



Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilferechts.

Dokumentation der Tagung im
Presse- und Informationsamt
der Bundesregierung am 26. Februar 2009.

Dokumentation der Tagung

Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilferechts

am 26. Februar 2009

veranstaltet vom

Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e. V.

und dem

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des

Landes Nordrhein-Westfalen

im Presse- und Informationsamt der Bundesregierung,

Reichstagufer 14, Berlin

Zusammengestellt von

Cornelia Markowski und Kerstin Piontkowski



Deutscher Verein für öffentliche und
private Fürsorge e.V., Berlin

Ministerium für Arbeit,
Gesundheit und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen
NÄHER AM MENSCHEN



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Eröffnungsworte von Prof. Dr. Georg Cremer	7
II. Eröffnungsworte von LMR Manfred Feuß	9
III. Vortrag „Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilferechts“, Prof. Dr. Rainer Hüttemann	13
IV. Bericht über die Diskussion mit dem Publikum zum Vortrag	25
V. Bericht über die Podiumsdiskussion	31
1. Kurzstatements der Podiumsteilnehmer	31
2. Diskussionsverlauf und wesentliche Ergebnisse	34
3. Zusammenfassung der Diskussionsergebnisse	39
VI. Schlussworte von Prof. Dr. Georg Cremer	41
Referenten- und Autorenverzeichnis	45

Vorwort

In den letzten Jahren hat sich die Diskussion über die Vereinbarkeit der deutschen Rechtspraxis mit dem europäischen Beihilferecht im sozialen Sektor stark auf die Gewährung von staatlichen Zuwendungen konzentriert. Das „Altmark-Trans“-Urteil des Europäischen Gerichtshofes, das „Monti-Kroes-Paket“ und das Verfahren in der Sache AWO Sano bildeten wichtige Triebfedern für den Diskurs. Weniger beachtet blieben in diesem Zusammenhang steuerliche Begünstigungen, wie sie für die gemeinnützigen Anbieter sozialer Dienste gelten. Als indirekte Beihilfen können sie jedoch in gleichem Maße Gegenstand einer Kollision mit dem europäischen Wettbewerbsrecht sein.

Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen nahmen diesen Umstand zum Anlass, die Thematik in den Mittelpunkt einer Tagung zu stellen. Zahlreiche Vertreter/innen freigemeinnütziger, kommunaler, privat-gewerblicher Verbände und Einrichtungen sowie aus Wissenschaft, Politik und Verwaltung folgten der Einladung, um gemeinsam über die Zukunft der Gemeinnützigkeit unter dem Einfluss der europäischen Binnenmarktpolitik und des Beihilferechts zu diskutieren.

Gemeinnütziges Handeln ist als Ausdruck zivilgesellschaftlichen und solidarisches Engagements ein unverzichtbarer Teil unseres Gesellschaftsmodells. Das Nebeneinander gemeinnütziger und privatgewerblicher Anbieter sozialer Dienstleistungen gilt es daher im Wege eines fairen Wettbewerbs zu bewahren. Dieser Anspruch führt – gerade vor dem Hintergrund des europäischen Wettbewerbsrechts – gegenwärtig noch zu großen Abwägungsproblemen mit dem Maß der zulässigen staatlichen Intervention und Marktzutrittsbeschränkungen. Dieses Problem birgt eine erhebliche Rechts- und Investitionsunsicherheit für die Anbieter sozialer Dienste.

Im Rahmen der Tagung wurden verschiedene rechtliche und politische Lösungsansätze diskutiert. Ein Fazit ist: Es bedarf einer (begründeten) Rechtfertigung der Wettbewerbsverzerrungen bzw. Marktzutrittsschranken. Dies kann beispielsweise über die Weiterentwicklung der „Altmark-Trans“-Kriterien auf der Grundlage des Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrages oder eine Freistellungsverordnung für gemeinnützige Dienste erfolgen. Bund, Ländern und Kommunen obliegt es zukünftig, gemeinsam mit der Freien Wohlfahrtspflege und den privat-gewerblichen Anbietern sozialer Dienste die Neugestaltung bzw. Neuausrichtung der europä-

ischen Rahmenbedingungen herauszuarbeiten und in das europäische Rechtssetzungsverfahren einzubringen.

Der Band enthält ausgewählte Texte und Beiträge der Referenten sowie der Teilnehmer/innen zur Diskussion zu der im Frühjahr 2009 durchgeführten Tagung „Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilferechts“.

Wir danken den Referenten für die Unterstützung der Veranstaltung und insbesondere den Moderatoren, Prof. Dr. Georg Cremer und Dr. Tobias Traupel, für ihre engagierte Mitwirkung. Vielen Dank ebenfalls an das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, ohne dessen Förderung diese Veranstaltung und diese Publikation nicht möglich gewesen wären.

Cornelia Markowski

Kerstin Piontkowski

I. Eröffnungsworte von Prof. Dr. Georg Cremer



Sehr geehrte Damen und Herren,

im Namen des Deutschen Vereins begrüße ich Sie herzlich und freue mich über das große Interesse an dieser Tagung, die gemeinsam vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen und vom Deutschen Verein ausgerichtet wird.

Wir befassen uns heute mit der Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilfrechts. Als Vertreter eines Wohlfahrtsverbandes darf ich betonen, dass gemeinnützige Organisationen mehr sind als Anbieter sozialer Dienstleistungen. Sie sind Akteure der Zivilgesellschaft und stellen sich der Aufgabe, Solidaritätspotenziale zu befördern.

Die Wohlfahrtspflege und die Kommunen, die beiden Säulen des Deutschen Vereins, sind Partner im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis. Dieses sozialrechtliche Dreiecksverhältnis ist die in Deutschland etablierte spezifische Ausprägung der Gestaltung des Marktes für soziale Dienstleistungen. Wenn es in offener Weise gestaltet ist, kann dieses System die Wahlfreiheit der Nutzer sozialer Dienstleistungen sichern. Mit der Öffnung wichtiger Märkte sozialer Dienstleistungen für privat-gewerbliche Anbieter ist die Aufgabe entstanden, das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis so zu gestalten, dass es mit den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes kompatibel ist.

Der Staat hat als Ordnungsgeber die Rolle, den Markt sozialer Dienste in einer Weise zu gestalten, der die Wahlfreiheit der Nutzer, Qualitätswettbewerb und ein nachhaltiges Angebot sozialer Dienstleistungen ermöglicht. Für die Wohl-

fahrtspflege darf ich sagen, dass wir uns in diesem Wettbewerb selbstbewusst behauptet haben.

In der Debatte, wie weit und unter welchen Bedingungen das System der sozialen Dienstleistungserbringung in Deutschland mit den Vorgaben des europäischen Rechts kompatibel ist, vermischen sich häufig rechtliche und politische Argumente. Wer ein Anliegen in der innenpolitischen Auseinandersetzung betreiben will, argumentiert gerne mit europarechtlichen Vorgaben, sodass man dann sagen kann, es gäbe rechtlich keine Alternative.

Um dieses Spannungsfeld zu verdeutlichen, möchte ich die Auseinandersetzung über die Ausschreibung sozialer Dienstleistungen nach Vergaberecht herausgreifen. Ich bin davon überzeugt, dass ein offen gestaltetes sozialrechtliches Dreiecksverhältnis, das Anbieter aus anderen Mitgliedsländern nicht diskriminiert, mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes kompatibel ist. Mit der Öffnung der Märkte für privat-gewerbliche Träger sozialer Dienstleistungen haben wir auf diesen Dienstleistungsmärkten zwei große Anbietergruppen, die jeweils unterschiedlichen Systemlogiken entsprechen. Beide stehen im Wettbewerb um Kunden. Wer sich gemeinnützig betätigt, hat natürlich Vorteile, die mit diesem Status verbunden sind. Er hat aber auch Nachteile in Kauf zu nehmen, z.B. das Verbot der Gewinnausschüttung. Diese Nachteile sind zwangsläufig mit dem politischen Ziel verbunden, Solidaritätspotenziale in der Gesellschaft zu fördern; denn wer würde an eine Organisation spenden, die damit Gewinnausschüttungen finanzieren kann?

Ich erhoffe mir, dass wir heute Erkenntnisse bekommen, wie das System der Erbringung sozialer Dienstleistungen aus europarechtlicher Sicht zu bewerten ist und wie es europarechtlich abgesichert werden kann. Das erfordert möglicherweise auch gewisse Modifikationen bei den nationalstaatlichen oder bei den europarechtlichen Regelungen. Ich denke beispielsweise an eine Weiterentwicklung der Kriterien des „Monti-Pakets“.

