mit Ausnahme des Berliner Stiftungsgesetzes²⁰ sprechen die Landesstiftungsgesetze und § 80 Abs. 3 BGB von den kirchlichen Stiftungen²¹. Durch diese Terminologie wird kein Monopol der beiden christlichen Kirchen aufgestellt. Stiftungsrechtlich werden den kirchlichen Stiftungen gleichgestellt die Stiftungen anderer körperschaftlich verfasster Religionsgemeinschaften²². Einige Länder erwähnen darüber hinaus ausdrücklich Stiftungen jüdischer Kultusgemeinden²³. Besondere Regelungsmaterie der Landesstiftungsgesetze sind nur diese Stiftungen. Solche Stiftungen können entweder von der korporierten Religionsgemeinschaft selbst geschaffen werden oder durch das Stiftungsgeschäft privater Dritter mit dem Ziel, Aufgaben einer Kirche oder Religionsgemeinschaft zu unterstützen, ohne diesen aber eine Stiftung aufdrängen zu können. Sofern der Terminus religiös in diesem stiftungsrechtlichen Kontext Verwendung findet, wird damit eine inhaltliche Einschränkung verbunden²⁴: Religiös soll nur das sein, was als Kultus oder Glaubensverkündigung verstanden wird²⁵. Der Terminus kirchlich gilt demgegenüber als weiter – weiter auch als in § 54 AO – und bezieht sich auf sämtliche Zwecke und Aufgaben, die nach dem Selbstverständnis der Kirche bzw. korporierten Religionsgemeinschaft zu ihrem Erscheinungsbild und Wirkungsfeld gehört²⁶. Manifestationen kirchlichen Handelns können auch diakonisch-caritative Aufgaben²⁷ oder Unterrichtszwecke sein²⁸. Dies entspricht Art. 140 GG/138 Abs. 2 WRV; die kirchlichen Aufgaben können aber selbst über das in Art. 138 Abs. 2 WRV Genannte hinausgehen. Der religiös-kirchlichen Zwecksetzung muss sich die konkrete Stiftung ausschließlich oder zumindest

20 Das StiftG Bln. sieht keine Kategorie kirchliche Stiftungen vor; eine vergleichbare Rechtslage bestand bis zur Novellierung des HmbStiftG im Dezember 2005 auch in Hamburg; vgl. auch Bürgerschafts-Drs. 18/1513, 6.

21 Eine Ausnahme ist das StiftG Bln., das keine Regelungen zu den kirchlichen Stiftungen enthält.

22 Dazu § 80 Abs. 3 Satz 2 BGB, sowie § 3 Abs. 6 Satz 2 LStiftG RP u.a. Diese Gleichstellung erstreckt sich nicht nur auf die Stiftungen korporierter Religionsgemeinschaften, sondern bezieht sich ebenfalls auf die Stiftungen von Weltanschauungsgemeinschaften, sofern diese den Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV besitzen. Siehe § 13 Abs. 2 StiftG NRW.

23 Art. 32 BayStiftG; § 20 Abs. 3 NdsStiftG; § 3 Abs. 6 Satz 1 LStiftG RP; § 26 Abs. 2 SächsStiftG.

24 In Bayern führte dies zu einer Neufassung der Bestimmung, jetzt Art. 29 BayStiftG (n.F.).

25 Näher *Peiker*, Hessisches Stiftungsgesetz: Kommentar, 3. Aufl. 2005, Anm. 1.1. zu § 20.

26 Vgl. *Voll/Störle*, Bayerisches Stiftungsgesetz: Kommentar, 4. Aufl. 2003, Art. 29 Rdn. 2. *Nelles* stellt die These auf, daß kirchlich der Oberbegriff sei und religiös der Unterbegriff: *Nelles* (Fn. 12), S. 187 ff. (188).

27 Vgl. § 13 Abs. 1 lit. a StiftG NRW.

28 Siehe auch die Auflösung der kirchlichen Aufgaben durch die Regelbeispieltechnik in § 22 Nr. 1 StiftG BaWü.

überwiegend widmen²⁹. Überwiegend ist eine Stiftung dann von kirchlichen Zwecken geprägt, wenn mehr als die Hälfte der Stiftungsgeschäfte zur Förderung des angestrebten Stiftungszweckes dienen³⁰. Ob eine Stiftung kirchliche Aufgaben verfolgt und dies überwiegend der Fall ist, bleibt der Einschätzung der betroffenen Kirche bzw. Religionsgemeinschaft überlassen, da dem religiös-neutralen Staat wertende Beurteilungen religiös-kirchlicher Sachverhalte solcher Art untersagt sind³¹. Es gibt auch Stiftungsgesetze, die auf dieses Kriterium der überwiegenden Zwecksetzung verzichten und sich auf die Kirchlichkeit der Aufgabenstellung beschränken³².

Da es zwischen kirchlichen und weltlichen Aufgaben nicht unerhebliche Schnittmengen gibt – Caritas und staatliche Daseinsvorsorge oder öffentliche Fürsorge überschneiden sich mit staatlichen Aufgaben ebenso wie Aktivitäten im Schulsektor –, bedarf es über den Stiftungszweck hinaus weiterer Differenzierungskriterien³³. Um eine Stiftung als kirchlich (i. w. S.) qualifizieren zu können, ist es notwendig, darüber hinaus einen funktional-organisatorischen Konnex zu der Kirche oder korporierten Religionsgemeinschaft nachzuweisen³⁴. Die verwaltungsorganisatorische Verbindung muss kumulativ zu der religionsgemeinschaftlichen Zielsetzung hinzutreten³⁵. Nach den Landesstiftungsgesetzen fällt die Intensität der funktional-organisatorischen Nähe unterschiedlich aus. Während nach § 13 Abs. 1 lit. a und b StiftG NRW die kirchliche Aufsicht verlangt wird, beschränken sich andere Länder auf den kirchlichen Errichtungs- oder Anerkennungsakt³⁶. Indiz für das stiftungsrechtliche Kirchlichkeitskriterium kann neben der Aufsicht auch die organisatorische Verbindung mit der Kirche sein, die insbesondere in einer personellen Komponente zum Ausdruck gelangt³⁷. Eine solche organisatorisch-personelle Verbindung liegt vor, wenn die Stiftung nach dem Willen des Stifters durch kirchliche Organe verwaltet wird oder zumindest den kirchlichen Organen ein bestimmender Einfluss auf die Zusammensetzung der Stiftungsorgane eingeräumt ist³⁸. Ein kirchlicher Amtsträger in einem Stiftungsorgan lässt die Stiftung aber nicht zwangsläufig zu einer kirchlichen werden³⁹.

29 I.d.R. ist nur eine überwiegende Zwecksetzung erforderlich: § 2 Abs. 1 Satz 1 StiftG Bbg; § 20 Abs. 1 HessStiftG.

30 Vgl. *von Campenhausen* (Fn. 12), § 23 Rdn. 16 f.; *Nelles* (Fn. 12), S. 187 ff. (189 f. m. w. N.).

31 Diese Feststellung bindet die staatliche Behörde, so *Peiker* (Fn. 25), Anm. 1.2. zu § 20. Zur Orientierung über den Neutralitätsgrundsatz als verfassungsgestaltende Grundentscheidung des GG siehe *Jeand'Heur/Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart u. a. 2000, Rdn. 166 f.

32 Siehe § 3 Abs. 6 Satz 1 LStiftG RP.

33 Vgl. *Schulte*, Staat und Stiftung: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Stiftungsrechts und der Staatsaufsicht, Heidelberg 1989, S. 17; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, München 2001, § 3 Rdn. 48.

34 Vgl. BVerfGE 43, 73; 70, 138 (162). Zu der Goch-Entscheidung im 43. Band instruktiv *Schlieff*, Der Fall Goch, in: *Zweite FS Geiger* (1989), S. 704 ff. m. w. N.

35 Es handelt sich dabei um zwei durchaus bewegliche Pole: Z. B. ist die kirchliche Zwecksetzung so eindeutig und schwerwiegend, dann kann die organisatorische Anbindung etwas schwächer ausfallen.

36 § 3 Abs. 6 Satz 1 LStiftG RP; § 2 Abs. 3 Satz 1 HmbStiftG.

37 Vgl. § 26 Abs. 1 Ziff. 2 StiftG MV.

38 Aus der Rspr. des BAG siehe BAGE 29, 405 (410); siehe auch BAG Kirche 26, 55 (58).

39 Vgl. Art. 29 Abs. 2 BayStiftG.

Ebenso wenig reicht z.B. in Bayern der Stiftungszweck aus, nur Angehörige einer Konfession zu begünstigen.

Eine Monopolisierung eines religionsbezogenen Stiftungswesens bei den Kirchen oder anderen korporierten Religionsgemeinschaften ist mit dieser stiftungsrechtlichen Kategorisierung nicht verbunden. Stiftungsrechtlich maßstabsbildend ist das Leitbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung. Das Stiftungsgeschäft kann unter Umständen unabhängig von der institutionellen Anbindung an eine körperschaftlich verfasste Religionsgemeinschaft religiöse Elemente in sich aufnehmen. Mag die religiöse Motivation des Stifters nicht ausreichend sein, eine Stiftung zu einer kirchlichen zu machen, oder diese nur vorsichtig etwa bei der Zuordnung alter Stiftungen herangezogen werden können⁴⁰, so kann die Hülle der gemeinwohlkonformen weltlichen Stiftungen sehr wohl durch religiöse Zwecksetzungen ausgefüllt werden. Solche Stiftungen, die sich vorwiegend der religiös motivierten Privatinitiative eines Stifters verdanken, sind zwar nicht institutionell an die Kirchen oder korporierten Religionsgemeinschaften angebunden, doch ihrer Intention nach möglicherweise religiös geprägt. Der bestehenden stiftungsrechtlichen Struktur ist es geschuldet, dass selbst die von einer privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaft errichtete Stiftung nicht mit den kirchlichen Stiftungen gleichgestellt werden könnte, da es der Religionsgemeinschaft am Körperschaftscharakter im Sinn des Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV mangelt⁴¹. Gleiches würde auch für eine Stiftung gelten, die zwar über eine gewisse kirchliche Bindung verfügt, aber nicht den Grad organisatorischer Verflechtung mit der Amtskirche besitzt, dass sie stiftungsrechtlich als kirchliche Stiftung eingeordnet werden könnte⁴². Insgesamt kann festgehalten werden, dass die nicht-kirchliche Stiftung des privaten Rechts für einen Stifter durchaus eine Rechtsform ist, um potentiell religiöse Inhalte zu verfolgen. Entsprechendes gilt für die privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaft. Diese vielleicht als religiöse Stiftungen zu bezeichnende Institutionen wären deckungsgleich mit der rechtsfähigen weltlichen Stiftung.

Stiftungen mit kirchlicher oder religionsgemeinschaftlicher Zwecksetzung gibt es nicht nur in privatrechtlicher Form. Sie können auch Stiftungen des öffentlichen Rechts sein⁴³. Die Verleihung dieser Rechtsform erfolgt durch oder aufgrund eines

40 *Schulte* (Fn. 33), S. 18 f.; siehe auch – mit Beispielen – *von Campenhausen* (Fn. 12), § 23 Rdn. 22 ff.

41 Daraus ergibt sich dann möglicherweise das Problem, ob die kirchlichen Stiftungen i.S. der Landestiftungsgesetze gegenüber den religiösen Stiftungen in paritätswidriger Weise bevorzugt werden.

42 Ein Beispiel dafür könnte die von der Regierung von Oberbayern anerkannte Renovabis-Stiftung sein, vgl. deren Satzung vom September 2003, abgedruckt in: Wenner (Hrsg.), Beschlüsse der deutschen Bischofskonferenz, Ordnungsnummer 991. Die Renovabis-Stiftung untersteht nach § 16 der Satzung der staatlichen Stiftungsaufsicht und nicht – wie es Art. 31 BayStiftG vorsieht – der kirchlichen Aufsicht.

43 Die Qualifikation einer Stiftung als öffentliche i.S.d. § 2 Abs. 2 Hamburger Stiftungsgesetz ist von der Konstitution als Stiftung des öffentlichen Rechts zu unterscheiden. Öffentlich ist rechtlich nicht gleich öffentlich-rechtlich, sondern eine Beschreibung, die auf die Gemeinnützigkeit einer Stiftung verweisen soll. Zwingend erforderlich ist der Begriff »öffentliche Stiftung« als stiftungsrechtliche Kategorie wohl nicht.

staatlichen Gesetzes. Es sollen aber in der Regel nur besonders wichtige Einrichtungen einer Kirche als öffentlich-rechtliche Stiftungen errichtet werden⁴⁴.

2. Einige stiftungsrechtliche Konsequenzen aus der Qualifizierung als »kirchliche Stiftung« (i. w. S.)

Rechtsfähige kirchliche Stiftungen (i. w. S.) entstehen durch Antrag der zuständigen religionsgemeinschaftlichen Behörde, wenn die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gewährleistet erscheint, der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet und das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB genügt⁴⁵. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Stiftung als kirchliche im Sinn des Stiftungsrechts von der staatlichen Behörde anzuerkennen, wobei sich die Anerkennung nicht auf die Kirchlichkeit, sondern die Rechtsfähigkeit einer entsprechenden Stiftung bezieht⁴⁶. Verdankt sich die Stiftung keiner kirchlichen Eigeninitiative, sondern der Initiative eines Dritten⁴⁷, so bedarf es vor der staatlichen Anerkennung der Zustimmung der zuständigen kirchlichen Behörde⁴⁸, so dass stiftungsrechtlich einer korporierten Religionsgemeinschaft keine kirchlichen Stiftungen (i. w. S.) aufgedrängt werden können⁴⁹. Bei statusrechtlichen Zweifeln entscheiden prinzipiell die staatlichen Behörden, haben aber bei möglicherweise »kirchenaffinen« Stiftungen die jeweilige Religionsgemeinschaft anzuhören⁵⁰. Nichtrechtsfähige Stiftungen, die auch die Begriffsmerkmale einer Stiftung erfüllen, bedürfen keiner staatlichen Anerkennung, da sie im Außenrechtsverkehr für die staatliche Rechtsordnung nicht als selbständige Rechtsperson in Erscheinung treten.

Mit der Qualifikation als kirchliche Stiftung verbinden die meisten Landesstiftungsgesetze besondere stiftungsrechtliche Konsequenzen. Wenn auch keine völlige Exemption des Stiftungswesens einer Kirche oder korporierten Religionsgemeinschaft aus den Stiftungsgesetzen als ein für alle geltendes Gesetz i. S. Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV erfolgt, so werden doch sachbereichsspezifische Modifikationen vorgesehen. Die wichtigste Konsequenz ist sicherlich, dass die rechtsfähigen kirchlichen Stiftungen privaten Rechts einer eigenen Stiftungsaufsicht unterfallen können und damit nicht der allgemeinen staatlichen unterliegen⁵¹. Dies ist aber nicht in allen Bun-

44 Vgl. zu dieser Rechtslage nach dem Niedersächsischen Kirchenvertrag etwa *Rüfner*, Die Gründung juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die Kirchen, in: FS Listl (1999), S. 431 ff. (444 f. m. w. N.).

45 So § 12 Abs. 1 Satz 1 LStiftG RP.

46 Siehe die Begründung zum Entwurf eines Hamburgischen Stiftungsgesetzes, Bürgerschafts-Drs. 18/1513, 6 (zu § 2 Abs. 3 des Entwurfs).

47 Grundsätzlich kann jeder eine kirchliche Stiftung errichten. Vgl. *von Campenhausen* (Fn. 12), § 25 Rdn. 4.

48 Vgl. § 5 Abs. 2 StiftG Bbg; § 2 Abs. 3 HmbStiftG; § 14 Abs. 2 StiftG NRW; § 12 Abs. 1 Satz 2 LStiftG RP.

49 Eine Versagung der kirchlichen Anerkennung führt nicht dazu, daß keine Stiftung entsteht. Es entsteht nur keine kirchliche. Vgl. *von Campenhausen* (Fn. 12), § 23 Rdn. 21.

50 Siehe etwa §§ 3, 14 Abs. 3 StiftG NRW; § 12 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.

51 Siehe § 4 Abs. 3 Satz 1 StiftG Bbg; § 20 Abs. 4 HessStiftG; § 14 Abs. 5 StiftG NRW; § 12 Abs. 3 LStiftG RP. Einer interessanten Regelungstechnik bedient sich das HmbStiftG. § 5

desländern der Fall und es gibt im einzelnen Unterschiede⁵². Soweit es den Kirchen obliegt, »Art und Umfang der erforderlichen Regelungen in eigener Verantwortlichkeit zu treffen«⁵³, stellt sich die Frage, inwieweit diese Möglichkeit durch die Liberalisierung des Stiftungsrechts und die Reduktion staatlicher Aufsicht Auswirkungen auf die kircheneigene Stiftungsaufsicht haben kann⁵⁴. Darüber hinaus sehen die staatlichen Gesetze eine Reihe von Mitwirkungsrechten der Kirchen bzw. korporierten Religionsgemeinschaften vor, etwa bei Änderung des Stiftungszwecks oder ihre Beendigung⁵⁵.

3. Staatskirchenvertragsrechtlicher Rechtsrahmen und kirchliche Stiftungen

Die religionsverfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland basiert nicht nur auf Verfassungsbestimmungen und einfachrechtlichen Bestimmungen, sondern wird durch ein Staatskirchenvertragsrecht als besondere Form koordinativer Rechtsgestaltung ergänzt⁵⁶. Die Staatskirchenverträge enthalten nicht selten Regelungen zu den kirchlichen Stiftungen⁵⁷. Sie normieren beispielsweise das Recht der Kirchen, über ihre Stiftungen selbst die Aufsicht zu führen⁵⁸, oder, dass die Errichtung öffentlich-rechtlicher kirchlicher Stiftungen der Genehmigung des Ministeriums oder der Landesregierung bedarf⁵⁹, während im Übrigen die staatlichen Regelungen zu den kirchlichen Stiftungen privaten Rechts unberührt bleiben⁶⁰. Die neuen Hamburger Staatskirchenverträge enthalten interessante Regelungen zur Stiftungsaufsicht⁶¹.

Abs. 1 Satz 3 HmbStiftG knüpft die kircheneigene Rechtsaufsicht über Stiftungen an eine staatskirchenvertragsrechtliche Absprache. Mit Art. 2 Abs. 3 des Vertrages zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evgl.-Luth. Landeskirche sowie Art. 12 Abs. 3 des Staatskirchenvertrags mit dem Heiligen Stuhl sind bemerkenswerte Regelungen vereinbart worden. Näher dazu in Fn. 61.

52 Orientierend dazu *von Campenhausen* (Fn. 12), § 28 Rdn. 2 ff.

53 So § 14 Abs. 5 Satz 2 StiftG NRW.

54 Eine offene Frage, die hier ausgeklammert bleiben muss.

55 Vgl. § 20 Abs. 2 HessStiftG; § 14 Abs. 5 Satz 2 StiftG NRW; § 12 Abs. 2 LStiftG RP.

56 Näher *Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: *HdbSt-KirchR* Bd. I (1994), S. 253 ff. (insb. S. 266 ff.).

57 Grundlegend dazu – insbesondere zu den öffentlich-rechtlichen Stiftungen – *Rüfner* (Fn. 44), in: *FS Listl*, S. 431 ff. (442 ff. m.w.N.).

58 Art. 8 Abs. 3 Evgl. Kirchenvertrag Mecklenburg-Vorpommern.

59 Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Evgl. Kirchenvertrag Sachsen; Art. 15 Abs. 3 Satz 2 Katholischer Kirchenvertrag Sachsen. Siehe auch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Katholischer Kirchenvertrag Thüringen mit einer anderen Regelungstechnik, indem auf zu vereinbarende Richtlinien verwiesen wird; dazu – auch zu ähnlichen Regelungen – näher *Rüfner* (Fn. 44), in: *FS Listl*, S. 431 ff. (445, 446).

60 Etwa Art. 8 Abs. 3 Satz 2 Evangelischer Kirchenvertrag Sachsen-Anhalt.

61 Die neuen staatskirchenvertragsrechtlichen Regelungen für Hamburg sehen im Schlussprotokoll zu Art. 2 Abs. 3 zum Evangelischen Kirchenvertrag vor, dass die Übernahme der Stiftungsaufsicht durch die Nordelbische Kirche über kirchliche Stiftungen bürgerlichen Rechts einer gesonderten Vereinbarung bedürfen und diese Vereinbarung in Fragen von Satzungsänderungen, Stiftungsaufösungen u.ä. das Einvernehmen mit der staatlichen Stiftungsaufsicht vorzusehen habe. Als Grund für diese potentielle Einschränkung wird ange-

Ansgar Hense

4. Zwischenfazit

Mit stiftungsrechtlichen Konsequenzen verbunden ist nur die Qualifizierung einer Stiftung »als kirchliche« oder die Zurechenbarkeit einer Stiftung zu einer korporierten Religionsgemeinschaft. Die hierin zum Ausdruck gelangende Institutionalität religiöser Zwecksetzung hebt die einzelne Stiftung aus der Stiftungslandschaft heraus, indem ihr stiftungsrechtliches Reglement nicht rein staatlich determiniert ist, sondern den altkorporierten Kirchen und den körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften Gestaltungsspielraum verschafft, eigene sachbereichsspezifische Regelungen zu treffen. Andere Stiftungsformen, die ebenfalls religiöse Zwecksetzungen verfolgen, sei es in öffentlich-rechtlicher Form, als altrechtliche Stiftung, als Stiftung einer privaten Religionsgemeinschaft oder als nichtrechtsfähige Stiftung, fallen – je nach Bundesland unterschiedlich – durch das stiftungsgesetzliche Raster. Mit dem Topos von der »religiösen Stiftung« wären sie wissenschaftlich-beschreibend wieder einbeziehbar.

III. Zweiter Schritt: Religionsrechtliche Bestandsaufnahme des Rechtsinstituts »Stiftung« und Hinweise zum Vorkommen »religiöser Stiftungen« in Deutschland

Die doppelte Blickrichtung des Staatskirchenrechts – seine Hellsichtigkeit und Offenheit für innerreligiöse Ordnungsvorstellungen – macht eine Darstellung religionsrechtlicher Zusammenhänge erforderlich⁶².

1. Katholisches Stiftungswesen

Das katholische Stiftungswesen ist durch eine große Mannigfaltigkeit unterschiedlichster Stiftungstypen gekennzeichnet⁶³. Sie reichen von Hospitalstiftungen bis zu

geben, dass es sich um anerkennungsbezogene Vorgänge des Stiftungswesens handele, die sich von der beim Staat liegenden Anerkennung nicht trennen ließen (so Bürgerschafts-Drs. 18/3299, 8). Art. 12 Abs. 3 Satz 2 des Katholischen Staatskirchenvertrags für Hamburg legt die Aufsicht über kirchliche Stiftungen grundsätzlich in die Hand des Erzbischofs, unterwirft aber die verschiedenen Satzungsänderungen und die Auflösung einer privatrechtlichen kirchlichen Stiftung dem Einvernehmen mit der staatlichen Stiftungsaufsicht. Die Stiftungsaufsicht des Erzbischofs wird damit um die anerkennungsbezogenen Vorgänge der Stiftungsaufsicht gekürzt (vgl. Bürgerschafts-Drs. 18/3300, 16). Dass dieser Hamburger Weg stiftungsrechtlich nicht zwingend sein muss, ergibt sich etwa aus der Vorschrift des § 12 Abs. 2 LStiftG RP, nach der die staatliche Stiftungsbehörde für die gleichen Vorgänge noch nicht einmal eine Prüfungsbefugnis besitzt und die entsprechenden Maßnahmen auf kirchlichen Antrag hin bloß anzuerkennen hat (kritisch dazu *Peiker* [Fn. 25], Anm. 2 zu § 20).

62 Im Weiteren gilt den christlichen Kirchen und islamischen Vorstellungen ein Hauptaugenmerk.

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

Kirchenstiftungen. Nicht wenige Stiftungen kirchlichen Ursprungs – insbesondere die ortskirchlichen – überstanden auch die Säkularisation, in der viele kirchliche Stiftungen von den Staaten eingezogen oder verstaatlicht wurden. Die alten Ortskirchenstiftungen⁶⁴ sind regelmäßig örtliche Träger des Kirchenvermögens. Neben diesen, häufig sehr alten Stiftungen als Trägern von Kirchenvermögen o.ä. existieren noch die Stiftungen, die von kirchlichen Autoritäten errichtet werden und Stiftungen, die aufgrund von Privatinitiative entstanden sind, aber wegen ihrer Zwecksetzung eine Nähe zum kirchlichen Auftrag besitzen und von der Kirche besonders anerkannt werden.

a) Allgemeine kirchenrechtliche Rahmenbedingungen

Zu den kirchlichen, genauer den Stiftungen nach kanonischem Recht⁶⁵ hat der CIC 1983 rechtliche Rahmenbestimmungen getroffen, die universalkirchlich gelten und durch teilkirchliches Recht im Rahmen der weltkirchlich geltenden Rechtsordnung ausgefüllt werden können⁶⁶. Das innerkirchliche Stiftungsrecht des CIC ist dabei keine klar abgezielte, homogene Rechtsmaterie, sondern erstreckt sich über das Vermögensrecht und das Recht der juristischen Personen⁶⁷.

Als Stiftung (*fundatio*⁶⁸) im Sinne des katholischen Kirchenrechts wird sowohl der Rechtsakt der Widmung von zeitlichen Gütern zur dauerhaften Verfolgung eines bestimmten frommen Zwecks⁶⁹ verstanden als auch die rechtliche Institution selbst⁷⁰. Die Zwecksetzung solcher frommer Stiftungen (*piae foundationes*) ist nicht eng zu verstehen, da das Attribut »fromm« nicht auf einen religiös-kultischen Sinn zu beschränken ist, sondern die in cc. 1299 § 1 i.V.m. 114 § 2, 1254 § 2 CIC vorgesehenen

63 Sie bieten »ein recht differenziertes Erscheinungsbild«. So *Pirson*, Das Stiftungsrecht des Codex Iuris Canonici, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Köln 2001, S. 555 ff. (555).

64 Kirchenfabriken, Gotteshausvermögen, Fabrikfonds, Kirchenpflege u.ä. bezeichnet. Vgl. *Pree*, Artikel »Kirchenstiftung«, in: LThK, Bd. 6 (1997), Sp. 67; umfassend *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, Regensburg 1993, Rdn. 5/244 ff.

65 Zur Terminologie *Pirson* (Fn. 63), S. 555 ff. (555 Fn. 1).

66 *Von Campenhausen* (Fn. 12), § 24 Rdn. 7; *Althaus*, Die Stiftung nach kanonischem Recht, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.), Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen. Bericht über die 57. Jahrestagung vom 30. Mai bis 1. Juni 2001 in Köln, S. 219 ff. (221); *Haering*, Die Stiftung nach katholischem Kirchenrecht, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 11), S. 356 ff. (362).

67 Eine systematische Kodifikation des kirchlichen Stiftungsrechts fand sich schon nicht im CIC 1917, näher *Lammeyer*, Die juristischen Personen der katholischen Kirche historisch und dogmatisch gewürdigt auf Grund des neuesten kirchlichen und staatlichen Rechts, Paderborn 1929, S. 201 ff. Der CIC 1983 enthält demgegenüber einige Präzisierungen und Definitionsansätze, i.d.S. *Pirson* (Fn. 63), 555 ff. (557 f.).

68 Für die Stiftung verwendet der CIC durchweg den Begriff *fundatio*.

69 *Ad causas pias*, vgl. c. 1303 § 1 CIC; der Begriff *pia causa* ist in der kodikarischen Terminologie kein Synonym mehr für die Stiftung, sondern beschränkt auf die Kennzeichnung der Zwecksetzung.

70 *Heimerl/Pree* (Fn. 64), Rdn. 5/875.

kirchlichen Zwecke meint⁷¹. Die typologische Zwecktrias⁷² dieser Normen qualifiziert als »fromm« im Sinne des CIC folgendes: die würdige Feier des Gottesdienstes, zu dem auch das Kirchengebäude und dessen Erhaltung gehört⁷³, den Unterhalt der Kleriker und anderer kirchlicher Bediensteter sowie die Werke des Apostolats und der Caritas. Die Zwecktrias wird dabei nicht als abschließend angesehen⁷⁴.

Für eine Stiftung kanonischen Rechts ist es nicht zwingend erforderlich, dass sie auf der Vermögenszuwendung eines Katholiken beruht. Als Stifter kommen ebenso andere Christen wie auch Konfessionslose in Betracht, da das kirchliche Recht die Zuwendung zugunsten eines kirchlichen Zwecks ausschließlich auf die naturrechtlich verankerte Verfügungsbefugnis über das eigene Vermögen zurückführt (c. 1299 CIC). Zur Verwirklichung des frommen Zwecks bedarf es aber der Mitwirkung der kirchlichen Autorität. Das konstitutive Stiftungsgeschäft wird deshalb, wenn es um eine Stiftung Dritter zugunsten der Kirche geht, auf einer vertraglichen Absprache zwischen Stifter und der zuständigen kirchlichen Autorität beruhen⁷⁵. Die örtliche Zuständigkeit liegt regelmäßig beim Ortsordinarius des Stiftungssitzes⁷⁶.

So wenig allein der Wille des Stifters die kirchliche Zwecksetzung einer Stiftung konstituieren kann, so wenig kann seine Willenserklärung auch über den kirchlichen Rechtsstatus der Stiftung disponieren.

Das katholische Kirchenrecht unterscheidet grundsätzlich zwei Stiftungsformen: die selbständige rechtsfähige Stiftung (*fundatio pia autonoma*)⁷⁷ und die unselbständige nichtrechtsfähige Stiftung (*fundatio pia non autonoma*), die auch als »Zustiftung« oder angelehnte Stiftung bezeichnet wird⁷⁸. Bei der selbständigen Stiftung nach kanonischem Recht handelt es sich um eine Sachgesamtheit, deren Zweckbestimmung mit der kirchlichen Sendung übereinstimmt und die von der zuständigen kirchlichen Autorität als juristische Person des Kirchenrechts errichtet wird (c. 1303 § 1, 1° CIC)⁷⁹. Die Errichtung als juristische Person verdeutlicht den dauerhaften Charakter der Stiftung (vgl. c. 120 § 1 Satz 1 CIC). Bevor die Stiftung errichtet wird, hat die zuständige kirchliche Autorität das tatsächlich nutzbringende Ziel der Stiftung und deren wirtschaftliche Existenzfähigkeit festzustellen (vgl. c. 114 § 3 CIC). Eine rechtlich selbständige Stiftung kanonischen Rechts muss Statuten besitzen, die von der kirchlichen Autorität gebilligt worden sind (c. 117 CIC). Diese Statuten müssen nach c. 94 § 1 CIC Bestimmungen über Zielsetzung, Verfassung, Leitung und Vertretung nach

71 Vgl. Schulz, Artikel »Fromme Verfügung«, in: LThK, Bd. 4 (1995), Sp. 166.

72 Dazu und zum Folgenden Althaus (Fn. 66), S. 217 ff. (220); Haering (Fn. 66), S. 356 ff. (356).

73 Dazu, dass das Kirchengebäude, »sein Besitz und Bestand selbst [...] schon Gottesdienst« darstellt, Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 56, 57.

74 Althaus (Fn. 66), S. 217 ff. (220). Für Pirson (Fn. 63), S. 555 ff. (563), ist die Begriffstria weniger als Enumeration von Zwecken denn als Beschreibungsversuch zu verstehen.

75 Bei dem Stiftungsgeschäft handelt sich um einen sog. Innominatkontrakt i.S. c. 1544 § 2 CIC 1917, der wegen c. 6 § 2 CIC weiterhin maßgeblich ist. Näher dazu, dass das Stiftungsgeschäft in diesem Fall vertraglichen Charakter besitzt, Heimerl/Pree (Fn. 64), Rdn. 5/979 ff., Althaus (Fn. 66), S. 217 ff. (221); Haering (Fn. 66), S. 356 ff. (358).

76 Heimerl/Pree (Fn. 64), Rdn. 5/985.

77 Näher Menges (Fn. 12), 31 ff.

78 Vgl. Haering (Fn. 66), 356 ff. (357).

79 Der CIC folgt damit einem Konzessionssystem. Vgl. Pirson (Fn. 63), S. 555 ff. (565).

außen⁸⁰ sowie die Arbeitsweise der Stiftung enthalten. Die selbständige Stiftung bedarf nach c. 115 § 3 CIC eines Verwaltungsorgans, das für die Umsetzung, den Vollzug des Stifterwillens verantwortlich ist und dem die Entscheidungsbildung obliegt⁸¹. Darüber hinaus empfiehlt sich, selbst wenn es kodikarisch nicht zwingend vorgeschrieben ist⁸², eine satzungsrechtliche Bestimmung für den Fall zu treffen, dass die Erfüllung des Stifterwillens erschwert oder unmöglich wird⁸³. Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, kann nach dem kodikarischen Recht das schriftliche Errichtungsdekret durch die kirchliche Autorität ausgestellt werden⁸⁴.

Mit dem Errichtungsvorgang wird entweder eine private oder eine öffentliche Stiftung des kanonischen Rechts geschaffen (vgl. c. 116 § 2 CIC); es ist nicht ausgeschlossen, dass auch eine auf Privatinitiative zurückgehende Stiftung den Rechtsstatus der öffentlichen juristischen Person kanonischen Rechts erhalten kann. Die Errichtung als private oder öffentliche juristische Person des Kirchenrechts hat nicht unerhebliche rechtliche und praktische Konsequenzen. Eine öffentliche kanonische Stiftung handelt im Namen der Kirche und erfüllt eigene, kirchenöffentliche Gemeinwohlaufgaben (vgl. c. 116 § 1 CIC). Eine private Stiftung wird im »eigenen Namen« tätig, verfolgt dabei aber eine kirchlich anerkannte Zwecksetzung. Die öffentliche Stiftung des kanonischen Rechts zählt zum Kirchenvermögen und unterliegt damit insgesamt den Vorschriften des kirchlichen Vermögensrechtes (c. 1257 § 1 CIC). Bei der privaten Stiftung handelt es sich nicht um Kirchenvermögen, sondern um privates Vermögen, das nicht den strengeren kodikarischen vermögensrechtlichen Bestimmungen unterfällt (vgl. c. 1257 § 2 CIC). Bei privaten Stiftungen des kanonischen Rechts besteht eine größere Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Verwaltung ihres Stiftungsvermögens, wenngleich sich deren Statuten natürlich an den kanonischen Anforderungen einer ordnungsgemäßen Verwaltung kirchenöffentlicher Stiftungen orientieren können.

Eine öffentliche Stiftung kanonischen Rechts hat einen Verwalter, der bei der Ausübung seines Amtes von einem Verwaltungsrat oder wenigstens zwei Ratgebern unterstützt wird (vgl. c. 1280 CIC). Neben der Beachtung des Stifterwillens ist bei der Verwaltung der kirchenöffentlichen Stiftung für die Einhaltung der cc. 1284–1289 CIC Sorge zu tragen. Die Einhaltung des Stifterwillens bezieht sich auch auf die Verwendung des Stiftungsvermögens bzw. der Erträge aus der Stiftung (vgl. c. 1300 CIC).

80 Dazu c. 118 CIC.

81 Damit scheidet die unter dem CIC 1917 bestehende Möglichkeit aus, Objekte wie Altäre u.ä. als Stiftungen zu qualifizieren. Zur alten Rechtslage näher *Lammeyer* (Fn. 67), S. 129 ff.

82 Eine fehlende statuarische Bestimmung für diese Fälle kann ggf. durch die partikularrechtliche Stiftungsordnung ersetzt werden. Näher *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (226).

83 Vgl. *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (225 f.); *Haering* (Fn. 66), S. 356 ff. (358, 361 f.).

84 Das Errichtungsdekret muß den Namen der Stiftung, den Umfang des Stiftungsvermögens sowie die Grundsätze der Stiftungsverwaltung enthalten. Es ist schriftlich zu dokumentieren und im Archiv der Stiftung und im Archiv der für die Stiftung zuständigen Kurie (oder anderen kirchlichen Autorität) zu hinterlegen (vgl. c. 1306 §§ 1 und 2 CIC).

Ein eigenständiges Institut einer speziellen, kircheneigenen Stiftungsaufsicht ist dem kodikarischen Stiftungsrecht fremd⁸⁵, obgleich die Aufsicht als unverzichtbarer Bestandteil des Stiftungsrechts angesehen wird⁸⁶. Kirchenrechtlich gründet die Stiftungsaufsicht in dem umfassenden Leitungs- und Aufsichtsrecht der hierarchischen kirchlichen Autorität (vgl. cc. 381, 392 § 1 CIC)⁸⁷; sämtliche kirchenamtlichen Befugnisse erstrecken sich auch auf die Stiftungen kanonischen Rechts⁸⁸. So wird die Verpflichtung des Diözesanbischofs zur regelmäßigen Visitation nach c. 397 § 1 CIC auf die Überprüfung der konkreten Stiftung erstreckt, ob sie Stiftungszweck und Stifterwillen einhält (vgl. c. 1301 § 2 CIC)⁸⁹. Kirchliche Stiftungsaufsicht zielt auf kontinuierliche Aufsicht, die nicht nur auf vermögensrechtliche Aspekte zielt, sondern auch das materiale, kirchliche Erscheinungsbild der einzelnen Stiftung im Auge hat⁹⁰.

Kennzeichen der unselbständigen Stiftung nach kanonischem Recht ist es, dass ein Stifter einer bereits bestehenden juristischen Person kirchlichen Rechts bestimmte Vermögenswerte als (Zu-)Stiftung überweist. Die Zustiftung wird zweckgebundenes Sondervermögen einer öffentlichen⁹¹ juristischen Person der Kirche, wenn die kirchenaufsichtliche Genehmigung erteilt wird und daraufhin die förmliche Annahme der Vermögenswerte rechtsgültig erklärt werden kann (vgl. c. 1304 § 1 CIC)⁹². Die unselbständige Stiftung wird nach dem neuen Kirchenrecht nur noch für eine bestimmte Dauer errichtet, deren Zeitraum partikularrechtlich normiert wird⁹³.

b) Teilkirchliches Stiftungsrecht in den deutschen Diözesen

Die einzelnen Diözesen haben seit den 1970er Jahren kirchliche Stiftungsordnungen geschaffen und mittlerweile teilweise schon novelliert⁹⁴. Die teilkirchlichen Regelun-

85 *Pree*, Aufsicht über kirchliche Stiftungen, in: A. Weiß/S. Ihli (Hrsg.), *Flexibilitas iuris canonici*. Festschrift für Richard Puza zum 60. Geburtstag, Frankfurt u. a. 2003, S. 421 ff. (422).

86 *Pirson* (Fn. 63), S. 555 ff. (566).

87 I.d.R. ist das der Ortordinarius bzw. sein Generalvikar oder ein Bischofsvikar, soweit dieser einen entsprechenden Zuständigkeitsbereich besitzt. Bei juristischen Personen des Ordensrechts (vgl. c. 634 § 1 CIC) liegt die Kompetenz bei dem nächsthöheren Oberen des Ordensverbandes (vgl. c. 134 §§ 1 und 2 CIC). Sollte eine überdiözesane, nationale Stiftung kirchlichen Rechts bestehen, könnte c. 312 § 1, 2° CIC analog angewandt werden, der die Aufsichtszuständigkeit bei der nationalen Bischofskonferenz verankerte. So *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (S. 221, Fn. 11); anders *Heimerl/Pree* (Fn. 64), Rdn. 5/985, die auf den Ortsordinarius des Sitzes der Stiftung abstellen.

88 So *Pree* (Fn. 85), S. 421 ff. (424); vgl. auch *Haering* (Fn. 66), S. 356 ff. (360 f.).

89 Vgl. *Pirson* (Fn. 63), S. 555 ff. (566); siehe auch *Heimerl/Pree* (Fn. 64), Rdn. 5/978.

90 Als »eigene Note« der kirchlichen Stiftungsaufsicht qualifiziert von *Pirson* (Fn. 63), S. 555 ff. (567).

91 Die Zulassung auch von privaten juristischen Personen als Treuhänder von Zustiftungen wurde bei der Kodexreform abgelehnt. Dazu *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (226 f.).

92 *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (227).

93 Vgl. *Althaus* (Fn. 66), S. 217 ff. (228 f.).

94 Z.B. Stiftungsordnung für das Bistum Mainz vom 19. November 1997, *KirchlAbl.*, 95 (Nr. 197); Erzbistum Freiburg i. Br.: Verordnung über das Recht der Stiftungen vom 15. Juni 1988, *Abl.*, 365 (zuletzt geändert 2001); Stiftungsordnung für das Erzbistum

gen fallen in ihrer Regelungsdichte sehr unterschiedlich aus. Während die Stiftungsordnung für das Bistum Mainz sehr eingehende Regelungen trifft, die u.a. die Stiftungsaufsicht, die anzeigepflichtigen Rechtshandlungen, Zustimmungsvorbehalte betreffen, beschränken sich andere Stiftungsordnungen wie etwa die der nordrhein-westfälischen Diözesen eher auf Grundlinien. Teilweise differiert auch der Geltungsbereich, so nimmt die Mainzer Stiftungsordnung etwa die ortskirchlichen Stiftungen aus ihren Anwendungsbereich heraus, während andere Stiftungsordnungen sich auf alle rechtsfähigen kirchlichen Stiftungen beziehen, die auch unter das staatliche Stiftungsgesetz fallen⁹⁵, woraus ersichtlich wird, dass die stiftungsrechtlichen Diözesan-gesetze mit den staatlichen Rechtsregeln korrespondieren.

c) Die Katholische Stiftungslandschaft in Deutschland

Die katholische Stiftungslandschaft ist bunt. Neben den Stiftungen zur kirchlichen Vermögensverwaltung (Pfründestiftungen, Ortskirchenstiftungen) existieren Memorialstiftungen (*pro salute animae*), Wohltätigkeitsstiftungen (*piae causae*) oder Stiftungen mit kirchlichen Interessen, die sich auf das Schulwesen, Wissenschaft u.a. beziehen. Eine genaue Typologie oder rechtstatsächliche Bestandsaufnahme ist nicht möglich, wird aber durch die diözesanen Stiftungsverzeichnisse zunehmend erleichtert, die der Orientierung im Rechtsverkehr dienen⁹⁶. Zu Beginn des Jahres 2000 wurden in Deutschland knapp 20.000 rechtlich selbständige katholische Stiftungen gezählt, die überwiegend als Stiftung des öffentlichen Rechts verfasst sind⁹⁷. Die Zahl der kirchlichen Stiftung des privaten Rechts war zum damaligen Zeitpunkt verschwindend gering und betrug ca. 230, wobei eine Zunahme solcher privatrechtsförmig verfasster kirchlicher Stiftungen zu beobachten war und ist⁹⁸.

Einige Diözesen führen stiftungsrechtliche Flurbereinigungen durch, indem etwa altrechtliche Pfarrpfründe (Benefizien) aufgehoben und in diözesane Pfarrpfründestiftungen überführt werden, die effektiver und effizienter verwaltet werden können⁹⁹. Andere altrechtliche Stiftungen werden ebenfalls nicht selten auf eine neue Grundlage gestellt¹⁰⁰. Teilweise bringen Ordensgenossenschaften ihre Einrichtungen

Paderborn (StiftO PB) vom 13. März 1978, KA, 57 (Nr. 99) – gerade ersetzt durch die neue StiftO PB vom 31. Mai 2006, KA, 72 (Nr. 70).

95 Vgl. § 1 Freiburger Verordnung (Fn. 94).

96 Siehe das Verzeichnis über die rechtsfähigen kirchlichen Stiftungen in der Diözese Rotenburg-Stuttgart, KirchlAbl. 2005, 317 ff.

97 So die Angaben bei Röder (Fn. 12), S. 127 ff. (129).

98 Röder, ebda.

99 Zu dieser Auflösung der Benefizien gibt es mit c. 1274 § 1 CIC sogar einen universalkirchenrechtlichen Auftrag. Siehe etwa die Satzung der Pfarrpfründestiftung der Erzdiözese Freiburg vom 22. November 2002, Abl., 151. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Stiftung i.S. des staatlichen Rechts und um eine öffentliche nach CIC.

100 Siehe für das Erzbistum Freiburg Satzung des Breisgauer Katholischen Religionsfonds vom 8. Dezember 2005, Abl. 255. Es handelt sich bei dieser Stiftung die für kirchliche Baubedürfnisse im ehemals vorderösterreichischen Teil des Erzbistums aufzukommen hat, um eine Stiftung des öffentlichen Rechts. Als weiteres Beispiel der Erzdiözese Freiburg siehe die Satzung der Erzbischof Hermann Stiftung vom 11. April 2005. Es handelt sich hierbei um eine Stiftung des öffentlichen Rechts, deren Zweck in der Förderung von

(Krankenhäuser u.ä.) in eine Stiftung ein, die sich verpflichtet die übernommenen Werke im Sinne der Ordensgemeinschaft und deren geistlichen Grundsätzen fortzuführen¹⁰¹. Weit verbreitet sind Schulstiftungen, die als Rechtsträger für kirchliche Schulen fungieren¹⁰². Auch als Träger von Katholischen Fachhochschulen fungieren Stiftungen¹⁰³. Das Erzbistum Köln hat mit der Albertus-Magnus-Stiftung eine Förderinstitution errichtet, die das Albertus-Magnus-Institut in Bonn unterstützen soll¹⁰⁴. Die Stiftung Hoher Dom zu Mainz soll als kirchlich öffentliche Stiftung des bürgerlichen Rechts die Erhaltung, Ausstattung und wissenschaftliche Erforschung des Mainzer Domes fördern¹⁰⁵. Andere kirchliche Stiftungen verfolgen sozial-caritative Zwecke im In- und Ausland¹⁰⁶. Zur Förderung der verbandlichen und pfarrgemeindlichen Caritas-Arbeit entstehen in vielen Diözesen sog. Caritasstiftungen¹⁰⁷. Bemerkenswert ist auch die Stiftung Lumen Gentium – Stiftung deutscher Katholiken, die eine rechtsfähige kirchliche Stiftung des bürgerlichen Rechts ist und vom Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK) errichtet worden ist¹⁰⁸. Auf ein privates Stiftungsgeschäft geht die privatrechtlich verfasste kirchliche Stiftung »Bibel heute« zurück, die das Katholische Bibelwerk e.V. fördern soll¹⁰⁹. Schließlich werden auch Bürgerstiftungen errichtet, die als kirchliche Stiftung bürgerlichen Rechts verfasst sind und die örtliche Arbeit der Pfarrgemeinde unterstützen sollen und dabei etwa die Trägerschaft von katholischen Kindergärten übernehmen¹¹⁰.

2. Stiftungswesen in den evangelischen Landeskirchen

a) Stiftungsrecht der Landeskirchen

Anders als bei der katholischen Kirche liegt die Regelung des kirchlichen Stiftungswesens im evangelischen Rechtskreis vorrangig bei den Landeskirchen, die teilweise

Theologiestudenten liegt oder von Studenten, die später vielleicht in den pastoralen oder religionspädagogischen Dienst des Erzbistums übernommen werden sollen.

101 Vgl. das Faltblatt der St. Franziskus Stiftung Münster, o.D.

102 Beispiel aus der Diözese Rottenburg-Stuttgart: Eugen-Bolz-Schulstiftung Bad Waldsee – Kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts, Satzung aus dem Jahr 2004, KirchlAbl., 268.

103 Stiftung Katholische Fachhochschule Norddeutschland, Neufassung der Stiftungssatzung von 2004, abgedruckt in KirchlAbl. Münster, 158 (Nr. 173).

104 Siehe die Broschüre der Albertus-Magnus-Stiftung, 2005.

105 Stiftungssatzung vom 21. Oktober 2003, KirchlAbl. 2004, 145.

106 Stiftung »Licht und Hoffnung« vgl. KirchlAbl. Rottenburg-Stuttgart 2005, 155; »ARCO IRIS-Stiftung«, vgl. KirchlAbl. Rottenburg-Stuttgart 2004, 234 oder die Katholische Hospizstiftung Stuttgart, vgl. KirchlAbl. Rottenburg-Stuttgart 2005, 79. Bischöfliche Stiftung Hilfe für Mutter und Kind der Diözese Aachen, KirchlAnz 2005, 120.

107 Für die Diözese Limburg siehe die Satzungspublikation in Abl. 2005, 31. Für die Caritas-Stiftung für das Erzbistum Paderborn siehe den Bericht in der Bistumszeitung DER DOM – Nr. 51 – vom 19. Dezember 2004, S. 15.

108 Die Satzung findet sich unter[www.zdk.de] (12.Januar 2006).

109 Satzung abgedruckt in: KirchlAbl. Rottenburg-Stuttgart 2006, 5.

110 Satzung der Bürgerstiftung Rheinviertel in Bonn unter: [www.buergerstiftung-rheinviertel.de] (12.12.2005).

kircheneigene Stiftungsgesetze erlassen haben¹¹¹. Nicht selten nehmen die kircheneigenen Stiftungsgesetze Bezug auf die staatlichen Regelungen. Hat eine evangelische Landeskirche keine kircheneigenen Regelungen des Stiftungswesens geschaffen, so ist auf die allgemeinen Normen des Kirchenrechts zurückzugreifen, dazu zählen im evangelischen Rechtskreis neben vermögensrechtlichen Bestimmungen kirchliche Haushaltsordnungen u.ä. Das evangelische Stiftungsrecht der Landeskirchen ist demnach noch weniger als das katholische Stiftungsrecht eine in sich geschlossene, systematisch durchdrungene Rechtsmaterie.

Terminologie und Geltungsbereich im evangelischen Stiftungswesen variieren. Einige kirchliche Stiftungsgesetze treffen ausführliche Definitionen, während andere sich eher auf Formales beschränken. Zu den sich an die staatlichen Kriterien anlehenden Stiftungsgesetzen zählt etwa das KStiftG EKHN¹¹², das den staatlichen Text kirchlich konkretisiert¹¹³. § 1 Abs. 2 des KirchlStG für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern¹¹⁴ regelt lapidar:

»Kirchliche Stiftungen im Sinne dieses Kirchengesetzes sind Stiftungen, die mit Zustimmung der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern nach staatlichem Stiftungsrecht als rechtsfähige kirchliche Stiftungen genehmigt oder anerkannt worden sind, und die Pfründestiftungen«.

Ortskirchliche Stiftungen werden explizit ausgenommen (§ 1 Abs. 3 KirchlStG). Mit mehr inhaltlichen Kriterien angereichert ist die Begriffsbestimmung im Stiftungsrecht der Evangelischen Landeskirche in Baden¹¹⁵. Kennzeichen der Kirchlichkeit einer Stiftung sind – ganz entsprechend den Kriterien der Goch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der staatlichen Stiftungsgesetze – neben ihrer Zwecksetzung die organisatorische Einbindung in das institutionelle Gefüge der Landeskirche. Ob eine kirchliche Stiftung durch Rechtsakt oder durch Stiftungsgeschäft errichtet wird, hängt davon ab, ob eine rechtsfähige kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts oder des bürgerlichen Rechts geschaffen werden soll. Nichtrechtsfähige kirchliche Stiftun-

111 Vgl. *Achilles* (Fn. 12), S. 115.

112 Kirchengesetz über kirchliche Stiftungen in der Evangelischen Kirche von Hessen und Nassau vom 23. April 2005, Abl. S. 162 = Abl. EKD 2005, 309.

113 § 2 Abs. 1 regelt: »Kirchliche Stiftungen im Sinne dieses Kirchen Gesetzes sind Stiftungen des öffentlichen Rechts oder des bürgerlichen Rechts, die: 1. von der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau durch ihre Organe, insbesondere von Kirchengemeinden, Dekanaten und ihren kirchlichen Verbänden errichtet worden sind; 2. von anderen natürlichen oder juristischen Personen errichtet worden sind und die a) organisatorisch der Kirche zugeordnet oder b) der kirchlichen Stiftungsaufsicht unterstellt sind oder c) deren Zweck so bestimmt ist, dass er sinnvoll nur in Verbindung mit der Kirche erfüllt werden kann«.

114 Kirchengesetz über die kirchlichen Stiftungen vom 9. Dezember 2002, KAbL. 2003, 16 = Abl. EKD 2003, 42.

115 In § 2 KiStiftG heißt es dort: Eine kirchliche Stiftung ist eine »rechtsfähige Stiftung, 1. die überwiegend kirchlichen Aufgaben, insbesondere dem Gottesdienst, der Verkündigung, der Seelsorge und der Diakonie oder der Erziehung und Bildung zu dienen bestimmt ist und die nach ihrer Satzung der Aufsicht der Evangelischen Landeskirche in Baden unterstehen soll, 2. oder deren Zweck sinnvoll nur in organisatorischer Zuordnung zur Evangelischen Landeskirche in Baden oder einer ihrer Körperschaften erfüllen lässt, ohne dass alle Voraussetzungen nach Nummer 1 gegeben sind«.

gen fallen nicht selten aus dem Anwendungsbereich kirchlicher Stiftungsregelungen hinaus¹¹⁶ oder es werden für sie Sonderbestimmungen geschaffen. Dies geschieht entweder dadurch, dass bestimmte Normen, die für rechtsfähige kirchliche Stiftungen gelten, auch für nichtrechtsfähige verbindlich sein sollen¹¹⁷, oder es werden ausdrücklich Regelungen für nichtrechtsfähige Stiftungen vorgesehen¹¹⁸.

Auch das evangelische Kirchenrecht sieht teilweise statusrechtliche Bestimmungen vor¹¹⁹, korrespondiert mit den staatlichen Bestimmungen bzw. rezipiert diese¹²⁰. Die Kirchlichkeit einer Stiftung ist von der Mitwirkung der zuständigen Landeskirche abhängig, eine aufgedrängte Stiftung wird ausgeschlossen¹²¹. Manche Landeskirchen publizieren die staatliche Anerkennung einer rechtsfähigen kirchlichen Stiftung in ihrem kirchlichen Amtsblatt¹²², während andere lediglich die Genehmigung oder Verleihung der öffentlich-rechtlichen Rechtsfähigkeit in ihrem landeskirchlichen Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlichen¹²³. In diesem Fall führen dann kirchliche Verwaltungsbehörden aber Stiftungsverzeichnisse mit näheren Angaben zu den Stiftungen¹²⁴.

Die kirchlichen Stiftungsgesetze normieren darüber hinaus im Einzelnen die Anforderungen an die Satzungen und treffen Regelungen für die Verwaltung der Stiftung und des Stiftungsvermögens. Umfangreiche Bestimmungen finden sich auch zur Ausgestaltung der kirchlichen Stiftungsaufsicht.

b) Die evangelische Stiftungslandschaft in Deutschland

Die Stiftungslandschaft der evangelischen Landeskirchen ist nicht weniger vielfältig als die der deutschen Diözesen¹²⁵. Auch im evangelischen Rechtskreis lässt sich feststellen, dass altrechtliche Stiftungen auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden¹²⁶.

116 KStiftG Baden.

117 § 20 KirchlStG Bayern.

118 So §§ 16–19 KStiftG EKHN.

119 Vgl. etwa Art. 8 Verfassung der Evgl.-Luth. Kirche in Bayern.

120 Näher zur kirchlichen Rechtsfähigkeit *Achilles* (Fn. 12), S. 49 ff.

121 § 3 Abs. 2 KStiftG EKHN regelt, daß die Stifterinnen oder Stifter den Antrag auf Anerkennung als kirchliche Stiftung bei der Kirchenleitung vor (!) dem Antrag auf staatliche Anerkennung zu stellen haben. § 3 Abs. 1 KirchlStG Bayern läßt eine kirchliche Stiftung entweder auf Antrag oder mit Zustimmung der kirchlichen Stiftungsaufsichtsbehörde entstehen.

122 § 3 Abs. 3 KStiftG EKHN; § 3 Abs. 2 KirchlStG Bayern normiert dabei ausdrücklich das Tableau der zu veröffentlichenden Angaben (Name der Stiftung, Zweck u.ä.; ggf. – d.h. nicht zwingend – Name der stiftenden Person).

123 § 4 Abs. 2 KStiftG Baden.

124 Dieses Verzeichnis besitzt nicht die Vermutung der Richtigkeit oder Vollständigkeit, vgl. § 5 Abs. 4 KStiftG Baden.

125 Vgl. *Hesse* (Fn. 12), S. 143 ff. (147 ff.). *Hesse* unterscheidet bei seiner Darstellung vorreformatorische Stiftungen, Stiftungen der Inneren Mission und nach 1945 errichtete Stiftungen. Siehe auch *Hesse*, Die Stiftungslandschaft in der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, in: *Vögele/Tyra* (Hrsg.), Regionale kirchliche Stiftungen (Fn. 14), S. 17 ff.

126 Satzung der Evangelischen Pflege- und Fördereinrichtung ›Michaelshof‹, KirchlAbl. Evang.-Luth. Landeskirche Mecklenburgs, 2005, 33.

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

Es existieren Schulstiftungen¹²⁷, es gibt eine Stiftung zur Bewahrung kirchlicher Baudenkmäler in Deutschland oder landeskirchliche Stiftungen für Kirchengebäude¹²⁸, regionale¹²⁹ oder pfarrgemeindliche Stiftungen¹³⁰ u.v.m. Hervorhebenswert ist die nicht-rechtsfähige kirchliche Stiftung zur Förderung des Kirchen- und Staatskirchenrechts¹³¹.

3. Stiftungen und Islam: Die Institution *waqf*

a) Der islamische Rechtskreis – einige Hinweise

Auch der islamische Rechtskreis kennt eine Institution, die Ähnlichkeit mit der frommen Stiftung des christlichen Rechtskreises besitzt¹³². Deren aktuelle Bedeutung wird von einem theoretisch-praktischen Ansatz herausgestellt, der momentan unter dem Titel muslimischer Philanthropie diskutiert wird¹³³.

Die islamische fromme, auf Wohltätigkeit hin ausgerichtete Stiftung wird im Arabischen als *waqf* (pl. *Auqaf*) bezeichnet¹³⁴. Der *waqf* gilt als einer der schwierigsten

127 Bemerkenswertes Beispiel, gleichsam einen »Nordstaat« vorwegnehmend: Evangelische Schulstiftung in Mecklenburg-Vorpommern und Nordelbien, Satzung abgedruckt in: KirchlAbl. Evang.-Luth. Landeskirche Mecklenburgs, 2005, 28. Siehe auch Kirchengesetz über die Errichtung einer »Schulstiftung der Evangelischen Kirche in Berlin Brandenburg (Evangelische Schulstiftung)« vom 17. November 2001, abgedruckt in: Abl. EKD 2002, 45.

128 Kirchengesetz zur Errichtung einer Stiftung für Kirchengebäude in der Evgl.-Luth. Kirche in Oldenburg (Kirchenbaustiftung) vom 17. November 2000, abgedruckt in: Abl. EKD 2001, 199.

129 Siehe etwa das Kirchengesetz über die Errichtung der selbständigen »Stiftung der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau (Stiftung bürgerlichen Rechts)« vom 16. Mai 2003, abgedruckt in: Abl. EKD 2003, 324.

130 Nicht selten werden sie auch als Bürgerstiftungen tituiert, so *Kammerbauer*, Das Modell »Evangelische Bürgerstiftungen«, in: Vögele/Tyra (Hrsg.), Kirchliche Stiftungen (Fn. 14), S. 47 ff. Siehe auch die Stiftung Evangelische Kirchengemeinde Essen-Rellinghausen, abgedruckt in: KirchlAbl der Evgl. Kirche im Rheinland 2004, 363.

131 Satzung vom 4. Juni 2004, abgedruckt in: Abl. EKD 2004, 477.

132 Dazu grundlegend und Unterschiede herausarbeitend *Baer (Hoexter)*, The Muslim Waqf and Similar Institutions in Other Civilizations, in: Borgolte (Hrsg.), Stiftungen in Christentum (Fn. 1), S. 257 ff.

133 Grundlegende Hinweise dazu bei *Syed*, Muslimische Philanthropie und Community Development Deutschland: Eine Fallstudie, in: Heine/Syed (Hrsg.), Muslimische Philanthropie und bürgerschaftliches Engagement, Berlin 2005, S. 13 ff. m.w.N.

134 Vgl. *Heine* (Fn. 9), S. 167 f. (167). Im Türkischen wird das Wort *evkaf* verwendet. Die nachfolgenden Ausführungen basieren vor allem auf: *Hoffmann*, Die islamischen »frommen« Stiftungen und Probleme ihrer Erforschung im Iran, in: Forschungsforum: Berichte aus der Otto-Friedrich-Universität Bamberg, Heft 2 (1990), S. 117 ff; *Kogelmann*, Islamische fromme Stiftungen und Staat: der Wandel in den Beziehungen einer religiösen Institution und dem marokkanischen Staat seit dem 19. Jahrhundert bis 1937, Würzburg 1999, insb. S. 25 ff.; *Hartung*, Die fromme Stiftung[waqf]: Eine islamische Analogie zur Körperschaft?, in: Kippenberg/Schuppert (Hrsg.), Die verrechtlichte Religion: Der Öffentlichkeitsstatus von Religionsgemeinschaften, Tübingen 2005, S. 287 ff. Weiterhin *Borgolte*, Von der Geschichte des Stiftungsrechts (Fn. 4), S. 13 * ff (32 * ff.).

Zweige des Islamischen Rechts¹³⁵. Die Ursprünge des islamischen Stiftungswesens sind ungeklärt und werden auf unterschiedliche Entwicklungsstränge wie das byzantinische Stiftungswesen o.ä. zurückgeführt¹³⁶. Ein ausdrücklicher Beleg für ein islamisches Stiftungswesen fehlt im Koran, es läßt sich aber eine Kontinuitätslinie zur prophetischen Tradition ziehen¹³⁷. Mit Beginn des 16. Jahrhunderts wird das islamische Stiftungsrecht als in wesentlichen Grundzügen verfestigt und inhaltlich ausformuliert angesehen¹³⁸. Die wesentlichen¹³⁹ *Waqf*-Vorschriften gelten für die gesamte islamische Welt.

Der Begriff *Waqf* bezieht sich sowohl auf die Rechtshandlung, durch die eine islamische Stiftung errichtet wird, als auch auf die gegründete Stiftung selbst als Produkt des Gründungsaktes¹⁴⁰. Unter *Waqf* wird eine Sache verstanden, »die bei Erhaltung ihrer Substanz einen Nutzen abwirft und bei welcher der Eigentümer seine Verfügungsgewalt aufgegeben hat mit der Bestimmung, dass ihr Nutzen für erlaubte gute Zwecke verwandt wird«¹⁴¹.

Religiöse Stiftungen setzen voraus, daß der Stifter eine freie, rechts- und geschäftsfähige Person ist. Er muß das volle Verfügungsrecht über das zu stiftende Vermögen besitzen¹⁴². Es ist nicht ausgeschlossen, daß Stiftungen von Nichtmuslimen gültig sind und islamische Stiftungen auch die Bedürftigen anderer Glaubensrichtungen unterstützen können¹⁴³. Sie dürfen nur keinen Zweck verfolgen, der dem Islam zuwiderläuft.

Der genau bestimmbare Teil des rechtmäßigen Eigentums des Stifters muß von Dauer sein und entsprechenden Ertrag erbringen (*mauquf*, Pl. *mauqufat*). Sicher erfüllt wird dies von Immobilien¹⁴⁴. Ob die Stiftung von Mobilien zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt. Als stiftungstauglich gelten die Mobiliarssachen, die nicht

135 Kneller, Der Rechtscharakter des Islamischen Instituts wakf und des Anglo-Amerikanischen Institutes trust, Diss. iur. Tübingen 1966, S. 11.

136 Paltzsch, Stiftungen im Islam: Vom 7. Jahrhundert bis zum Ende des Mamlukenreiches (1517), in: Strachwitz/Mercker (Fn. 11), S. 986 ff. (986, passim).

137 Vgl. Kogelmann (Fn. 134), S. 26 m.w.N.

138 Meier, Stiftungen im Islam: Vom 16. Jahrhundert bis zum Ersten Weltkrieg, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 11), S. 991 ff. (991).

139 Zu lokalen Modifikationen und die Vielfalt von Rechtsmeinungen sogar innerhalb von islamischen Rechtsschulen siehe nur den Hinweis bei Kogelmann (Fn. 134), S. 27.

140 Heffening, Artikel »Wakf«, in: Houtsma u.a. (Hrsg.), Enzyklopädie des Islam, Bd. IV, Leiden/Leipzig 1934, S. 1187 ff. (1187 l. Sp.); siehe auch Peters, Artikel »Wakf«, in: Bearmann u.a. (Hrsg.), The Encyclopaedia of Islam, Vol. XI (Leiden 2002), S. 59 ff. (59).

141 So Heffening, Artikel »Wakf« (Fn. 140), S. 1187 ff. (1187 l. Sp.).

142 Ein todkranker Muslim darf nur mit einem Drittel seines Vermögens eine Stiftung errichten. Nach der malakitischen Fiqh darf eine Frau ebenfalls nur ein Drittel ihres Vermögens in eine gemeinnützige Stiftung einbringen. Vgl. Syed (Fn. 133), S. 13 ff. (33).

143 Nagel, Das Islamische Recht: Eine Einführung, Westhofen 2001, S. 33. Ausgeschlossen ist aber, dass der Zweck einer islamischen Stiftung im Unterhalt von Sakralgebäuden anderer Glaubensrichtungen liegt.

144 Landwirtschaftlich oder gewerblich genutzte Grundstücke, Mietshäuser, Läden, Mühlen, Bäder usw. Vgl. zu dieser vor allem von der hanafitischen Rechtsschule vertretenen Auffassung Syed (Fn. 133), S. 13 ff. (33); siehe auch Kogelmann (Fn. 134), S. 28.

ihrer Substanz nach verbraucht werden können, sondern selbst genutzt werden können bzw. Ertrag abwerfen¹⁴⁵.

Die Stiftung muß einem Gott gefälligen (»frommen«) oder wohltätigen Zweck gewidmet werden. Durch die gottgefällige Handlung (*qurba*) erhofft sich der Stifter einen Lohn im Jenseits. Die Stiftung entspringt dem Wunsch des Stifters, sein Nachleben sowohl im Jenseits als auch im Diesseits zu gestalten. Die religiöse Zwecksetzung schützt die islamische Stiftung auch vor unrechtmäßigen Zugriffen Dritter. Als gottgefällig wird dabei all das angesehen, das die Ausübung der kultischen Pflichten ermöglicht oder geeignet ist, die Religion zu verbreiten und ihre Kenntnis zu fördern. Ferner entspricht der *qurba* die Linderung von Armut und Not. Die Bedeutung der *qurba* als Hauptlegitimationsgrund einer islamischen Stiftung wird von den islamischen Rechtsgelehrten weit verstanden, so dass religiöse Aspekte in islamischen Stiftungen häufig eng mit sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen verweben sind¹⁴⁶.

Im islamischen Rechtskreis werden hierbei grundsätzlich zwei *waqf*-Formen unterschieden, die von islamischen Rechtsgelehrten »als zwei unterschiedliche Erscheinungsformen eines identischen Phänomens« betrachtet werden¹⁴⁷ und ambivalenten Charakter¹⁴⁸ des *waqf*-Wesens zeigen:

Waqf khayri ist eine religiöse, gemeinnützige Stiftungen und zielt auf die Unterhaltung von Moscheen¹⁴⁹, Pilgerstationen, Krankeneinrichtungen, Waisenhäusern, Bildungseinrichtungen (Koranschulen, religiösen Hochschulen)¹⁵⁰, Infrastrukturen wie Brücken, Wasserleitungen oder andere öffentliche Versorgungseinrichtungen. Ein wesentlicher Teil der öffentlichen Belange, allgemeiner Daseinsvorsorge im heutigen Verständnis, blieb in den islamischen Gesellschaften der privaten Initiative solventer Stifter überlassen¹⁵¹.

Bei der *waqf ahli* handelt es sich demgegenüber um eine Familienstiftung. Ihr Hauptzweck ist der Vermögenserhalt für Familienangehörige des Stifters (Kinder, Verwandte), um den vermögensaufsplitternden Folgen des »komplizierten Reglements«¹⁵² im islamischen Erbrecht mit seinem Erbteilungssystem vorzubeugen oder auch die Töchter faktisch von der Erbfolge auszuschließen. Ebenso konnte die Errichtung einer *waqf ahli* vor staatlichen Konfiskationen schützen. Die Familienstiftung islamischen Rechts schließt eine Begünstigung der Person des Stifters eigentlich aus, doch haben sich rechtstechnische »Kniffe«¹⁵³ herausgebildet, die auch eine Stif-

145 Dazu können Pflanzen wegen ihrer Früchte zählen oder Tiere wegen ihrer Milch, Wolle u.ä.

146 So Kogelmann (Fn. 134), S. 33.

147 Kogelmann (Fn. 134), S. 31.

148 Vgl. Hartung (Fn. 134), S. 287 ff. (300 f. m. w. N.).

149 Umfangreiche *waqf*-Besitzungen sorgten für die materielle Basis und Unterhaltung wichtiger Heiligtümer und heiliger Stätten.

150 Das Bildungswesen war ohne die *auqaf* nicht denkbar, »da sie nicht nur die räumlichen Voraussetzungen für den Lehrbetrieb schufen, sondern häufig auch für die Unterrichtsmittel und das Lehrpersonal sowie für den Unterhalt der Schüler und Studenten aufkamen«. So Hoffmann (Fn. 134), S. 117 ff. (117).

151 So die Feststellung von Hoffmann (Fn. 134), S. 117 ff. (117).

152 Hoffmann (Fn. 134), S. 117 ff. (117 f.).

153 So Heffening, Artikel »Wakf« (Fn. 140), S. 1187 ff. (1187 r. Sp.).

tung zugunsten des ursprünglichen Eigentümer zulassen, so daß bei der *waqf ahli* der oder die Stifter nicht nur für ihre Nachkommenschaft, sondern auch u.U. für sich selbst ein Einkommen sichern¹⁵⁴. Endzweck einer *waqf ahli* soll aber wiederum eine gottgefällige Handlung sein, z.B. nach dem Tod des letzten Begünstigten eine *qurba* für die Armen oder einem anderen gemeinnützigen, wohltätigen Zweck¹⁵⁵.

Zwischen diesen beiden Typen¹⁵⁶ islamischer frommer Stiftungen gibt es noch Zwischenformen, bei denen Gemeinnützigkeit und Privatnützigkeit in unterschiedlichen Anteilsverhältnissen gemischt werden können¹⁵⁷.

Obgleich ein *waqf* nicht schriftlich erfolgen muß, wird dies doch regelmäßig der Fall sein. Für die Gültigkeit eines *waqf* ist es erforderlich, daß die Stiftung ewige Dauer besitzen soll. Sie wird ein Objekt, das für alle Zeiten im Eigentum Allahs steht¹⁵⁸ und unwiderruflich von jeglichem Geschäftsverkehr ausgeschlossen ist, also zu einem Gut der Toten Hand wird, ohne selbst den Rechtsstatus einer Juristischen Person im gemeineuropäischen Rechtssinne zu erlangen. Nach einigen islamischen Lehren wird schließlich die Übergabe der gestifteten Sache (des waqfierten Eigentums) an den Bedachten bzw. den Verwalter vorausgesetzt.

Die Stiftungsgüter werden einem vom Stifter benannten Verwalter (*mutawalli*) anvertraut, der für die Einhaltung der Stiftungsbedingungen den technischen Betrieb und die Vermögensverwaltung zuständig ist. Ein *mutawalli* ist seinerseits dem *qadi* oder einer anderen religionsgesetzlichen Autorität gegenüber rechenschaftspflichtig. Die hanafitische Rechtsschule läßt als Verwalter auch Nichtmuslime zu, während die anderen Rechtsschulen davon ausgehen, dass ein *waqf* nur von einem Muslim verwaltet werden kann¹⁵⁹.

154 Vgl. Heine (Fn. 9), S. 167 f. (168). Siehe auch zur hanafitischen Tradition, den Stifter als ersten Begünstigten zu akzeptieren, Meier, Stiftungen im Islam (Fn. 138), S. 991 ff. (992).

155 Heffening, Artikel »Wakf« (Fn. 140), S. 1187 ff. (1187 r. Sp.). Es handelt sich hierbei um eine Rechtsauffassung, die zumindest von der hanafitischen Rechtsschule vertreten wird. Vgl. Kogelmann (Fn. 134), S. 31.

156 Bei Syed ([Fn. 133], S. 13 ff. [32]) findet sich eine etwas andere Typologie, wenngleich er die beiden oben genannten *Waqf*-Formen als die ansieht, die am weitesten verbreitet sind. Er unterscheidet vor entwicklungsgeschichtlichem Hintergrund fünf Formen: Stiftungen für Gott (*al-Habs fi sabil Allah*), bei denen Eigentum wie Häuser, Pferde u.ä. den Armen, Kriegern o.a. gestiftet wird. Die befristete Stiftung für einen bestimmten Zweck oder eine bestimmte Personengruppe, die es aber nur in der Rechtsschule der maliktischen Fiqh anerkannt sei, während andere islamische Rechtsschulen keine befristeten Stiftungen kennen. Die von den Schafiiten anerkannte unbefristete Stiftung für die armen Verwandten oder Nachkommen, deren Gültigkeit von der hanafitischen Rechtsschule in Abrede gestellt wird. Schließlich die beiden Formen der unbefristeten Stiftung für Kinder und Verwandte sowie die gemeinnützige Stiftung.

157 Hoffmann (Fn. 134), S. 117 ff. (118) resümiert: »Die jeweiligen Anteile können sehr unterschiedlich bemessen sein (das heißt im Extremfall: Der Stifter reserviert den Löwenanteil für sich und seine Familie, während für die gute Sache nur ein verschwindender Recht bleibt)«.

158 Dieser eigentumsrechtliche Übergang ist anscheinend zwischen verschiedenen islamischen Rechtsschulen umstritten, näher Heffening, Artikel »Wakf« (Fn. 140), S. 1187 ff. (1188 l. Sp.); siehe auch Kogelmann (Fn. 134), S. 27; Syed (Fn. 133), S. 13 ff. (34).

159 Vgl. Syed (Fn. 133), S. 13 ff. (34).

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

Insgesamt zeigt sich in der Institution *waqf* die Multidimensionalität des islamischen Stiftungswesens¹⁶⁰. Eine große Bedeutung der islamischen frommen Stiftungen (*auqaf*) für das Funktionieren islamischer Gesellschaften wird grundsätzlich angenommen¹⁶¹, wengleich das islamische Stiftungswesen auch in dem Ruf steht, den Anforderungen einer modernen Bodenordnung nicht gerecht zu werden und vielfach für die wirtschaftliche Rückständigkeit islamischer Gesellschaften verantwortlich gemacht wird¹⁶². Zwar wird gerade in der letzten Zeit die Anpassungsfähigkeit und Flexibilität des islamischen Stiftungswesens hervorgehoben und als ein philanthropischer Motor mit zivilgesellschaftlichem Potential qualifiziert¹⁶³, doch sei von dem ursprünglichen Glanz und der Bedeutung islamischer Stiftungen in den muslimischen Ländern nicht viel geblieben. Dies zeige sich nicht nur in der geringen Bereitschaft der Muslime zur Errichtung von frommen Stiftungen¹⁶⁴, sondern in der verbreiteten Tendenz, die Stiftungen in den islamischen Ländern unter weitreichende staatliche Kontrolle zu stellen¹⁶⁵.

b) Islamische Stiftungen in Deutschland?