Ich freue mich auf diesen Tag. Ich bin allen Mitwirkenden dankbar. Ich danke Ihnen, Herr Professor Hüttemann, für Ihre Bereitschaft, uns die rechtlichen Grundlagen darzulegen, damit wir dann auf einer guten Informationsbasis diskutieren können.

Herzlichen Dank.

II. Eröffnungsworte von LMR Manfred Feuß



Meine Damen und Herren,

ich darf Sie ganz herzlich begrüßen, auch im Namen des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen. Auch wir haben uns natürlich gefreut, dass wir auf eine so große Resonanz hier gestoßen sind. Ich glaube, wir konnten gar nicht alle Anmeldungen berücksichtigen, die wir bekommen haben. Ich hoffe, dass diese Veranstaltung der großen Nachfrage gerecht wird. Und wir werden uns alle Mühe geben, das auch hier jetzt umzusetzen.

Einige von Ihnen werden sich sicherlich fragen, warum ausgerechnet ein Vertreter des Sozialministeriums hier zu Ihnen beim Thema Gemeinnützigkeitsrecht spricht. Sie werden auch Herrn Dr. Traupel erleben aus dem Wirtschaftsministerium. Es könnte auch ein Kollege aus dem Finanzministerium da sein. Aber wir haben natürlich aus dem Sozialministerium auch unsererseits ein großes Interesse an diesem Thema. Das hat vor allen Dingen damit zu tun, dass man nicht über Gemeinnützigkeit reden kann, ohne auch über Daseinsvorsorge und ihre Strukturen zu sprechen.

Wir haben ein Interesse an einer qualitativ guten Versorgung, an einer hochwertigen Versorgung, an einer bezahlbaren Versorgung mit sozialen Dienstleistungen vor Ort. Dabei nehmen die sozialen Dienste in Nordrhein-Westfalen, aber auch, ich denke, in Deutschland insgesamt, einen zentralen Stellenwert ein. Die Bürgerinnen und Bürger machen damit ihre täglichen praktischen Erfahrungen, beispielsweise in der Betreuung von behinderten Menschen oder bei der Inanspruchnahme von ambulanten oder stationären Pflegediensten. Die Menschen,

messen das Funktionieren des Sozialstaates daran, ob diese Dienste in ihrem Sinne gut und vernünftig arbeiten.

Diese sozialen Dienste werden in Deutschland in erster Linie von gemeinnützigen Anbietern der Freien Wohlfahrtspflege und in geringeren Teilen auch von privaten Anbietern oder kommunalen Dienstleistern erbracht. Eine Zahl aus NRW: Allein in den ambulanten und stationären Einrichtungen der Altenpflege sind in NRW über 116.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Freien Wohlfahrtspflege beschäftigt. Das heißt, die Wohlfahrtspflege stellt in diesem Bereich rund 70 % der Beschäftigten.

Diese Dienstleistungen sind Teil der Daseinsvorsorge und damit Teil einer sozialstaatlichen Sicherstellungsverpflichtung des Staates. Diese Verantwortlichkeit des Staates kommt im Besonderen im System der Gemeinnützigkeit zum Ausdruck.

Was ist nun Gemeinnützigkeit? Ich werde jetzt in der Einführung nicht dem vorgehen, was wir gleich von Herrn Professor Hüttemann hören werden. Vielleicht nur ein paar Gedanken dazu, was die Menschen im Allgemeinen mit diesem Begriff verbinden. Ich denke, zumeist wird damit die steuerrechtliche Begünstigung in Form eines niedrigen Steuersatzes bis hin zu einer Steuerbefreiung genannt. Seltener wird – und darauf hat Herr Professor Cremer soeben schon hingewiesen – auf die Nachteile der Gemeinnützigkeit hingewiesen. Das Verbot der Gewinnentnahme wurde bereits genannt. Ich will aber auch auf einen weiteren Aspekt hinweisen, auf einen, der seltener benannt wird, nämlich, dass die Gemeinnützigkeit auch Ausdruck zivilgesellschaftlichen und solidarischen Engagements ist. Ich denke, allein diese Aspekte bieten schon Anlass für eine spannende Diskussion.

Jetzt kommt allerdings seit einigen Jahren noch eine weitere Ebene hinzu, nämlich die europäische und die entsprechenden Vorschriften des Europarechts. So wird z.B. die Vereinbarkeit des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts mit dem EG-Beihilferecht gerade bei uns schon seit längerer Zeit immer wieder heiß diskutiert. Bislang habe ich das Gefühl, dass sich diese beiden Bereiche in der Praxis noch nicht wirklich in die Quere kommen. Das hängt sicherlich auch damit zusammen, dass viele Betätigungsfelder von gemeinnützigen Institutionen nicht so sehr im Fokus von beihilferechtlichen Betrachtungen standen. Geändert hat sich ein Stück die Situation durch die Modernisierung des Binnenmarktes und die zunehmende Deregulierung in den Mitgliedstaaten. Hierdurch wurden bestimmte Bereiche der Sozialdienstleistungen in den Wettbewerb gestellt und für private Anbieter geöffnet. So haben wir auf europäischer Ebene seit etwa zehn Jahren

eine verstärkte Diskussion um Fragen der Daseinsvorsorge und dabei unter anderem das Ringen um die Frage, wie die Sozialdienstleistungen zu betrachten sind. Diese Diskussion ist sicherlich noch lange nicht abgeschlossen, auch wenn nach den drei Konsultationsprozessen in den letzten vier Jahren eine gewisse Ruhe eingetreten zu sein scheint.

All dies macht klar: Viele sozialpolitische Themen, die wir über Jahre hinweg ausschließlich auf der nationalen Ebene verortet haben, sind näher an Brüssel herangerückt. Und noch eins ist klar: Dieser Trend ist unumkehrbar. Wir müssen uns konstruktiv und produktiv damit auseinandersetzen und die Herausforderungen, die dadurch an uns gerichtet sind, annehmen. In diesem Sinne verstehe ich dies auch als Zielsetzung der heutigen Veranstaltung. Die Diskussion um die Gemeinnützigkeit bietet aus meiner Sicht eine Reihe von Chancen. Sie schärft einmal das Bewusstsein, wofür die Gemeinnützigkeit, die es in irgendeiner Form offensichtlich in jedem europäischen Mitgliedstaat gibt, überhaupt da sein soll, was gemeinnützig erbrachte Dienstleistungen von anderen Dienstleistungen unterscheidet und was ihr gesellschaftlicher bzw. zivilgesellschaftlicher Mehrwert ist. Dazu kommt die Frage: Wo wird Gemeinnützigkeit genutzt, um eventuell auch Wettbewerbsvorteile zu erlangen? Auch für die Diskussion solcher Aspekte sollten wir, so denke ich, diese Veranstaltung nutzen.

In diesem Sinne wünsche ich uns allen eine erfolgreiche Veranstaltung.

III. Vortrag „Gemeinnützigkeit im Lichte des EG-Beihilferechts“, Prof. Dr. Rainer Hüttemann



Gemeinnützigkeit ist ein steuerlicher Begriff. Es gibt kein Zivilgesetz, in dem von gemeinnützigen Einrichtungen die Rede ist. Auch das Sozialrecht knüpft nicht an den Begriff der Gemeinnützigkeit an. Es hat eine eigene Diktion und Unterscheidung. Das ist ein wesentlicher Unterschied zu den Regelungen in anderen Ländern. In England hat der Begriff der „charity law“ beispielsweise auch einen zivilrechtlichen Kontext. Insofern würde die Europäische Kommission, wenn sie sich mit diesen Fragen beschäftigt, in England eben nicht nur in einen steuerlichen Bereich eingreifen, sondern in das Zivilrecht. Denn für gemeinnützige „Trusts“, also Treuhandkonstruktionen, gelten dort zivilrechtlich andere Rahmenbedingungen.

Gemeinnützigkeit in Deutschland bedeutet die Förderung von Organisationen. Das ist in anderen Ländern, auch in den USA oder Australien, nicht anders. Dahinter steht die Überlegung, dass die „gute Tat“ des einzelnen Menschen nur schwer zu kontrollieren ist. Deswegen wird die steuerliche Förderung am Status der Körperschaft festgemacht, die als solche von den Interessen der Personen getrennt ist, die sie tragen. Das Gemeinnützigkeitsrecht entscheidet also vor allem darüber, welche Körperschaften diesen steuerlichen Status erlangen können.

Dieser Status muss nicht nur vorteilhaft sein. Die Gemeinnützigkeit hat erhebliche Nachteile, wenn man sie aus der Perspektive des dynamischen Investors betrachtet. Ein Ausstieg aus der Gemeinnützigkeit als anerkanntem Status ist z.B. nicht ohne Weiteres möglich. Wenn z.B. eine bestimmte Tätigkeit nicht mehr gemeinnützig ist, weil die Zweckbetriebsdefinition plötzlich enger gezogen wird, dann würde man eine solche Tätigkeit gerne in eine nicht-gemeinnützige Ein-

richtung umwandeln wollen. Das geht aber nicht ohne gewisse Nachteile, denn die Gemeinnützigkeit ist weitgehend eine „Einbahnstraße“. Es würde funktionieren, wenn die zehnjährige Rückversteuerung mangels entsprechender Einkünfte keine Schwierigkeiten machen würde oder wenn die Einrichtung so viele Schulden angehäuft hätte, dass letztlich kein Vermögen gebunden ist, weil sich die Aktiva und Passiva ausgleichen. Denn steuerbegünstigt gebildetes Vermögen kann nicht einfach aus dem gemeinnützigen Betriebsvermögen entnommen werden. Verglichen damit kann beispielsweise jeder Berufsverband morgen seinen Status verändern und sein Vermögen in andere Tätigkeiten investieren. Darüber hinaus geht mit dem Status der Gemeinnützigkeit die Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung einher usw.

Am Status der Gemeinnützigkeit knüpfen andererseits aber auch bestimmte Vorteile an. Es gibt die Befreiung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Auch die Kapitalertragsteuer ist hier zu erwähnen, wenn Geldanlagen berücksichtigt werden müssen. Bei der Umsatzsteuer gibt es einen ermäßigten Satz für Leistungen im Zweckbetriebsbereich und auch die Erbschaftsteuerbefreiung für Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen.

Neben diesen direkten Vorteilen bestehen auch noch indirekte Vorteile. Sie wenden sich steuertechnisch an Dritte, fördern aber die Einrichtung. Zu denken ist hier an den Spendenabzug sowie den Übungsleiter- und Ehrenamtsfreibetrag. Die Gemeinnützigkeit ist aber auch ein Anknüpfungspunkt für außersteuerliche Vorteile. Vielfach ist es so, dass ein gemeinnütziger Anbieter deshalb staatliche Zuwendungen bekommt, weil er als Gemeinnütziger einen gewissen Vertrauensvorschuss genießt.

Hinter diesen Vorteilen steht ein bestimmtes Förderkonzept: Die gemeinnützigen Einrichtungen sollen bei ihrer Tätigkeit von der Steuer verschont werden, weil sie gemeinnützige Aufgaben erledigen, die ansonsten der Staat übernehmen müsste. Deswegen wäre es ein unnötiger Umweg, hier zunächst Steuern zu erheben, die man dann über Subventionen wieder verteilen würde. Diese Erklärung ist allerdings unvollständig. Denn der gemeinnützige Sektor definiert sich auch dadurch, dass er vieles anders macht als der Staat. Es ist gerade der Charme der gemeinnützigen Anbieter, dass sie sich nicht wie staatliche Anbieter organisieren müssen, sondern dass Raum für Kreativität und Eigeninitiative bleibt und die Bindung an staatliche Vorgaben, sei es das Haushalts- oder Besoldungsrecht, nicht zu starr verfolgt werden muss.

Das europäische Beihilferecht ist relativ einfach strukturiert. Es geht im Kern darum, dass die mitgliedstaatliche Subventionierung einzelner Wirtschaftszweige in einem Binnenmarkt unterbunden werden soll. Das ist technisch im EG-Vertrag so umgesetzt, dass der Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sinngemäß besagt, staatliche Beihilfen für Unternehmen sind verboten, es sei denn, es gibt im EG-Vertrag eine entsprechende Erlaubnis.

Solche Ausnahmen vom Beihilfeverbot finden sich in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Es handelt sich um die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, d.h. vor allem die Bereiche der staatlichen Daseinsvorsorge. Darüber hinaus gibt es in Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG-Vertrag weitere Ausnahmen. Für den Dritten Sektor dürfte allein der Art. 87 Abs. 3 relevant sein. Er enthält eine Ermessensausnahme, d.h., die Europäische Kommission hat bei der Anwendung und Interpretation dieser Vorschrift ein weites Ermessen, um wirtschaftspolitisch zu gestalten.

Ein sehr wichtiger Punkt ist – parallel dazu – die Kontrolle neuer Beihilfen durch die Kommission. Wenn eine neue Beihilfe gewährt werden soll, muss sie bei der Europäischen Kommission angemeldet werden. Solange sie nicht genehmigt ist, darf sie nicht umgesetzt werden. Was bedeutet das für den Dritten Sektor? Unterstellt, alle Vergünstigungen, die auf der Grundlage des Gemeinnützigkeitsrechts seit 50 oder 60 Jahren gewährt wurden, seien staatliche Beihilfen, bleibt festzuhalten, dass Leistungen vor der Gründung der Gemeinschaft 1958 nicht unter diese Anmeldepflicht fallen. Es handelt sich dann um sogenannte Altbeihilfen, für die kein Anwendungsverbot existiert. Hier kann die Europäische Kommission nur von sich aus tätig werden. Demgegenüber ist die Auftragsforschung erst in den 90er-Jahren begünstigt worden. Dort handelt es sich nicht um Altbeihilfen.

Fraglich ist, wie weit der Anwendungsbereich des europäischen Beihilferechts im gemeinnützigen Sektor reicht. Ein Schlüsselbegriff ist der Unternehmensbegriff. Der Beihilfekontrolle unterliegen nur Unternehmen. Für gemeinnützige Einrichtungen gibt es keine generelle Ausnahme vom Unternehmensbegriff. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat das in seinen Entscheidungen klargestellt.¹ Es ging in dem Verfahren um gemeinnützige Bankenstiftungen, die in Italien durch die Privatisierung der Sparkassen entstanden sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH, die auch nicht grundsätzlich infrage gestellt wird, ist es so, dass jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung – unabhängig von Rechtsform und Finanzierung – unter den Unternehmensbegriff fällt. Unerheblich ist, ob Ge-

1 U.a. EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006, Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze.

winnerzielungsabsicht besteht oder ob in Abgrenzung zu privat-gewerblichen Tätigkeiten lediglich ein satzungsmäßiger Zweck umgesetzt werden soll.

Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Wettbewerbsrelevanz der Tätigkeit. Die Kernfrage lautet: Gibt es für die Tätigkeit einen privaten Anbieter, der sie ebenfalls anbieten könnte, und zwar in Verfolgung einer Gewinnerzielungsabsicht? Ausgenommen sind also nur Betätigungen, die eine Person zum „Privatvergnügen“ betreibt, also nicht zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts. Wie die Realität zeigt, gibt es in vielen gemeinnützigen Bereichen inzwischen auch privat-gewerbliche Anbieter, die bestimmte Teile des Marktes abdecken. Es gibt also keine allgemeine Bereichsausnahme für gemeinnützige Einrichtungen, sondern es bedarf einer sektorspezifischen Betrachtung.

Eine solche sektorale Prüfung erfolgt nach dem Vier-Sphären-Modell. Das Gemeinnützigkeitsrecht unterscheidet bekanntlich vier Bereiche:

Der erste Bereich ist der ideelle Bereich. Er ist steuerlich irrelevant. Dort erfolgt die Finanzierung einer Tätigkeit nicht durch Entgelte bzw. Einnahmen, sondern z.B. durch Mitgliedsbeiträge, Zuschüsse und Spenden.

In den zweiten Bereich fallen die Einnahmen aus Vermögensanlagen. Die Stiftungen etwa leben von diesem Bereich der Vermögensverwaltung.

Im dritten Bereich wird durch eine Betätigung Geld verdient, welches es überhaupt erst ermöglicht, die gemeinnützigen Zwecke zu verfolgen. Ein Beispiel ist der Basar, den der Förderverein einer Schule zweimal im Jahr veranstaltet. Der Basar hat mit dem Zweck selbst nichts zu tun. Das Geld wird aber verdient, damit von den Überschüssen für die Schule Ausstattungsgegenstände erworben werden können.

Der vierte Bereich, auf dem im Folgenden der Fokus liegen wird, ist derjenige, in dem die wirtschaftliche Tätigkeit und die Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks zusammenfallen. Schulfall ist das Krankenhaus: Der satzungsmäßige Zweck der Krankenversorgung wird durch Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erfüllt, d.h. durch die Behandlung wird Geld eingenommen, durch das die Unkosten aus der Krankenversorgung abgedeckt werden. Damit einher geht die Frage, ob eine vollständige Kostendeckung erfolgt. Braucht es möglicherweise noch einen Zuschuss aus Vermögenserträgen? Oder werden so viele Beträge erzielt, dass der Betrieb auf Dauer aus den Entgelten finanziert werden kann?