Selbst wenn die islamische Rechtstradition die Fiktion juristischer Rechtspersönlichkeit nicht kennt¹⁶⁶, wird doch in den *auqaf* eine »Dauerinstitution« erkannt, die sie in die Nähe juristischer Personen rückt¹⁶⁷. In § 1 Abs. 3 ÖsterIslamG 1912 wird normiert, dass vor Konstituierung einer islamischen Kultusgemeinde fromme Stiftungen für religiöse Zwecke des Islams errichtet werden können¹⁶⁸. Damit sollte der besonderen Bedeutung des islamischen Stiftungsrechts für die Organisation von Moscheen, karitativen Einrichtungen und Schulen entsprochen werden. Die Multidimensionalität frommer Stiftungen versucht *Hartung* neuerdings als Körperschaftsanalogie zu

160 Plastisch *Hoffmann* (Fn. 134), S. 117 ff. (118): »In der Hand des Stifters war der *waqf* ein flexibles Instrument, ein »Joker«, mit dem er verschiedene Ziele verfolgen und miteinander verbinden konnte: das Eigentum vor Zersplitterung und Konfiskation bewahren, sich und die Familie materiell absichern, den Staat um Steuereinnahmen bringen, seiner Frömmigkeit Ausdruck verleihen, sich als Stifter einen Namen machen, sein Wohlergehen im Jenseits sichern usw., je nachdem, wie seine spezifische Interessenlage und das individuelle Mischungsverhältnis von Frömmigkeit und Profitsucht beschaffen waren«.

161 *Kogelmann* (Fn. 134), S. 35; *Syed* (Fn. 133), S. 13 ff. (51)

162 Vgl. *Meier* (Fn. 138), S. 991 ff. (995 f.); näher *Kogelmann* (Fn. 134), S. 35 ff. m.w.N.

163 Dazu insbesondere *Syed* (Fn. 133), S. 13 ff., passim.; vgl. auch *Kogelmann*, Stiftungen im Islam: Das islamische Stiftungswesen nach dem Ende des Ersten Weltkrieges, in: *Strachwitz/Mercker* (Fn. 11), S. 996 ff. (1000 f.), der Tendenzen für eine Renaissance des *waqf*-Systems in islamischen Ländern sieht, die sich nicht zuletzt in Stellungnahmen transnational tätiger muslimischer Organisationen zeige.

164 *Kogelmann*, Stiftungen im Islam (Fn. 63), S. 996 ff. (996 f.).

165 Zur Direktion für das Stiftungswesen in der Türkei näher *Ende/Steinbach* (Hrsg.), *Der Islam in der Gegenwart*, 5. Aufl. 2005, S. 243 f. Zu anderen Ländern umfassend *Peters*, Artikel »Wakf« (Fn. 140), S. 59 ff. (insb. S. 63 ff.).

166 *Baer* (Fn. 132), S. 257 ff. (277).

167 So *Meier* (Fn. 138), S. 991 ff. (993); *Hartung* (Fn. 134), S. 287 ff. (301).

168 Vgl. *Kalb/Potz/Schinkele* (Fn. 10), S. 626 f.; siehe auch *Gampl/Potz/Schinkele*, Österreichisches Staatskirchenrecht, Bd. 1, Wien 1990, S. 461.

umschreiben¹⁶⁹. Nach dem deutschen Stiftungsrecht ist es in jedem Fall möglich, eine Stiftung mit religiös-islamischer Zwecksetzung zu gründen, fraglich und problematisch ist es, ob es sich um eine religionsgemeinschaftliche Stiftung handelt, also eine weltliche Stiftung, die einer privatrechtlichen Religionsgemeinschaft zugehört, oder ob die einzelne Stiftung sogar stiftungsrechtlich den kirchlichen gleichgestellt werden kann¹⁷⁰. Anders als die kirchlichen Stiftungen bezieht sich der *waqf* nicht auf eine religionsgemeinschaftliche Institution, sondern steht für sich. Nicht zu Unrecht lassen sich deshalb zwischen der Institution *waqf* in ihrer gemeinwohlbezogenen Ausprägung und sog. bürgergesellschaftlicher Stiftungsbestrebungen Verbindungslinien ziehen. Ein Indiz für das Problem, das zwischen weltlicher und geistlicher Sphäre nicht so strikt getrennt wird wie in Westeuropa und es zu Anpassungsschwierigkeiten beim Transfer von einer Rechtskultur zur anderen kommt.

Soweit ersichtlich gibt es keine islamische Stiftung in der Bundesrepublik Deutschland. Die Essener Dependence der türkischen CEM-Stiftung¹⁷¹ wird nicht als rechtsfähige Stiftung zu qualifizieren sein. Das von einem syrischen Staatsbürger 1927 in Berlin gegründete »Islam-Institut« hat 1942 die Rechtsform des eingetragenen Vereins erhalten¹⁷².

4. Jüdische Stiftungen

Manche Landesstiftungsgesetze erwähnen ausdrücklich jüdische Stiftungen. Die jüdische Stiftungskultur ist durch das nationalsozialistische Regime zerstört worden. Bis dahin existierte – Dokumentationen belegen dies¹⁷³ – eine sehr reichhaltige, gegliederte jüdische Stiftungskultur in Deutschland. Nicht alle jüdischen Stiftungen verfolgten religiöse bzw. religionsgemeinschaftliche Aufgaben und waren den religiösen Gemeinden vor Ort zugeordnet. Momentan wird man festhalten müssen¹⁷⁴, dass es anscheinend kaum Stiftungen gibt, die den jüdischen Gemeinden oder den jüdischen Landesverbänden oder dem Zentralrat der Juden zugerechnet werden können. Es gibt aktuell aber Stiftungen, die den Bau von Synagogen und der Arbeit jüdischer Kultusgemeinden unterstützen oder es wird die Errichtung solcher Stiftungen vorgeschlagen.

Eine bemerkenswerte Stiftung existiert in Berlin: Art. 9 Abs. 6 des Staatsvertrages über die Beziehungen des Landes Berlins zur Jüdischen Gemeinde zu Berlin bestimmt unter der Rubrik staatliche Zuwendungen¹⁷⁵, dass das Bundesland Berlin sich zur Unterstützung der landesunmittelbaren Stiftung »Neue Synagoge Berlin – Cen-

169 *Hartung* (Fn. 134), S. 308 ff.

170 Dies würde den Körperschaftsstatus für die konkrete muslimische Gruppierung voraussetzen.

171 Siehe dazu *Lemmen* (Fn. 13), S. 99 f.

172 Dazu und zu der Frage, ob das heutige Zentralinstitut Islam-Archiv Deutschland e.V. in Soest in rechtlicher Kontinuität zu diesem Institut steht ausführlich *Lemmen* (Fn. 13), S. 109 ff.

173 *Lustiger* (Fn. 6); *Hönicke* (Fn. 6).

174 Meine Nachforschungen diesbezüglich blieben jedenfalls erfolglos.

175 Gesetz zum Staatsvertrag vom 8. Februar 1994, GVBl., S. 67.

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

trum Judaicum« verpflichtet. Es handelt sich bei dieser Stiftung um eine juristische Person, die durch Verordnung des DDR-Ministerrats vom 16. Juni 1988 errichtet worden ist¹⁷⁶ und durch Art. 35 Abs. 4 Einigungsvertrag als zentral geleitete kulturelle Einrichtung der DDR zu einer landesunmittelbaren Stiftung des öffentlichen Rechts des Landes Berlin umgewandelt wurde¹⁷⁷.

5. Als weiteres Beispiel: Buddhistische Stiftungen in Deutschland

Bei einer kursorischen Durchsicht von Stiftungsverzeichnissen fällt auf, daß es eine bemerkenswerte Anzahl an Stiftungen mit religiöser Zwecksetzung gibt, die die buddhistische Religion betreffen und deren Förderung vorsehen¹⁷⁸.

6. Zwischenrésumé

Die Rechtslage innerhalb der Konfessionen und Religionen sowie die kursorisch dargestellten Beispiele zeigen, dass religiöse Stiftungen im nennenswerten Umfang in erster Linie bei den christlichen Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Landesstiftungsrechtlich werden aber nicht alle Stiftungen mit religiösem Gehalt erfasst, sei es, dass das Landesrecht nur Stiftungsprivatrecht normiert und die nicht wenigen öffentlich-rechtlichen kirchlichen Stiftungen durch das stiftungsgesetzliche Raster fallen, oder die religiösen Stiftungen privatrechtlich verfasster Religionsgemeinschaften nur unter der rechtlichen Qualifikation einer weltlichen Stiftung im Sinn des Stiftungsgesetzes in den Blick kommen können. Zwischen den christlichen und islamischen Stiftungen bestehen zwar nicht unbeträchtliche Analogien, doch fehlt es den islamischen Stiftungen an der »komplexen Einheit« mit einer kirchlich-institutionellen Struktur o.ä., obgleich ein *waqf* eine religiöse Institution ist bzw. sein kann¹⁷⁹.

176 GBl. DDR I, 145. Das Statut der Stiftung »Neue Synagoge Berlin – Centrum Judaicum« ist abgedruckt ebda., S. 146. Siehe auch Abgeordnetenhaus-Drs. 12/3600, 5 f.

177 Abgeordnetenhaus-Drs. 12/3600, 6.

178 Herausgegriffen sei: »Diamantweg-Stiftung der Kagyü Linie«, deren Satzung sich findet unter: [www.diamantweg-stiftung.de] (10. Januar 2006).

179 Baer (Fn. 132), S. 257 ff. (262, 271 ff.)

IV. Ausgewählte¹⁸⁰ religionsverfassungsrechtliche Koordinaten für »religiöse Stiftungen« und das deutsche Stiftungsrecht

1. Grundrechtliches: Grundrecht auf Stiftung mit religiöser Zwecksetzung und das Handeln der Stiftung als Religionsausübung

Das Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist – in Anlehnung an eine Sentenz von *Klaus Schlaich* – die Grundlage allen religionsverfassungsrechtlichen Argumentierens. Die Religionsfreiheit wird als ein oder sogar der Integrationsfaktor eines säkularen Rechtsstaats gesehen, um auf die Herausforderungen der Multireligiösität zu reagieren¹⁸¹.

a) Grundrechtliche Perspektive des Stifters

Der Stifter ist bei der Bestimmung der Stiftungsdestinatäre frei¹⁸². Ob es ein Grundrecht auf Stiftung bzw. der Stifterfreiheit gibt, ist Gegenstand zahlreicher Kontroversen¹⁸³. Durch den grundsätzlichen Anspruch auf Anerkennung einer Stiftung als rechtsfähige Person hat der Stiftungsgesetzgeber durch die Novellierung des BGBs 2002 eine einfachrechtliche Entscheidung getroffen¹⁸⁴.

Wenn auch – soweit ersichtlich – in den Kommentierungen zu Art. 4 GG kaum erwähnt, wird es grundsätzlich anerkannt, dass die Errichtung einer religiösen oder kirchlichen Stiftung für den Stifter ein Vorgang mit grundrechtlich relevanter Bekenntnisqualität sein kann. Angesichts der gegenständlichen Reichweite des Schutzbereichs, die das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfahren hat¹⁸⁵, wird es kaum religionsneutrale Vorgänge

180 Fragen der Grundrechtsberechtigung von öffentlich-rechtlichen religiösen Stiftungen etc. bleiben ausgeklammert. Das Nachfolgende kann nur eine erste Problemskizze sein.

181 Aus dem reichhaltigen Schrifttum siehe mit je unterschiedlichen Akzenten nur *Bielefeldt*, *Muslims im säkularen Rechtsstaat: Integrationschancen durch Religionsfreiheit*, Bielefeld 2003; *Maurer*, *Religionsfreiheit in der multikulturellen Gesellschaft*, in: FS Brohm (2002), S. 455 ff.; *Grimm*, *Multikulturalität und Grundrechte*, in: Wahl/Wieland (Hrsg.), *Das Recht des Menschen in der Welt. Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Berlin 2002, S. 135 ff.; *Waldhoff*, *Inhalt und Grenzen der Religionsfreiheit in Deutschland*, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Zwischen Säkularität und Laizismus*, Münster 2005, S. 81 ff.

182 Vgl. *Hof*, *Verfassungsrechtliche Grundlagen*, in: Seifart/von Campenhausen (Fn. 12), § 4 Rdn. 73.

183 Aktuell siehe nur *Schmidt-Jortzig*, *Stifterfreiheit – Bedingungen eines Grundrechts auf Stiftung*, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 11), S. 55 ff. Weiter *Hof* (Fn. 182), § 4 Rdn. 73 ff.; *Schulte* (Fn. 33), S. 34 ff.; *Frowein*, *Grundrecht auf Stiftung*, 1976.

184 Vgl. *Achilles*, in: ZevKR 47 (2002), 682 ff. (685); siehe auch *Andrick*, *Die kirchliche Stiftung im modernisierten Stiftungsrecht*, in: KuR 2003, 15 ff. (17 f.) (= Nr. 270, 13 ff. [15 f.]).

185 Siehe dazu *Kästner*, *Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung*, in: AöR 123 (1998), 408 ff.; *ders.*, *Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit*, JZ 1998, 974 ff.; *Bock*, *Die Religionsfreiheit*

»Religiöse Stiftungen« in multireligiöser Gesellschaft

geben, soweit der Stifter die religiöse Motivation des Stiftens belegen und dies anhand des Stiftungszwecks plausibel gemacht werden kann. Damit wird die grundrechtliche Absicherung des Stiftungsvorgangs aber nicht in das völlige Belieben des Grundrechtsträgers und seines Artikulationsgeschicks überwiesen¹⁸⁶, sondern es bleibt in gewissen Grenzen, die der religiös neutrale Staat einzuhalten hat, überprüfbar¹⁸⁷. Hinsichtlich der Institution *waqf* bedeutet dies dann, die Konstituierung einer islamischen Stiftung, die ein Wohlfahrtsanliegen, ein religiöses Bildungsprojekt o.ä. verfolgt, wird nicht selten durch Art. 4 Abs. 1 und 2 geschützt werden. Es ist dabei grundrechtlich unerheblich, ob die Stiftung von einer Religionsgemeinschaft oder einer anderen religiös fundierten Gemeinschaft errichtet wird¹⁸⁸. Grundrechtsträger eines »Stiftungsgrundrechts« aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG kann auch eine Einzelperson sein, die Vermögen einem religiösen Zweck widmen will. Wie aus der religiösen Vereinigungsfreiheit kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Rechtsform resultiert, muss das Grundrecht der Religionsfreiheit nicht die stiftungsrechtliche Kategorie determinieren. D.h., das Stiftungsrecht muss die Errichtung von Stiftungen mit religiöser Zwecksetzung zulassen bzw. darf sie nicht unzumutbar erschweren. Mehr als die Bereitstellung einer Rechtsform, die die »irgendwie geartete rechtliche Existenz einschließlich der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr« ermöglicht¹⁸⁹, fordert ein religiöses Stiftungsgrundrecht hinsichtlich der Rechtsform Stiftung aber nicht. Da das gesetzgeberische Leitbild von der Allzweckstiftung ausgeht, auf deren Anerkennung ein gesetzlich konkretisierter Anspruch besteht, haben die stiftungsrechtlichen Gesetzgeber eine rechtliche Hülle bereit gestellt, die der Verwirklichung der grundrechtlich abgesicherten Errichtung rechtsfähiger Stiftungen mit religiöser Zwecksetzung regelmäßig Rechnung trägt. Die gesetzlich geforderte Gemeinwohlverträglichkeit, die u.U. zur Ablehnung einer stiftungsrechtlichen Anerkennung führen kann, stellt eine adäquate gesetzliche Ausprägung der Schrankendogmatik¹⁹⁰ zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG dar und lässt sich grundrechtsrechtskonform anwenden.

b) Stiftungshandeln als Religionsausübung

Auch die Stiftung mit religiöser Zwecksetzung, die stiftungsrechtlich selbst keine kirchliche ist bzw. mit dieser Kategorie gleichgesetzt wird, kann sich bei ihrer Tätigkeit auf Art. 4 Abs. 1 u. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG berufen. Die Freiheit der Reli-

zwischen Skylla und Charybdis, in: AöR 122 (1997), 444 ff. Zur Schutzbereichbestimmung und Schrankenziehung ausführlich *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung: Die verfassungsrechtliche Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse, Berlin 1997, S. 121 ff. und passim.

186 Ein solcher Grundrechtssubjektivismus wird häufig mit dem Selbstverständniskonzept in Verbindung gebracht, dazu *Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, Berlin 1994; dezidierte Kritik dazu in der Rezension von *Isensee*, in: ZevKR 43 (1998), 133 ff.

187 Vgl. BVerfGE 83, 341, 1. Leitsatz., 353.

188 Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG.

189 In Anlehnung an den LS von BVerfGE 83, 341, Leitsatz 2 b).

190 Dazu etwa *Maurer*, Die Schranken der Religionsfreiheit, in: ZevKR 49 (2002), 311 ff. m.w.N.

gionsausübung wird seit der sog. Lumpensammler-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹¹ sehr extensiv ausgelegt und wird nicht auf die klassische Ausrichtung als Kultusfreiheit beschränkt¹⁹²; das Grundrecht wird darüber hinaus auch auf solche Institutionen erstreckt, die sich nur partiell einer Pflege von Religion verschrieben haben¹⁹³. Dies hat zur Folge, dass herkömmlicherweise caritativ-diaconische Tätigkeiten als Religionsausübung zu qualifizieren sind und eine Stiftung, die auf diesem weiten Feld religiös motivierter Wohlfahrt tätig ist, den Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG genießt. Die Qualifikation einer Stiftungstätigkeit als Religionsausübung wird nicht allein dem im Stiftungszweck zum Ausdruck gelangenden Selbstverständnis des Stifters und dessen religiöser Motivation überantwortet. Die Tätigkeit der Stiftung muss ihrer Substanz oder dem Schwerpunkt ihres nach außen hin erkennbaren Erscheinungsbildes nach als Religionsausübung eingeordnet werden können. Allein die Behauptung, etwas sei Religionsausübung, ist nicht ausreichend.

2. Das institutionelle Arrangement: Selbstbestimmungsrecht und Körperschaftsstatus

Die Regelung des Verhältnisses von Staat und Religion bzw. Religionsgemeinschaften ist nicht nur Grundrechtsthema, sondern mit der Inkorporation der Weimarer Verfassungsbestimmungen durch Art. 140 GG als vollgültiges Verfassungsrecht Gegenstand eines institutionellen Reglements im Grundgesetz. Für Stiftungen bedeutsam sind das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV und Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV, der den Körperschaftsstatus von Kirchen und Religionsgemeinschaften betrifft. In Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 2 WRV wird eine verfassungsrechtliche Garantie zum Schutz des kirchlichen bzw. religionsgemeinschaftlichen Stiftungswesens erblickt.

Das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht wird als eine selbständige, die Religionsfreiheit ergänzende Verfassungsgewährleistung angesehen, die der Religionsgemeinschaft¹⁹⁴ eine freie Bestimmung über ihre Organisation, Normsetzung und Verwaltung garantiert¹⁹⁵. Diese Verfassungsgewährleistung weist grundrechtsähnliche Elemente und institutionelle Komponenten auf¹⁹⁶, die auch das Stiftungs-

191 BVerfGE 24, 236 (245 f.).

192 Zur Kultusfreiheit müssten dann nicht nur die eigentlichen kultischen Handlungen gezählt werden, sondern auch die Handlungen, die ihrer Durchführung vorausliegen bzw. mit ihr verbunden sind, wie z.B. das Recht auf Errichtung von Kultstätten u.ä.m. Stiftungen die auf die Errichtung eines solchen kultisch genutzten Gebäudes abzielen würden genauso Art. 4 GG unterfallen wie Stiftungen, die bspw. für die Finanzierung der Religionsdiener zu sorgen hätten.

193 BVerfGE 24, 236 (246 f.). Zu der darin liegenden »doppelten Extension«, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Lumpensammler-Entscheidung vornimmt siehe nur *Waldhoff* (Fn. 181), S. 81 ff. (86 f.).

194 Die Begriffe Religionsgesellschaft und Religionsgemeinschaft werden synonym gebraucht.

195 Vgl. BVerfGE 42, 312 (322, 333); 52, 366 (401); 72, 278 (289). Zu dem umstrittenen Verhältnis von Art. 4 GG zu Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV näher *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 42. Lfg. 2003, Art. 140 GG/137 WRV Rdn. 20 ff. m.w.N.

196 So *Korioth* (Fn. 18), in: FS Badura (2004), S. 727 ff. (741).

wesen betreffen. Kirchliche bzw. religionsgemeinschaftliche Stiftungen dienen nicht nur als »Thesaurierungsinstitution« von Vermögen für religiöse Zwecke, sondern sind häufig Träger von Einrichtungen, die eine große Zahl von Menschen beschäftigen. Nicht wenige grundlegende Fragen des Rechts von religiösen Stiftungen wurden anhand von arbeitsrechtlichen Problemen entschieden¹⁹⁷. Die Probleme können sowohl kollektiv- als auch individualarbeitsrechtlich sein und hängen alle von der Zurechenbarkeit einer Stiftung zu einer Religionsgemeinschaft ab. Voraussetzung ist, dass es sich um eine Religionsgemeinschaft handelt¹⁹⁸; nicht jede religiöse Gruppierung fällt darunter und auch eine Stiftung, die religiöse oder kirchliche Zwecke verfolgt, kann nicht isoliert als Religionsgesellschaft im Sinn des Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV qualifiziert werden¹⁹⁹. Eine rechtsfähige religiöse Stiftung einer privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaft ist zwar nach dem Landesstiftungsrecht nur eine weltliche Stiftung mit religiöser Zwecksetzung, religionsverfassungsrechtlich hat sie aber Anteil an der Verfassungsgarantie des Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV. Hinsichtlich einer denkbaren islamischen Stiftung kommt Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV aber nur zum Tragen, wenn die konkrete muslimische Gruppierung, die eine Stiftung errichtet hat, rechtlich als Religionsgemeinschaft bezeichnet werden kann. Dies ist momentan nicht nur bei den muslimischen Dachverbänden eine umstrittene Frage²⁰⁰, so dass die Antwort auf diesen Punkt momentan offen bleiben muss.

Primär stiftungsrechtlich stellt sich das Problem, ob eine Stiftung einer Religionsgemeinschaft staatlicher Stiftungsaufsicht unterfallen darf. Für die kirchlichen Stif-

197 Sie betrafen oder betreffen das Problem, ob die kirchlichen Stiftungen als Unterorganisation des Muttergemeinwesens Kirche unter Regelungen wie § 118 Abs. 2 BetrVG, § 112 BPersVG, § 1 Abs. 4 MitbestG oder § 1 Abs. 2 SprAuG fallen. Diese Bestimmungen erklären das Betriebsverfassungsrecht, des Personalvertretungsrecht und des Mitbestimmungsrechts für unanwendbar bei Religionsgemeinschaften und ihren karitativen oder erzieherischen Einrichtungen. Dazu demnächst näher in der in Fn. 15 genannten Tagungsdokumentation *Giesen*, Kirchliche Stiftungen und kirchliches Arbeitsrecht (i.E. 2006).

198 Bei einer Religionsgesellschaft bzw. -gemeinschaft handelt es sich um einen Zusammenschluss auf dem Boden der staatlichen Rechtsordnung (BVerfGE 83, 341 [355]). Eine »Religionsgesellschaft« ist ein die Angehörigen eines und desselben Glaubensbekenntnisses – oder mehrerer verwandter Glaubensbekenntnisse [...] – für ein Gebiet (ein Land, Teile eines Landes, mehrere Länder, das Reichsgebiet) zusammenfassender Verband zur allseitigen Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellter Aufgaben« (so *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919: Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933, Anm. 2 zu Art. 137 (= S. 633)). Diese Definition ist von der Rechtsprechung anerkannt, vgl. BVerwGE 99, 1 (3 f.); 110, 326 (340); BVerwG DVBl. 2005, 1128 (1129 m.w.N.). Sie ist auch in der Literatur anerkannt. Siehe etwa *Poscher*, Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz, in: DER STAAT 39 (2000), 49 ff.

199 I.d.S. für kirchliche Stiftungen aber *Achilles* (Fn. 12), S. 142 f.; kritische Würdigung bei *Menges* (Fn. 12), S. 83 f.

200 Dies wird aktuell hinsichtlich des Art. 7 Abs. 3 GG problematisiert: Grundlegend BVerwG, DVBl. 2005, 1128 (1130 ff.). Aus dem Schrifttum siehe *Muckel*, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft? Überlegungen zum Begriff der Religionsgemeinschaft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 GG unter besonderer Berücksichtigung muslimischer Dachverbände, in: W. Rees (Hrsg.), Recht in Kirche und Staat: Joseph Listl zum 75. Geburtstag, Berlin 2004, S. 715 ff.

tungen bzw. die Stiftungen, die einer korporierten Religionsgemeinschaft zugeordnet werden, stellen dies die Landesgesetze regelmäßig klar, wobei etwa in Berlin oder evangelische kirchliche Stiftungen in Hamburg der »reinen« Staatsaufsicht unterfallen, während andere Landesstiftungsgesetze den staatlichen Behörden nur gewisse Residualaufsichtsbefugnisse belassen oder die kirchlichen Stiftungen ganz aus der staatlichen Aufsicht herausnehmen. Wie diese einzelnen Lösungswege religionsverfassungsrechtlich zu beurteilen sind, ist umstritten und durch ein sehr konträres Meinungsspektrum gekennzeichnet²⁰¹. Da die Stiftung anders als eine Körperschaft keine Mitglieder hat und in dieser Situation keiner internen Kontrolle unterliegt, ist sie als Vermögensträgerin wehr- und schutzlos, so dass die staatliche Stiftungsaufsicht geboten erscheint²⁰². Mittels des Selbstbestimmungsrechts nach Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV wird sich nicht zwingend eine völlige Exemption aus der staatlichen Stiftungsaufsicht begründen lassen. Das Problem wird sich durch die Liberalisierung des Stiftungsrechts zumindest teilweise zunehmend entschärfen, wenn etwa ein Bundesland auf bestimmte Elemente der Stiftungsaufsicht verzichtet²⁰³. Das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht als »bereichsspezifische Bastion der Privatautonomie«²⁰⁴ könnte vor diesem Hintergrund bei Stiftungen, die Religionsgemeinschaften zugerechnet werden, an Bedeutung verlieren; ganz abschließend und allgemein kann dies momentan aber nicht beurteilt werden.

Mit der Novellierung der Landestiftungsgesetze könnte sich ein weiteres Problem relativieren. Die selbständige Organisation der Stiftungsaufsicht durch die Religionsgemeinschaften ist bis jetzt durchweg daran geknüpft, dass sie den Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV besitzen, obwohl Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV allen Religionsgemeinschaften gleiche Rechte gewährt²⁰⁵. Dieser rätselhafte Ehrentitel ist Gegenstand zahlreicher Kontroversen und Grundsatzdiskussionen²⁰⁶. Indem die staatlichen Stiftungsgesetze das Konzept eigener, nicht-staatlicher Stiftungsaufsicht auf diesen Kreis von Kirchen und Religionsgemeinschaften beschränken, könnten sie gegen den religionsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Parität als speziellem Gleichheitsgrundsatz verstoßen, weil privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften nicht zu einer eigenen Stiftungsaufsicht befugt sind. Das Schema gestufter Parität, also gesetzlicher Regelungen, die nur Kirchen und korporierte

201 Vgl. die Hinweise bei *Achilles* (Fn. 12), S. 140 f.; *Menges* (Fn. 12), S. 86 ff.; *Reuter*, in: MüKo, BGB, vor § 80 Rdn. 26

202 *Neuhoff*, in: Soergel, BGB, Vor § 80 Rdn. 78.

203 Wie bspw. Nordrhein-Westfalen durch den völligen Verzicht auf die bisherigen Genehmigungs- oder Zustimmungsvorbehalte; vgl. LT.-Drs. 13/5987, 10, 11 f.

204 Topos bei *Isensee*, Kirchliche Loyalität im Rahmen des staatlichen Arbeitsrechts, in: FS Obermayer (1986), S. 203 ff. (205).

205 Vgl. *Heckel*, Gleichheit oder Privilegien: Der allgemeine und besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht, Tübingen 1993, S. 41, 51 f.

206 *Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit: Zur Bedeutung des Art. 137 Abs. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes, Tübingen 2004; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften: Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, Berlin 2003; siehe auch *Bohl*, Der öffentlich-rechtliche Korporationsstatus der Religionsgemeinschaften: Verleihungsvoraussetzungen und Verfahren, Baden-Baden 2001.

Religionsgemeinschaften bevorzugen, ist der deutschen Rechtsordnung nicht fremd²⁰⁷. Schematische Parität ist in der Ordnung des deutschen Staatskirchenrechts nicht zwingend angelegt²⁰⁸, obgleich Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV als »explizite Paritäts-Norm«²⁰⁹ aufgefasst wird, weil jede andere Religionsgemeinschaft unter den dort niedergelegten Voraussetzungen und bei Verfassungsrechtstreue²¹⁰ diesen Rechtsstatus erhalten kann²¹¹. Letztlich zwingt der Paritätsgrundsatz nicht zur abstrakt-schematischen Gleichbehandlung aller Religionsgemeinschaften²¹². Sachliche Gründe dafür, dass die Stiftungsaufsicht nur bei Stiftungen von korporierten Religionsgemeinschaften auch von der Kirche bzw. Religionsgemeinschaft wahrgenommen werden kann, lassen sich finden. Etwa: Bei korporierten Religionsgemeinschaften besteht die institutionelle Vermutung dafür, dass die eigene Stiftungsaufsicht »amtsmäßig« und entsprechend staatlicher Standards wahrgenommen wird. A priori ist nicht ausgeschlossen, dass eine muslimische Gemeinschaft, wenn sie die Verfassungsvoraussetzungen erfüllt, die nach der Zeugen-Jehovas-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich sind, den Körperschaftsstatus erhalten kann²¹³. Allgemein oder mit integrationspolitischen Wünschen lässt sich die Rechtsfrage aber nicht beantworten; Institutionalisierungsschwierigkeiten dürfen von Rechts wegen nicht zum Anlass genommen werden, Rechtsbegriffe und andere rechtliche Voraussetzungen einfachhin zu unterlaufen²¹⁴.

V. Ausblick

Wenngleich durch die Novellierung des Stiftungsprivatrechts hinsichtlich der Rechtslage kirchlicher Stiftungen kein großer Anpassungsbedarf ausgelöst worden ist²¹⁵, kann

207 Vgl. §§ 54, 52 Abs. 2 Ziff. 1 AO; vgl. *Klein*, Abgabenordnung – Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 52 Rdn. 22, § 52 Rdn. 3. Zu dem Privilegienbündel (den einfachgesetzlichen Begünstigungen durch den Gesetzgeber, die an den Körperschaftsstatus anknüpfen) näher *Bohl* (Fn. 206), S. 58 ff.

208 Vgl. *Hesse*, Schematische Parität der Religionsgesellschaften nach dem Bonner Grundgesetz?, in: *ZevKR* 3 (1953/54), 188 ff.

209 *Heckel*, Die religionsrechtliche Parität, in: *HdbStKirchR* I (1994), 589 ff. (605).

210 Näher dazu *BVerfGE* 102, 370.

211 Vgl. *Magen* (Fn. 206), S. 170 ff. und passim.

212 Siehe *Heckel*, Gleichheit (Fn. 205), S. 60 und passim.

213 Näher *Muckel*, Muslimische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, *DöV* 1995, 311 ff.; *Weber*, Muslimische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts unter dem Grundgesetz, in: *Oebbecke* (Hrsg.), *Muslimische Gemeinschaften im deutschen Rechts*, Frankfurt u. a. 2003, S. 85 ff.

214 Instruktiv *Rohe*, Islam und deutsche Rechtsordnung: Möglichkeiten und Grenzen der Bildung islamischer Religionsgemeinschaften in Deutschland, in: *Haus der kirchlichen Dienste der Evgl.-Luth. Landeskirche Hannovers* (Hrsg.), *Wieviel Institution braucht Religion: Rechtliche und soziologische Perspektiven für Islam und Christentum*, 2. Aufl. 2004, S. 5 ff.

215 So die Feststellung von *Achilles* (Fn. 184), in: *ZevKR* 47 (2002), 682 ff. (690 f.). Im Übrigen siehe zum Stand *Schulte/Risch*, *Die Reform der Landestiftungsgesetze – Eine Zwischenbilanz*, *DVBl.* 2005, 9 ff. m. w. N.

es doch subkutan zu leichteren Verwerfungen kommen, die auch die herkömmlichen kirchlichen Stiftungen betreffen könnten, weil die Liberalisierung des staatlichen Rechtsrahmens nicht ohne Auswirkungen auf die innerkirchlichen Regelungszusammenhänge bleiben muss. Ansonsten erweist sich der stiftungsrechtliche Rahmen durchaus als offen gegenüber religiösen Zwecksetzungen. Inwieweit das Konzept der sog. kirchlichen Stiftungen und der ihnen gleichgestellten bestehen bleiben kann, mag fragwürdig sein. Angesichts der zahlreichen ungeklärten religionsverfassungsrechtlichen Fragen muslimischer Gruppierungen ist der Änderungsdruck aber noch nicht übermäßig. Es könnte auch sein, dass sich die verfassungsrechtlich basierte Vorzugstellung kirchlicher Stiftungen durch die Novellierung der einzelnen Landesstiftungsgesetze relativiert, wenngleich dies von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausfällt und ausfallen kann. Sicher ist: Religiöse Stiftungen erleben eine Renaissance, die zum vertiefenden Nachdenken über diesen Stiftungssektor anregt und auch multireligiöse Herausforderungen erkennen lässt.

VI. Zusammenfassung

Religiöse Stiftungen sind keine stiftungsgesetzliche Terminologie in der Bundesrepublik Deutschland. Da Stiftungen aber ein universalhistorisches Phänomen sind, kann dieser Begriff als wissenschaftlich beschreibende Kategorie eingesetzt werden. Sowohl die christlichen Kirchen wie der Islam besitzen ein ausgeprägtes rechtliches Ordnungsmodell des Stiftungswesens. Das staatliche Stiftungsrecht ermöglicht im Grundsatz jede Stiftung mit religiöser Zwecksetzung, bevorzugt aber die Stiftungen des Kirchen oder der Religionsgemeinschaften, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind (Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV). Da dieser Rechtsstatus grundsätzlich sämtlichen Religionsgemeinschaften offen steht, muss in dieser Bevorzugung kein Verstoß gegen den Paritätsgrundsatz liegen, ggf. könnten aber sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung angeführt werden. Im Übrigen sind hinsichtlich der muslimischen Gruppierungen noch viele religionsverfassungsrechtliche Fragen offen.

VII. Summary

The term ›religious foundation‹ is not a recognised category as such under foundation law in the German Federal Republic. However, as foundations are historically a universal phenomenon, the concept is useful a scientific descriptive category. The Christian churches, as with Islam, possess a distinctive legal organisational category within foundation law. State foundation law generally admits of any foundation with religious objects, but favours church foundations or religious communities which are organised as public corporations pursuant to Article 140 Basic Law/Article 137 Para. 5 WRV. As this legal status is available to all religious communities, these advantages do not necessarily infringe the parity principle, although objective substantive grounds for the unequal treatment may be adduced. Besides this with regard to Muslim groupings, a number of religious constitutional law questions remain unresolved.

Gemeinnützige Organisationen, Leistungen im Gemeinwohlinteresse und harmonisierte Umsatzsteuer

WOLFRAM REISS

I.	Gemeinnützigkeit und steuerliche Förderung	47	3. Unechte Befreiungen	63
	1. Steuerlicher Belastungsgrund und Förderungszweck	47	4. Steuersatzermäßigung und Vorsteuerpauschalierung	66
	2. Steuerverschonung und Gemeinnützigkeit	49	5. Vorsteuervergütung	67
	3. Steuerbelastung, Steuervergünstigung und Wettbewerb	51	III. Ungeeignetheit der Umsatzsteuer zur Förderung gemeinnütziger Betätigung	68
II.	Berücksichtigung der Gemeinnützigkeit im harmonisierten deutschen Umsatzsteuerrecht	53	1. Endverbrauchersteuer und Wettbewerbsneutralität für Unternehmer	68
	1. Vorbemerkung: Das mögliche umsatzsteuerliche Förderinstrumentarium	53	2. Adressatenkreis gemeinwohlorientierter Steuerverschonungen	69
	2. Unternehmereigenschaft und Leistungsaustausch	55	3. Reformwünsche	71
			IV. Zusammenfassung	72
			V. Summary	73

I. Gemeinnützigkeit und steuerliche Förderung

1. Steuerlicher Belastungsgrund und Förderungszweck

Das klassische Instrument der Förderung gemeinnütziger nicht staatlicher Organisationen und ihrer Betätigung durch den (Steuer)Staat ist die Gewährung steuerlicher Vergünstigungen¹. Der Begriff der Vergünstigung ist dabei zunächst einmal neutral im Sinne von steuerlichen Ausnahmeregelungen gegenüber dem normalen Steuertatbestand zu sehen, nicht im Sinne einer (ungerechtfertigten) Privilegierung.

Ob und inwieweit es sich um eine steuerliche Privilegierung handelt, lässt sich erst bestimmen, wenn einerseits analysiert worden ist, worin der steuerliche Belastungsgrund der jeweiligen Steuer nach ihrem Gegenstand besteht und wie sich dazu die gewährte, gegenüber dem normalen Steuertatbestand abweichende, Erleichterung zugunsten der gemeinnützigen Organisation und ihrer Betätigung verhält.

Dabei kann sich zeigen, dass aus der Sicht des formellen Steuertatbestandes zwar eine diesen einschränkenden begünstigenden Ausnahmeregelung erfolgt, aber dies

¹ Für das deutsche Steuerrecht ergeben sich die allgemeinen Voraussetzungen für eine in den einzelnen Steuergesetzen an die Verfolgung gemeinnütziger (mildtätiger und kirchlicher) Zwecke gewährte »Steuervergünstigung« aus den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung (AO). Darauf ist hier im Detail nicht näher einzugehen, vgl. dazu u.a.: *Kirchhof*, DStJG 26 (2003), 1 f.; *Seer*, DStJG 26 (2003), 11 f.; *Hüttemann*, DStJG 26 (2003), 49 f.

lediglich das technische Mittel darstellt, um den zu weit gefassten Steuertatbestand dem eigentlichen Belastungsgrund anzupassen. Dies ist letztlich unproblematisch, weil ein Konflikt zwischen steuerlichem Belastungsgrund und dem Förderungsziel bezüglich der gemeinwohlorientierten Tätigkeit gar nicht vorliegt. Die Verfolgung der gemeinwohlorientierten Tätigkeit wird in diesem Falle vom steuerlich gewählten Belastungsgrund materiell gerade nicht erfasst. Problematisch ist insoweit allenfalls die Analyse hinsichtlich des Belastungsgrundes des jeweiligen Steuertatbestandes und korrespondierend dazu, ob lediglich eine technische Zurücknahme des zu weit gewählten Steuergegenstandes vorliegt, sei es, weil die jeweilige Betätigung entweder schon nach ihrem Inhalt oder aber wegen der Person, von der sie ausgeht, keine Belastung durch Besteuerung auslösen sollte.

Davon zu unterscheiden ist, dass aus der Sicht des jeweiligen steuerlichen Belastungsgrundes zwar die Besteuerung geboten wäre, aber zur Verfolgung des außersteuerlichen Gemeinwohlzieles eine echte steuerliche Verschonung erfolgen soll. Dies setzt dann freilich eine Abwägung voraus zwischen der Verfolgung des Besteuerungszieles einerseits und der Förderung des jeweiligen Gemeinwohlzweckes. Die Frage lautet dann, ob die Förderung des jeweiligen Gemeinwohlzweckes es rechtfertigt, ausnahmsweise von der Auferlegung der nach dem Belastungsgrund zu erhebenden Steuer abzusehen, obwohl dieser isoliert gesehen an sich eine Besteuerung gebieten würde. Zu fragen ist insoweit dann auch, ob die Förderung gerade durch eine steuerliche Verschonung oder nicht auf einem anderen Wege erfolgen sollte.

Es versteht sich, dass unter steuerlichem Belastungsgrund hier nicht nur der blanke Fiskalzweck der Erzielung von Einnahmen für den jeweiligen Staatshaushalt verstanden werden darf. Der bloße Fiskalzweck lässt sich letztlich durch jede beliebige Auferlegung von finanziellen Leistungspflichten erfüllen. Insoweit sind allenfalls, aber immerhin, Anforderungen im Hinblick auf eine effiziente und effektive Ausgestaltung der Steuer und ihrer Erhebung zu stellen. Unter diesem Aspekt lassen sich auch beliebig Ausnahmen formulieren, bei denen ihrerseits allenfalls zu fragen wäre, ob sie eine effiziente und effektive Steuererhebung behindern.

Bei der Frage nach dem steuerlichen Belastungsgrund geht es hingegen darum, dass mit der Auferlegung steuerlicher Lasten der Gesetzgeber zugleich auch eine Entscheidung darüber trifft, welche Personen aufgrund der Verwirklichung welcher Tatbestände und der Erreichung bestimmter (bei Steuern materieller, finanzieller) Erfolge in welchem Umfange durch die Auferlegung finanzieller Leistungspflichten belastet werden sollen. Kurz gesagt, es geht über die bloße Aufbringung der erforderlichen Mittel hinaus darum, wie die Steuerlast auf die Einzelnen zu verteilen ist. Insoweit versteht sich, dass jede Verschonung, sei es nach den Eigenschaften der Person, sei es nach der Art der Betätigung, wenn durch diese derselbe ansonsten zur Besteuerung führende Erfolg erzielt wird, einer Rechtfertigung gegenüber denjenigen bedarf, denen diese Verschonung nicht gewährt wird. Dies nicht nur deshalb, weil schon die Verschonung als solche gegenüber denen, denen sie nicht gewährt wird, einer Rechtfertigung bedarf, sondern vor allem deshalb, weil die Verschonung der einen regelmäßig mit der entsprechenden Mehrbelastung für die übrigen steuerpflichtigen Personen einhergeht. Die Verschonung bedarf insoweit speziell unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Steuer einer Rechtfertigung².

2 Vgl. *Isensee*, DStJG 26 (2003), 93 f. (97); BVerfGE 93, 121 f. (134); BVerfGE 93, 165 f. (172).

2. Steuerverschonung und Gemeinnützigkeit

Unter dem Aspekt der Minder- respektive Mehrbelastung und der Allgemeinheit der Steuer erscheint freilich eine steuerliche Verschonung gemeinnütziger Organisationen und ihrer gemeinwohlorientierten Betätigungen relativ unproblematisch, sieht man einmal von der im Rahmen dieses Beitrages nicht weiter zu verfolgenden Problematik ab, ob überhaupt die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke³ vorliegt und ob dies hinreichend gesichert ist.

Zunächst einmal wird die gemeinwohlorientierte Betätigung einer gemeinnützigen Organisation ohnehin häufig schon keinen Besteuerungstatbestand erfüllen. Beschränkt sich die Organisation etwa auf die Bereitstellung von finanziellen Mitteln an andere, die sie ihrerseits einsammelt, oder wird sie in Erfüllung ihrer gemeinnützigen Zwecke unentgeltlich tätig, so bedarf sie etwa im Bereich der Einkommensbesteuerung (Körperschaftsteuer) und der Umsatzsteuer schon gar keiner »Steuervergünstigung«, weil bereits der Einkünfteerzielungstatbestand oder ein Umsatzsteuertatbestand von ihr nicht erfüllt wird. Die persönliche Befreiung nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 Körperschaftsteuergesetz (KStG) für gemeinnützige Körperschaften ist insoweit weitgehend leer laufend⁴ (s. aber 3.).

Soweit eine Steuer auf den bloßen Vermögensanfall abstellt, wie im deutschen Recht die Erbschaft- und Schenkungsteuer, oder an die bloße Innehabung von Vermögen, so die in Deutschland allerdings wegen Verfassungswidrigkeit nicht mehr erhobene Vermögensteuer, kann schon fraglich sein, ob nicht der Belastungsgrund, ungeachtet der technisch weiten Ausgestaltung, es gerade gebietet, dass der bloße Vermögensanfall, respektive seine Innehabung, nicht zu einer Besteuerung führt, wenn dieses Vermögen zur Erfüllung gemeinwohlorientierter Zwecke verwendet wird⁵. Sieht man – richtigerweise – den Belastungsgrund einerseits in der Leistungsfähigkeit, die durch den Vermögensanfall und/oder die Vermögensinnehabung vermittelt wird, aber auch in einem (heute allerdings nicht mehr als schick geltenden) Umverteilungszweck, so treffen beide Gründe dann nicht zu, wenn das Vermögen zum Einsatz für gemeinnützige Zwecke gebunden ist. Konsequenterweise erfolgt deshalb auch eine Steuerbefreiung⁶.

Nicht zufällig wird die gemeinnützige Organisation im Hinblick auf die Innehabung oder den Anfall von Vermögen hier nicht anders als der Staat, respektive unterstaatliche öffentlich-rechtliche Körperschaften, behandelt. Für letztere versteht sich, dass sie das Vermögen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben einzusetzen haben und daher aus der Innehabung oder dem Erwerb von diesem gebunden Vermögen nicht eine Leistungsfähigkeit im Hinblick darauf abgeleitet werden kann, zu den Lasten des öffentlichen Gemeinwesens durch Entzug dieses Vermögens mittels Steuern beitragen zu müssen.

3 Gemeinnütziger Zweck wird hier als Oberbegriff für auch für die in § 51 AO genannten mildtätigen und kirchlichen Zwecke verstanden.

4 Vgl. näher *Seer*, DStJG 26 (2003), 11 (33, 37); *Hüttemann*, Wirtschaftliche Betätigung und steuerliche Gemeinnützigkeit, Diss. Bonn/Köln, 1991, S. 177.

5 So auch zutreffend *Seer* (Fn. 4), S. 34.

6 Vgl. § 3 Nr. 12 Vermögensteuergesetz (VStG), § 3 Abs. 1 Nr. 3 a Grundsteuergesetz (GrStG) und § 13 Abs. 1 Nr. 16 und 17 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG).

Selbst wenn man aber insoweit zwischen staatlichen Körperschaften und gemeinnützigen Körperschaften differenzieren wollte, so ist die Steuerverschonung auch für nicht staatliche gemeinnützige Organisationen durch Befreiung hier jedenfalls ohne weiteres aus dem Förderzweck zu rechtfertigen. Sie ist zunächst einmal selbstverständlich, soweit die Betätigung der gemeinnützigen Körperschaft durch den Einsatz ihres Vermögens für die gemeinnützigen Zwecke den Staat finanziell im Bereich der ansonsten von ihm aufzuwendenden (Steuer)Mittel im Bereich der zwingenden Daseinsvorsorge gerade entlastet, etwa im Bereich der Altenpflege, der Krankheitsfürsorge, der Jugendhilfe etc.⁷ Aber auch dort, wo der Staat nicht selbst durch Leistung entsprechender Dienste oder die Bereitstellung finanzieller Mittel für die Erbringung solcher Dienste seinerseits zwingend unter dem Gesichtspunkt staatlicher Daseinsvorsorge einspringen müsste oder unter dem Gesichtspunkt weltanschaulicher, politischer, kultureller Neutralität einspringen dürfte, erscheint die Steuerverschonung zwingend geboten. Handelt es sich wirklich um die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Sinne einer selbstlosen Förderung der Allgemeinheit, so dient gerade dies auch der im Staat verfassten Gemeinschaft der Bürger als Allgemeinheit, nicht anders als die Erfüllung von durch Steuern zu finanzierenden öffentlichen Aufgaben durch den Staat selbst⁸. Steuerverschonung ersetzt hier die ansonsten regelmäßig zulässige offene Subventionierung dieser Tätigkeiten durch staatliche Zuschüsse aus Steuermitteln⁹. Im Ergebnis bewirkt die Steuerverschonung gemeinnütziger Organisationen mithin für die übrigen Steuerpflichtigen keine Zusatzbelastung wegen der Verschonung. Im Gegenteil spricht jede Erfahrung dafür, dass die jeweilige Steuerverschonung dadurch mehr als kompensiert wird, dass der Staat (und damit die übrigen Steuerpflichtigen) teilweise direkt finanziell entlastet wird, indem ihm eine sonst zu erfüllende Aufgabe abgenommen wird, vor allem aber, indem eine im Interesse der Allgemeinheit liegende Aufgabenerfüllung überhaupt erfolgen kann und erfolgt¹⁰.

7 Vgl. dazu Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts 1988, BMF-Schriftenreihe Bd. 40, Bonn 1988, S. 92 f.; *Jachmann*, DStZ 2001, 225; *dies.*, in: Enquetekommission »Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements« des Deutschen Bundestages (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements, Teil II: Steuerrecht, Opladen 2002, S. 75.

8 Vgl. insoweit zu pluralistischen Gemeinwohlaufgaben *Isensee/Knobbe-Keuk*, Sondervotum zum Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission (Fn. 7), S. 351 f.; *Jachmann*, in: Enquetekommission (Fn. 7), S. 75 f.; *Isensee*, DStJG 26 (2003), 93, 98 f.

9 Auf die Besonderheiten der Förderung kirchlicher Zwecke, die direkter staatlicher Subventionierung aus Steuermitteln wegen des weltanschaulichen Neutralitätsgebotes jedenfalls teilweise entgegenstehen würden, kann hier nicht weiter eingegangen werden, vgl. insoweit *Seer* (Fn. 4), S. 25 f. einerseits und *Isensee* (Fn. 8), S. 95 f. (101) andererseits.

10 Problematisch könnte allenfalls die Frage der demokratischen Legitimation erscheinen, weil in concreto nicht das Parlament über die jeweilige Mittelverwendung entscheidet. Hier ergibt sich aber eine dem Regelungsgegenstand angemessene Bestimmbarkeit unter Aufrechterhaltung der erforderlichen Flexibilität und Weite durch die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Merkmale der steuerbegünstigten Zwecke in § 51 ff. AO. Freilich bedarf es einer zutreffenden Auslegung des Merkmals der Selbstlosigkeit, damit nicht unter dem Mantel der Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke eine verkappte Förderung der eigenen Person oder nahe stehender Personen auf der Basis der Gegenseitigkeit erfolgt.

Vorbehaltlich einer zutreffenden Bestimmung der gemeinnützigen Zwecke und der Sicherung, dass diese auch tatsächlich durch die gemeinnützige Organisation verfolgt und verwirklicht werden, sind Steuervergünstigungen, soweit sie nach der Ausgestaltung des Steuertatbestandes überhaupt erforderlich sind, jedenfalls unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Steuer unbedenklich. Soweit überhaupt der materielle Belastungsgrund erfüllt wird, erscheinen sie jedenfalls aufgrund des Förderzweckes gerechtfertigt. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die durch die Steuerverschonung begünstigte Verfolgung des gemeinnützigen Zweckes gerade keine Zusatzbelastung für die uneingeschränkt vom Steuertatbestand getroffenen übrigen Steuerpflichtigen herbeiführt. Die gemeinnützige Mittelverwendung kompensiert die entfallende Steuerbelastung im Sinne einer gleichen Belastung im Hinblick auf das finanzielle Opfer.

3. Steuerbelastung, Steuervergünstigung und Wettbewerb

Steuervergünstigungen für gemeinnützige Organisationen oder allgemein zur Verfolgung gemeinnütziger Zwecke sind unter dem Aspekt des Unterbleibens eines finanziellen Mittelentzuges gegenüber anderen durch die Steuer belasteten Steuerpflichtigen deshalb so lange unproblematisch, wie die Mittelverwendung für die steuerbegünstigten Zwecke quasi an die Stelle des Entzuges von Mitteln durch eine Steuerbelastung tritt. Es wird zutreffend vom Gesetzgeber insoweit unterstellt, dass der Einsatz der Mittel für die gemeinnützigen Zwecke dem finanziellen Zwangsbeitrag der übrigen Steuerpflichtigen zu den Lasten des Gemeinwesens mindestens gleichkommt und auch für das Gemeinwesen zumindest den gleichen Nutzen stiftet. Die technische Steuerverschonung tangiert quasi nicht die Allgemeinheit der Steuer im Sinne der Belastungsgleichheit des finanziellen Opfers.

Nun erschöpft sich die Wirkung einer Steuer freilich nicht im bloßen Mittelentzug auf der Seite des Steuerpflichtigen und der Verwendung der Mittel zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben andererseits. Soweit Steuern an durch eine wirtschaftliche Betätigung erzielte Erfolge in monetärer Hinsicht anknüpfen, bewirkt der Mittelentzug eine Schmälerung des wirtschaftlichen Erfolges. Werden nun bei gleichartiger Betätigung und gleichem Erfolg einerseits von einem Steuerpflichtigen Steuern erhoben, andererseits aber von einer anderen Person oder Organisation, die im Wettbewerb zu ihm gleichartige Leistungen anbietet, nicht, so wird über den Mittelentzug hinaus die relative Position des belasteten Steuerpflichtigen gegenüber seinem Konkurrenten verschlechtert. Ihm wird durch die Steuer, über den bloßen Mittelentzug hinaus, ein Sonderopfer in Gestalt einer Verschlechterung seiner Wettbewerbsfähigkeit gegenüber seinem Konkurrenten am Markt abverlangt. Im Extremfall wird es ihm unmöglich gemacht, aus seiner Tätigkeit überhaupt noch einen Erfolg zu erzielen, so dass er seine Betätigung aufgeben muss. Im günstigeren Falle wird er jedenfalls gezwungen sein, seinen nach Steuern verbleibenden Erfolg zu schmälern, um am Markt konkurrenzfähig zu bleiben.

Die Mittelverwendung für im Allgemeininteresse liegende Zwecke im Sinne einer Kompensation für den Mittelentzug durch Steuern vermag in diesen Situationen die Steuervergünstigung jedenfalls nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Denn dem nicht begünstigten Konkurrenten wird über den bloßen Mittelentzug, der auch alle anderen Steuerpflichtigen trifft und der für den Begünstigten durch die Mittelverwendung

kompensiert wird, ein Sonderopfer über den bloßen Mittelentzug hinaus auferlegt. Hinzu kommt, wenn auch von geringerer Bedeutung, dass sich der Verzicht auf Steuereinnahmen nicht in der durch die begünstigte Mittelverwendung kompensierten Steuervergünstigung erschöpft, sondern sich zusätzlich die Steuereinnahmen dadurch mindern, dass wegen der Vergünstigung zusätzliche Steuermindereinnahmen wegen des zumindest verringerten Erfolges bei dem nicht Begünstigten eintreten können.

Vor diesem Hintergrund statuiert das deutsche Steuerrecht zutreffend Beschränkungen der Steuervergünstigungen auch für gemeinnützige Organisationen und bei Verfolgung gemeinnütziger Zwecke. Soweit nach dem jeweiligen Gesetz Steuervergünstigungen für gemeinnützige Organisationen vorgesehen sind, sind diese jeweils nicht anzuwenden, soweit die gemeinnützige Organisation einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 14 AO unterhält¹¹, § 64 AO. Dem liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, dass hier eine Wettbewerbssituation gegenüber anderen Steuerpflichtigen besteht oder jedenfalls bestehen könnte, die ihrerseits einen vergleichbaren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb innehaben¹². Hingegen sieht der Gesetzgeber eine solche Wettbewerbssituation offenbar bei einer bloßen Vermögensverwaltung jedenfalls generell nicht für gegeben an¹³.

Etwas plakativ ausgedrückt muss mithin im Hinblick auf Steuervergünstigungen für gemeinnützige Organisationen zwischen der Mittelverwendung für gemeinnützige Zwecke, der Mittelinnahabung für solche Zwecke und der Mittelerzielung für eben diese Zwecke differenziert werden. Die Mittelverwendung als solche unterliegt ohnehin jedenfalls technisch regelmäßig nicht der Besteuerung¹⁴. Bei der Mittelerzielung wird differenziert. Mit Rücksicht auf die zu fördernde Mittelverwendung werden Steuervergünstigungen ausgesprochen, soweit nach Einschätzung des Gesetzgebers keine relevante Wettbewerbssituation gegenüber anderen Wettbewerbern zu befürchten steht. Dies betrifft namentlich die Mittelerzielung durch Vermögensverwaltung im Unterschied zur Mittelerzielung durch wirtschaftliche Geschäftsbetriebe. Soweit die Vermögensinnahabung besteuert wird, wird eine Vergünstigung zwar grundsätzlich gewährt, aber nicht, soweit das Vermögen unmittelbar im Rahmen einer wettbewerbsrelevanten Betätigung eingesetzt wird.

Zu einer echten Kollision kann es freilich kommen, wenn von einer gemeinnützigen Organisation ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne des § 14 AO unterhalten wird, aber der gemeinnützige Zweck selbst durch diesen verwirklicht wird, d.h. die nachhaltig entfaltete Tätigkeit selbst den gemeinnützigen Zweck verwirklicht, mithin nicht lediglich der Beschaffung von Mitteln zur Verwirklichung des gemeinnützigen Zweckes dient. Hier hat der deutsche Gesetzgeber den Konflikt mit der Rechtsfigur des Zweckbetriebes jedenfalls im Grundsatz zugunsten der Verfolgung des Förderzweckes gelöst, wenn auch unter einengenden Voraussetzungen. Er

11 Vgl. für die Einkommensbesteuerung § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG, für die Vermögensbesteuerung § 3 Abs. 1 Nr. 12 Satz 2 VStG, für die Umsatzsteuer § 12 Abs. 2 Nr. 8 a Satz 2 UStG.

12 Walz, Sinn und Zweck der partiellen Steuerpflicht für Erträge aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 197 f.

13 Vgl. insoweit u.a. Hüttemann (Fn. 4), S. 150; Seer (Fn. 4), S. 36.

14 Vgl. aber unter II. zu den Implikationen bei der Umsatzbesteuerung.

verlangt insoweit in § 65 AO erstens, dass der verfolgte gemeinnützige Zweck nur durch einen solchen Geschäftsbetrieb erreicht werden kann und zweitens, dass der Zweckbetrieb nur im unvermeidbaren Umfang zu nicht begünstigten Betrieben anderer Steuerpflichtiger in Wettbewerb treten darf¹⁵.

II. Berücksichtigung der Gemeinnützigkeit im harmonisierten deutschen Umsatzsteuerrecht

1. Vorbemerkung: Das mögliche umsatzsteuerliche Förderinstrumentarium

a) Be- und Entlastungstechnik durch den Vorsteuerabzug

Im Bereich der direkten Steuern auf das Einkommen, den Vermögensanfall oder die Innehabung von Vermögen besteht das steuerliche Förderinstrumentarium bezüglich gemeinnütziger Organisationen schlicht darin, dass ihnen insoweit entweder eine volle Verschonung durch persönliche oder sachliche Befreiung gewährt wird oder jedenfalls eine tariflich ermäßigte Besteuerung zuteil wird, soweit nach dem technischen Steuergegenstand überhaupt der jeweilige Steuertatbestand erfüllt ist. Im Übrigen erfolgt eine technisch indirekte Förderung dadurch, dass Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen beim Zuwendenden (Spender) steuerlich begünstigt werden.

Ganz so einfach liegen die Dinge bei der Umsatzsteuer schon wegen der Besonderheiten der Be- und Entlastungstechnik nicht.

Zunächst einmal knüpft steuertechnisch die Belastung daran an, dass von einem Unternehmer/Steuerpflichtigen entgeltliche Leistungen im Inland erbracht werden. Ausgangspunkt für eine Entlastung gemeinnütziger entgeltlicher Leistungserbringung durch gemeinnützige Organisationen könnte daher sein, diese vollständig oder jedenfalls partiell hinsichtlich der von ihnen entgeltlich erbrachten Leistungen aus dem Unternehmerbegriff auszunehmen¹⁶ oder ihnen nach dem Vorbild des § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG eine persönliche Steuerbefreiung zu gewähren. Freilich könnte dies, wenn überhaupt, ohnehin nur in Betracht kommen, soweit sie den gemeinnützigen Zweck gerade durch die Erbringung der entgeltlichen Leistung selbst erfüllen.

15 Ob die Konkretisierungen der §§ 66 ff. AO in allen Punkten diesen strengen Anforderungen genügen, ist hier nicht das Thema. Zweifel sind insoweit etwa zur Auftragsforschung nach § 68 Nr. 9 Satz 2 AO nicht nur bei der Umsatzbesteuerung angebracht, vgl. dazu EuGH v. 20.6.2002 – Rs. C-287/00 (Kommission/Deutschland zur Steuerbefreiung von Hochschulen im Bereich der Auftragsforschung nach dem inzwischen aufgrund dieses Urteil aufgehobenen § 4 Nr. 21a UStG). Vgl. allgemein zur Problematik des Zweckbetriebes unter dem Aspekt von Leistungen zur Daseinsvorsorge und europarechtlichen Beihilfeverboten *Fischer*, in: FS Trzaskalik, 2005, S. 49 f.

16 Vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Art. 4 Abs. 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 77/388/EG (6. Richtlinie zur Harmonisierung der Umsatzsteuern).

Die Unternehmereigenschaft ist allerdings – und dies unterscheidet die Umsatzsteuer fundamental von den direkten Einkommens- und Vermögenssteuern – nicht nur für die Belastung mit Umsatzsteuer hinsichtlich der erbrachten Leistungen von Bedeutung, sondern sie führt umgekehrt auch zur Entlastung von einer umsatzsteuerlichen Belastung durch das Institut des Vorsteuerabzugs auf der Eingangsseite. Ein solcher wird nach dem geltenden Recht prinzipiell nur gewährt, soweit der Empfänger seinerseits Unternehmer ist. Soweit mithin gemeinnützige Organisationen gemeinnützige entgeltliche Ausgangsleistungen erbringen, dafür aber ihrerseits umsatzsteuerpflichtige Eingangsleistungen in Anspruch nehmen, führt eine Herausnahme der gemeinnützigen Organisation aus dem Unternehmerbegriff oder eine persönliche Befreiung nicht zu einer vollständigen Entlastung und gegebenenfalls sogar zu einer Mehrbelastung.

Anstatt auf der Ebene der persönlichen Steuerpflicht kann die Verschonung auch erst durch eine sachliche Steuerbefreiung an die jeweils erbrachten Umsätze anknüpfen. Freilich sieht das geltende Recht insoweit grundsätzlich vor, dass dann für diese Umsätze bezüglich etwaiger dazu verwendeter Eingangsleistungen auch kein Vorsteuerabzug gewährt wird. Eine derartige sachliche Befreiung gewährt mithin lediglich eine partielle Entlastung. Im Extremfall kann sich die Befreiung bei über den Ausgangsleistungen liegenden Entgelten für Eingangsleistungen wegen der Versagung des Vorsteuerabzugs auch zusätzlich belastend auswirken.

Schließlich kann eine partielle Begünstigung dadurch erfolgen, dass für die entgeltlichen Leistungen der gemeinnützigen Organisationen durch die Einräumung eines ermäßigten Steuersatzes eine tarifliche Vergünstigung erfolgt. Da insoweit der Vorsteuerabzug erhalten bleibt, bedeutet dies in jedem Falle eine echte Begünstigung, wengleich gerade keine vollständige Entlastung von der Umsatzsteuer.

b) Europaweite Harmonisierung

Der deutsche Umsatzsteuergesetzgeber ist hinsichtlich einer Begünstigung der Betätigung gemeinnütziger Organisationen im Übrigen nicht frei. Vielmehr ist er an die Vorgaben der aufgrund des Harmonisierungsgebotes des Art. 93 EGV ergangenen Harmonisierungsrichtlinien zur Umsatzsteuer gebunden¹⁷. Hier genügt es festzuhalten, dass hinsichtlich des Unternehmerbegriffes, des Umsatzbegriffes im Sinne einer Leistung gegen Entgelt und hinsichtlich der Bemessungsgrundlage eine vollständige Harmonisierung erfolgt ist. Weitgehend harmonisiert sind die Steuerbefreiungen mit allerdings verbliebenen geringfügigen Spielräumen für die Mitgliedstaaten. Ebenso verhält es sich hinsichtlich des Anwendungsbereiches ermäßigter Steuersätze. Sowohl hinsichtlich der Steuerbefreiungen als auch hinsichtlich des Anwendungsbereiches ermäßigter Steuersätze können die Mitgliedstaaten lediglich restriktivere Regeln als die Richtlinie 77/388¹⁸ (im Folgenden 6. RL) vorsehen. Weitgehend harmonisiert ist auch der Vorsteuerabzug. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten können sich hier nur noch aus fortbestehenden Übergangsregelungen zum Vorsteuerauschluss

17 Vgl. statt vieler Reiß, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 14 Rn 6 ff.

18 Vom 17.5.1977, ABl. EG 1977 Nr. L 145 S. 1 mit späteren Änderungen.

ergeben, Art. 17 Abs. 6 der 6. RL, sowie als Folgewirkung bestehender Unterschiede bei den Befreiungsvorschriften.

Nachfolgend wird vom deutschen Recht ausgegangen unter Einbeziehung der Regelungen der 6. RL, soweit diese eine abweichende Regelung erfordern oder – im Bereich der Steuerbefreiungen und des Steuersatzes – zulassen würden.

2. Unternehmereigenschaft und Leistungsaustausch

Weder das deutsche UStG noch die 6. RL nehmen gemeinnützige Organisationen wegen ihrer Gemeinnützigkeit vom Unternehmerbegriff aus. Entscheidend ist insoweit allein, ob die gemeinnützige Organisation die allgemeinen Merkmale des Unternehmerbegriffes erfüllt. Sie ist einerseits immer dann und andererseits nur dann Unternehmer, wenn sie nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen tätig wird¹⁹, mithin, wenn sie nachhaltig Leistungen gegen Entgelt erbringt. Für die Begründung der Unternehmereigenschaft genügt schon eine auf nachhaltige Leistungserbringung gegen Entgelt gerichtete vorbereitende Tätigkeit²⁰. Für die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft unerheblich ist insoweit sowohl die Rechtsform als auch die Gewinnerzielungsabsicht.

Soweit entgeltliche Leistungen erbracht werden, wird mithin immer die Unternehmereigenschaft begründet. Auf die Motive kommt es nicht an. Namentlich ist unerheblich, ob Überschüsse erzielt werden sollen oder nicht und wozu die erzielten Entgelte verwendet werden. In den Kategorien der Gemeinnützigkeit gedacht, bewirkt mithin weder die in § 51 AO angesprochene Rechtsform – Körperschaft –, noch die dort verlangte Selbstlosigkeit gemäß § 55 AO – keine primäre Verfolgung eigenwirtschaftlicher Erwerbszwecke – einen Ausschluss aus dem Unternehmerkreis.

a) Mitgliederbeiträge

Soweit gemeinnützige Organisationen mithin Leistungen gegen Entgelt nachhaltig erbringen, begründet bereits dies allein ihre Unternehmereigenschaft. Dies trifft nicht nur für im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes erbrachte Leistungen zu, sondern auch auf durch die bloße Vermögensverwaltung erbrachte entgeltliche Leistungen. Dass insoweit erwirtschaftete Entgelte für gemeinnützige Zwecke verwendet werden, ist umsatzsteuerlich ohne Belang. Dasselbe gilt auch für im Rahmen eines Zweckbetriebes erbrachte entgeltliche Leistungen, obwohl hier die Leistung selbst den gemeinnützigen Zweck erfüllt und nicht lediglich erst die anschließende Mittelverwendung gemeinnützigen Zwecken zugute kommt.

¹⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UStG und im Ergebnis ebenso Art. 4 Abs. 1 der 6. RL (selbständige Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit weiter Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit in Art. 4 Abs. 2).

²⁰ Vgl. dazu *Reiß*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 14 Rn 131 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH und des BFH, grundlegend EuGH v. 29.2.1996 – Rs. C-110/94, Slg. 1996, I-857 (INZO) und v. 15.1.1998 – Rs. C-37/95, Slg. 1998, I-1 (Ghent Coal) sowie BFH v. 8.3.2001 – V R 24/98, BStBl. II 2003, 430.

Finanzieren gemeinnützige Organisationen ihre Betätigung (auch) durch Mitgliederbeiträge, weisen sie mithin eine Vereinsstruktur auf, namentlich im Bereich der Förderung des Sportes, aber teilweise auch im Bereich der Kulturförderung, stellt sich allerdings die Frage, ob die Mitgliedsbeiträge umsatzsteuerlich als Entgelt für an die Mitglieder erbrachte Leistungen zu qualifizieren sind. Die umsatzsteuerlich relevante Fragestellung ist dabei, ob gegenüber den Mitgliedern Leistungen erbracht werden, die durch die Mitgliedsbeiträge abgegolten werden.

Das Umsatzsteuerrecht enthält diesbezüglich keine Sonderregelungen für gemeinnützige Vereine. Daraus folgt freilich nicht, dass keine Berührungspunkte zum Gemeinnützigkeitsbegriff gegeben sind.

Die umsatzsteuerliche Fragestellung zielt darauf ab, ob dem Mitgliedsbeitrag eine individualisierbare Leistung an das Mitglied gegenübersteht, mithin diesem für den Mitgliedsbeitrag ein Vorteil zugewendet wurde. Unter dem Aspekt des Gemeinnützigkeitsrechtes besteht zunächst eine erhebliche Nähe zu dem Erfordernis einer selbstlosen Förderung der Allgemeinheit. An dieser fehlt es nämlich dann, wenn das Mitglied Gewinnanteile oder sonstige Zuwendungen aus den Mitteln der Körperschaft erhält, § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO. Umsatzsteuerlich relevant wird dies freilich nur, wenn die sonstige Zuwendung an das Mitglied sich als umsatzsteuerliche Leistung darstellt, also gerade nicht lediglich eine Geldzuwendung ist. Von daher versteht es sich, dass die Unternehmereigenschaft auch dann zu bejahen ist, wenn der Verein oder die sonstige Personenvereinigung satzungsgemäß lediglich gegenüber ihren Mitgliedern Leistungen erbringt und sich diese in Form von Mitgliedsbeiträgen vergüten lässt²¹. Ist mithin bereits die Selbstlosigkeit zu verneinen, weil sich der Zweck der Vereinigung dahingehend erschöpft, ihren Mitgliedern als einem abgegrenzten Personenkreis Leistungen als sonstige Zuwendungen im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr.1 AO zu erbringen, die diese mittels so genannter Mitgliedsbeiträge abgelten, so ist umsatzsteuerlich jedenfalls ein Leistungsaustausch und damit auch die Unternehmereigenschaft zu bejahen.

Freilich gilt nicht umgekehrt, dass bei Bejahung der Gemeinnützigkeit unter dem Aspekt der selbstlosen Förderung der Allgemeinheit umsatzsteuerlich die Bejahung eines Leistungsaustausches im Hinblick auf Mitgliedsbeiträge generell ausscheidet. Wird der gemeinnützige Zweck gerade dadurch verfolgt, dass gegenüber dem zu fördernden Personenkreis Aktivitäten zu entfalten sind, die umsatzsteuerlich als Leistungen an diese Personen zu qualifizieren sind, kann die Gemeinnützigkeit nicht allein deshalb verneint werden, weil der zu fördernde Personenkreis zu den Mitgliedern der gemeinnützigen Organisation gehört. Insoweit stellt sich die Leistung dann gerade nicht als eine außerhalb des Förderzweckes liegende sonstige Zuwendung dar, die die Gemeinnützigkeit ausschließt, weil der Förderzweck anders überhaupt nicht verwirklicht werden kann. Wird die Förderung insoweit auf Mitglieder beschränkt, muss freilich gewährt sein, dass im Rahmen der Kapazität der Allgemeinheit die Mitgliedschaft offen steht. Die Erhebung von Mitgliedsbeiträgen auch von dem durch Leistungen zu fördernden Personenkreis muss dann der Bejahung der Selbstlosigkeit

21 § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 und 2 der 6. RL und dazu EuGH v. 13.12.2001 – Rs. C-174/00, Slg. 2002, I-3293 (Kennemer Golf & Country Club) und v. 8.3.1988 – Rs. C-102/86, Slg. 1988, 1443 (Apple and Pear Development Council).

nicht entgegenstehen, wenn dadurch keine Zutrittsbarrieren für die Inanspruchnahme der Leistungen durch die Allgemeinheit errichtet werden und der gemeinnützige Zweck gerade dadurch verwirklicht wird, dass gegenüber den Mitgliedern diesem Zweck entsprechende Leistungen erbracht werden. Klassisches Beispiel ist etwa die Sportförderung durch Sportvereine, die ihren Mitgliedern Gelegenheit zu sportlicher Betätigung durch Nutzung der Vereinsanlagen, respektive im Rahmen von durch den Verein durchgeführten sportlichen Veranstaltungen geben. Unter umsatzsteuerlichen Aspekten ändert freilich die unmittelbare Verwirklichung des gemeinnützigen Zweckes durch die Leistungserbringung an das Mitglied nichts daran, dass wegen des Vorliegens eines Leistungsaustausches die Unternehmereigenschaft zu bejahen ist, wenn mit dem Mitgliedsbeitrag gerade auch die Erbringung der Leistung an das Mitglied abgegolten wird.

Etwas vergrößernd lässt sich mithin insoweit konstatieren, dass die Erbringung von der Art nach gemeinwohldienlichen Leistungen an Mitglieder gegen Mitgliedsbeiträge immer die Unternehmereigenschaft begründet, wenn schon die selbstlose Förderung der Allgemeinheit und damit die Gemeinnützigkeit zu verneinen ist. Ist allerdings trotz Erbringung von entgeltlichen Leistungen an die Mitglieder wegen der Notwendigkeit der Verfolgung des Förderzweckes unmittelbar durch die Leistungserbringung selbst die Gemeinnützigkeit dennoch zu bejahen, schließt dies nicht aus, dennoch die Unternehmereigenschaft der gemeinnützigen Organisation zu bejahen. Soweit hier wegen der dennoch gegebenen Verfolgung gemeinnütziger Zielsetzungen umsatzsteuerliche Verschonungen gewährt werden sollen, sind diese jedenfalls nicht auf der Ebene einer Einschränkung des Unternehmerbegriffes oder durch persönliche Befreiungen nach dem Muster des § 5 KStG zu gewähren.

Freilich sollte die umsatzsteuerliche Problematik der Behandlung von Mitgliederbeiträgen mit der Fragestellung, ob diesen nicht eine Leistung an die Mitglieder gegenübersteht, auch im allgemeinen steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht den Blick dafür schärfen, in diesen Fällen besonders kritisch zu überprüfen, ob wirklich Selbstlosigkeit vorliegt²².

Problematisch bleibt freilich die umsatzsteuerliche Abgrenzung, ob der Mitgliedsbeitrag eine an das Mitglied erbrachte umsatzsteuerliche Leistung abgilt oder nicht.

Voraussetzung ist zunächst einmal, dass überhaupt an das Mitglied individualisierbare Leistungen erbracht werden. Daran fehlt es jedenfalls, wenn an oder für die Mitglieder überhaupt keine Leistungen erfolgen, sondern die Mitgliedsbeiträge die Organisation lediglich finanziell in den Stand setzen, ihre gemeinnützigen Zwecke gegenüber anderen als den Mitgliedern zu erfüllen, sei es durch bloße finanzielle Zuwendungen an den nicht mit den Mitgliedern identischen zu fördernden Personenkreis, sei es durch die Erbringung von unentgeltlichen Leistungen an diesen Personenkreis.