Betrachtet man diese Bereiche unter dem Blickwinkel des beihilferechtlichen Unternehmensbegriffs, lässt sich Folgendes feststellen: Soweit eine gemeinnützige Einrichtung eine Tätigkeit zu dem Zweck ausübt, Geld zu verdienen, handelt es sich um ein Unternehmen. Diese Voraussetzung ist im Bereich des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erfüllt. Die vermögensverwaltende Tätigkeit ist hingegen keine unternehmerische Tätigkeit. Der ideelle Bereich hat ebenfalls mangels Einnahmenerzielung keine Wettbewerbsrelevanz. Dieser Fall liegt beispielsweise vor, wenn eine gemeinnützige Einrichtung betrieben wird, die sich nur aus Spenden, Vermögenserträgen oder aus echten Zuschüssen finanziert. Eine Tätigkeit, die nur deshalb durchgeführt wird, weil durch eine institutionelle (und nicht auf die Tätigkeit bezogene) Förderung die finanziellen Voraussetzungen geschaffen werden, ist eine rein soziale Tätigkeit. Hier gibt es keine Wettbewerbsrelevanz, weil es keinen privat-gewerblichen Unternehmer gibt, der sich unter diesen Bedingungen betätigen würde. Der Privat-Gewerbliche möchte sein Vermögen mit einer gewissen Rendite einsetzen.

Problematisch wird es, wenn es um einen sogenannten Zweckbetrieb geht. Das ist der Bereich, in dem Leistungen erbracht werden, deren Finanzierung durch Entgelte erfolgt, z.B. Fallpauschalen oder Zahlungen, die direkt mit den Patienten abgerechnet und von den Sozialkassen oder Privatversicherungen erstattet werden. Die satzungsmäßige Tätigkeit fällt hier mit der Einnahmeerzielung zusammen. Gleichzeitig gilt, dass nicht jede zweckverwirklichende Tätigkeit unter den Begriff des Zweckbetriebs fällt, sondern das deutsche Recht trifft folgende Unterscheidung: Ein Zweckbetrieb ist nach der Generalklausel des § 65 Abgabenordnung (AO) nur gegeben, wenn dieser Geschäftsbetrieb für die unmittelbare Verwirklichung der satzungsmäßigen Zwecke notwendig ist und er nur in dem Umfang in Wettbewerb zu privaten Anbietern tritt, in dem das unvermeidbar ist. Die „Wettbewerbsklausel“ wird von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt. Ein Vorrang gemeinnütziger Anbieter im Wettbewerb wird nur dort akzeptiert, wo es einen Gemeinwohlbezug gibt, der entsprechend klar und deutlich ausgeprägt ist. Der Gemeinwohlbezug rechtfertigt es, hier zu einer steuerlichen Unterscheidung zu kommen.

Üben also ein Gemeinnütziger und ein Privat-Gewerblicher genau dieselbe Tätigkeit aus, dann kann kein Zweckbetrieb vorliegen. Das ist die Praxis der Finanzämter. Und das bedeutet, dass im Hinblick auf das europäische Recht der Zweckbetrieb nicht das Problem ist, weil der beihilfenrechtlich gebotene Wettbewerbsvorbehalt bereits auf der Ebene des einfachen Steuerrechts berücksichtigt wird.

Das Problem liegt eher bei den sogenannten Zweckbetrieben nach dem Beispielskatalog in den §§ 66–68 AO. Dort hat der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf die Wettbewerbsklausel festgeschrieben, was er für Zweckbetriebe hält. Darunter fallen z. B. die Krankenhäuser und die gesamte Wohlfahrtspflege. Das impliziert die Frage, ob die Vergünstigungen, die einem solchen Zweckbetrieb gewährt werden, staatliche Beihilfen sind und ob sie vielleicht gerechtfertigt sind. Beim Begriff der staatlichen Beihilfe geht es darum, dass der Staat aus seinen Mitteln Zuwendungen finanzieller Art gewährt und diese Zuwendungen selektiv, also einzelnen Unternehmen zugutekommen lässt. Das könnte zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten führen.

Das Problem ist nun: Können wir die gemeinnützigkeitsabhängigen Steuervergünstigungen von dieser Definition ausnehmen, wenn man feststellt, dass es eigentlich keine Vorteile sind? Denn ein Zweckbetrieb ist lediglich kostendeckend tätig. Die Körperschaftsteuer soll aber letztlich nur Gewinne belasten. Diese Argumentation ist bereits verfolgt worden, der EuGH hat sich jedoch bisher darauf nicht eingelassen. Diese Argumentation würde nämlich voraussetzen, dass bei all diesen Einrichtungen eine Gewinnerzielungsabsicht im steuerlichen Sinne vollständig fehlt. Nur dann entstünden tatsächlich keine steuerlichen Vorteile, weil auch ein privater Konkurrent, der nur kostendeckend wirtschaftet, nicht körperschaftsteuer- bzw. gewerbesteuerpflichtig wäre. Es ist aber zweifelhaft, ob alle Zweckbetriebe lediglich kostendeckend bzw. defizitär arbeiten. Dieses Argument war also nur geeignet, solche Bereiche aus dem Beihilfenthema herauszunehmen, für die von vornherein klar ist, dass hier nur mit Verlusten, allenfalls mit Kostendeckung, gewirtschaftet werden kann.

Ein zweiter Ansatz geht dahin, dass die Gemeinnützigkeitssteuervergünstigungen nur als ein Ausgleich für den Nachteil betrachtet werden, der dadurch entsteht, dass ein Gemeinnütziger das übernimmt, was der Staat sonst selbst erledigen müsste. Versteht man die gemeinnützige Aufgabe als eine „Belastung“, gleicht die Steuervergünstigung diese Belastung aus. Der EuGH hat so bestimmte Sachverhalte aus dem Beihilfebegriff herausdefiniert. Er argumentiert damit, dass keine Begünstigung vorliegt, wenn von vornherein nur die öffentliche Mehrbelastung durch eine entsprechend zweckgebundene Zuwendung ausgeglichen wird.

Das Problem besteht darin, dass viele Einrichtungen zwar über das Sozialrecht in bestimmter Weise betraut im Sinne des Beihilferechts nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sind. Dies gilt aber nicht flächendeckend bzw. nur aufgrund der Gemeinnützigkeit. Denn die Gemeinnützigkeit ist kein „Betrauungsakt“ im Sinne der

EuGH-Rechtsprechung. Hinzu kommt im Hinblick auf die nach der „Altmark-Trans“-Entscheidung erforderliche Transparenz, dass die Höhe der Vergünstigung genau an die des Nachteils gekoppelt sein muss. Steuervergünstigungen lassen sich aber in ihrer Höhe nicht vorab bemessen. Vielmehr bedeutet die Steuervergünstigung zunächst nur, dass eine vollständige Befreiung vorliegt oder ein ermäßigter Umsatzsteuersatz angewendet werden kann. Wie hoch der finanzielle Vorteil aus dieser Vergünstigung ist, steht anfänglich aber nicht fest.

Die Argumentation müsste sich darauf beschränken, dass jedenfalls in der Spitze nicht mehr an Vorteilen gewährt wird, als an Belastung auf der anderen Seite eintritt. Da die Belastung aber sektorspezifisch nicht einheitlich ist, sondern für jeden Tätigkeitsbereich der Freien Wohlfahrtspflege bestimmt werden müsste, scheint dieser Ansatz wenig praktikabel und Erfolg versprechend. Er könnte allenfalls ein Anknüpfungspunkt im Meinungsaustausch mit der Europäischen Kommission darüber sein, wie die „Altmark-Trans“-Kriterien sektorspezifisch für Steuervergünstigungen weiterentwickelt werden können.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen ferner die umsatzsteuerrechtlichen Vorteile der Gemeinnützigkeit. Das Umsatzsteuerrecht ist längst kein nationales Recht mehr. Es ist Richtlinienrecht, d.h., der Konfliktfall einer Umsatzsteuervergünstigung mit dem europäischen Beihilferecht wird meines Erachtens nicht von den Beihilfebeamten der Europäischen Kommission behandelt. Es ist eine Frage der richtigen Anwendung der Mehrwertsteuerrichtlinie.

Die Mehrwertsteuerrichtlinie sieht im Interesse der Entlastung von Verbrauchern zum Teil nicht unerhebliche Wettbewerbsverzerrungen vor, z.B. im Bereich der sozialen Dienstleistungen. Bestimmte öffentliche Einrichtungen sind nach Art. 132 Mehrwertsteuerrichtlinie begünstigt, privat-gewerbliche Anbieter nicht. Ferner kann der nationale Gesetzgeber die Gewährung einer Umsatzsteuerbefreiung bei privaten Einrichtungen davon abhängig machen, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt oder nicht. Schließlich enthält die Richtlinie gewisse Vorgaben, aus denen man entnehmen kann, dass der ermäßigte Steuersatz (7 statt 19 %) zumindest für viele gemeinnützige Anbieter gerechtfertigt ist. Wenn die Richtlinie also von den Mitgliedstaaten richtig angewandt wird, ist das Beihilfethema im Bereich der Umsatzsteuer unproblematisch, weil das, was in der Richtlinie steht, europarechtlich vereinbart ist und also keine Beihilfe sein kann.

Als weiteres Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass der Zweckbetrieb wegen der Steuervergünstigungen potenziell beihilferelevant ist. Es existiert ein

Nebeneinander von gemeinnützigen und privat-gewerblichen Anbietern, die in einem gewissen Wettbewerbsverhältnis stehen können.

Damit stellt sich die Frage, ob sich die Wettbewerbsverzerrung rechtfertigen lässt. Die Legalausnahmen gemäß Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag greifen nicht, da Verbraucher- und Katastrophenschutz nicht einschlägig sind. Es bleibt die Prüfung der Ermessensausnahmen in Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag.

In Unterabsatz b) werden „wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse“ genannt. Hier hat die Kommission einen weiten Entscheidungsspielraum bei der Definition einer solchen Aufgabe. Außerdem gibt es spezielle Normen, die etwa – wie Unterabsatz d) – die Förderung der Kultur betreffen. Aber auch dieser Tatbestand ist für den Bereich der sozialen Dienste wohl abzulehnen.

Was könnten nun die Erwägungen der Europäischen Kommission sein, wenn diese im Rahmen des Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag über die beihilferechtliche Frage der zulässigen Existenz des gemeinnützigen Sektors neben dem privat-gewerblichen zu entscheiden hätte? Die Feststellung, dass der Bereich der Wohlfahrtspflege nach Art. 87 Abs. 3 Buchstabe b) EG-Vertrag ein „Vorhaben von gemeinschaftsweitem Interesse“ ist, reicht nicht aus. Denn die Prüfung schließt auch die Frage ein, welche bestimmten Arten von Vergünstigungen erlaubt sein sollen.

Ausgangspunkt dafür ist das Verständnis, dass man in einem zweigeteilten Markt agiert, in dem die einen als privat-gewerblich und die anderen als gemeinnützig wirken. Können die beiden Systeme institutionell nebeneinanderstehen? Voraussetzung dafür wäre, dass der Staat bei vergleichbaren Leistungen, die er fördern will, die Förderung so ausgestalten muss, dass alle Anbieter partizipieren können. Übertragen auf den Hochschulbereich könnte das z.B. bedeuten, dass „Bildungsgutscheine“ an Studierende ausgegeben werden statt einer ausschließlichen Förderung staatlicher Universitäten, damit gemeinnützigen Universitäten und privat-gewerblichen Anbietern die gleiche Unterstützung zukommt. Es gibt z.B. auch Fachhochschulen, die ihre Bildungsangebote mit Gewinnerzielungsabsicht und sogar mit tatsächlichen Gewinnen unterbreiten. Eine derartige Umstellung würde im sozialen Bereich aber erhebliche Probleme aufwerfen. Ein Markt kann folglich nicht einfach so mit den Mitteln des Beihilferechts umstrukturiert werden. Wenn man aber die Europäische Kommission dazu bewegen will, ein Nebeneinander zu akzeptieren, dann müssen sich auch überzeugende Gründe dafür finden lassen, warum ein solches Nebeneinander sinnvoll ist.

Die Forderung nach der Benennung konkreter Gründe geht an die gemeinwohlorientierten Träger. Sie müssen darlegen, warum gerade die steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter sinnvoll ist. Gemeinnützigkeit heißt z.B. auch, bestimmte staatlich gesetzte Anforderungen einzuhalten. So erklären z.B. US-amerikanische Ökonomen die Existenz gemeinnütziger Anbieter im Gesundheitssektor mit gewissen Informationsasymmetrien. Ob eine Krankenschwester gut arbeitet oder nicht, kann die Patientin oder der Patient oft nicht überblicken. Wenn aber bei einer weltanschaulich gebundenen Einrichtung der Eindruck entsteht, eine Krankenschwester fühlt sich anderen Werten als der Gewinnmaximierung des Unternehmens verpflichtet, fühlt sich ein Betroffener in dieser Einrichtung besser aufgehoben.

Letztlich führt es zu der Grundfrage, warum es überhaupt sinnvoll sein könnte, Anbieter zu haben, die etwas ohne oder mit einer beschränkten Gewinnerzielungsabsicht machen. Das ist der Kern dessen, worüber sich Gemeinnützigkeit definiert. Sie definiert sich nicht allein über eine höhere Effizienz. Deshalb muss die Vorstellung, nebeneinander in zwei Sektoren zu agieren, begründet werden. Das Beihilferecht trägt hier zu einer Rationalisierung bei. Eine Erklärung könnte sein, dass privat-gewerbliche Anbieter allein nicht in der Lage sein könnten, das abzudecken, was die gemeinnützigen heute leisten. Fraglich ist auch, ob sich z.B. ehrenamtliche Kräfte bei privat-gewerblichen Anbietern so wohl fühlen würden, wenn sie ihre Freizeit dafür opfern, dass ein anderer Gewinn macht.

Wenn man nun gute Gründe für ein zweigleisiges System unterstellt, dann bleibt zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs aber immer noch die Anforderung, dass Steuervergünstigungen für Gemeinnützige nicht zur Quersubventionierung anderer Bereiche eingesetzt werden dürfen. Diesen Aspekt setzt das Steuerrecht seit Langem etwa mit dem Gebot der zeitnahen Mittelverwendung und dem Verbot eines dauerhaften Verlustausgleichs im steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Hier gibt es in anderen Ländern auch vergleichbare Vorschriften. Das Verbot der Quersubventionierung schließt also Wettbewerbsverzerrungen aus.

Die Steuervergünstigungen im Bereich der Gemeinnützigkeit sind im Wesentlichen Altbeihilfen, die nicht dem Beihilfeverbot unterliegen. Ungewiss bleibt aber, wie und wann die Europäische Kommission zukünftig in diesem Bereich tätig werden könnte. Bisher ist sie nur eingeschritten, wenn sie im Rahmen von Beschwerden angerufen wurde, also im Zweifel von privaten Wettbewerbern.

Der eine oder andere Fall ist bekannt, so z.B. das Beschwerdeverfahren AWO SANO. Die Kommission hat hier sehr ausführlich geprüft und ist zum Ergebnis gekommen, dass die Beschwerde unbegründet ist. Denn die Steuerbegünstigung, die der sozialen Einrichtung für den Betrieb einer Familienferienstätte gewährt wurde, war mit den Vorgaben des europäischen Beihilferechts vereinbar. Das lag wohl im Wesentlichen daran, dass die Einrichtung mit erheblichen Verlusten betrieben wurde, sodass die Steuervergünstigungen dort blieben und die entstandenen Mehrkosten allenfalls teilweise ausgeglichen werden konnten.

Aber jeden Tag kann sich erneut ein privater Konkurrent auf den Weg nach Brüssel machen. Dieser Umstand hat beim Bundesfinanzhof bereits dazu geführt, dass der zuständige Senat in einigen neueren Entscheidungen einen strengeren Beurteilungsmaßstab angelegt hat. Früher war es so, dass der Zweckbetriebskatalog der §§ 66–68 AO als politische Entscheidung akzeptiert wurde. Heute hat derselbe Senat in einer neueren Entscheidung § 66 AO so einschränkend ausgelegt, dass die Zweckbetriebsbefreiung für den Bereich der Wohlfahrtspflege weitgehend infrage gestellt würde. Dazu ist zu sagen, dass, wenn der Begriff Wohlfahrtspflege als „Sorge um der Menschen wegen“ verstanden wird und nur mittels defizitärer Tätigkeiten ausgefüllt sein darf, die Steuerbefreiung einen anderen Inhalt erhält, als der Gesetzgeber ursprünglich gedacht hat. Das Kriterium der Wohlfahrtspflege ist vom ersten Senat also zu einschränkend angewandt worden. Aber auch wenn man hier wieder zu einer weniger restriktiven Sicht zurückkehrt, ändert dies nichts daran, dass die Zweckbetriebsbefreiung der §§ 66–68 AO für denjenigen, der sich benachteiligt fühlt, ein Angriffspunkt für Beihilfebeschwerden auf europäischer Ebene bleiben wird.