Eine Leistung an das Mitglied liegt allerdings nicht schon deshalb vor, weil die Mitgliedschaft mit einem Ansehensgewinn für das Mitglied verbunden ist und sich gegebenenfalls insoweit auch für und durch das Mitglied vermarkten lässt, solange nicht die Vermarktung selbst durch die Organisation erfolgt. Nur letzterenfalls ist

22 Vgl. etwa die Sachverhalte in BFH v. 10.9.2003 – XI R 58/03, BStBl. II 2004, 352 und v. 23.7.2003 – I R 41/03, BStBl. II 2005, 443 (Golfclub und »Eintrittsspenden«).

Vermarktung durch die Organisation eine an das Mitglied erbrachte Leistung²³. An einer Leistung fehlt es auch, soweit die Mitgliedschaft lediglich gerade dem (ideellen) Interesse des Mitglieds an der Verfolgung des gemeinnützigen Satzungszweckes anderen als ihm gegenüber entspricht. Es handelt sich dabei zwar jeweils um aus der Sicht des Mitglieds erwünschte Wirkungen der Mitgliedschaft, aber diese lassen sich nicht als Zuwendung eines individuellen Nutzens an das jeweilige Mitglied durch die Organisation qualifizieren, sondern sind bloße Reflexwirkungen.

Demgegenüber ist eine individualisierbare Leistung gegenüber dem Mitglied immer gegeben, wenn die Organisation entweder gerade ihm gegenüber tätig wird, indem Zuwendungen – außer Geld – unmittelbar an ihn erfolgen oder ihm der Nutzen einer Tätigkeit der Organisation zugute kommen soll. Das Vorliegen einer Leistung und eines Leistungsaustausches ist daher auch dann nicht zu verneinen, wenn die Erbringung der Leistungen an die Mitglieder bereits durch die Satzung festgelegt ist und damit in Verfolgung des Satzungszweckes erfolgt. Unerheblich ist auch, dass jedes Mitglied entsprechende Leistungen beanspruchen kann und eventuell die Inanspruchnahme der Leistungen durch die Mitglieder nur gemeinsam erfolgen kann. Es müssen dem Mitglied gerade keine Sondervorteile gegenüber anderen Mitgliedern eingeräumt werden. Der klassische Anwendungsbereich für derartige individualisierbare Leistungen gegen Mitgliedsbeiträge findet sich im Bereich der jedenfalls nach deutschem Verständnis gemeinnützigen Sportvereine, bei denen die Mitglieder die Einrichtungen des Vereins zur Ausübung ihres Sportes in Anspruch nehmen können, sei es individuell oder auch nur gemeinsam mit anderen Mitgliedern²⁴. Entsprechendes kommt aber etwa auch für Mitgliederorganisationen im Bereich der Förderung kultureller Betätigung in Betracht. Die entgegengesetzte frühere Auffassung²⁵, wonach ein Leistungsaustausch immer schon zu verneinen sei, wenn die Mitgliedsbeiträge lediglich zur Verfolgung der satzungsgemäßen Zwecke verwendet werden, ist zutreffend durch die Rechtsprechung des EuGH²⁶ inzwischen überholt²⁷. Gelten so genannte Mitgliedsbeiträge Sonderleistungen an einzelne Mitglieder ab, ist ohnehin von einem Leistungsaustausch auszugehen²⁸.

Auch wenn das Umsatzsteuerrecht bezüglich der Frage eines Leistungsaustausches bei Mitgliedsbeiträgen nicht zwischen Organisationen zur Verfolgung gemeinnütziger Zwecke und reinen wirtschaftlichen Fördervereinigungen unterscheidet, ergibt

23 Vgl. unten b) zur entsprechenden Problematik beim Sponsoring.

24 Zur Problematik der insoweit fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie in Deutschland vgl. *Nieskens*, UR 2002, 345; *Möhlenkamp*, UR 2003, 173; *Prugger*, DStR 2003, 238.

25 Vgl. Urteile des BFH v. 12.4.1962 – V 134/59 U, BStBl. III 1962, 260; v. 2.2.1967 – V 138/64, BStBl. III 1967, 502; v. 5.12.1968 – V 228/65, BStBl. II 1962, 302; v. 9.5.1974 – V R 128/71, BStBl. II 1974, 530 und grundlegend BFH v. 25.12.1984 – VR 25/76, BStBl. II 1985, 176.

26 EuGH v. 13.12.2001 – Rs. C 174/00, Slg. 2002, I-3293 (Kennemer Golf & Country Club); so aber auch schon BFH v. 4.7.1985 – V R 107/76, BFH BStBl. II 1986, 153 – allerdings zu einer Werbegemeinschaft.

27 Zur früheren Kritik vgl. u. a. *Reiß*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 14 Rn 44; *ders.*, *StuW* 1987, 351 f.; *Söhn*, *StuW* 1975, 164; *Ruppe*, *UStG* 1994, 2. Aufl. 1999, § 2 Tz 127.

28 BFH v. 7.11.1996 – V R 34/96, BStBl. II 1997, 366; BFH v. 9.10.2003 – V R 51/02, BStBl. II 2004, 322; so jetzt auch R 4 UStR 2005.

sich jedoch im Faktischen jedenfalls bei der Öffentlichkeitsarbeit ein erheblicher Unterschied. Während bei gemeinnützigen Organisationen die zugunsten des gemeinnützigen Zweckes entfaltete Informations- und Öffentlichkeitsarbeit regelmäßig nicht als Leistung an die Mitglieder qualifiziert werden kann, verhält es sich bei der Öffentlichkeitsarbeit wirtschaftlicher Fördervereinigungen unter dem Aspekt gemeinsamer Werbemaßnahmen für den Absatz der Produkte gerade umgekehrt²⁹.

Sofern danach das Vorliegen einer individualisierbaren Leistung an das, respektive die Mitglieder zu bejahen ist, ist freilich auf einer zweiten Stufe dann noch zu entscheiden, ob und in welchem Umfange durch die Mitgliedsbeiträge diese Leistungen abgegolten werden. Das Ob dürfte dabei freilich im Regelfall zu bejahen sein³⁰. Hinsichtlich des Umfanges kann sich freilich ergeben, dass mit dem Mitgliedsbeitrag nicht lediglich die eigene Inanspruchnahme von Leistungen abgegolten werden soll, sondern namentlich darüber hinausgehend die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch Finanzierung der Erbringung unentgeltlicher oder verbilligter Leistungen an Dritte als förderungsbedürftigen Personenkreis³¹. Insoweit ist der Mitgliedsbeitrag dann nur teilweise als Entgelt für die Leistung zu behandeln, was aber nichts daran ändert, dass die Organisation dann jedenfalls als Unternehmer zu behandeln ist.

b) Spenden, Zuschüsse, Subventionen

Neben und sogar vorrangig vor Mitgliedsbeiträgen finanzieren sich gemeinnützige Organisationen durch Spenden, Zuschüsse und Subventionen. Soweit die Organisation in Verfolgung ihres (gemeinnützigen) Satzungszweckes nicht nur anderen Leistungserbringern Geldmittel zur Verfügung stellt, sondern ihrerseits selbst gegenüber einem förderungsfähigen Personenkreis Leistungen erbringt – etwa im Bereich der Heilfürsorge, der Wohlfahrtspflege gegenüber bedürftigen Personen – stellt sich hier die Frage, inwieweit die dafür verwendeten durch Spenden, Zuschüsse oder sonstige

29 Vgl. zutreffend BFH v. 4.7.1985 – V R 107/76, BFH BStBl. II 1986,153; hingegen problematisch EuGH v. 8.3.1988 – Rs. C-102/86, Slg. 1988, 1443 (Apple and Pear Development Council); überzogen daher *Achatz*, DStJG 26 (2003), 279 (286), wenn danach sich jede Verfolgung eines Gemeinschaftsinteresses, weil sie sich als Integral der Einzelinteressen begreifen ließe, zur Annahme von Leistungen an die Mitglieder führen müsse. Zu differenzieren ist vielmehr danach, ob sich das Interesse des Mitgliedes in der Verfolgung des natürlich gutgeheißenen Gemeinschaftszweckes erschöpft oder ob darüber hinausgehend dem Mitglied selbst ein weiterer Vorteil aus der zur Verfolgung des Gemeinschaftszweckes entfaltenen Aktivität zugute kommt, so zutreffend *Ruppe*, UStG 1994, 2. Aufl. 1999, § 1 Tz 117.

30 Zutreffend insoweit *Achatz*, DStJG 26 (2003), 279 (287,289), allerdings geht es dabei nicht um eine vom Verein zu widerlegende Vermutung.

31 Insoweit zutreffend *Achatz* (Fn. 30). Im Unterschied zu *Achatz* kommt der vorrangigen Prüfung, ob überhaupt von einer individualisierbaren Leistung an das Mitglied auszugehen ist, aber eine erhebliche Differenzierungsqualität zu. Fehlt es bereits an einer solchen Leistung, versteht es sich, dass dem Mitgliedsbeitrag insgesamt auch kein Abgeltungscharakter zukommen kann. Gerade für die kritischen Abgrenzungsfälle verspricht die vorrangige Prüfung, ob überhaupt eine Leistung zu bejahen ist, aber einen Gewinn an Trennschärfe gegenüber der sofortigen Differenzierung danach, ob der Mitgliedsbeitrag je nach der Motivation des Mitgliedes der Abgeltung eines verbrauchbaren Nutzens oder nur der Kostendeckung der Organisation dienen soll.

Subventionen erlangten Mittel umsatzsteuerlich als Entgelt für die erbrachten Leistungen zu qualifizieren sind.

Die umsatzsteuerliche Abgrenzungsproblematik ergibt sich zunächst einmal daraus, dass diesen »Zuwendungen« an die jeweilige Organisation zugrunde liegen kann, dass es sich tatsächlich gerade nicht um eine unentgeltliche Zuwendung handelt, sondern dass der vermeintlich unentgeltlichen Zuwendung von Geld- oder Sachmitteln tatsächlich eine an den Zuwendenden erbrachte Leistung der Organisation gegenübersteht. Dies ist u.a. die Problematik des so genannten »Sponsoring« und der unechten Zuschüsse. Hinsichtlich des »Sponsoring« geht es im Wesentlichen darum³², ob die gemeinnützige Organisation für die Zuwendung eine (Werbe)Leistung an den Zuwendenden erbringt (Entgelt) oder nicht (Spende/kein Entgelt). Die Finanzverwaltung³³ unterscheidet zutreffend danach, ob die empfangende Organisation ihrerseits an der Öffentlichkeitswerbung zugunsten des Sponsors mitwirkt oder nicht. Im ersteren Falle bejaht sie einen Leistungsaustausch und – vorbehaltlich der Nachhaltigkeit – auch ein Handeln als Unternehmer. Die Mitwirkung kann dabei in aktiven Werbemaßnahmen der Organisation bestehen, aber auch nur in bloßen Duldungsleistungen wie der Duldung der Verwendung ihres Namens bei Werbeaktivitäten des Sponsors. Abgesehen von Werbeleistungen sind in abstracto natürlich auch andere (verdeckte) Leistungen an den Zuwendenden möglich³⁴, etwa die Auftragsforschung im Zusammenhang mit der Förderung wissenschaftlicher Zwecke. Dies betrifft allerdings vornehmlich, aber nicht nur³⁵ Zuwendungen an öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen.

Als problematischer im Zusammenhang mit Zuwendungen an gemeinnützige private Organisationen erweist sich die Frage, ob die Zuwendung umsatzsteuerlich als Entgelt von dritter Seite für von diesen Organisationen erbrachte Leistungen an Dritte anzusehen ist. Generell differenziert die Rechtsprechung des BFH hier danach, jedenfalls im Sinne eines Indizes, ob der Zuschuss/die Subvention dem Zuschussempfänger im Interesse des Leistungsempfängers gewährt wird, um diesem einen verbilligten Leistungsbezug zu ermöglichen – dann Entgelt(sauffüllung)- oder ob er im Interesse des Zuschussempfängers gewährt wird, um diesen zu fördern³⁶. Der EuGH will darauf abstellen, ob ein direkter Zusammenhang zwischen dem Zuschuss/der Subvention und der erbrachten Leistung an Dritte bestehe. Die Subvention müsse dem Abnehmer der Leistung des Zuschussempfängers in der Weise zugute kommen, dass der von ihm zu zahlende Preis ermäßigt werde. Es müsse die Subvention für eine bestimmte Leistung bezahlt werden und der Zuschussempfänger müsse insoweit

32 Zu weiteren umsatzsteuerlichen Problemen bei echten Sachspenden unter dem Aspekt unentgeltlicher Wertabgaben vgl. *Jachmann/Thiesen*, DStZ 2002, 355.

33 Vgl. dazu BMF v. 18.2.1998, BStBl. I 1998, 212 (zur ertragsteuerlichen Seite) sowie OFD Frankfurt v. 14.1.2003 – S 7100 A – 203 – St I 10 und OFD Hannover v. 11.2.2003 – S 7100 – 427 – StO 351/S 7100 – 915 – StH 446.

34 Vgl. etwa BFH v. 21.4.2005 – V R 11/03, BFH/NV 2005, 2320.

35 Vgl. etwa BFH v. 18.3.2004 – VR 101/01 (Leistung einer gemeinnützigen Einrichtung zugunsten einer anderen – Blutspende).

36 BFH-Urteile vom 8.3.1990 – VR 67/89, BStBl. II 1990, 708 (Frachthilfen zur Subventionierung von Unternehmern im Zonenrandförderungsgebiet) und v. 27.6.1996 – V R 35/95, BFH/NV 1997, 155 (Betriebshelfer).

einen Anspruch auf die Subvention haben, wenn er den Umsatz ausführt³⁷. Ob beide Auffassungen letztlich völlig deckungsgleich sind³⁸, erscheint offen. Besonders trennscharf sind sie jedenfalls nicht, weil auch die im Interesse des Leistenden gewährte Zuwendung, respektive die nicht in direktem Zusammenhang mit Leistungen an Abnehmer gewährte Subvention, den Leistenden natürlich befähigt, seine Leistung verbilligt anzubieten. Diese Möglichkeit soll allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH und auch des BFH gerade nicht genügen, um die Zuwendung/Subvention als Entgelt von dritter Seite zu qualifizieren³⁹.

Bei Spenden und Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen, die ihrerseits gemeinwohlorientierte Leistungen an einen förderungsbedürftigen Personenkreis erbringen, erweist sich die bloße Differenzierung danach, ob die Zuwendung im Interesse der Leistungsempfänger oder im Interesse der leistenden Organisation liegt, erkennbar als insuffizient, weil schon die gemeinnützige Tätigkeit Selbstlosigkeit bei der Organisation verlangt. Die Förderung erfolgt aus der Sicht der Zuwendenden immer bereits im Hinblick auf den im Endzweck zu fördernden Personenkreis, dem die Leistungen erbracht werden. Wollte man daher dies als Kriterium ansehen, so müssten gerade bei selbst leistungserbringenden gemeinwohlorientierten Organisationen alle Zuwendungen als entgeltsauffüllend behandelt werden.

Richtigerweise scheidet es allerdings bei gemeinnützigen Organisationen grundsätzlich aus, diesen gewährte Spenden als Entgelt von dritter Seite für die von diesen erbrachten gemeinnützigen Leistungen an einen begünstigten Personenkreis zu behandeln. Dem dürfte zunächst schon die Rechtsprechung des EuGH insoweit entgegenstehen, als dieser einen Zusammenhang mit bestimmten Leistungen verlangt und vor allem, als er einen Anspruch des Zuschussempfängers auf die »Subvention« bei Erbringung der Leistung verlangt. Jedenfalls am Anspruch auf die Zuwendung fehlt es bei freiwilligen Zuwendungen/Spenden an die gemeinnützige Organisation. Im Übrigen dürfte der Zusammenhang mit bestimmten Leistungen auch verlangen, dass aus der Sicht des Zuschussgebers der Leistungsempfänger konkretisiert ist. Richtigerweise kann von einer Entgeltsauffüllung, respektive einem Entgelt von dritter Seite nur die Rede sein, wenn der Zuschussgeber gegenüber dem Leistungsempfänger im weitesten Sinne verpflichtet ist, diesem einen Leistungsbezug durch Besteuerung finanzieller Mittel zu ermöglichen. Die Gewährung eines Zuschusses an den Leistungserbringer dient insoweit dann lediglich der Abkürzung des Zahlungsweges. Bei Zuschüssen der öffentlichen Hand ist insoweit maßgeblich, ob die Zuschussgewährung gerade zur Förderung des Leistungsempfängerkreises der Aufgabenstellung des öffentlichen Zuschussgebers entspricht, bei privaten Zuschüssen

37 EuGH v. 22.11.2001 – Rs. C-184/00, Slg. 2001, I-9115 (Office des produits wallons) mit Anm. *Wagner*, UVR 2002, 47; EuGH v. 13. 6.2002 Rs. C-353/00, Slg. 2002, I-5419 (Keeping Newcastle Warm); vgl. auch EuGH v. 15.7.2004 – Rs. C-144/02, HFR 2004, 1154 (Kommission/Deutschland – Trockenfutter-Beihilfen) sowie die Parallelverfahren gegen Schweden, Finnland und Italien und EuGH, Urteile v. 15.7.2004 – Rs. C-495/01 und Rs. C-463/02 und Rs. C-381/01.

38 So BFH v. 9.10.2003 – V R 51/02, BStBl. II 2004, 322.

39 A. a. O. (Fn. 37 und 38).

müsste gerade eine jedenfalls sittlich verpflichtende Nahebeziehung des Zuschussgebers zum zu fördernden Personenkreis vorliegen⁴⁰.

Soweit der EuGH in etwas anderem Zusammenhang zwischen Verbrauchsförderung durch Preisverbilligung – dann Entgelt – und der Ermöglichung eines Angebotes zu normalen »Weltmarktpreisen« unterscheidet⁴¹, scheint dies freilich eher für eine Behandlung als Entgelt von dritter Seite zu sprechen. Denn soweit die Organisation selbst verbrauchsfähige Leistungen an den im Gemeinwohlinteresse zu fördernden Personenkreis als Ausschnitt aus der Allgemeinheit erbringt, geht es gerade darum, diesem Personenkreis die Inanspruchnahme derartiger Leistungen zu verbilligten Preisen für ihren Verbrauch zu ermöglichen. Der Differenzierung des EuGH liegt insoweit jedoch die Annahme zugrunde, dass der Leistungsempfänger sich ohne den entgeltauffüllenden Zuschuss zu einem höheren Preis versorgen würde, hingegen bei einem nicht entgeltauffüllenden Zuschuss sich jedenfalls anderweitig zu eben demselben Preis versorgen würde, den der Zuschussempfänger von ihm verlangt. Eben dies ist typischerweise bei gemeinnützigen Leistungen nicht gegeben, soweit sie gerade deshalb erbracht werden, weil der zu fördernde Empfängerkreis typischerweise ansonsten überhaupt nicht in der Lage wäre, derartige Leistungen am Markt zu erwerben. Soweit mithin typischerweise zutrifft, dass von gemeinnützigen Organisationen selbst erbrachte Leistungen von den begünstigten Empfängern dieser Leistungen anderweitig gerade nicht erworben werden können, weil ihnen dazu die Mittel fehlen oder sie diese jedenfalls dafür nicht einsetzen würden, dürfen Zuwendungen an die gemeinnützige Organisation, die dieser ermöglichen, derartige Leistungen zu erbringen, auch nicht als Entgelt für derartige Leistungen behandelt werden. Insoweit fehlt es auch an einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegenüber anderen Leistungsanbietern.

c) Mindestbemessungsgrundlage bei Leistungen an Mitglieder

Soweit an Mitglieder gegen Mitgliedsbeiträge Leistungen erbracht werden, aber die Mitgliedsbeiträge die Aufwendungen für die Leistungserstellung nicht decken, stellt sich die Frage, ob insoweit dann die Mindestbemessungsgrundlage zur Anwendung kommt, weil es sich bei dem Mitglied um eine dem Unternehmer nahe stehende Person handelt⁴². Im Ergebnis wäre dann die dadurch anfallende Umsatzsteuer allerdings aus den freiwilligen Zuwendungen/Spenden Dritter zur Förderung der gemeinnützigen Zwecke zu erbringen. Dies erscheint aus den unter b) ausgeführten Gründen allerdings zunächst zweifelhaft. Denn diese Zuwendungen sind gerade nicht als der Umsatzsteuer zu unterwerfende Entgelte zu behandeln. Auf der anderen Seite ist allerdings zu bedenken, dass ohne die entgeltlichen Leistungen an die Mitglieder mangels Unternehmereigenschaft auch kein Recht zum Vorsteuerabzug bestünde. Richtiger-

40 Vgl. *Ruppe*, UStG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn 117.

41 EuGH v. 15.7.2004 – Rs. C-144/02, HFR 2004, 1154 (Kommission/Deutschland – Trockenfutter-Beihilfen) sowie die Parallelverfahren gegen Schweden, Finnland und Italien und EuGH, Urteile v. 15.7.2004 – Rs. C-495/01 und Rs. C-463/02 und Rs. C-381/01.

42 Vgl. § 10 Abs. 5 Nr. 1 UStG. Das Urteil des EuGH v. 20.1.2005 – Rs. C-412/03, HFR 2005, 371 (Scandic Gasabäck AB) stünde dem nicht entgegen, weil Deutschland zur Einführung einer derartigen Regelung nach Art. 27 der 6. RL ermächtigt worden ist.

weise ist daher zum Ausgleich des zu gewährenden Vorsteuerabzugs⁴³ die Mindestbemessungsgrundlage anzuwenden⁴⁴. Dies ist freilich ohne Auswirkung, soweit eine Umsatzsteuerbefreiung eingreift. Insoweit kommt dann allerdings ohnehin kein Vorsteuerabzug in Betracht (s. unten 3.).

3. Unechte Befreiungen

a) Fehlen einer generellen Befreiung

Weder das Umsatzsteuergesetz noch die zugrunde liegende 6. Richtlinie sehen eine generelle persönliche Befreiung für sämtliche Umsätze gemeinnütziger Organisationen vor. Es wird auch nicht etwa – nach dem Vorbild des § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG – eine generelle Befreiung für derartige Umsätze mit partieller Steuerpflicht für Umsätze im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes gewährt. Prinzipiell besteht daher nicht nur für im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe erbrachte entgeltliche Leistungen eine Steuerpflicht, sondern auch für im Rahmen bloßer Vermögensverwaltung erbrachte Leistungen und auch für solche entgeltliche Leistungen, durch die unmittelbar die gemeinnützigen Zwecke verwirklicht werden.

Allgemeine, auf die Art der Leistung abstellende, Befreiungen finden selbstverständlich auch Anwendung, wenn die entsprechende Leistung von einer gemeinnützigen Organisation erbracht wird, wie etwa bei im Rahmen der Vermögensverwaltung erfolgenden Vermietungen oder Veräußerungen von Grundstücken.

b) Befreiungen bestimmter gemeinwohldienlicher Leistungen

Allerdings enthält § 4 UStG Befreiungsvorschriften für bestimmte Umsätze, die gerade für gemeinnützige Organisationen von besonderer Bedeutung sind, weil sie sich auf Leistungen beziehen, die typischerweise von gemeinnützigen Organisationen nach ihrer Zweckrichtung erbracht werden. Die 6. RL spricht in Art. 13 A insoweit von dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeiten. In Übereinstimmung mit den in § 52 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AO genannten gemeinnützigen Zwecken werden befreit:

1. Leistungen im Bereich der Jugendhilfe einschließlich Bildung und Erziehung Jugendlicher nach § 4 Nr. 23, 24 und 25 UStG;
2. Leistungen im Bereich der Altenpflege nach § 4 Nr. 16d und e UStG;
3. Leistungen der Wohlfahrtspflege nach § 4 Nr. 18;
4. Leistungen im Bereich des »öffentlichen« Gesundheitswesens nach § 4 Nr. 16b, c, e, § 17a und b;
5. Leistungen im Bereich des Sports nach § 4 Nr. 22b UStG;
6. Leistungen im Bereich von Kunst und Kultur nach § 4 Nr. 20; § 4 Nr. 22b UStG

43 Vgl. zum Vorsteuerabzug bei Gewährung von nicht entgelttauffüllenden Subventionen EuGH v. 6.10.2005 – Rs. C-204/03 (Kommission/Spanien) und die Parallelentscheidung Rs. C 243/03 (Kommission/Frankreich).

44 Vgl. R 158 UStR 2005.

7. Leistungen im Bereich von Wissenschaft, Bildung und Erziehung nach § 4 Nr. 21 und § 4 Nr. 22 a und b.

Auf Details⁴⁵ zu den jeweiligen Befreiungsvorschriften ist im Rahmen dieses Beitrages nicht näher einzugehen. Im Zusammenhang mit der Bedeutung dieser Befreiungsvorschriften gerade für von entsprechenden gemeinnützigen Organisationen erbrachte Leistungen ist jedoch auf nachfolgende Besonderheiten hinsichtlich der Rechtsform und der Selbstlosigkeit hinzuweisen:

Die genannten Befreiungsvorschriften knüpfen teilweise zunächst daran, dass die Leistungen von öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern erbracht werden und befreien sodann auch entsprechende Leistungen anderer gleichartiger Einrichtungen, wenn diese anerkannt sind⁴⁶, respektive, wenn diese bestimmte Voraussetzungen erfüllen⁴⁷. Dem liegt zugrunde, dass auch in den gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen in Art. 13 A Abs. 1 Buchstaben b (Krankenhausbehandlung), g (Sozialfürsorge, Altenheime), h (Jugendbetreuung), i (Erziehung, Unterricht, Ausbildung), n (kulturelle Dienstleistungen) die Befreiung zunächst daran anknüpft, dass sie von einer »Einrichtung des öffentlichen Rechts« erbracht wird und sodann auch entsprechende Leistungen vergleichbarer »anderer Einrichtungen« befreit werden, wenn diese »anerkannt« sind. Dies hat zunächst schon auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene die Frage aufgeworfen, ob die entsprechenden Befreiungsvorschriften voraussetzen, dass der Unternehmer eine körperschaftliche Rechtsform besitzt oder jedenfalls Einzelunternehmer nicht die Bedingungen einer Einrichtung erfüllen können. Nach anfänglichem Schwanken⁴⁸ ist nunmehr durch den EuGH klargestellt, dass jedenfalls prinzipiell die Rechtsform des Unternehmers unerheblich dafür ist, ob die Leistung zu befreien ist oder nicht⁴⁹. Dementsprechend dürfen auch die Befreiungsvorschriften des § 4 UStG, auch soweit sie verlangen, dass die Leistung von einer gleichartigen Einrichtung wie der Einrichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erbracht wird, nicht davon abhängig gemacht werden, dass es sich dabei um eine gemeinnützige Organisation mit körperschaftlicher Struktur handelt, wie nach §§ 51 ff. AO verlangt wird. In diesem Sinne können andere anerkannte Einrichtungen auch Personengesellschaften und Einzelunternehmer sein, respektive besser entsprechend deutschem Sprachverständnis, auch Personengesellschaften und Einzelpersonen können Träger solcher anerkannten Einrichtungen sein. Problematisch könnte unter diesem Aspekt die Beschränkung der Befreiung nach § 4 Nr. 18 UStG auf die Leistungen der anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege und ihnen als Mitglieder angehörender Körperschaften sein.

Freilich müssen die besonderen Bedingungen, von denen die Befreiung jeweils abhängig gemacht wird, auch von anderen als gemeinnützigen Organisationen im Sinne

45 Vgl. insoweit R 96–R 119 UStR; *Rasche*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 11 Rn 43–70.

46 Vgl. § 4 Nr. 20 a.

47 Vgl. u.a. § 4 Nr. 16, § 4 Nr. 22 a, § 4 Nr. 25.

48 Vgl. zunächst EuGH 11.8.1995 – Rs. C-453/93, Slg. 1995, I-2341 (Bulthuis-Griffioen) – Einzelperson keine Einrichtung und sodann aufgegeben durch EuGH v. 7.9.1999 – Rs. C-216/97, Slg. 1999, I-4947 (Gregg).

49 EuGH v. 10.9.2002 – Rs. C-141/00, Slg. 2002, I-6833 (Kügler); v. 6.11.2003 – Rs. C-45/01, Slg. 2003, I-12911 (Dornier).

der §§ 51 AO jeweils erfüllt werden, damit sie von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 13 A jeweils befreit erbrachten Leistungen gleichzustellen sind. Hier wird den Mitgliedstaaten ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt. Dieser Beurteilungsspielraum kann sich namentlich im Bereich des Gesundheitswesens, der Altenpflege und der Jugendbetreuung, der Bildung und Erziehung, insgesamt der mit der sozialen Sicherheit verbundenen Dienstleistungen sowohl auf die zu sichernde Qualität beziehen⁵⁰ als auch auf die für diese Leistungen verlangten Entgelte.

Namentlich lässt die 6. Richtlinie in Art. 13 A Abs. 2 a zu, dass die Gewährung der Befreiungen für die Krankenhausbehandlung, für soziale Dienstleistungen, für Jugendbetreuung und -erziehung sowie für kulturelle Dienstleistungen davon abhängig gemacht werden kann, dass keine systematische Gewinnerzielung angestrebt wird. Für die Befreiung von im Zusammenhang mit der Ausübung von Sport stehenden Dienstleistungen schreibt sie es vor. Daraus hat der EuGH zutreffend gefolgert, dass – abgesehen von der Befreiung für mit der Ausübung von Sport zusammenhängenden befreiten Dienstleistungen – insoweit ein Ermessen der Mitgliedstaaten besteht, ob die Befreiung von der Erfüllung dieser Voraussetzung abhängig gemacht wird⁵¹.

Ein solcher Ausschluss von auf systematische Gewinnerzielung gerichteten Dienstleistungen ist bei den oben genannten Befreiungen des § 4 UStG allerdings explizit nirgends erfolgt. Er ergibt sich allerdings durch die Bezugnahme auf gemeinnützige Einrichtungen in § 4 Nr. 22 a und b UStG für die Durchführung der dort genannten wissenschaftlichen, kulturellen und sportlichen Veranstaltungen sowie für die Leistungen der Verbände der Wohlfahrtspflege nach § 4 Nr. 18 a UStG. Fraglich kann insoweit freilich sein, ob der gemeinschaftsrechtlich autonom auszulegende Begriff der Einrichtung ohne Gewinnstreben, bzw. des Fehlens einer systematischen Gewinnerzielung, im Ergebnis mit den Voraussetzungen der Selbstlosigkeit im Sinne der §§ 52, 55 AO vollständig übereinstimmt. Der EuGH verlangt insoweit lediglich, dass etwaig erwartete Überschüsse nicht an Mitglieder verteilt werden, sondern zur Verbesserung der befreit zu erbringenden Leistungen verwendet werden. Namentlich könnte das strikte Gebot zeitnahe Verwendung in § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO über die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen hinausgehen⁵². Sieht man von diesen Befreiungsvorschriften ab, so wird bei den übrigen Befreiungsvorschriften die Befreiung nicht davon abhängig gemacht, dass der Unternehmer die Leistungen selbstlos erbringt. Durch die Richtlinie jedenfalls gedeckt ist es, wenn die in § 4 Nr. 16 befreiten Leistungen des Gesundheitswesens und der Altenpflege davon abhängig gemacht werden, dass sie jedenfalls teilweise bedürftigen oder sozialversicherungspflichtigen Personen zugute kommen müssen. Soweit damit eine Preisdeckelung verfolgt wird, lässt sich dies auf Art. 13 A Abs. 2 a der Richtlinie stützen.

50 Vgl. EuGH v. 26.5.2005 – Rs. C-498/03, DB 2005, 1313 (Kingscrest).

51 Vgl. EuGH v. 26.5.2005 – Rs. C-498/03, DB 2005, 1313 (Kingscrest); v. 3.4.2003 – Rs. C-144/00, Slg. 2003, I-2921 (Hoffmann); v. 21.3.2002 – Rs. C-267/00, Slg. 2002, I-3353 (Zoological Society); v. 21.3.2002 – Rs. C-174/00, Slg. 2002, I-3293 (Kennemer Golf & Country Club).

52 Vgl. EuGH v. 21.3.2002 – Rs. C-174/00, Slg. 2002, I-3293 (Kennemer Golf & Country Club).

c) Vorsteuerausschluss

Soweit die genannten Befreiungen eingreifen, wird die Erbringung der Leistung jedoch nicht vollständig von einer Umsatzsteuerbelastung befreit. Es handelt sich insoweit um unechte Befreiungen, weil für die leistende gemeinnützige Organisation oder den sonstigen Unternehmer der Vorsteuerabzug aus dafür in Anspruch genommenen Eingangsleistungen ausgeschlossen wird. Dies kann sich zumindest bei erheblichen Investitionen zumindest unter dem Aspekt der Liquidität sogar für den Unternehmer nachteilig auswirken⁵³. Ein Verzicht auf die Befreiung ist nicht möglich⁵⁴. In der Regel wirkt sich die Befreiung allerdings insoweit vorteilhaft aus, als eine etwaige Wertschöpfung auf der letzten Stufe nicht der Umsatzbesteuerung unterliegt. Namentlich werden ganz oder teilweise weiter berechnete Personalkosten nicht mit Umsatzsteuer belegt, was insbesondere bei den hier in Frage stehenden sozialen Dienstleistungen erhebliche Beträge ausmachen kann.

4. Steuersatzermäßigung und Vorsteuerpauschalierung

Soweit für die Leistungen gemeinnütziger Organisationen⁵⁵ keine Befreiung eingreift, unterliegen diese nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG dem ermäßigten Steuersatz von 7%. Ausgenommen sind im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes erbrachte Leistungen, es sei denn, es handele sich um Leistungen im Rahmen eines Zweckbetriebs. Im Ergebnis unterliegen damit auch Leistungen aus Vermögensverwaltung dem ermäßigten Steuersatz.

Die gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für diese allgemeine Ermäßigung liegt im Dunklen. Sie wird nur teilweise durch Art. 12 Abs. 3a in Verbindung mit der Anlage H gedeckt⁵⁶. Soweit nach Nr. 14 der Anlage H Leistungen anerkannter gemeinnütziger Einrichtungen für wohltätige Zwecke und im Bereich der sozialen Sicherheit ermäßigt besteuert werden dürfen, umfasst dies jedenfalls nicht die bloße Vermögensverwaltung. Freilich kommt dem angesichts der allgemeinen Befreiungsvorschriften für Grundstücksüberlassungen und Geldanlagen kaum Bedeutung zu. Ungeachtet der gemeinschaftsrechtlichen Fragwürdigkeit des § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG ist er allerdings zugunsten des Steuerpflichtigen ohnehin zu beachten. Der Wortlaut ist eindeutig, so dass eine gemeinschaftskonforme einengende Auslegung nicht in Betracht kommen kann.

Speziell nur für kleinere⁵⁷ nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG befreite gemeinnützige Körperschaften gewährt § 23a UStG mit der Möglichkeit der Vorsteuerpauschalierung

53 Vgl. den der Entscheidung des EuGH v. 26.5.2005 – Rs. C-498/03, DB 2005, 1313 (Kingscrest) zugrunde liegenden Sachverhalt, bei dem der Steuerpflichtige anstrebte, nicht befreit zu werden, da er keine soziale Einrichtung (charity) sei.

54 Vgl. auch EuGH v. 12.1.2006 – Rs. C-246/04 (Turn- und Sportunion Waldburg).

55 Ebenfalls ermäßigt zu besteuern sind Leistungen von Personenvereinigungen, deren Mitglieder gemeinnützige Körperschaften sind, § 12 Nr. 8 b UStG.

56 Vgl. die Zweifel bei BFH v. 30.3.2000 – V R 30/99, BStBl. 2000 II, 705 (Vermietung von Schlittschuhen und einer Eislaufbahn).

57 Es darf keine Buchführungspflicht bestehen und der (Vorjahres)Umsatz darf 30.678 € nicht überstiegen haben.

eine erhebliche Vereinfachung. Sie können dafür optieren, dass bei ihnen die Vorsteuer in Höhe von 7% ihrer steuerpflichtigen Ausgangsumsätze⁵⁸ pauschaliert wird. An diese Option sind sie dann allerdings für fünf Jahre gebunden. Die Pauschalierung bewirkt angesichts des für die Ausgangsumsätze geltenden Steuersatzes von 7%, soweit kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird, regelmäßig, dass keine Steuerschuld verbleibt. Für die Körperschaft ergibt sich auch insoweit eine erhebliche Vereinfachung als Aufzeichnungspflichten für den Vorsteuerabzug entfallen. Die Vorschrift des § 23a UStG ist durch die nach Art. 24 Abs. 1 der 6. Richtlinie zulässigen Vereinfachungsmaßnahmen für Kleinunternehmer gedeckt. Insbesondere Wettbewerbsverzerrungen sind angesichts des bescheidenen Anwendungsbereiches nicht zu befürchten.

5. Vorsteuervergütung

Gemeinnützigen Körperschaften und juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird nach § 4a UStG eine Steuervergütung für die Umsatzsteuer gewährt, die auf an sie gelieferte, eingeführte oder einem innergemeinschaftlichen Erwerb unterliegenden Gegenständen lastet. Voraussetzung ist, dass der Gegenstand in ein Drittland gelangt und dort zu humanitären, karitativen oder erzieherischen Zwecken verwendet wird.

Es handelt sich hierbei nicht um eine Steuerverschonung mit Rücksicht auf die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke. Vielmehr ist die Freistellung schon unter dem Belastungszweck der Umsatzsteuer geboten, weil die Gegenstände nicht einem innerstaatlichen Verbrauch zugeführt werden, sondern einem Verbrauch im Drittland. Daher hat im Inland eine Entlastung von umsatzsteuerlicher Belastung stattzufinden. Wenn überhaupt, ist eine Belastung mit Umsatzsteuer nur im Drittland geboten. Dort allerdings sollte sie sich angesichts der Verfolgung des jeweiligen Hilfszweckes normalerweise verbieten. Regelmäßig dürfte dort dann auch eine Befreiung zumindest durch Erlass von Einfuhrabgaben einschließlich Einfuhrumsatzsteuer erfolgen.

Die Gewährung einer Steuervergütung im Inland ist technisch deshalb notwendig, weil für die Körperschaft ein Vorsteuerabzug nicht in Betracht kommt, da der Erwerb dieser Gegenstände gerade nicht für ihren Unternehmensbereich erfolgt, weil sie entweder schon keine Unternehmer ist oder aber jedenfalls in Bezug auf diese Gegenstände nicht unternehmerisch tätig wird und deshalb der Bezug für ihren unternehmensfremden Bereich erfolgt. Die Beschränkung auf eine Steuervergütung nur für öffentlich-rechtliche und gemeinnützige Körperschaften bei Verfolgung humanitärer, karitativer oder erzieherischer Zwecke durch Einsatz dieser Gegenstände im Drittland dient ausschließlich der Vermeidung eines anderweitig zu befürchtenden Missbrauches. Sie führt zu keinerlei Wettbewerbsbeeinträchtigungen bei anderen unternehmerischen Marktteilnehmern. Sie führt auch nicht zu einem unbelasteten Endverbrauch im Inland, der gegenüber anderen mit Umsatzsteuer indirekt belasteten Endverbrauchern zu rechtfertigen wäre.

58 Nicht einbezogen werden Einfuhrumsätze und ein innergemeinschaftlicher Erwerb.

III. Ungeeignetheit der Umsatzsteuer zur Förderung gemeinnütziger Betätigung

1. Endverbrauchersteuer und Wettbewerbsneutralität für Unternehmer

Die Umsatzsteuer vom Typ europäischer Mehrwertsteuer mit Vorsteuerabzug zielt auf die Belastung der Entgeltsverwendung für einen nichtunternehmerischen Verbrauch. Konzeptionell wird dies dadurch erreicht, dass dem Endverbraucher der Vorsteuerabzug versagt bleibt, während er dem Unternehmer bei Bezug von Leistungen für sein Unternehmen gewährt wird⁵⁹. Die Kehrseite dieser Konzeption ist es, dass die Umsatzsteuerbelastung unternehmerischer Leistungen als solche nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führt, sieht man davon ab, dass jede Steuerbelastung zu einer Veränderung gegenüber einer Welt ohne Steuern führt⁶⁰. Die Konzeption einer für die Unternehmer wettbewerbsneutralen Umsatzsteuer ist für die Einführung dieser Steuer gerade im Gemeinsamen Markt (und nunmehr auch im Binnenmarkt) konstituierend gewesen. Vor diesem Hintergrund betont die Rechtsprechung des EuGH zutreffend gerade das Erfordernis der Neutralität im Sinne einer für die Unternehmer (wettbewerbs)neutralen Steuer.

Ob und inwieweit freilich die intendierte Abwälzung der Umsatzsteuer vom Unternehmer auf den Endverbraucher realiter gelingt, hängt von den jeweiligen Marktverhältnissen ab. Unabhängig davon, ob sie insgesamt im Verhältnis Unternehmer/Endverbraucher gelingt oder nicht gelingt, ist jedenfalls – auch bei nur unvollkommener Information der Nachfrager – klar, dass eine unterschiedliche Belastung von für den Endverbraucher gleichartigen und gleichwertigen Gütern oder Leistungen mit Umsatzsteuer dazu führen muss, dass die Wettbewerbssituation zwischen den unternehmerischen Anbietern dieser Leistungen verzerrt wird, wenn der begünstigte Unternehmer den für seine Leistungen gewährten Steuervorteil an den Endverbraucher weitergibt, während sein Wettbewerber dies nicht kann, weil für seine Leistung kein entsprechender Vorteil gewährt wird. Wird der Vorteil nicht oder nur teilweise weitergegeben, so verbessert sich die Wettbewerbssituation *sub specie* Gewinnverwendungsmöglichkeiten bei gewinnorientierten Unternehmern erkennbar ebenfalls, aber auch für nicht gewinnorientierte Unternehmen hinsichtlich der Ergebnisverwendungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Leistungsqualität. Vor allem aber steht es der Konzeption der Umsatzsteuer europäischen Typs diametral entgegen,

59 Abgesehen wird hier davon, dass eine Entgeltsverwendung für nichtunternehmerischen Verbrauch auch ohne Umsatzsteuerbelastung bei Eigenproduktion oder Bezug von Leistungen von Nichtunternehmern möglich ist. Hier stößt jede Steuerbelastung an ihre Grenzen in der praktischen Durchsetzbarkeit und damit auch letztlich an verfassungsrechtlich zu beachtende Grenzen unter dem Aspekt des zu gewährleistenden gleichheitsgemäßen Vollzugs sowie der Respektierung der privaten Sphäre.

60 Vergleichsmaßstab ist mithin nicht die vielen volkswirtschaftlichen Betrachtungen zugrunde liegende bestmögliche Nachfrage- und Güterallokation in einer Welt vor Steuern, die dann je nach Nachfrageelastizität auch durch eine proportional zum Entgelt erhobene Umsatzsteuer verzerrt wird.

dass der Vorteil einer Nicht- oder einer ermäßigten Besteuerung nicht an den Verbraucher weitergegeben wird.

Es versteht sich von daher, dass es sich grundsätzlich verbieten muss, für gleichartige oder leicht substituierbare Leistungen unterschiedliche Steuersätze vorzusehen, sofern für die Leistungen derselbe Nachfragerkreis in Betracht kommt. Eben dasselbe gilt auch, soweit gleichartige Leistungen je nach Eigenschaften des Anbieters – etwa nach seiner Rechtsform – oder nach seinen Handlungsmotiven – etwa Gewinnerzielungsabsicht oder nicht – unecht oder echt befreit werden. Die echte Befreiung mit Vorsteuerabzug bedeutet, dass der Leistungsbezug dann überhaupt nicht mit Umsatzsteuer belastet ist, respektive zum Nullsatz besteuert wird. Die unechte Befreiung wirkt sich normalerweise wie eine gegenüber dem Normalsteuersatz ermäßigte Besteuerung aus, wobei allerdings die Ermäßigung je nach Einzelfall von einer vollständigen Entlastung bis zu einer Normalbelastung reichen, diese in Ausnahmefällen sogar übersteigen kann⁶¹.

Auf einem anderen Blatt steht, ob es Sinn macht, der Art nach unterschiedliche Leistungen umsatzsteuerlich unterschiedlich zu belasten und damit auch je nach der Entgeltverwendung für welche Art des Verbrauchs zu differenzieren. Immerhin wird man hier einräumen müssen, dass dem (europäischen) Gesetzgeber hier ein weiter Ermessensraum zusteht, er insbesondere etwa die Einkommensverwendung für den lebensnotwendigen Bedarf, für Heilfürsorge, für kulturelle Bedürfnisse usw. durchaus unterschiedlich behandeln darf und auch sollte.

2. Adressatenkreis gemeinwohlorientierter Steuerverschonungen

Auch wenn man den Ausgangspunkt akzeptiert, dass eine unterschiedliche Belastung gleichartiger Leistungen mit Umsatzsteuer sich generell nach der Belastungskonzeption der Umsatzsteuer verbietet, bleibt zu fragen, ob dies auch für von gemeinnützigen Organisationen erbrachte Leistungen zu gelten hat. Hier ließe sich immerhin wegen des Gebotes der Selbstlosigkeit daran denken, dass eine etwaige Vergünstigung gegenüber Leistungen anderer Anbieter doch dem Leistungsabnehmer in Form einer Preisermäßigung zugute kommt. Freilich setzt dies dann voraus, dass der Abnehmer der Leistung gerade unter dem Aspekt der Gemeinnützigkeit im Hinblick auf die ihm zu gewährende Preisermäßigung förderungswürdig ist, wenn die Leistungen im Übrigen gleichartig sind. Nicht genügen kann, dass das zu entrichtende Entgelt anderweitig für gemeinnützige Zwecke verwendet wird. Denn dann handelt es sich um eine reine Mittelbeschaffung, die nichts mit der Leistung an den Empfänger zu tun hat.

Insoweit ist erkennbar die in § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG ausgesprochene Steuersatzermäßigung für lediglich vermögensverwaltende Leistungen verfehlt. Weshalb man etwa von einem gemeinnützigen Sportverein die Nutzung einer Eislauhalle oder von Sportgeräten zum ermäßigten Steuersatz mieten kann, nicht aber von einem anderen

61 Unechte Befreiungen sind schon aus diesem Grunde an sich ein Fremdkörper im europäischen Umsatzsteuersystem. Sie lassen sich allenfalls unter Vereinfachungsgesichtspunkten bei Umsätzen gegenüber Endverbrauchern bis zu einem gewissen Grade rechtfertigen und sollten weitgehend durch eine Besteuerung zu ermäßigtem Steuersatz ersetzt werden, soweit überhaupt für eine ermäßigte Besteuerung ein Grund zu erkennen ist.

Vermieter, erschließt sich schlicht nicht, selbst wenn es sich dabei nicht um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handeln sollte⁶². Freilich kann man davon ausgehen, dass insoweit das Entgelt für gemeinnützige Zwecke verwendet wird. Möglicherweise kann man auch davon ausgehen, dass kein unmittelbarer Wettbewerber geschädigt wird und die Steuersatzermäßigung an den Leistungsempfänger weitergegeben wurde. Es bleibt dann aber die Frage, was es denn rechtfertigen soll, dem Leistungsempfänger nur deshalb einen begünstigten Leistungserwerb zu ermöglichen, weil er die Leistung von einer gemeinnützigen Organisation bezog. Anders als im Spendenfall erbringt er kein Opfer zugunsten des zu fördernden Zweckes, denn er erhält eine konkrete Gegenleistung.

Allerdings kommt der Ermäßigung nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG keine große praktische Bedeutung zu⁶³, da die häufigsten Fälle einer Grundstücksvermietung ohnehin befreit sind und bei Option die Höhe des Steuersatzes wegen des dann beim Empfänger gegebenen Vorsteuerabzugs keine Rolle spielt.

Geht man, wie für die harmonisierte europäische Umsatzsteuer wegen ihres Belastungszieles als indirekte Endverbrauchersteuer geboten, davon aus, dass Steuerver Schonungen jedenfalls typisierend nur dem Endverbraucher zugute kommen dürfen, wodurch zugleich eine Wettbewerbsverfälschung qua Umsatzsteuerbelastung zwischen den Anbietern entgeltlicher Leistungen (Unternehmern) verhindert wird, so dürfen Steuerver Schonungen für der Art nach gleichartige Leistungen verschiedener Anbieter nur ausgesprochen werden, wenn entweder unter dem Aspekt einer Qualitätsgarantie bezüglich der Leistung Unterschiede zwischen den Anbietern bestehen oder aber der Leistungsbezug einem Abnehmerkreis ermöglicht werden soll, der von anderen als den (vermeintlich) begünstigten Anbietern gar nicht beziehen könnte.

Unter diesem Aspekt erscheint es zunächst als problematisch, dass in Art. 13 A der 6. RL vielfach die Befreiung zunächst daran geknüpft wird, dass sie von einer Einrichtung des öffentlichen Rechtes erbracht wird und sodann erst auch vergleichbaren Einrichtungen gewährt wird. Das ist schon deshalb insuffizient, weil im Zuge des modernen Rückzuges des Staates aus der gewährenden Daseinsvorsorge gar nicht auszuschließen ist, dass es solche staatlichen Einrichtungen auf bestimmten Gebieten gar nicht mehr gibt.

Art. 13 A der 6. RL ist aber schlicht nur dahin zu verstehen, dass die Befreiungsvorschriften auf den genannten Gebieten davon abhängig gemacht werden können, dass hinsichtlich der Qualität und gegebenenfalls des Zuganges zum Erwerb der (zu befreienden) Leistungen nach der Höhe der Entgelte besondere Anforderungen gestellt werden können. Soweit diese Leistungen von staatlichen Einrichtungen er-

62 Vgl. den Sachverhalt in BFH v. 30.3.2000 – V R 30/99, BStBl. 2000 II, 705 – dort hat der BFH verfehlterweise allerdings einen Zweckbetrieb auch für die Vermietung an Nichtmitglieder für möglich gehalten; vgl. auch BFH v. 19.2.2004 – V R 39/02, BStBl. II, 672 einerseits und BFH v. 22.1.2004 – V R 41/02, BStBl. II 2004, 757 andererseits zu Pferdepen sionshaltung durch gemeinnützigen Sportverein und durch Einzelperson andererseits.

63 Immerhin spielt sie eine Rolle im Bereich des Sponsoring, wo nach Auffassung der Finanzverwaltung bei Öffentlichkeitswerbung durch die gemeinnützige Organisation der ermäßigte Steuersatz abzuwenden ist, falls lediglich eine Duldensleistung vorliege – OFD Frankfurt v. 14.1.2003 – S 7100 A – 203 – St I 10 und OFD Hannover v. 11.2.2003 – S 7100 – 427 – StO 351/S 7100 – 915 – StH 446.

bracht werden, ist davon auszugehen, dass die Anforderungen erfüllt worden sind. Im Übrigen bedarf es gegebenenfalls einer Überprüfung, ob auch andere Anbieter diese Bedingungen erfüllen⁶⁴.

Für gemeinnützige Organisationen kann insoweit nichts anderes gelten. Umgekehrt muss auch jedem anderen Anbieter entsprechender Leistungen zu entsprechenden Konditionen die Steuerverschonung für seine Leistung gewährt werden, weil andernfalls weder sicherzustellen ist, dass die Verschonung an den zu begünstigenden Leistungsempfänger weitergegeben wird, noch die (Wettbewerbs)Neutralität der Umsatzsteuer für Unternehmer gewahrt bleibt. Von daher ist es auch zutreffend, dass gemeinnützigen Organisationen weder für in wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, noch bei der Vermögensverwaltung, noch in Zweckbetrieben erbrachte Leistungen eine Steuerbefreiung gewährt wird, wenn es sich nicht um der Art nach zu befreiende Leistungen handelt. Bejahendenfalls ist sie zutreffend auch dann zu gewähren, wenn die Leistungen im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes erbracht werden.

3. Reformwünsche

Bei einigen der in Art. 13 der 6. RL und § 4 UStG genannten Befreiungen ist schwerlich überhaupt eine Rechtfertigung für eine umsatzsteuerliche Belastung des Endverbrauchers zu erkennen. Dies betrifft etwa die Gesundheitsversorgung im Krankheitsfall und die Altenpflege. Die unechten Befreiungen bewirken hier lediglich, dass die umsatzsteuerliche Belastung des Leistungsempfängers dadurch – allerdings erheblich – gemildert wird, dass die Wertschöpfung auf der Stufe des letzten leistenden Unternehmers nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

Freilich trifft die Belastung realiter weitgehend nicht den individuellen Leistungsempfänger, sondern die Träger der Sozialversicherung, respektive die dort Versicherten. Eine Belastung mit Umsatzsteuer ist hier jedoch weder unter dem Gesichtspunkt der Einkommensverwendung durch den Leistungsempfänger als Maßstab seiner Leistungsfähigkeit zu rechtfertigen, noch unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Versicherungsgemeinschaft. In der Sache dürfte die Einkommensverwendung hier steuerlich an sich nicht belastet werden. Rechtfertigen lässt sich die Behandlung allenfalls unter dem Aspekt einer Verwaltungsvereinfachung und der Verhinderung von Missbrauch. Die Rechtfertigung erscheint allerdings zweifelhaft, weil eine konsequente Entlastung ohne erheblichen Mehraufwand auch durch eine Befreiung der Leistungen mit Vorsteuerabzug erreicht werden könnte, respektive durch eine Nullsatzbesteuerung. Die unechten Befreiungen nach Art. 13 A sollten daher, soweit sie gewährt werden, weil hier eine Besteuerung unter dem Aspekt der Leistungsfähigkeit sich verbietet, durch Befreiungen mit Vorsteuerabzug ersetzt werden.

Soll der Leistungsbezug etwa im Bereich der Kultur und des Sportes oder sonstiger staatsbürgerlicher Ziele begünstigt werden sollen, sollte dies durch einen ermäßigten

64 Zu beklagen, hier aber nicht weiter zu erörtern, ist freilich, dass unter dem Aspekt der Gesetzesbestimmtheit erhebliche Bedenken gegen die Befreiungsvorschriften zu erheben sind, soweit schlicht auf eine Gleichartigkeit verwiesen wird. Jedenfalls muss der jeweilige Mitgliedstaat deutlich machen, welche Voraussetzungen insoweit gegeben sein müssen.

Steuersatz geschehen, soweit eine Nichtbelastung mit Umsatzsteuer als entweder zu weitgehend oder jedenfalls nicht finanzierbar gilt. Hier bedarf es übrigens eines weiten Ermessensspielraumes der Mitgliedstaaten, inwieweit derartige Leitungen nach den kulturellen Überzeugungen der Bevölkerung förderungswürdig erscheinen und nicht einer Bevormundung durch Europa. Kulturelle Vielfalt, freilich ohne Diskriminierung, nicht ein Einheitsbrei, ist für Europa angesagt. Zu überprüfen bliebe im Übrigen, ob sich im Bereich der Kulturförderung außerhalb der Förderung der Ausübung selbst nicht anstelle einer Befreiung oder Steuersatzermäßigung schlicht deren Ersetzung durch zielgenauer einzusetzende öffentliche Zuschüsse anböte, sofern der Konsum entsprechender Leistungen gefördert werden soll.

Im Hinblick auf die Leistungen gemeinnütziger Organisationen lässt sich konstatieren, dass sie keiner Sonderbehandlung im Bereich der Befreiungen und Steuersatzermäßigungen bedürfen. Freilich sollte das System der Befreiungen und Steuersatzermäßigungen insgesamt neu geordnet werden. Eine stärkere Konzentration auf Sachleistungen an den in § 53 AO genannten Personenkreis, möglichst durch eine echte Befreiung mit Vorsteuerabzug, wäre auch von den gemeinnützigen Organisationen, die sich verdienstvollerweise hier betätigen, zu begrüßen. Zutreffend wird die ehrenamtliche Vereinsarbeit bei kleineren Vereinen durch die Vorsteuerpauschalierung erleichtert. Hier ließen sich auch noch großzügigere Pauschalierungen denken, die freilich realitätsgerecht zu bemessen sind.

IV. Zusammenfassung

Das klassische Instrument der Förderung gemeinnütziger nicht staatlicher Organisationen und ihrer Betätigung durch den (Steuer)Staat ist die Gewährung steuerlicher Vergünstigungen. Die Steuerverschonung bedarf unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Steuer einer Rechtfertigung. Unter dem Aspekt der Minder- respektive Mehrbelastung und der Allgemeinheit der Steuer ist die steuerliche Verschonung gemeinnütziger Organisationen und ihrer gemeinwohlorientierten Betätigungen hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensbesteuerung unproblematisch. Dem Steueropfer entspricht die selbstlose Verwendung der Mittel für den Gemeinwohlzweck. Die Mittelerwirtschaftung durch nicht selbst gemeinwohlorientierten Erwerb im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe bedarf allerdings unter dem Aspekt der Wettbewerbsrelevanz der Besteuerung.

Eine intendierte Förderung der Gemeinnützigkeit im Bereich der Umsatzbesteuerung hat die Besonderheiten von deren Belastungstechnik und ihres Belastungsgrundes zu berücksichtigen.

Die Umsatzsteuerbelastung knüpft technisch an den Unternehmer und von ihm erbrachte entgeltliche Leistungen an. Insoweit agieren auch gemeinnützige Organisationen als Unternehmer, wenn sie gegen Entgelt Leistungen erbringen. Dies ist auch dann zu bejahen, wenn sie gegen Mitgliedsbeiträge individualisierbare Leistungen an ihre Mitglieder erbringen. Spenden und Zuschüsse, die der gemeinnützigen Organisation ermöglichen, ihre gemeinwohlorientierten Leistungen zu erbringen, stellen kein Entgelt von dritter Seite dar.

Das Umsatzsteuerrecht nimmt gemeinnützige Organisationen weder aus dem Unternehmerbegriff aus, noch werden diese persönlich befreit. Allerdings kennt das Umsatzsteuerrecht Befreiungen für bestimmte gemeinwohldienliche Leistungen und Steuersatzermäßigungen. Diese Befreiungen sind nicht lediglich gemeinnützigen Organisationen vorbehalten. Insbesondere hängt ihre Gewährung nicht von der Rechtsform des Leistenden ab, oder davon, dass er selbstlos ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig wird.

Mit der Belastungskonzeption der Umsatzsteuer als einer den Endverbraucher belastenden Einkommensverwendungssteuer ist es konzeptionell unvereinbar, Steuerbefreiungen oder Steuersatzermäßigungen zur Förderung des Leistenden wegen dessen zu fördernder Betätigung zu gewähren. Die Umsatzbesteuerung beruht essentiell darauf, dass durch die Umsatzbesteuerung entgeltlich erbrachter Leistungen keine Wettbewerbsverzerrungen zwischen den die Leistungen erbringenden Unternehmern eintreten darf.

Die durch das Gemeinschaftsrecht nicht gedeckte Steuersatzermäßigung für von gemeinnützigen Organisationen erbrachte Leistungen ist daher verfehlt, allerdings ohne große praktische Auswirkung. Zutreffend sieht das geltende Umsatzsteuerrecht für die Befreiung bestimmter gemeinwohldienlicher Leistungen nicht vor, dass der Leistende hier selbstlos handeln müsse.

Insgesamt bedarf es freilich einer Überprüfung, inwieweit an den gewährten Befreiungen und Steuersatzermäßigungen festgehalten werden soll. Hier sind einerseits Einschränkungen zu erwägen, andererseits sollte im Bereich der sozialen Dienste, soweit hier existenzielle Grundbedürfnisse abgedeckt werden, zu echten Befreiungen mit Vorsteuerabzug übergegangen werden.

Verfahrensmäßige Vereinfachungen namentlich für kleinere Vereine sind anzustreben. Dazu eignet sich die Vorsteuerpauschalierung.

V. Summary

The classical instrument of state support for non-profit organisations and their activities is preferential fiscal treatment. Tax relief has to be justified in terms of the tax yield. Regarding relative tax burdens, tax relief in terms of revenue and asset tax for non-profit organisations and their welfare oriented activities is unproblematic. The foregone tax revenue corresponds to the unremunerated application of resources for the public good. However, the administration of assets in terms of welfare oriented acquisition within commercial organisations has competition law implications.

An intended promotion of welfare in the field of turnover tax should take account of the peculiarities of its burden effects and rationale. The turnover tax burden is technically linked to the entrepreneur and his remunerated activity. Non-profit organisations also operate as entrepreneurs to the extent they act for remuneration. This is also to be affirmed where they perform individualised services for their members in return for membership contributions. Donations and sponsorship which enable the non-profit organisation to undertake welfare oriented activities do not constitute remuneration by third parties.

The turnover tax law neither excludes non-profit organisations from the concept of the company nor are they personally exempt. However, the turnover tax law provides exemption for certain welfare activities and tax relief. These exemptions are not only reserved to non-profit organisations. In particular their grant is not dependent on the legal form of the provider or the fact that it acts altruistically without the profit motive.

In that the burden concept of turnover tax is one which burdens the end-user in terms of indirect taxation, it is conceptually irreconcilable with the provision of tax exemption or relief designed to promote those undertaking welfare activity. Turnover tax essentially rests on the fact that the taxation of remunerated activities must not entail restricted competition between the performing entities.

The tax relief for services performed by non-profit organisations – which is not covered by European Law – is therefore inappropriate, albeit without significant practical effect. Correctly, the current turnover tax law does not require for the exemption of certain welfare activities that the service provider has to act altruistically.

In all it should be reconsidered in how far the exemptions and tax reliefs should be maintained. On the one hand limitations should be attempted, on the other in the field of social services, to the extent fundamental needs are covered, true exemptions with input tax deduction should be introduced.

Procedural simplifications for small associations in particular are desirable. A suitable mechanism would be the flat rate input tax.

Regelungsstrukturen des deutschen Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts – Kritik und Reform

CHRISTIAN WALDHOFF

<p>I. Einleitung 75</p> <p>II. Die Rechtsquellsituation im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht 79</p> <p>III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Regelungsstruktur 81</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Verfassungsvorbehalte im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht? 81</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Gesetzesvorbehalt 82</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Delegierte Rechtsetzung 83</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Verwaltungsvorschriften 84</p>	<p style="padding-left: 20px;">5. Normenklarheit als rechtsstaatliches Postulat 84</p> <p>IV. Legistische und ökonomische Maßstäbe steuerrechtlicher Regelungsstrukturen 87</p> <p>V. Bewertung des geltenden Rechts und von Reformvorschlägen hinsichtlich der Regelungsstruktur 88</p> <p>VI. Zusammenfassung 93</p> <p>VII. Summary 93</p>
---	---

I. Einleitung

Das deutsche Steuerrecht steht seit Jahren unter dem Vorwurf, seine Regelungsstrukturen seien unübersichtlich, verfehlt, ja würden dem rechtsstaatlichen Anliegen des Gesetzes¹ zuwiderlaufen. Das weitgehend zeitlose² Lamento über ein wirkliches oder vermeintliches Steuerchaos ist wohlfeil³; nicht wer sich darauf beruft steht unter Begründungszwang, sondern derjenige, der hier eine differenzierte Position einnimmt⁴.

1 Diese sind zusammengefaßt etwa bei *Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnr. D 49, F 3.

2 Vgl. am Beispiel zivilrechtlicher Kodifikationen *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004, S. 421: »Es war ein alter Menschheits- oder doch zumindest Juristentraum, die unübersichtliche, inhomogene und mit Kontroversen überladene Masse des Gemeinen Rechts zu einem systematischen und übersichtlichen Gesetzbuch einzuschmelzen, wobei Wiederholungen, Dunkelheiten und Widersprüche beseitigt werden sollten.«

3 Von einer »Krise des Steuerstaats« sprach *Joseph A. Schumpeter* – freilich unter anderen Vorzeichen – schon 1918, jetzt wieder abgedruckt in: *Hickel* (Hrsg.), Rudolf Goldscheid/Joseph Schumpeter, Die Finanzkrise des Steuerstaats. Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen, 1976, S. 329 ff.; vgl. aus dem neueren Schrifttum nur *Tipke*, Die Situation des Steuerrechts im Jubiläumjahr 1988, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 865 ff.

4 Vgl. näher *Waldhoff*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz, 1997, S. 1 ff.; treffend *Ruppe*, Steuergleichheit als Grenze der Steuervereinfachung, in: Fischer (Hrsg.), Steuervereinfachung, DStJG 21 (1998), S. 29 (32): »Steuervereinfachung ist ein Begriff, dem ein verdächtiges Maß an Akzeptanz entgegengebracht wird. Es dürfte wenige Forderungen geben, die auf so ungeteilte Zustimmung stoßen wie der Ruf nach Steuervereinfachung. Kein vernünftiger Mensch kann für eine Komplizierung des Steuerrechts eintreten. Bei einer derart breit akzeptierten Forderung ist es meist so, daß über ihren Inhalt und die damit verbundenen Implikationen entweder gar keine oder falsche Vorstellungen bestehen.«

Der Ruf nach Steuervereinfachung als Weg aus dem wirklichen oder vermeintlichen Chaos war bereits Gegenstand der wissenschaftlichen Beratungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft⁵.

»Die Kritik am Steuerrecht ist in erster Linie Kritik an der Gesetzgebung.«⁶ Neben der Kritik an der »Normenflut«⁷ und an der Qualität der Gesetze treten dabei auch die Regelungsstrukturen ganzer Rechtsbereiche ins Blickfeld. Unter Regelungsstruktur soll hier das Zusammengreifen verschiedener Normen zur Regelung eines Sachbereichs oder eines Sachproblems verstanden werden. Dazu gehört zunächst – hier als *horizontale Regelungsstruktur* verstanden – die Aufteilung auf verschiedene Gesetze der gleichen Normstufe. Praktisch alle Steuertatbestände sind aufgrund ihrer Komplexität nicht in einer einzelnen Vorschrift geregelt, sondern müssen erst durch das Zusammengreifen verschiedener Paragraphen ermittelt werden⁸. Vor allem soll vorliegend als Regelungsstruktur jedoch die Aufteilung der Norminhalte innerhalb unterschiedlicher Rechtsquellen verstanden werden: Welche Vorgaben ergeben sich aus der Verfassung, welche Norminhalte finden sich im förmlichen Parlamentsgesetz, d.h. auf unsere Fragestellung bezogen vorrangig in AO und EStG, welche Detailregelungen sind auf die Ebene der Rechtsverordnung ausgelagert und welche Bedeutung und Funktion erfüllen die Verwaltungsvorschriften im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht? Daß aus Sicht des einzelnen Steuerpflichtigen Gesetz, Rechtsverordnung und Steuerrichtlinie zu einer »einheitlichen Rechtslage« verschmelzen⁹ entbindet nicht von der juristischen Analyse der richtigen Zuordnung dieser verschiedenen Regelungsebenen. In Abgrenzung zur horizontalen soll hier von Problemen der *vertikalen Regelungsstruktur* gesprochen werden. Die Frage nach der Regelungsstruktur des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts erweist sich so vor allem als die Frage nach der Aufteilung der Regelungsinhalte auf die verschiedenen Steuergesetze und auf die grundgesetzliche Rechtsquellenordnung¹⁰. Technische Normen wie § 51 EStG verbinden dabei verschiedene steuerrechtliche Regelungsebenen¹¹ im Stufenbau der

5 Fischer (Hrsg.), Steuervereinfachung, 1998; ferner Jachmann, Wider das Steuerchaos, 1998; dies., Grundthesen zu einer Verbesserung der Akzeptanz der Besteuerung, insbesondere durch Vereinfachung des Einkommensteuerrechts, StuW 1998, S. 193.

6 Tipke, Über Steuergesetzgebung und parlamentarische Demokratie, StuW 1983, S. 1.

7 Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, § 61, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 55 ff; Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnr. F 12; zu der mit der steuerrechtlichen »Normenflut« einhergehenden »Informationslawine« Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 3, 1993, S. 1470 f.

8 Vgl. zum Einkommensteuertatbestand nur Lechner/Waldhoff, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 165. Lfg. Mai 2006, § 1, Rdnr. A 40 f. m.w.N.

9 Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 29 ff., 61 f.

10 Vgl. aus der Perspektive der Gesetzgebungslehre Öblinger, Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen, in: ders. (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, 1982, S. 17 (29 ff.); bezogen auf die Rechtsverordnungsermächtigung des EStG Seiler, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 165. Lfg. Mai 2006, § 51, Rdnr. A 5.

11 Seiler (Fn. 10), Rdnr. A 100.

Rechtsordnung¹² und werden dementsprechend zu würdigen sein. Wesentliche Regelungen dürfen sich – nach einem Diktum *Josef Isensees* – nicht »lichtscheu« in außer-gesetzlichen Regelungen verstecken. Unter Regelungsstruktur soll demgegenüber nicht verstanden werden das innere System des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, d.h. die verfassungsrechtlich geforderte Folgerichtigkeit nach der vom Gesetzgeber getroffenen Belastungsentscheidung¹³. Regelungsstruktur meint hier also die gesetzestechnische Ausgestaltung, nicht die inhaltliche Folgerichtigkeit der Normen. Nach einer Unterscheidung *Klaus Tipkes*¹⁴ soll hier demnach eher das äußere als das innere System des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts analysiert werden. Es ist jedoch zuzugeben, daß sich die formelle und die materielle Ebene nicht so sauber trennen lassen, wie hier zunächst suggeriert wird. Wenn *Rainer Hüttemann* als einen »Kardinalfehler« dieses Rechtsgebiets die Unterscheidung von gemeinnützigen und spendenbegünstigten Zwecken ausgemacht¹⁵, schlägt sich die inhaltliche Unabgestimmtheit hier unmittelbar in der unübersichtlichen Regelungsstruktur nieder bzw. beide bedingen sich gegenseitig.

Nach einer Bestandsaufnahme des geltenden Rechts sind die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für entsprechende Regelungsstrukturen herauszuarbeiten. Zentrales Anliegen wird es dabei sein, rechtliche Maßstäbe von Zweckmäßigkeitserwägungen der Gesetzgebungskunst abzuschichten¹⁶. Diese Abgrenzung scheint auch vom Verfassungsrecht wie von der Gesetzgebungslehre¹⁷ bisher nicht ausgelotet zu sein. Die Maßstäbe sind dann abschließend mit der geltenden Regelungsstruktur sowie mit Reformansätzen in Verbindung zu bringen. Schon der Ausgangspunkt der Regelungsstruktur eines bestimmten Rechtsgebiets legt die Vermutung nahe, daß generalisierende Aussagen kaum zu erwarten sein werden, daß die sachbereichsspezifische Argumentation¹⁸ im Vordergrund stehen muß.

Durch die europarechtliche Überlagerung auch des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts verkompliziert sich das Problem noch, indem eine weitere Regelungsebene hinzutritt – gleichwohl bleiben diese Aspekte vorliegend aus Raumgründen unberücksichtigt¹⁹.

12 Vgl. nur *Badura* (Fn. 1), Rdnr. D 51; die Implikationen der Wiener rechtstheoretischen Schule unter *Merkel* und *Kelsen* sind mit der Verwendung dieses Begriffes nicht notwendig verbunden.

13 Vgl. statt anderer nur *Prokisch*, Von der Sach- und Systemgerechtigkeit zum Gebot der Folgerichtigkeit, in: FS Vogel, 2000, S. 293 ff.

14 Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 61 ff.

15 Die Neuregelung des Spendenrechts, NJW 2000, S. 638 (640).

16 Vgl. dazu insbesondere *Merten*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Stil und Methode der Gesetzgebung im modernen Sozialstaat, in: von Maydell (Hrsg.), Probleme sozialpolitischer Gesetzgebung, 1991, S. 51.

17 Es ist bemerkenswert, daß die Handreichungen zur technischen Abfassung von Gesetzen dem Gesichtspunkt der Regelungsstruktur eines Normenkomplexes vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit schenken, vgl. nur *Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. Aufl. 1968, der lediglich allgemeine, kurze und letztlich randständige Ausführungen zur Einbeziehung von Rechtsverordnungen auf den S. 295 ff. macht.

18 Vgl. allgemeiner *Paul Kirchhof*, Bereichsspezifische Unterscheidungen, in: FS Rudolf, 2001, S. 277 ff.

19 Vgl. zu dem Spannungsverhältnis nur *Isensee*, Gemeinnützigkeit und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Jachmann (Hrsg.), Gemeinnützigkeit, DStJG 26 (2003), S. 93; *Eicker*,

Die Reformdiskussion um das Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht nimmt auf Fragen der Regelungsstruktur nur gelegentlich Bezug²⁰. Insbesondere in der rechtsvergleichenden Perspektive treten jedoch entsprechende Defizite des deutschen Rechts in diesem Bereich deutlicher hervor. So konstatiert ein Autor, der deutsches und schweizerisches Stiftungssteuerrecht vergleicht²¹:

»Steuerpflichtige Stiftungen sehen sich in Deutschland [im Gegensatz zur Schweiz] einem einheitlichen Bundessteuersystem gegenüber und die Bundesländer haben ... keine eigenen gesetzgebenden Fiskalhoheiten, sondern treiben in Auftragsverwaltung die aus der bundessteuerlichen Kodifikation stammenden Steuern ein. Dies schafft zunächst die Möglichkeit, keine ländereigenen Steuergesetze beachten zu müssen. In der Realität kehrt sich das Bild einer einheitlichen Steuerkodifikation jedoch sehr schnell um, betrachtet man die Quantität der Steuergesetze, ihre komplexen und verbal ungelenten Grundlagen, die Steuerrichtlinien, Durchführungsanweisungen, Verweise, Nebenverweise sowie die unzähligen verästelten Ausnahmeregelungen. Übersicht und Transparenz im Bereich einer steuerpflichtigen Stiftung sind hierdurch nur noch schwer zu erlangen ...«²²

Das führt ihn zu dem Resümee:

»Vergleicht man nun die Darstellungen über das schweizerische Stiftungszivil- und Stiftungssteuerrecht mit denjenigen Deutschlands, so ergeben sich recht schnell Hinweise darauf, dass Deutschland im Bereich des Stiftungszivil- wie auch des Stiftungssteuerrechts ein hochreguliertes Gesetzssystem aufweist, welches in sich weder übersichtlich noch konsequent oder gar stimmig ist. ... Bedauerlicherweise führt das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht ein ebensolches errichtungsmotivationsfeindliches Dasein, was sich insbesondere ... in der Unübersichtlichkeit und Ungeordnetheit der gemeinnützigkeitsmateriellen Normen aus der Abgabenordnung ... ausdrückt. ... Nichtsdestotrotz vermag der ›Lichtblick‹ [des subjektiven Gemeinnützigkeitstatbestands] nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Mehrzahl der insbesondere im ›subjektiven Tatbestand‹ der deutschen Gemeinnützigkeit niedergelegten Grundsätze permanent durch Ausnahmetatbestände durchbrochen werden, weswegen sich die Frage aufdrängt, warum man

Grenzüberschreitende gemeinnützige Tätigkeit, 2004; *Kube*, Die Zukunft des Gemeinnützigkeitsrechts in der europäischen Marktordnung, IStR 2005, 469; *Benicke*, Europäische Einflüsse, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch des Gemeinnützigkeitsrechts, 2. Aufl. 2005, § 23.