Was die weitere Entwicklung anbetrifft, so ist abschließend darauf hinzuweisen, dass die Kommission, ungeachtet aller juristischen Auseinandersetzungen, letztlich ein weites wirtschaftspolitisches Ermessen hat. Mit Blick auf die derzeitige Finanzkrise und die Maßnahmen zur Rettung der Sparkassen oder der Automobilindustrie lässt sich vermuten, dass die Europäische Kommission derzeit mit dem Dritten Sektor nicht auch noch einen weiteren Bereich aufgreifen möchte, um „zu neuen Ufern“ zu gelangen.

Mittel- oder langfristig muss allerdings ein rechtlicher Rahmen formuliert werden, der allen Beteiligten eine Bestandsgarantie oder jedenfalls eine Perspektive vermittelt. Es sollte daher von den Verbänden das Gespräch mit der Europäischen Kommission gesucht werden, um sich auszutauschen, wie dieser institutionelle Rahmen formuliert werden könnte. Vorstellbar wäre insoweit, wie z.B. für den Forschungs- oder andere Bereiche, eine Art Gruppenfreistellungsverordnung,

die bestimmte steuerliche Rahmenbedingungen fixiert und an bestimmte Voraussetzungen knüpft. Wünschenswert wäre ein Rahmen, der allen Beteiligten, also beiden Spielern im Markt, im fairen Wettbewerb und auf Dauer absehbar Investitionssicherheit gibt. Das schließt Vorgaben an den nationalen Gesetzgeber und die Finanzverwaltung ein.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

IV. Bericht über die Diskussion mit dem Publikum zum Vortrag

Die Fragen und Ergebnisse der Diskussion in Reaktion auf den Einführungsvortrag lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Voraussetzungen des Betrauungsaktes und das Gemeinnützigkeitsrecht

Im Vortrag kurz angesprochen, zielte die erste Frage auf die Ausgestaltung bzw. die konkreten Vorgaben für den Betrauungsakt in Verbindung mit dem Gemeinnützigkeitsstatus. Für die Betrauung ist ein Gesetz oder ein Verwaltungsakt erforderlich. Allein in der Anerkennung der Gemeinnützigkeit liegt noch kein Betrauungsakt, der diesen Vorgaben genügt. Die Gemeinnützigkeit definiert sich dadurch, dass eine Einrichtung eine bestimmte Aufgabe freiwillig wahrnimmt und dafür einen steuerlichen Vorteil bekommt. Der Charme der Gemeinnützigkeit liegt gerade in der Freiwilligkeit des Tätigwerdens und dem Gedanken, dass hier den staatlichen Behörden eine Aufgabe abgenommen wird.

Das Tätigwerden sozialer Einrichtungen hingegen beruht unabhängig davon auf den Regelungen der Sozialgesetzbücher. Nach diesen Normen definieren sich die angebotenen Leistungen und die Zulassung einer Einrichtung. Von einer Verknüpfung der Anerkennung der Gemeinnützigkeit und dem Betrauungsakt zur Beseitigung des beihilferechtlichen Problems ist daher abzuraten.

Das Gemeinnützigkeitsprivileg in der ländervergleichenden Sicht

Die Frage, inwieweit die in Deutschland nach dem Steuerrecht anerkannten gemeinnützigen Tätigkeiten sich auch in die europäische Gemeinwohldebatte (z.B. mit Verweis auf das „Europäische Sozialmodell“) einbringen lassen, muss differenziert betrachtet werden. Die Idee, Betätigungen zur Förderung der Allgemeinheit steuerlich zu privilegieren, findet sich in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Der Begriff der Gemeinnützigkeit ist in den meisten europäischen Rechtsordnungen, abgesehen von der angelsächsischen, ein rein steuerrechtliches Phänomen. Das betrifft die Definition des Begriffs, die Rechtsfolgen, den Substitutionsgedanken und die Kontrollverfahren. Die Parallelen reichen in anderen Rechtsordnungen oft bis ins Detail. Das haben Studien gezeigt, z.B. von Dr. Schauhoff, der sich rechtsvergleichend mit der Frage der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Gemeinnützigkeitsregelungen auseinandergesetzt hat.

Allein aus der europaweiten Anerkennung der Gemeinnützigkeitsidee lässt sich allerdings noch nicht schlussfolgern, dass der Tatbestand einer Beihilfe nach dem europäischen Recht auszuschließen ist. Die genannten Parallelen lassen sich nur als ein sehr wichtiges Indiz dafür ansehen, dass es sich bei der Idee, die hinter dem deutschen Gemeinnützigkeitsrecht steht, auch um ein Anliegen von gemeinschaftlicher Bedeutung handelt.

Wiederum wurde betont, dass der Lösungsansatz für die Betätigung gemeinnütziger (sozialer) Unternehmen vielmehr auf der Rechtfertigungsebene der beihilferechtlichen Prüfung liegt.

Auswirkungen des Beihilfeverbots auf das deutsche Spendenprivileg

Mit Rücksicht auf den Grundgedanken des europäischen Beihilfeverbots, staatliche Interventionen gegenüber dem Markt oder Marktabschottung gegenüber anderen EU-Mitgliedstaaten zu vermeiden, lässt sich infrage stellen, wieso es für die Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission von Interesse sei, steuerliche Vergünstigungen für Spenden, z.B. an eine Obdachloseneinrichtung, auch unter das Beihilfeverbot zu fassen.

Das Hauptproblem beim Spendenabzug besteht nicht im Beihilferecht, sondern im Verbot der Ausländerdiskriminierung. Nach dem deutschen Recht konnten Spenden bislang nur steuerlich geltend gemacht werden, wenn sie deutschen gemeinnützigen Einrichtungen zugutekamen. Sie unterliegen aber der europäischen Kapitalsverkehrsfreiheit. Deshalb muss die steuerliche Abzugsfähigkeit zukünftig nicht nur beschränkt auf Spenden an inländische, sondern auch an ausländische gemeinnützige Einrichtungen gewährt werden.²

Darüber hinaus kann sich eine Kollision mit beihilferechtlichen Regelungen im Hinblick auf die Selektivität ergeben. Denn private Spenden werden gerade nicht bei Leistung an jedes gewerbliche Unternehmen, sondern nur bei Leistung an eine gemeinnützige Einrichtung steuerlich begünstigt. Insofern könnte auch das Spendenprivileg als selektive Begünstigung dem Beihilfeverbot der Gemeinschaft unterliegen.

Anpassungsbedarf des § 66 AO aufgrund zunehmender Marktorientierung

In den letzten Jahren haben sich die Rahmenbedingungen für die Erbringung von Dienstleistungen in vielen Bereichen, in denen Wohlfahrtseinrichtungen

² Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Januar 2009, Rs. C-318/07, Persche sowie Hein Persche/Finanzamt Lüdenscheid.

betrieben werden, verändert – angefangen bei den Pflegedienstleistungen, aktuell im Krankenhaussektor, in der Kinder- und Jugendhilfe und Behindertenhilfe. Aufgrund der zunehmenden Marktorientierung kann sich die Wohlfahrtspflege immer weniger darauf berufen, keinen Erwerbszweck im Sinne des § 66 AO (Wettbewerbsklausel) zu verfolgen.

Dieser Entwicklung versuchte der Bundesfinanzhof (BFH) in seiner Rechtsprechung gerecht zu werden (vgl. Beschluss des BFH vom 18. September 2007, I R 30/06). Der Senat ist sehr weit gegangen, als er in seiner jüngsten Rechtsprechung zum Rettungsdienst und Krankentransport gemeinnütziger Wohlfahrtsverbände festgestellt hat, dass eine Betätigung im Rahmen der Wohlfahrtspflege ausgeschlossen ist, wenn auf dem Markt ein potenzieller privat-gewerblicher Anbieter festzustellen ist.

Sachgerechter wäre es wohl, zwischen bestimmten Arten von Krankentransporten, die sich von Spezialtransporten mit Bedarf an geschultem Sanitätspersonal abgrenzen ließen, zu differenzieren und sie auf dieser Grundlage entsprechend aus dem § 66 AO herauszunehmen. Nicht unberücksichtigt bleiben darf nämlich der Umstand, dass die Gewinne zum Satzungszweck wieder reinvestiert und nicht ausgeschüttet werden. Diese Ausnahmeregelung ist bezogen auf Pflegeeinrichtungen bereits diskutiert worden. Auch der entsprechende Nichtanwendungserlass des Bundesfinanzministeriums,³ der die Steuerprivilegierung von Rettungsdiensten und Krankentransporten feststellt, ist als ein deutlicher Appell an die Rechtsprechung zu verstehen, die Entscheidung zu überdenken oder aber entsprechende gesetzliche Änderungen vorzunehmen.

Nebeneinander der Systemlogiken

Wettbewerb entsteht, wenn es für die Nutzer/innen eines Dienstes eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern gibt. Im Interesse der Nutzer sollte ein Wettbewerb unter den gemeinnützigen wie auch zwischen den gemeinnützigen und privat-gewerblichen Anbietern ermöglicht werden. Gemeinnützigkeit ist ein eigenständiges System mit Vor- und Nachteilen, genauso wie die gewerbliche Betätigung. Beide Systeme stehen nebeneinander. Wer eine Tätigkeit aufnimmt, kann entscheiden, welches der Systeme er dafür nutzen möchte, welches für ihn die geeigneten Vorteile enthält.

Die „Gretchenfrage“ zur Abgrenzung ist, wie das Nebeneinander der beiden Bereiche auf Dauer gestaltet sein soll. Im Hinblick auf die in der Praxis oft vor-

³ Erllass des BMF vom 20. Januar 2009, IV C 4 – S 0185/08/10001.

kommende Mischfinanzierung bedarf es wohl eher einer politischen Debatte als der rein juristischen Klärung. Es gilt, Argumente zusammenzutragen, die für den Erhalt auch gemeinnütziger Strukturen sprechen.

Die Feststellung, dass bei nur einem potenziellen privat-gewerblichen Wettbewerber alle diejenigen Gemeinnützigen, die in diesem Bereich tätig sind, aus der Steuervergünstigung ausscheiden, kann keine Lösung sein. Zudem wäre der Ausstieg aus der Gemeinnützigkeit in solch einem Fall nicht schnell und flexibel möglich, da es rechtlich gesehen zu viele Wechselwirkungen und Abhängigkeiten gibt, die sich nicht spontan auflösen lassen. Das Gemeinnützigkeitsrecht ist institutionell als Gesamtkonzept ausgestaltet und stellt den Träger einer Einrichtung bei Aufnahme seiner Betätigung vor die Wahl, gemeinnützig oder privat-gewerblich tätig zu werden. Hat man sich für eine gemeinnützige Betätigung entschieden, bleibt später als Weg aus der Gemeinnützigkeit nur die Option, Ausgründungen anzustreben, die aber z.B. wegen der Problematik des Verlustausgleichs, der Vermögensverwendung und getrennter Buchführung mühsam mit dem Konzept der Gemeinnützigkeit verbunden werden müssten.

Der dauerhafte Erhalt des Nebeneinanders macht zudem deutlich, dass eine völlige Systemumstellung auf privat-gewerbliche Anbieter mit einer sachleistungsbezogenen Förderung politisch nicht gewollt sein kann oder wirtschaftlich nicht durchführbar ist. Eines der stärksten Argumente in dieser Debatte ist der Erhalt der Einbeziehung ehrenamtlichen Engagements und die Wahrnehmung der besonderen Anforderungen der Kunden im sozialen Sektor. Aus diesem Grund ist es notwendig, eine Marktordnungsform zu finden, in der die unterschiedlichen Träger mit unterschiedlichen Systemlogiken fair miteinander im Wettbewerb stehen können.

Selektivität der steuerlichen Begünstigung

Bei Aufnahme einer Tätigkeit in Deutschland kann sich ein Unternehmer oder Träger entscheiden, dies gemeinnützig oder gewerblich zu tun. Mit der Entscheidung für die Gemeinnützigkeit kommen die Regelungen des Steuerrechts zur Anwendung, die für alle gemeinnützigen Organisationen gelten. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Frage stellen, ob und inwieweit das Argument der Selektivität der Begünstigung ausgeschlossen werden kann. Die grundsätzliche Festlegung kann die Selektivität späterer Steuererleichterungen jedoch nicht ausschalten. Die Regelungen zur Befreiung im Steuerrecht knüpfen an bestimmte Voraussetzungen an, die zur Sonderbehandlung für einzelne Steuerpflichtige führen. So beruht die Befreiung von der Gewerbesteuer z.B. nicht darauf, ob die

Betätigung in Form eines Gewerbebetriebes durchgeführt wird, sondern darauf, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht. Das heißt, treten zwei Steuerpflichtige durch ihren Gewerbebetrieb in einen Wettbewerb und bieten am Markt eine aus Nachfragesicht vergleichbare Leistung an, liegt Selektivität vor, sobald ein Steuerpflichtiger eine Steuerbefreiung erhält, der andere jedoch nicht. Es überzeugt daher nicht, hier die Selektivität mit dem Argument auszuschließen, dass ein Gewerbetreibender sich anfangs für das ein oder andere System zu entscheiden habe.

Die Diskussion wurde moderiert von Prof. Dr. Georg Cremer.

V. Bericht über die Podiumsdiskussion „Gemeinnützigkeit und die europäische Wettbewerbs- ordnung – ein unlösbarer Zielkonflikt?“

1. Kurzstatements der Podiumsteilnehmer

Dr. Wolfgang Teske, Vizepräsident des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland

Das sogenannte Gemeinnützigkeitsprivileg ist mehr als ein steuerrechtlicher Tatbestand. Es ist Teil der kulturellen Identität in Deutschland und in dieser Funktion auch von der europäischen Ebene zu respektieren. Ohne die Begünstigung gemeinnützigen Handelns ist auch kein bürgerschaftliches Engagement denkbar. Es ist zudem kein deutsches Phänomen, wie zahlreiche Untersuchungen inzwischen nachgewiesen haben.

Die Gemeinnützigkeit steht als System gleichberechtigt neben dem der Gewerblichkeit und hat sich – gerade mit Blick auf die Auswirkungen der aktuellen Finanzmarktkrise – in bestimmter Hinsicht sogar als überlegen herausgestellt.

Der Zielkonflikt mit dem europäischen Beihilferecht ist lösbar, beispielsweise durch eine entsprechende Freistellung von der beihilferechtlichen Notifizierungspflicht. Dabei sollte nicht der gesamte Bereich der Erbringung sozialer Dienstleistungen mit allen Finanzierungsmodalitäten ausgenommen werden, sondern gezielt das Gemeinnützigkeitsrecht mit seinen positiven wie negativen Auswirkungen für denjenigen, der innerhalb dieses Systems agiert. Durch eine solche Freistellungsverordnung würde mehr Rechtssicherheit geschaffen werden.

Jörg Freese, Beigeordneter des Deutschen Landkreistages, zuständig für die Bereiche Jugend und Familie, Bildung, Kultur und Gesundheit

Aus kommunaler Sicht ist es zunächst entscheidend, dass Leistungen für das Gemeinwesen erbracht werden, und dies unabhängig von der Frage, ob der Anbieter kommunal, gemeinnützig oder gewerblich organisiert tätig ist. Entscheidend sind vielmehr die Qualität und Effizienz der Leistung.

Die Veränderung der heutigen Strukturen durch die Förderung des Wettbewerbs bedeutet einen umfassenden Systemumbau mit kaum kalkulierbarem Risiko für die Daseinsvorsorge in Deutschland. Das kommunale Interesse liegt daher stark

im Erhalt der bestehenden Strukturen, in denen bereits jetzt bestimmte marktwirtschaftliche Elemente wirken, wie z.B. der Wettbewerb der Träger der Freien Wohlfahrtspflege untereinander und mit privaten wie kommunalen Anbietern. Gemeinnützigkeit und Gewerblichkeit sollten nebeneinander bestehen können, vergleichbar dem „Drei-Säulen-Modell“ im Bankensektor – mit Privatbanken, genossenschaftlichen Banken und öffentlichen Sparkassen.

In diesem Sinne ist es als erster Schritt notwendig, dass Bund, Länder und Kommunen gemeinsam herausarbeiten, wie die europäischen Rahmenbedingungen im deutschen Interesse ausgeformt sein sollten. Hier sollte der Bund mit entsprechenden Forderungen gegenüber der Europäischen Kommission nicht zu zurückhaltend sein. Die Definition gemeinsamer Interessen sollte unter Beteiligung der Kommunen, der Freien Wohlfahrtspflege und der privaten Anbieter erfolgen.