- 20 Vgl. etwa *Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts*, 1988, S. 80 ff., 231 ff.; Sondervotum *Isensee/Knobbe-Keuk*, ebd., S. 331 (393 f.); *Geserich*, Das Spendenrecht, in: Jachmann (Hrsg.), *Gemeinnützigkeit*, DStJG 26 (2003), S. 245 (249 f.); *Bertelsmann Stiftung/Maecenata Institut für Dritter-Sektor-Forschung* (Hrsg.), Expertenkommission zur Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts. Materialien, 1999, S. 68, 70 ff.; *Maecenata Institut*, Organisationen der Zivilgesellschaft und ihre Besteuerung. Vorschlag für eine grundlegende Reform des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Opusculum Nr. 19, September 2005, S. 11, 17.
- 21 Vgl. einen ähnlichen rechtsvergleichenden Ansatz bei *Mock*, Reformbedarf im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht vor dem Hintergrund der Besteuerung gemeinwohlorientierter Organisationen und bürgerschaftlichen Engagements in Großbritannien und Frankreich, 2005; zur Funktion von Steuerrechtsvergleichung allgemein *Bayer*, Die Rechtsvergleichung – eine terra incognita des deutschen Steuerrechts, in: FS Bachof, 1984, S. 245 ff.; *Waldhoff* (Fn. 4), S. 12 ff.
- 22 *Braun*, Die steuerpflichtige und gemeinnützige Stiftung aus der Betrachtung zweier Rechtsordnungen, 2000, S. 99. Vgl. zu Gründen für die einfachere Struktur vieler schweizerischer Steuergesetze *Waldhoff* (Fn. 4), S. 6 f., 176 f.

nicht mit wenigen Normen ein »unreguliertes« Wechselwirkungsspiel veranstaltet als mit vielen Normen eine »hochregulierte« Grundsatz-/Ausnahme-Relation.«²³

II. Die Rechtsquellsituation im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht

Wie einleitend dargelegt soll unter Regelungsstruktur vorrangig die Aufteilung der Norminhalte auf die unterschiedlichen Rechtsquellenebenen verstanden werden. Im *Grundgesetz* und in den *Landesverfassungen* finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen zur steuerlichen Gemeinnützigkeit. Auf der Ebene des förmlichen Parlamentsgesetzes enthält die AO in ihren §§ 51 bis 64 Regelungen zum Gemeinnützigkeitsrecht. Nach § 51 AO sind die Vorschriften anwendbar, wenn ein Gesetz eine Steuervergünstigung gewährt, weil eine Körperschaft gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt. In gewisser Weise enthält die AO – ohne daß dort formellgesetzlich die Gemeinnützigkeitszwecke abschließend definiert wären – so einen Allgemeinen Teil des Gemeinnützigkeitsrechts, auf den – mehr oder weniger direkt – das Spendenrecht Bezug nimmt²⁴: § 52 Abs. 1 AO enthält eine Definition der gemeinnützigen Zwecke in Form einer konkretisierungsbedürftigen Generalklausel²⁵, verbunden mit Ausschlußkriterien; in Abs. 2 derselben Norm werden Regelbeispiele aufgeführt; § 53 AO definiert die mildtätigen und § 54 AO die kirchlichen Zwecke. Gegenstand von § 55 AO ist die Selbstlosigkeit, des § 56 AO die Ausschließlichkeit und des § 57 AO die Unmittelbarkeit. Der folgende § 58 AO zählt die Fälle auf, in denen trotz anderweitiger Betätigung eine Steuervergünstigung nicht ausgeschlossen ist. Die §§ 59 bis 63 statuieren die Anforderungen an Satzung, Vermögensbindung und Geschäftsführung; es folgen Normen über wirtschaftliche Geschäfts- und Zweckbetriebe sowie einige Sondervorschriften.

Auf der Ebene des *formellen Parlamentsgesetzes* finden sich auch die Regelungen der Steuerbefreiungen: Nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen, von der Körperschaftsteuer befreit. § 3 Abs. 1 Nr. 12 VStG befreit gemeinnützige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen von der – zur Zeit ohnehin nicht mehr erhobenen – Vermögensteuer. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG sind Zuwendungen an gemeinnützige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen von der Erbschaftsteuer befreit. Darüber hinaus unterfallen nach § 13 Abs. 1 Nr. 16 a ErbStG auch Zuwendungen an Religionsgesellschaften mit Körperschaftsstatus (Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG) nicht dem Erbschaftsteuergesetz. Nach lit. c der Norm findet eine Erstreckung auf bestimmte aus-

23 *Braun* (Fn. 22), S. 261 f.; vgl. zu der schweizerischen Legislationstechnik der »bewußten Unvollständigkeit« im Kontrast zu deutschem Regelungsperfektionismus anhand anderer Beispiele *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 268 ff.

24 *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 20, Rdnr. 1.

25 *Schaubhoff*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Gemeinnützigkeitsrechts*, 2. Aufl. 2005, § 5, Rdnr. 25.

ländische Begünstigte statt. Die Steuerbefreiung für die Grundsteuer findet sich in § 3 Abs. 1 Nr. 3 GrStG, die Ziffern 4 bis 6 derselben Norm treffen Regelungen für den Grundbesitz von Religionsgesellschaften. Auch das Umsatzsteuerrecht regelt Steuerbefreiungen für gemeinnützige Tätigkeiten (§ 4 Nr. 18 UStG für die freie Wohlfahrtspflege; Nr. 25 für Leistungen der Träger öffentlicher Jugendhilfe; Nr. 26 für ehrenamtliche Tätigkeit). Nach § 4a UStG ist auf Antrag der gemeinnützigen Vereinigung eine Umsatzsteuervergütung unter bestimmten Voraussetzungen zu gewähren.

Unterhalb der Ebene des formellen Parlamentsgesetzes verweist § 48 EStDV als auf der Verordnungsermächtigung des § 51 Abs. 1 Nr. 2 EStG beruhende *Rechtsverordnung* für die Begriffe der Gemeinnützigkeit auf die Vorschriften der §§ 51 bis 68 AO. Darüber hinaus führt Anlage 1 zu § 48 EStDV die als besonders förderungswürdigen gemeinnützigen Zwecke auf.

Auf der Ebene von *Verwaltungsvorschriften* ist zunächst der Anwendungserlaß zur AO anzuführen, der weitere Konkretisierungen enthält²⁶. Zu § 52 AO wird u.a. ausgeführt, daß ein Verein, dessen Tätigkeit in erster Linie seinen Mitgliedern zugute kommt, die Allgemeinheit fördert, wenn die Mitgliedsbeiträge und Mitgliedsumlagen zusammen im Durchschnitt 1023 € je Mitglied und Jahr und die Aufnahmegebühren für die im Jahr aufgenommenen Mitglieder im Durchschnitt 1534 € nicht übersteigen. Die Nr. 2 bis 15 der Verwaltungsvorschrift zu § 52 AO führen einzelne Körperschaften auf und untersuchen das Vorliegen einer Förderung der Allgemeinheit bei ihnen.

Die Regelungsstruktur des dem Gemeinnützigkeitsrecht teilweise komplementären *Spendenrechts*²⁷ findet ihr Zentrum in § 10b EStG²⁸, der den gemeinnützigen Sonderausgabenabzug von Ausgaben zur Förderung mildtätiger, kirchlicher, religiöser, wissenschaftlicher und der als besonders förderungswürdig anerkannten gemeinnützigen Zwecke in der Rechtsfolge und der Höhe nach regelt. Darüber hinaus bestimmt § 10b Abs. 3 EStG als »verdeutlichende Vorschrift«²⁹, daß auch Wirtschaftsgüter unter die abzugsfähigen Ausgaben fallen. Die Voraussetzungen des Sonderausgabenabzugs in diesen Fällen sind im Einkommensteuergesetz nur grundsätzlich vorgegeben, denn die förderungswürdigen Zwecke finden sich in der AO, die – wie erwähnt – insofern einen Allgemeinen Teil des Gemeinnützigkeitsrechts enthält³⁰. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG regelt die Höhe der abziehbaren Aufwendungen im Rahmen der Körperschaftsteuer bei Ausgaben für gemeinnützige Zwecke. § 9 Nr. 5 GewStG ordnet eine Kürzung des Gewinns und der Hinzurechnungen um die aus den Mitteln des Gewerbebetriebs geleisteten gemeinnützigen Ausgaben an.

26 Vgl. zur gültigen Fassung, BMF, Schr. v. 10.9.2002 – IV C 4 – S 0171 – 93/02, BStBl. I 2002, 867, *Hüttemann*, Der neue Anwendungserlass zum Gemeinnützigkeitsrecht (§§ 51 bis 68 AO), FR 2002, 1337; *Stahlschmidt*, Die Änderungen des Anwendungserlasses zur AO zum Gemeinnützigkeitsrecht, BB 2003, 665.

27 *Hüttemann*, Grundprinzipien des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts, in: Jachmann (Hrsg.), Gemeinnützigkeit, DStJG 26 (2003), S. 49 (51): direkte Steuerentlastung und Spendenabzug als »Teil eines einheitlichen organisationsgebundenen Förderkonzepts«.

28 Ergänzt durch § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG und § 9 Nr. 5 GewStG. Die Regelungen zu den Parteispenden in § 10b Abs. 2 und in § 34g EStG bleiben im folgenden außer Betracht.

29 *Geserich*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 165. Lfg. Mai 2006, § 10b, Rdnr. A 20.

30 *Geserich* (Fn. 29), Rdnr. A 286.

§ 10b EStG wird durch untergesetzliche Normen nicht nur konkretisiert, sondern auch inhaltlich modifiziert³¹. Insofern wird er als eine auf Vervollständigung angelegte Grundsatz- oder Ausgangsnorm³² angesehen. Wesentliche Tatbestandsvoraussetzungen des Spendenabzugs ergeben sich – nach mehrfach geänderter Rechtslage – nun aus den §§ 48 bis 50 EStDV, während die einschlägigen Verwaltungsvorschriften R 111 und R 113 der EStR nurmehr Detailprobleme erfassen³³. Bedeutsam sind demgegenüber andere BMF-Schreiben³⁴.

III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Regelungsstruktur

Die Frage nach verfassungsrechtlichen Maßstäben zur Regelungsstruktur des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts bietet zwei Ansatzpunkte, die untereinander wiederum Berührung besitzen: Die verfassungsrechtliche Zuordnung der Normebenen im »Stufenbau der Rechtsordnung« und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtsquellenlehre; damit zusammenhängend – aber nicht identisch – die Frage nach verfassungsrechtlichen Vorgaben für Verständlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Normregelungen. Hinsichtlich der Rechtsquellenlehre sind zu unterscheiden: die Ebene der Verfassung selbst, die zentrale Ebene des Parlamentsgesetzes, die Bereiche delegierter Normsetzung sowie die Verwaltungsvorschriften.

1. Verfassungsvorbehalte im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht?

Das Rechtsinstitut der Gemeinnützigkeit hat – erst in jüngerer Zeit herausgearbeitete – verfassungsrechtliche Grundlagen, Grenzen und Prämissen³⁵: Die Steuergleichheit ist betroffen, wenn bestimmte Mittelverwendungen zur Steuerfreiheit führen; das

31 *Geserich* (Fn. 29), Rdnr. A 290.

32 *Geserich* (Fn. 29), Rdnr. A 286; zur Unvollständigkeit auch *Hüttemann*, Die Neuregelung des Spendenrechts, NJW 2000, 638.

33 *Geserich* (Fn. 29), Rdnr. A 285 f., A 313 ff.; *Hüttemann* (Fn. 32), S. 639.

34 *Scheiben* betr. steuerliche Anerkennung sogenannter Aufwandsspenden an gemeinnützige Vereine (§ 10b Abs. 3 Satz 4 und 5 EStG); Aufwandsersatzansprüche gemäß § 670 BGB; Schreiben betr. Spendenbestätigungen bei Zuwendungen an unmittelbar spendenempfangsberechtigte steuerbegünstigte Körperschaften und bei Durchlaufspenden; Datum des Bescheid bzw. der Bescheinigung über die Steuerbegünstigung der Empfängerkörperschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG.; Neuordnung der untergesetzlichen Regelungen des Spendenrechts – Ausgestaltung der Muster für Zuwendungsbestätigungen.

35 Vgl. nur *Isensee*, Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes, in: *Maurer* (Hrsg.), FS Dürig, 1990, S. 33 ff.; *Seer*, Gemeinwohlzwecke und steuerliche Entlastung, in: *Jachmann* (Hrsg.), Gemeinnützigkeit, DStJG 26 (2003), S. 11 ff.; *Waldhoff*, Brauchen wir ein Steuergeheimnis für gemeinnützige Organisationen? in: *Walz* (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, 2004, S. 157 ff.; *Schaubhoff*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl. 2005, Einleitung, Rdnr. 38 ff.; vgl. allgemeiner jetzt auch *Reuter*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des bürgerschaftlichen Engagements, 2005.

Recht des Staatshaushalts ist betroffen, sofern gemeinnützige Steuervergünstigungen in Form von Verschonungssubventionen zur Haushaltsflüchtigkeit und verminderter parlamentarischer Kontrolle führen³⁶. Gleichwohl enthält das Grundgesetz kein Gemeinnützigkeitsrecht auf Verfassungsebene. Es greift hier auch kein Verfassungsvorbehalt³⁷: Die Entscheidung des Steuergesetzgebers, steuerrechtliche Gemeinnützigkeitstatbestände zu schaffen und die Abzugsfähigkeit von Spenden einzuräumen ist als solche eine freie politische Entscheidung, nicht die Erfüllung eines Verfassungsauftrags³⁸. Entscheidet sich der (Steuer-)Gesetzgeber dafür, begibt er sich damit allerdings in steuerverfassungsrechtliche Bindungen³⁹. Diese sind im Grundgesetz jedoch – anders als in anderen verfassungsgeschichtlichen Epochen – kaum mehr explizit niedergelegt, sondern werden in Wechselwirkung zwischen Verfassungsrechtsprechung und Staatsrechtslehre als »ungeschriebenes Finanzrecht des Grundgesetzes« entwickelt⁴⁰.

Allerdings enthält das Landesverfassungsrecht als Folge der grundsätzlichen Kulturhoheit der Länder Kulturförderungsklauseln⁴¹. Diese sind sprachlich als an das Land und seine Kommunen gerichtete Förder- und Schutzklauseln ausgestaltet. Sie können in der Regel jedoch schon deshalb keine Direktiven für das Steuerrecht bilden, da die Steuergesetzgebungshoheit weitgehend beim Bund zentralisiert ist⁴².

2. Gesetzesvorbehalt

Der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung fordert als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips im Bereich des Abgabewesens, »daß steuerbegründende Tatbestände so bestimmt sein müssen, daß der Steuerpflichtige die auf ihn entfallende Steuer vorausberechnen kann«⁴³. Der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung bringt als bereichsspezifische Ausprägung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes für das Steuerrecht die besondere Gesetzesgebundenheit dieses Rechtsgebiets auf den Begriff⁴⁴. Er hat seinen Grund in der Belastungswirkung des staatlichen

36 Zu der daraus resultierenden Folgerung erhöhter Transparenz und verstärkter Kontrolle im Dritten Sektor Waldhoff (Fn. 35), S. 157 ff.

37 Begriff nach Isensee, Vorbehalt der Verfassung, FS Leisner, 1999, S. 359.

38 Paul Kirchhof, Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung, in: Jachmann (Hrsg.), Gemeinnützigkeit, DStJG 26 (2003), S. 1 (5).

39 Für ein hier strengeres Folgerichtigkeitsgebot als im »normalen« Steuerrecht Kirchhof (Fn. 38), S. 6.

40 Begriffsprägung durch Vogel, Das ungeschriebene Finanzrecht des Grundgesetzes, in: GS Martens, 1987, S. 265.

41 Art. 18 LVerf NRW; Art. 140 BayVerf.; Art. 16 LVerf Mecklenburg-Vorpommern; Art. 40 LVerf Rheinland-Pfalz; Art. 34 Saarl.Verf.; Art. 11 Sächs.Verf.; Art. 36 LVerf Sachsen-Anhalt; Art. 9 Schleswig-Holsteinische Verf.; Art. 30 Thüringer Verf.; vgl. allgemein zu der Beziehung Verfassung – Kultur Richter, Verfassungsrechtliche Grundlegung kultureller Organisation, in: Walz u.a. (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2004, S. 83 ff.

42 Vgl. statt aller nur Waldhoff (Fn. 4), S. 41 ff., 78 ff.

43 BVerfGE 19, 253 (267); 34, 348 (365); 49, 343 (362).

44 Ausführlicher m.w.N. Vogel/Waldhoff, in: Dolzer/Vogel/Graßhoff (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 121. Lfg. Juni 2006, Vorb. zu

Steuerzugriffs sowie im Budgetrecht des Parlaments und sichert somit einerseits als Kompetenzvorschrift das Bestimmungsrecht des Gesetzgebers, andererseits dient er der Absicherung grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit⁴⁵. Nach ganz überwiegender Auffassung gelten für das Steuerrecht strenge Anforderungen; in den Worten des Bundesverfassungsgerichts »lebt« das Steuerrecht »aus dem Diktum des Gesetzgebers«⁴⁶. Begründungsansätze und Intensität der Gesetzesbindung schwankten dann in der nachfolgenden Rechtsprechung⁴⁷. Strenge Anforderungen der Gesetzesgebundenheit des Steuerrechts ergeben sich aus der fehlenden Vorgezeichnetheit des steuerlichen Zugriffs in der Wirklichkeit. Zweck der Steuernormen – zumindest soweit Lenkungsnormen ausgeklammert bleiben – ist die Sicherstellung des staatlichen Finanzbedarfs. Diese Aufbringung von Finanzmitteln ist zwar ein Zweck, aber kein konkreter; er kann weder die Ausgestaltung der Steuergesetze noch deren Ausführung strukturieren. Soll die verfassungsrechtlich vorgegebene Gewichtsverteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung gewahrt bleiben, muß die Verwaltung im Steuerrecht stärker auf das Gesetz und seinen Wortlaut verwiesen sein⁴⁸. Die Anforderungen an die hinreichende Konkretisierung des Steuergesetzes haben andererseits jedoch zu berücksichtigen, daß das Wesentliche der Regelung nicht zwingend ausdrücklich, sondern nur auslegungsfähig zu normieren ist, die allgemeinen Aussagen der Gesetzesnorm also auf den konkreten Fall bezogen und weitergedacht werden können: »Dabei können verfassungsrechtlich vorgegebene oder einfachgesetzlich begründete Prinzipien sowie die Sachstrukturen des erfaßten Lebensbereichs als Leitlinien der Normkonkretisierung eine Brücke – vom interpretationsbedürftigen abstrakten Gesetzestext zum konkreten Fall schlagen, mit deren Hilfe auch sprachlich weit gefaßte Gesetze eindeutig bestimmt werden können.«⁴⁹ In jedem Fall wäre es verfassungsrechtlich unzulässig, wenn die formalgesetzliche Steuernorm nur einen Regelsteuerbestand benennt, die Verschonungstatbestände demgegenüber untergesetzlich festgelegt wären. Steuerbefreiungen und Steuerermäßigungen sind daher grundsätzlich durch Parlamentsgesetz zu bestimmen⁵⁰.

3. Delegierte Rechtsetzung

Bei der Anwendung des Tatbestandsmäßigkeitssatzes auf den Bereich delegierter Rechtsetzung im Steuerrecht lehnt das Bundesverfassungsgericht einen Parla-

Art. 104a–115, Rdnr. 479 ff. (= *dies.*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rdnr. 479 ff.).

45 Paul Kirchhof, Staatliche Einnahmen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 1990, § 88, Rdnr. 41 f.; Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 40 ff., 257 ff.

46 BVerfGE 13, 318 (328) unter Hinweis auf Ottmar Bühler/Georg Stricker, Steuerrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1960, S. 658.

47 Darstellung bei Vogel/Waldhoff (Fn. 44), Rdnr. 476 ff.

48 Näher Vogel/Waldhoff (Fn. 44), Rdnr. 481.

49 Seiler (Fn. 45), S. 295 ff.; ders. (Fn. 10), Rdnr. B 49.

50 Vgl. etwa Papier, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 119.

mentensvorbehalt ab⁵¹. Die entscheidende Frage ist dann, welche Elemente des Steueratbestands von der formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage geregelt werden müssen und welche der untergesetzlichen Normstufe überlassen bleiben dürfen. Im Bereich der Steuerrechtsetzung mittels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage und ausführender Rechtsverordnung, d.h. im Bereich der Rechtsetzung durch die Exekutive als Ausfluß des Prinzips der Dekonzentration der Staatsgewalt⁵², steht mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ein spezieller verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab zur Verfügung, der entsprechend strenge Anforderungen stellt: »Ein Gesetz, das eine Steuer einführt und es dem Verordnungsgeber überläßt, das für sie Wesentliche zu bestimmen, verstößt gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich, daß die Ermächtigung an den Verordnungsgeber so bestimmt sein muß, daß schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und vorhersehbar sein muß, was von dem Bürger gefordert werden kann.«⁵³

4. Verwaltungsvorschriften

Steuerliche Verwaltungsvorschriften – sei es in Form von Besteuerungsrichtlinien, sei es als sonstige Erlasse und Verfügungen der Finanzverwaltung – fördern in der Rechtsanwendungspraxis wenig bestimmter Steuerrechtsnormen die Rechtssicherheit: Im Fall ihrer Regelanwendung entsteht insoweit Vertrauensschutz für den Bürger⁵⁴. Gleichwohl werden sie von der h.M. als bloße Innenrechtssätze qualifiziert, die keine Bindung für die Finanzgerichte erzeugen⁵⁵. Nach der Rechtsquellenlehre vermögen sie nicht einen zu unbestimmten Eingriffstatbestand zu konkretisieren, in ihrer dauerhaften und flächendeckenden Anwendung entlasten sie gleichwohl die Rechtsanwendung bei tatbestandlicher Unbestimmtheit.

5. Normenklarheit als rechtsstaatliches Postulat

Unklarheit und Unverständlichkeit steuerrechtlicher Normen müssen nicht aus einer verfehlten vertikalen Regelungsstruktur resultieren. Steuergesetze können – wie alle Gesetze – auch aus sich heraus unverständlich sein; die Formulierung kann perplex oder einfach nur schwer verständlich sein, »ungelenk«, wie der eingangs zitierte schweizerische Beobachter es formuliert⁵⁶. In der Diskussion um die Frage verfassungsrechtlicher Reaktionen auf unklare und unverständliche Steuergesetze sollten

51 BVerfGE 16, 64 (77); 21, 54 (60 f.).

52 *Ossenbühl* (Fn. 7), Rdnr. 33; zu dem entsprechenden Problem im Bereich der Satzungs Gewalt, d.h. der Dezentralisation von Staatsgewalt näher *Waldhoff*, Satzungsautonomie und Abgabenerhebung, in: FS Vogel, 2000, S. 495 ff.

53 BVerfGE 7, 282 f.

54 Näher *Waldhoff*, Vertrauensschutz im Steuerrechtsverhältnis, in: Pezzer (Hrsg.), Vertrauensschutz im Steuerrecht, 2004, S. 129 (146 f.).

55 BVerfGE 78, 214 (227); *Lang*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 5, Rdnr. 20 ff.

56 Oben Fn. 22.

drei – allerdings untereinander wiederum zusammenhängende – Ebenen auseinandergehalten werden⁵⁷:

- Folgerungen aus dem allgemeinen Begriff und der Funktion des Rechts⁵⁸;
- die verfassungsrechtliche Ebene mit (konkreten) verfassungsrechtlichen Maßstäben;
- die Ebene des einfachen Rechts, d.h. der einfachen Steuergesetze.

Unterschieden werden kann dabei die Verständlichkeit, Bestimmtheit und Klarheit einzelner, isoliert betrachteter Normen oder diejenige ganzer Normenkomplexe⁵⁹. Bei der Frage nach der Bewertung der Regelungsstruktur des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts ist von vornherein der zweite Bezugspunkt zu wählen.

Versteht man die Rechtsordnung als Kommunikationsmedium, Gesetzgebung als Kommunikation zwischen Normgeber und Adressat, wobei das Gesetz Informationen und Befehle an die Adressaten weiterleitet⁶⁰, ergeben sich schon hieraus Mindestanforderungen an Aufbau und Verständlichkeit und damit letztlich auch an die Regelungsstruktur im hier verwendeten Sinne. Diese Bestimmtheits- und Klarheitsanforderungen folgen unmittelbar »aus dem Wesen des Rechts«⁶¹ oder aus dem »Rechtsgedanken«⁶². Andererseits ist zu bedenken, daß das Gesetz in seiner Generalität als Regel für eine Vielzahl von Fällen Distanz zu der Individualität und Besonderheit des Einzelfalls wahr⁶³. Mit anderen Worten: Jede gesetzliche Regel muß verallgemeinern⁶⁴. Die Schwierigkeit besteht auf dieser Ebene darin, diese vergleichsweise abstrakten Anforderungen in konkrete verfassungsrechtliche Maßstäbe zu gießen; dies ist bisher – soweit ersichtlich – nicht gelungen. Immerhin hat inzwischen –

57 Das Folgende in Anlehnung an *Waldhoff* (Fn. 4), S. 135 ff.; *Vogel/Waldhoff* (Fn. 44), Rdnr. 486 ff.

58 Vgl. etwa *Osterlob*, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, 1992, S. 109 f.; vgl. jedoch ebendort, S. 110: »Gesetzliche Bestimmtheit verkörpert ... keinen Rechtswert an sich. Ein möglichst hohes Maß an Bestimmtheit stellt keine eigenständige Maxime des Verfassungsrechts oder nur des verfassungspolitisch Wünschenswerten dar, die für sich genommen anderen Verfassungsmaximen gegenüberzustellen und etwa mit dem Ziel »praktischer Konkordanz« zu optimieren wäre.«

59 Bezogen auf die Gesetzesdelegation *Seiler* (Fn. 10), Rdnr. B 80.

60 Allgemein der theoretische Ansatz von *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977; ferner *Jaspersen*, Über die mangelnde Verständlichkeit des Rechts für den Laien, Diss. iur. Bonn 1998; für das Steuerrecht *Jachmann* (Fn. 5), S. 15; *Isensee*, Vom Beruf unserer Zeit für Steuervereinfachung, *StuW* 1994, S. 3 (6); im Sinne einer ökonomischen Analyse *Ent*, Gesetzgebungsökonomie, in: *Öhlinger* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, 1982, S. 50 (66 ff.).

61 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 829; *Papier/Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, *AöR* 122 (1997), S. 177 (181 f.).

62 *Vogel*, Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, in: *Friauf* (Hrsg.), Steuerrecht und Verfassungsrecht, 1989, S. 123 (132); *Isensee*, Staat im Wort. Sprache als Element des Verfassungsstaates, in: *Ipsen* (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 571 (581) unter Bezugnahme auf das Demokratieprinzip.

63 *Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, *VVDStRL* 40 (1982), S. 63 (66 f.); *Kirchhof* (Fn. 38), S. 10.

64 *BVerfGE* 82, 126 (151); *Paul Kirchhof*, Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Steuervereinfachung, in: *FS Meyding*, 1994, S. 3 (9).

wenn auch beiläufig – das Bundesverfassungsgericht die prinzipielle Bedeutung des Postulats erkannt. In seinem Beschluß zur Steuerfreiheit des Familienexistenzminimums vom 10. November 1998 hat der Zweite Senat bei der Formulierung des Reformauftrags an den Steuergesetzgeber unter Anknüpfung an eine frühere Entscheidung⁶⁵ Stellung bezogen: »Das rechtsstaatliche Gebot der Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit der Steuerlasten und die Besteuerungsgleichheit fordern eine Einfachheit und Klarheit der gesetzlichen Regelungen, die dem nicht steuerrechtskundigen Pflichtigen erlauben, seinen – strafbewehrten (§ 370 AO) – Erklärungspflichten sachgerecht zu genügen.«⁶⁶

Neben den aus dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes bzw. aus den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten folgenden Bestimmtheitsanforderungen ist ein allgemeines verfassungsrechtliches Bestimmtheits- und Normenklarheitsgebot anzuerkennen⁶⁷. Im Bereich der Ausgabenseite staatlicher Finanzwirtschaft haben sich mit den verfassungskräftigen Haushaltsgrundsätzen ausdrückliche Anforderungen an Klarheit und Bestimmtheit der Ansätze erhalten. Während der Weimarer Epoche wurden entsprechende Postulate für Steuergesetze gelegentlich aus Art. 134 WRV hergeleitet⁶⁸. Heute kann das Rechtsstaatsprinzip als Auffangbecken fruchtbar gemacht werden⁶⁹. Hier können dann auch die Ergebnisse der gerade dargestellten ersten Ebene von Bestimmtheits- und Klarheitspostulaten normativ festgemacht werden. Dem entspricht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Bestimmtheitsanforderungen jenseits des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes⁷⁰. Unmittelbare Justiziabilität dieser Postulate besteht aber wohl noch nicht⁷¹.

Die notwendige Konkretisierung der Maßstäbe muß die Sachgesetzlichkeiten und Sachstrukturen des betroffenen Regelungsbereichs berücksichtigen: »Die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots im einzelnen richten sich nach der Intensität der Einwirkung und nach den Sachstrukturen des Regelungsbereichs«⁷²; d.h., es sind

65 BVerfGE 96, 1 (6 f.).

66 BVerfGE 99, 216 (243).

67 A.A. etwa *Osterlob* (Fn. 58), S. 109 ff.; wie hier *Kloepfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685 (691); *Lehner*, Zur Bestimmtheit von Rechtsnormen – am Beispiel einer Entscheidung des Österreichischen VerFGH, NJW 1991, S. 890 (892); offenlassend *Papier/Möller* (Fn. 61), S. 182 f.; eigenständig mit ausschließlich grundrechtlicher Begründung *Kreppel*, Persönlichkeitsrecht und Abgabepflicht. Das Tatbestandsmäßigkeitprinzip und die Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers, in: FS von Simson, 1983, S. 119 ff.

68 Näher *Oechsle*, Die steuerlichen Grundrechte in der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte, 1993, S. 155 f. m.w.N.

69 *Isensee* (Fn. 60), S. 6, sieht die Einfachheit der Besteuerung als Verfassungsvoraussetzung und damit »nicht eigentlich [als] Bestandteil der Verfassung«.

70 Nachweise bei *Lehner* (Fn. 67), 891 und bei *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 396 ff., der selbst jedoch eine andere Position vertritt (vgl. ebd., S. 400 f.).

71 Vgl. jedoch den Ansatz bei *Papier/Möller* (Fn. 61), S. 198 ff.

72 *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 26, Rdnr. 60. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt dieses Postulat bereits seit längerem in seiner Rechtsprechung zu den Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, vgl. nur BVerfGE 62, 203 (210); weitere Nachweise bei *Seiler* (Fn. 10), Rdnr. B 4.

sachbereichsspezifische Strukturen von Bestimmtheitsstandards zu entwickeln⁷³. Die im Gesetz angeschlagene Regelungshöhe kann nicht beliebig außer acht gelassen werden⁷⁴. In der Literatur wird das systemverträgliche Gesetz im Sinne einer »inner- und zwischengesetzlichen sachlichen Verträglichkeit« gefordert⁷⁵. Der Zielkonflikt zwischen Bestimmtheit und Verständlichkeit ist dabei stets sachbereichsspezifisch aufzulösen. Insbesondere die Konturenarmut des Steuerrechts stellt besondere Anforderungen an Bestimmtheit und Verständlichkeit der Steuergesetze⁷⁶.

IV. Legistische und ökonomische Maßstäbe steuerrechtlicher Regelungsstrukturen

Nach richtiger Ansicht gehören ein optimaler Stil und eine optimale Methodik der Gesetzgebung nicht zu den verfassungsrechtlichen Postulaten unserer Rechtsordnung⁷⁷. Der Gesetzgeber hat inhaltlich mit dem Grundgesetz konforme Normen in einem ordnungsgemäßen äußeren Gesetzgebungsverfahren zu erlassen⁷⁸. Der Rest ist Stil⁷⁹ und Politik. Sofern auch eine Verfassungspflicht zu verständlichen, klaren, systemverträglichen Gesetzen postuliert wird, fehlt es zumindest an operationablen Maßstäben zur Anwendung und Umsetzung jenseits der eingeführten verfassungsrechtlichen Kategorien⁸⁰. Gleichwohl beschäftigt sich die Gesetzgebungslehre mit der »richtigen Gesetzgebung« auch jenseits verfassungsrechtlicher Forderungen⁸¹.

Die Regelungsstruktur des deutschen Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts hat in einem weiteren Sinne auch eine ökonomische Dimension⁸². Zu Recht geht etwa

73 *Waldhoff* (Fn. 4), S. 138.

74 Vgl. in etwas anderem Zusammenhang *Müller*, Die Einführung neuer Rechtsnormen in die bestehende Rechtsordnung, in: *Trappe/Eichenberger u.a.*, Grundfragen der Rechtssetzung, 1978, S. 369 ff.

75 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 108 ff.

76 *Paul Kirchhof*, Steuergleichheit durch Steuervereinfachung, in: *Fischer* (Hrsg.), Steuervereinfachung, DStJG 21 (1998), S. 9 (11).

77 Vgl. *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109); *Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63 (89); differenziert *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 777 ff.

78 Sehr klar *Merten* (Fn. 16), etwa gegen *Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: *FS Ipsen*, 1977, S. 173 ff.

79 Vgl. statt anderer *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 423 ff.

80 Daran leidet die verdienstvolle Arbeit von *Burghart* (Fn. 75), der eine »Verfassungspflicht zum guten Gesetz« postuliert und dann das Gesetzgebungsverfahren und die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle zu deren Durchsetzung ins Spiel bringt, jedoch letztlich keine präzisen Aussagen zum verfassungsrechtlichen Maßstab trifft.

81 Grundlegend *Noll* (Fn. 23); zur Geschichte *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004, v. a. S. 287 ff.; für die europäische Ebene jetzt *Thomas M.J. Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 47 ff.; *von Danwitz*, Wege zur besseren Gesetzgebung in Europa, JZ 2006, 1.

82 Zur davon zu trennenden ökonomischen Funktion von Gemeinnützigkeit i. w. S. allgemein vgl. nur *Paqué*, Gemeinnützigkeit und Spendenrecht im deutschen Steuerrecht, in: *Ber-*

Rainer Hüttemann davon aus, daß die Unübersichtlichkeit und Verworrenheit des Spendenrechts die Spendenbereitschaft behindert⁸³. Auf einer anderen Ebene sind die volkswirtschaftlichen Transaktionskostenerhöhungen durch schwer anwendbare oder in ihren Aussagen unsichere Rechtssätze zu bedenken. Dies meint nicht nur die Steuererhebungskosten⁸⁴, die aus suboptimalen Normstrukturen resultieren können⁸⁵, sondern die allgemeine Belastung auch der Zensiten durch entsprechenden Beratungsaufwand, Rechtsunsicherheit u.ä.⁸⁶

V. Bewertung des geltenden Rechts und von Reformvorschlägen hinsichtlich der Regelungsstruktur

Die Bewertung des *geltenden Gemeinnützigkeitsrechts* führt hinsichtlich der Regelungsstruktur zu einem negativen Urteil: Während § 51 AO gleichrangig gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke unterscheidet, beziehen sich § 10b Abs. 1 EStG i.V.m. § 48 Abs. 1 EStDV auf mildtätige, kirchliche, religiöse, wissenschaftliche und gemeinnützige Zwecke. Die religiösen und wissenschaftlichen Zwecke, die hier gleichberechtigt auftauchen, sind in § 52 Abs. 2 AO den gemeinnützigen Zwecken untergeordnet. Gleichwohl verweist § 48 Abs. 1 EStDV auf die §§ 51 ff. AO⁸⁷. Der Gemeinnützigkeitsbegriff der AO wird als Generalklausel, als ausfüllungsbedürftiger Begriff erkannt. Alle diese wirklichen oder vermeintlichen Regelungsdefizite führen jedoch nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.

Im Bereich des *geltenden Spendenrechts* gehört es zu den sehr umstrittenen Fragen hinsichtlich seiner Regelungsstruktur, ob die Verordnungsermächtigung in § 51 Abs. 1 Nr. 2 lit. c EStG den (Bestimmtheits-)Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügt. Dem korrespondiert die Annahme, die grundsätzliche Spendenabzugsregelung in § 10b EStG sei tatbestandlich zu unbestimmt, da sie nicht abschließend die empfangsberechtigten Körperschaften und die »besonders förderungswürdigen« gemeinnützigen Zwecke aufführe. Entscheidend ist somit, daß der Gesetzgeber das »Was« der steuerlichen Förderung klar benennt, während die Details des »Wie« der

telmann Stiftung/Maecenata Institut für Dritte-Sektor-Forschung (Hrsg.), Expertenkommission zur Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts, 2. Aufl. 2000, S. 110 ff.; allgemein zur Steuerwirkungslehre in je eigenem Zusammenhang *Lehner/Waldhoff* (Fn. 8), Rdnr. A 725 ff.; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 254 ff.; zu dem Zusammenhang zwischen Rechtskomplexität und ökonomischen Folgen vgl. das Manifest von *Epstein*, Simple Rules for a Complex World, 1995.

83 *Hüttemann* (Fn. 32), S. 640; ähnlich *Maecenata Institut*, Organisationen der Zivilgesellschaft und ihre Besteuerung, Opusculum Nr. 19, September 2005, S. 11.

84 Klassisch *Adam Smith*, Der Wohlstand der Nationen, 5. Aufl. London 1789, in der Übersetzung von Recktenwald, 6. Aufl. 1993, S. 704 f.

85 Zu den Vollzugs- und Anwendungsproblemen des Gemeinnützigkeitsrechts in der Praxis *Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission* (Fn. 20), S. 80 ff.

86 Vgl. unter dem Schlagwort von der »ökonomischen Nachhaltigkeit« *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, S. 46 ff.

87 Zu dieser terminologischen Unabgestimmtheit *Tipke*, in: *Tipke/Kruse*, AO und FGO. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 108. Lfg. Nov. 2005, § 51, Rdnr. 5.

Förderung durch untergesetzlichen Regelungsschichten mitverantwortet werden mag⁸⁸. Eine beachtliche Ansicht in der Literatur nimmt hier Verfassungswidrigkeit an⁸⁹, während die Gegenansicht⁹⁰ im Einklang mit der Rechtsprechung⁹¹ keine durchschlagenden Bedenken hat. § 51 Abs. 1 Nr. 2 lit. c Fall 1 EStG ermächtigt die Bundesregierung, mittels Rechtsverordnung Vorschriften »über eine Beschränkung des Abzugs von Ausgaben zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke im Sinne des § 10b auf Zuwendungen an bestimmte Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen« einzuführen. Entstehungsgeschichtlich handelt es sich um eine »nachgeordnete« Delegationsnorm, da bereits eine entsprechende vorkonstitutionelle Verordnung bestand, die nicht die Voraussetzungen von Art. 80 GG zu beachten brauchte⁹². Die hinreichende Bestimmtheit wird man im geltenden Recht durch eine Zusammenschau von § 51 Abs. 1 Nr. 2 lit. c und § 10b EStG begründen können. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf zur Beurteilung der Bestimmtheit der Delegationsnorm auch deren normatives Umfeld mitherangezogen werden⁹³. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß das Programm durch eine Heranziehung der Zwecke, die in § 10b EStG deutlich werden, aus der Delegationsnorm selbst ersichtlich wird: Die Ermächtigung erlaubt es der Verwaltung, den Kreis der Spendenempfangsberechtigten enger zu ziehen, als es der Wortlaut des § 10b EStG erkennen läßt. Dies darf nur im Rahmen des in § 10b verdeutlichten Gesetzeszwecks, d.h. zur Absicherung des Gemeinwohlbezugs des Spendenrechts, geschehen. Die konkret vorgenommene Beschränkung rechtfertigt sich durch den Gedanken der Formalisierung, die es ermöglicht, den Gemeinwohlzweck einfacher festzustellen und die Mittelverwendung besser zu kontrollieren. Bezieht man nun die oben angedeutete Entstehungsgeschichte dieser Verordnungsermächtigung mit ein, so wird das gesetzliche Programm auf der Ebene des Parlamentsgesetzes (noch) hinreichend deutlich, die ausführende Verordnung erweist sich als gesetzeskonkretisierender Ausführungsakt⁹⁴. In den Worten des BFH: »Berücksichtigt man (i) die Entstehungsgeschichte, (ii) daß der jetzigen Regelung beispielhaft der Katalog der bisher anerkannten Zwecke zugrunde lag, (iii) die Schwierigkeit, für heterogene gemeinnützige Zwecke abstrakt generelle Kriterien für die besondere Förderungswürdigkeit zu formulieren und (iv)

88 Unterscheidung nach *Hüttemann*, Grundprinzipien des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts, in: Jachmann (Hrsg.), Gemeinnützigkeit, DStJG 26 (2003), S. 49 (50).

89 *Stolz*, Problematische Vorschriften über Spenden für gemeinnützige Zwecke, FR 1978, S. 475 (477 ff.); *Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission* (Fn. 20), S. 233, 235 f.; *Casser*, Die Ermächtigungen des § 51 Abs. 1 Einkommensteuergesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 80 Grundgesetz, 1990, S. 74 ff.; *Brandt*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuergesetz und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 220. Lfg. Dez. 2005, § 10b, Rdnr. 50.

90 *Seiler* (Fn. 10), Rdnr. C 110 ff.; *Geserich* (Fn. 29), Rdnr. A 297; *ders.* (Fn. 20), S. 249.

91 BFHE 110, 112 (114) = BStBl. II 1973, 850 (851); BFHE 173, 519 (524 ff.) = BStBl. II 1994, 683 (685 f.) = NJW 1995, 550; im Zusammenhang mit der steuerlichen Problematik von Parteispenden wurde die Regelung vom Bundesverfassungsgericht zumindest nicht beanstandet, vgl. BVerfGE 8, 51 (61 f.).

92 Vgl. näher *Seiler* (Fn. 10), Rdnr. C 112; zur Regelungsgeschichte auch BFH, BStBl. II 1994, 683 (685 f.).

93 Vgl. nur BVerfGE 8, 274 (307); 80, 1 (20 f.) und ständige Rspr.

94 *Seiler* (Fn. 10), Rdnr. C 113 f.

das Ziel der Regelung, dem Verordnungsgeber die Möglichkeit an die Hand zu geben, auf eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (z.B. der Förderungsbedürftigkeit oder der Dringlichkeit der Förderung einzelner gemeinnütziger Zwecke) flexibel reagieren zu können, genügte es, wenn der Gesetzgeber den Verordnungsgeber durch den Begriff der besonderen Förderungswürdigkeit zur Regelung der näheren Voraussetzungen ermächtigte.⁹⁵

Der zweite Fall, der in § 51 Abs. 1 Nr. 2 lit. c EStG angesprochen ist, gestattet exekutivischen Rechtsnormen, den Ausschluß des Abzugs von Mitgliedsbeiträgen anzuordnen. Inhaltlich geht es um die Abgrenzung zu sog. eigennützigen Mitgliedsbeiträgen, die nicht der ratio legis von § 10b EStG entsprechen und daher nicht die Anerkennung als besonders förderungswürdig verdienen. Die Gesetzesverdeutlichung durch Rechtsverordnung legitimiert sich aus der Vielgestaltigkeit der betroffenen Lebensvorgänge, die für den effektiven Verwaltungsvollzug der typisierenden Abschichtung bedürfen, da die Generellität des Gesetzes hier an Grenzen stößt⁹⁶. Die Verwirklichung in § 48 Abs. 4 EStDV verbleibt damit im traditionellen Anwendungsfall von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.

Zentral erscheint der dritte Fall der in Rede stehenden Verordnungsermächtigung, die Entscheidung »über eine Anerkennung gemeinnütziger Zwecke als besonders förderungswürdig«. Da die Gemeinnützigkeit im Rahmen des über § 1 Abs. 1 AO hier unmittelbar anwendbaren § 52 AO notwendigerweise ebenfalls vergleichsweise abstrakt definiert erscheint, dient auch hier die Verordnung der Detailkonkretisierung:

»Die Bundesregierung kann diesem Auftrag nachkommen, indem sie die anerkannten Zwecke in eine Liste aufnimmt, diese der Rechtsverordnung als Anhang beifügt und sie so an deren Normcharakter teilhaben läßt. Die konkret geförderten Empfänger Körperschaften kann sie entweder in dieser Liste benennen oder ihre Anerkennung im Einzelfall voraussetzen. Die so verstandene Delegation beläßt dem Verordnungsgeber nur die Entscheidung von Detailfragen und genügt deswegen dem Parlamentsvorbehalt.«⁹⁷

Die letztlich wertende Frage, ob der Gesetzgeber den entsprechenden Regelungsbereich selbst in Anspruch genommen hat und damit die Verordnung primär ausführenden Charakter besitzt, kann hier bejaht werden, denn in den Konkretisierungen der EStDV kommt insofern kein originärer politischer Gestaltungswille zum Ausdruck⁹⁸. Im Massenfallrecht der Besteuerung⁹⁹ kann die Verdeutlichung des letztlich entscheidenden Belastungsgrundes im formellen Parlamentsgesetz oft nur gewahrt bleiben, wenn die exakte Abgrenzung des tatbestandlichen Grenzfalls der untergesetzlichen Ebene überantwortet bleibt¹⁰⁰. Der größte Mißstand der Rechtslage bis Ende 1999, die Verlagerung der entsprechenden Entscheidungen durch § 48 Abs. 2 EStDV a.F. auf die Ebene der Steuerrichtlinien als Verwaltungsvorschriften, ist inzwischen beseitigt¹⁰¹.

95 BStBl. II 1994, S. 683 (686).

96 Seiler (Fn. 10), Rdnr. C 116.

97 Seiler (Fn. 10), Rdnr. C 119.

98 Kriterium nach BVerfGE 78, 249 (273).

99 Vgl. m.w.N. nur Waldhoff (Fn. 54), S. 144 ff.

100 Geserich (Fn. 29), Rdnr. A 296.

101 Vgl. Geserich (Fn. 20), S. 249 f.; hier hatte BFH, BStBl. II 1994, 683 (686 f.), zu Recht verfassungsrechtliche Zweifel angemeldet; vgl. dazu auch Hüttemann (Fn. 32), S. 638 f.; ders.,

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß die Regelungsstruktur des geltenden Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts in seiner Aufspaltung auf EStG, KStG, AO und weitere Steuergesetze sowie auf die drei Ebenen des Parlamentsgesetzes, der Rechtsverordnung und der Steuerrichtlinien zu einer beachtlichen Unübersichtlichkeit führt¹⁰², letztlich jedoch noch in der rechtlich nicht weiter faßbaren Zone zwischen gesetzgebungstechnischen Defiziten und klarer Verfassungswidrigkeit verbleibt. Die Bemühungen eines beachtlichen Teils der Lehre, als verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt zur Bereinigung dieser wenig erfreulichen Regelungssituation die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen als mit Art. 80 Abs. 1 GG unvereinbar und § 10b EStG als verfassungsrechtlich zu unbestimmt zu qualifizieren, wirken vor diesem Hintergrund wie die – durchaus nachvollziehbaren – Versuche, den fehlenden verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt für eine Gesamtbereinigung der Regelungsstruktur dieses Rechtsgebiets zu überspielen. Übersichtlichkeit und Normenklarheit, eine legistisch vernünftige Regelungsstruktur bleiben stets aufgegebenes Postulat jeder Rechtspolitik, sind verfassungsrechtlich als solches jedoch kaum erzwingbar.

In der *Reformdiskussion um das Gemeinnützigkeitsrecht* taucht gelegentlich der Vorschlag auf, um eine »dauerhafte Innovationsfähigkeit« dieses Rechtsgebiets und d.h. eine laufende Modernisierung der als gemeinnützig anerkannten Zwecke zu ermöglichen, solle eine unabhängige Kommission eingesetzt werden, »die in einem Prozeß ständiger Beratung anererkennungsfähige Zwecke überprüft«¹⁰³. Eine solche Verlagerung der Entscheidung auf ein wirklich oder vermeintlich pluralistisch zusammengesetztes Gremium betrifft die Regelungsstruktur des Gemeinnützigkeitsrechts nur mittelbar, müßten doch die Beschlüsse noch in geltende Rechtsnormen umgesetzt werden. Es stellte sich nicht nur die problematische Frage, wie die Gesetz- oder Verordnungsgeber rechtlich an diese »Empfehlungen« gebunden sein sollten; der Vorschlag erweist sich insgesamt als typisches Relikt deutscher Parlamentsferne und damit letztlich als Produkt einer obrigkeitstaatlichen Fachmannsidologie. Die richtige Erkenntnis, daß es stets eine genuin politische Frage darstellt, was als gemeinnützig anerkannt wird und was nicht, soll hier durch eine Scheinobjektivität verbrämt werden, die üblicherweise den einschlägigen Verbandsvertretern Mitspracherechte sichert. Die Nichtumsetzung zentraler Empfehlungen der unabhängigen Sachverständigenkommission aus den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts ist geradezu ein Musterbeispiel für den genuin politischen Charakter, die steuerliche Belastungsentscheidung – hier in Form der Entlastung – zu treffen¹⁰⁴. Die Kommission hatte mit beachtlichen, wenn letztlich wohl auch nicht zwingenden Argumenten u. a.

Thesen zur Reform des Spendenrechts, in: Bertelsmann Stiftung/Maecenata Institut für Dritte-Sektor-Forschung (Hrsg.), Expertenkommission zur Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts, 2. Aufl. 2000, S. 176; *Wolsztynski/Hüsgen*, Kritische Anmerkungen zur Reform des Spenden- und Stiftungssteuerrechts, BB 2000, 1809.

102 So bereits *Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts* (Fn. 20), S. 231.

103 *Bertelsmann Stiftung/Maecenata Institut für Dritte-Sektor-Forschung* (Hrsg.), Expertenkommission zur Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts, 2. Aufl. 2000, S. 51.

104 Vgl. etwa auch *Paqué* (Fn. 82), S. 113; *Hüttemann*, ebd., S. 178 ff.

den Sport als letztlich nicht gemeinnützigkeitstauglich qualifiziert¹⁰⁵. Der Gesetzgeber hat sich darüber in Verfolgung eines anderen Konzepts unter dem Schlagwort der »Vereinsförderung« hinweggesetzt. Rechtssystematisch mag man an der geltenden Abgrenzung Kritik üben, verfassungswidrig ist sie nicht. *Monika Jachmann* hat mit der gebotenen Klarheit solche Träume zurückgewiesen:

»Die Frage, was steuerlich als gemeinnütziger Zweck anzuerkennen ist mit der Folge reduzierter Steuerlast, ist nicht im Wege einer sozialwissenschaftlichen Gemeinwohldefinition zu beantworten. Es geht um eine Ersetzung der steuerfinanzierten staatlichen Gemeinwohlverwirklichung. Die Entscheidung hierüber obliegt dem parlamentarischen Gesetzgeber, dessen Vorgaben die Finanzverwaltung – tatbestandsgebunden – vollzieht (Art. 20 III GG).«¹⁰⁶

Erweist sich die Regelungsstruktur des geltenden Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht somit als (noch) nicht verfassungswidrig, legistisch jedoch verbesserungsbedürftig, sind die Chancen grundlegender Gesetzesreformen gerade in dieser Frage eher zurückhaltend zu beurteilen. Gleichwohl sind entsprechende Reformbemühungen der Wissenschaft und einschlägiger Verbände nicht nutzlos. Dies gilt auch, sofern es kurzfristig nicht zu einer Reform kommen sollte. *Andreas Voßkuhle* hat anhand der Kodifikationsidee die Bedeutung professoraler und außerministerieller Gesetzesreformatarbeit, die sich voraussichtlich nicht in geltenden Rechtsnormen wiederfinden wird, am Beispiel des Umweltgesetzbuchs aufgezeigt¹⁰⁷: Das behandelte Rechtsgebiet werde etabliert und konsolidiert; Vernetzungen verschiedener Regelungsschichten werden ermöglicht; die wissenschaftliche Behandlung mag Impulse für den politischen Prozeß generieren; das Prozeßhafte entsprechender Reformüberlegungen besitze Filter- und Sedimentationsfunktion, d.h. Überflüssiges könne erkannt und eliminiert werden, die Konzentration auf das Wesentliche werde gefördert. Nun können die Reformüberlegungen zum Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Umfang und Bedeutung nicht mit Kodifikationsbemühungen etwa im Bereich des Sozial- oder des Umweltrechts verglichen werden, erst recht nicht mit den großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts. Letztlich führt jedoch auch das Nachdenken über die Regelungsstrukturen dieses steuerrechtlichen Bereichs zu mehr Klarheit und mittel- bis langfristig zu einem besseren Recht.

105 Vgl. *Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts* (Fn. 20), 127 ff, S. 277 f.; vgl. auch *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2003, S. 834 ff.

106 Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, S. 189; ebenso *Walz*, Stiftungsreform in Deutschland. Stiftungssteuerrecht, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 197 (203); *Seer* (Fn. 35), S. 44 f.

107 Kodifikation als Prozeß. Zur Bedeutung der Kodifikationsidee in heutiger Zeit unter besonderer Berücksichtigung der Arbeiten an einem Umweltgesetzbuch, in: *Schlosser* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896 – 1996, 1997, S. 77 ff.

VI. Zusammenfassung

Das deutsche Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht ist durch eine unübersichtliche Regelungsstruktur gekennzeichnet. Die Tatbestände sind innerhalb einer Normschicht auf verschiedene Paragraphen verstreut. Mehrere Regelungsschichten greifen ineinander: Ausgangspunkt ist das Parliamentsgesetz; dieses wird durch Rechtsverordnungen, d.h. delegierte, von der Exekutive erlassene Rechtsnormen konkretisiert; wichtige Informationen für die Rechtsanwendung und die Gemeinnützigkeits- und Spendenpraxis enthalten Verwaltungsvorschriften, die als bloßes Innenrecht nur die ausführenden Verwaltungsbeamten, nicht hingegen die Bürger binden können. Diese unübersichtliche Regelungsstruktur ist nicht nur unschön und erschwert die Rechtsanwendung; ihr eignen auch ökonomische Nachteile, die Rechtsanwendung wird durch unnötige Kosten belastet. Psychologisch hemmt es die Spendenbereitschaft der Bürger, wenn diese sich nicht einfach informieren können, ob ihre Spende steuerlich berücksichtigt werden kann.

Das juristische Problem liegt darin, daß wenig glückliche und hohe Anwendungskosten verursachende Regelungen nicht automatisch verfassungswidrig sind und daher unter juristischen Gesichtspunkten nur schwer angegriffen werden können. Als verfassungsrechtlicher Maßstab steht der Vorbehalt des Gesetzes im Zentrum: Welche steuerlichen Regelungen müssen im förmlichen Parliamentsgesetz selbst getroffen werden, welche können auf untergesetzliche Ebenen wie diejenige der Rechtsverordnung ausgelagert werden? Mißt man das geltende deutsche Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht an diesem Maßstab, wird man keine eindeutige Verfassungswidrigkeit feststellen können. Jeglichen Überlegungen, die Definition der als gemeinnützig oder als förderungswürdig anzuerkennenden Zwecke auf außerparlamentarische Sachverständigenkommissionen zu verlagern, widerspricht Grundentscheidungen parlamentarischer Demokratie und ist daher eine deutliche Absage zu erteilen.

VII. Summary

The German law on welfare and donations is characterised by an obscure regulatory structure. The factual elements of the law are distributed across a number of provisions within the normative hierarchy, while a number of regulatory tiers interdigitate. The starting point is the parliamentary statute, which is made concrete through legal norms enacted by the executive in the form of executive order laws (Rechtsverordnungen). Administrative regulations (Verwaltungsvorschriften) contain important information for application of the law and the practice of welfare and donations, although as purely internal departmental rules, these bind only the competent administrative officials rather than the public at large. The complex regulatory structure is not only inelegant and a hindrance to the application of law, it also creates its own economic disadvantages by burdening the application of law with unnecessary costs. Psychologically it inhibits the readiness of citizens to make donations, if they cannot easily gain information on whether such donations are tax-deductible.

Christian Waldhoff

The legal problem consists in the fact that unfortunate and cost generating regulations are not automatically unconstitutional and accordingly are difficult to subject to judicial review. The principle of statutory reservation (*Vorbehalt des Gesetzes*) is central to the constitutional law standard: Which fiscal regulations have to be laid down in formal parliamentary statutes, which can be delegated to lower legislative levels such as the executive order law? If one assesses the current welfare or donation law against this standard, then no clear lack of constitutionality can be perceived. Any considerations regarding relocating the power of defining charitable purposes onto the level of a non-parliamentary regulating commission would be contrary to the basic concept of parliamentary democracy and should accordingly be decisively rejected.

Mitgliedschaft und Stiftung – Die rechtsfähige Stiftung als Ersatzform des eingetragenen Vereins –

ULRICH BURGARD

I.	Einleitung und Problemstellung	95	1.	Fassung des Stiftungszwecks	111
II.	Der Standpunkt der herrschenden Lehre	97	2.	Drei- oder mehrstufiger Organisationsaufbau	112
III.	Der Gang der Untersuchung	98	3.	Regelungen über den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft in der Stifterversammlung	112
IV.	Unvereinbarkeit körperschaftlicher Strukturen mit dem Stiftungsrecht?	98	4.	Regelungen über die Vererblichkeit der Mitgliedschaft in der Stifterversammlung	113
	1. Unvereinbarkeit mit dem Wesen oder dem Typus der Stiftung?	99	5.	Regelungen über die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsrats und des Stiftungsvorstands	114
	2. Unvereinbarkeit mit dem numerus clausus der Rechtsformen?	101	6.	Regelungen über die Abberufung von Organmitgliedern	116
	3. Unvereinbarkeit mit den Instituten der Stiftungsanerkennung und Stiftungsaufsicht?	104	7.	Weisungsrechte hinsichtlich der Geschäftsführung	118
	4. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Stiftungsautonomie?	106	8.	Regelungen über Satzungsänderungen	119
	5. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens?	108	VI.	Zusammenfassung	123
	6. Zwischenergebnis	111	VII.	Summary	124
V.	Die Zulässigkeit ausgewählter Gestaltungselemente	111			

I. Einleitung und Problemstellung

Bürgerstiftungen erfreuen sich wachsender Beliebtheit.¹ In Deutschland zählt man derzeit rund 100 derartiger Stiftungen. Ihre Organisationsverfassung ist vielfach derjenigen eines Vereins bzw. einer Aktiengesellschaft nachgebildet und lässt sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen: Es gibt eine Stifterversammlung, dessen Mitglied wird, wer eine bestimmte Summe (z.B. 1.000,- Euro) gestiftet hat. Ab einem bestimmten Betrag (z.B. 10.000,- Euro) besteht die Mitgliedschaft lebenslang und ist mancherorts vererblich ausgestaltet. Die Stifterversammlung wählt die Mitglieder eines Stiftungsrates als Aufsichtsorgan, der seinerseits die Mitglieder des Stiftungsvorstands² bestellt³. Dabei ist eine Abberufung der Organmitglieder teils nur bei Vor-

1 Zur Geschichte und Entwicklung von Bürgerstiftungen auch im internationalen Vergleich *Sacks*, Geschichte, Entwicklung und Merkmale von Bürgerstiftungen im internationalen Vergleich, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Stiftungen, 2. Aufl. 2004, S. 27 ff.; zur Entwicklung in Deutschland *Walkenborst*, Innovation und Tradition: zur Entwicklung von Bürgerstiftungen in Deutschland, ebd., S. 61 ff.

2 Zwischen Mitgliedschaft im Stiftungsrat und im Stiftungsvorstand ist zumeist Inkompatibilität vorgegeben.

3 Daneben können weitere Organe (z.B. ein beratendes Kuratorium) eingerichtet sein oder aufgrund der Satzung eingerichtet werden.

liegen eines wichtigen Grundes zulässig, teils in das Ermessen des Kurationsorgans gestellt, teils unregelt geblieben. Satzungsänderungen dürfen die steuerliche Gemeinnützigkeit nicht beeinträchtigen, sind aber ansonsten oft nur an das Erreichen bestimmter Quoren (und z.T. weiterer Erfordernisse wie z.B. der Zustimmung der ursprünglichen Stifter) und nicht an das Vorliegen bestimmter sachlicher Voraussetzungen geknüpft. Eine Aufhebung der Stiftung ist dagegen nur bei Verlust der steuerlichen Gemeinnützigkeit und Unmöglichkeit der Zweckverfolgung statthaft. Die Zwecke sind regional begrenzt, im Übrigen aber sehr weit gefasst. Über eine derartige Organisationsverfassung verfügen bspw. die Bürgerstiftungen Bad Nauheim, Breuberg, Dresden, Gempt, Hannover, Hildesheim, Isernhagen, Leipzig, Lörrach, Tecklenburger Land und Weimar.

Nun werden zwar Bürgerstiftungen als neue Form bürgerschaftlichen Engagements allseits begrüßt. Angesichts einer solchen Organisationsverfassung liegt jedoch die Frage nahe, warum die Initiatoren die Rechtsform einer rechtsfähigen Stiftung und nicht diejenige eines eingetragenen Vereins wählen.⁴ Steuerliche Aspekte⁵ können dabei eine Rolle spielen, sind aber gewiss nicht ausschlaggebend. Ausschlaggebend dürfte vielmehr sein, dass sich die Initiatoren die Reputation der Stiftungsform zu nutzen machen wollen. Während dem Verein der Ruf der »Vereinsmeierei« anhaftet, der für eine gewisse »Kleinkarierteit«, »Cliqueswirtschaft« und Querelen steht, genießt die Stiftung seit Städtels Zeiten den Ruf großbürgerlichen und großherzigen, selbstlosen und die Zeiten überdauernden Engagements. Nur zugunsten einer Stiftung, deren Zwecke – anders als beim Verein – regelmäßig nicht zur Disposition stehen und deren Vermögen grundsätzlich ungeschmälert zu erhalten ist, lassen sich daher Zuwendungen einwerben, die über bloße Vereinsbeiträge und Spenden hinausgehen. Zwar ist auch die Mitgliedschaft in einem Verein ohne Vermögensrechte ausgestaltet. Zumindest gegen den übereinstimmenden Willen der Vereinsmitglieder lassen sich aber weder die Verfassung noch das Vermögen oder der Bestand des Vereins immunisieren.⁶

Diesen Vorteilen der Stiftung steht allerdings nach der gesetzlichen Regelverfassung der Nachteil gegenüber, dass Stifter nach der Stiftungerrichtung »ihrer« Stiftung gleich Dritten gegenüberstehen und daher »nichts mehr zu sagen haben«. Gerade weil Stiften ein über das gewöhnliche Maß hinausgehendes Engagement voraussetzt, reicht es jedoch vielen Stiftern nicht, wenn »die Münze in dem Beutel klingt ...«. Vielmehr wollen sie weiterhin Einfluss auf die Geschicke der Stiftung haben und sich

4 So meint MünchKomm/Reuter, BGB, 4. Aufl. 2001, §§ 80, 81 Rdnr. 97, es läge näher, als Rechtsform einen (Bürger-)Verein anzunehmen.

5 So MünchKomm/Reuter (Fn. 4), §§ 80, 81 Rdnr. 97.

6 Im Grundsatz heute wohl allgemeine Meinung, s. *Riehmer*, Körperschaften als Stiftungsorganisation, 1993, S. 71 ff., 110 ff., 151 ff.; *Römer*, Die Eignung der GmbH als Rechtsform des Stiftungszweckes – eine Untersuchung anhand der unternehmensverbundenen gemeinnützigen Stiftungs-GmbH, 1990, S. 74 ff.; *Soergel/Neuhoff*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 80 Rdnr. 7; MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 80 Rdnr. 107; *K. Schmidt*, »Ersatzformen« der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft –, in: Hopt u.a. (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175, 191, *Staudinger/Rawert*, BGB, 12. Aufl. 1980, Vor § 80 Rdnr. 178 m.w.N.; a.A. noch *Strickerodt*, Der rechtsfähige Verein stiftungsartiger Natur, NJW 1964, 2085, 2086.

nicht nur finanziell, sondern auch mit Rat und Tat beteiligen. Deswegen ist es bei »gewöhnlichen« Stiftungen gang und gäbe, dass sich der Stifter in den Vorstand der Stiftung beruft oder sich auf andere Weise einen fortdauernden Einfluss auf die Stiftung sichert. Rechtlich ist das – innerhalb gewisser Grenzen – unbestritten zulässig. Und von dieser Möglichkeit machen auch die Bürgerstiftungen Gebrauch. Nachdem Bürgerstiftungen auf eine Vielzahl von Stiftern und vor allem Zustiftern ausgelegt sind, müssen deren Mitwirkungswünsche jedoch durch die Schaffung einer mehrstufigen Organisationsverfassung kanalisiert werden. Die Frage ist nur, ob dies in rechtlich zulässiger Weise geschieht bzw. ob und welche Grenzen der »Stifterfreiheit« für derartige Gestaltungen gezogen sind. Und eben hiervon handelt der Beitrag.

II. Der Standpunkt der herrschenden Lehre

Exemplarisch für den Standpunkt der herrschenden Lehre sind die Ausführungen von *Rawert* in seiner Kommentierung bei *Staudinger*. Dort heißt es:

»In welchem Umfang sich über die Schaffung von Mitbestimmungsrechten für Spender, Zustifter, Mitarbeiter oder Destinatäre *körperschaftliche Elemente* in der Stiftung verankern lassen, ist nicht abschließend geklärt. Jedenfalls ist die Grenze der Zulässigkeit dort überschritten, wo die Einrichtung von Gremien oder Mitbestimmungsrechten auf eine dem Primat des Stifterwillens widersprechende und dem *Stiftungsrecht wesensfremde Willensbildung von unten* hinausläuft. Die Stiftung darf auf dem Wege über Mitbestimmungsrechte keine verbandsmäßige Verfassung erhalten. Mischformen zwischen Körperschaft und Stiftung widersprechen dem *numerus clausus der Rechtsformen* im Privatrecht.«⁷

Und im Handbuch Bürgerstiftung führt er weiter aus:

»Nach bisher herrschender und richtiger Doktrin müssen die Zwecke einer Stiftung *bestimmt* sein. [...] Der Stifterwille darf nicht so allgemein gehalten sein, dass er den Organen eine gleichsam mitgliedschaftliche Willensbildung ermöglicht. Vielmehr müssen die Stiftungsorgane einen eindeutig abgrenzbaren Auftrag erhalten, dessen Erfüllung sich als Vollzug des ursprünglichen Stifterwillens und nicht als Ergebnis einer nach freiem Ermessen gefassten Organentscheidung darstellt. [...] Im übrigen führt eine verbandsmäßige Ausgestaltung von Stiftungen auch die Stiftungsaufsicht ad absurdum. Letztere ist nämlich nur dort legitim, wo sie einen Stifterwillen schützt und nicht etwa die Willensbildung von Quasi-Mitgliedern überwacht.«⁸

Und einige Seiten weiter ist zu lesen:

»Zwar kann man natürlichen oder juristischen Personen ... gewisse Mitverwaltungsrechte ... einräumen. Selbst Weisungsrechte und Genehmigungsvorbehalte in Geschäftsführungsangelegenheiten sind zulässig, sofern sie tatbestandlich hinreichend bestimmt sind. Gleiches gilt für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern sowie die Beschlussfassung über tat-

⁷ *Staudinger/Rawert* (Fn. 6), Vor § 80 Rdnr. 26 (Hervorhebungen von *Rawert*); ebenso *ders.*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation, in: *Hopt u.a.* (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 109, 129.

⁸ *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: *Bertelsmann Stiftung* (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, 2. Aufl. 2004, S. 151, 164 (Hervorhebungen von *Rawert*).

bestandlich im Einzelnen definierte Satzungs- und sogar Zweckänderungen. Wo allerdings Gremien wie einer ›Stiferversammlung‹ z.B. die Möglichkeit gegeben wird, Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane einer Stiftung nach Belieben abzurufen, werden vereins- und nicht stiftungstypische Strukturen geschaffen. Es gelten dieselben Vorbehalte, die auch schon gegenüber unbestimmten Stiftungszwecken geäußert wurden.«⁹

Damit ist der Standpunkt der herrschenden Lehre¹⁰ recht genau wiedergegeben. Als weitere Argumente gegen derartige Gestaltungen werden die Autonomie der Stiftung¹¹ sowie speziell im Blick auf ungebundene Befugnisse zu Grundlagenänderungen der Satzungsreserve des § 85 BGB¹² genannt.

III. Der Gang der Untersuchung

Im Folgenden werden zunächst diejenigen Argumente der herrschenden Lehre, die sich gegen die Einführung von körperschaftlichen Elementen als solche richten, auf ihre Stichhaltigkeit geprüft (unten IV.). Anschließend werden einzelne Gestaltungselemente aufgegriffen und untersucht, inwieweit sie rechtlich zulässig sind (V.). All dies muss freilich in der durch den vorgegebenen Umfang des Beitrags gebotenen Kürze geschehen. Auf eine eingehende Untersuchung des Verfassers wird daher verwiesen.¹³ Eine Zusammenfassung schließt den Beitrag ab (VI.).

IV. Unvereinbarkeit körperschaftlicher Strukturen mit dem Stiftungsrecht?

Die Vorbehalte der herrschenden Lehre gegen die Einführung von körperschaftlichen Strukturen bei der Stiftung beruhen auf fünf Argumenten:

9 Rawert (Fn. 8), S. 173.

10 Siehe etwa MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 80 Rdnr. 52, §§ 80, 81 Rdnr. 101 f.; Hommelhoff, Stiftungsrechtsreform in Europa, in: Hopt u.a. (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 227, 233; O. Werner, Privatautonomie und Missbrauch der Stiftungsform, in: Mecking u.a. (Hrsg.), Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, 2003, S. 15, 18; Jeß, Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, Diss. 1991, S. 21 ff., 75 ff.; Blydt-Hansen, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts, Diss. 1998, S. 127 ff. m.w.N.; a.A. aber Hof, Stiftungen im deutschen Recht, in: Hopt u.a. (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 301, 336 f. mit Fn. 150.

11 Staudinger/Rawert (Fn. 6), § 87 Rdnr. 20; MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 21 Rdnr. 18, § 85 Rdnr. 4, 3. Aufl. 1993.

12 Staudinger/Rawert (Fn. 6), § 85 Rdnr. 8; ders. (Fn. 7), S. 129; MünchKomm/Reuter (Fn. 4), § 85 Rdnr. 2; ders., Der Vorbehalt der Stiftung, NZG 2004, 939 ff.; vgl. auch Muscheler, Bundesrechtliche Vorgaben und Grenzen für eine Reform der Landesstiftungsgesetze, ZSt 2004, 3, 6 ff.; a.A. Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 79; A. Werner, Die Zustiftung, 2003, S. 84.

13 Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006.

1. Unvereinbarkeit mit dem Wesen oder dem Typus der Stiftung?

Geltend gemacht wird zuvörderst, körperschaftliche Strukturen seien der Stiftung »wesensfremd« oder entsprächen nicht dem Typus dieser Rechtsform.

a) Schon vor mehr als 40 Jahren hat *Scheuerle* indes das »Wesen des Wesens« als kryptisch, d.h. andere herkömmliche juristische Argumente und Methoden verbergend, entlarvt.¹⁴ Dem Wesensargument fehle jede rechtsstaatliche Klarheit. Es sei »zu allem fähig«¹⁵ und deshalb zur Begründung einer juristischen Entscheidung zu meiden.¹⁶ Das gelte im Interesse einer eindeutigen Bezeichnung auch dort, wo ihm eine gewisse Berechtigung zukommt, nämlich entweder die »Natur der Sache« oder der »Typus« angesprochen seien. Dem ist zuzustimmen. Das »Wesen« ist ein juristisches »Unwesen«.¹⁷

b) Freilich wird eine Argumentation aus der »Natur der Sache« nur in den seltenen Fällen Überzeugungskraft besitzen, deren Lösung derart offensichtlich auf der Hand liegt, dass sie geradezu »natürlich« und jede andere Entscheidung ontologisch nicht haltbar erscheint. Ein gesellschaftsrechtliches Beispiel mag man in § 54 BGB sehen,¹⁸ soweit diese Vorschrift einen körperschaftlichen Verband den Regeln einer Personengesellschaft zu unterwerfen sucht.¹⁹

c) Unter dem »Typus« wiederum werden verschiedenste Fragestellungen gefasst.²⁰ So kann eine Typenbildung *erstens* zur Konkretisierung von Generalklauseln (z.B. § 242 BGB) durch Fallgruppen dienen.²¹ *Zweitens* kann diese Denkfigur die Anwendung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe erleichtern (z.B. der Durchschnittstypus bei Ermittlung des Fahrlässigkeitsmaßstabes).²² Beides ist legitim, interessiert hier jedoch nicht. *Drittens* wird der empirische »Häufigkeitstypus« im Sinne des »typischen Falles« untersucht. Mehr als ein besseres Verständnis der Lebenswirklichkeit – was allerdings nicht wenig ist – darf man sich hiervon jedoch nicht erwarten. *Viertens* kann der »Idealtypus« gemeint sein, den der historische Gesetzgeber vor Augen ge-

14 *Scheuerle*, »Das Wesen des Wesens« – Studien über das sog. Wesensargument im juristischen Begründen, AcP 163 (1964), 429 ff.

15 *Scheuerle* (Fn. 14), S. 471.

16 H.M., statt anderer *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, 1970, S. 57 ff., 93 f.; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 3 ff.; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, S. 225; aus dem Stiftungsrecht *Hoppe*, Die abhängige Stiftung, 2004, S. 42 ff.; weniger kritisch *Wiist*, Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht, in: Pawlowski u.a. (Hrsg.), Festschrift für Konrad Duden, 1977, S. 749, 757.

17 Das gilt auch für »wesensgleiche« Argumente [zutr. *Hey* (Fn. 16), S. 226 f.] wie bspw. die Berufung auf ein »im Stiftungsbegriff enthaltenes Vorverständnis« [so *Staudinger/Rawert* (Fn. 6), Vor § 80 Rdnr. 17]. *Soergel/Neuhoff* (Fn. 6), Vor § 80 Rdnr. 3 ff., 7 ff., erhebt dergleichen allerdings geradezu zur Methode der Rechtsfindung.

18 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 419 f.; *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 81 f.

19 Vgl. hierzu etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 616 ff., 621 ff.

20 Siehe etwa *Larenz* (Fn. 18), S. 461 ff.; *Koller*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 11 ff., 30 ff.; *H. P. Westermann* (Fn. 16), S. 95 ff.

21 Siehe etwa *MünchKomm/Roth* (Fn. 4), § 242 Rdnr. 93.

22 *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 104 f.

habt haben mag. Dies ist vor allem im Rahmen einer historischen Auslegung von Interesse.

Fünftens kann das Gesamtbild eines Regelungskomplexes in den Blick genommen und hieraus ein aus wenigen Merkmalen bestehender »Volltypus« im Sinne einer platonischen Idee entwickelt werden. Hier kommt dem Typus seine größte Bedeutung zu. Er ist dann Gegenstück zum Begriff und ermöglicht eine typengerechte Rechtsanwendung, nämlich wenn aufgrund einer atypischen Sachverhaltsgestaltung eine (gesetzliche oder vertragliche) Regelungslücke insofern besteht, als entweder jede Regelung fehlt oder die Voraussetzungen der vorhandenen Regelungen zwar erfüllt sind, das Subsumtionsergebnis aber aufgrund der Atypizität nicht interessengerecht ist.²³ In beiden Fällen ist dann im Wege der Analogie die typologisch passende Regelung heranzuziehen, wie dies etwa im Falle der Publikums-KG teils durch analoge Anwendung aktienrechtlicher Regelungen²⁴, teils durch Modifizierung personengesellschaftsrechtlicher Regelungen²⁵ geschieht. Insofern kann eine typologische Betrachtung das für die rechtliche Bewertung ausschlaggebende Moment und die hinter einem Normenkomplex stehende Leitidee herausarbeiten und dadurch Interpretationshilfe geben.²⁶ Überdies können sich daraus auch Grenzen der Gestaltungsfreiheit ergeben, nämlich wenn eine typologische Betrachtung erweist, dass ein unregelter mit einem geregelten Sachverhalt vergleichbar und daher eine zwingende gesetzliche Norm analog anzuwenden ist. Pauschale Lösungen sind indes zu vermeiden. Vielmehr bedarf es einer Untersuchung und Beurteilung der Interessen und gesetzlichen Wertungen in jeder Einzelfrage.²⁷

Ausgeschlossen ist es daher, und dies ist der *sechste* und weitestgehende Ansatz der Typenforschung, die Typologie einer normativen Erscheinung derart zu verdichten, dass aus dem Typus gleichsam ein subsumtionsfähiger Tatbestand wird, der die Gestaltungsfreiheit im Sinne eines Typenzwangs zu begrenzen in der Lage ist;²⁸ denn ex definitione ist der Typus anders als ein Tatbestand gerade nicht feststehend, sondern gegenüber Abweichungen offen²⁹. Dementsprechend wird der Typus in erster Linie aus dem dispositiven Recht gewonnen, dem nur eine maßstabbildende, gerade aber

23 Vgl. *Larenz* (Fn. 18), S. 303 f.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 177 ff.

24 Siehe BGHZ 69, 207 ff.; sehr weitgehend *Wüst*, Vom Präjudiz zur Prinzipienbildung bei der Publikums-Kommanditgesellschaft – Wege des werdenden Rechts, ZHR 152 (1988), 215, 229 ff.

25 BGHZ 66, 82; 71, 53; 85, 350.

26 *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 111.

27 *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 8.

28 U.a. *Nitschke* (Fn. 27), S. 8; sowie *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 104; *K. Schmidt* (Fn. 19), S. 109 ff.; *Hey* (Fn. 16), S. 230 f.; aus der Rspr. BGHZ 134, 392; aus dem Stiftungsrecht *Hoppe* (Fn. 16), S. 44 ff. Ein »gutes« Beispiel für den Versuch, den Stiftungstypus zu einem Tatbestand zu verdichten und daraus Grenzen der Gestaltungsfreiheit abzuleiten, bietet *Jeß* (Fn. 10), S. 21 ff., 75 ff. Fast schon komisch ist dabei, dass *Jeß* zwar einen Typenzwang ablehnt, im gleichen Atemzug aber betont, dass atypische Gestaltungen nur insoweit zulässig seien, als sie nicht gegen den Stiftungsbegriff – verstanden als die »Tatbestandsvoraussetzungen, die den Charakter der Rechtsform Stiftung ausmachen« – verstießen, ebd. S. 75, auch S. 83.

29 Siehe etwa *W. Ott*, Die Problematik der Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 21 ff., 81 ff., 142; *Larenz* (Fn. 18), S. 211 f.

keine zwingende Natur zukommt. Es käme daher der Umdeutung von dispositivem in zwingendes Recht gleich, wollte man aus einem Typus bindende Leitlinien ableiten.³⁰ Eine solche Umdeutung würde zu sinn- und interessenwidrigen Ergebnissen führen, beruht doch die Teleologie der den Typus bildenden Vorschriften auf einer regelmäßigen Interessenbewertung, von der gerade die atypischen Fälle abweichen.³¹ Bestes Beispiel für die nachteiligen Folgen einer solchen Typengesetzlichkeit ist das Aktienrecht, das – trotz zaghafter Reformen³² – ganz überwiegend auf den Typus der großen, konzernfreien Publikumsgesellschaft zugeschnitten ist, obwohl diese in der Rechtswirklichkeit geradezu die Ausnahme bildet.³³ Ein Typenzwang wird daher heute zu Recht nahezu einhellig abgelehnt.³⁴ Vielmehr sind Typenvermischungen und Typendehnungen heute von dem Gesetz, der Rechtsprechung und der Lehre weithin anerkannt.³⁵ Im Blick auf Typenvermischungen sei nur an die GmbH & Co. KG und im Blick auf Typendehnungen nur an die sog. Stiftungskörperschaften erinnert, die auch *Rawert* – innerhalb gewisser Grenzen – für zulässig hält.³⁶ Wenn man aber eine Stiftung im materiellen Sinne in der Rechtsform einer GmbH betreiben kann (Bsp.: Robert Bosch Stiftung GmbH)³⁷, warum soll dann nicht auch die Errichtung einer Korporation im materiellen Sinne in der Rechtsform einer Stiftung möglich sein?

2. Unvereinbarkeit mit dem *numerus clausus* der Rechtsformen?

Anschaulich erklärt *Karsten Schmidt* den *numerus clausus* der Rechtsformen wie folgt: »*Wer ein Rechtsgebilde schaffen will, das ein eigenes Vermögen haben, selbständig handeln und haften, vielleicht sogar klagen und verklagt werden soll, muß*

30 *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 128; auch *C. Ott*, Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Diss. 1966, S. 84.

31 *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 102; *Sack*, Typusabweichung und Institutsmißbrauch im Gesellschaftsrecht, DB 1974, S. 369, 371 ff.

32 Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994, BGBl. I, S. 1961.

33 Auch die realtypische GmbH stimmt nicht mit der idealtypischen des Gesetzes überein. Dies führt zu einem die Gesellschafter nicht selten überfordernden Gestaltungsbedarf. Die Forderung von *Hommelhoff*, Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht – Deutschland, Europa und USA – 11. ZGR-Symposium »25 Jahre ZGR«, ZGR Sonderheft 13, S. 36, 48 ff., 55 ff., nach einer Anpassung des gesetzlichen Leitbildes ist daher konsequent.

34 Außer den vorgenannten Autoren s. etwa BGHZ 45, 204; *K. Schmidt* (Fn. 19), S. 119 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, 1977, S. 189 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, Grundlagen, 1980, S. 73; *Schultze-v. Lasaulx*, Zur Frage der Gestaltungsfreiheit für Gesellschaftsverträge. Eine Bestandsaufnahme. Abschied von Illusionen. Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschriften von Nitschke, Teichmann und H.P. Westermann, ZfG 21 (1971), 325, 348; *Wüst* (Fn. 16), S. 761; unentschieden noch *Koller* (Fn. 20), S. 138 f.; a.A. aber offenbar *Soergel/Teichmann*, BGB, 11. Aufl. 1990, § 242 Rdnr. 14.

35 Für einen Überblick *Burgard* (Fn. 13), § 29.

36 *Staudinger/Rawert* (Fn. 6), Vor § 80 Rdnr. 178.

37 Siehe ferner die zahlreichen Beispiele bei *Riehmer* (Fn. 6), S. 217 ff.

gesetzliche Mindestvoraussetzungen erfüllen. Er darf dem Rechtsverkehr kein Phantasiegebilde als Rechtssubjekt vorsetzen, sondern er hat die Wahl zwischen vorgegebenen Rechtsformen, deren Organisation und Haftungsverfassung vom objektiven Recht geordnet ist.«³⁸ Dieser numerus clausus der Rechtsformen beruht auf den Gedanken der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes.³⁹ Wird der numerus clausus der Rechtsformen verletzt, ist Rechtsfolge nicht etwa die Nichtigkeit der Organisation oder des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts. Rechtsfolge ist vielmehr ein Rechtsformzwang, der dazu führt, dass jede privatrechtliche Organisation – ob mit oder ohne oder auch gegen den Willen der Parteien – einer der zulässigen Rechtsformen zugewiesen wird, und zwar im Zweifel derjenigen Grundrechtsform (OHG, GbR bzw. n.e.V.), die von ihrer Verfassung her am ehesten auf die in Frage stehende Organisation passt.⁴⁰ Im Grunde genommen geht es mithin um ein Normanwendungsproblem, und zwar für den Fall, dass die für die Wahl, die Entstehung oder den Fortbestand einer privatrechtlichen Rechtsform maßgeblichen Voraussetzungen nicht eingehalten werden (sog. ursprüngliche oder nachträgliche Rechtsformverfehlung) und die Organisation gleichwohl in Vollzug gesetzt ist (Bsp.: Ein als GmbH firmierendes vollkaufmännisches Unternehmen wird nie als GmbH eingetragen.⁴¹ Oder: Der einzige Komplementär einer KG scheidet aus und wird dauerhaft nicht ersetzt.⁴² In beiden Fällen ist dann OHG-Recht anzuwenden.)

Wurden aber die für die Wahl, die Entstehung und den Fortbestand der Rechtsform entscheidenden Normativbestimmungen eingehalten und überschreiten nur einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung die Grenzen der Gestaltungsfreiheit, dann richten sich die Rechtsfolgen nach allgemeinen Regeln. Mit dem numerus clausus der Rechtsformen und dem hieraus folgenden Rechtsformzwang hat das nichts zu tun. Und welche die für die Wahl, die Entstehung und den Fortbestand der Rechtsformen entscheidenden Normativbestimmungen sind, ist den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften zu entnehmen. Dabei geht es allerdings nicht an, die gesetzlichen Bestimmungen so zu interpretieren, dass der numerus clausus der Rechtsformen in einen Typenzwang mündet; denn einen Typenzwang gibt es nicht (s.o. 1.).

Schließlich ist der Anwendungsbereich des Rechtsformzwangs dadurch eingeschränkt, dass er immer schon dann nicht eingreift, wenn ein staatliches Prüfungsverfahren für die Entstehung der Organisation erforderlich ist (z.B. §§ 55 ff., 80 Abs. 1 BGB, §§ 7 ff. GmbHG) und – ob zu Recht oder zu Unrecht – erfolgreich durchlaufen wurde. Wird ein Verein ins Vereinsregister eingetragen, obwohl er als Wirtschaftsverein eintragungsunfähig ist (§§ 22, 55 Abs. 1 BGB), geht es selbstverständlich nicht an, den Verein ohne weiteres als OHG zu behandeln. Vielmehr ist zuvor ein Amtslöschungsverfahren zu betreiben (§§ 159, 142 FGG) und dem Verein auf

38 K. Schmidt (Fn. 19), S. 96.

39 K. Schmidt (Fn. 19), S. 96; H.P. Westermann (Fn. 16), S. 118 f.; Wiedemann (Fn. 34), S. 42 f.; Jahnke, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 146 (1982), 595, 603.

40 Siehe K. Schmidt (Fn. 19), S. 101 ff. (auch zur Terminologie) sowie Hey (Fn. 16), S. 161, jew. m.w.N.

41 BGHZ 22, 240.

42 Vgl. BGH, NJW 1979, 1705.

diese Weise gleichsam die staatliche Anerkennung wieder zu entziehen. Nur wenn der Wirtschaftsverein daraufhin seine Tätigkeit nicht aufgibt, sondern das Unternehmen munter weiter betreibt, ohne sich eine andere passende Rechtsform zu geben, dann wird er kraft Rechtsformzwangs als OHG behandelt.

Was all dies für das Stiftungsrecht bedeutet, soll folgendes (Extrem-)Beispiel verdeutlichen: Tun sich mehrere Stifter zur Errichtung einer »Stiftung« zusammen und bilden sie deren Verfassung derjenigen eines Vereins nach, insbesondere indem sie sich zu »Mitgliedern der Stiftung« bestimmen und die §§ 32–39, 41 BGB für entsprechend anwendbar erklären, so läge hierin gewiss eine Überschreitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit; denn dass die Stiftung zwingend eine mitgliederlose Organisation ist, kommt in zahlreichen Vorschriften zum Ausdruck, und zwar gerade auch in der fehlenden Verweisung des § 86 BGB auf die §§ 32 bis 41 BGB. Allein wegen dieser Überschreitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit ist jedoch das »Stiftungsgeschäft« nicht nichtig. Vielmehr ist zu unterscheiden: Wird die »Stiftung« zu Recht wegen Rechtsformverfehlung nicht als rechtsfähig anerkannt und nimmt sie gleichwohl ihre Geschäftstätigkeit auf, so ist ein nicht eingetragener Verein entstanden, dessen Mitglieder die »Stifter« sind. Wird die Stiftung dagegen als rechtsfähig anerkannt und ist die Anerkennung nicht nichtig (wofür eine Überschreitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit allein kein hinreichender Grund ist), so ist die Stiftung als solche wirksam entstanden. In diesem Fall werden die Stifter jedoch nicht »Mitglieder der Stiftung«, sondern lediglich Mitglieder eines Stiftungsorgans, dessen Befugnisse denjenigen der Mitgliederversammlung eines Vereins nachgebildet sind. Soweit hierdurch die Grenzen der Gestaltungsfreiheit überschritten werden – was noch zu prüfen bleibt –, so hat das lediglich zur Folge, dass die entsprechenden Bestimmungen der Stiftungssatzung insoweit unwirksam und geltungserhaltend zu reduzieren sind. Auf diesem Wege wäre dann etwa ein freies Ermessen in ein pflichtgemäßes Ermessen umzudeuten.

Nach allem gibt der *numerus clausus* der Rechtsformen als Grenze der Gestaltungsfreiheit nicht viel her; denn er begrenzt allein die Zahl und damit die Auswahlmöglichkeiten, nicht aber die Ausgestaltung der Rechtsformen.⁴³ Vorliegend von Bedeutung ist er lediglich bei einer offenkundigen Rechtsformverfehlung und das auch nur insoweit, als die Stiftung nicht als rechtsfähig anerkannt wird. Dabei liegt eine Rechtsformverfehlung nicht schon dann vor, wenn einzelne Bestimmungen der Stiftungssatzung die Grenzen der Gestaltungsfreiheit überschreiten; denn der *numerus clausus* der Rechtsformen darf nicht in einen unstatthaften Typenzwang umgedeutet werden. Und wenn die Stiftung als rechtsfähig anerkannt wird, richten sich die Rechtsfolgen einer Überschreitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit ohnehin nach allgemeinen Regeln.

43 *K. Schmidt* (Fn. 19), S. 106 ff.; *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 118 ff.; *Wiedemann* (Fn. 34), S. 43; *Jahnke* (Fn. 39), S. 603; *Hey* (Fn. 16), S. 159.

3. Unvereinbarkeit mit den Instituten der Stiftungsanerkennung und Stiftungsaufsicht?

Ferner wird geltend gemacht, die Zulassung autonomer Entscheidungen scheidere an den zwingenden stiftungsrechtlichen Einrichtungen der staatlichen Anerkennung und Aufsicht, da den zuständigen Behörden dadurch jeder Beurteilungsmaßstab verloren ginge; denn das Urteil der Anerkennungsbehörde über die Zulässigkeit des Stiftungsvorhabens verlange eine Prognose über die Entwicklung der Stiftungstätigkeit, die im Falle der Abhängigkeit von der Willkür externer Personen nicht getroffen werden könne. Erst recht laufe unter solchen Umständen die Staatsaufsicht leer, brauche diese doch als Maßstab Vorgaben, die richtiges und unrichtiges Verhalten der Stiftungsorgane inhaltlich zu konkretisieren erlaubten.⁴⁴

Auch dieser Gedankengang vermag indes nicht zu überzeugen. Zutreffend ist allerdings, dass der Stiftungszweck nicht gänzlich unbestimmt sein darf; denn ebenso wie dem Verbandszweck⁴⁵ kommt dem Stiftungszweck richtungsweisende und begrenzende Funktion zu, da andernfalls nicht nur der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde, sondern vor allem auch den Stiftungsorganen sowohl die Grundlage als auch der Maßstab jeglicher Entscheidung fehlte. Darauf wird noch einmal zurückzukommen sein (u. V. 1.). Daraus folgt jedoch nicht, dass der Stifter auch jede andere Entscheidung inhaltlich vorprägen müsste; denn eine solche Forderung würde nicht nur den geringen gesetzlichen Anforderungen widersprechen, die § 81 Abs. 1 S. 3 BGB an eine Stiftungssatzung stellt, sondern auch den Stifter überfordern, der jede künftige Entscheidung durchdenken und antizipieren müsste. Dadurch würde zugleich der Entscheidungsfreiraum der Stiftungsorgane in unzuträglicher, möglicherweise die Handlungsfähigkeit der Stiftung in Frage stellender Weise eingeschränkt. Richtig ist daher das Gegenteil: Gerade um eine dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks zu gewährleisten, sollten den Stiftungsorganen Entscheidungsfreiräume eingeräumt werden. Die Stiftungssatzung darf nur nicht derart unbestimmt sein, dass sie nicht vollziehbar ist, sei es, weil der Stiftungszweck völlig konturenlos ist, sei es, weil etwa die Kompetenzen von Organen unklar sind.

Aus der Notwendigkeit einer in diesem Sinne hinreichenden Bestimmtheit der Stiftungssatzung im Allgemeinen und des Stiftungszwecks im Besonderen kann allerdings ebenfalls nicht geschlossen werden, dass der Stifter seinen auf diese Weise geäußerten Willen nicht zur Disposition der Stiftungsorgane stellen könnte und sich die Gestalt der Stiftung nicht ändern dürfte, sondern nur, dass die Gestalt der Stiftung allzeit identifizierbare Konturen behalten muss. Und dies zu gewährleisten, hat die Behörde aufgrund der Genehmigungserfordernisse in der Hand. Ändern die Stiftungsorgane z. B. zulässigerweise den Stiftungszweck, so hat die Aufsichtsbehörde u. a. ebenso wie bei der Anerkennung der Stiftung zu prüfen, ob der neue Stiftungszweck erlaubt und hinreichend bestimmt ist und das Stiftungsvermögen ausreicht, um den neuen Stiftungszweck dauerhaft und nachhaltig zu fördern. Dementsprechend liefe die Stiftungsaufsicht selbst dann, wenn die Stiftungsorgane die Satzung autonom ändern

44 MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 21 Rdnr. 18, vgl. auch §§ 80, 81 Rdnr. 27; Rawert (Fn. 8), S. 164.

45 Siehe nur K. Schmidt (Fn. 19), S. 61 ff.

dürften, nicht leer; denn Maßstab der Stiftungsaufsicht ist die Stiftungsverfassung in ihrer jeweils geltenden Fassung^{46, 47}. Auch nach einer Satzungsänderung vermag die Aufsichtsbehörde daher rechtmäßiges von unrechtmäßigem Verhalten der Stiftungsorgane zu scheiden. Wollte man eine andere Auffassung vertreten, müssten jegliche Grundlagenänderungen ausgeschlossen sein, was jedoch dem geltenden Recht nicht entspricht.

Anders gewendet: Die Stiftungsaufsicht ist nicht nur Garant des Stifterwillens bzw. genauer: der Stiftungsverfassung in ihrer jeweiligen Gestalt, sondern dient auch dem Schutz des Rechtsverkehrs vor nicht durch Eigentümerinteressen kontrollierten Rechtsträgern. Selbst infolge der Zulässigkeit autonomer Grundlagenänderungen würde sie daher keinesfalls obsolet.

Erst recht wird die Stiftungsaufsicht daher nicht obsolet, soweit der Stifter Entscheidungen unterhalb der Ebene von Satzungsänderungen in das freie Ermessen von Stiftungsorganen stellen würde; denn auch ein freies Ermessen von Stiftungsorganen würde zumindest durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs beschränkt. So rechtfertigt bspw. selbst ein freies Abberufungsrecht keine Abberufung aus offenbar unsachlichen Gründen.⁴⁸ Und die Einhaltung solcher Grenzen im Interesse der Stiftung zu überwachen, gehört selbstverständlich zu den Aufgaben der Stiftungsaufsicht.

Mit alledem soll freilich nicht gesagt sein, dass die Einräumung autonomer Entscheidungsbefugnisse zulässig ist. Das wird vielmehr noch zu prüfen sein. Erwiesen ist nur, dass die rechtlich zwingenden Institute der Stiftungsanerkennung und Stiftungsaufsicht selbst autonomen Entscheidungsbefugnissen nicht entgegenstehen.

46 Nach OLG Schleswig, *StiftRspr.* III, S. 136 f.; KG, WM 1968, 903, 906, soll der ursprüngliche Stifterwille insoweit unbeachtlich sein, als die Stiftungssatzung bzw. der Stiftungszweck zwischenzeitlich verbindlich geändert wurde; dahingehend auch BGH, *StiftRspr.* IV, S. 108, 116; anders BVerfG, *StiftRspr.* III, S. 58, 65 f. Zutreffend ist Folgendes: Maßgeblich ist zuvörderst die Stiftungssatzung in ihrer jeweils geltenden Fassung. Soweit Satzungsänderungen wirksam sind und von dem ursprünglichen Stifterwillen abweichen, ist dieser insoweit und solange unbeachtlich, als nicht um die Wirksamkeit eben dieser Änderungen gestritten wird oder die Satzung in diesem Punkt erneut geändert werden soll. Das gilt entsprechend für Auslegungsfragen: Maßgeblich ist der ursprüngliche Stifterwille, aber eben nur insoweit, als die Stiftungssatzung nicht infolge – wirksamer – Satzungsänderungen von ihm abweicht.

47 Deswegen ist auch das Argument unzutreffend, dass eine Satzungsbestimmung, aufgrund der die zuständigen Stiftungsorgane den Stiftungszweck beliebig ändern könnten, gegen den Grundsatz der Bestimmtheit des Stiftungszwecks verstieße, so aber Bamberger/Roth/Schwarz, BGB, 1. Aufl. 2003, § 81 Rdnr. 10.

48 Siehe zum Vereinsrecht statt anderer MünchKomm/Reuter (Fn. 4), § 27 Rdnr. 25; zur GmbH etwa Scholz/U.H. Schneider, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 1, 8. Aufl. 2000, § 38 Rdnr. 16.

4. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Stiftungsautonomie?

Unzutreffend ist ferner das Argument, eine dauernde rechtliche Abhängigkeit der Stiftung von Dritten sei mit dem Prinzip der Stiftungsautonomie nicht vereinbar.⁴⁹ Dabei wird unter Stiftungsautonomie das Gebot der Unabhängigkeit der Stiftung »von der Willkür externer Personen oder Institutionen« verstanden.⁵⁰

Dieses Autonomieverständnis ist indes verkürzt. Es lehnt sich ersichtlich an das Prinzip der Verbandsautonomie an, gibt dieses aber unzutreffend wieder. Die Verbandsautonomie verbürgt die Selbstbestimmung von Personenzusammenschlüssen im Rechtsleben, indem sie ihnen einerseits die Befugnis gewährt, die eigenen internen und externen Angelegenheiten selbst rechtlich zu gestalten und sie andererseits vor einer *unerwünschten* Fremdbestimmung schützt. Richtigerweise verbietet das Prinzip der Verbandsautonomie daher nicht jegliche rechtliche oder gar faktische Einflussnahmen von Dritten (= Nicht-Mitgliedern) auf den Verband. Andernfalls wäre jede Fremddorganschaft, Konzernherrschaft, der Abschluss von Unternehmensverträgen oder auch eine auf die Interessen Dritter ausgerichtete Zweckgestaltung ausgeschlossen. Das ist indes nicht der Fall. Vielmehr bedarf der Einfluss Dritter – soweit er nicht bloß faktischer Natur ist – lediglich einer verbandsrechtlichen Legitimation.⁵¹ Das Prinzip der Verbandsautonomie verbietet daher nicht einmal die Einflussnahme Dritter auf die Verfassung des Verbandes⁵². Vielmehr verbietet es nur, organschaftliche Rechte, insbesondere die Verfassungsgestaltung, derart in die Hände von Nichtmitgliedern zu legen, dass der Dritteinfluss nicht selbstbestimmt, d.h. ohne Mitwirkung des Dritten durch Mitgliederbeschluss wieder beseitigt werden kann.⁵³ Grund hierfür ist die Unveräußerlichkeit des Selbstbestimmungsrechts der Verbandsmitglieder in ihrer Gesamtheit, das eine solche Selbstknebelung ausschließt.⁵⁴

49 Staudinger/Rawert (Fn. 6), § 87 Rdnr. 20; MünchKomm/Reuter (Fn. 11), § 85 Rdnr. 4; auch Strickerodt, Stiftungsrecht und Stiftungswirklichkeit, JZ 1961, 111, 112.

50 MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 21 Rdnr. 18.

51 Zutr. K. Schmidt (Fn. 19), S. 85 f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 190 ff. m.w.N.

52 So aber die h.L., etwa K. Schmidt (Fn. 19), S. 85; Flume (Fn. 51), S. 193 ff.; Wiedemann, Verbandsouveränität und Außeneinfluß. Gedanken zur Einrichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft, in: Robert Fischer u.a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht: Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag, S. 105, 112; Priester, Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, in: Hadding u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, S. 657, 663 f.; Steinbeck, Vereinsautonomie und Dritteinfluß, 1999, S. 42 ff.; dies. Die Grenzen der Vereinsautonomie, in: Non Profit Law Yearbook 2002, S. 179, 190 ff.; a.A. aber insbes. Schockenhoff, Der Grundsatz der Vereinsautonomie. Inhalt und Geltung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals, AcP 193 (1993), 35 ff.; sowie vor allem die Rspr., vgl. BVerfGE 83, 341 ff.; BayObLG, NJW 1980, 1756; OLG Köln, NJW 1992, 1048 ff.; KG, OLGZ 1974, 383 ff.; LG Oldenburg, JZ 1992, 250 ff.

53 Riebmer (Fn. 6), S. 114 f.; im Ausgangspunkt auch Beuthien/Gätsch, Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter. Statutarischer Einfluß Dritter auf die Gestaltung von Körperschaftssatzungen, ZHR 156 (1992), 459, 473 ff.

54 Vgl. RGZ 3, 123 ff.; 82, 308 ff.; ausf. Steinbeck (Fn. 52), S. 42 ff.; dies. (Fn. 52), S. 191; Beuthien/Gätsch (Fn. 53), S. 473 f., jew. m.w.N.

Daraus folgt zugleich, dass die Stiftungsautonomie erheblich eingeschränkter gewährleistet ist als die Verbandsautonomie. Die Stiftung ist kein Personenverband und fällt nicht unter Art. 9 Abs. 1 GG.⁵⁵ Sie hat keine Mitglieder, deren Selbstbestimmungsrecht – weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit – es zu schützen gilt. Demgemäß sind »Ewigkeitsklauseln« im Stiftungsrecht – anders als im Verbandsrecht⁵⁶ – grundsätzlich nicht zu beanstanden.⁵⁷ Auch kann die Satzung »Dritte« zu Grundlagenänderungen ermächtigen, wie § 7 Abs. 3 S. 2 NdsStiftG zu Recht klarstellt. Dadurch wird der »Dritte« freilich richtigerweise zum Organ der Stiftung.⁵⁸ Und die Organe der Stiftung sind ohnehin ausschließlich mit »Dritten« besetzt. Zudem bedürfen gerade Grundlagenänderungen zumeist der Genehmigung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde. Insofern ist die Stiftung niemals autonom. Vielmehr ist die Stiftung, nachdem sie keine Mitglieder hat, notwendigerweise ausschließlich »drittgesteuert«, nämlich in erster Linie durch den Stifter, der ihr die Verfassung gegeben hat, daneben durch Fremdorgane, die die Stiftung verwalten, und zuletzt durch die Stiftungsaufsicht, die das Handeln der Stiftungsorgane überwacht. So gesehen ist die Stiftung daher eine für Fremdeinflüsse besonders offene Rechtsform.

Schützenswert ist somit allenfalls das Selbstbestimmungsrecht des Stifters. Hierauf wird sogleich zurückzukommen sein (u. 5.). Indes wird die Stiftungsautonomie von ihren Befürwortern nicht mit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Stifters, sondern mit ganz anderen Erwägungen begründet, nämlich mit der Unvereinbarkeit einer heteronomen Stiftung mit den zwingenden stiftungsrechtlichen Einrichtungen der staatlichen Genehmigung und Aufsicht.⁵⁹ Auch dieses Argument wurde indes bereits als verfehlt gekennzeichnet (s.o. 3.). Überdies verdeutlicht es, wie geradezu paradox der Begriff »Stiftungsautonomie« verwendet wird.

Historisch zielte nämlich die komplementäre Forderung nach Verbandsautonomie bekanntlich auf die Staatsfreiheit von Verbänden.⁶⁰ Zwar besteht heute Einigkeit, dass Verbände nicht vollkommen von staatlichen Einflussnahmen frei sind, sie nicht außerhalb des staatlichen Rechts stehen, sondern in dieses nicht zuletzt durch das System der Normativbestimmungen eingebunden sind.⁶¹ Gerade die Stiftungsaufsicht hat jedoch eine darüber weit hinausreichende Qualität. Sie überprüft die gesamte Tätigkeit der Stiftung auf ihre Vereinbarkeit mit der Stiftungsverfassung. Sie ist Garant des Stifterwillens, also eines, wenn man so will, von der Stiftung aus betrachtet fremden Willens, demgegenüber die Stiftung trotz ihrer eigenständigen Rechtspersönlichkeit

55 Vgl. (mit Unterschieden) BVerwGE 106, 177, 179; OVG Münster, NVwZ 1996, 913 ff.; VG Düsseldorf, NVwZ 1994, 811, 813.

56 Soergel/Hadding (Fn. 6), § 33 Rdnr. 7 m.w.N. und weiteren Beispielfällen.

57 Unter den Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB dürfen und müssen die zuständigen Stiftungsorgane – subsidiär die Stiftungsaufsicht – allerdings auch solche Satzungsbestimmungen ändern, die der Stifter ausdrücklich von Änderungen ausgenommen hat, es sei denn, es ist anzunehmen, dass der Stifter eher eine Aufhebung der Stiftung als eine Änderung der Satzung wollte.

58 Ebenso *Muscheler*, Stiftungsautonomie und Stiftereinfluss, in: Stiftungen der öffentlichen Hand, ZSt 2003, 67, 77.

59 MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 21 Rdnr. 18.

60 Vgl. nur v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1885, S. 535.

61 Vgl. nur *K. Schmidt* (Fn. 19), S. 83 f.

nach der gesetzlichen Regelverfassung keinen abweichenden Willen autonom bilden darf. Einer autonomen Willensbildung entgegenzutreten, ist vielmehr regelmäßig gerade Aufgabe der Stiftungsaufsicht. Vor diesem Hintergrund zu behaupten, die Stiftung sei autonom, ja die einzig autonome juristische Person,⁶² heißt die Verhältnisse auf den Kopf zu stellen.⁶³ Vielmehr ist die Stiftung nur insofern autonom, als sie ebenfalls den von Art. 19 Abs. 3 GG verbürgten Schutz genießt⁶⁴, die Stiftungsaufsicht daher auf eine bloße Rechtsaufsicht beschränkt ist und nicht zur Durchsetzung staatlicher Interessen instrumentalisiert werden darf⁶⁵. Nur insoweit lässt sich von »Stiftungsautonomie« sprechen.

Nicht minder paradox ist sodann die aus der vorgeblichen Autonomie der Stiftung gezogene Folgerung: Die Stiftungsautonomie verbiete die Begründung autonomer Entscheidungsbefugnisse. Richtigerweise könnte man allenfalls behaupten, die »Stiftungsheteronomie«, also die Abhängigkeit der Stiftung von dem Stifterwillen, sei zwingend, weswegen der Stifterwille nicht zur Disposition der Stiftungsorgane gestellt werden könnte. Dies gilt es nunmehr zu untersuchen.

5. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens?

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens ergibt sich einerseits aus §§ 83 S. 2 Hs. 2, 85, 86 S. 1 i.V.m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB sowie aus § 87 Abs. 2 BGB. Andererseits ist er in allen Stiftungsgesetzen der Länder auf die ein oder andere Weise – oft auch als »Auslegungsgrundsatz« – ausdrücklich festgehalten.⁶⁶

Aus diesen Vorschriften ergibt sich indes weder, dass der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens in der Weise zwingend ist, dass der Stifter in jeder Hinsicht einen Willen bilden muss (s. auch o. 3.), noch dass der Stifter seinen Willen nicht zur Disposition der Stiftungsorgane stellen dürfte. Vielmehr bestimmen die meisten Landesstiftungsgesetze ausdrücklich, dass sich die Zulässigkeit von Grundlagenänderungen in erster Linie nach der Stiftungssatzung richtet.⁶⁷ Der schlichte Hinweis, der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens schliesse die Statuierung autonomer Entscheidungsbefugnisse und damit eine Relativierung des ursprünglichen Stifterwillens aus,⁶⁸ überzeugt daher nicht. Vielmehr handelt es sich um ein bloßes »Darum«-

62 Vgl. MünchKomm/Reuter (Fn. 4), Vor § 21 Rdnr. 18.

63 Ebenso Muscheler (Fn. 58), S. 99, der deswegen meint, die Stiftungsautonomie sei »gefrorene Stifterautonomie« und damit das genaue Gegenteil der Verbandsautonomie. Richtigerweise müsse man daher eigentlich von »Heteronomie« sprechen.

64 BVerfG, StiftRspr. III, S. 58, 64.

65 Siehe BVerwG, StiftRspr. II, S. 89 ff. sowie Burgard (Fn. 13), § 6 C.IV.2. und § 8 C.m.w.N.

66 Siehe Art. 2 Abs. 1 BayStiftG, §§ 2 BWStiftG, 6 Abs. 1 BbgStiftG, 3 BreStiftG, 4 Abs. 1 HbgStiftG, 5 HeStiftG, 2 MVStiftG, 2 NdsStiftG, 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 NRWStiftG, 1 Abs. 1, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1 S. 1 RPStiftG, 5 Abs. 1 S. 1 SaarStiftG, 2 SaStiftG, 2 SASTiftG, 2 ThStiftG.

67 So §§ 8 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BreStiftG, 11 Abs. 1 lit. a MVStiftG, 7 Abs. 1 S. 1 Fall 1 NdsStiftG, 7 Abs. 1 S. 1 Fall 1 SaarStiftG; § 21 Abs. 1 Fall 1 SaStiftG, § 21 Abs. 1 Fall 1 SASTiftG, § 21 Abs. 1 Fall 1 ThStiftG.

68 Vgl. BVerwG, StiftRspr. IV, S. 151, 153; OVG Bremen, StiftRspr. IV, S. 127, 131; Staudinger/Rawert (Fn. 6), § 85 Rdnr. 8, § 87 Rdnr. 20.

Argument, also einen Zirkelschluss, der voraussetzt, was es gerade zu beweisen gilt, nämlich dass der Stifterwille nicht zur Disposition der Stiftungsorgane gestellt werden darf.

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens besagt zuvörderst nichts anderes als die auch im Verbandsrecht geltende allgemeine Regel, dass die Organe an die Verfassung des Verbandes bzw. der Stiftung gebunden sind, vgl. §§ 85, 86 S. 1 i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB. Diese Bindung aber wird selbst im Falle der Zulässigkeit autonomer Grundlagenänderungen nicht aufgehoben, sondern nur in dem Sinne relativiert, als die jeweils geltende Verfassung maßgeblich ist. Und das gilt, wie zu Recht entschieden wurde, auch im Stiftungsrecht. Der Stifterwille ist daher jedenfalls insoweit unbeachtlich, als die Stiftungssatzung zwischenzeitlich verbindlich geändert wurde.⁶⁹

Diese Relativierung des Stifterwillens ändert freilich nichts daran, dass das Stiftungsrecht im Ausgangspunkt darauf angelegt ist, den Willen des Stifters über seinen Tod hinaus »in alle Ewigkeit« zu garantieren.⁷⁰ Das ist die die gewöhnlichen Grenzen der Privatautonomie sprengende Tragweite des Stiftungsgeschäfts, welche schon in den Protokollen beschrieben ist.⁷¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass der Stifter von der ihm hierdurch eingeräumten Rechtsmacht auch Gebrauch machen muss. Will man nicht ausgerechnet befördern, was der Stiftung vielfach zum Vorwurf gemacht wird, nämlich die starre Herrschaft der »toten Hand«, müsste man vielmehr dafür eintreten, dem Stifter die Gestaltungsfreiheit einzuräumen, zugunsten der Stiftungsorgane autonome Entscheidungsbefugnisse zu begründen.⁷²

Anders gewendet: Weder der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens noch die Stiftungsaufsicht als dessen Garant sind Selbstzweck. Vielmehr sichern sie die Fortgeltung der privatautonomen Entscheidungen des Stifters, schützen also sein Selbstbestimmungsrecht.⁷³ Verbieta man bestimmte Satzungsgestaltungen, greift man aber in eben dieses Selbstbestimmungsrecht ein. Gerade weil der Stifterwille maßgeblich ist, müsste es also in der Macht des Stifters stehen, eine quasikörperschaftliche Willensbildung in der Satzung zu verankern.

Allerdings verliert der Stifter nach der gesetzlichen Regelverfassung mit der Stiftungerrichtung nicht nur die Dispositionsbefugnis über das Stiftungsvermögen – auch Mitglieder können nicht über das in dem Verband gebundene Vermögen verfügen –, sondern regelmäßig auch über die Stiftungsverfassung. Während Rechtsgeschäfte im Allgemeinen durch die Parteien geändert oder aufgehoben werden können, ist das Stiftungsgeschäft nach der Stiftungsgenehmigung autonomen Änderungen durch Stifter und Stiftung gleichermaßen entzogen. Mit der Stiftungerrichtung hat der Stifter sich somit gleichsam selbst entmündigt und steht nunmehr der Stiftung grundsätzlich gleich einem beliebigen Dritten gegenüber. Vorbehaltlich abweichender Regelungen

69 Genauer o. Fn. 46.

70 Besonders eindringlich Soergel/Neuhoff (Fn. 6), Vor § 80 Rdnr. 13 f.

71 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd., 1899, S. 658.

72 Tatsächlich ist dies eine der Lösungsstrategien zur Bewältigung der sog. Tote-Hand-Problematik in den Stiftungsrechten der europäischen Staaten, s. *Hopt/Reuter*, Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, in: *Hopt u. a. Stiftungsrecht in Europa*, 2001 S. 1, 4 f.

73 *Seifart/v. Campenhausen/Hof*, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 4 Rdnr. 17.

ist er nicht einmal befugt, die Einhaltung seiner Anordnungen klageweise durchzusetzen.⁷⁴

Das Paradoxon des Stiftungsrechts besteht also darin, dass um des Schutzes der privatautonomen Entscheidung des Stifters willens regelmäßig auch er selbst von jeder Einwirkung auf die Stiftung ausgeschlossen und auf diese Weise sein Selbstbestimmungsrecht einerseits geschützt, andererseits aufgehoben wird.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Stifter auf diese Rechtslage nicht gestaltend Einfluss nehmen kann. Bezweckt die gesetzliche Regelverfassung der Stiftung den Schutz der selbstbestimmten Entscheidung des Stifters, so scheint es vielmehr ohne weiteres einzuleuchten, dass der Stifter zumindest sich selbst das Recht zu autonomen Entscheidungen vorbehalten kann.

Überdies schließt das Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung nicht jegliche Fremdbestimmung aus. Vielmehr schützt die Privatautonomie den Einzelnen nur vor einer *unerwünschten* Fremdbestimmung. Dementsprechend schützt auch der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens Stifter und Stiftung lediglich vor einem unerwünschten, nicht aber vor einem von dem Stifter erwünschten Fremdeinfluss, vgl. auch den bereits erwähnten § 7 Abs. 3 S. 2 NdsStiftG.

Allerdings ist ferner zu bedenken, dass der Stifter, räumt er Dritten autonome Entscheidungsbefugnisse ein, sich insoweit jedes Schutzes seiner selbstbestimmten Entscheidung begeben würde, zumal er diesen Dritteinfluss, vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Stiftungssatzung, nicht selbstbestimmt wieder beseitigen könnte. Bereits nach der gesetzlichen Regelverfassung wird freilich die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Stifters hinsichtlich der Stiftung dadurch kompensiert, dass er im Unterschied zu den Mitgliedern eines Verbandes durch keinerlei Entscheidungen der Organe verpflichtet oder sonst in seinen Rechten und Pflichten betroffen wird; denn nach der Stiftungserrichtung steht er der Stiftung, wie gesagt, grundsätzlich gleich einem beliebigen Dritten gegenüber. Führt der Stifter eine quasikörperchaftliche Willensbildung bei der Stiftung ein, so legt er daher nicht (auch) sein eigenes Schicksal, sondern (nur) das Schicksal der Stiftung in die Hände Dritter. Anders gewendet: Gerade weil der Stifter »seiner« Stiftung nach ihrer Errichtung wie ein Dritter gegenüber steht, wird sein Selbstbestimmungsrecht durch Entscheidungen der Stiftungsorgane nicht berührt.

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens schützt somit weder die Stiftung vor den Anordnungen des Stifters noch den Stifter vor sich selbst, sondern beide nur vor einem von dem Stifter nicht erwünschten Fremdeinfluss. Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens enthält somit keine Einschränkung der Stifterfreiheit, sondern ist im Gegenteil sein prägnantester Ausdruck. Als Ausdruck der Privatautonomie des Stifters spricht der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens somit eher für die Zulässigkeit von autonomen Entscheidungsbefugnissen.

74 Siehe MünchKomm/Reuter (Fn. 4), § 85 Rdnr. 20; Burgard (Fn. 13), § 16 A.I.2.

6. Zwischenergebnis

Keines der vorgenannten Argumente steht somit der Statuierung autonomer Entscheidungsbefugnisse entgegen. Das heißt freilich nicht, dass dergleichen in jeder Hinsicht zulässig ist und es keine Grenzen der Gestaltungsfreiheit gibt. Diese Grenzen sind vielmehr nun anhand einzelner Gestaltungselemente beispielhaft aufzuzeigen.

V. Die Zulässigkeit ausgewählter Gestaltungselemente

1. Fassung des Stiftungszwecks

Zu Recht wird verlangt, dass der Stiftungszweck nicht jede Kontur vermissen lassen darf⁷⁵. Auch im Recht der Kapitalgesellschaften wäre ein Unternehmensgegenstand »Geschäfte aller Art« unzulässig.⁷⁶ Das ergibt sich, wie bereits erwähnt, aus der begrenzenden und maßstabbildenden Funktion der Zwecksetzung.⁷⁷ Dementsprechend soll die »Bestimmung des Stiftungszwecks ... den Stiftungsorganen einen eindeutigen und klar abgrenzbaren Auftrag geben, um Rechtsunsicherheit, Willkür der Stiftungsverwaltung und eine Verzettelung der Stiftungsleistungen zu verhüten«.⁷⁸ Ein Stiftungsgeschäft mit einer Zwecksetzung wie etwa: »Förderung des öffentlichen Wohls« wäre daher ebenso unwirksam wie bei Fehlen jeder Zweckbestimmung.⁷⁹

Die Anforderungen an die thematische Eingrenzung des Stiftungszwecks dürfen freilich nicht überspannt werden, da bei einer zu engen Zwecksetzung die Handlungsfähigkeit der Stiftung gefährdet sein kann.⁸⁰ Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, sondern im Gegenteil zu empfehlen, wenn der Stiftungszweck im engeren Sinne⁸¹ thematisch weit gefasst wird (z.B. Förderung der bildenden Künste) und der Gegenstand der Stiftungstätigkeit lediglich durch einen beispielhaften Katalog veranschaulicht (z.B. Organisation von Ausstellungen, Vergabe von Stipendien) und die weitere Konkretisierung der Zweckverfolgung dem pflichtgemäßen Ermessen der Stiftungsorgane überlassen wird.⁸²

75 Ebersbach (Fn. 12), S. 81; MünchKomm/Reuter (Fn. 4), §§ 80, 81 Rdnr. 21, 101.

76 Vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG; BGH, BB 1981, 450; Hachenburg/Ulmer, Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 3 Rdnr. 23.

77 Eingehend Tieves, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 1998, S. 68 ff.

78 BGHZ 68, 142, 148.

79 In diesem Fall handelt es sich mangels Vorliegen einer gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzung (§ 81 Abs. 1 S. 2 BGB) um ein sog. Nichtgeschäft, vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, Vor § 104 Rdnr. 3.

80 Zutr. Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 73), § 8 Rdnr. 9; Schwarz, Zur Neuregelung des Stiftungsprivatrechts (Teil I), DStR 2002, 1718, 1722; s. auch Begr. RegE, BT-Drs. 14/8765, S. 10.

81 Auch im Stiftungsrecht ist richtigerweise ebenso wie im Gesellschaftsrecht zwischen dem Zweck im engeren Sinne und dem Gegenstand der Tätigkeit (auch »Unternehmensgegenstand« genannt) zu unterscheiden, eingehend Burgard (Fn. 13), § 5 A.

82 Zutr. Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 73), § 8 Rdnr. 11 f.; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drs. 14/8765, S. 10; krit. MünchKomm/Reuter (Fn. 4), §§ 80, 81 Rdnr. 22.

Das Problem der Zweckbestimmungen von Bürgerstiftungen liegt nun darin, dass sie nicht nur einen, sondern mehrere sehr weit gefasste Zwecke haben. So heißt es in § 2 S. 1 der Satzung der Bürgerstiftung Dresden: »Die Stiftung fördert und/oder initiiert Projekte, die in der Stadt Dresden und ihrem Umland in den Bereichen Kultur, Jugend, Bildung, Soziales und Umwelt durchgeführt werden.«⁸³ Dabei weckt insbesondere der Stiftungszweck »Soziales« wegen seiner Unbestimmtheit Bedenken. Gleichwohl wird man die thematische Eingrenzung schon wegen ihres regionalen Bezugs noch als ausreichend ansehen können, zumal wenn man sich vor Augen führt, wie vielfältig steuerbegünstigte Zwecke sind (vgl. §§ 52–54 AO). Dann wird nämlich deutlich, wie viele Themenbereiche nicht erfasst werden (z.B. Religion, Sport, Völkerverständigung, Denkmalschutz, Tierschutz etc., etc.).

2. Drei- oder mehrstufiger Organisationsaufbau

Grundsätzlich unbedenklich ist ferner ein drei- oder mehrstufiger Organisationsaufbau. Insofern ist nur daran zu erinnern, dass die Organisationsverfassung widerspruchsfrei und vollziehbar sein muss⁸⁴. Vor allem darf im Blick auf § 80 Abs. 2 Voraussetzung 2 BGB die Handlungsfähigkeit der Stiftung nicht in Frage gestellt sein. Im Blick hierauf bedarf es daher u.a. einer klaren Kompetenzabgrenzung, die eine Selbstblockade nicht besorgen lässt. Schließlich ist gerade in der Anfangsphase, in der eine Bürgerstiftung zwar vielleicht schon viele Organmitglieder, aber typischerweise noch geringe Erträge hat, darauf zu achten, dass etwaige Aufwendersersatzansprüche der Organmitglieder die Fähigkeit der Stiftung zur Erfüllung der Stiftungszwecke nicht beeinträchtigen.⁸⁵

3. Regelungen über den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft in der Stifterversammlung

Aus Sicht des hergebrachten Stiftungsbildes atypisch sind ferner die oben (I.) genannten Bestimmungen über den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft in der Stifterversammlung. Rechtlichen Einwänden sind diese Bestimmungen jedoch nicht ausgesetzt. Unstreitig kann der Stifter nämlich persönliche Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in einem Stiftungsorgan festlegen. Dabei kommen als Voraussetzungen nicht nur bspw. ein Mindest- oder Höchstalter, eine bestimmte Staatsangehörigkeit, gewisse fachliche Qualifikationen, die Zugehörigkeit zu einer Familie, die Mitgliedschaft in einem bestimmten Verband oder die Innehabung eines bestimmten Amtes,⁸⁶ sondern eben auch die Zustiftung eines bestimmten Mindestbetrages⁸⁷ in Betracht.

83 Auch § 2 S. 2 bis 5 enthalten zwar Beispiele dafür, auf welche Weise diese Stiftungszwecke verfolgt werden können, aber keine weiteren Einschränkungen.

84 Begr. RegE zu § 81, BT-Drs. 14/8765, S. 11.

85 Näher zum Ganzen *Burgard* (Fn. 13), § 6 C.III. und § 11 A.

86 Vgl. statt anderer *Erman/O. Werner*, BGB, Bd 1, 11. Aufl. 2004, § 81 Rdnr. 17; *Scholz/U.H. Schneider* (Fn. 48), § 6 Rdnr. 24, *ders.*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 2, 9. Aufl. 2002, § 52 Rdnr. 167.

87 Für die Zulässigkeit dieser Gestaltung auch *Hommelhoff* (Fn. 10), S. 233 f.; *Hof*, ebd., S. 336 f.; dagegen *O. Werner* (Fn. 10), S. 18, mit dem Argument, dass solche Gestaltungen

Mitgliedschaft und Stiftung

Dabei können die persönlichen Voraussetzungen nicht nur derart gefasst sein, dass sie all diejenigen disqualifizieren, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Vielmehr kann die Satzung auch vorsehen, dass derjenige, der diese Voraussetzungen erfüllt, Mitglied eines bestimmten Organs wird.⁸⁸ Der Betreffende hat dann je nach Ausgestaltung im Einzelfall entweder nur einen Anspruch auf Bestellung mit der Folge, dass es für seine Bestellung noch des Beschlusses des hierfür zuständigen Organs bedarf. In diesem Fall verbleibt dem Kurationsorgan ein gewisses Prüfungsrecht (keine Bestellung bei entgegenstehenden wichtigen Gründen), das der Stifter auch näher ausgestalten kann. Oder der Betreffende erwirbt, wenn er die Voraussetzungen erfüllt, ein Anwartschaftsrecht,⁸⁹ so dass die Bestellung allein noch von der (konkludenten) Erklärung seines Einverständnisses abhängt und hernach nur noch eine Abberufung aus wichtigem Grund möglich ist. Und so verhält es sich bei den hier in Frage stehenden Gestaltungen.

Sowohl bei einem Recht auf Bestellung als auch bei einem Anwartschaftsrecht auf Organmitgliedschaft handelt es sich um materielle Satzungsbestandteile mit der Folge, dass die Organmitgliedschaft ein statutarisches Vorzugsrecht darstellt. Solche statutarischen Vorzugsrechte können grundsätzlich nur durch Satzungsänderung entzogen werden.⁹⁰ Im Blick auf die Mitgliedschaft in einem Organ ist allerdings eine Abberufung aus wichtigem Grund stets möglich (S.u. 6.).

Unbedenklich ist es schließlich, die Organmitgliedschaft abhängig von der Höhe der Zustiftung zeitlich zu befristen oder auf Lebenszeit auszugestalten.

4. Regelungen über die Vererblichkeit der Mitgliedschaft in der Stifterversammlung

Das organschaftliche Rechtsverhältnis zwischen Organmitglied und Stiftung ist höchstpersönlicher Natur, vgl. §§ 86 i.V.m. 27 Abs. 3, 664 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Erbe eines verstorbenen Organmitglieds rückt daher grundsätzlich nicht kraft Gesamtrechtsnachfolge in dessen organschaftliche Rechtsstellung ein. Vielmehr erlischt das

womöglich eine Mehrheitsherrschaft wie bei Kapitalgesellschaften erlaubten. Das ist in der Tat denkbar, wenngleich bei denjenigen Bürgerstiftungen, bei denen nicht nach Köpfen, sondern nach der Höhe der Zustiftung abgestimmt wird, durch Stimmrechtsbegrenzungen ausgeschlossen, s. etwa § 7 Abs. 4 der Bielefelder Bürgerstiftung. Überdies ist diese Befürchtung dann kein zureichendes Argument, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht Wesens- und Typusargumente entsprechend dem Erkenntnisstand im Gesellschaftsrecht ablehnt (s.o. V.1.). Vielmehr geht es dann »nur« noch um eine Bewältigung der mit der Typusabweichung verbundenen Rechtsprobleme, also namentlich um eine typusgerechte Rechtsanwendung. Und im Blick auf das von *Werner* angesprochene Problem gibt er ja bereits selbst erste Lösungshinweise.

88 Solche Organmitglieder werden in der Literatur teilweise als »geborene Mitglieder« bezeichnet, so etwa Erman/O. *Werner* (Fn. 86), § 81 Rdnr. 18. Diese Bezeichnung ist allerdings irreführend; denn geborene Organmitglieder sind richtigerweise nur solche, die ihre Organstellung durch ihre Verbandsmitgliedschaft erlangen, während gekorene Organmitglieder die Organmitgliedschaft durch Beststellungsakt – der auch in der Satzung enthalten sein kann – erwerben.

89 Vgl. KG, *StiftRspr.* I, S. 163, 166.

90 Näher *Burgard* (Fn. 13), § 15 A.III.

Rechtsverhältnis mit dem Tod des Organmitglieds. Die Satzung kann aber Abweichendes bestimmen,⁹¹ sofern die Höchstpersönlichkeit nicht absolut, sondern – wie es dem Regelfall entspricht – nur relativ ist.⁹²

Zulässig ist danach etwa § 7 Abs. 1 S. 3 der Satzung der Bürgerstiftung Hildesheim, in der es heißt: »Die Mitgliedschaft [in der Stifternversammlung] ... geht mit dem Tod des Stifters nur dann auf die Erben über, wenn es sich um eine Stiftung in Höhe von mindestens 50.000 Euro handelt, kann aber von ihnen nicht weitervererbt werden.« In diesem Fall ist die Mitgliedschaft in der Stifternversammlung also vererblich mit der Folge ausgestaltet, dass die Erben Rechtsnachfolger des Verstorbenen werden und damit vollständig in dessen Rechtsstellung einrücken.

Erst recht zulässig sind andere Gestaltungen, die ebenfalls dazu führen, dass ein Erbe Organmitglied wird, ohne dass es aber zu einer Rechtsnachfolge kommt. Zu denken ist etwa an eine aufschiebend befristete Bestellung der Erben von Organmitgliedern oder an ein Recht der Erben auf Bestellung.

Überdies kann einem Organmitglied das Bestellungsrecht hinsichtlich seines eigenen Nachfolgers eingeräumt,⁹³ das Organmitglied auf Lebenszeit bestellt und bestimmt werden, dass die Bestellung des Nachfolgers auch testamentarisch erfolgen kann⁹⁴. So heißt es in § 6 Abs. 3 der Bürgerstiftung Dresden: »Bei Zustiftungen in Höhe von mindestens DM 2000 aufgrund einer Verfügung von Todes wegen kann der Erblasser in der Verfügung von Todes wegen eine natürliche Person bestimmen, die der Stifternversammlung angehören soll.« Diese Bestimmung betrifft zwar nicht die Nachfolge in der Stifternversammlung, verdeutlicht aber die Art und Weise, wie eine solche Regelung getroffen werden kann.

5. Regelungen über die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsrats und des Stiftungsvorstands

Ebenfalls keinen Bedenken begegnen die Regelungen über die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsrats und des Stiftungsvorstandes. In der Stiftungssatzung können insofern zwar Kriterien hinsichtlich der Auswahl der zu bestellenden Personen getroffen werden (s. o. 3.). Notwendig ist das jedoch nicht.

Zu beachten ist allerdings, dass alle Befugnisse, die unmittelbar oder mittelbar die Geschäftsführung betreffen, also nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis selbst, sondern beispielsweise auch Widerspruchs-, Zustimmungs- und Weisungsrechte in Bezug auf die Geschäftsführung sowie die Bestellung und Abberufung der Mitglieder von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen, zwingend fremdnützig sind.⁹⁵ Das gilt nicht nur im Stiftungsrecht, sondern aufgrund der mitgliedschaftlichen Förder-

91 Ebenso Scholz/*U.H. Schneider* (Fn. 48), § 38 Rdnr. 4.

92 Näher *Burgard* (Fn. 13), § 14 G.

93 Statt anderer *O. Werner*, Abberufung der Organmitglieder in einer privatrechtlichen Stiftung, S&S 3/2000, S. 15.

94 Vgl. *Heidenhain/Meister/Hof*, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2005, Form. VII.1 Anm. 31; *Seifart/v. Campenhausen/Hof* (Fn. 73), § 9 Rdnr. 87. Die testamentarische Bestellung des Nachfolgers ist eine aufschiebend befristete Bestellung.

95 Näher *Burgard* (Fn. 13), § 15 B. IV.

pflicht (§ 705 BGB) auch im Verbandsrecht.⁹⁶ Im Verbandsrecht soll sich allerdings nach herrschender Meinung die übereinstimmend handelnde Mitgliedergesamtheit in den Grenzen zwingenden Rechts (insbesondere Kapitalerhaltung und Existenzgefährdung) über diese Pflichtbindung hinwegsetzen können.⁹⁷ Im Stiftungsrecht ist das hingegen keinesfalls möglich, da es der Stiftung in Ermangelung von Mitgliedern an einem autonomen Entscheidungszentrum fehlt. Zumindest in dieser Hinsicht (s. aber u. 8.) kann der Stifter auch nichts anderes bestimmen, und zwar eben wegen der grundsätzlich fremdnützigen Natur dieser Rechte, vgl. §§ 86 S. 1 i. V. m. 27 Abs. 3, 665 BGB.

Allerdings kann der Stifter ausdrücklich oder konkludent gestatten, dass Organmitglieder im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung Eigeninteressen berücksichtigen dürfen. Das bedeutet, dass die betreffenden Organmitglieder berechtigt sind, Eigeninteressen zur Geltung zu bringen, soweit die Interessen der Stiftung nicht entgegenstehen. Diese haben stets Vorrang.

So verhält es sich etwa bei Bestellungen zugunsten bestimmter Personen, insbesondere des Stifters. Selbstverständlich darf auch der Stifter ein Bestellungsrecht nicht dazu ausnutzen, bspw. einen arbeitslosen Neffen in Amt und Würden zu heben, wenn dieser für das konkrete Amt nicht geeignet ist. Dergleichen wäre auch im Gesellschaftsrecht nicht gestattet. Ist der Neffe aber ebenso geeignet wie andere Kandidaten, dann ist es nicht zu beanstanden, wenn die verwandtschaftliche Nähebeziehung den Ausschlag gibt.

In diesen Grenzen ist im Zweifel anzunehmen, dass auch die Mitglieder einer Stiferversammlung bei der Beschlussfassung Eigeninteressen verfolgen dürfen; denn Sinn und Zweck der Einrichtung eines solchen Organs ist gerade, dass die Stifter ihre persönlichen Vorstellungen einbringen können. Die Mitglieder eines Aufsichtsorgans und die Mitglieder des Stiftungsvorstands sind hingegen bei einem solchen dreistufigen Organisationsaufbau regelmäßig streng pflichtgebunden und dürfen daher keine Eigeninteressen verfolgen.

Im Blick auf die Eignung von Organmitgliedern ist schließlich Folgendes anzumerken: Grundsätzlich bemisst sich die Geeignetheit, also insbesondere die Anforderungen an die Kenntnisse und Fähigkeiten eines Organmitglieds, nach dem konkret auszufüllenden Amt. Allerdings kann der Stifter nicht nur die Interessen der Stiftung

96 Grundlegend *Hueck*, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in: Festschrift für Rudolf Hübner zum 70. Geburtstag, 1935, S. 81 ff.; *Fischer*, Die Grenzen der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954, 777, 778 f.; s. ferner insbes. *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 344 ff.; *Winter*, Mitgliederschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 19 ff.; MünchKomm/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2003, § 705 Rdnr. 185 ff.

97 St. Rspr., s. BGHZ 31, 258, 278 f.; 95, 330, 340; 119, 256, 262; 122, 333, 336; 142, 92, 95; ferner BGH, DB 2000, 661; NJW 2000, 154, 155; BGHSt 35, 333, 336 f.; aus der Literatur statt anderer *Flume* (Fn. 51), S. 61; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, Anh. § 13 Rdnr. 17 f., 41, § 14 Rdnr. 24; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., 2006, § 13 Rdnr. 21; *Zöllner*, ebd., GmbH-KonzernR Rdnr. 83; *Scholz/Emmerich* (Fn. 48), § 13 Rdnr. 38. Dieser Ansicht ist freilich nur mit erheblichen Einschränkungen zu folgen, näher *Burgard*, Die Förder- und Treupflicht des Alleingeschafters einer GmbH – Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH, ZIP 2002, 827 ff. m. zahlr. w. N.

und in den Grenzen des § 80 Abs. 2 Voraussetzung 2 BGB die Kompetenzen von Organen und Organmitgliedern, sondern im Blick hierauf auch die Anforderungen an die Eignung von Organmitgliedern ausdrücklich oder konkludent definieren. Will der Stifter etwa die Interessen aller Stifter, Destinatäre oder Arbeitnehmer in einem Organ vertreten wissen, kommt es nicht auf die fachliche oder sonstige Eignung jedes einzelnen Organmitglieds an, sondern darauf, dass die Interessen aller vertreten werden. Sollen etwa die Arbeitnehmer eines zu der Stiftung gehörenden Unternehmens die Hälfte der Mitglieder eines Kontrollorgans der Stiftung wählen, so ist es unerheblich, ob jeder einzelne Arbeitnehmer geeignet ist, eine solche Wahl zu treffen. Auch unter Eignungsgesichtspunkten ist es daher nicht zu beanstanden, wenn die Satzung vorsieht, dass alle Stifter, die einen bestimmten Beitrag gestiftet haben, Mitglied einer Stifternversammlung werden.

6. Regelungen über die Abberufung von Organmitgliedern

Die Abberufung von Organmitgliedern ist in den §§ 80 ff. BGB ebenso wenig geregelt wie die Bestellung. Sie ist gleich jener ein organisationsrechtlicher Akt und bedarf außer eines entsprechenden Beschlusses für ihr Wirksamwerden einer (formfreien einseitigen) Abberufungserklärung gegenüber dem betreffenden Organmitglied. Sie kann befristet, nicht aber bedingt werden. Einer vorherigen Anhörung des betroffenen Mitglieds bedarf es grundsätzlich nicht. Zuständig ist im Zweifel das für die Bestellung zuständige Organ,⁹⁸ da es sich um deren *actus contrarius* handelt. Erfolgt die Bestellung wie bei den Mitgliedern einer Stifternversammlung durch die Satzung oder ist das betreffende Organmitglied zur Bestellung seines Nachfolgers berechtigt, ist im Zweifel dasjenige Organ zuständig, dem das betreffende Organmitglied angehört.⁹⁹ Zu alledem kann die Satzung abweichende Regelungen enthalten.

Von der Frage der Zuständigkeit zu unterscheiden ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Abberufung zulässig ist, insbesondere ob es hierfür eines rechtfertigenden Grundes bedarf und wie dieser beschaffen sein muss. Auch hierzu kann die Satzung Regelungen enthalten.¹⁰⁰ Eine Abberufung aus wichtigem Grund kann sie allerdings nicht ausschließen oder einschränken, sondern nur wichtige Gründe

98 BGHZ 90, 92, 95; Seifart/v. Campenhausen/Hof (Fn. 73), § 9 Rdnr. 112; Soergel/Hadding (Fn. 6), § 27 Rdnr. 17 m.w.N.

99 A.A. Schwintek, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts – Eine Untersuchung zu Pflichten und Kontrolle von Leitungsorganen im Stiftungsrecht – insbesondere in Unternehmensträgerstiftungen –, 2001, S. 365: Wenn die Satzung die Abberufung nicht regelt und sich auch aus dem Stifterwillen nichts anderes ergebe, sei nur eine Abberufung durch die Aufsichtsbehörde möglich. Das widerspricht jedoch dem Grundsatz, wonach *der Stiftung* als rechtlich selbständiger juristischer Person eine Abberufung aus wichtigem Grund stets möglich sein muss (S.u. Fn. 101) und die Befugnisse der Stiftungsaufsichtsbehörde nur subsidiär eingreifen. Gefolgt werden kann dieser Auffassung daher nur, wenn sich das betreffende Organ durch Kooptation ergänzt und lediglich aus ein oder zwei Personen besteht.

100 Vgl. etwa BGH, StiftRspr. III, S. 5, 10 f.

beispielhaft (nicht aber abschließend) nennen.¹⁰¹ Abweichende Satzungsbestimmungen wären wegen § 80 Abs. 2 Fall 2 BGB nicht anerkennungsfähig.¹⁰² Das gilt auch, wenn die Organstellung dem Betreffenden wie im Falle der Mitgliedschaft in einer Stifternversammlung als statutarisches Vorzugsrecht (s.o. 3.) eingeräumt ist. Allerdings wird man in diesem Fall, da zwei materielle Verfassungsbestimmungen miteinander in Konflikt stehen (kein Ausschluss der Abberufung aus wichtigem Grund einerseits, statutarisches Vorzugsrecht andererseits), besonders hohe Anforderungen an die Gewichtigkeit der Gründe zu stellen haben, die die Abberufung rechtfertigen. Steht eine Abberufung aus wichtigem Grund in Frage, so ist das betreffende Organmitglied ggf. wegen des Verbots des Richtens in eigener Sache vom Stimmrecht ausgeschlossen.¹⁰³

Enthält die Satzung keine Regelungen, unter welchen Voraussetzungen eine Abberufung zulässig ist, so ist im Zweifel anzunehmen, dass es in folgenden Fällen eines wichtigen Grundes bedarf:

- Bestellung in oder aufgrund einer materiellen Satzungsbestimmung als statutarisches Vorzugsrecht,
- Auseinanderfallen der Bestellungs- und Abberufungskompetenz,¹⁰⁴
- Bestellung für eine in der Satzung vorgesehene Amtszeit.¹⁰⁵

Andernfalls steht die Abberufung im pflichtgemäßen Ermessen des zuständigen Organs.¹⁰⁶ Es bedarf daher vernünftiger, nachvollziehbarer Gründe. Unter diesen Voraussetzungen reicht allerdings bereits eine Störung des Vertrauensverhältnisses aus.¹⁰⁷ Hat die Stiftungsaufsichtsbehörde das Vertrauen in ein bestimmtes Organmitglied verloren, kann dies ebenfalls dessen Abberufung (durch das zuständige Stiftungsorgan, nicht etwa durch die Behörde selbst) rechtfertigen.¹⁰⁸ Ob derartige Stö-

101 Das folgt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, vgl. §§ 27 Abs. 2 S. 2, 314 BGB, 38 Abs. 2 GmbHG, 84 Abs. 3, 103 Abs. 3 AktG sowie statt anderer Seifart/v. Campenhäusen/Hof (Fn. 73), § 9 Rdnr. 113; *Weger/Weger*, Errichtung von Stiftungen privaten Rechts, in: Handbuch Stiftungen, 2. Aufl. 2003, S. 797, 815; *Soergel/Hadding* (Fn. 6), § 27 Rdnr. 19; a.A. *Schwintek* (Fn. 99), S. 365, s. dazu o. Fn. 99.

102 Dass ggf. auch die Stiftungsaufsichtsbehörde eine Abberufung vornehmen könnte, ändert an dieser Beurteilung nichts, weil die Stiftung grundsätzlich aus sich selbst handlungsfähig sein muss.

103 Siehe nur RGZ 138, 98, 104; BGHZ 34, 367, 371; *Zöllner* (Fn. 96), S. 235 ff.; *Soergel/Hadding* (Fn. 6), § 34 Rdnr. 5, 7, jew. m.w.N.

104 Hierher gehören vor allem die Fälle, in denen der Stifter die Organmitglieder selbst (z.B. in der Satzung als deren formeller Bestandteil) bestellt hat, das Recht zur Abberufung aber entweder einem (anderen) Stiftungsorgan eingeräumt oder die Abberufung ungeregelt gelassen und nur die Zweitbestellung geregelt hat (woraus sich dann im Zweifel die Zuständigkeit zur Abberufung der Erstbestellten ergibt).

105 Vgl. *Schaubhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 70; *Baumbach/Hueck/Zöllner* (Fn. 97), § 38 Rdnr. 6.

106 A.A. *Schwintek* (Fn. 99), S. 365: nur bei wichtigem Grund.

107 A.A. *MünchKomm/Reuter* (Fn. 4), §§ 80, 81 Rdnr. 102; wie hier *Lunk/Rawert*, Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 98.

108 Vgl. *Zöllner/Mertens*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2004, § 84 Rdnr. 108.

rungen auch eine Abberufung aus wichtigem Grund rechtfertigen können, hängt von dem Einzelfall, insbesondere von der Schwere der Störung ab.¹⁰⁹

Streitig ist, ob die Satzung dem zuständigen Stiftungsorgan ein freies, d.h. nicht pflichtgebundenes Abberufungsrecht einräumen kann.¹¹⁰ Dafür spricht, dass es Sache des Stifters ist, die Machtverteilung innerhalb der Organe und das Maß ihrer Unabhängigkeit festzulegen.¹¹¹ Entscheidend dagegen spricht jedoch, dass das Abberufungsrecht ebenso wie das Bestellungsrecht zwingend fremdnützig ist (s.o. 5.).¹¹²

7. Weisungsrechte hinsichtlich der Geschäftsführung

Hinsichtlich etwaiger Weisungsrechte in Bezug auf die Geschäftsführung ist zunächst festzustellen, dass sie aus oben genannten Gründen (s.o. 5.) fremdnützig und daher pflichtgebunden sind. Das schließt freilich ebenso wenig wie bei der Geschäftsführung selbst einen weiten Ermessensspielraum aus.¹¹³ Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäß auszuüben, d.h. insbesondere unter Beachtung der Stiftungsverfassung entsprechend des objektiven Stifterwillens und mit dem Ziel der Förderung des Stiftungszwecks. Einzuhalten sind zudem die Grundregeln ordnungsgemäßer Entscheidungsfindung.¹¹⁴

109 Dahingehend auch *Schauhoff* (Fn. 105), § 3 Rdnr. 70.

110 Dafür BGH, LM, § 85 Nr. 2: Nach diesem obiter dictum hätte die Stiftungsverfassung dem Kurationsorgan ein Abberufungsrecht »ohne Einschränkung oder etwa lediglich mit der Maßgabe gewähren können, dass der Stiftungszweck berücksichtigt werden müsse« (Bl. 3). Vgl. ferner den Fall VGH Mannheim, NJW 1985, 1573. Aus der Lit. dafür *Schauhoff* (Fn. 105), § 3 Rdnr. 70; *Hoppe* (Fn. 16), S. 68 ff.; dagegen *MünchKomm/Reuter* (Fn. 4), §§ 80, 81 Rdnr. 28, 102, § 86 Rdnr. 7; *Muscheler* (Fn. 58), S. 100; *Rawert* (Fn. 8), S. 173.

111 Deswegen geht die von *Muscheler* (Fn. 58), S. 100 vorgeschlagene Analogie zu § 84 Abs. 3 AktG fehl; denn die Aktionäre sind insofern gerade nicht frei, § 23 Abs. 5 AktG.

112 Das entspricht freilich nicht der h.M. im Gesellschaftsrecht, s. *MünchKomm/Reuter* (Fn. 4), § 27 Rdnr. 25, sowie zur GmbH etwa *Scholz/U.H. Schneider* (Fn. 48), § 38 Rdnr. 16. Dabei wird übersehen, dass nicht nur offenbar unsachliche Gründe (s. *Reuter* und *U.H. Schneider*, ebd.), sondern auch die Treu- bzw. Förderpflicht der Gesellschafter einer Abberufung entgegenstehen können. Genauso wenig wie ein herrschender Gesellschafter die Berufung einer Person durchsetzen darf, die zwar sein Vertrauen genießt, aber fachlich ungeeignet ist, darf er die Abberufung eines Geschäftsführers durchsetzen, der sein Vertrauen verloren hat, weil er ihm nicht willfährt, sondern rechtswidrigen Verlangen des Gesellschafters zulasten der Minderheit widersteht. M.a.W.: Nach freiem Ermessen können die Gesellschafter bei Berufung und Abberufung allenfalls entscheiden, wenn sie sich einig sind. Andernfalls haben sie aufgrund der Treupflicht auch bei diesen Entscheidungen zumindest Rücksicht auf die Interessen ihrer Mitgesellschafter zu nehmen, richtigerweise [s. *Burgard* (Fn. 97), S. 827 ff. m.w.N.] aber auch auf die Interessen der Gesellschaft.

113 Vgl. *Schwintowski*, Grundsätze ordnungsgemäßer Anlage von Stiftungsvermögen, in: Häuser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, 2004, S. 271, 284; *Schwintek* (Fn. 99), S. 130 f.; *MünchKomm/Reuter* (Fn. 4), § 86 Rdnr. 16, 18.

114 Siehe hierzu *Burgard* (Fn. 13), § 25 A.II.2.b.

Mitgliedschaft und Stiftung

Nur im Rahmen einer solchen pflichtgemäßen Ermessensausübung kann die Berücksichtigung von Eigeninteressen gestattet sein. Die Interessen der Stiftung haben dabei stets Vorrang. Das Gemeinte sei an einem Beispiel verdeutlicht.

Auf einer Stifternversammlung wird darüber diskutiert, welches von mehreren Projekten in nächster Zeit verstärkt gefördert wird. Eines der Projekte ist vom Stiftungszweck nicht gedeckt. Überdies darf die Stiftung angesichts des stiftungsrechtlichen Kapitalerhaltungsgebots nicht mehr als 10.000 Euro zur Verfolgung des Stiftungszwecks aufwenden. Vor diesem Hintergrund dürften die Mitglieder der Stifternversammlung aufgrund ihrer Pflichtbindung weder für das nicht von dem Stiftungszweck gedeckte Projekt noch für Aufwendungen, die 10.000 € überschreiten, votieren. Im Übrigen aber dürften sie bei der Beschlussfassung ihre Partikularinteressen zur Geltung bringen. Wohnt die Mehrheit der bei der Beschlussfassung anwesenden Mitglieder in einem bestimmten Stadtteil, wäre daher nichts dagegen einzuwenden, wenn sich diese Mehrheit gerade für solche Projekte entscheidet, die sich auf diesen Stadtteil positiv auswirken. Eine Grenze folgt insofern allenfalls aus einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Stifter.¹¹⁵ Dagegen dürfte ein streng pflichtgebundener Vorstand solche persönlichen Präferenzen nicht berücksichtigen, sondern müsste allein nach objektiven Kriterien entscheiden. Dürften die Mitglieder der Stifternversammlung hingegen ebenso wie Vereinsmitglieder autonom handeln, wären sie an die vorgenannten Beschränkungen nicht gebunden, sondern könnten mit dem erforderlichen Quorum entweder – soweit man sog. Satzungs-durchbrechungen für zulässig hält¹¹⁶ – im Einzelfall von den Vorgaben der Verfassung punktuell abweichen oder jedenfalls die Satzung entsprechend ändern.

8. Regelungen über Satzungsänderungen

Bisher im Grunde vollkommen ungeklärt ist, unter welchen Voraussetzungen Satzungsänderungen gesetzlich zulässig sind und inwieweit diese gesetzlichen Voraussetzungen statutarisch abgesenkt werden können. Die Bemerkungen, die sich insoweit in Rechtsprechung¹¹⁷ und Literatur¹¹⁸ finden, sind teils widersprüchlich, teils lassen sie eine präzise Prüfung der bundes- und landesrechtlichen Voraussetzungen missen,

115 Siehe hierzu *Burgard* (Fn. 13), § 30 C.II.1.

116 Vgl. BGHZ 123, 15, 19 f.; 83, 122, 130 ff.; *Hüffer*, Aktiengesetz, 6. Aufl. 2004, § 179 Rdnr. 8 f.; *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 97), § 53 Rdnr. 23 ff., jew. m. w. N.

117 Vgl. BVerfG, StfRspr. III, S. 58, 65 f.; BGH, StfRspr. III, S. 1; BGH, StfRspr. III, S. 27, 31; BGH, StfRspr. IV, S. 58 ff.; BGH, StfRspr. IV, S. 108, 116; KG, StfRspr. I, S. 163, 169 ff., 172 ff.; KG, StfRspr. III, S. 50 ff. KG, StfRspr. III, S. 85; KG, WM 1968, 903, 906; OLG Schleswig, StfRspr. III, S. 136 f.; OVG Bremen, StfRspr. IV, S. 127, 130, bestätigt durch BVerwG, StfRspr. IV, S. 151 ff.; BayVGH, StfRspr. II, S. 2; BAG, StfRspr. IV, S. 108, 115 ff.

118 Vgl. *Seifart/v. Campenhausen/Hof* (Fn. 73), § 7 Rdnr. 172; *MünchKomm/Reuter* (Fn. 4), § 85 Rdnr. 1 ff.; *Staudinger/Rawert* (Fn. 6), § 85 Rdnr. 19, § 87 Rdnr. 19 f.; *Soergel/Neuhoff* (Fn. 6), § 87 Rdnr. 4, 7; *Erman/O. Werner* (Fn. 86), § 81 Rdnr. 15, § 85 Rdnr. 4, 10; *Bamberger/Roth/Schwarz* (Fn. 47), § 85 Rdnr. 4; *Schwintek* (Fn. 99), S. 137 ff.; *Jeß* (Fn. 10), S. 87 ff.; *Muscheler* (Fn. 58), S. 107 ff. m. w. N.

teils sind sie lediglich von verfehlten Vorstellungen über einen Typenzwang getragen. Das Thema hier in seiner ganzen Vielschichtigkeit zu behandeln, fehlt bei weitem der Raum. Referiert seien daher hier nur die Ergebnisse, die der Verfasser andernorts entwickelt hat.¹¹⁹

a) Gesetzliche Voraussetzungen

Bundesrechtlich richtet sich die Zulässigkeit von Satzungsänderungen durch die zuständigen Stiftungsorgane – was bisher nicht erkannt wurde – nach § 86 S. 1 i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB. Danach sind Satzungsänderungen zulässig, wenn:

- die Sachlage von den Annahmen des Stifters, die den Anordnungen der Stiftungsverfassung zugrunde liegen, abweicht und
- die unveränderte Befolgung der Stiftungsverfassung gemessen an dem objektiven Stifterwillen insbesondere im Blick auf die Verfolgung des Stiftungszwecks nicht (mehr) interessengerecht ist.

Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Je bedeutsamer die in Frage stehende Bestimmung ist, desto erheblicher muss sich daher die Sachlage geändert haben und desto größer müssen die Vor- bzw. Nachteile sein, die der Stiftung ohne die Satzungsänderung entgehen bzw. entstehen würden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann haben die zuständigen Stiftungsorgane die Satzung nach pflichtgemäßem Ermessen, d.h. insbesondere unter Beachtung der Stiftungsverfassung entsprechend dem objektiven Stifterwillen und mit dem Ziel der Förderung des Stiftungszwecks, zu ändern.

Eine Änderung des Stiftungszwecks i. e. S. oder eine Aufhebung der Stiftung setzen dagegen gemäß § 87 BGB die rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit der Zweckerfüllung voraus. Nach Landesrecht reicht hierfür allerdings oft schon eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse aus. Ansonsten enthält das Landesrecht nur teilweise von den bundesrechtlichen Vorgaben abweichende Voraussetzungen. Erforderlich ist aber in der Regel eine Genehmigung der Satzungsänderungen.¹²⁰

b) Statutarische Voraussetzungen

Zugleich betont das Landesrecht allerdings zu Recht, dass es in erster Linie auf den Stifterwillen und damit auf die Vorgaben der Stiftungssatzung ankommt, ob und unter welchen Voraussetzungen Satzungsänderungen zulässig sind. Das bedeutet freilich nicht, dass der Stifter die Stiftungsorgane ohne weiteres auch zu autonomen Grundlagenänderungen ermächtigen könnte.

aa) Vielmehr wird – außer den oben (IV.) bereits widerlegten Einwänden – speziell gegen die statutarische Zulassung autonomer Grundlagenänderungen vorgebracht,

119 Ausführlich *Burgard* (Fn. 13), § 13.

120 Anders ist dies nur gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 NRWStiftG, wonach einfache Satzungsänderungen der Aufsichtsbehörde lediglich anzuzeigen sind.

eine solche Gestaltung verstieße gegen § 85 BGB.¹²¹ Das überzeugt freilich ebenfalls nicht; denn diese Vorschrift besagt nur, dass die Verfassung der Stiftung durch das Stiftungsgeschäft bestimmt wird, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesgesetz beruht. Der Wortlaut von § 85 BGB verdeutlicht somit, dass sich die Stiftungsverfassung in erster Linie aus dem Stiftungsgeschäft ergibt und das Bundes- und Landesrecht daneben nur eingreifen, soweit es sich um zwingende Normen handelt oder das Stiftungsgeschäft keine Regelungen enthält. Die Vorschrift ist also vor allem auch Ausdruck der Gestaltungsfreiheit des Stifters. Weder aus ihrem Wortlaut noch aus ihrem Sinn und Zweck ergibt sich dagegen, dass die Stiftungsverfassung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden kann.

Gegenteiliges aus dem Wort »bestimmt« zu folgern, heißt den Wortlaut überinterpretieren, wie ein schlichter Blick in § 25 BGB, der § 85 BGB entspricht,¹²² erweist. Da hilft auch der Hinweis nicht weiter, dass in § 85 BGB kein Ermächtigungsvorbehalt zugunsten der Stiftungsorgane enthalten sei; denn dieser Vorbehalt ist richtigerweise in § 86 S. 1 i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB »versteckt«. Und einem Auftraggeber steht es selbstverständlich frei, dem Auftragnehmer nur das Ziel (das ist hier der Stiftungszweck), nicht aber den einzuschlagenden Weg (das sind hier die übrigen Satzungsbestimmungen) verbindlich vorzugeben.¹²³ Nur die Pflichtbindung des Auftragnehmers kann er grundsätzlich nicht aufheben.

Doch selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung zur Bedeutung von § 86 S. 1 i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB nicht folgt, ergibt sich nichts anderes. Im Gegenteil! Folgt man der hier vertretenen Auffassung nämlich nicht, so muss man konsequenterweise annehmen, der Bundesgesetzgeber habe die Frage von Satzungsänderungen durch Stiftungsorgane trotz dahingehender Vorschläge¹²⁴ auch anlässlich der »Modernisierung« des Stiftungsrechts weiterhin ungeregelt gelassen. Dabei soll § 85 BGB ausweislich der Protokolle klarstellen, dass die Regelungen des BGB auf dem Gebiet des Stiftungsrechts nicht abschließend sind und den Ländern – in den Worten des Grundgesetzes gesprochen – insoweit die konkurrierende Gesetzgebung zukommt, Art. 72, 74 Nr. 1 GG.¹²⁵ Daher kann es schlechterdings nicht gegen Art. 31

121 So Staudinger/*Rawert* (Fn. 6), § 85 Rdnr. 8; MünchKomm/*Reuter* (Fn. 4), § 85 Rdnr. 2; *ders.* (Fn. 12), S. 939 ff.; vgl. auch *Muscheler* (Fn. 12), S. 6 ff.; im Ergebnis wie hier *Ebersbach* (Fn. 12), S. 79; *A. Werner* (Fn. 12), S. 84; s. auch *Muscheler* (Fn. 58), S. 108.

122 Erman/*O. Werner* (Fn. 86), § 85 Rdnr. 1.

123 Vgl. nur MünchKomm/*Seiler* (Fn. 4), § 665 Rdnr. 12 a.E.

124 Siehe § 86 Abs. 5 des Gesetzentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 13/9320, S. 4.

125 *Mugdán* (Fn. 71), S. 664; OVG NRW, NWVBl 1996, 181; *Salzwedel*, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1962, S. 52 ff.; *Bamberger/Roth/Schwarz* (Fn. 47), § 85 Rdnr. 1: »§ 85 ermöglicht dem Landesgesetzgeber, die Verfassung der Stiftungen mit Sitz im jeweiligen Bundesland allgemeinverbindlich festzulegen und bildet daher die wichtigste Grundlage des Landesstiftungsrechts.« Zur Entstehungsgeschichte s. auch *Muscheler* (Fn. 12), S. 6. Zur umstrittenen Frage der Gesetzgebungskompetenz s. Begr. RegE, BT-Drs. 14/8765, S. 7; Stellungnahme des Bundesrates, ebd., S. 13; Gegenäußerung der Bundesregierung, ebd., S. 15; Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, eingesetzt vom Bundesministerium der Justiz, Bericht vom 19.10.2001, S. 27, 35 f., 63 f.; *Hertel*, Wettbewerbsföderalismus im Stiftungsrecht?, ZRP 2000, 387;

bzw. 72 Abs. 1 GG verstoßen, wenn die Länder von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen, die Frage von Satzungsänderungen durch die Stiftungsorgane regeln¹²⁶ und dabei dem Rechtsgedanken des § 85 BGB auch insoweit Rechnung tragen, dass sie es vornehmlich dem Stiftungsgeschäft bzw. der Stiftungssatzung anheim stellen, ob und inwieweit Grundlagenänderungen durch die Stiftungsorgane zulässig sind.¹²⁷

bb) Der Stifter kann die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Satzungsänderungen absenken. Eine Befugnis zu autonomen Grundlagenänderungen kann er allerdings nur sich selbst vorbehalten oder den Destinatären einräumen. Das ist an anderer Stelle ausführlich begründet worden.¹²⁸ Im Übrigen ist zu unterscheiden: Satzungsänderungen können voraussetzungslos, d.h. insbesondere ohne dass es einer Änderung der Sachlage bedarf, in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Stiftungsorgane gestellt werden. Eine Änderung des Stiftungszwecks i.e.S. oder die Aufhebung der Stiftung sind dagegen nur unter den vom Gesetz bestimmten oder vom Stifter justiziabel benannten Voraussetzungen zulässig. Dabei dürfen freilich keine überspannten Anforderungen an die Bestimmtheit der vom Stifter benannten Voraussetzungen gestellt werden. Zulässig ist danach bspw. eine Bestimmung, wonach die zuständigen Stiftungsorgane eine Änderung des Zwecks oder die Aufhebung der Stiftung bei einer wesentlichen Veränderung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse nach pflichtgemäßem Ermessen vornehmen dürfen.¹²⁹ Im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung kann der Stifter zudem ausdrücklich oder konkludent die Berücksichtigung von Partikularinteressen zulassen.

cc) Besagt die Satzung wie in den oben unter I. referierten Fällen lediglich, dass ein bestimmtes Stiftungsorgan bzw. mehrere Stiftungsorgane gemeinsam die Satzung bei Erreichen bestimmter Quoren ändern können, ohne Näheres zu den hierfür erforderlichen Voraussetzungen zu bestimmen, so stehen Grundlagenänderungen nicht voraussetzungslos im pflichtgemäßen oder gar freien Ermessen der zuständigen Organe. Vielmehr bedeuten solchen Regelungen vorbehaltlich eines anderen Stifterwillens nicht mehr als sie besagen, beinhalten also lediglich eine Regelung hinsichtlich der Organkompetenzen und erforderlichen Beschlussquoren. Im Übrigen haben sie

Achilles, Stiftungsrechtsreform und Gesetzgebungskompetenz des Bundes, ZRP 2002, 23; *Backert*, Fragen zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die neu gefassten §§ 80, 81 BGB, ZSt 2004, 51.

126 Vgl. Begr. RegE zu § 6 BWStiftG, LT-Drs. 13/2622, S. 11; Begr. RegE zu § 7 HbgStiftG, LT-Drs. 18/1513, S. 14.

127 Völlig schief ist das Argument, bei einer Ermächtigung zu Satzungsänderungen stünde in Frage, »ob und in welchem Ausmaß das Stiftungsgeschäft Wirksamkeit entfalte. Fragen rund um das Stiftungsgeschäft aber ... [seien] spätestens seit der Reform von 2002 als vom Bundesrecht abschließend geregelt zu betrachten«, so *Muscheler* (Fn. 12), S. 8. Mit der Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts hat die Möglichkeit von Satzungsänderungen nichts zu tun. Vielmehr ist der Bundesgesetzgeber selbst davon ausgegangen, dass der Stifter in die Satzung Bestimmungen über Zweck- und Satzungsänderungen aufnehmen kann, und zwar ohne ihn dabei irgendwelchen materiellen Einschränkungen zu unterwerfen, s. Begr. RegE zu § 81 BGB, BT-Drs. 14/8765, S. 10. Auch insoweit sind die landesrechtlichen Vorschriften daher nicht zu beanstanden.

128 *Burgard* (Fn. 13), § 13 A.II.3.

129 Vgl. *Schiffer/Schubert*, Unternehmensnachfolger als Gründer, DB 2000, 437, 439.

nur klarstellende Bedeutung, nämlich dass Satzungsänderungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig sind.

VI. Zusammenfassung

1. Eine körperschaftliche Strukturierung von Stiftungen ist zulässig. Die hiergegen vorgebrachten Argumente haben sich samt und sonders nicht als stichhaltig erwiesen.
2. Der Stiftungszweck darf nicht jegliche Kontur vermissen lassen. Manche Zweckbestimmungen von Bürgerstiftungen sind insoweit grenzwertig.
3. Ein mehrstufiger Organisationsaufbau ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.
4. Unbedenklich ist ferner, wenn die Mitgliedschaft in einem Stiftungsorgan an eine Zustiftung in bestimmter Höhe geknüpft wird. Bei der Organmitgliedschaft handelt es sich in diesem Fall um ein statutarisches Vorzugsrecht.
5. Die Mitgliedschaft in einem Stiftungsorgan kann vererblich ausgestaltet werden.
6. Befugnisse, die unmittelbar oder mittelbar die Geschäftsführung betreffen, sind fremdnützig und daher stets pflichtgebunden. Pflichtgebunden ist daher auch die Befugnis zur Berufung oder Abberufung von Organmitgliedern. Allerdings kann der Stifter im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung auch ausdrücklich oder konkludent die Berücksichtigung von Eigeninteressen gestatten. Dabei bleiben die Interessen der Stiftung freilich stets vorrangig.
7. Die Zulässigkeit von Satzungsänderungen durch die zuständigen Stiftungsorgane richtet sich nach § 86 S. 1 i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB. Änderungen des Stiftungszwecks i. e. S. und eine Aufhebung der Stiftung sind dagegen bundesrechtlich nur unter den Voraussetzungen des § 87 BGB zulässig. Nach Landesrecht reicht hierfür indes oft schon eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse aus. Ansonsten enthält das Landesrecht nur teilweise von den bundesrechtlichen Vorgaben abweichende Voraussetzungen. Erforderlich ist aber in der Regel eine Genehmigung der Satzungsänderungen.
8. Die gesetzlichen Voraussetzungen für Grundlagenänderungen kann der Stifter absenken. Eine Befugnis zu autonomen Grundlagenänderungen kann er allerdings nur sich selbst vorbehalten oder den Destinatären einräumen. Im Übrigen können Satzungsänderungen voraussetzungslos, d. h. insbesondere ohne dass es einer Änderung der Sachlage bedarf, in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Stiftungsorgane gestellt werden. Änderungen des Stiftungszwecks i. e. S. und eine Aufhebung der Stiftung sind dagegen nur unter den gesetzlichen oder unter vom Stifter justiziabel bestimmten Voraussetzungen zulässig.
9. Besagt die Satzung lediglich, dass die Stiftungssatzung von den zuständigen Stiftungsorganen bei Erreichen bestimmter Quoren geändert werden kann, so liegt hierin lediglich eine Bestimmung der Kompetenzen und Beschlussquoren sowie die Klarstellung, dass Satzungsänderungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig sind.
10. Alles in allem begegnen die besprochenen Satzungsbestimmungen von Bürgerstiftungen daher keinen rechtlichen Bedenken.

Ulrich Burgard

VII. Summary

The civic foundation (Bürgerstiftung) is hailed as a new form of civic engagement. However, under the prevailing view the central articles provisions of civic foundations are subject to certain doubts regarding their corporate structure. These doubts rest upon conventional typological conceptions, however, which are inappropriate regarding restrictions on the founder's scope in shaping the foundation. This is because under German law there is no mandatory form requirement. Rather it is not understandable why corporations with foundation-like features should be admissible but not corporately organised foundations. Nevertheless this in no way justifies unlimited scope for founder action, and foundation objects in particular have to be properly defined. In addition, powers accruing directly or indirectly to the management entail obligations in that they are to benefit third parties. Similarly subject to obligations is the power to appoint and dismiss members of foundation bodies. Nevertheless, within the proper exercise of his discretion the founder may, either expressly or impliedly, have regard to his personal interests, even though the interests of the foundation take priority. Further, there can be no objection to a multi-layered organisational constitution as well as structures in which foundation membership is conditional upon donation of a particular amount and the membership is hereditary. Finally provisions in the foundation articles for amendment of the articles by a certain quorum of the competent foundation body afford no autonomous right to fundamental changes. Rather they constitute a mere determination of competences and resolution quorums, as well as clarification that it is admissible to amend articles under the appropriate legal preconditions. Accordingly such provisions in the articles of civic foundations do not raise legal concerns.

Corporate Governance im wirtschaftlich tätigen Verein im österreichischen Recht

Mit rechtsvergleichendem Blick nach Deutschland

SUSANNE KALSS/NORA ABURUMIEH

I. Einleitung	125	1. Kontrolle durch Vereinsmitglieder . . .	143
II. Wesenselemente des Vereinsbegriffs	127	2. Rechnungslegung	148
1. Überblick	127	3. Publizität	152
2. Wirtschaftlicher Verein	127	V. Haftung	154
3. Idealverein	132	1. Haftung der Organwalter	155
III. Vereinsorganisation	136	2. Haftung der Mitglieder – Durchgriff	160
1. Überblick	136	VI. Anmerkungen zur steuerlichen Behandlung von Vereinen	162
2. Mitgliederversammlung	137	VII. Fazit	163
3. Leitungsorgan	138	VIII. Zusammenfassung	163
4. Aufsichtsorgan, Rechnungsprüfer und sonstige Organe	141	IX. Summary	163
IV. Kontrolle, Rechnungslegung und Publizität	143		

I. Einleitung

Das österreichische Vereinsrecht kennt seit der Aufhebung des Vereinspatents 1852 nur noch die Rechtsform des nicht auf Gewinn berechneten Idealvereins. Auch in Deutschland wird der wirtschaftliche Verein aufgrund des Subsidiaritätsprinzips weitgehend durch sonstige Gesellschaftsformen verdrängt, der Gesetzgeber plant überdies die gänzliche Abschaffung des wirtschaftlichen Vereins. Dennoch entspricht es der Wirtschaftsrealität, dass Vereine – obgleich als Idealvereine errichtet – oft in nicht unerheblichem Ausmaß wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen und erhebliche Vermögensmassen verwalten. Neben die »ursprüngliche« Einnahmequelle, nämlich Mitgliedsbeiträge und Spenden (leistungsunabhängiger Mittelzufluss),¹ treten in diesen Vereinen noch weitere Einnahmen hinzu, die durch die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr entstehen (leistungsabhängiger Mittelzufluss^{2,3}). Das

1 *Harb*, Rechnungslegung von Vereinen, RWZ 1997, 37 (37); *Knauth*, Die Ermittlung des Hauptzwecks bei eingetragenen Vereinen, JZ 1978, 339 (342); *Steding*, Zulässigkeit und Begrenzung des Einsatzes der GbR und des Vereins für wirtschaftliche Tätigkeit, NZG 2001, 721 (726).

2 *Harb* (Fn. 1), S. 37.

3 Gem. § 3 Abs. 2 Ziff. 4 VerG müssen die Statuten neben den für die Verwirklichung des Vereinszwecks vorgesehenen Tätigkeiten auch die Art der Aufbringung der finanziellen Mittel beinhalten. Diese Angaben sollen etwa darüber Auskunft geben, ob der Verein seine Tätigkeiten zur Verwirklichung des Vereinszwecks aus Spenden oder einer erwerbsmäßigen Tätigkeit finanzieren will, vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 24 (VerG 2002).

über Spenden generierte Vereinsvermögen ist oft beachtlich hoch, auch die wirtschaftliche Betätigung, und damit insgesamt die ökonomische Bedeutung des Vereinswesens, darf trotz der bestehenden Rechtslage, nämlich der weitgehenden Beschränkung auf Idealvereine, nicht unterschätzt werden.⁴

Die oft unzureichende bis fehlende Corporate Governance, Kontrolle, Publizität und Rechnungslegung im Vereinsrecht werden kritisiert,⁵ und lassen vor allem aus gläubigerschützenden Gesichtspunkten die Rechtsform des Vereins für die wirtschaftliche Betätigung der Vereine ungeeignet erscheinen, mögliche Umgehungen der strengeren Normen des Kapitalgesellschaftsrechts durch Wahl der Rechtsform des Vereins werden kritisiert. Das System des Vereinsrechts bleibt nämlich hinter den strengen Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts zurück, welches – vor allem im Recht der Aktiengesellschaft – durch ein strenges Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregime, weitgehende Publizität und ein feingliedriges Kontrollsystem gekennzeichnet ist. Die Vermutung voller Verselbständigung und umfassender Zuordnung bringt bei wirtschaftlichen Vereinen besondere Gefahren für den Rechtsverkehr mit sich, die durch adäquate Sicherungen ausgeglichen werden müssen.⁶ Die österreichische Vereinsrechtsreform wirkt diesen Defiziten teils entgegen, sie etabliert durch die Schaffung ausdrücklicher vereinsprivatrechtlicher Normen eine verbesserte Corporate-Governance-Struktur für Vereine. Das Ausschüttungsverbot im Vereinsrecht hat den relativen Effekt einer Kapitalerhaltungsvorschrift, auch mit anderen Normen – etwa den zwingenden Rechnungslegungsnormen – soll der Gläubigerschutz im Verein verwirklicht werden. Die österreichische Vereinsrechtsreform ist vom Gedanken getragen, die öffentlich-rechtliche Kontrolle durch eine privatrechtliche zu entlasten.⁷ Im deutschen Vereinsrecht fehlt weitgehend die privatrechtliche Kontrolle im Verein. Nach deutschem Recht erlangen wirtschaftliche Vereine erst durch Verleihung und bloß in Ermangelung anderer Rechtsvorschriften Rechtsfähigkeit, was eine gewisse Schutzbarriere darstellt. Im Hinblick auf die weitgehend zulässige wirtschaftliche Nebentätigkeit von Idealvereinen fehlt aber ein austariertes Kontrollsystem. Die in Deutschland geplante Vereinsrechtsnovelle⁸ bringt auf der Ebene der Corporate Governance, der Rechnungslegung und der Publizität keinen Fortschritt. Freiwillig etablierte Kontroll-, Transparenz- und Gläubigerschutzmaßnahmen bieten sich in der Praxis als vertrauensbildende Maßnahmen gegenüber dem Publikum an.

4 Vgl. jüngst für Österreich *Meyer/Leitner*, Keine Gewinne, keine ökonomische Relevanz?, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Das Recht der Non-Profit-Organisationen, 2006, S. 1 ff.

5 Vgl. zum deutschen Recht etwa *Segna*, Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen – Reformbedarf im deutschen Recht, in: Börsche/Walz, Wie viel Prüfung braucht der Verein – wie viel Prüfung verträgt die Genossenschaft?, 2005, S. 7 ff.; *Adams/Maßmann*, Vereinsreform in Deutschland, ZRP 2002, 128 ff.; *Segna*, Vereinsrechtsreform, NZG 2002, 1048 ff.; *Arnold*, Die geplante Vereinsrechtsreform – Fortschritt oder Irrweg? DB 2004, 2143 ff.

6 *K. Schmidt*, Systemfragen des Vereinsrechts, ZHR 1983, 43 (59); *Beuthien*, Künftig alles klar beim nicht eingetragenen Verein?, NZG 2005, 493.

7 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002, Vor § 1 Rz. 11.

8 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004, vorgelegt vom Bundesjustizministerium; der Entwurf des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006 konnte nicht mehr berücksichtigt werden; vgl. zu beiden *Heermann*, Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR 2006, 247 ff.

II. Wesenselemente des Vereinsbegriffs

1. Überblick

Der Verein ist eine auf Dauer angelegte, freiwillige Personenvereinigung, die in ihrem Bestand vom Mitgliederwechsel unabhängig ist, eine körperschaftliche Verfassung und einen Gesamtnamen hat.⁹ Die Unabhängigkeit von der Person der Mitglieder stempelt den Verein zum Prototyp der Körperschaft;¹⁰ ihm steht auf der anderen Seite als Prototyp der Personengesellschaft die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff. ABGB bzw. §§ 705 ff. BGB) gegenüber.¹¹ Der Verein ist auf die Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet.¹² Der Verein kann einerseits auf die Verwirklichung eines ideellen Zwecks gerichtet sein; die Verwirklichung eines ausschließlich wirtschaftlichen Zwecks durch einen Wirtschaftsverein kennt nur noch das deutsche Recht, in Österreich ist die Gründung eines Wirtschaftsvereins seit der Aufhebung des Vereinspatents 1852 nicht mehr möglich.

2. Wirtschaftlicher Verein

a) Vereinspatent 1852

Ursprünglich war in Österreich für alle auf Gewinn gerichteten Vereine, etwa auch für Aktiengesellschaften, das Vereinspatent 1852¹³ maßgebliche Rechtsgrundlage. Das Vereinspatent wurde gem. § 1 des Bundesrechtsbereinigungsgesetzes¹⁴ mit Wirkung zum 31.12.1999 außer Kraft gesetzt,¹⁵ seit 1.1.2000 können daher keine weiteren Vereine nach dem Vereinspatent 1852 gegründet werden. Zu diesem Zeitpunkt bestanden nur gezählte fünf Vereine, welche aufgrund der alten Rechtslage fortbestehen.¹⁶ Für die wirtschaftliche Betätigung stehen seither nur noch die durch besondere gläubiger- und mitgliederschützende Normen gekennzeichneten Rechtsformen zur Verfügung, wie etwa die AG mit ihrem strengen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregime sowie die GmbH. Die Rechtsverhältnisse bestehender wirtschaftlicher Vereine (Satzungsänderungen, Aufsichtsmaßnahmen) richten sich wohl aber weiterhin nach dem

9 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band 1, 12. Aufl. 2002, S. 70; vgl. auch *Brändle/Schnetzler*, Das österreichische Vereinsrecht, 3. Aufl. 2002, S. 45 ff.

10 *Steding* (Fn. 1), S. 721 (725).

11 *Reuter*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 4. Aufl. 2001, §§ 21, 22 Rz. 1.

12 *Reuter* (Fn 11); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 659.

13 RGBl. 253/1852.

14 BGBl. I 1999/191 (BRBG).

15 Vgl. dazu *Kalss/Eckert*, Das Vereinspatent 1852 und das Bundesrechtsbereinigungsgesetz, *ecolex* 2001, 910 ff.; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003, S. 72 ff.; *Spunda*, Zivil- und handelsrechtliche Änderungen durch das 1. Bundesrechtsbereinigungsgesetz, *ecolex* 1999, 670; allg. zur Rechtsbereinigung vgl. *Wimmer*, Deregulierung im Wirtschaftsrecht, Wien BMWA 1996, S. 16 ff.

16 *Kalss/Eckert* (Fn. 15), S. 910 ff.

Vereinspatent.¹⁷ Für Idealvereine besteht aber dennoch die Möglichkeit, im Rahmen des Nebenweckprivilegs in nicht unerheblichem Ausmaß wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen.

Auch schon während der Geltung des Vereinspatents war dessen Anwendungsbereich eingeschränkt, die Konzession durfte nur erteilt werden, wenn eine andere Rechtsform nicht zur Verfügung stand oder unzumutbar war, daher war diese Rechtsform – vergleichbar dem wirtschaftlichen Verein gem. § 22 BGB – subsidiär.¹⁸ Weiterhin kennen aber sondergewerbliche Fachaufsichtsgesetze besondere Formen wirtschaftlicher Vereine, wie §§ 4 ff. öSparkassengesetz den Sparkassenverein und §§ 26 ff. öVersicherungsaufsichtsgesetz den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, auf welche die sonstigen vereinsrechtlichen Vorschriften nicht anzuwenden sind. Der wirtschaftliche Verein kam aber auch nach alter Rechtslage dort nicht in Frage, wo die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit einer bestimmten Rechtsform vorbehalten ist (Rechtsformzwang).¹⁹ Die Bedeutung dieser Vereine ging dramatisch zurück, da Sparkassen und Versicherungsvereine der Weg geöffnet wurde, sich in Privatstiftungen umzuwandeln (vgl. §§ 27 ff. SparkassenG sowie § 61 e VAG).²⁰

b) Wirtschaftlicher Verein gem. § 22 BGB

Das deutsche Recht unterscheidet²¹ zwischen nichtwirtschaftlichen (§ 21 BGB) und wirtschaftlichen Vereinen (§ 22 BGB). Im Vergleich zum nichtwirtschaftlichen Verein (Idealverein), der nach dem System der Normativbestimmungen die Rechtsfähigkeit mit Eintragung in das Vereinsregister erlangt, d. h. bei Beachtung der §§ 56 bis 59

17 Kalss/Eckert (Fn. 15), S. 910 (912); Kalss/Burger/Eckert (Fn. 15), S. 76 ff.; Koziol/Welser (Fn. 9), S. 70.

18 Aicher, Der Verein im System wirtschaftlicher Assoziationen, in: Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer, 1988, S. 1 (18 ff.); Zib, Der Verein als Unternehmer, AnwBl 1988, 321 (322); Höbnel/Jöchel/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine, 1997, S. 26; vgl. auch Raschauer, Wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit, ÖZW 1992, 11 (15, 17).

19 Beispielsweise ist die Tätigkeit als Börse (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 öBörseG), das Bauspargeschäft (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 öBSpG), das Pensionskassengeschäft (§ 6 Abs. 1 öPKG), das Beteiligungsfondsgeschäft (§ 3 Abs. 2 öBeteilFG), das Hypothekenbankengeschäft (§ 1 öHypBG) ausschließlich der Rechtsform der AG vorbehalten. Kreditinstitute können gem. § 5 Abs. 1 Ziff. 1 öBWG demgegenüber auch in der Form einer GmbH, Genossenschaft oder Sparkasse geführt werden. Das Immobilienfondsgeschäft steht ebenso wie das Investmentgeschäft und das Mitarbeitervorsorgekassengeschäft nur Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung offen (vgl. § 2 Abs. 3 öImmoInvFG, § 2 Abs. 3 öInvFG, § 19 öMBVG).

20 Siehe dazu Berndt, Die Sparkassenprivatstiftung unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsproblematik, 2005, passim; Reich-Rohrwig/Priemayer, Versicherungsverein aG: Umwandlung in Privatstiftung wird möglich, ecolex 2005, 694 ff.

21 Nach der in Deutschland geplanten Vereinsrechtsreform soll der bisherige § 22 BGB gestrichen werden, wirtschaftliche Vereine sollen nur noch aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen zulässig sein. Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004 des Bundesjustizministeriums, s. dazu Arnold (Fn. 5), S. 2143 (2143 f.).

BGB²² einen Anspruch auf Eintragung hat, wird der wirtschaftliche Verein nach dem Konzessionssystem nur in Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften und erst durch staatliche Verleihung zur Rechtsperson. Beim nichtrechtsfähigen Verein²³ ist die Unterscheidung zwischen nichtwirtschaftlichem Verein und wirtschaftlichen Verein darüber hinaus für die Haftung der Mitglieder wesentlich.²⁴

Die Unterscheidung des wirtschaftlichen Vereins vom nichtwirtschaftlichen Verein erfolgt nach der h.M. anhand der Ermittlung des Schutzzwecks der Normativbestimmungen des Handelsvereinsrechts (teleologisch-typologische Methode²⁵), der in erster Linie im Verkehrsschutz liegt. Nach dieser Abgrenzung werden heute drei Grundtypen des wirtschaftlichen Vereins unterschieden, nämlich (i) der Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins, der planmäßig, entgeltlich und anbietend an einem äußeren Markt tätig ist; (ii) der Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt, der nur aus Vereinsmitgliedern besteht (z.B. Konsumvereine, Wohnbauvereine) und (iii) der genossenschaftlich tätige Verein, bei welchem Teilbereiche wirtschaftlicher Tätigkeit aus den Unternehmen der Mitglieder ausgegliedert und zur gemeinschaftlichen Wahrnehmung auf einen Verein übertragen werden (z.B. Funktaxizentralen, die eingehende Aufträge annehmen und auf die einzelnen Mit-

22 Eintragungsvoraussetzungen sind etwa ein bestimmter Mindestinhalt der Satzung (z.B. Name, Sitz, Bestimmungen über den Ein- und Austritt der Mitglieder und die Bildung des Vorstands) und die Erfüllung der Mindestmitgliederzahl von sieben Mitgliedern.

23 Das deutsche Recht kennt neben dem Typus des rechtsfähigen (eingetragenen) Vereins auch jenen des nichtrechtsfähigen (nicht eingetragenen) Vereins. § 54 BGB verweist für den nichtrechtsfähigen Verein auf die Vorschriften über die Gesellschaft, die heutige h.M. wendet mit unterschiedlichen Begründungen die vereinsrechtlichen Vorschriften auch auf den nichtrechtsfähigen Verein an, mit Ausnahme jener Vorschriften, die die Eintragung voraussetzen, vgl. *Stock*, Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, NZG 2001, 440 (444); *Beuthien*, Künftig alles klar beim nicht eingetragenen Verein?, NZG 2005, 493 (494); *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 740 ff.; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, 2. B. Rz. 6. Auch nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts soll der nicht eingetragene Verein weitgehend den Vorschriften über den eingetragenen Verein unterstehen, vgl. dazu *Beuthien* (Fn. 23), S. 493 ff. Der folgende Beitrag klammert die Besonderheiten des nichtrechtsfähigen Vereins aus. Das österreichische Vereinsrecht kennt demgegenüber die Unterscheidung in rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Verein nicht, der nach dem österreichischen Recht zulässige Idealverein erhält seine Rechtspersönlichkeit gem. § 2 Abs. 1 VerG mit seiner Entstehung, d.h. mit Abschluss des Verwaltungsverfahrens zur Vereinsgründung bei der Vereinsbehörde, vgl. *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform, 2003, S. 4.

24 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 667, 746 f.

25 Vgl. *K. Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 89 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 668 f.; *K. Schmidt*, Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit, AcP 1982, 1 (12); *K. Schmidt*, Entziehung der Rechtsfähigkeit bei unrechtmäßig eingetragenen Wirtschaftsvereinen, NJW 1998, 1124 (1125); *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 6; *Soergel/Hadding*, BGB, Band 1, 13. Aufl. 2000, §§ 21, 22 Rz. 24; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1050 Fn. 22 m.w.N.); *Segna*, Publizitätspflicht eingetragener Vereine?, DB 2003, 1311 (1313); *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2143); *Lettl*, Wirtschaftliche Betätigung und Umstrukturierung von Ideal-Vereinen, DB 2000, 1449 (1450).

gliedern verteilen, Werbegemeinschaften).²⁶ Unschädlich für die Einordnung als nicht-wirtschaftlicher Verein sind diese Betätigungsformen aber dann, wenn sie sich in einer Nebentätigkeit des Vereins im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs erschöpfen.

Soweit nicht durch spezielle Normativbestimmungen für bestimmte Vereinstypen Grundlagen für eine geordnete Verleihungspraxis geschaffen sind,²⁷ gilt das Prinzip der Subsidiarität, womit handelsgesellschaftliche und genossenschaftliche Rechtsformen dem wirtschaftlichen Verein vorgehen.²⁸ Vereinigungen, denen eine Betätigung in den Formen der körperschaftlichen Handelsgesellschaften zumutbar ist, ist damit der Zugang zur Rechtsform des rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins verwehrt (Sperrfunktion).²⁹ Ist ausnahmsweise wegen besonderer Umstände eine andere Rechtsform nicht sachgerecht, kommt die Verleihung der Rechtsfähigkeit gem. § 22 BGB in Frage, sie hat dann aber auch zu erfolgen.³⁰ Die Sperrfunktion wird mit dem fehlenden Gläubigerschutz (fehlende Mindestkapitalausstattung, Kapitalaufbringung und -erhaltung, Prüfung, Bilanzierung und Publizität)³¹, aber auch dem Mitgliederschutz (Informations- und Mitwirkungsrechte, abfindungsloser Vereinsaustritt³², kein Anspruch auf Liquidationserlös³³ und Sozialschutz (Publizität und Mitbestimmung)³⁴ begründet. Zu bedenken ist dabei, dass auch das System und die Funktionsweise der

- 26 Vgl. zu diesen Typen ausführlich *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 670 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 1 (20 ff.); *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 113 ff.; *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 26 ff.; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 25 ff.
- 27 So steht die Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins nach deutschem Recht Verwertungsgesellschaften, Lohnsteuerhilfevereinen und Rabattsparvereinen und den Erzeugergemeinschaften nach dem deutschen Marktstrukturgesetz und den Forstbetriebsgemeinschaften nach dem deutschen Bundeswaldgesetz offen, vgl. *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 681; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 1 (37 ff.); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 52; vgl. auch *Steding* (Fn. 1), S. 721 (725); vgl. auch die Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, S. 18.
- 28 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 679 f.; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 1 (34 ff.); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 BGB Rz. 6 u. 52; *Steding* (Fn. 1), S. 721 (726); *K. Schmidt*, Der Subsidiaritätsgrundsatz im vereinsrechtlichen Konzessionssystem, NJW 1979, 2239 (2239); BGHZ 85, 84 (88 f.) – ADAC.
- 29 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 BGB Rz. 6; *Steding* (Fn. 1), S. 721 (726); *K. Schmidt* (Fn. 28), S. 2239 (2239).
- 30 *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 30; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 1 (32 ff.); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 52; BverwG, 24.4.1979, NJW 1979, 2261.
- 31 Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 669; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 13 f.; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 BGB Rz. 5; *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 11 f.; *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2144); vgl. auch BverwG, 6.11.1997, NJW 1998, 1166.
- 32 Vgl. dazu *Lettl*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt der Mitgliedschaft beim Idealverein, AcP 2003, 149 ff.
- 33 *Heckelmann*, Der Verein als Unternehmer? AcP 1979, 1 (34 ff.); *Reuter*, Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von Idealvereinen, ZIP 1984, 1052 (1054 f.); *Steding* (Fn. 1), S. 721 (727); *Lettl* (Fn. 32), S. 149 (175); *Wagner*, Bundesliga Going Public: Traumpaß oder Eigentor?, NZG 1999, 469 (472); *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1314); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 BGB Rz. 7 f.; *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 13 ff.; ablehnend *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 669; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 14 ff.; krit. auch *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 27, Fn. 33.
- 34 Vgl. *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 17 f.; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 8.

Kapitalaufbringung und -erhaltung im Kapitalgesellschaftsrecht vermehrt unter Kritik geraten ist,³⁵ und sich eine Abkehr vom geltenden Kapitalschutzsystem abzeichnen beginnt.³⁶ Der fehlende Kapitalschutz als Argument gegen die Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins wäre damit neu zu überdenken, notwendig ist die Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Kapitalgesellschaften und dem Verein, dabei muss u.U. stärker auf den Gesichtspunkt des Anlegerschutzes abgestellt werden.³⁷

- 35 Vgl. zum österreichischen Recht *Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept, *GeS* 2005, 140; *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz, Teil I und II, *GesRZ* 2004, 360 ff., *GesRZ* 2005, 27 ff.; *Kalss*, Aktuelle Fragen zum Eigenkapital, insbesondere zum Nenn- und Mindestkapital von Kapitalgesellschaften, in: *Bertl/Eberhartinger/Egger/Gassner/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Eigenkapital, 2004, S. 89 (100 ff.); *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts – Geschichte und Materialien des GmbH-Rechts, 2004, S. 19, 315 ff. Aus der internationalen Literatur etwa *Eidenmüller/Engert*, Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, *AG* 2005, 97 ff.; *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, *Der Konzern* 2004, 165 ff.; *Mülbert*, Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, *Der Konzern* 2004, 151 ff.; *Kallmeyer*, Bereinigung der Finanzverfassung der GmbH, Vorschlag für eine GmbH-Reform, *GmbHR* 2004, 377 ff.; *Kübler*, The Rules of Capital Under Pressure of the Securities Markets, in: *Hopt/Wymeersch*, Capital Markets and Company Law, 2003, S. 95 ff.; *Schön*, Wer schützt den Kapitalschutz?, *ZHR* 2002, 1 ff.; *Mülbert/Birke*, Legal Capital – Is there a Case against the European Legal Capital Rules?, *EBOR* 2002, 695 ff.; *Lutter*, Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, *AG* 1998, 375 ff.
- 36 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der GmbH und der Bekämpfung von Missbräuchen vom Mai 2006 (MoMiG), das das notwendige Mindestkapital für GmbHs von € 25.000 auf € 10.000 herabsetzt. Der Winter II-Bericht (Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa) vom 4.11.2002 stellte fest, dass das Konzept des festen Nennkapitals zwar keinen Wettbewerbsnachteil für europäische Gesellschaften darstelle, andererseits aber auch kein Wettbewerbsvorteil erkennbar und daher ein alternatives Regelungskonzept zumindest längerfristig in Betracht zu ziehen sei, S. 13, 84 ff., online abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf (2.9.2005); s. auch den Aktionsplan zur »Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union« vom 21.5.2003, KOM (2003) 284 endg., S. 21 (online abrufbar unter http://europa.eu.int/eurlex/de/com/cnc/2003/com2003_0284de01.pdf [2.9.2005]), wo die Kommission eine Studie über die Realisierbarkeit einer Alternative zum Kapitalerhaltungssystem (somit Abgehen vom Konzept eines festen Mindestnennbetrags) ankündigt. Auch der EuGH hat – zumindest für die Rechtsform der GmbH – dem bestehenden Konzept der Notwendigkeit eines Mindestkapitals und starren Kapitalschutzes eine klare Absage erteilt, vgl. die Urteile *Centros* (EuGH, 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.), *Überseering* (EuGH, 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919), *Inspire Art* (EuGH, 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155), vgl. *Kalss*, in: *Bertl/Eberhartinger/Egger/Gassner/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Fn. 35), S. 89 (102); *Adensamer/Bervoets*, Nationaler Gläubigerschutz auf dem Prüfstand, *RdW* 2003/538, 617 ff.; *Kalss*, Reform des Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten zum 16. ÖJT, 2006 (in Druck).
- 37 Vgl. *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2144).

3. Idealverein

a) Idealverein gem. österreichischem VerG 2002

Maßgebliche Rechtsgrundlage für rechtsfähige³⁸ Idealvereine in Österreich ist das Vereinsgesetz 2002 (VerG),³⁹ welches das alte Vereinsgesetz aus 1951 ablöst. Das VerG definiert in § 1 Abs. 1 den Verein als einen freiwilligen, auf Dauer angelegten, auf Grund von Statuten organisierten Zusammenschluss mindestens zweier Personen zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zwecks. Tatbestandliche Besonderheit des Vereinsbegriffs nach dem VerG ist der »ideelle Zweck«,⁴⁰ d.h. der Verein darf nicht auf Gewinn berechnet sein (vgl. § 1 Abs. 2 VerG, vgl. auch schon § 2 VerG 1951); damit wird die Trennlinie zu anderen Zusammenschlüssen markiert. Dennoch sind auch Idealvereine in ganz unterschiedlichem Ausmaß wirtschaftlich tätig. Der Bogen der wirtschaftlichen Betätigung spannt sich beispielhaft vom kleinen Turnverein, der seinen Mitgliedern am Vereinsbuffet Erfrischungen ausschenkt zum karitativen Verein, der entgeltlich Krankentransporte durchführt bis hin zu den Kraftfahrvereinigungen, die ihren Mitgliedern neben »unentgeltlicher« Pannenhilfe und dem Ersatzteilhandel auch Versicherungsschutz anbieten, oder den – oft äußerst lukrativen – Fußball-Vereinen, die oft einen umfangreichen Fan-Artikel-Vertrieb unterhalten, Ablösegeelder für ihre Spieler vereinnahmen und Übertragungsrechte an TV-Unternehmen verkaufen. Bei wirtschaftlichen Vereinen bietet sich zur Wahrung der Rechtsform des Idealvereins die Möglichkeit, die wirtschaftliche Tätigkeit eines Idealvereins auszulagern.⁴¹ Das VerG anerkennt aber auch ohne Ausgliederung die

38 Ideelle Vereine sind nach österreichischem Recht jedenfalls uneingeschränkt rechtsfähige juristische Personen, die »ultra-vires«-Lehre gilt nicht, vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 18; *Fessler/Keller*, Vereinsgesetz, 2004, S. 44; *Aicher*, in: Rummel, Kommentar zum ABGB, Band 1, 3. Aufl. 2000, § 26 Rz. 24.

39 BGBl. I 2002/66 i.d.F. BGBl. I 2004/10.

40 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 21.

41 Vgl. dazu *Lachmair* (Fn. 23), S. 29 ff.; *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 53 ff. Unklar ist die Frage der Zurechnung einer externen wirtschaftlichen Betätigung, wenn nicht der Verein selbst einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält. Der BGH (29.9.1982, BGHZ 85, 84 [88] – ADAC) hat sich in seiner ADAC-Entscheidung gegen die Zurechnung des externen Geschäftsbetriebs zum Verein ausgesprochen, ist damit aber ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen, vgl. den Überblick zum Meinungsstand bei *Hammen*, Beteiligungserwerb eingetragener (Börsen-)Vereine und Gruppenbildung durch Finanzdienstleister, in: FS Raiser, 2005, S. 661 (665 ff.); *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1313 f.); *Steinbeck/Menke*, Bundesliga an die Börse, NJW 1998, 2169 (2171) jeweils m.w.N.; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 38 ff.; *Hadding/Henrichs*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 149 Rz. 3. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts will die wirtschaftliche Betätigung von Vereinen in Tochtergesellschaften – gestützt auf das ADAC-Urteil des BGH – weitgehend zulassen, vgl. Erläuterungen zu § 21 BGB 17; krit. dazu *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2145 f.). Zu den prinzipiell bestehenden Möglichkeiten, einer Rechtsformverfehlung durch Umstrukturierung nach dUmwG (Ausgliederung/Abspaltung, Formwechsel) entgegenzuwirken, vgl. etwa *Lettl* (Fn. 25), S. 1449 (1452 ff.); zur Umwandlung *Lettl* (Fn. 32), S. 149 (159 ff.); *Krieger* in Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 272;

Unterhaltung wirtschaftlicher Tätigkeiten durch Idealvereine, sofern sich diese im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs halten. Das Nebenzweckprivileg ist das entscheidende »Ventil«, über das auch im Idealverein wirtschaftliche Tätigkeit zulässig erbracht werden kann.⁴²

Das Nebenzweckprivileg wird im Gesetz nicht näher beschrieben, die Grenzen sollen von der Rechtsprechung durch Auslegung ermittelt werden.⁴³ Die Lehre hat bisher überwiegend die Ausübung einer auf Gewinn berechneten Tätigkeit zugelassen, sofern diese der ideellen nachgeordnet ist und zu dieser in einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation steht (wirtschaftliche Tätigkeit darf nicht zum Selbstzweck werden),⁴⁴ wohingegen der VfGH eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Idealvereins weitergehend zuließ. Quantitative Kriterien spielen bei der Abgrenzung keine Rolle.⁴⁵ Die Erläuterungen zum VerG lassen erkennen, dass der Gesetzgeber dem Nebenzweckprivileg nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung des VfGH ein großzügiges Verständnis zugrunde legt.⁴⁶ Demnach darf entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des VfGH ein Idealverein auch erwerbswirtschaftlich tätig sein und eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ausüben, solange nicht beim Verein anfallende Gewinne an Vereinsmitglieder vereinszweckwidrig ausgeschüttet werden oder an Dritte – wenn auch erst im Zuge der Auflösung⁴⁷ – verteilt werden⁴⁸ oder so-

zur Ausgliederung vgl. etwa *Heermann*, Die Ausgliederung von Vereinen auf Kapitalgesellschaften, ZIP 1998, 1249 ff.; *Hadding/Hennrichs* (Fn. 41), § 149 Rz. 3.

42 *Steding* (Fn. 1), S. 721 (726).

43 Vgl. *Lachmair*, Das neue Vereinsgesetz 2002, RdW 2002/390, 392 (392); *Lachmair* (Fn. 23), S. 2; *Fessler/Keller/Krejci/Zetter*, Reform des Vereinsrechts, 1997, S. 47.

44 *Aicher*, in: *Korinek/Krejci* (Fn. 18), S. 9 (23); *Aicher*, in: *Rummel* (Fn. 38), § 26 Rz. 29; *Jud*, Der Idealverein als Unternehmensträger und die Befugnisse der Vereinspolizei bei seiner Selbstauflösung, ÖZW 1980, 33 (33 f.); *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands, 2000, S. 18 f. Siehe auch OGH, 15.11.1983, SZ 56/161.

45 *Mandl* (Fn. 44), S. 17 f.; krit dazu *Mummenhoff*, Verkehrsschutz im österreichischen und deutschen Vereinsgründungsrecht, JBl 1987, 273 (280).

46 EB 990 BlgNR 21. GP 20 (VerG 2002); s. auch *Brändle/Schnetzler* (Fn. 9), S. 78; *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 38 f.; *Lachmair* (Fn. 23), S. 16; *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 47. Die Judikatur des VfGH bejahend (zur Rechtslage vor VerG 2002) auch *Zib* (Fn. 18), S. 321 (322); *Rose-Kaan*, Kommentar zu VfGH, 18.6.1980, B 122/79-10, ÖZW 1980, 121 (123); *Sladek*, Kommentar zu VfGH, 29.11.1982, B 190/82-9, ÖZW 1983, 54 f.; *Korinek*, Vereins- und gewerberechtliche Fragen der Wirtschaftstätigkeit von Vereinen, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer, 1988, S. 25 (34 ff.); ablehnend (zur Rechtslage vor VerG 2002) *Mohr*, Der Verein im Sinne des Vereinsgesetzes mit genossenschaftlichen Elementen, RdW 1985, 203 (207); *Aicher*, in: *Korinek/Krejci* (Fn. 18), S. 9 (21 ff.); *Aicher*, in: *Rummel* (Fn. 38), § 26 Rz. 29; *Krejci*, Zum Organisationsrecht wirtschaftlich tätiger ideeller Vereine, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer, 1988, S. 51 (61); *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer, 1988, S. 117 (118 f.); *Funk*, Kontrolle und Aufsicht über wirtschaftlich tätige Vereine, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer, 1988, S. 373 (378); *Niederberger*, Der Verein als Geschäftspartner seiner Mitglieder, 1999, S. 24.

47 VfGH, 16.6.1988, B 1281/87.

48 VfSlg. 1498/1932; 3731/1960; 4411/1963; 8844/1980 = ÖZW 1980, 119 (mit zust. Anm. *Rose-Kaan*); 9052/1981; 9566/1982; 9879/1983; 9879/1983; 11735/1988; vgl. auch

lange der Verein nicht den Deckmantel⁴⁹ für eine Erwerbstätigkeit seiner Mitglieder oder dritter Personen bildet. Der Umstand allein, dass die Mitgliedschaft bei einem Verein den Mitgliedern materielle Vorteile – wie etwa ein Senken der Kosten ihrer Wirtschaftsführung – verschafft, bedeutet noch nicht, dass der Verein auf Gewinn berechnet ist.⁵⁰ Im Rahmen des Nebenweckprivilegs darf ein Verein sowohl ein Gewerbe i.S. der GewO⁵¹ als auch ein Unternehmen i.S. des UGB (HGB)⁵² betreiben.⁵³ Ein Verein ist Unternehmer i.S. des UGB, wenn er ein auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen betreibt; dies auch dann, wenn der Gewinn nicht an die Vereinsmitglieder ausgeschüttet wird. Ein Verein unterliegt dann aber nicht dem UGB, wenn er seine Leistungen ausschließlich oder zumindest vor allem über Mitgliedsbeiträge, Spenden und Subventionen oder aus sonstigen Quellen, nicht aber aus einem für diese Leistungen erhobenen Erlös finanziert.⁵⁴ Die Gewinnerzielungsabsicht als Voraussetzung für die Unternehmenseigenschaft wird allerdings zunehmend bestritten: Es genüge vielmehr das Streben nach Kostendeckung durch eigene wirtschaftliche Leistung.⁵⁵ Kostendeckung – und damit die Unternehmereigenschaft – ist aber jedenfalls nicht gegeben, wenn der Verein auf Mittel aus anderen Quellen (Spenden, Subventionen) als der aufgrund eigener Leistung erzielten Entgelte angewiesen ist.⁵⁶ Jedenfalls

OGH, 27.5.1986, ÖBl 1986, 121; OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308; OGH, 10.6.1999, ÖBA 2000, 74 (77). Gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 VerG darf Vereinsvermögen nur im Sinn des Vereinszwecks verwendet werden. Daher sind Ausschüttungen an Vereinsmitglieder nicht erlaubt, es sei denn, es handelt sich dabei um den Vereinszweck erfüllende Leistungen, vgl. *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem Vereinsgesetz 2002, JBl 2003, 713 (721). Der Vereinszweck darf sich nach Ansicht des VfGH nicht auf die reine Vermögensverteilung beschränken, weil dann ein auf Gewinn berechneter Verein vorliegt. § 30 Abs. 2 VerG gestattet aber im Falle der freiwilligen Vereinsauflösung die Verteilung des nach Befriedigung der Gläubigeransprüche verbleibenden Vereinsvermögens an die Mitglieder, soweit es den Wert der von den Mitgliedern geleisteten Einlagen nicht übersteigt und entsprechendes in den Statuten vorgesehen ist, vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 24, 43 (VerG 2002). § 30 Abs. 2 VerG bezweckt die Rückzahlung vermögensmäßig hoher Einlagen, nicht aber kleine Mitgliedsbeiträge, vgl. *Krejci*, Der Verein als Non-Profit-Organisation, in: WiR (Fn. 4), S. 253 ff. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des VfGH, s. *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (721); VfSlg. 11735/88.

49 VfSlg. 1498/1932; 3731/1940; 4411/1963; 6883/1972; 9566/1982; 9879/1983; 13654/1993; vgl. auch OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308.

50 RG, 27.4.1900, Hye 999; VfSlg. 4411/1963; 8844/1980; 9566/1982 = ÖZW 1983, 53 (mit zust. Anm. *Sladek*); 9879/1983; 11735/1988; vgl. auch OGH, 27.5.1986, ÖBl 1986, 121 und OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308.

51 Siehe dazu *Potacs*, Gewerberecht, in: Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 2002, S. 5 (20 ff.); *Lachmair* (Fn. 23), S. 17 ff.

52 Siehe zum HGB *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 41 ff.; *Krejci*, in: Korinek/Krejci (Fn. 46), S. 51 (54 ff.); *Lachmair* (Fn. 23), S. 20 ff.; vgl. auch OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308; *K. Schmidt*, Sieben Leitsätze zum Verhältnis zwischen Vereinsrecht und Handelsrecht, ZGR 1975, 477 (478 ff.).

53 EB 990 Blg NR 21 (VerG 2002); *Fessler/Keller/Krejci/Zetter* (Fn. 43), S. 47.

54 Krit. dazu *Krejci*, Der Verein als Non-Profit-Organisation, in: WiR (Fn. 4), S. 253 ff.

55 *Krejci/Dehn*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, SWK-Sonderheft 12/2005, 22 f.

56 *Krejci/Dehn*, ebd., wobei die Autoren darauf hinweisen, dass auch an sich gewinnorientierte Unternehmen bisweilen Zuschüsse zum Überleben benötigen.

kann ein Verein, wenn er kostendeckend arbeitet, seine Leistungen auf einem Markt laufend gegen Entgelt⁵⁷ anbietet (vgl. § 1 Abs 2 UGB) und auf Dauer und professionell organisiert ist, nach den Umständen des Einzelfalles Unternehmer i.S.d. UGB sein. Kleine Idealvereine mit wenigen Mitgliedern und ohne einen organisatorischen Apparat werden auch in Zukunft nicht als Unternehmer tätig werden.⁵⁸

Einem Verein, der nach seinen Statuten auf Gewinn berechnet ist, ist die Vereinsgründung nicht zu gestatten.⁵⁹ Bei unerlaubter auf Gewinn berechneter Tätigkeit des rechtsgültig entstandenen Vereins droht ihm als ultima ratio die Auflösung durch die Vereinsbehörde.⁶⁰

b) Der nichtwirtschaftliche Verein gem. § 21 BGB (»eingetragener Verein«, »e.V.«)

Ebenso wie in Österreich stellt sich auch in Deutschland die Frage der zulässigen wirtschaftlichen Betätigung des Idealvereins. Nach der deutschen h.M. kommt es zur Beurteilung der Zulässigkeit der Erwerbstätigkeit des Vereines auf die funktionelle Unterordnung der Nebentätigkeit unter eine nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit und auf die Mittel-Zweck-Relation zwischen beiden an.⁶¹ Die wirtschaftliche Tätigkeit muss ein die nichtwirtschaftliche Betätigung ergänzendes, objektiv sinnvolles Mittel zur Förderung des satzungsmäßigen Vereinszwecks sein,⁶² quantitative Kriterien (wie etwa Einnahmen, Ausgaben, Umsatzsumme) finden keine Anwendung bei der Abgrenzung.⁶³ Anders als das österreichische Gesetz, das auf der liberalen Rechtsprechung des VfGH aufbaut, zieht die deutsche Lehre den Umfang zulässiger unternehmerischer Betätigung damit – vergleichbar der bisherigen, vor dem VerG 2002, vorherrschenden Meinung der österreichischen Lehre – enger. Ebenso wie in Österreich ist die Gewinnausschüttung an die Mitglieder nicht vom Nebenzweckprivileg erfasst und damit eintragungsschädlich; andere – gegebenenfalls geldwerte – Leistungen, die ein Ideal-Verein zur Verwirklichung seines idealen Zwecks seinen Mitgliedern anbietet, sind aber grundsätzlich zulässig.⁶⁴ Die ideale Zielsetzung wird vom Registerrichter im Eintragungsverfahren überprüft, und hat im Falle von Beanstandungen die Zurückweisung der Anmeldung zur Folge.⁶⁵ Beim eingetragenen Verein sieht § 43 Abs. 2 BGB bei unerlaubter wirtschaftlicher Betätigung entgegen dem idea-

57 *Krejci/Dehn* weisen darauf hin, dass das Anbieten von Leistungen gegen freiwillige Spende keine Entgeltlichkeit darstellt: *Krejci/Dehn* (Fn. 55), S. 25.

58 *Krejci/Dehn* (Fn. 55), S. 25.

59 *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 119.

60 OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308 (309); *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 44; *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 1 Rz. 67; *Lachmair* (Fn. 23), S. 30 ff.

61 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 675; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), §§ 21, 22 Rz. 33 ff.; *Reuter* (Fn. 11), §§ 21, 22 Rz. 8 u. 19; vgl. auch *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2145); BGHZ 15, 315 (319 f.); BGHZ 85, 84 (93); BVerwG, 6.11.1997, NJW 1998, 1166.

62 *Lettl* (Fn. 32), S. 149 (177).

63 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 675; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1050); anders etwa *Knauth* (Fn. 1), S. 339 (341 ff.).

64 *Lettl* (Fn. 32), S. 149 (177 f.). Zum ausnahmsweisen Anfall des nach Gläubigerbefriedigung verbliebenen Vereinsvermögens bei Vereinsauflösung an die Mitglieder vgl. § 45 Abs. 3 BGB, dazu *Lettl* (Fn. 32), S. 149 (154 f., 168 ff.).

65 *Reuter* (Fn. 11), § 60 Rz. 2.

len Satzungszweck (verdeckte Rechtsformverfehlung) als Sanktion die Entziehung der Rechtsfähigkeit⁶⁶ durch die zuständige Verwaltungsbehörde vor.⁶⁷

Nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts soll das Nebenzweckprivileg in § 21 BGB ausdrücklich Eingang finden.⁶⁸

III. Vereinsorganisation

1. Überblick

Der Verein ist in der Gestaltung und Konzeption der Vereinsorganisation weitgehend frei (vgl. § 3 Abs. 1 VerG, § 25 i.V.m. § 40 BGB).⁶⁹ Die Statuten geben dem Verein seine Organisation und regeln diese, sofern gesetzliche Bestimmungen nicht ausnahmsweise etwas anderes vorsehen. So muss gem. § 5 Abs. 1 VerG ein Verein jedenfalls über ein Organ zur gemeinsamen Willensbildung der Vereinsmitglieder (Mitgliederversammlung) verfügen sowie über ein Leitungsorgan, dem die Führung der Vereinsgeschäfte und die Vertretung des Vereins nach außen obliegen. Daneben sind jedenfalls Rechnungsprüfer zu bestellen, die bei großen Vereinen durch den Abschlussprüfer ersetzt werden. Als notwendige Organe sieht § 32 BGB die Mitglieder-

66 Die Entziehung der Rechtsfähigkeit hat nicht notwendig die Liquidation des Vereins zur Folge (str.), vgl. *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 725, weshalb der Verein als nichtrechtsfähiger Verein fortbestehen kann. Nach dem Entwurf zur Änderung des Vereinsrechts soll die Rechtsfolge des § 43 BGB bei unzulässiger Vereinsbetätigung durch die Vereinsauflösung ersetzt werden. Nach dem Entwurf soll auch bei dieser verdeckten Rechtsformverfehlung das Registergericht zuständig sein.

67 Vgl. etwa BVerwG, 6.11.1997, NJW 1998, 1166; *K. Schmidt* (Fn. 25), S. 1124 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 723; *Oetker*, Der Wandel vom Ideal- zum Wirtschaftsverein, NJW 1991, 385 ff.; *Lettl* (Fn. 25), S. 1449 (1449 f.). Nur wenn der wirtschaftliche Zweck aus der Satzung hervorgeht (offener Eintragungsmangel), ist nach der h.M. das Registergericht gem. §§ 159, 142 FGG zur Kontrolle im Wege der Amtslöschung berufen; vgl. dazu *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 724 m.w.N., der auch im Fall der verdeckten Rechtsformverfehlung die Zuständigkeit des Registerrichters zur Amtslöschung befürwortet. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts folgt dieser Kritik und sieht die Zuständigkeit des Registerrichters auch für die verdeckte Rechtsformverfehlung vor, vgl. Erläuterungen zum Entwurf, S. 22.

68 Vgl. Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, S. 15 ff.; krit. dazu *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2145); *ders.*, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, ZRP 2005, 170; *Möblenkamp*, Vereinsrechtsreform stützt Nebenzweckprivileg der Vereine: Welche wirtschaftliche Tätigkeit wird in Zukunft noch zulässig sein?, DB 2004, 2737 ff.; *Terner*, Der »Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts«. Darstellung und kritische Analyse, RPfeger 2005, 296 ff.; *ders.*, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, ZRP 2005, 169; Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme 45/04 durch den Zivilrechtsausschuss zum Referentenentwurf zur Änderung des Vereinsrechts.

69 EB 990 BlgNR 21. GP 20, 25 (VerG 2002); *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 8; *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 685.

versammlung⁷⁰, und § 26 Abs. 1 BGB den Vorstand als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan vor. Welche Organe darüber hinaus eingerichtet werden, die Art ihrer Bestellung, ihre Zusammensetzung und Funktionsperiode, und ihr Aufgabenbereich, lässt das Vereinsrecht bis auf kleine Einschränkungen im Wesentlichen, ebenso wie die Bezeichnung der Organe, offen.⁷¹ Vorteil des Vereins gegenüber anderen NPO-Formen ist die Gestaltungsfreiheit, etwa im Vergleich zur Stiftung. Die Organe des Vereins und ihre Aufgaben sind gem. § 3 Abs. 2 Ziff. 7 VerG zwingender Satzungsbestandteil.

2. Mitgliederversammlung

a) Österreich

Die Mitgliederversammlung ist oberstes willensbildendes Vereinsorgan, das die grundlegenden Entscheidungen trifft;⁷² sie ist gem. § 5 Abs. 2 VerG mindestens alle vier Jahre vom Leitungsorgan (Vorstand, s. zum Einberufungsrecht einer Minderheit noch unter IV 1 b) aa), zum Einberufungsrecht des Rechnungsprüfers s. noch unter IV 2 a)) einzuberufen.⁷³ Die Mitgliederversammlung kann vor allem bei großen Vereinen durch ein Repräsentationsorgan (etwa Delegiertenversammlung⁷⁴) ersetzt werden. Zu den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Befugnissen der Mitgliederversammlung zählen nach VerG (i) die Bestellung eines (allerdings nur fakultativ) vorgesehenen Aufsichtsorgans (§ 5 Abs 4 VerG), (ii) die Auswahl der Rechnungsprüfer bzw. des Abschlussprüfers (§ 5 Abs 5 VerG); (iii) die Entgegennahme von Berichten des Leitungsorgans über die Vereinstätigkeit und finanzielle Gebarung (§ 20 VerG), (iv) die Entgegennahme von Berichten der Rechnungsprüfer bei Unregelmäßigkeiten (§ 21 Abs. 5 VerG) sowie (v) die Bestellung eines Sondervertreters (§ 25 Abs. 1 VerG 2002).⁷⁵ Weitere Aufgaben der Mitgliederversammlung⁷⁶ haben die Vereinsstatuten festzulegen. Auffallend ist, dass das VerG wichtige Kernaufgaben (Bestellung des Leitungsorgans, Änderung der Statuten, Auflösung des Vereins) nicht

70 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 32 Rz. 2. Der dispositive Charakter des § 32 BGB (vgl. § 40 BGB) bezieht sich lediglich auf die Zuständigkeit und Beschlussfassung der Mitgliederversammlung.

71 Zum VerG *Brändle/Schnetzler* (Fn. 9), S. 95; *Reisch*, *Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002*, *ecolex* 2002, 152 (153); zum deutschen Recht vgl. etwa *Beuthien/Gätsch*, *Einfluss Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, *ZHR* 1993, 483 (491).

72 EB 990 BlgNR 21. GP 25 (VerG 2002).

73 Die jährliche Rechnungslegungspflicht ändert daran nichts, in der Praxis sind aber oft kürzere Einberufungsintervalle üblich (jährliche ordentliche Mitgliederversammlung).

74 Vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 9; EB 990 Blg NR 21. GP 25 (VerG 2002).

75 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 16; weitergehende Mindestkompetenzen sah § 34 Abs. 5 und 6 des Diskussionsentwurfs der interministeriellen Arbeitsgruppe vor, s. *Fessler/Keller/Krejci/Zetter* (Fn. 43), S. 83.

76 Vgl. den Überblick bei *Brändle/Schnetzler* (Fn. 9), S. 97.

ausdrücklich in die Kompetenz der Mitgliederversammlung legt.⁷⁷ Der Mitgliederversammlung kommt ein Weisungsrecht gegenüber dem Leitungsorgan zu.⁷⁸

b) Deutschland

Auch nach der Konzeption des deutschen Vereinsprivatrechts ist die Mitgliederversammlung das oberste willensbildende Vereinsorgan, das die grundlegenden Entscheidungen trifft.⁷⁹ Anders als § 5 Abs. 2 VerG kennt § 36 BGB kein »Mindest-Einberufungsintervall«,⁸⁰ jedenfalls ist die Mitgliederversammlung aber neben den satzungsmäßigen Einberufungsgründen dann einzuberufen, wenn das Interesse des Vereins es erfordert. Bei Einrichtung einer Delegiertenversammlung ist diese repräsentativ zusammenzusetzen.⁸¹ Anders als das österreichische Vereinsrecht hebt das Gesetz die Zuständigkeiten der Mitgliederversammlung in Kernaufgabenbereichen fest, so die Bestellung und Abberufung des Vorstands und der Liquidatoren (§§ 27 Abs. 1; § 48 Abs. 1 BGB), die Satzungsänderung (§ 33 BGB) und die Auflösung des Vereins (§ 41 BGB),⁸² wenngleich diese Zuständigkeiten dispositiv sind. Dabei bestehen aber Grenzen, die Ausfluss der Verbandsautonomie sind (keine »Selbstentmündigung« des Vereins): So darf etwa den Vereinsmitgliedern nicht die Möglichkeit der Satzungsänderung vollständig genommen werden⁸³ oder nicht die Zuständigkeit zur Beschlussfassung über die Auflösung des Vereins gänzlich an außenstehende Dritte⁸⁴ übertragen werden. Ebenso wie nach österreichischem Recht kommt der Mitgliederversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu.⁸⁵

3. Leitungsorgan

a) Österreich

Das vereinsrechtliche Leitungsorgan führt die Geschäfte des Vereins und vertritt diesen nach außen (vgl. § 5 Abs. 1 VerG). Die Geschäftsführung umfasst die gesamten Vereinsaktivitäten einschließlich der Vereinsgebarung und der Verpflichtung zur Rechnungslegung.⁸⁶ Daneben obliegen dem Leitungsorgan weitere Aufgaben, wie etwa die

77 Vgl. *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (717).

78 *Lachmair*, Checkliste: Der Vorstand im Verein, RdW 2004/48, 78.

79 *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1048).

80 Krit *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1050).

81 Vgl. dazu *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1052).

82 Vgl. auch die in § 32 BGB normierte »Generalzuständigkeit« der Mitgliederversammlung.

83 *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 42; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 33 Rz. 6 f.

84 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 41 Rz. 3; vgl. auch *Reuter* (Fn. 11), § 41 Rz. 76 f.

85 BGH, 12.10.1992, WM 1992, 2055 (2057); *Grunewald* (Fn. 23), 2 A Rz. 32; *Grunewald*, Auskunftserteilung und Haftung des Vorstands im bürgerlich-rechtlichen Verein, ZIP 1989, 962 (964); *Beuthien/Gätsch* (Fn. 71), S. 483 (491).

86 *Lachmair*, (Neue) Haftung und Organisation im Verein, SWK 2003, 503 (504).

Informationserteilung an die Mitgliederversammlung über die Tätigkeit und die finanzielle Gebarung des Vereins (§ 20 VerG).⁸⁷

In den Statuten ist gem. § 3 Abs. 2 Ziff. 7 VerG klar und umfassend anzugeben, wer die Geschäfte des Vereins führt und wer den Verein nach außen vertritt. Die statutenmäßige Regelung der Vertretung des Vereins ist ebenso wie die organschaftlichen Vertreter des Vereins auch im Vereinsregister evident zu halten (vgl. § 16 Abs. 1 Ziff. 6, Ziff. 7 und 8, Ziff. 10 VerG). Das VerG normiert das Vier-Augen-Prinzip, wenn auch nicht in »Reinform«. Da das VerG keine einheitliche Konzeption des Leitungsorgans festschreibt (gem. § 5 Abs. 3 VerG können verschiedene Vereinsorgane mit Geschäftsführung bzw. Vertretung betraut sein), ist das Vier-Augen-Prinzip abgeschwächt, d.h., dass die beiden notwendigen Mitglieder des Leitungsorgans nicht unbedingt im selben Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsorgan sitzen müssen, beispielsweise wäre es wegen der engen tatsächlichen Verflochtenheit der Geschäftsführungs- und Vertretungsaufgaben ausreichend, wenn es neben dem Präsidenten einen eingliedrigen Vorstand gibt.⁸⁸ Innerhalb der einzelnen Organe ist eine Ressortverteilung (Vorstand, Kassier, Schriftführer etc.) zulässig, was sich neben der arbeitsteiligen Organisation insbesondere auf die Haftung⁸⁹ der einzelnen Mitglieder des/der Leitungsorgane auswirkt.

Mitglieder des Leitungsorgans können gem. § 5 Abs. 3 VerG nur natürliche Personen sein, die grundsätzlich Mitglieder des Vereins sein müssen, jedenfalls darf nicht der Einfluss Außenstehender die Vereinstätigkeit dominieren.⁹⁰ Die Bestellung bzw. Abberufung erfolgt zumeist durch die Mitgliederversammlung, wenngleich nicht zwingend,⁹¹ die entsprechenden Bestimmungen sind gem. § 3 Abs. 2 Ziff. 8 VerG ebenso wie Bestimmungen über die Funktionsdauer in die Satzung aufzunehmen.

§ 6 Abs. 3 VerG normiert die auch sonst im Gesellschaftsrecht übliche⁹² organschaftliche Formalvollmacht des Vertretungsorgans.⁹³ Die organschaftliche Vertretung ist Dritten gegenüber unbeschränkbar, in den Statuten vorgesehene Beschränkungen wirken nur im Innenverhältnis. Im Zweifel gilt gem. § 6 Abs. 1 und 2 VerG Gesamtgeschäftsführung⁹⁴ und Gesamtvertretung, zur passiven Vertretung sind die Organmitglieder aber alleine befugt. Die organschaftlichen Vertretungsverhältnisse sind der zuständigen Vereinsbehörde gem. § 14 Abs. 2 VerG bekanntzugeben; daran knüpft sich bei Auskunftserteilung ein besonderer Vertrauenshaftungstatbestand.

87 Vgl. den Katalog der gesetzlich festgelegten Aufgaben des Leitungsorgans bei *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 31.

88 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 22; a.A. *Reisch* (Fn. 71), S. 152 (S. 153 Fn. 9); offen lassend EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

89 Vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 24; *Lachmair* (Fn. 23), S. 64 f.

90 *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 96; *Brändle/Schnetzler* (Fn. 9), S. 98.

91 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 25.

92 Vgl. etwa § 74 Abs. 2 öAktG, § 20 Abs. 2 öGmbHG, § 19 öGenG.

93 Vgl. *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (715), der diese als »Wohltat für den Geschäftsverkehr ideeller Vereine« bezeichnet.

94 Dabei ist die einfache Stimmenmehrheit ausreichend, qualifizierte Quoren können in der Satzung festgelegt werden.

Der Abschluss eines In-sich-Geschäfts bedarf gem. § 6 Abs. 4 VerG der Zustimmung eines anderen, zur Vertretung oder Geschäftsführung befugten Organwalters.

b) Deutschland

Auch im deutschen Recht kommt dem Vereinsvorstand Leitungsfunktion zu, er ist für die Geschäftsführung und Vertretung zuständig.⁹⁵ Ebenso wie in Österreich kann die Kompetenz zur Geschäftsführung und Vertretung aufgeteilt werden;⁹⁶ auch die Ressortverteilung⁹⁷ ist zulässig. Demgegenüber besteht nach der gesetzlichen Konzeption gem. § 26 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vorstand grundsätzlich aus einer Person, sofern die Satzung oder die Mitgliederversammlung nichts anderes bestimmt.⁹⁸ Besteht aber ein mehrgliedriger Vorstand, so gilt für die Geschäftsführung im Zweifel, d.h. wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, der Mehrheitsgrundsatz (§ 28 Abs. 1 BGB). Anders als nach österreichischem Vereinsrecht, das im Zweifel Gesamtvertretung vorsieht, gilt der Mehrheitsgrundsatz nach der deutschen h.L. auch für die Vertretung des Vereins.⁹⁹ Einzel- oder Gesamtvertretung kann sich aber aus der Satzung ergeben. Diese abweichenden Gestaltungen sind aus Gründen des Verkehrsschutzes gem. § 64 BGB in das Vereinsregister einzutragen. Gem. §§ 68, 70 BGB kann eine solche Gestaltung einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn er sie kennt oder wenn sie in das Vereinsregister eingetragen ist. Ist die Änderung eingetragen, so braucht der Dritte sie nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht kennt und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Für die Passivklärung reicht gem. § 28 Abs. 2 BGB wie in Österreich die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem Vorstandsmitglied. In-sich-Geschäfte bedürfen wie nach österreichischem Recht der Genehmigung; diese kann durch die Satzung oder die grundsätzlich zur Vorstandsbestellung zuständige Mitgliederversammlung erteilt werden,¹⁰⁰ eine generelle Genehmigung ist wiederum in das Register einzutragen.¹⁰¹

Anders als das österreichische Recht kennt das BGB keine gesetzliche Formalvollmacht des Vorstands, d.h. der Umfang der Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (vgl. § 26 Abs. 2 BGB).¹⁰² Die Beschränkung muss sich aus der Satzung ergeben und ist gem. § 64 BGB in das Vereinsregister einzutragen. Gem. §§ 68, 70 BGB kann eine solche Beschränkung einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn er sie kennt oder wenn sie in das Vereinsregister eingetragen ist und ihm nicht ohne Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Nach der deutschen h.M. können anders als im österreichischen Recht sowohl juristische Personen als auch Nicht-Mitglieder (Prinzip der Fremdorganshaft) Vor-

95 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 688; *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 32.

96 BGHZ 69, 250 (254); *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 689; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 27 Rz. 21.

97 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 26 Rz. 7.

98 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 26 Rz. 6.

99 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 26 Rz. 16 m. w. N.; *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 688; *Reuter* (Fn. 11), § 26 Rz. 16.

100 Siehe dazu *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 26 Rz. 22.

101 Vgl. zur GmbH BGHZ 87, 59 (61 f.).

102 *Schwarz*, Die Publizität der Vertretungsmacht des Vorstands und der Liquidatoren eines Vereins, NZG 2002, 1033 (1034).

standsposten bekleiden.¹⁰³ Gem. § 27 Abs. 1 BGB ist die Mitgliederversammlung für die Bestellung des Vorstands zuständig, die Bestimmung ist aber gem. § 40 BGB dispositiv.

Darüber hinaus kennt § 30 BGB die Rechtsfigur des besonderen Vertreters. Demnach kann die Satzung vorsehen, dass für bestimmte Geschäfte neben dem Vorstand besondere Vertreter zu bestellen sind, womit zusätzliche Vereinsorgane geschaffen werden und damit organschaftliche Vertretungsmacht geschaffen wird.¹⁰⁴ Daran knüpft sich als wichtigste Konsequenz die Haftung des Vereins für das Handeln der besonderen Vertreter nach § 31 BGB an.¹⁰⁵

4. Aufsichtsorgan, Rechnungsprüfer und sonstige Organe

a) Österreich

Das VerG kennt kein zwingendes Aufsichtsorgan,¹⁰⁶ die Statuten können aber ein solches samt Umfang der Kontrollbefugnis satzungsautonom vorsehen. Sehen die Statuten aber ein Aufsichtsorgan freiwillig vor, so muss dieses aus mindestens drei natürlichen Personen bestehen; es ist von der Mitgliederversammlung zu bestellen (§ 5 Abs. 4 VerG). Bestellt ein Verein, der zwei Jahre lang im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt, ein Aufsichtsorgan, so haben diesem unter Beachtung der üblichen Drittelparität Arbeitnehmer anzugehören, deren Mitwirkungsrechte von den in den Vereinsstatuten näher beschriebenen Kontrollaufgaben des Aufsichtsorgans abhängen.¹⁰⁷ Das freiwillig eingerichtete Kontrollorgan muss gem. § 5 Abs. 4 VerG aus mindestens drei unabhängigen und unbefangenen Mitgliedern (natürliche Personen, nicht zwingend Vereinsmitglieder¹⁰⁸) bestehen, die keinem anderen aufsichtsunterworfenem Organ – mit Ausnahme der Mitgliederversammlung – angehören dürfen oder von Organwaltern, deren Tätigkeit zu überwachen ist, persönlich oder wirtschaftlich abhängig sein dürfen.¹⁰⁹ Das Gesetz geht bei Einrichtung eines Kontrollorgans im Gleichklang mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen¹¹⁰ von der laufenden, kontinuierlichen Kontrolltätigkeit aus.¹¹¹

103 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 27 Rz. 3 u. 5.

104 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 30 Rz. 1; *Reuter* (Fn. 11), § 30 Rz. 10 f.

105 *Reuter* (Fn. 11), § 30 Rz. 2.

106 Demgegenüber sah der Entwurf der interministeriellen Arbeitsgruppe gem. §§ 40 ff. für Vereine bestimmter Größenordnungen verpflichtend die Einrichtung eines Aufsichtsorgans vor, vgl. *Fessler/Keller/Krejci/Zetter* (Fn. 43), S. 93 ff.

107 EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

108 Bei Spendenvereinen bietet sich an, außenstehende, vertrauensereckende Repräsentanten des Spenderpublikums in das Aufsichtsorgan zu bestellen oder bei Subventionsvereinen dem Subventionsgeber ein entsprechendes Entsendungsrecht einzuräumen, vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 35.

109 EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

110 Vgl. etwa § 95 öAktG, s. dazu *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, § 95 Rz. 17 ff.

111 EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002); vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 47.

Neu ist im VerG 2002 die zwingende Einrichtung der Rechnungsprüfer, welche nicht Vereinsorgane sein und daher nicht in den Statuten verankert sein müssen (aber Vereinsmitglieder sein dürfen).¹¹² Daher regelt auch das Gesetz den Bestellungsmodus, grundsätzlich ist dabei die Mitgliederversammlung zur Bestellung berufen.¹¹³ Jeder Verein muss gem. § 5 Abs 5 VerG mindestens zwei Rechnungsprüfer bestellen (Vier-Augen-Prinzip), diese können auch juristische Personen sein.¹¹⁴ Obgleich das Gesetz nicht ausdrücklich eine bestimmte berufliche Qualifikation der Rechnungsprüfer erfordert, sind im Hinblick auf die Haftungsfolgen (strenge Sachverständigenhaftung)¹¹⁵ dem jeweiligen Verein angemessene Kenntnisse und Fähigkeiten des Rechnungsprüfers erforderlich, die sich bis zu jenen eines Abschlussprüfers verdichten können.¹¹⁶ Ein großer Verein i.S. des § 22 Abs. 2 VerG hat anstelle der Rechnungsprüfer¹¹⁷ einen Abschlussprüfer zu bestellen (s. dazu noch IV 2 a)). Rechnungsprüfer sowie Abschlussprüfer müssen unabhängig und unbefangen sein (vgl. § 5 Abs. 5 VerG), obgleich von einer (sinngemäßen) Übernahme der Auswahlvoraussetzungen gem. § 271 öHGB für den Abschlussprüfer abgesehen wurde. Diese können aber gleichwohl bei der Auswahl des Abschlussprüfers des Vereins eine gewisse Orientierungshilfe bieten.¹¹⁸ Gem. § 22 Abs. 4 VerG können als Abschlussprüfer nur berufsmäßige Prüfer¹¹⁹ herangezogen werden. Zu den Aufgaben der Rechnungsprüfer bzw. des Abschlussprüfers s. u.

b) Deutschland

Das BGB kennt für Vereine kein zwingendes Kontroll- bzw. Aufsichtsorgan.¹²⁰ Es sieht bloß die Rechenschaftspflicht der Organe vor.¹²¹ Auch der vorliegende Entwurf zur Änderung des Vereinsrechts¹²² klammert diese Frage aus. Einige Vereine an-

112 *Wenger/Kühteubl*, Aktuell: Das Vereinsgesetz 2002, RWZ 2002/62, 225 (226); *Reisch* (Fn. 71), S. 152 (153); EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

113 Vgl. § 5 Abs. 5 VerG, s. dazu etwa *Reisch* (Fn. 71), S. 152 (153).

114 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002, § 5 Rz. 49; EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

115 Krit. dazu *Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473 (478).

116 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 5 Rz. 51.

117 Siehe EB 990 BlgNR 21. GP 38. Dem Verein bleibt es aber überlassen, künftig zusätzlich zum Abschlussprüfer auch noch Rechnungsprüfer zu bestellen, was aber weder die dem Abschlussprüfer obliegenden Pflichten noch die ihn im Fall einer Verletzung treffende Verantwortung verringert.

118 EB 990 BlgNR 21. GP 26 f. (VerG 2002).

119 Abschlussprüfer können Beidete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften, Beidete Buchprüfer und Steuerberater oder Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften sowie Revisoren gem. § 13 öGenG sein.

120 Für die Einrichtung eines Aufsichtsorgans ab einer bestimmten Vereinsgröße sprechen sich *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (130) aus; anders *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1055).

121 *Segna* in Bösche/Walz (Fn. 5), S. 9 ff.

122 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004 des Bundesjustizministeriums.

erkennen, dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ein unabhängiges Aufsichtsgremium erfordert, und richten freiwillig solche ein, dennoch haben in der Vereinspraxis Verwaltungsräte oder Beiräte, die oft nur unterstützend bzw. beratend dem Vorstand zur Seite stehen, den Vorzug.¹²³

IV. Kontrolle, Rechnungslegung und Publizität

1. Kontrolle durch Vereinsmitglieder

Das VerG sieht – wie ebenso teilweise das BGB – Kontrollrechte der Vereinsmitglieder gegenüber dem Leitungsorgan vor. Den Vereinsmitgliedern werden Informationsrechte, Einberufungsrechte und auch die Beschlusskontrolle zugestanden, wenngleich zur Rechtsausübung überwiegend das Kollektiv oder eine Minderheit befugt ist, und das einzelne Vereinsmitglied alleine seine Rechte nicht wirksam durchsetzen kann. Dazu tritt in Österreich die zwingende Überprüfung der Finanzgebarung des Vereins durch ein Rechnungsprüfungsorgan (Rechnungsprüfer, Abschlussprüfer), die Kontrolle der Verwaltung durch ein eigenes Aufsichts- bzw. Prüfungsorgan ist demgegenüber weder im VerG noch im BGB verpflichtend vorgesehen.

a) Informationsrecht

aa) Österreich

Wesentliche Informationspflichten bestehen für das Leitungsorgan in der Mitgliederversammlung, auf Verlangen einer Minderheit aber auch außerhalb dieser. Gem. § 20 VerG ist das Leitungsorgan auch ohne diesbezügliche Aufforderung verpflichtet, in jeder Mitgliederversammlung die Mitglieder über die Tätigkeit und die finanzielle Gebarung des Vereins zu informieren.¹²⁴ Bei Einrichtung eines Repräsentationsorgans anstelle der Mitgliederversammlung besteht die Informationspflicht des Leitungsorgans diesem gegenüber.¹²⁵ Der Tätigkeits- und Gebarungsbericht hat allgemein über den üblichen Geschäftsablauf zu informieren, insbesondere über außergewöhnliche Tatsachen, Vorgänge und Geschehnisse, über gesetzte oder geplante Vereinsmaßnahmen, über In-sich-Geschäfte der vertretungsbefugten Organwalter gem. § 6 Abs. 4 VerG sowie über Fragen der Rechnungslegung.¹²⁶ Der Bericht hat dabei die wesentlichen, zusammengefassten Informationen über die Einnahmen- und Ausgabenrechnung bzw. über den Jahresabschluss entsprechend den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu enthalten.¹²⁷

¹²³ Vgl. *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1050).

¹²⁴ EB 990 BlgNR 21. GP 35 (VerG 2002).

¹²⁵ EB 990 BlgNR 21. GP 35 (VerG 2002).

¹²⁶ Vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 35 (VerG 2002).

¹²⁷ *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 20 Rz. 10; *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (718).

Daneben hat das Leitungsorgan gem. § 21 Abs. 4 Satz 3 VerG die Mitglieder über die geprüfte Einnahmen- und Ausgabenrechnung bzw. über den geprüften Jahresabschluss¹²⁸ zu informieren, diese Information ist aber nicht unbedingt in der Mitgliederversammlung zu erteilen (s. § 21 Abs. 4 letzter Satz VerG). Erfolgt die Information in der Mitgliederversammlung, sind die Rechnungsprüfer bzw. der Abschlussprüfer zuzuziehen. Denkbarer anderer Weg der Informationserteilung ist hier etwa die Information durch Veröffentlichung in der Vereinszeitung oder durch die Versendung eines Rundschreibens an die Vereinsmitglieder.¹²⁹ Dabei handelt es sich um eine generell gehaltene Information an alle Mitglieder, daher um einen generellen Informationsanspruch, ein individuelles Informationsrecht besteht auch hier nicht.¹³⁰ Die Geltendmachung des allgemeinen Informationsrechts steht der Minderheit i.S. des § 20 Satz 2 VerG (dazu sogleich) zu.¹³¹

Ein individuelles Informationsrecht kennt das Gesetz nicht, ein solches kann allenfalls in der Satzung vorgesehen werden.¹³² Dennoch ist im Rahmen der Diskussion des Tätigkeits- und Gebarungsberichts in der Mitgliederversammlung ein ergänzendes Fragerecht des Mitglieds anzunehmen, wengleich dies bei Großvereinen in der Praxis problematisch erscheint.¹³³ § 20 Satz 2 VerG sieht lediglich bei einem entsprechend begründeten Verlangen einer Minderheit von einem Zehntel der Mitglieder eine Informationspflicht des Leitungsorgans über die Tätigkeit und finanzielle Gebarung auch sonst außerhalb der Mitgliederversammlung binnen vier Wochen gegenüber den das Verlangen stellenden Mitgliedern¹³⁴ vor.¹³⁵ Für das einzelne Mitglied schafft diese Bestimmung aber keinen Anspruch auf Auskunftserteilung, sondern nur für die Minderheit von einem Zehntel der Mitglieder als Kollektiv.¹³⁶

Eine Absicherung der bestehenden Informationspflichten des Leitungsorgans, etwa durch Verwaltungsstrafen, kennt das VerG nicht, hier ist entsprechend auf zivilrechtliche Mittel zurückzugreifen.¹³⁷ Die behördliche Auflösung des Vereins gem. § 29 VerG erscheint aber als Sanktion ungeeignet, da deren Voraussetzungen bei Informationsverletzung wohl nicht erfüllt sind.¹³⁸

Den Informationsrechten ist im weiteren Sinn auch die Bestimmung des § 3 Abs. 3 VerG zuzuordnen, wonach das Leitungsorgan verpflichtet ist, jedem Vereinsmitglied auf Verlangen die Statuten auszufolgen. Die Statuten sind dem Vereinsmitglied wie jedem Dritten auch über die Vereinsbehörde zugänglich. Zur Rechnungslegungspflicht s. auch noch unter IV 2.

128 Vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 36 (VerG 2002).

129 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (718).

130 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 20 Rz. 17.

131 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 20 Rz. 17.

132 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (718); *Lachmair* (Fn. 86), S. 503 (504); *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 151; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* (Fn. 18), S. 78; EB 990 BlgNR 21. GP 35 (VerG 2002).

133 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (718); vgl. auch *Krejci*, in: *Korinek/Krejci* (Fn. 46), S. 51 (111).

134 *Brändle/Schnetzer* (Fn. 9), S. 131.

135 Krit. dazu *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1054, Fn. 68).

136 *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 151; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* (Fn. 18), S. 79.

137 Vgl. dazu *Brändle/Schnetzer* (Fn. 9), S. 132; *Lachmair* (Fn. 86), S. 503 (504); *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* (Fn. 18), S. 78.

138 *Brändle/Schnetzer* (Fn. 9), S. 132.

bb) Deutschland

Ein Informationsrecht des Vereins, das von der Mitgliederversammlung (kollektiv) geltend zu machen ist, bzw. umgekehrt eine Rechenschaftspflicht des Vorstands ergibt sich aus dem zwischen Vorstand und Verein bestehenden Auftragsverhältnis (vgl. auch § 27 Abs. 3 BGB, der auf die auftragsrechtlichen Normen verweist).¹³⁹ Ein individuelles Informationsrecht des einzelnen Mitglieds kennt das BGB nicht. Der Vorstand ist – wie auch in Österreich – nicht zur Rechenschaft gegenüber einzelnen Mitgliedern außerhalb der Mitgliederversammlung verpflichtet,¹⁴⁰ auch ein diesbezügliches Minderheitenrecht besteht nicht. Die h.M. befürwortet aber analog § 131 dAktG¹⁴¹ ein in der Mitgliederversammlung geltend zu machendes individuelles Auskunftsrecht.¹⁴² Bei besonderes gelagertem Interesse ist im Einzelfall auch ein Einsichtsrecht der Mitglieder in die Unterlagen des Vereins anzunehmen.¹⁴³

b) Einberufungsrecht

aa) Österreich

Über die Einberufung einer Mitgliederversammlung kann die Informationspflicht des Leitungsorgans gem. § 20 VerG erzwungen werden, da eine solche in jeder Mitgliederversammlung besteht. Sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, sieht das VerG aber kein Recht des einzelnen Vereinsmitglieds auf Einberufung der Mitgliederversammlung vor. Gleich wie beim Informationsrecht steht es aber gem. § 5 Abs. 2 Satz 3 VerG einer Minderheit von 10% aller Mitglieder offen, vom Leitungsorgan die Einberufung der Mitgliederversammlung zu verlangen. Die Bildung dieser sehr hoch angesetzten Minderheit stößt bei größeren Vereinen auf Schwierigkeiten, welche durch den fehlenden Überblick des einzelnen Mitglieds über die anderen Vereinsmitglieder noch verstärkt wird (Problem der collective action).¹⁴⁴

139 *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 57; *Grunewald* (Fn. 85), S. 962 (962); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 27 Rz. 22a; *Haas/Scholl*, Informationsansprüche und -pflichten im Idealverein, in: FS Hadding, 2004, S. 365 (366).

140 Vgl. BayObLG, 3.5.1972, BGH NJW 1972, 1377 (1378); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 27 Rz. 22 a u § 38 Rz. 17; weitergehend aber *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1054).

141 Anders *Michalski/Arends*, Anmerkung zu LG Berlin, 17.12.1998, NZG 1999, 780.

142 Vgl. *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 38 Rz. 17; *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 58; *Grunewald* (Fn. 85), S. 962 (963); *Haas/Scholl* (Fn. 139), S. 365 (374 ff.); *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 56 f.; *Reuter* (Fn. 11), § 27 Rz. 39; weitergehend *Segna* (Fn. 5), S. 1042 (1053 f.); a. A. (kein Auskunftsrecht) LG Berlin, 17.12.1998, NZG 1999, 779.

143 Vgl. *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 58; *Grunewald* (Fn. 85), S. 962 (963 f.); *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1054). Für ein umfassendes individuelles Einsichtsrecht *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (129 f.); s. auch *Adams*, Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG Sonderheft 1997, 9 (26).

144 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (717).

bb) Deutschland

Gem. § 37 Abs. 1 BGB ist die Mitgliederversammlung einzuberufen, wenn der durch die Satzung festgelegte, ansonsten der zehnte Teil der Vereinsmitglieder, dies schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe vom zuständigen Organ (Vorstand) verlangt. Kommt der Vorstand diesem Verlangen nicht nach, so kann das Amtsgericht gem. § 37 Abs. 2 BGB die Mitglieder, die das Verlangen gestellt haben, zur Einberufung der Versammlung ermächtigen. Im Gegensatz zum österreichischen Recht ordnet das Gesetz ausdrücklich an, was im Falle der Weigerung des Vorstands zur Einberufung der Mitgliederversammlung geschehen soll. Dem österreichischen Recht fehlt eine ausdrückliche Regelung, es wird abgesehen von der Möglichkeit der Leistungsklage gegenüber dem Verein und den Mitgliedern wohl auch ein subsidiäres Einberufungsrecht zuzuerkennen sein. Jedenfalls ist die Anzeige an die Vereinsbehörde möglich. Das Minderheitenrecht wird aber – abgesehen von der praktischen Undurchführbarkeit bei mitgliederstarken Vereinen – noch dadurch weiter unterlaufen, dass nach der h.M. das Einberufungsquorum bis auf annähernd 50% der Mitgliederzahl hochgesetzt werden kann.¹⁴⁵

c) Anfechtungsrecht

aa) Österreich

Das VerG 2002 trifft in § 7 ausdrückliche, wenn auch sehr knappe, Anordnungen über nichtige bzw. anfechtbare Beschlüsse der Vereinsorgane. Vereinsbeschlüsse sind nichtig, wenn dies Inhalt und Zweck eines verletzten Gesetzes oder die guten Sitten gebieten. Andere gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse bleiben demgegenüber gültig, sofern sie nicht binnen eines Jahres ab Beschlussfassung gerichtlich angefochten werden. Die Frist zur Anfechtung beträgt ein Jahr ab Beschlussfassung,¹⁴⁶ daneben bestehen keine formalen Voraussetzungen, wie etwa das aus dem AktG bekannte Widerspruchsrecht. Jedoch besteht auch bei Beschlussstreitigkeiten die Pflicht gem. § 8 Abs. 1 VerG, vor Befassung des Gerichts die satzungsmäßig zwingend einzurichtende Schlichtungseinrichtung¹⁴⁷ anzurufen, andernfalls der Einwand der mangelnden Klagbarkeit der Rechtssache besteht.¹⁴⁸ Die Anrufung der Schlichtungsstelle wahrt die Jahresfrist des § 7 VerG nicht, weil dort auf die gerichtliche Geltendmachung abgestellt wird, jedenfalls sind die vereinsinternen Mechanismen binnen der offenen Jahresfrist in Gang zu setzen bzw. zu erledigen, mit den Materialien des Gesetzes ist binnen der Jahresfrist das ordentliche Gericht nicht zwingend anzurufen.¹⁴⁹ Um die Verfristung der Anfechtungsklage bei Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens zu verhindern, muss daher rechtzeitig die Schlichtungsstelle angerufen werden. Dabei ist

145 Vgl. dazu *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1054); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 37 Rz. 5.

146 Krit. dazu *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1053).

147 *Fessler/Keller* (Fn. 38), S. 104.

148 OGH, 21.6.2005, 5 Ob 60/05t (zur Bekämpfung von Beschlüssen einer außerordentlichen Generalversammlung); vgl. auch OGH, 18.11.2003, *ecolex* 2004/252, 542; *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 7 Rz. 21 u. § 8 Rz. 6.

149 EB 990 BlgNR 20. GP 28 (VerG 2002); s. auch OGH, 18.11.2003, *ecolex* 2004/252, 542.

zu bedenken, dass der ordentliche Rechtsweg gem. § 8 Abs. 1 VerG erst nach Ablauf von sechs Monaten ab Anrufung der Schlichtungsstelle offen steht, es sei denn, das Verfahren vor der Schlichtungsstelle wird früher beendet. Zur Anfechtung ist jedes Vereinsmitglied berechtigt, das von der Beschlussfassung betroffen ist. Da nicht jedes Vereinsorgan unbedingt auch Vereinsmitglied sein muss, ist die Anfechtungsbefugnis enger als in den vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, wo auch den Organmitgliedern entsprechende Anfechtungsbefugnisse eingeräumt werden (vgl. § 196 öAktG, s. auch § 41 öGmbHG).¹⁵⁰ Umgekehrt greift § 7 VerG weiter als das Kapitalgesellschaftsrecht, da sich die Vorschriften zu Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ausdrücklich nicht nur auf Beschlüsse der Mitgliederversammlung, sondern auch anderer Vereinsorgane erstrecken; die konkreten Auswirkungen der Bestimmung sind aber offen.¹⁵¹

bb) Deutschland

Nach der h.M.¹⁵² ist jeder fehlerhafte Beschluss im Prinzip nichtig und nicht bloß anfechtbar, wenn der Fehler für das vorliegende Beschlussergebnis ursächlich gewesen sein kann.¹⁵³ Fehler, die in einem Verstoß gegen lediglich mitgliederschützende Verfahrensvorschriften liegen, müssen alsbald von den Mitgliedern gerügt werden, andernfalls verwirkt das Recht zur Geltendmachung der Nichtigkeit.¹⁵⁴ Gerichtlich geltend zu machen ist die Nichtigkeit im Wege der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 I dZPO. Demgegenüber spricht sich das überwiegende Schrifttum für die Übertragung der aktienrechtlichen Unterscheidungen zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen (§§ 241 ff. dAktG) im Wege der Analogie auf den Verein, und damit die Anerkennung der Anfechtungsklage auch für den Verein aus.¹⁵⁵ Im Einzelnen ist aber noch unklar, wie die Klage auszugestalten ist (etwa Frage der Klagsfrist).¹⁵⁶ Das VerG ist mit der Anerkennung der Anfechtbarkeit von Vereinsbeschlüssen einen Schritt voraus.

150 *Wenger/Kühnteubl* (Fn. 112), S. 225 (227).

151 *Wenger/Kühnteubl* (Fn. 112), S. 225 (227).

152 Vgl. etwa BGHZ 59, 369 (37, 374); BGHZ 55, 381 (391); BGH, 26.5.1975, NJW 1975, 2101; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 32 Rz. 37 a u. 14.

153 Vgl. etwa BGHZ 59, 369 (375); BGHZ 49, 209 (211, 213); OLG Frankfurt, 19.12.1984, ZIP 1985, 213 (222); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 32 Rz. 37 a.

154 Vgl. etwa *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 32 Rz. 37 a u. 18; BGHZ 49, 209 (212). Krit. dazu *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 7 Rz. 7.

155 Siehe etwa *K. Schmidt*, Die Beschlussanfechtungsklage in Vereinen und Personengesellschaften – Ein Beitrag zur Institutionenbildung, in: FS Stimpel, 1985, S. 217 (220 ff., 242); *K. Schmidt*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 1977, 243 (249 ff.); *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 697; *Grunewald* (Fn. 23), 2 A Rz. 56; *Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 267 ff., 270 f.; *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, S. 513 ff., 515; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1053); vgl. auch *Reuter* (Fn. 11), § 32 Rz. 56 ff. und *Reuter*, ZHR 1987, 355 (372).

156 Siehe dazu *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1053).

d) Haftung

Kontrollmöglichkeiten für das einzelne Vereinsmitglied ergeben sich auch durch die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs gegenüber den Vereins- bzw. Kontrollorganen. Siehe dazu bei V 2 a).

2. Rechnungslegung

a) Österreich

Das VerG beinhaltet in den §§ 21, 22 erstmals¹⁵⁷ für Vereine ausführliche Rechnungslegungsbestimmungen¹⁵⁸ zur Verbesserung der Transparenz und Kontrolle auf dem Gebiet der Vereinsgebarung, die nach der Größe des Vereins differenzieren. Durch eine geordnete Rechnungslegung soll ein Ausgleich für die fehlenden Mindestkapitalvorschriften und das Fehlen einer persönlichen Haftung der Mitglieder geschaffen werden. Das auch für die Finanzgebarung des Vereins zuständige Leitungsorgan hat daher die Pflicht, für eine gehörige finanzielle Bedeckung der Vereinsverpflichtungen zu sorgen. Die Finanzierung der Vereinsgeschäfte muss abgesichert sein, das Vereinsvermögen ist sachgerecht, wirtschaftlich und sparsam zu verwalten und schließlich hat das Leitungsorgan der Mitgliederversammlung, einem etwaigen Kontrollorgan und den Rechnungsprüfern über die Verwendung der Mittel Rechenschaft zu geben. Um diesen Aufgaben gerecht zu werden, ist ein geordnetes Rechnungswesen erforderlich.¹⁵⁹

§ 21 Abs. 1 VerG normiert als Mindeststandard für alle Vereine die Verpflichtung des Leitungsorgans dafür zu sorgen, dass die Finanzlage des Vereins rechtzeitig und hinreichend erkennbar ist.¹⁶⁰ Es ist ein den Anforderungen des Vereins entsprechendes Rechnungswesen einzurichten, insbesondere ist für die laufende Aufzeichnung der Einnahmen und Ausgaben zu sorgen. Zum Ende des Rechnungsjahres hat das Leitungsorgan eines »kleinen Vereins«¹⁶¹ innerhalb von fünf Monaten eine Einnahmen- und Ausgabenrechnung samt Vermögensübersicht zu erstellen. Eine Feststel-

157 Auch nach alter Rechtslage war das Leitungsorgan verpflichtet, zumindest Aufzeichnung über die finanzielle Gebarung des Vereins zu führen. Vereine, die im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreiben, waren und sind auch weiterhin außerdem zur Rechnungslegung gem. § 189 HGB verpflichtet, auch aus steuerrechtlichen Bestimmungen ergibt sich eine Aufzeichnungspflicht, vgl. *Harb* (Fn. 1), S. 37 (38 ff.); *Lachmair* (Fn. 23), S. 24; *Lachmair* (Fn. 43), S. 392 (393).

158 Vereinsspezifischen Sonderfragen zur Rechnungslegung widmen sich die Richtlinien des iwv zur Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen, vgl. RWZ 2001, 154 ff., online abrufbar unter http://www.iwp.or.at/facharbeit/richtlinie_vereine.pdf (7.9.2005).

159 Vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 35 (VerG 2002); *Reisner*, Haftung der Vereinsfunktionäre unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechnungslegungsvorschriften, RWZ 2002/63, 229 (230).

160 Vgl. dazu *Sulz*, Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen nach dem Vereinsgesetz 2002, *ecolex* 2002, 155 (156 f.); *Reisner* (Fn. 158), S. 229 (230).

161 Ein kleiner Verein ist ein Verein, dessen gewöhnliche Einnahmen oder gewöhnliche Ausgaben jeweils eine Million Euro oder weniger betragen, vgl. § 22 Abs. 1 VerG.

lung der Jahresrechnung des Vereins ähnlich dem Kapitalgesellschaftsrecht kennt das VerG nicht; die Festlegung der Feststellungskompetenz obliegt den Statuten,¹⁶² im Zweifel ist dazu das Leitungsorgan – allenfalls unter Mitwirkung des fakultativ eingerichteten Aufsichtsorgans – berufen.¹⁶³ In weiterer Folge haben die Rechnungsprüfer die Finanzgebarung des Vereins innerhalb von vier weiteren Monaten¹⁶⁴ zu prüfen und einen Prüfungsbericht zu erstellen (vgl. § 21 Abs. 3 VerG), dabei sind ihnen vom Leitungsorgan die erforderlichen Unterlagen vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.¹⁶⁵ Die Rechnungsprüfer haben dem Leitungsorgan und einem allenfalls bestehenden Aufsichtsorgan gem. § 21 Abs. 4 Satz 1 VerG zu berichten (lediglich vereinsinterne Berichtspflicht); um die Information über die geprüfte Einnahmen- und Ausgabenrechnung auch gegenüber den Mitgliedern zu erreichen, normiert § 21 Abs. 4 Satz 3 VerG eine korrespondierende Informationspflicht des Leitungsorgans an die Mitglieder des Vereins. Stellen die Rechnungsprüfer schwerwiegende Mängel fest (s. § 21 Abs. 5 VerG), können diese auf die Einberufung der Mitgliederversammlung dringen, ihnen selbst steht auch ein Einberufungsrecht zu.

Für Vereine mit erheblicher Wirtschaftskraft normiert § 22 VerG qualifizierte Rechnungslegungspflichten.¹⁶⁶ Waren die gewöhnlichen¹⁶⁷ Einnahmen oder Ausgaben in zwei aufeinanderfolgenden Rechnungsjahren jeweils höher als eine Million Euro (aber nicht höher als 3 Millionen Euro, »mittelgroßer Verein«), ist ab dem folgenden Rechnungsjahr an Stelle der Einnahmen- und Ausgabenrechnung ein Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung) unter sinngemäßer Anwendung der §§ 189 bis 193 Abs. 1 und 193 Abs. 3 bis 216 öHGB und § 21 VerG aufzustellen. Übersteigen die gewöhnlichen Einnahmen oder gewöhnlichen Ausgaben in zwei aufeinanderfolgenden Rechnungsjahren jeweils drei Millionen Euro oder übersteigt bei Spendenvereinen deren jährliches Aufkommen an im Publikum gesammelten Spenden¹⁶⁸ in diesem Zeitraum jeweils den Betrag von einer Million Euro¹⁶⁹ (»großer Verein«), ist

162 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 21 Rz. 20.

163 EB 990 BlgNR 21. GP 36 (VerG 2002).

164 Daher sollte insgesamt binnen neun Monaten nach Ende des Rechnungsjahrs die Prüfung der Finanzgebarung abgeschlossen sein, das korrespondiert mit der Frist gem. § 193 Abs 2 öHGB zur Aufstellung des Jahresabschlusses des Vollkaufmanns.

165 Vgl. *Reisner* (Fn. 158), S. 229 (230); EB 990 BlgNR 21. GP 26 (VerG 2002).

166 Vgl. dazu *Sulz* (Fn. 159), S. 155 (157 ff.); *Reisner* (Fn. 158), S. 229 (230 f.).

167 Gewöhnliche Einnahmen sind jedenfalls Mitgliedsbeiträge, öffentliche Subventionen, Spenden und sonstige Zuwendungen sowie Einkünfte aus wirtschaftlichen Tätigkeiten, s. *Reisner* (Fn. 158), S. 220 (230 f.); vgl. dazu auch *Sulz* (Fn. 159), S. 155 (156): Orientierung an § 231 i. V. m. § 233 öHGB.

168 Vom Spendenbegriff werden Subventionen, Legate, Vermächtnisse, Schenkungen oder ähnliche Zuwendungen daher nicht erfasst, vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 37 (VerG 2002), s. auch *Sulz* (Fn. 159), S. 155 (156).

169 Der niedrigere Schwellenwert für Spendenvereine entspricht der höheren Verantwortlichkeit der Organwalter solcher Vereine im Umgang mit Spenden, und wird durch das vom Spendenpublikum entgegengebrachte Vertrauen und die diesem fehlenden Kontrollmöglichkeiten gerechtfertigt, vgl. EB 990 BlgNR 21 GP 37 (VerG 2002). Das Vertrauen in Spendenvereine wird auch durch das von Privaten getragene System von Standards für spendensammelnde Non-Profit-Organisationen gestärkt, wie das »Österreichische Spendengütesiegel«, vgl. dazu die Informationen auf der Homepage des Österreichischen

ein erweiterter Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang) aufzustellen und darüber hinaus eine Abschlussprüfung durch einen Abschlussprüfer – der die Aufgaben der Rechnungsprüfer übernimmt – unter sinngemäßer Anwendung der auch für den mittelgroßen Verein geltenden Rechnungslegungsbestimmungen sowie der Bestimmungen für Kapitalgesellschaften¹⁷⁰ durchzuführen. Für den Prüfungsbericht des Abschlussprüfers gilt § 273 öHGB sinngemäß.¹⁷¹ Ein Lagebericht ist auch in der »dritten Bilanzierungsstufe« nicht zu erstellen.¹⁷²

§ 22 Abs. 3 VerG normiert eine Sonderregelung für Subventionsvereine, wonach unter bestimmten Umständen ein durch einen öffentlichen Subventionsgeber (etwa Gebietskörperschaft, Kammer, Sozialversicherungsträger) geprüfter Rechnungskreis von der Berechnung der Schwellenwerte ausgenommen werden kann.¹⁷³

Eine Verpflichtung zur Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen ähnlich den Offenlegungsverpflichtungen von Kapitalgesellschaften gem. § 277 ff. öHGB normiert das VerG nicht.¹⁷⁴ Als publizitätswirksame Maßnahme wird jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eine Informationspflicht des Abschlussprüfers gegenüber der Vereinsbehörde normiert. Gem. § 22 Abs. 5 VerG hat dieser unverzüglich¹⁷⁵, wenn er bei seiner Prüfung Tatsachen feststellt, die erkennen lassen, dass der Verein seine bestehenden Verpflichtungen nicht erfüllen kann, oder die erwarten lassen, dass der Verein in Zukunft zur Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht in der Lage sein wird, dies der Vereinsbehörde mitzuteilen. Dieser Umstand ist dann auch im Vereinsregister ersichtlich zu machen, damit ist die Information der Allgemeinheit über eine drohende existenzbedrohliche Lage des Vereins erreicht. Vereinsintern ist der Abschlussprüfer gem. § 273 Abs. 2 öHGB bei Feststellung bestandsgefährdender Tatsachen zu einem unverzüglichen Bericht verpflichtet.¹⁷⁶ Eine entsprechende Verpflichtung des Rechnungsprüfers, der zur Überprüfung kleiner und mittelgroßer Vereine verpflichtet ist, besteht nicht, diesem steht die Einberufung der Mitgliederversammlung offen, und kann damit allenfalls Konsequenzen für das Leitungsorgan herbeiführen, freilich können auch die Rechnungsprüfer – wenn auch ohne rechtliche Verpflichtung – die Vereinsbehörde über gravierend gesetzwidriges Verhalten des Leitungsorgans informieren.¹⁷⁷

Spendegütesiegels, <http://www.osgs.at/> (7.9.2005), und der Kammer der Wirtschaftstreuhänder http://www.kwt.or.at/action_viewcontent.asp?IDM=34&cont=/user/Internet/Service/Spendeguetesiegel/content.asp&o=1 (7.9.2005).

170 Vgl. *Reisner* (Fn. 158), S. 229 (231) und § 22 Abs. 2 VerG.

171 EB 990 BlgNR 21. GP 36 (VerG 2002).

172 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 22 Rz. 10.

173 Vgl. dazu *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 22 Rz. 19 ff. u. Vor §§ 20–22 Rz. 2; EB 990 BlgNR 21. GP 38 f. (VerG 2002).

174 Vgl. dazu *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), Vor §§ 20–22 Rz. 5 f. u. § 22 Rz. 28.

175 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 22 Rz. 29.

176 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 22 Rz. 29.

177 *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 22 Rz. 31.

b) Deutschland

Die Rechnungslegung ist im BGB nur rudimentär geregelt. Aus der Anwendung der auftragsrechtlichen Vorschriften (§ 27 Abs. 3 BGB) auf das Verhältnis zwischen dem Verein und seinem Vorstand ergibt sich die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung und die Auskunft- und Rechenschaftspflicht (vgl. § 666 BGB) des Vorstands. Daher muss der Vereinsvorstand über seine Tätigkeit Buch führen, die Geldbewegungen aufzeichnen und für die Rechnungslegung eine bilanzmäßige Abrechnung gem. § 259 BGB aufstellen.¹⁷⁸ Bei der Rechnungslegung, die in der ordentlichen Mitgliederversammlung vorzunehmen ist, kann sich der Vorstand daher auf eine »geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben« beschränken.¹⁷⁹ Ein halbwegs geordnetes Rechnungs- und Prüfungswesen ergibt sich aber in der Praxis aus steuerlichen Gründen.¹⁸⁰ Der Verein ist weiters, wenn er Kaufmannseigenschaft besitzt, für seinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zur Buchführung und Bilanzierung nach handelsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet, für den ideellen Tätigkeitsbereich bleibt es aber lediglich bei der – im Vergleich zum Kapitalgesellschaftsrecht – unzulänglichen vereinsrechtlichen Rechnungslegungspflicht.¹⁸¹ An der Kaufmannseigenschaft des Vereins fehlt es aber gerade, wenn dieser sämtliche wirtschaftliche Aktivitäten auf Tochter- oder Enkelgesellschaften auslagert,¹⁸² damit fehlt es an einer effizienten Rechnungslegungspflicht. Einer Pflicht zur Publizität¹⁸³, zur Erstellung eines den Jahresabschluss ergänzenden Lageberichts und zur Prüfung ihrer Rechnungslegung unterliegen Idealvereine aber selbst dann nicht, wenn sie den handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten unterliegen, da die betreffenden Vorschriften des HGB sich nur an Kapitalgesellschaften (und bestimmte &-Co-Konstruktionen) richten.¹⁸⁴ Aufgrund der fehlenden »externen Rechnungslegung« ergeben sich insbesondere auch für Spendenvereine erhebliche Kontrolldefizite.¹⁸⁵ Die unzu-

178 Vgl. *Knauth* (Fn. 1), S. 339 (342); *Segna*, in: Börsche/Walz (Fn. 5), S. 9 ff.; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051); *Haas/Scholl* (Fn. 138), S. 365 (371 f.).

179 *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051); *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1311); *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (128); *Lutter*, Zur Rechnungslegung und Publizität gemeinnütziger Spendenvereine, BB 1988, 489 (490); *Adams* (Fn. 142), S. 9 (23).

180 *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1312); *Stock* (Fn. 23), S. 440 (446); *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (128).

181 *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051).

182 *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1311).

183 Vgl. dazu auch *Segna* (Fn. 25), S. 1311 ff. zum ADAC-Beschluss des LG München I v. 30.8.2001, DB 2003, 1316; vgl. dort auch zur Frage der Konzernrechnungslegung eines Vereins.

184 *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051); *Segna* (Fn. 25), S. 1311 (1312).

185 Vgl. *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 ff.; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051 f.). Die Verbesserung der Transparenz von Spendenvereinen wird durch verschiedene Maßnahmen in Angriff genommen, vgl. die Richtlinien zur Rechnungslegung und Prüfung spendensammelnder Organisationen des IDW aus 1995; vgl. das Spenden-Siegel des Deutschen Zentral-Instituts für soziale Fragen (DZI), <http://www.dzi.de/hinweise.htm> (8.9.2005). Das ehrenamtlich geführte Register deutscher Spendenorganisationen, bei dem der Öffentlichkeit freiwillig Informationen der Vereine zur Verfügung gestellt wurden, wurde 2002 wegen fehlender Unterstützung der öffentlichen Hand eingestellt, vgl. die Pressemeldung des DSK v. 30.4.2002, abrufbar unter <http://www.spenden.org/endeinfo.htm>

reichenden vereinsrechtlichen Rechnungslegungsbestimmungen wurden in der Literatur immer wieder kritisiert;¹⁸⁶ in der Literatur wurden Vorschläge zur Ausgestaltung neuer Rechnungslegungs-, Kontroll- und Publizitätsbestimmungen erstattet.¹⁸⁷ Die Literatur plädiert für eine Reform der Rechnungslegung nach einem Stufenmodell, somit im Grundgedanken ähnlich dem österreichischen Modell.¹⁸⁸ Der Entwurf zur Reformierung des Vereinsrechts greift die bestehende Insuffizienz der Rechnungslegungs-, Kontroll- und Publizitätsbestimmungen aber nicht auf.¹⁸⁹

3. Publizität

a) Österreich

Durch die Einrichtung des Vereinsregisters wird die für den Geschäftsverkehr notwendige Transparenz und Publizität hergestellt, in der Ausgestaltung ist das Vereinsregister aber nicht gänzlich dem Firmenbuch vergleichbar.¹⁹⁰ Das Vereinsregister unterscheidet zwei Auskunftsebenen: Demnach ist über bestimmte Daten (wie etwa Name, Sitz und Anschrift des Vereins, Funktion und Name der organschaftlichen Vertreter des Vereins, Beginn der Vertretungsbefugnis, Mitteilung des Abschlussprüfers gem. § 22 Abs. 5 erster Satz VerG) jedermann Auskunft zu erteilen. Demgegenüber sind Auskünfte über persönliche Daten (Geburtsdatum, Geburtsort, Zustellanschrift) der organschaftlichen Vertreter bzw. des Abwicklers des Vereins sowie über historische Daten (vgl. § 16 Abs. 2 VerG) nur eingeschränkt zu erteilen.

(7.9.2005). Auch das österreichische Recht kennt mit dem Spendengütesiegel und den Rechnungslegungs-Richtlinien des iwv für Vereine vergleichbare Maßnahmen, vgl. dazu *Kuhn*, Struktur und Kontrolle wirtschaftlicher Aktivitäten, in: *WiR* (Fn. 4), S. 123 ff.; *Krejci* (Fn. 54).

186 *Lutter* (Fn. 178), S. 489 ff.; *Adams* (Fn. 142), S. 9 (22 ff.); *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 ff.; *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1051 f., 1054 f.); vgl. auch *Arnold* (Fn. 5), S. 2143 (2144).

187 Vgl. *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (129 ff.); *Segna* (Fn. 5), S. 1048 (1054 f.); *Adams* (Fn. 142), S. 9 (25 f.); *Lutter* (Fn. 178), S. 489 (495 ff.); *Segna*, in: *Bösche/Walz* (Fn. 5), S. 20 ff.; *Ebers*, Die genossenschaftliche und vereinsrechtliche Prüfung in Österreich und in der Schweiz – Reformvorschläge für das deutsche Genossenschafts- und Vereinsrecht, in: *Bösche/Walz*, Wie viel Prüfung braucht der Verein – wie viel Prüfung verträgt die Genossenschaft?, 2005, S. 84 ff.

188 *Segna*, in: *Bösche/Walz* (Fn. 5), S. 20 ff.; *Ebers*, in: *Bösche/Walz* (Fn. 187), S. 82, 84; s. ferner *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 129; *Hopt*, Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, in: *Hopt u.a.*, Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, 2005, S. 243, 253; *Walz*, Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor: Eine in Deutschland überfällige, rechtspolitische Debatte, in: *Walz*, Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, 2004, S. 7 ff.

189 Vgl. die Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004, S. 14, die das Fehlen zwingender Publizitäts-, Rechnungslegungs- und Prüfungspflichten mit der nur begrenzt zulässigen Teilnahme des Idealvereins am Wirtschaftsverkehr begründen.

190 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (715). Eine weitgehende Annäherung an das Firmenbuch sah der Entwurf der interministeriellen Arbeitsgruppe zur Reform des Vereinsrechts vor, vgl. *Fessler/Keller/Krejci/Zetter* (Fn. 43), S. 60 ff.

Diese Informationen sind ausdrücklich anzufordern und ihre Erteilung setzt die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses voraus, Private haben darüber hinaus einen Identitätsnachweis zu erbringen. Dem Verein selbst ist aber auf sein Verlangen jedenfalls Auskunft zu erteilen (§ 17 Abs. 2 VerG). Gegenüber Dritten kann das Auskunftsrecht durch eine Auskunftssperre, die vom Verein im Fall außergewöhnlicher Gefährdung bei der Vereinsbehörde beantragt werden kann, gem. § 17 Abs. 6 VerG eingeschränkt sein.¹⁹¹

Derzeit erfolgt die Auskunft mündlich oder in Form eines Auszugs über die bei den Vereinsbehörden erster Instanz eingerichteten Lokalen Vereinsregister, die nicht in elektronischer Form geführt werden müssen.¹⁹² Das Innenministerium führt seit 1. Jänner 2006 ein automationsunterstütztes Zentrales Vereinsregister.¹⁹³ Durch die Einrichtung des Zentralen Vereinsregisters soll – sofern keine Auskunftssperre besteht – jedermann die gebührenfreie Online-Abfrage möglich sein, ausgenommen sind wiederum besonders sensible Daten (vgl. § 19 Abs. 3 VerG). Jeder Verein erhält eine fortlaufende Vereinsregisterzahl (ZVR-Zahl), die von den Vereinen im Rechtsverkehr nach außen zu führen ist. Diese Verpflichtung ist verwaltungsstrafrechtlich abgesichert (vgl. § 31 Ziff. 4 lit. e VerG¹⁹⁴).

Jedermann¹⁹⁵ kann außerdem Auskunft aus Statuten gem. § 17 Abs. 7 VerG verlangen. Positiv zu werten ist die in § 17 Abs. 8 VerG normierte Vertrauenshaftungsregel. Demnach darf jeder, der eine Auskunft beim Vereinsregister einholt, darauf vertrauen, dass sie richtig ist, es sei denn, er kennt die Unrichtigkeit oder muss sie kennen. Liegt die Ursache einer unrichtigen Auskunft auf Seiten des Vereins (etwa unterlassene Bekanntgabe der inzwischen geänderten Vertretungsverhältnisse gem. § 14 Abs. 2 VerG), so haftet bei Vorliegen der sonstigen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen¹⁹⁶ ausschließlich¹⁹⁷ der Verein für den entstandenen Vertrauensschaden.

Eine Jahresabschlusspublizität vergleichbar den Vorschriften für Kapitalgesellschaften kennt das VerG nicht.

b) Deutschland

Über das Vereinsregister kann in Deutschland jedermann Informationen über einen Verein erlangen. Im Vereinsregister sind etwa Name und Sitz des Vereins, die Mitglieder des Vorstands und deren Vertretungsmacht¹⁹⁸ ersichtlich. § 79 BGB gestattet jedermann die Einsicht in das Vereinsregister sowie der von dem Verein bei dem Amtsgericht eingereichten Schriftstücke, von den Eintragungen kann eine (beglaubigte) Abschrift verlangt werden. Auf die Geltendmachung eines irgendwie gearteten

191 Siehe dazu etwa *Brändle/Schnetzer* (Fn. 9), S. 125 f.

192 Vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 32 (VerG 2002).

193 Vgl. Vereinsgesetz-Durchführungsverordnung BGBl. II 2005/60.

194 I.d.F. BGBl. I 2004/10.

195 *Brändle/Schnetzer* (Fn. 9), S. 127.

196 Vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 17 Rz. 39, 41.

197 In diesem Fall keine Mithaftung des Bundes im Wege der Amtshaftung für ein Fehlverhalten der Vereinsbehörde, vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 17 Rz. 42 ff., s. aber auch Rz. 45.

198 Vgl. dazu *Schwarz* (Fn. 102), S. 1033 ff.

berechtigten oder rechtlichen Interesses kommt es dabei nicht an.¹⁹⁹ Die Einrichtung eines automatisierten Verfahrens zur Online-Abfrage der Registerdaten ist unter den Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 bis 4 BGB möglich (vgl. zur Einrichtung des elektronischen Vereinsregisters auch § 55a BGB).

Wie das österreichische Recht kennt das deutsche Recht eine Vertrauensschutznorm. Gem. § 68 BGB muss sich der Dritte eine Änderung des Vorstands nicht entgegenhalten lassen, wenn sie nicht eingetragen war, es sei denn, der Dritte kennt die Änderung positiv. Eine eingetragene Änderung muss der Dritte aber gegen sich gelten lassen, außer der Dritte kennt die Eintragung nicht und diese Unkenntnis beruht nicht auf seinem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), wobei selbst leichte Fahrlässigkeit schadet.²⁰⁰ § 70 BGB erweitert den Anwendungsbereich der Publizitätswirkungen des § 68 BGB, u.a. für Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands beschränken.

Das Vereinsregister enthält keine Informationen über die Rechnungslegung des Vereins, eine Offenlegungsverpflichtung wie im Kapitalgesellschaftsrecht ist dem Vereinsrecht wie in Österreich fremd.²⁰¹ Eine dem § 22 Abs. 5 VerG ähnliche Information der Allgemeinheit über eine drohende existenzbedrohliche Lage des Vereins durch Aufnahme eines Hinweises in das Vereinsregister kennt das deutsche Recht nicht; lediglich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist im Vereinsregister ersichtlich (vgl. § 75 BGB).

V. Haftung

Haftungsnormen sind Teil eines funktionierenden Gläubigerschutzsystems. Sie ergänzen die Rechnungslegungsvorschriften und sind dort besonders wichtig, wo der sonstige Gläubigerschutz nicht stark ausgeprägt ist. Auch im Vereinsrecht sollen die Haftungsnormen das sonst fehlende oder nur spärlich ausgeprägte Gläubigerschutzsystem ergänzen.²⁰²

199 Abschriften aus den beim Register befindlichen Urkunden bedürfen aber des Nachweises eines berechtigten Interesses, vgl. *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 79 Rz. 2 f.; *Reuter* (Fn. 11), § 79 Rz. 1 f.

200 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 68 Rz. 3.

201 Zum Vorschlag der Einführung eines publizitätspflichtigen »Transparenzformulars« ähnlich der Verpflichtung US-amerikanischer Non-Profit-Organisationen vgl. *Adams/Maßmann* (Fn. 5), S. 128 (129).

202 *Krejci* (Fn. 54).

1. Haftung der Organwalter

a) Österreich

aa) Haftung gegenüber dem Verein (Innenhaftung)

Mit dem VerG 2002 kommt es in Österreich zu einer weitgehend klarstellenden²⁰³ Kodifizierung des Haftungsrechts des Vereins. Gem. § 23 VerG haftet der Verein für seine Verbindlichkeiten lediglich mit seinem Vermögen; das entspricht dem – im Kapitalgesellschaftsrecht bekannten – Trennungsprinzip. Als juristische Person ist der Verein selbst Träger der ihn treffenden Rechte und Pflichten. Organe und Mitglieder haben für Verbindlichkeiten des Vereins daher grundsätzlich nicht einzustehen. Der Verein muss sich dabei das deliktische Verhalten seiner Repräsentanten²⁰⁴ und seiner Gehilfen gem. §§ 1313 a, 1315 ABGB²⁰⁵ zurechnen lassen. Die deliktische Repräsentantenhaftung wird im VerG nicht ausdrücklich normiert, sie ergibt sich aber aus allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen (§ 26 ABGB).²⁰⁶

Organwalter²⁰⁷ und Prüfer²⁰⁸ haften nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts dem Verein selbst (Innenhaftung), wenn sie unter Missachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters ihre gesetzlichen oder statutari-schen Pflichten oder rechtmäßige Beschlüsse eines zuständigen Vereinsorgans verletzen.²⁰⁹ § 24 Abs. 2 VerG zählt beispielhaft Tatbestände auf, die in erster Linie auf die finanzielle Verantwortung abzielen (etwa zweckwidrige Verwendung des Vereinsvermögens, Verwirklichung von Vereinsvorhaben ohne ausreichende finanzielle Sicherung, nicht rechtzeitige Eröffnung des Konkursverfahrens),²¹⁰ und die bei Vorliegen der allgemeinen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen zu einer Ersatzpflicht führen können.

203 EB 990 BlgNR 21. GP 17 (VerG 2002); krit. *Kossak* (Fn. 115), S. 473 (476, 478).

204 Vgl. dazu *Aicher*, in: *Rummel* (Fn. 38), § 26 Rz. 26; *Ostheim*, in: *Korinek/Krejci* (Fn. 46), S. 117 (163 ff.); *Gelbmann*, Weitere haftungsrechtliche Probleme des Vereinsgesetzes 2002, JAP 2002/03, 198 (198 f.).

205 Vgl. zur Erfüllungsgehilfenhaftung OGH 23.9.2004. JBl 2005, 313 (315).

206 *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215 (218).

207 Teilnehmer der Mitgliederversammlung werden von der Haftung nach § 24 VerG ausgenommen, s. dazu EB 990 BlgNR 21. GP 39 (VerG 2002).

208 § 24 erwähnt nur die Rechnungsprüfer, da sich die Haftung der Abschlussprüfer nach den allgemeinen, für sie bestehenden Bestimmungen richtet (§ 275 öHGB, auf den § 22 Abs 2 VerG verweist), vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 24 Rz. 19. Die für Abschlussprüfer bestehenden Haftungshöchstgrenzen gem. § 275 Abs. 2 öHGB gelten gem. § 24 Abs. 4 VerG auch für den Rechnungsprüfer. § 275 Abs. 2 öHGB i.d.F. BGBl. I 2005/59 (GesRÄG 2005) staffelt die Haftungshöchstbeträge bei fahrlässigem Handeln je nach Größe der geprüften Gesellschaft (Größenmerkmale gem. § 221 öHGB). Für das Vereinsrecht sind die entsprechenden Größenmerkmale des § 22 VerG maßgeblich.

209 Vgl. dazu *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/03, 184 ff.; *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem Vereinsgesetz 2002, RdW 2003/52, 71 ff.

210 *Van Husen*, Vereinsgesetz 2002, GeS 2003, 9 (10).

Gem. § 24 Abs. 1 VerG soll bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit berücksichtigt werden.²¹¹ Damit wird ein differenzierter, nämlich reduzierter, Sorgfaltsmaßstab, und zwar jener des ordentlichen und gewissenhaften, unentgeltlich tätigen Organwalters geschaffen.²¹² Die unentgeltliche Ausübung einer Vereinsfunktion ist daher nicht uneingeschränkt am selben strengen Sorgfaltsmaßstab zu messen wie z.B. die eines professionellen Geschäftsführers.²¹³ § 24 Abs. 1 Satz 2 VerG bedarf der Konturgebung durch die Rechtsprechung, dabei kann es sich nur um ein richterliches Mäßigungsrecht,²¹⁴ nicht aber um einen gänzlichen Haftungsausschluss handeln. Eine völlige Haftungsfreizeichnung des ehrenamtlich tätigen Organmitglieds ist damit keinesfalls verbunden, eine Lockerung der Sorgfaltsanforderungen ist zudem nur im Bereich der leichten Fahrlässigkeit vorstellbar.²¹⁵ Der verminderte Sorgfaltsmaßstab gilt lediglich für Innenhaftungsfälle; gegenüber außenstehenden Gläubigern gilt er nicht.²¹⁶

Eine Haftpflicht des Organwalters gegenüber dem Verein tritt dann nicht ein, wenn seine Handlungen durch einen rechtmäßigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen dafür zuständigen Vereinsorgans gedeckt sind, es sei denn, der Organwalter hätte das zur Entscheidung berufene Organ beschlussentscheidend falsch oder unvollständig informiert oder sonst in die Irre geführt (vgl. § 24 Abs. 3 VerG).²¹⁷

Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegenüber Organwaltern oder Prüfern hat innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist (innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger gem. § 1489 ABGB) durch das Leitungsorgan des Vereins im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis²¹⁸ oder – bei Ansprüchen gegenüber

211 Bei Verwirklichung eines der in Abs. 2 beispielhaft genannten Tatbestände kommt es bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen jedenfalls zu einer Haftung des Organwalters, d.h. unabhängig von seiner ehrenamtlichen Tätigkeit, vgl. *Kossak* (Fn. 115), S. 473 (484).

212 *Werkusch* (Fn. 207), S. 71 (73).

213 EB 990 BlgNR 21. GP 40 (VerG 2002) 40. Vgl. dazu auch OGH, 11.11.1987, SZ 60/236 (zum differenzierten Sorgfaltsmaßstab der Angehörigen einer freiwilligen Feuerwehr im Vergleich zu jenen einer Berufsfeuerwehr) und OGH, 14.3.2002, EvBl 2002/156, 607 (608) (geringerer Sorgfaltsmaßstab bei gemeinnützigem Verein im Vergleich zum wirtschaftlich tätigen Verein). Siehe auch *Rummel*, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und rechtlicher Kontrolle, in: FS Strasser, 1983, S. 813 (829 f.); ablehnend zur Differenzierung nach (un)entgeltlicher Tätigkeit *Ostheim*, in: Korinek/Krejci (Fn. 46), S. 117 (185); *Aicher*, in: Rummel (Fn. 38), § 26 Rz. 36 (alle zum VerG 1951); für eine Einschränkung der Haftung von Organwaltern und Rechnungsprüfern nichtwirtschaftlicher Vereine auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz *Kossak* (Fn. 115), S. 473 (491). Zur Anlehnung einer Neuregelung an das DHG vgl. *Krejci* (Fn. 204), S. 215 (222 f.).

214 Vgl. dazu *Krejci* (Fn. 204), S. 215 (221 ff.).

215 *Krejci* (Fn. 54).

216 *Krejci* (Fn. 206), S. 215 (224); *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (723); *van Husen* (Fn. 208), S. 9 (10). Mittelbar kann sich die Haftungsbeschränkung auch auf Vereinsgläubiger auswirken, nämlich wenn diese auf den Schadenersatzanspruch des Vereins gegenüber dem Organwalter greifen möchten, ein solcher wegen des gemilderten Sorgfaltsmaßstabs aber nicht besteht, vgl. *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 24 Rz. 9.

217 EB 990 BlgNR 21. GP 40 (VerG 2002).

218 *Werkusch* (Fn. 207), S. 71 (74); *Gelbmann* (Fn. 207), S. 184 (188).

Organwaltern²¹⁹ – durch einen von der Mitgliederversammlung zu bestellenden Sondervertreter (vgl. § 25 Abs. 1 VerG) zu erfolgen. Subsidiär kann eine Minderheit von 10% der Mitglieder unter Tragung des Kostenrisikos einen Sondervertreter für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Organwaltern bestellen (vgl. § 25 Abs. 2 und 3 VerG). Abgesehen von der relativ hohen Schwelle von 10% – die sich in Großvereinen praktisch nicht organisieren lässt – hat die Kostentragung abschreckende Wirkung,²²⁰ die ohnehin durch den Mechanismus gegeben ist, dass die Minderheit nicht für sich, sondern für den Verein Ansprüche geltend macht.

Ein Verzicht oder Vergleich über Ersatzansprüche des Vereins gegen Organwalter oder Prüfer ist gegenüber Gläubigern unwirksam, ausgenommen sind Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem den Organwalter oder Rechnungsprüfer betreffenden Insolvenzverfahren.²²¹ Damit scheidet jedenfalls im Außenverhältnis auch die Vereinbarung von individuellen bzw. satzungsmäßigen Haftungsbeschränkungen.²²² Vereinsgläubiger können daher, selbst wenn der Verein sich mit den Organwaltern verglichen oder auf diese Ansprüche verzichtet hat, im Exekutionsweg Ansprüche des Vereins gegen seine Organwalter pfänden und sich überweisen lassen.²²³

bb) Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung)

Dritten gegenüber haften Organmitglieder, Vereinsmitglieder, Rechnungsprüfer und Abschlussprüfer²²⁴ persönlich nur aufgrund besonderer rechtsgeschäftlicher Verpflichtung oder anderer gesetzlicher Vorschriften. Dabei kommt vor allem die Haftung aus einer Schutzgesetzverletzung gem. § 1311 ABGB²²⁵ oder die rechtswidrige Verletzung absoluter Rechte Dritter (etwa Körperverletzung, Sachbeschädigung)²²⁶ in Betracht. Erwägenswert erscheint auch die Haftung des Vereinsorgans gegenüber Mitgliedern wegen der Verletzung von Mitgliederrechten²²⁷. Zu einer direkten Haf-

219 Ansprüche gegenüber Prüfern sind von § 25 VerG nicht erfasst, vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 41 (VerG 2002).

220 Vgl. zum Aktienrecht *Kalss*, Anlegerinteressen – Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, 2001, S. 354.

221 *Werkusch* (Fn. 207), S. 71 (74).

222 Siehe dazu *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 26 Rz. 7 u. 10; *Lachmair* (Fn. 23), S. 62 f.

223 *Krejci* (Fn. 204), S. 215 (224); *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (723); *Gelbmann* (Fn. 207), S. 184 (187) und 198 (199); *Werkusch* (Fn. 207), S. 71 (74); krit. dazu *Kossak* (Fn. 115), S. 473 (475 f., 479 f., 486 ff.).

224 *Krejci* (Fn. 48), S. 713 (722).

225 Etwa aufgrund von § 69 (verspätete Konkursantragstellung), § 159 StGB (grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen), vgl. OGH, 22.10.1997, *ecolex* 1998, 327 (328). Vgl. dazu auch *Mandl* (Fn. 44), S. 110 ff.

226 Zur Deliktshaftung von Vereinsorganen gegenüber Dritten vgl. etwa OGH, 15.10.1985, *JBl* 1986, 184 (185); OGH 8.11.2001 *EvBl* 2002/74, 308 (308).

227 Str.; zur Schadenersatzpflicht des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern vgl. OGH, 18.4.2001, *JBl* 2001, 585 (589 f.); OGH, 10.7.1997, *JBl* 1998, 123 (125 [Die Mitglieder des Vereins haben ein Recht darauf, dass ihre Mitgliedschaftsrechte nicht verletzt werden. Geschieht das, so begründet dies – ähnlich der positiven Vertragsverletzung – Schadenersatzpflichten des Vereins]); zur Haftung des Vorstands gegenüber dem Vereinsmitglied aus

tung der Vereinsorgane bzw. Prüfer kann es aber auch aus den Prinzipien der Vertrauenshaftung (*culpa in contrahendo*) kommen, wenn der Organwahrer oder Prüfer eine den Verein betreffende Aufklärungspflicht (vor Vertragsabschluss) verletzt²²⁸ und dieser selbst ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat oder in besonderem Maß das persönliche Vertrauen des Geschäftspartners²²⁹ in Anspruch genommen hat.²³⁰ Die beiden Elemente müssen nicht kumulativ, sondern nur alternativ vorliegen. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Vertreter außergewöhnliche Sachkunde für den Vertragsgegenstand oder allgemein seine persönliche Zuverlässigkeit in Anspruch nimmt.²³¹ Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten ist anerkannt;²³² die Übertragung der Grundsätze zur Abschlussprüferhaftung auch auf den Rechnungsprüfer des Vereins ist zu erwägen.

b) Deutschland

aa) Haftung gegenüber dem Verein (Innenhaftung)

Gem. § 31 BGB wird das haftungsbegründende Verhalten von »verfassungsmäßig berufenen Vertretern« (erfasst werden Vorstandsmitglieder, besondere Vertreter, sonstige Repräsentanten²³³ sowie Mitglieder freiwilliger Aufsichts- und Beratungsor-

Verletzung der Mitgliedschaftsrechte vgl. BGHZ 110, 323 (334); vgl. auch *Mandl* (Fn. 44), S. 139 ff.; *U. Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(-srechte), JBl 2003, 747 ff.

228 Etwa über die Konkursreife des Vereins bei Inanspruchnahme fremder finanzieller Hilfe, vgl. *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (201).

229 Denkbar ist der Einsatz prominenter Vorstandsmitglieder bei Spendenvereinen, um eine gewisse Seriosität des Vereins zu vermitteln, vgl. *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (201); *Mandl* (Fn. 44), S. 123.

230 Vgl. dazu allgemein OGH, 7.6.1978, SZ 51/79; OGH, 22.2.1984, SZ 57/37; OGH, 4.10.1989, SZ 62/160; OGH, 30.8.1989, JBl 1990, 599; OGH, 29.10.1996, ÖBA 1997, 392; OGH, 15.7.1997, HS 28.515; OGH, 1.4.1998, SZ 71/63; OGH, 14.11.2000, ÖBA 2001/991, 819 (821); OGH, 8.7.2003, 5 Ob 120/03p; vgl. auch *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (201); *Mandl* (Fn. 44), S. 119 ff.; vgl. dazu auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Das österreichische Kapitalmarktrecht, 2005, § 19 Rz. 19, § 11 Rz. 42; *Kalss/Oppitz*, Prospekt- und Kapitalmarktinformatiionshaftung in Österreich, in: *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformatiionshaftung, 2005, S. 811 (840, 863 f.).

231 OGH, 4.10.1989, SZ 62/160; OGH, 3.5.1994, WBl 1994, 378 (jeweils für GmbH-Geschäftsführer, der anlässlich der Vertragsverhandlungen für eine konkursreife GmbH eine formunwirksame Bürgschafts- bzw. Garantierklärung abgibt).

232 Vgl. zur Abschlussprüferhaftung OGH, 27.11.2001, RdW 2002/82, 87 – *Riegerbank*; *W. Doralt*, Die Haftung der Abschlussprüfer, 2005, passim; *Koziol/W. Doralt*, Abschlussprüfer – Haftung und Versicherung, 2004, passim; *Kalss/Oppitz*, in: *Hopt/Voigt* (Fn. 228), S. 811 (875 ff.); *Kalss*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, ÖBA 2002, 187 ff.; *Artmann*, Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBl 2000, 623 ff.; *Eckert/Gröhs/Kalss/Stöger*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers – Folgefragen zu den OGH-Urteilen, in: *IWP*, Jahrbuch der Wirtschaftsprüfer 2003, 69 ff.; *Harrer*, Kritische Anmerkungen zur Haftung des Abschlussprüfers *de lege ferenda* (Entwurf eines GesRÄG 2005), wbl 2005, 108 ff.

233 Vgl. BGHZ 49, 19 (21); *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 31 Rz. 10 f.; *Reuter* (Fn. 11), § 31 Rz. 19 ff.

gane²³⁴), die in dieser Eigenschaft, d.h. als Organperson, tätig geworden sind, dem Verein zugerechnet, als ob es sein eigenes Verhalten wäre.²³⁵

Die Haftung des Vorstands gegenüber dem Verein ergibt sich aus dem internen Sonderrechtsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag²³⁶) zwischen Vorstandsmitglied und Verein, für dessen Schlechterfüllung der Vorstand dem Verein haftet.²³⁷ Ähnlich der Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabes bei unentgeltlich tätigen Mitgliedern des Leitungsorgans nach österreichischem Recht kommt es bei ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern zur Anwendung der Regeln über die Arbeitnehmerhaftung,²³⁸ wonach es bei leichtester Fahrlässigkeit zum Entfall der Haftung und bei mittlerer Fahrlässigkeit zur Schadensteilung zwischen Verein und Vorstand kommt. Wird das Vorstandsmitglied von Dritten in Anspruch genommen (etwa gem. § 823 ff. BGB), hat es einen entsprechenden Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein.²³⁹ Die Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Verein erfolgt an sich durch den zur Vertretung befugten Vorstand. Da dies in der Praxis zu Schwierigkeiten führt, kann die Mitgliederversammlung als oberstes Vereinsorgan die Anspruchsdurchsetzung anordnen und zugleich einen besonderen Vertreter mit diesen Aufgaben betrauen.²⁴⁰

bb) Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung)

Aus unerlaubter Handlung wird derjenige haftpflichtig, der diese begangen hat. Verwirklicht ein Vorstandsmitglied den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB oder kommt es zu einer Schutzgesetzverletzung i.S. des § 823 Abs. 2 BGB, haftet dieses wie auch nach österreichischem Recht selbst.²⁴¹ Gem. § 42 Abs. 2 Satz 2 BGB sind die Vorstandsmitglieder bei einer verzögerten Einreichung des Insolvenzantrags den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, sofern ihnen ein Verschulden zur Last fällt. Nach der h.M. ergibt sich der Schadenersatzanspruch aus § 42 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.²⁴² Daneben kommt ebenso wie im österreichischen Recht die Haftung des Vertreters aus culpa in contrahendo in Betracht, wenn der Vertreter am Abschluss des Vertrags wirtschaftlich ein eigenes Interesse hat oder in besonderem Maße das Vertrauen des Geschäftspartners in seine eigene Person in Anspruch genommen hat.²⁴³ Die deliktische Haftung wegen Eingriffs in die Mit-

234 Krit. dazu *Reuter* (Fn. 11), § 31 Rz. 23.

235 *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 31 Rz. 1.

236 *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 34.

237 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 691.

238 *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 691 f.; *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 36; BGHZ 89, 153 (158 [zum ehrenamtlich tätigen Mitglied, das im gegebenen Fall in einem – dem zwischen Vorstand und Verein vergleichbaren – Auftragsverhältnis zum Verein steht]); anders *Reuter* (Fn. 11), § 27 Rz. 39.

239 *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 36; vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 691.

240 Vgl. *Grunewald* (Fn. 85), S. 962 (966); *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 39 f.; *Reuter* (Fn. 11), § 27 Rz. 39.

241 Vgl. *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 61.

242 *Wischmeyer*, Die Vorstandshaftung wegen Insolvenzverschleppung in der Insolvenz des Vereins, DZWIR 2005, 230 (231).

243 Vgl. allgemein *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 9. Aufl. 2004, § 31 Rz. 34 ff., § 47 Rz. 154; BGH, 12.2.1986, ZIP 1986, 562; BGH, 6.6.1994, ZIP 1994, 1103

gliedschaftsrechte ist umstritten, der BGH²⁴⁴ hat diese auch gegenüber dem einzelnen Vorstandsmitglied bejaht.²⁴⁵

2. Haftung der Mitglieder – Durchgriff

a) Österreich

Aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit des Vereins haftet grundsätzlich nur der Verein selbst für seine Verbindlichkeiten, dies entspricht dem Trennungsprinzip.²⁴⁶ Der Durchgriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter wird im GmbH-Recht trotz prinzipieller Geltung des Trennungsgrundsatzes unter besonderen Voraussetzungen bejaht. Diskutiert werden die Fälle einer Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung, Sphärenvermischung, Rechtsformmissbrauchs und faktischer Geschäftsführung. Zwar nimmt der Gesetzgeber Vereinsmitglieder, die lediglich an der Mitgliederversammlung teilnehmen, von der Innenhaftung gem. § 24 Abs. 1 VerG aus, dennoch sprechen die Erläuterungen zum VerG die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung auch im Vereinsrecht an, wenngleich angesichts der noch offenen Streitfragen in Rechtsprechung und Lehre eine vorgreifende Regelung für das Vereinsrecht vom Gesetzgeber abgelehnt wurde.²⁴⁷ Denkbar ist eine Durchgriffshaf-

(1104); BGHZ 88, 67 (68 f.); BGHZ 80, 80 (82); BGHZ 56, 81 (84); BGH, 23.10.1985, NJW 1986, 586 (587); BGH, 3.10.1989, NJW 1990, 389; vgl. dazu auch *Wischemeyer* (Fn. 240), S. 230 (232).

244 BGHZ 110, 323 (334 [Schadenersatzpflicht des Vorstands gem. § 823 Abs. 1 BGB]) – *Schärenkreuzer*. Zur Haftung des Vereins gegenüber dem Mitglied vgl. auch BGHZ 90, 92 (95 [Jedes Vereinsmitglied hat Anspruch darauf, dass der Vorstand seine Mitgliedschaftsrechte nicht verletzt. Geschieht das, so begründet das – ähnlich der positiven Vertragsverletzung – Schadenersatzpflichten, für die der Verein nach § 31 BGB haftet]), dessen Begründung der OGH übernommen hat.

245 Weiterführend *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84 (130 ff.); *Hadding*, Ergibt die Vereinsmitgliedschaft »quasi-vertragliche« Ansprüche, »erhöhte Treue- und Förderpflichten« sowie ein »sonstiges Recht« im Sinne des § 823 Abs 1 BGB?, in: FS Kellermann, 1991, S. 91 ff.; *Helms*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Vereinsmitgliedschaft, 1998, S. 56 ff., 120 ff.; *K. Schmidt*, Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadenersatzansprüchen, JZ 1991, 157 ff.; *Bayer*, Aktionärsklagen de lege lata und de lege ferenda, NJW 2000, 2609 (2611 ff.); *Reuter*, Die Mitgliedschaft als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB, in: FS Lange, 1992, S. 707 ff.; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und »sonstiges« Recht, 1996, S. 117 ff., 355 ff.; vgl. auch den Überblick bei *Mandl* (Fn. 44), S. 140 ff.

246 *Krejci* (Fn. 204), S. 215 (217).

247 Vgl. EB 990 BlgNR 21. GP 39 (VerG 2002). Vgl. zur Durchgriffshaftung im Vereinsrecht *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (203 f.); *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 23 Rz. 6 ff.; *Reisner* (Fn. 158), S. 229 (231); *Ostheim*, in: Korinek/Krejci (Fn. 46), S. 117 (210 ff.). Vgl. allg. zur Durchgriffshaftung bei der GmbH OGH, 15.12.1994, EvBl 1995/144, 697 (700); OGH, 12.4.2001, SZ 74/65; OGH, 19.12.2002, RdW 2003/219, 268; OGH, 29.4.2004, wbl 2004/255, 486; *Artmann*, Zur Durchgriffshaftung der Gesellschaft einer GmbH, ÖZW 2005, 21 ff.; *Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, DRdA 2002, 370 ff.; *Birkner/Pramberger*, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisie-

tung im Vereinsrecht mangels zwingender Kapitalaufbringungsregeln bei nicht ausreichender finanzieller Ausstattung des Vereins (qualifizierte Unterkapitalisierung) bei wirtschaftlicher Betätigung des Idealvereins im Rahmen des Nebenzweckprivilegs.²⁴⁸ Eine Haftung wegen Sphärenvermischung ist im Vereinsrecht vor allem bei mangelnder Buchführung denkbar, weil dann eine Trennung der Rechnungskreise zwischen Verein – Mitglied – Vorstand schwierig sein kann. Insbesondere erscheint dies problematisch, wenn die Mitglieder den Verein als Deckmantel für eine eigene geschäftliche Tätigkeit missbrauchen, dann sind die Grenzen zum Rechtsformmissbrauch als weiterer Fallgruppe der Durchgriffshaftung fließend.²⁴⁹

Auch die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts können bei der Mitgliederhaftung eine Rolle spielen. Die Rechtsprechung²⁵⁰ hat vor der Kodifizierung des Eigenkapitalersatzrechts im österreichischen Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKE-G²⁵¹) die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts auf den Idealverein übertragen; gem. § 4 EKE-G fällt der Verein jedoch nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes, da dieser nicht auf Gewinn gerichtet ist und Mitglieder des Vereins keinen wirtschaftlichen Ertrag aus ihrer Mitgliedschaft erhalten dürfen.²⁵²

b) Deutschland

Vereinsmitglieder haften auch nach deutschem Recht im Regelfall nicht für Verbindlichkeiten des Vereins (Trennungsgrundsatz). Ebenso wie in Österreich wird in Deutschland eine Durchgriffshaftung diskutiert. Im Vereinsrecht werden vor allem folgende Fallgruppen als haftungsauslösend erwogen: (i) Die Haftung aufgrund einer zur Erreichung des Vereinszwecks nicht ausreichenden Eigenmittelausstattung²⁵³, (ii) die Haftung bei Sphärenvermischung zwischen Verein und Mitglied, auch (iii) die Frage der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs stellt sich im Vereinsrecht.²⁵⁴

rung, ZIK 1989, 89 ff.; *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, Teil I und II, WBl 1989, 1 ff., 43 ff.

248 *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (204); *Ostheim*, in: *Korinek/Krejci* (Fn. 46), S. 117 (210 ff.); vgl. auch OGH, 8.11.2001, EvBl 2002/74, 308 (308 f.).

249 Vgl. *Gelbmann* (Fn. 202), S. 198 (204); *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 23 Rz. 26.

250 HG Wien, 15.5.1998, *ecolex* 1999/17, 35; zustimmend *Saria/Wagner*, Verein und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 31 ff.; *Lachmair* (Fn. 23), S. 25. Nicht treffend, weil sich der OGH in concreto zur Anwendbarkeit der Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein nicht befassen musste, aber OGH, 26.11.1998, OGH SZ 71/202, vgl. *Saria*, Einlagenrückgewähr und Eigenkapitalersatz beim Verein, *RdW* 1999, 705 ff.; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 2004, S. 31; *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer* (Fn. 7), § 24 Rz. 54.

251 BGBl. I 2003/92.

252 EB 124 BlgNR 22. GP 15 (GIRÄG 2003); vgl. *Zehetner/Bauer* (Fn. 248), S. 62 f., 30 f.

253 Vgl. BGHZ 54, 222 (224 ff.).

254 Vgl. dazu *Grunewald*, Die Haftung der Mitglieder bei Einflussnahme auf abhängige eingetragene Vereine, in: *FS Raiser*, 2005, S. 99 (103 ff.); *Grunewald* (Fn. 23), 2. A. Rz. 62 ff.; vgl. auch den ausführlichen Überblick zur Durchgriffsproblematik bei *Reuter* (Fn. 11), Vor § 21 Rz. 19 ff.; s. auch *Soergel/Hadding* (Fn. 25), Vor § 21 Rz. 35 ff.

VI. Anmerkungen zur steuerlichen Behandlung von Vereinen

Grundsätzlich unterliegen auch Vereine der allgemeinen Steuerpflicht, d.h. sie sind Steuerschuldner, und müssen Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Grunderwerbsteuer, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Gebühren etc entrichten. Dem Idealverein stehen nicht automatisch abgabenrechtliche Begünstigungen zu. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit im abgabenrechtlichen Sinn kann aber zu steuerlichen Vorteilen für den Verein führen. § 34 öBAO bzw. § 51 dAO knüpfen für steuerliche Begünstigungen an die ausschließliche und unmittelbare Förderung gemeinnütziger²⁵⁵, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke an. Die öBAO bzw. dAO regeln dabei generell die besonderen Anforderungen, die zur Inanspruchnahme der Begünstigungen (Steuerbefreiung, Steuervergünstigungen), die in den jeweiligen Materiengesetzen²⁵⁶ normiert sind, erfüllt sein müssen. Bereits aus der Satzung des Vereins muss die ausschließliche und unmittelbare Betätigung für einen gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zweck ausdrücklich hervorgehen und auch die tatsächliche Geschäftsführung muss auf die Verwirklichung dieses Zwecks hinauslaufen (vgl. §§ 41 f. öBAO, §§ 59 f. dAO). Eine genauere Auseinandersetzung zur Besteuerung kann in diesem Beitrag nicht vorgenommen werden, es ist auf die entsprechende Fachliteratur zu verweisen. Anzumerken ist im Hinblick auf die einleitende Auseinandersetzung zur wirtschaftlichen Betätigung des Vereins, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb eines Idealvereins nicht automatisch zum Verlust der Steuerbegünstigungen für gemeinnützige Vereine führen muss.²⁵⁷

Umgekehrt ist darauf zu verweisen, dass mit der Anerkennung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke nicht nur für den Verein Vergünstigungen verbunden sein können, sondern auch für denjenigen, der die finanzielle Ausstattung des Vereins mittels Zuwendungen unterstützt. Während das deutsche Recht im Rahmen bestimmter Höchstbeträge die Minderung der steuerlichen Bemessungsgrundlage beim Geber durch Beiträge und Spenden weitreichend anerkennt (vgl. § 10b dEStG, § 9 Abs. 1 Ziff. 2 dKStG, § 9 Ziff. 5 dGewStG), ist die steuerliche Abzugsfähigkeit freiwilliger Zuwendungen im österreichischen Steuerrecht grundsätzlich nicht vorgesehen, die – betragsmäßig eingeschränkte – Abzugsfähigkeit kommt lediglich bei Zuwendungen an Institutionen, die einem begünstigten Empfängerkreis angehören (etwa wissenschaftliche Einrichtungen, Museen), in Frage (§ 4 Abs. 4 Ziff. 5 und 6 öEStG, § 18 Abs. 1 Ziff. 7 öEStG).

255 Vgl. die dafür in Österreich maßgeblichen Vereins-Richtlinien 2001, Erlass des BMF v. 20.12.2001, GZ 06 5004/10-IV/6/01, AÖF 2002/655.

256 Vgl. beispielsweise § 5 Ziff. 6 öKStG; § 2 Ziff. 3 lit. b öGrStG; § 2 Ziff. 3 öGebG; § 8 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 lit. b und § 15 Ziff. 14 öErbStG; § 6 Abs. 1 Ziff. 14 u. 25 u § 10 Abs. 2 Ziff. 7 öUStG; § 5 Abs. 1 Ziff. 9 dKStG; § 3 Abs. 1 Ziff. 6 dGewStG, § 13 Abs. 1 Ziff. 16 lit. b u Ziff. 17 dErbStG, § 4 Ziff. 18 lit. a dUStG.

257 Vgl. § 45 öBAO; §§ 64 ff. dAO.

VII. Fazit

Der Verein bietet sich vor allem wegen der weitgehenden Gestaltungsfreiheit im Vergleich zu anderen Rechtsformen für die Tätigkeit von NPOs an. Der Mangel eines umfassenden Gläubigerschutzsystems und die mangelnde Transparenz werden oft als Nachteil des Vereins im Rechtsformenvergleich angeführt. Vor allem private Initiativen (etwa Spendengütesiegel) und die freiwillige Unterwerfung unter Compliance-Codes sollen diese Defizite in der Praxis wettmachen, große Vereine setzen – auch ohne gesetzliche Verpflichtung dazu – auf freiwillige vertrauensbildende Maßnahmen gegenüber dem Publikum und den Mitgliedern.

Das neue österreichische Vereinsrecht versucht, die Defizite des bisherigen Vereinsrechts auszugleichen, wenngleich dies nicht vollständig gelingt. Vor allem das Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach Transparenz und umfassendem Gläubigerschutz einerseits und der Freistellung von – im Vereinswesen typischerweise ehrenamtlichen – Organwaltern von zu umfassenden Verpflichtungen andererseits muss besser aufgelöst werden. Diejenigen, die für eine Herabsetzung der Anforderungen an ehrenamtlich tätige Personen plädieren, müssen anerkennen, dass dies auch zulasten des Gläubigerschutzes gehen kann. Die privilegierte Behandlung des Vereins ist aber in der Realität nicht zu rechtfertigen.

VIII. Zusammenfassung

Der Verein bietet sich vor allem wegen der weitgehenden Gestaltungsfreiheit im Vergleich zu anderen Rechtsformen für die Tätigkeit von NPOs an. Der Mangel eines umfassenden Gläubigerschutzsystems und die mangelnde Transparenz werden oft als Nachteil des Vereins im Rechtsformenvergleich angeführt.

Diejenigen, die für eine Herabsetzung der Anforderungen an ehrenamtlich tätige Personen plädieren, müssen anerkennen, dass dies auch zulasten des Gläubigerschutzes wirkt. Die privilegierte Behandlung der Organe des Vereins ist aber in der Realität nicht zu rechtfertigen.

IX. Summary

The Austrian and German legal form “Verein” (association) is well suited to the running of a non-profit organisation, as it offers broad scope for organisational design. The lack of adequate protection of creditors and the lack of transparency are often cited as disadvantages of this legal form. Although it is often volunteers who run non-profit organisations, the privileged treatment of the organs of the “Verein” is not justified.

Zivilrechtsfragen des Spendens

PETER RAWERT*

I. Ausgangslage	165	4. Schenkung	173
1. Rechtstatsächliches	165	5. Zwischenergebnis in Leitsätzen	175
2. Die Spende – ein Rechtsbegriff?	166	III. Konsequenzen	176
3. Die Spende zur Unterstützung satzungsmäßiger Zwecke des Sammlers	167	1. Anspruch des Begünstigten gegen den Sammler	176
4. Die Spende an andere Sammler	168	2. Vollzugsanspruch des Spenders	178
5. Heile Welt?	168	3. Verwendung nicht benötigter Überschüsse	178
II. Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten.	169	4. Zugriffsmöglichkeiten Dritter auf das Sammelvermögen	180
1. Treuhandverhältnis?	170	IV. Fazit.	182
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts?	171	V. Summary	182
3. Bruchteilsgemeinschaft?	172		

I. Ausgangslage

1. Rechtstatsächliches

Spendenaufrufe sind an der Tagesordnung. Einerlei ob für das Sommerfest des Kindergartens, die Weihnachtsspeisung Obdachloser oder die vielen Katastrophen in aller Welt – überall wird um kleine und große Gaben geworben, und dies zuweilen in durchaus manifestem Wettbewerb, der hierzulande neuerdings nicht selten von professionellen »Fundraisern« angeheizt wird.¹

Ende 2005 haben der Deutsche Spendenrat e.V. und die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) erstmals eine »Bilanz des Helfens« vorgestellt, die halbwegs gesicherte statistische Erkenntnisse über die Spendenfreudigkeit der Deutschen liefert.² Danach hat jeder Bundesbürger zwischen dem 01. Juli 2004 und 30. Juni 2005 ca. EUR 33,00 gespendet. Das Gesamtvolumen während des Erhebungszeitraums lag bei ca. EUR 2,6 Mrd. Der größte Teil der Spenden war humanitären Zwecken gewidmet. Ursache dafür war zweifellos der Tsunami in Asien, der neben beispielloser Verwüstung eine bisher nicht bekannte Spendenbereitschaft ausgelöst hat. Allein um

* Der Verfasser dankt Herrn Rechtsanwalt Dr. Sebastian Klausch, Latham & Watkins, Hamburg, für Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags.

1 Zum Fundraising statt vieler *Haibach*, Anforderungen an eine erfolgreiche Fundraising-Praxis, Non Profit Law Yearbook 2005, 229 ff. (in diesem Band), sowie *Mercker*, Fundraising – Rechtliche Grenzen der Spendenwerbung von gemeinnützigen Organisationen in Deutschland, Non Profit Law Yearbook 2005, 241 ff. (in diesem Band) – jeweils m.w.N.

2 Siehe www.spendenrat.de. Vgl. auch Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 27.11.2005, S. 46.

den Jahreswechsel 2004/2005 gingen auf den Konten der Hilfsorganisationen mehr als EUR 1 Mrd. ein. Und in der Statistik gar nicht erfasst sind die unzähligen milden Gaben, die tagtäglich in Spendenbüchsen und Klingelbeuteln landen, ohne jemals durch eine »Zuwendungsbescheinigung« das Stadium des zumindest steuerlich Offiziellen erlangt zu haben. Auch ihr Volumen dürfte in die Millionen gehen.

2. Die Spende – ein Rechtsbegriff?

Im Steuerrecht sind Spenden seit Jahrzehnten Dauerthema.³ Wegen der mit ihnen verbundenen Möglichkeit des Sonderausgabenabzuges (§ 10b Abs. 1 EStG) haben sie Finanzbehörden, Gerichte, Praktiker und die Wissenschaft in zahllosen Fällen beschäftigt, freilich nicht zuletzt deshalb, weil in den Steuergesetzen eine Legaldefinition des Begriffs fehlt. Und die Kleinteiligkeit der häufig mehr von fiskalpolitischen Erwägungen als von echtem Interesse an der Förderung guter Zwecke durchwirkten Erlasse und Entscheidungen zum Thema »milde Gabe« ist ein oft und mit einigem Recht beklagter Grund für die Forderung nach einer grundlegenden Reform unseres Gemeinnützigkeitsrechts.⁴

Außerhalb des Steuerrechts hat das *Phänomen Spende* indes bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren. Das BGB kennt den Begriff nicht. Lediglich in § 1914 BGB findet sich ein kleiner Hinweis. Die Vorschrift regelt die Bestellung eines Pflegers für ein durch öffentliche Sammlung – also die Entgegennahme von Spenden – »für einen vorübergehenden Zweck« zusammengebrachtes Vermögen. Welche Rechtsverhältnisse sich hinter einer Sammlung verbergen, läßt das Gesetz allerdings offen.

Im öffentlichen Recht wiederum sind Sammlungen Gegenstand des Gefahrenabwehrrechts. Sie fallen also in die Zuständigkeit der Länder. In elf von ihnen gibt es Sammlungsgesetze.⁵ Mit Abweichungen im Detail bestimmen sie, daß einer behördlichen Erlaubnis bedarf, wer durch unmittelbares Einwirken von Person zu Person eine Sammlung von Geld- oder Sachspenden oder geldwerten Leistungen veranstalten will und dabei auf Straßen oder Plätzen oder jedermann zugänglichen Räumen (Straßensammlung) oder von Haus zu Haus (Haussammlungen) um Spenden ersucht. Dem Veranstalter werden Informationspflichten auferlegt, die eine Kontrolle durch die zuständige Behörde ermöglichen sollen. Bei Sammlungen ohne die erforderliche Erlaubnis oder beim Auftreten von Mißständen kann die Behörde dem Veranstalter die Verwaltung der Spenden entziehen und einen Treuhänder einsetzen. In einigen

3 Aktueller Überblick z.B. bei *Schauhoff*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl. 2005, § 10.

4 Dazu neuestens *Waldhoff*, Regelungsstrukturen des deutschen Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts – Kritik und Reform, Non Profit Law Yearbook 2005, 75 ff. (in diesem Band) m. w. N.

5 Wiedergabe bei *Burhenne/Neuhoff*, Recht der gemeinnützigen Organisationen und Einrichtungen, Loseblatt, Stand März 2005. In Sachsen-Anhalt (1997), Nordrhein-Westfalen (1998), Berlin (2004), Hamburg (2005) und Bremen (2005) wurden die Sammlungsgesetze als Maßnahme der Deregulierung allerdings ersatzlos aufgehoben. Dort werden Sammlungen am Maßstab der polizeirechtlichen Generalklausel zur Gefahrenabwehr gemessen (vgl. LT-Sachsen-Anhalt, Plenarprotokoll 2/64 v. 25.6.1997, S. 4797 ff.).

Ländern kann der Ertrag der Sammlung eingezogen werden. Nicht erlaubnispflichtige öffentliche Sammlungen können von der Behörde verboten werden. Auch hier kann bei Unregelmäßigkeiten ein Treuhänder bestellt werden. Verstöße gegen die Sammlungsgesetze stellen zum Teil Ordnungswidrigkeiten dar. Eine Definition der Spende findet sich im öffentlichen Sammlungsrecht indes ebenso wenig wie im BGB.

3. Die Spende zur Unterstützung satzungsmäßiger Zwecke des Sammlers

Ende 2003 hat allerdings der BGH⁶ etwas Licht in das Dunkel des Spendenbegriffs gebracht. Der Fall ist schnell erzählt: Ein wohlhabender Gönner hatte der gemeinnützigen »Stiftung Frauenkirche Dresden« zu Lebzeiten eine beachtliche Zuwendung gemacht. Nach seinem Tode verlangte die Tochter und Alleinerbin Pflichtteilergänzung nach § 2329 BGB. LG und OLG Dresden wiesen die Klage ab – das OLG mit der Begründung, eine Spende an eine gemeinnützige Stiftung stelle keine Schenkung im Sinne des Pflichtteilsrechts dar, sondern sei ein auf den §§ 662 ff. BGB basierendes Treuhandverhältnis.⁷ Auf die Revision der Tochter entschied der BGH anders: Treuhandverhältnisse – so Karlsruhe – seien dadurch gekennzeichnet, daß die dem Treuhänder nach außen eingeräumte Rechtsmacht im Innenverhältnis zum Treugeber durch eine schuldrechtliche Treuhandabrede beschränkt sei. Eine solche Abrede sei in der bloßen Widmung einer Spende zu den Stiftungszwecken nicht enthalten. Die für eine Treuhand typischen Merkmale – wirtschaftliches Eigentum des Treugebers am Treuhandvermögen, das jedenfalls aus wichtigem Grund stets gegebene Kündigungsrecht des Treugebers (§ 671 Abs. 3 BGB) sowie die Möglichkeit des Vermögensrückfalls in der Insolvenz des Treugebers (§§ 115, 80 InsO i. V. m. § 667 BGB) – träfen auf eine solche Gabe nicht zu. Tatsächlich wolle der Zuwendende eine endgültige Vermögensübertragung ohne Rückfallmöglichkeit. Folglich sei davon auszugehen, daß jedenfalls eine Spende zum Einsatz für die satzungsmäßigen Zwecke des Empfängers dem Schenkungsrecht unterworfen sei, und zwar gegebenenfalls unter entsprechenden Bindungsauflagen (§§ 516, 525 ff. BGB).⁸

Dieses Ergebnis ist überzeugend⁹, und zwar nicht nur zivilrechtlich. Es deckt sich auch mit den Realitäten des Steuerrechts. Die große Mehrheit der juristischen Personen, die hierzulande Zuwendungen einwerben, verfolgt steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der Abgabenordnung. Sowohl für die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Sonderausgabenabzuges auf Seiten des Spenders als auch für die Befreiung von der Erbschaft- und Schenkungsteuer auf Seiten des Zuwendenden und des Zuwendungsempfängers macht es das Gemeinnützigkeitsrecht zur Voraussetzung, daß die Vermögensverfügung für den privilegierten Zweck endgültig und unumkehrbar ist.¹⁰ Vor allem aus §§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 AO ergibt sich, daß die Qualifikation einer Spende

6 BGHZ 157, 178 = BGH NJW 2004, 1382 = WM 2004, 332 = ZEV 2004, 115.

7 OLG Dresden NJW 2002, 3181, mit abl. Anm. Rawert NJW 2002, 3151, sowie Muscheler ZEV 2002, 417.

8 BGH NJW 2004, 1382 ff.

9 Zustimmung z.B. Kollbosser, ZEV 2004, 117; Otte, JZ 2004, 973; Richter, ZErB 2005, 134; Schiffer, NJW 2004, 1565.

10 So bereits Rawert NJW 2002, 3151, 3152 f.

als eines bloßen Treuhandverhältnisses diesen Anforderungen nicht genügt und von dem gewöhnlich auf seinen Steuervorteil schauenden Spender genau aus diesem Grunde auch nicht gewollt ist. In Wahrheit soll geschenkt werden, und zwar unumkehrbar.

4. Die Spende an andere Sammler

Im Falle der »Stiftung Dresdner Frauenkirche« ging es um eine Spende zur Unterstützung von deren satzungsmäßigen und somit *eigenen* Zwecken, auch wenn diese in der Sache der Allgemeinheit dienten und mithin fremdnützig und sogar steuerbegünstigt waren. Solche Zuwendungen an Stiftungen oder andere meist – aber nicht notwendig – steuerlich privilegierte Organisationen sind allerdings nur die eine Seite der Medaille. Tatsächlich erfolgen tagtäglich zahllose Zuwendungen an Sammler – natürliche oder juristische Personen –, deren Tätigkeit nicht wie bei gemeinnützigen Körperschaften auf einem qua Satzung vorgegebenen Auftrag beruht, sondern nicht selten spontan, einmalig und – zumindest wirtschaftlich – ausschließlich in fremdem Interesse stattfindet. Solches kann öffentlich geschehen, etwa auf der Straße oder von Tür zu Tür, durch Aufstellen von Spendenboxen in Supermärkten und Restaurants oder per Aufruf in Zeitungen bzw. anderen Medien. Genauso gibt es aber auch private Sammlungen, zum Beispiel in Schulen, Betrieben oder im persönlichen Bekanntenkreis. Manchmal wird das oft aus kleinen und kleinsten Zuwendungen zusammengetragene Sammelvermögen hernach unmittelbar an die hilfsbedürftigen Begünstigten ausgekehrt. Zuweilen erfolgt aber auch die Weitergabe an gemeinnützige Organisationen, weil nur diese eine ausreichende Infrastruktur zur zielgerichteten Verteilung der Mittel haben – man denke an die Hilfe aus Anlass der großen Umweltkatastrophen in den vergangenen Jahren.

5. Heile Welt?

Spenden und Sammlungen sind meist von gutem Willen und besten Absichten getragen. Aber gleichwohl werden sie gelegentlich zur juristischen causa – so geschehen zum Beispiel im Falle des Appells von Mitgliedern eines hessischen Ortsbeirates, welche dazu aufgerufen hatten, Geld für eine Familie zu spenden, die durch einen Brandschaden in ihrer Existenz bedroht war¹¹; aus Anlaß der gemeinsamen Aktion eines Radiosenders, einer Zeitung und anderer Organisationen, die für ein minderjähriges Kind sammelten, das aufgrund eines Verbrechens zur Vollwaise wurde¹²; oder aber wegen des Aufrufs eines Unternehmens an seine Lieferanten, ihm Geld zur Weiterleitung an einen Sportverein zukommen zu lassen, dessen Präsident – man ahnt es – der Inhaber des Betriebes war.¹³ Überdies berichtet auch die Tagespresse immer

11 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1987, 56.

12 So berichtet in einem Gutachten des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen (DIV), in: Der Amtsvormund 2000, 317.

13 BGH NJW 1983, 1737; es ging um einen Wettbewerbsrechtsstreit.

wieder von Aktivitäten, die gutwilligen und großzügigen Spendern die Frage nach ihren Rechten gegenüber Sammlern aufdrängen – so nach üppigen Partys und Vernissagen, auf denen das soziale Gewissen der Buffetbesucher nicht selten durch ein Sparschwein zu guten Zwecken beruhigt wird.¹⁴ Es ist also mehr als nur ein Glasperlenspiel, sich mit dem Sammeln von Spenden auch von Zivilrechts wegen zu befassen und den Versuch zu unternehmen, die ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse näher zu beleuchten.

II. Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten

Das Spenden vollzieht sich typischerweise in einer Beziehung zwischen drei Beteiligten:¹⁵ dem Sammler, dem Spender und dem Begünstigten. Sammler ist, wer durch einen an die Allgemeinheit oder einen begrenzten Personenkreis gerichteten Aufruf die Spendensammlung für einen bestimmten Zweck initiiert.¹⁶ Auch mehrere Personen können sich dazu zusammenschließen. An den Sammler fließen die Gelder oder die anderen erbetenen Güter. Spender wiederum ist jeder, der aufgrund des Aufrufs an den Sammler leistet, und zwar freiwillig und unter Inkaufnahme eines Vermögensopfers.¹⁷ Und Begünstigter schließlich ist, an wen der Sammler die vom Spender stammenden Mittel weiterleiten soll. Beim Begünstigten kann es sich um eine oder mehrere individualisierte oder zumindest individualisierbare Personen handeln. Eine Sammlung kann aber auch dazu dienen, unmittelbar einen öffentlichen Zweck zu verfolgen, z.B. die Errichtung oder Pflege eines Denkmals, die Begrünung einer Parklandschaft oder den Schutz einer seltenen Tierart. In diesem Fall – also bei Begünstigung der Allgemeinheit – gibt es nur zwei Beteiligte, zwischen denen »greifbare« Rechtsbeziehungen bestehen können, nämlich Sammler und Spender.

Ergebnis der Sammlung ist das in § 1914 BGB erwähnte Sammelvermögen. Es ist die Gesamtheit aller Vermögenswerte, die ein oder mehrere Spender an einen oder mehrere Sammler zur Verwendung durch Verbrauch für einen oder mehrere bestimmte Zwecke übertragen haben. Das Sammelvermögen ist nicht mit seinem Träger gleichzusetzen. Wie im Unternehmensrecht ist streng zwischen dem Rechtsinhaber (z.B. GmbH) und dem von diesem verwalteten Vermögen (Geschäftsbetrieb) zu unterscheiden.¹⁸ Wird für unterschiedliche Zwecke aufgrund von unterschiedlichen Aufrufen gesammelt, können sich in der Trägerschaft eines Sammlers auch mehrere Sammelvermögen befinden.

14 Z.B. Hamburger Abendblatt v. 12.4.2005: »Betrug mit Spenden? St. Pauli Event-Manager soll sich am Geld für die Armenhilfe vergriffen haben«.

15 Vgl. Erb, Sammelvermögen und Stiftung, 1971, S. 56 f. Siehe ferner Bolou, Schuldrechtliche Beurteilung des Spendenwesens, 2001, S. 25 ff. Trotz ihres interessanten Titels ist die Lektüre dieser Dissertation verschwendete Zeit.

16 Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 der Sammlungsgesetze der Länder (Fn. 5).

17 Die Freiwilligkeit der Leistung wird durch moralischen Druck nicht ausgeschlossen; vgl. für das Steuerrecht BFH BStBl. II 1979, 488, 490.

18 Dazu vor allem Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 4 IV 2.

1. Treuhandverhältnis?

Die juristischen Theorien über das Spenden und Sammeln bieten ein buntes Bild. In erster Linie wird vertreten, daß einer Sammlung ein Treuhandverhältnis zwischen den Sammlern als Treuhändern und den Spendern als Treugebern zugrunde liege.¹⁹ Die Rechtsbeziehung sei den Vorschriften über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) unterworfen. Noch weitergehend sieht man sie vereinzelt als Sonderform der nicht rechtsfähigen (fiduziarischen) Stiftung an²⁰, was gar eine analoge Anwendung der §§ 80 ff. BGB auf das Sammelvermögen rechtfertigen solle.²¹

Seit dem Diktum des BGH in Sachen »Stiftung Dresdner Frauenkirche«²² freilich dürfte feststehen, daß die Figur der Treuhand für die vertragstypologische Klassifikation des zwischen Spender und privatem Sammler entstehenden Rechtsverhältnisses genauso wenig passt wie im Falle der Spende an eine gemeinnützige Organisation. Auch wer zu einem Sammelvermögen beiträgt, will sich seiner Spende dauerhaft äußern. Zwar läßt es sich hierbei nicht schon damit begründen, daß der Spender bereits im Hinblick auf die Möglichkeit eines Sonderausgabenabzuges und die Befreiung von der Erbschaft- und Schenkungsteuer ein endgültiges Vermögensopfer will. Den typischen Spenden in Sammelbüchsen und Klingelbeutel liegt gewöhnlich keine steuerliche Motivation zugrunde. Ihr Wert erreicht gar nicht die Höhe, die einen nennenswerten Vorteil nach sich zöge. Aber weil Spenden in Sammelvermögen meist anonym erfolgen – und zwar sowohl im Hinblick auf die Person des Spenders, als auch auf die Höhe der Gabe – sind sie für den Spender mit dem Akt der Zuwendung in puncto Vermögensopfer endgültig erledigt. Wer auf der Straße Geld in eine Büchse wirft, beraubt sich bewußt eines rechtlich faßbaren Einflusses auf die Verwendung seiner Mittel, wenn auch selbstverständlich in der Hoffnung auf die Förderung eines guten Zwecks. Und je anonymere die Spenden- bzw. Sammelsituation, desto lebensfremder ist die Annahme, daß durch die Zuwendung ein Dauerschuldverhältnis mit Treuhandcharakter entsteht, kraft dessen der Spender wirtschaftlicher Eigentümer der Spende bliebe, bis diese vom Sammler bestimmungsgemäß verwendet wurde. Daß umgekehrt bei größeren Zuwendungen und einem besonderen persönlichen Näheverhältnis zwischen Spendern und Sammlern Abweichendes kraft ausdrücklicher oder schlüssiger Vereinbarung gelten kann, bleibt unbestritten.

Unhaltbar ist allerdings die These, das Sammelvermögen habe Stiftungscharakter.²³ Gegen die Annahme einer unselbständigen Stiftung oder gar eine Analogie zu den §§ 80 ff. BGB spricht allein schon die Tatsache, daß ein Sammelvermögen zum kurzfristigen Verbrauch bestimmt ist und – anders als für eine Stiftung typisch²⁴ – nicht

19 Vgl. *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2005, § 516 Rn. 28; *E. Herrmann*, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 516 Rn. 6; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 516 Rn. 3; *Schwab*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2002, § 1914 Rn. 2; *Neuhoff*, ZSt 2004, 90 f.

20 *Neuhoff*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, Vor § 80 Rn. 35; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, 1993, S. 45 ff.

21 *Erb* (Fn. 15), S. 55 ff., 210 ff.

22 NJW 2004, 1382.

23 Siehe oben Fn. 20, 21.

24 Zum Grundsatz dauerhafter Vermögenserhaltung z.B. *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 308 ff.; *Reuter*, in: MünchKomm-

dauerhaft erhalten bleiben soll, um aus Erträgen und nicht aus der gestifteten Substanz zu wirken. Daß die Regelungen über die rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts überdies schon mangels Vorliegen einer hinreichenden teleologischen Vergleichbarkeit auf stiftungsähnliche (fiduziarische) Rechtsverhältnisse nicht anwendbar sind, ist anderenorts ausführlich begründet worden.²⁵

2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

Wenig hilfreich ist auch die bisweilen zu lesende Feststellung, daß einem Sammelvermögen als Träger eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Sammlern zugrunde liege.²⁶ Zwar ist dieser Erkenntnis grundsätzlich zuzustimmen, sofern mehrere Personen aufgrund gemeinsamer Verabredung eine Sammlung für den- oder dieselben Zwecke durchführen. Ansätze zur Lösung rechtlicher Probleme des *Spendens* lassen sich aus ihr allerdings nicht ableiten. Insbesondere ergibt sich aus ihr nichts für die Frage, welche rechtlichen Beziehungen zwischen den Spendern und der »Sammeler-GbR« und zwischen dieser und den Begünstigten bestehen.

Aussagekräftig wäre allenfalls die These, daß durch die Spende eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Spendern und den Sammlern entsteht.²⁷ In der Zuwendung der Spendenmittel könnte der konkludente Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zu sehen sein. Die Spender würden ihren Beitrag zur Gesellschaft durch Einbringung von Vermögenswerten, die Sammler hingegen durch das Einwerben der Spenden und deren zweckentsprechende Verwendung leisten. Die Mitgliedschaft in der Gesellschaft müsste aufgrund ihrer altruistischen Zwecksetzung überdies zumindest kraft stillschweigender Vereinbarung ihrer Vermögensrechte entkleidet und um das Recht der ordentlichen Kündigung beschnitten werden. Beides ist denkbar²⁸, indes ziemlich weit hergeholt.

Was der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses allerdings primär entgegensteht ist die Tatsache, daß zwischen den unterschiedlichen Spendern – und in aller Regel auch zwischen den Spendern und den Sammlern – meist jede rechtsgeschäftliche Beziehung fehlt. Insbesondere bei einem größeren Kreis von Spendern bleiben die einzelnen Personen anonym. Selbst die Sammler dürften häufig nicht einmal die Namen derer kennen, von welchen sie Spenden vereinnahmt haben. Im Vordergrund steht nämlich allein die Zuwendung, und nicht die Person des Zuwendenden. Der Bezie-

BGB, 4. Aufl. 2001, Ergänzungslieferung 2005, Vor § 80 Rn. 47 ff.; *Rawert*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem. 8 zu §§ 80 ff.

25 *Rawert*, in: Staudinger (Fn. 24), Vorbem. 153 m. w. N.; vgl. auch *Schlüter* (Fn. 24), S. 57.

26 So z. B. *O. Werner*, in: Erman (Fn. 19), Vor § 80 Rn. 13; *Reuter*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 24), Vor § 80 Rn. 47.

27 Eine derartige Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde angenommen von *Joerges*, Spendengeschäft und Sammelvermögen, 1910; vgl. ferner *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. 1959, § 117 I 2 bei Fn. 7. Zu Einzelheiten der Destinatäre *Erb* (Fn. 15), S. 69 ff.

28 Zum Ausschluß des Abfindungsanspruchs bei fremdnütziger Zwecksetzung vgl. *Priester GmbH* 1999, 149, 155; *Wochner* DStR 1998, 1835, 1839; *Jäger* DB 1997, 1607; siehe auch BGH DB 1997, 1763; OLG Hamm DB 1997, 1612, 1613.

hung zwischen den Beteiligten fehlt es folglich an dem für eine Personengesellschaft prägenden Merkmal, nämlich der persönlichen Verbundenheit ihrer Mitglieder.²⁹ Daß im Einzelfall – zum Beispiel bei der Sammlung für den Aufbau einer rechtsfähigen Gemeinschafts- oder Bürgerstiftung mit festgelegten »Mindestzeichnungen« namentlich bekannter Wohltäter – anderes gelten kann³⁰, steht damit nicht in Abrede.

3. Bruchteilsgemeinschaft?

*Diederichsen*³¹ hat bis vor kurzem angenommen, daß die erbrachten Beiträge der Spender in deren Miteigentum (§ 1008 BGB) verbleiben, bis sie durch bestimmungsgemäße Zuführung zu ihrem Widmungszweck Eigentum der Begünstigten werden. Das Sammelvermögen soll sich danach als eine Bruchteilsgemeinschaft darstellen, in der sich die Rechtsverhältnisse der Spender untereinander nach §§ 741 ff. BGB bestimmen.

Im Gegensatz zur Gesellschaft spricht die fehlende persönliche Verbundenheit der Spender hier in der Tat nicht zwingend gegen die Annahme einer Gemeinschaft. Bei diesem Rechtsverhältnis steht nämlich weniger die Person des Teilhabers als vielmehr das Gemeinschaftsgut im Vordergrund. Schließlich bedarf es zur Begründung einer Gemeinschaft nicht einmal zwingend einer Vereinbarung der Teilhaber. Wie sich zum Beispiel aus §§ 947, 948 BGB ergibt, kann sie zufällig und ohne übereinstimmenden Willen der Beteiligten entstehen.³² Der Sammler wäre in diesem Modell Verwalter des Gemeinschaftsvermögens, und zwar entweder als Teilhaber, sofern er selbst eine Spende geleistet hat, ansonsten als Dritter, der aufgrund eines Auftrages für die Gemeinschaft handelt.³³

Überzeugend ist die Konstruktion freilich nicht. Die Bruchteilsgemeinschaft ist darauf angelegt, entweder *zugunsten der Teilhaber* abgewickelt zu werden (§§ 752 ff. BGB) oder zwar für einen gewissen Zeitraum erhalten zu bleiben, dann aber ebenfalls *zum Vorteil der Teilhaber* (§ 743 BGB). Die Zuführung des Gemeinschaftsvermögens an einen außerhalb der Gemeinschaft stehenden Begünstigten oder die Verwendung für einen altruistischen Zweck ist in den §§ 741 ff. BGB nicht angelegt. Überdies fehlte es bei Annahme des Entstehens einer Bruchteilsgemeinschaft an dem

29 Zur Kritik am Modell der BGB-Gesellschaft zusammenfassend *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, 2004, S. 262 ff.; *Erb* (Fn. 15), S. 69 ff. – jeweils m.w.N. vor allem aus dem älteren Schrifttum.

30 Dazu *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, 2. Aufl. 2004, S. 151, 156 ff.; zur »Zustiftung« an Sammelvermögen als Vorstufe zu Stiftungsgründungen siehe auch *A. Werner*, Die Zustiftung, 2003, S. 104 f.

31 *Diederichsen* in: Palandt, BGB, § 1914 Rn. 1 (bis zur 57. Aufl. 1998); seit der 58. Aufl. 1999 Verweis auf *Heinrichs* in: Palandt, BGB (z. Zt. 65. Aufl. 2006), Vor § 80 Rn. 11, der dem Sammelvermögen stiftungsähnliche Züge zuspricht und abhängig vom Einzelfall offenbar entweder eine Treuhand oder eine Bruchteilsgemeinschaft annehmen will.

32 Dazu *Langheim*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2002, § 741 Rn. 21 ff, 49 ff.

33 Zur Übertragung der Verwaltung vgl. BGH NJW 1983, 449, 450; BGHZ 34, 367, 370; *Langheim*, in: Staudinger (Fn. 32), § 744 Rn. 12.

für die Spende typenbildendes Merkmal der endgültigen Vermögensverfügung. Der Spender bliebe nämlich bis zur Übereignung des Gemeinschaftsgutes an den Begünstigten Miteigentümer des Spendengutes. Tatsächlich könnte die Weiterleitung der Spenden an den Begünstigten sogar nur durch gemeinschaftliche Verfügung aller Teilhaber vollzogen werden (§ 747 S. 2 BGB). Zuvor hätte jeder Teilhaber jederzeit das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§ 749 Abs. 1 BGB), und zwar unter Wahrung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche. Zur Erreichung eines dem Bild der Spende entsprechenden Rechtsverhältnisses zwischen den Spendern untereinander und zum Sammler wäre man folglich zu der Annahme gezwungen, daß der Spender durch seine Spende konkludent in die Verfügung durch den Sammler allein einwilligt (§§ 185 Abs. 1, 183 BGB) und auf sein Recht, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, außer für den Fall eines wichtigen Grundes, verzichtet (§ 749 Abs. 2 und 3 BGB). Die Notwendigkeit, das Regelungsregime der §§ 741 ff. BGB gleich durch die Unterstellung mehrerer vom dispositiven Recht erheblich abweichender stillschweigender Vereinbarungen »passend machen« zu müssen, um zu realitätsnahen Ergebnissen zu kommen, spricht freilich gegen das Modell.

4. Schenkung

Was zur vertragstypologischen Klassifikation der Spende in ein Sammelvermögen mithin bleibt, ist die Schenkung. Auch der Rückgriff auf sie ist allerdings kein »Selbstgänger«. Das Kernproblem besteht hier in der Antwort auf die Frage, ob der Sammler durch eine Spende auch dann im Sinne des § 516 BGB »bereichert« wird, wenn er – was für ein Sammelvermögen typisch ist – die Zuwendung vollständig für einen bestimmten Zweck verwenden muß, d.h. im Extremfall gar nach Art einer reinen Durchgangs- oder Mittelsperson fungiert.

Schon das Reichsgericht hatte sich mit der Frage zu befassen. Der Fall – im 62. Band der Amtlichen Sammlung veröffentlicht – betraf eine Spende für den Bau eines sog. *Kolumbariums*.³⁴ Ein Verein mit dem Zweck der »Einführung der fakultativen Feuerbestattung in Württemberg« wollte es auf städtischem Grund in Stuttgart errichten. Ein Spender, der bereits Geld zugesagt hatte, verweigerte jedoch nach dem Auftreten von Meinungsverschiedenheiten die Zahlung. Er berief sich dazu auf den Mangel der von § 518 BGB für ein Schenkungsversprechen bestimmten Form. Das Gericht indessen verneinte eine Schenkung und verurteilte ihn: Obwohl das zugewendete Geld in das Eigentum des Vereins übergehe, bis es zweckentsprechend ausgegeben worden sei, fehle es an einer endgültigen und materiellen Bereicherung des Empfängers. Tatsächlich liege ein Treuhandverhältnis vor, das nach Auftrags- und nicht nach Schenkungsrecht zu beurteilen sei.

Schon wenig später hatte das Gericht die Qualifikationsfrage allerdings erneut zu entscheiden. Diesmal – im 71. Band – ging es um einen Steuerstreit.³⁵ Der Fiskus hatte die Zuwendung an eine juristische Person, die den Zweck verfolgte, Katholiken in einer badischen Gemeinde ein eigenes Gotteshaus und eine Pfarrerswohnung zu be-

34 RGZ 62, 386.

35 RGZ 71, 140.

schaffen, als Schenkung unter Lebenden mit Steuer belastet. Die dagegen gerichtete Klage des Vereins wurde abgewiesen. Anders als noch wenige Jahre zuvor bejahte das RG jetzt eine materielle und endgültige Bereicherung i.S.d. § 516 BGB: Weil eine juristische Person niemals um ihrer selbst, sondern um ihres Zweckes Willen bestehe, bereichere derjenige, der ihr Mittel zur Verwirklichung ihres Zwecks gewähre, sie nicht bloß formal, sondern materiell und endgültig. Insbesondere sei es gleichgültig, ob der gespendete Betrag alsbald oder erst zu einem späteren Zeitpunkt verbraucht oder ob er zinstragend angelegt werde. Eine juristische Person sei nicht von ihrem Zweck zu trennen. Und deshalb verwende sie alles, was ihr gespendet werde, letztlich für sich.

Seither gilt als gesichert, daß Zweckzuwendungen an *juristische Personen* diese selbst dann bereichern, wenn sie unter der Auflage vollständiger Verwendung erfolgen.³⁶ Auch der BGH hat dies in Sachen »Stiftung Dresdner Frauenkirche« im Wesentlichen bestätigt.³⁷ Bei Vermögensübertragung an *natürliche Personen* wird allerdings nach wie vor darüber gestritten, ob die Gleichwertigkeit von Schenkungsgegenstand und Auflagenbelastung das Vorliegen einer Bereicherung möglicherweise ausschließt.

Die herrschende Meinung vertritt diese Ansicht:³⁸ Nehme eine natürliche Person Geld entgegen, um damit einen fremden Zweck zu fördern, liege bei wirtschaftlicher Betrachtung keine Bereicherung vor. Das Vermögen eines Sammlers, der die erworbenen Spenden sämtlich wieder ausgeben müsse, werde objektiv nicht vermehrt. Immaterielle Vorteile seien für die Bejahung einer Schenkung nicht ausreichend.

Überzeugend ist dieser Standpunkt nicht. Das liegt zum einen daran, daß die Auflage nach der Konzeption des BGB keinen Einfluß auf die Bereicherung des Beschenkten hat. Sie ist kein »Abzugsposten«, sondern hat lediglich Bedeutung für die Frage nach dem Recht auf Vollzugsverweigerung (vgl. § 526 BGB).³⁹ Zum andern aber gilt, daß ein Sammler, der für einen bestimmten Zweck eintritt, sich mit diesem offenbar identifiziert. Er macht ihn – vergleichbar einer gemeinnützigen Körperschaft – zu seinem eigenen Anliegen.⁴⁰ Genau deshalb sammelt er. Und tatsächlich gibt ihm die Spende, die er vereinnahmt, die Möglichkeit eines freigebigen »se ut dominum gerrere«, sprich: des Auftretens als »Herr der guten Tat«. Das gilt vor allem dann und umso mehr, als die Identität der Spender und die Höhe ihrer Spenden den Begünstigten verborgen bleiben. Hier tritt der private Sammler nicht weniger als Wohltäter in Erscheinung als beispielsweise die gemeinnützige Organisation, die zuvor um Spenden geworben hat. Die Differenzierung zwischen juristischen und natürlichen Sammlerpersonen ist künstlich. *Karsten Schmidt* hat es auf den Nenner gebracht: »Auch eine fremdnützige Vermögenszuwendung kann eine Schenkung sein«.⁴¹

36 *Weidenkaff*, in: Palandt, (Fn. 31), § 516 Rn. 6; *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger (Fn. 24), § 516 Rn. 29; *Mühl/Teichmann*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1997, § 516 Rn. 8; *Kollbosser*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 516 Rn. 96; *E. Hermann*, in: Erman (Fn. 19), § 516 Rn. 6 a.E.; RGZ 112, 210; OLG Karlsruhe DStR 1993, 177.

37 BGH NJW 2004, 1382, 1383 f.

38 Siehe die Nachweise oben Fn. 19.

39 So zutreffend und mit vorzüglicher rechtshistorischer Begründung *R. Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, 2006, S. 47 ff.

40 Zum vergleichbaren Fall der unselbständigen Stiftung *Rawert*, in: Staudinger (Fn. 24), Vorbem. 165 zu §§ 80 ff.

41 *Karsten Schmidt*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175, 182.

Bleibt freilich das Bedenken, daß es an einer objektiven und im Wege wirtschaftlicher Betrachtungsweise feststellbaren Vermögensmehrung fehlen kann, wenn der Sammler als bloße »Durchgangs- oder Mittelsperson« fungiert, also gewissermaßen nur als Zahlstelle des Spenders.⁴² Das wäre der Fall, wenn Spender, Spende, Begünstigter und Verwendungsweise nach Personen, Beträgen und Zwecken so genau beschrieben sind, daß dem Sammler beim Einsatz der Mittel keinerlei Handlungsspielraum bleibt. Bei einem typischen Sammelvermögen ist dies allerdings nicht der Fall. Zum einen bleibt dem Sammler meist die Möglichkeit, die individuell Begünstigten und die Höhe der Einzelzuwendung (z.B. für die Obdachlosenhilfe) im Rahmen eines gewissen Ermessens zu bestimmen. Und schon damit geht es nicht mehr nur um eine bloße Weiterleitung, sondern auch um eine sachliche Entscheidung über die konkrete Verwendung der Mittel. Aber selbst dort, wo ein individuell Begünstigter bereits aufgrund des Spendenaufrufs feststeht, läßt zumindest der anonyme Spender bzw. derjenige, der die Höhe seiner Spende geheim hält, dem Sammler in gewisser Weise »freie Hand«. Denn wenn beispielsweise der Zweck der Sammlung schon vor Auskehrung aller Mittel an den Begünstigten erfüllt ist oder aus anderen Gründen – z.B. durch den Tod des Begünstigten – hinfällig wird, nimmt er hin, daß er vom Sammler nichts zurückbekommt. Wer sich selbst und/oder die Höhe seiner Gabe nicht zu erkennen gibt, verzichtet – wie noch zu zeigen sein wird – schlüssig auf alle Ansprüche für den Fall der Nichterfüllung der Auflage (§§ 527, 812 ff. BGB). Und auch wenn damit nicht gesagt ist, daß der Sammler überschüssiges Sammelvermögen behalten darf, steht eines jedenfalls fest: Allein die Position einer Zahlstelle des Spenders hat der Sammler nicht, es sei denn, ihm verbliebe auch im Falle der Verwendung eines Spendenüberschusses keinerlei Entscheidungsspielraum. In diesen seltenen Fällen mag der Rückgriff auf die Figur des Treuhandverhältnisses richtig sein. Andernfalls entspricht allein die Annahme einer Schenkung der Realität.

5. Zwischenergebnis in Leitsätzen

Als Zwischenergebnis läßt sich leitsatzartig feststellen:

1. Spenden an Organisationen zur Unterstützung von deren eigenen statutarischen Zwecken sind stets Schenkungen unter Auflage.
2. Bei Spenden an andere Sammler ist zu differenzieren:
 - a) Nehmen die Sammler Spenden von anonymen Spendern bzw. in nicht offengelegter Höhe entgegen (so meist bei Sammlungen von Haus zu Haus, auf Straßen, Märkten oder Plätzen) liegt eine Schenkung unter Auflage vor.
 - b) Sind dem Sammler Spender und gespendete Beträge bekannt, so ist erneut zu unterscheiden:
 - aa) Bleibt dem Sammler bei der Verwendung der Spende oder für den Fall vorzeitiger Zweckerreichung ein Handlungsspielraum bei der Zuwendung an Begünstigte, liegt eine Schenkung unter Auflage vor.

42 BGH NJW 2004, 1382, 1384; vgl. auch *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger (Fn. 19), § 516 Rn. 28.

- bb) Hat der Sammler allein die Position einer Zahlstelle des Spenders, weil Spender, Spende, Begünstigter und Verwendungsweise nach Personen, Beträgen und Zwecken ohne verbleibenden Handlungsspielraum konkretisiert sind, liegt ein Treuhandverhältnis nach den Regeln der §§ 662 ff. BGB vor.

III. Konsequenzen

Auf der Grundlage der hier für den typischen Fall der Spende befürworteten Schenkungslösung lassen sich Überlegungen zu einigen Praxisfragen anstellen. Sie betreffen (1) mögliche Ansprüche des Begünstigten gegen den Sammler, (2) Vollzugsansprüche des Spenders, (3) die Verwendung etwaiger Sammlungsüberschüsse und (4) die Zugriffsmöglichkeiten Dritter auf die Spendenmittel.

1. Anspruch des Begünstigten gegen den Sammler

Mit dem behaupteten Anspruch eines Begünstigten gegen den Sammler auf Auszahlung eines Sammelvermögens hatte sich das OLG Frankfurt/M. im Jahre 1986 zu befassen⁴³ – in einem Fall, der trotz seiner interessanten Konstellation merkwürdigerweise kaum Beachtung gefunden hat. Es ging um folgendes: Nachdem das Haus einer ortsansässigen Familie niedergebrannt war, riefen die Mitglieder des Ortsbeirates in einer Zeitungsanzeige zu Geldspenden auf. In der Anzeige hieß es unter anderem: »Die jetzt noch sechsköpfige Familie steht vor dem Nichts. Die Mitglieder des Ortsbeirates appellieren deshalb an alle Mitbürger: Helfen Sie mit, die aufgetretene Not zu lindern.« Nachdem ein Teil der eingegangenen Spenden ausgezahlt worden war, wurden weitere Zahlungen seitens des Ortsbeirates an die Familie mit der Begründung verweigert, die Familie habe das Vorliegen einer Notlage nicht mehr darlegen können. Die Familie klagte.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Auch die Urteilsgründe sind schnell referiert: Ein Anspruch habe lediglich aus dem Spendenaufruf selbst kommen können, und zwar dann, wenn sich aus dessen Inhalt ergeben hätte, daß Spenden ohne Sachprüfung durch die Sammler an die Familie weitergeleitet werden sollten. Dagegen habe allerdings schon der eindeutige Hinweis auf die Zweckbindung der Sammlung gesprochen, daß nämlich eine »aufgetretene Not« gelindert werden solle.

Die Begründung kommt etwas einfach daher, geht aber in die richtige Richtung. Tatsächlich ist es der Spendenaufruf, welcher über die Rechtsstellung von Spendern, Sammlern und Begünstigten entscheidet. Insoweit kommt ihm die vom OLG Frankfurt/M. zugemessene Bedeutung durchaus zu. Aber er hat sie nicht etwa deshalb, weil er den Charakter einer eigenständigen Anspruchsgrundlage nach Art einer Auslobungserklärung (§ 657 BGB) hätte. Vielmehr wird sein Inhalt kraft gegenseitiger – wenn auch in aller Regel konkludenter – Vereinbarung zum Bestandteil des zwischen

43 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1987, 56.

Spender und Sammler geschlossenen Schenkungsvertrages, und zwar zum Zwecke der Festlegung der Verwendungsaufgabe.

Das allerdings legt es nahe, nach einem Vollzugsanspruch des Begünstigten aus einem echtem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1) zu fragen. Immerhin streitet für dessen Bejahung sogar die Auslegungsregelung des § 330 S. 2 BGB: Wird in einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern.⁴⁴ Der Begünstigte tritt dann als Gesamtgläubiger neben den aus § 525 Abs. 1 BGB vollzugsberechtigten Schenker.⁴⁵

Die Annahme eines echten Vertrages zugunsten Dritter stößt allerdings an Grenzen, wo sich aus dem Aufruf kein individualisierter Begünstigter, sondern lediglich ein nach allgemeinen Kriterien beschriebener Personenkreis (z.B. »die Opfer der Flutkatastrophe«) ergibt. Die Person des Dritten muss bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter zumindest bestimmbar sein.⁴⁶ Dazu kann die Zugehörigkeit zu einer abstrakt definierten Personengruppe ausreichen.⁴⁷ Man denke z.B. an eine Sammlung zur Förderung aller leeschwachen Schüler der Grundschule A in der Stadt B. Je größer allerdings der Personenkreis, desto unwahrscheinlicher der Wille von Spender und Sammler, jedem einzelnen Mitglied einen eigenen Anspruch einzuräumen. Man muss das eben genannte Beispiel nur abwandeln, um es zu verdeutlichen: Eine Sammlung zur Förderung aller leeschwachen Schüler im Bundesland B.

Überdies ist folgendes zu bedenken: Selbst bei Bejahung eines echten Vertrages zugunsten Dritter aufgrund problemloser Feststellbarkeit des begünstigten Personenkreises ist bei mehreren Begünstigten noch über die Verteilung unter ihnen zu entscheiden. Gibt der Spendenauftrag über den Verteilungsmodus keine Auskunft, kann der Sammler im Zweifel nach billigem Ermessen vorgehen (§ 315 Abs. 1 BGB). Nur auf diese Entscheidung und nicht auf Gewährung einer bestimmten Leistung (Geld, Sachmittel) könnte der Anspruch eines Begünstigten damit gehen – zugegeben eher ein Gedankenspiel, als ein praktisch wahrscheinliches Szenario.

Nur am Rande sei angemerkt, daß auch auf die Aufgabenschenkung die Formvorschrift des § 518 BGB zur Anwendung kommt. Natürlich wird sie gewöhnlich bei Sammlungen nicht beachtet. Der Begünstigte kann beim echten Vertrag zugunsten Dritter den Vollzug der Aufgabe aber bereits verlangen, wenn im Verhältnis zwischen Schenker und Sammler Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB eingetreten ist.⁴⁸ Auf die Weiterleitung der Spende an den Begünstigten kommt es nicht an. Vor Bewirkung der versprochenen Leistung an den Sammler kann der Begünstigte allerdings weder vom Spender noch vom Sammler die Leistung der versprochenen Gabe verlangen – es sei denn, das Versprechen wäre notariell beurkundet worden.

44 Dazu OLG Frankfurt WM 1987, 1248 m. Anm. *Hammen*, der allerdings von der hier abgelehnten Auffassung ausgeht, dass bei der Aufgabe der vollständigen Weiterleitung des Zugewendeten keine Schenkung vorliegt.

45 *Kollhosser*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 36), § 525 Rn. 9.

46 *Jagmann*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2004, § 328 Rn. 14 ff.

47 RGZ 106, 120, 126 f.: »Jeder Arzt, der sich im Bezirk eines der Ortsvereine niederläßt und den im Landesarztvertrag festgesetzten Bedingungen entspricht.«

48 *Kollhosser*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 36), § 518 Rn. 18.

2. Vollzugsanspruch des Spenders

Für den Vollzugsanspruch des Spenders gilt § 525 Abs. 1 BGB. Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann ihren Vollzug verlangen, wenn er selbst geleistet hat. In der Theorie klingt das einfach, die Praxis sieht anders aus. Anonyme Spender haben keine Möglichkeit, die Einhaltung der Bedingungen des Spendenaufrufs zu kontrollieren. Und auch für Kleinspender gilt realiter nichts anderes. Aber diese Vollzugsdefizite lassen sich gegen das Schenkungsmodell nicht prinzipiell ins Feld führen. Denn wer anonym oder nur in geringer Höhe und ohne besondere zusätzliche Vereinbarungen spendet, der weiß, daß er auf seinen Vollzugsanspruch verzichtet⁴⁹, und zwar zumindest kraft schlüssigen Verhaltens. Das Recht des Begünstigten, unter den erörterten Voraussetzungen Leistung durch den Sammler zu verlangen, wird durch den Verzicht des Spenders hingegen nicht beeinträchtigt. Dieser betrifft allein das Verhältnis zwischen Spender und Sammler.

Völlig rechtlos wird der Spender durch seinen Verzicht freilich nicht. Wird er in seinen Verwendungserwartungen enttäuscht, bleibt ihm immerhin die Möglichkeit, ein Einschreiten der zuständigen Ordnungsbehörden auf der Grundlage der Sammlungsgesetze der Länder oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtes anzuregen.⁵⁰ Ob auf ein solches Einschreiten bei hinreichend substantiierter Darlegung möglicherweise ein subjektiv öffentliches Recht besteht, ist eine Frage, der hier nicht nachgegangen werden soll.

3. Verwendung nicht benötigter Überschüsse

Auch Spenden können im Übermaß fließen. Immer wieder kommt es vor, daß der Zweck einer Sammlung – etwa die Behebung einer Notlage – erreicht ist, ohne daß dazu alle gespendeten Mittel eingesetzt werden müssen. Der bereits erwähnte und vom OLG Frankfurt/M.⁵¹ entschiedene Fall der Sammlung für eine durch Feuerbrunst geschädigte Familie gibt ein Beispiel. Ein ähnliches ging erst unlängst durch die Presse⁵²: Die »Ärzte ohne Grenzen« baten schon im Januar 2005 darum, an sie nicht mehr zweckgebunden für die Opfer des Tsunami von Ende Dezember 2004 zu spenden, da die Gelder aufgrund der engen Zwecksetzung der Organisation nicht mehr bestimmungsgemäß eingesetzt werden könnten. Einzelne Spender wurden gar um Zustimmung für eine anderweitige Verwendung ihrer freigebigen Zuwendungen gebeten.

Ist der Zweck einer Sammlung erreicht, wird der Sammler nach § 275 Abs. 1 BGB von der Pflicht zur Vollziehung der Schenkungsaufgabe frei.⁵³ Es liegt ein Fall von Unmöglichkeit vor. Dem Spender gibt dies nach § 527 Abs. 1 BGB die Möglichkeit

49 Der Vollzugsanspruch ist abdingbar; unstr. – statt vieler *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 31), § 527 Rn. 1.

50 Siehe o. Fn. 5.

51 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1987, 56.

52 Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 1.2.2005.

53 Dazu *Klausch*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, 2004, S. 56 ff.

der Geltendmachung bereicherungsrechtlicher Herausgabeansprüche unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen. Nach altem Schuldrecht war ein Vertretenmüssen des Schuldners Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei gegenseitigen Verträgen (§ 325 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB a.F.). Die Zweckerreichung allein berechtigte den Spender folglich nicht zum Rücktritt. Nach reformiertem Schuldrecht kann der Schenker gem. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 1 BGB hingegen auch ohne Vertretenmüssen des Beschenkten zurücktreten. Rechtsfolge ist allerdings ein eingeschränktes Rückforderungsrecht. Der Sammler hat die Spende lediglich insoweit herauszugeben, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Art und Umfang des Herausgabeanspruchs bestimmen sich im Übrigen durch die Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 812 ff. BGB.⁵⁴

Es liegt auf der Hand, daß bei anonymen Spendern oder anonymer Höhe der Spenden Rückforderungsansprüche de facto nicht in Frage kommen. Aber auch de jure gilt, was bereits zum Vollzugsanspruchs des Schenkers ausgeführt wurde: Wer anonym leistet, verzichtet auf sein Recht aus § 527 Abs. 1 BGB.⁵⁵ Durch die Art und Weise seiner Spende bringt er zum Ausdruck, daß er sich seiner Gabe endgültig entäußern will. Gleiches wird man bei geringer Höhe der Spende unterstellen dürfen, es sei denn, es würden ausnahmsweise abweichende Vereinbarungen getroffen. Erhärtet wird dieses Ergebnis durch folgende Überlegung: Nach § 323 Abs. 6 BGB ist das Rücktrittsrecht des Gläubigers ausgeschlossen, wenn er für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. »Verantwortlichkeit« ist dabei nicht gleichzusetzen mit einem »Vertretenmüssen«.⁵⁶ Es geht vielmehr um eine verschuldensunabhängige Risikoverteilung. Da aber letztlich der Spender – wenn auch angeregt durch den Spendenaufruf – über den Verwendungszweck seiner Mittel entscheidet, fällt die Verwendbarkeit einer Spende für diesen Zweck zumindest dann in seine Risikosphäre, wenn dieser vorzeitig erreicht wurde oder weggefallen ist, ohne daß den Sammler daran ein Verschulden trafe.

Mit diesem Ergebnis ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, was mit den überschüssigen Spendenmitteln zu geschehen hat. Daß sie dem Sammler verbleiben sollen, entspricht bei Spendenaufrufen zu fremdnützigen Zwecken sicher nicht dem Willen der Spender. Bleibt also nur die Verwendung für einen vergleichbaren Zweck. Und auch dieses Ergebnis läßt sich dogmatisch begründen: Zwar entsteht durch eine Spende kein Treuhandverhältnis im Sinne der §§ 662 ff. BGB. Allerdings hat auch die Schenkungsaufgabe nach § 525 BGB ein Treuhandelement. Gegenstand der Auflage ist die Verpflichtung des Sammlers zur treuhänderischen Verwaltung und Verwendung des Sammelvermögens. Es treffen ihn Treuhänderpflichten – zwar nicht kraft Treuhandvertrages, aber kraft Auflage.⁵⁷ Damit allerdings gilt zumindest analog der Regelung des § 665 BGB, daß der Sammler berechtigt ist, von den Weisungen des Spenders abzuweichen, wenn er nach den Umständen annehmen darf, daß der Spen-

54 Zum Ganzen *Kollbosser*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 36), § 527 Rn. 3.

55 Zur Abdingbarkeit der Norm s.o. Fn. 49.

56 *H. P. Westermann*, in: Erman (Fn. 19), § 323 Rn. 29 f.

57 So für den vergleichbaren Fall der nichtrechtsfähigen Stiftung *Karsten Schmidt*, in: Hopt/Reuter (Fn. 41), S. 182 f.

der bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde.⁵⁸ Und lebensnahe Auslegung eines Spendenfalles zu guten Zwecken ergibt regelmäßig die Billigung der Verwendung für ein vergleichbares Anliegen.

Die Richtigkeit der hier gefundenen zivilrechtlichen Ergebnisse wird durch einen Blick in die Sammlungsgesetze der Länder bestätigt. Dort ist zum Teil ausdrücklich vorgesehen, daß die Überschüsse nicht an die Spender zurückfallen, sondern von den Sammlern zu einem anderen Zweck, der dem ursprünglichen vergleichbar ist, verwendet werden müssen.⁵⁹ Die zuständige Behörde kann die Sammlungserlaubnis davon abhängig machen, daß bereits zu Beginn der Sammlung hilfsweise ein anderer Zweck angegeben wird.⁶⁰ Tut sie dies nicht und stellt sich nachträglich heraus, daß der beabsichtigte Sammlungszweck nicht zu erreichen ist, hat die Behörde selbst unter Beachtung des mutmaßlichen Willens der Spender einen anderen Verwendungszweck zu bestimmen.⁶¹ Und ganz ähnlich bestimmen es auch die steuerrechtlichen Regelungen über die Vermögensbindungen gemeinnütziger Mittel. Fällt der steuerlich begünstigte Zweck einer Körperschaft weg, so dürfen überschüssige Mittel nicht behalten oder rückgezahlt werden, sondern sind für andere steuerbegünstigte Zwecke einzusetzen. Diese sind in der Satzung der entsprechenden Körperschaft von Anfang an festzulegen.⁶²

4. Zugriffsmöglichkeiten Dritter auf das Sammelvermögen

Auch bei einem Sammelvermögen stellt sich die Frage nach seinem Schicksal in Fällen der Zwangsvollstreckung und Insolvenz. Sie mag in der Praxis keine große Rolle spielen. Sie rundet das Bild der Spende als Auflagenschenkung jedoch ab.

Schließen und vollziehen Spender und Sammler einen Schenkungsvertrag, so wird der Sammler Eigentümer der Spende. Seine Gläubiger haben die Möglichkeit, in das Sammelvermögen zu vollstrecken. Weder Spender noch Begünstigter können mittels Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) vorgehen. Umgekehrt steht allerdings dem Sammler gegen Gläubiger des Spenders ein entsprechendes Abwehrrecht zu.

Ähnlich sieht es in der Insolvenz des Sammlers aus. Das Sammelvermögen fällt in die Masse, wobei weder Spender noch Begünstigte Aus- oder Absonderungsrechte geltend machen können (§§ 47, 51 InsO). Von einer Insolvenz des Spenders oder Begünstigten ist es hingegen nicht betroffen.

58 Eine vorherige Anzeige nach § 665 S. 2 BGB wird in der Regel unmöglich sein. Kann sie ausnahmsweise stattfinden, weil einzelne oder alle Spender bekannt sind, gilt zudem analog § 666 BGB eine Auskunftspflicht des Sammlers gegenüber den Spendern.

59 Vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Brem (allerdings 2005 aufgehoben).

60 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 BaWü; Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 Bay; § 2 Abs. 2 Nr. 2 Bbg; § 2 Abs. 2 Nr. 2 Hess; § 2 Abs. 2 Nr. 2 MecklVP; § 2 Abs. 2 Nr. 2 Nds; § 2 Abs. 2 Nr. 2 RhPf; § 2 Abs. 2 Buchst. b) Saarl; § 3 Abs. 3 Nr. 2 Sachs; § 2 Abs. 2 Nr. 2 Thü.

61 Vgl. § 6 Abs. 2 BaWü; Art. 3 Abs. 2 S. 2 und 3 Bay; § 6 Abs. 2 Bbg; § 6 Abs. 3 Hess; § 7 Abs. 2 und 3 MecklVP; § 6 Abs. 2 Nds; § 6 Abs. 3 RhPf; § 6 Abs. 2 Saarl; § 6 Abs. 2 Sachs; § 6 Abs. 3 Thü.

62 Vgl. § 61 Abs. 1 AO.

Allein im seltenen Fall des Treuhandverhältnisses – nämlich dann, wenn der Sammler allein die Position einer Zahlstelle des Spenders hat – ist die Rechtslage anders. Dem Spender als Treugeber steht hier die Drittwiderspruchsklage bzw. Aussonderung zu, wenn Gläubiger des als Treunehmer auftretenden Sammlers auf das Treugut, also die Spendenmittel, zugreifen wollen. Abwehrrechte des Sammlers bestehen nicht, weil er lediglich fremdnützig handelt.⁶³ Hat man es bei Spenden mithin ausnahmsweise mit Treuhandfällen zu tun, haben Gläubiger des Spenders den Vollstreckungszugriff auf das Sammelvermögen, ohne daß der Sammler insoweit Abwehrrechte geltend machen könnte.

Die vollstreckungsrechtliche Behandlung eines Sammelvermögens mag aus der »Sicht des guten Zweckes« nicht befriedigen. Unangemessen freilich ist sie keineswegs. Der Spender entäußert sich seines Vermögens endgültig, in aller Regel – nämlich bei anonymen Gaben oder Kleinstspenden – unter Verzicht auf Vollzugs- oder Rückforderungsansprüche. Es ist also konsequent, daß seine Gläubiger den Zugriff auf die Spende verlieren. Ein Schutz des Spenders vor Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger des Sammlers wiederum ist nicht zwingend. Wenn ein Spender sich entschließt, einen Zweck unter Einschaltung eines Sammlers und nicht selbst und unmittelbar zu fördern, so ist es folgerichtig, daß er das Risiko der Insolvenz des von ihm freiwillig ausgewählten Sammlers trägt. Die Rechtslage deckt sich insoweit mit derjenigen bei der nichtrechtsfähigen Stiftung. Wer sie als Schenkung unter Auflage klassifiziert, geht ganz überwiegend davon aus, daß ihr Vermögen für *sämtliche* Verbindlichkeiten ihres Trägers haftet, und zwar auch für solche, die *keinen Bezug* zur Arbeit der Stiftung haben.⁶⁴ Der gute Zweck allein schützt mithin nicht. Zwar wird neuerdings vorgeschlagen, ihrem Stifter oder ggf. sogar ihren Destinatären in der Einzelzwangsvollstreckung die Widerspruchsklage des § 771 ZPO bzw. in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zuzubilligen. Vor allem *Karsten Schmidt*⁶⁵ begründet dies trotz vertragstypologischer Einordnung als einer Auflagenschenkungen mit der virtuellen Treugeberposition, die der »simulierte Rechtsträger Stiftung« gegenüber dem realen Träger des Stiftungsvermögens einnehme. Aber unabhängig davon, ob diesem Modell für die unselbständige Stiftung zu folgen ist⁶⁶, ist der Gedanke jedenfalls auf das Sammelvermögen nicht übertragbar. Denn anders als das Vermögen der unselbständigen Stiftung, das dauerhaft als ertragbringende Masse erhalten bleiben soll, ist ein Sammelvermögen zum baldigen Verbrauch bestimmt. Der Grad seiner Verselbständigung ist mithin so gering, daß sich die Annahme einer virtuellen Rechtsperson verbietet.

63 BGHZ 11, 37, 41 = BGH NJW 1954, 190, 192.

64 *Reuter*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 24), Vor § 80 Rn. 87 m.w.N.

65 *Karsten Schmidt*, in: Hopt/Reuter (Fn. 41), S. 184 ff.

66 Kritisch *Reuter*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 24), Vor § 80 Rn. 94 ff.; *Herzog* (Fn. 39), S. 100 ff.

IV. Fazit

Spenden sind Schenkungen unter Auflage. Hat der Sammler lediglich die Position einer Zahlstelle des Spenders, weil ihm kein eigener Spielraum bei der Zuteilung an Begünstigte bleibt, liegt ausnahmsweise ein Treuhandverhältnis nach den Regeln der § 662 ff. BGB vor.

Zweck und Begünstigte einer Spende werden durch den Spendenauftrag bestimmt. Er ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage im Sinne eines einseitigen Rechtsgeschäftes, sondern wird – meist durch stillschweigende Einziehung – Bestandteil der Schenkungsabrede. Er definiert den Inhalt der Auflage im Sinne des § 525 BGB.

Die Begünstigten einer Sammlung haben einen Anspruch auf Vollzug der Auflage nach den Regelungen über den echten Schenkungsvertrag zugunsten Dritter (§§ 328 Abs. 1, 330 S. 2 BGB). Der Anspruch setzt allerdings voraus, daß ihr Kreis bestimmbar ist. Bleibt dem Sammler im Hinblick auf Art und Höhe der Einzelzuwendungen ein Handlungsspielraum, geht der Anspruch lediglich auf eine Entscheidung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB).

Der Spender hat einen Anspruch auf Auftragsvollzug (§ 527 BGB). Spendet er anonym, verzichtet er auf diesen. Auch bei Spenden in nicht offengelegter Höhe oder Kleinspenden ist regelmäßig von einem solchen Verzicht auszugehen.

Wird der Zweck einer Sammlung erreicht, bevor alle gespendeten Mittel verbraucht sind, wird der Sammler von der Pflicht zur Vollziehung der Schenkungsaufgabe frei. Der Spender hat nach § 527 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 2, 812 ff. BGB einen Herausgabeanspruch auf noch vorhandene Mittel. Bei anonymen Spenden oder Spenden in nicht offengelegter Höhe verzichtet der Spender jedoch auf dieses Recht. Gleiches ist bei geringer Höhe der Spende zu unterstellen.

Überschüssige Spendenmittel stehen nicht dem Sammler zu. Er hat sie vielmehr für einen vergleichbaren Zweck einzusetzen.

Insolvenz- und vollstreckungsrechtlich teilt eine Spende das Schicksal des Eigenvermögens ihres Sammlers.

V. Summary

Donations typically involve a relationship between three actors: the Collector, the Donor, and the Beneficiary. The Collector is who seeks donations for a certain object by means of an appeal to the general public or a limited group of persons, and who takes receipt of such donations. The Donor is anyone who, on the basis of the appeal, responds to the Collector both voluntarily and in acceptance of financial detriment. Finally the Beneficiary is the recipient to whom the Collector is required to transfer the assets raised from the Donor. Beneficiaries may consist of one or a group of individually identified, or at least identifiable, persons. However, a collection may also serve to directly pursue a public purpose object, such as the establishment or maintenance of a public memorial.

The result of the collection is the collected assets. This is the totality of all assets which one or more Donors have transferred to one or more Collectors for applica-

tion to one or more particular purpose. The conventional view has long been that donation is based upon a relationship of trust between the Collector as trustee and the Donor as trust law principal (*cestui que trust*). Since the Federal Supreme Court decision in the Dresden *Frauenkirche* Foundation case, however, it is established law that the construct of the trust does not conform with a contract typology classification of the donation. Donations are gifts, albeit gifts conditional upon a foreseen application. This is defined in the appeal for donations. The classification of the donation as an executory gift conditional upon an application has certain consequences. The beneficiaries of a collection have a claim to execution of the conditional application under the rules on gifts which give enforceable rights to third party recipients (§§ 328 Para. 1, 330(2) BGB). The claim, however, requires that the circle of beneficiaries is determinable with certainty. Where the Collector retains a degree of discretion regarding the form and amount of individual applications, the beneficiary claim rests solely on a decision according to *ex aequo et bono* (equitable discretion) (§ 315 BGB).

The Donor has a claim to execution of the donation condition (§ 527 BGB). The claim is waived where donations are made anonymously. Such a waiver is also generally to be assumed for donations of unpublicised amounts or small amounts.

Where the object of the collection is achieved before all donated resources are consumed, the Collector is relieved of the obligation to execute the donating condition. Under § 527 Para. 1 BGB together with §§ 326 Para. 5, 323 Para. 2, 812 ff. BGB, the Donor has a claim to the return of remaining assets. With anonymous donations or donations of unpublicised amounts, however, the Donor waives this right. The same may be inferred for donations of small amounts.

Surplus donation assets do not accrue to the Collector, rather he is obliged to devote them to a comparable purpose.

In terms of insolvency and enforcement of law, a donation is treated in the same way as the Collector's personal assets.