Dr. Stephan Schauhoff, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Kanzlei Flicke Gocke Schaumburg, Bonn

Im Ergebnis international rechtsvergleichender Untersuchungen zu den Gemeinnützigkeitsregelungen hat sich bereits deutlich gezeigt, dass die Definition des Gemeinnützigkeitsbegriffs nicht nur europaweit weitgehend übereinstimmend ist, sondern auch in anderen Kulturkreisen wie z.B. China auf vergleichbaren Grundlagen beruht. China baut derzeit sein Regelungssystem für die Gemeinnützigkeit aus. Der Katalog der als gemeinnützig anerkannten Tätigkeiten deckt sich – mit Ausnahme der Förderung religiöser und staatsbürgerlich orientierter Aktivitäten – im Grunde mit dem des deutschen Rechts.

Eine Erklärung dafür ist, dass jede Rechtsordnung Regelungen vorsehen sollte, mit denen das bürgerschaftliche Engagement, also Spendentätigkeit und Vereinsarbeit oder die Unterstützung sozialer Dienste, erhalten und gefördert werden. Das ist für den Zusammenhalt jeder Gesellschaft unerlässlich.

Unbestritten ist andererseits auch, dass kommerzielle Unternehmen Wettbewerb gegenüber gemeinnützigen Anbietern entwickeln, und zu klären bleibt, was die steuerliche Begünstigung derselben Tätigkeit durch den gemeinnützigen Anbieter gegenüber dem steuerpflichtigen Wettbewerber rechtfertigt. Alten- und Pflegeheime werden als gemeinnützige und steuerpflichtige Einrichtungen betrieben. Mit Blick auf die Entstehung des Gemeinnützigkeitsrechts aus praktischen Erfordernissen heraus, geht es um die Abgrenzung, welche sozialen Dienste heute noch steuerbegünstigt bleiben können und an welcher Stelle es keine Rechtfertigung für eine Privilegierung mehr gibt.

Diese Abgrenzung liegt zum Teil in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers, zum Teil in den Händen der Steuerverwaltung. Beispielhaft ließe sich der Bereich des Rettungswesens herausgreifen, in dem die Wohlfahrtsverbände es schaffen, in erheblichem Maße ehrenamtlich tätige Rettungssanitäter zu mobilisieren, und damit eine flächendeckende Versorgung sicherstellen. Würde das System auf rein gewerbliche Anbieterstrukturen umgestellt, könnte die Versorgung lückenhaft werden. Dennoch hat der Bundesfinanzhof die Steuerbefreiung für das Rettungswesen wegen der gleichartigen Tätigkeit infrage gestellt.

Bedarf für ein europäisches Gemeinnützigkeitsrecht gibt es wegen der historisch bedingten unterschiedlichen Entwicklung des Gemeinnützigkeitswesens in den einzelnen Mitgliedstaaten in Europa nicht. Zudem hätte Brüssel nur einen Ansatzpunkt für die Regelung, wenn wettbewerbliche Beeinträchtigungen drohen. Die Nationalstaaten sollten definieren, in welchem Umfang sie in den klassischen Gemeinnützigkeitsbereichen gesellschaftliche Aktivitäten fördern und steuerfrei stellen wollen. Letztlich bedarf es einer politisch zu treffenden Abwägungsentscheidung, ob dem Gedanken der wettbewerblichen Gleichbehandlung oder der Förderung des bürgerschaftlichen Engagements im jeweiligen Einzelfall die höhere Bedeutung zukommen soll. Die Herstellung der Wettbewerbsgleichheit wird mit der Eindämmung bürgerschaftlichen Engagements in Grenzbereichen erkaufte, weil bei der Wertung einer Aktivität als steuerpflichtig deren Mitfinanzierung durch ehrenamtliche Arbeit, Spenden oder Zuschüsse unmöglich gemacht wird.

Herbert Mael, Geschäftsführer des Bundesverbandes der privaten Anbieter sozialer Dienste e.V. (BPA)

Rückblickend ist festzustellen, dass es vor drei Jahren noch keine Diskussion über die Unterscheidung zwischen privaten und gemeinnützigen Anbietern in der Form gab, wie sie heute geführt wird. Es wurde lediglich zwischen gewinnorientierten Unternehmen und der Wohlfahrtspflege als nicht gewinnorientiert unterschieden. Diese Trennung hat sich nunmehr erledigt, da auch die Wohlfahrtspflege wirtschaftlich und damit gewinnorientiert handeln muss. Die Wohlfahrtspflege sollte deshalb bei vergleichbaren Leistungen auch unter vergleichbaren Bedingungen arbeiten, vor allem ihre staatliche Förderung transparent machen und keine Sonderbehandlung erfahren. Andernfalls bedarf es einer Klarstellung, die die Sonderbehandlung einzelner Marktteilnehmer in bestimmten Segmenten rechtfertigt.

Mit Blick auf die Sonderstellung der gemeinnützigen Seite beim Spendenprivileg lässt sich nur für Sachspenden ein Grund feststellen, denn Zeitspenden von ehrenamtlichen Helferinnen und Helfern beschränken sich heute nicht mehr nur auf den Bereich der Wohlfahrtspflege.

Als weiteres Beispiel für eine bevorzugte Behandlung der Freien Wohlfahrtspflege mag dienen, dass alle Vergütungen der Kunden für Leistungen in Seniorenresidenzen der privaten Anbieter nach geltendem Recht grundsätzlich der Umsatzsteuerpflicht unterliegen. In Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege sind diese Leistungen per se privilegiert. Der Preisvorteil liegt bei 19 % und kann im Zweifel über den Marktzutritt eines Anbieters entscheiden.

2. Diskussionsverlauf und wesentliche Ergebnisse

Im Anschluss an die Kurzstatements der Podiumsteilnehmer wurde die Diskussion für Fragen und Anmerkungen aus dem Publikum geöffnet. Die wesentlichen Ergebnisse der Diskussion lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung von Steuervorteilen im Bereich der Umsatzsteuer

Für die Umsatzsteuer gilt die europäische Umsatzsteuerrichtlinie. Vorausgesetzt, diese wird in den EU-Mitgliedstaaten korrekt umgesetzt und angewendet, gibt es keine Kollision mit dem europäischen (Beihilfe-)Recht, wie im einleitenden Vortrag bereits ausgeführt wurde.

§ 4 Nr. 18 UStG dürfte nahezu die letzte Norm im deutschen Umsatzsteuerrecht sein, die noch entsprechend dem europäischen Recht ausgerichtet und umgestaltet werden muss. Für den Bereich der Krankenhäuser, Pflegeeinrichtungen und ähnlichen Einrichtungen ist eine entsprechende Gesetzesänderung mit den aktuellen Jahressteuergesetzen bereits erfolgt. Insofern ist die Debatte an dieser Stelle überholt.

Wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung von Steuervorteilen im Bereich der Ertragsteuern

Im Bereich der Ertragsteuern, wie Körperschaft- oder Gewerbesteuern, ist auf europäischer Ebene bislang keine Harmonisierung erfolgt. Ansatzpunkt für die Debatte war, welches Ausmaß die Begünstigung durch den Steuervorteil eines

gemeinnützigen Anbieters und damit die Wettbewerbsrelevanz tatsächlich hat, wenn das Gebot der zeitnahen Reinvestition der Überschüsse, das Gewinnentnahmeverbot bzw. Mittelverwendungsgebot sowie das Verbot der Quersubventionierung zu beachten sind. Verglichen mit diesen Anforderungen ist ein gewerblicher Unternehmer dem gegenüber frei, seine Gewinne für z.B. die Erweiterung seines Geschäftsfeldes auf weitere gewinnträchtige Tätigkeiten einzusetzen. Das entspräche mit Blick auf die Finanzströme einer Quersubventionierung, die einem gemeinnützigen Anbieter nicht erlaubt ist. Betrachtet man konsequenterweise die Relevanz der ertragsteuerlichen Befreiungen für Gemeinnützige in der Summe als unerheblich, kann keine Wettbewerbsverzerrung eintreten. Somit stellt sich die Frage, inwieweit das Gemeinnützigkeitsrecht in Deutschland tatsächlich zu Marktzutrittsschranken führt. Das müsste für jeden Sektor einzeln volkswirtschaftlich bewertet werden. Nach Ansicht der überwiegenden Zahl der Teilnehmer greift diese Argumentation zu kurz und bietet nicht die gewünschte Rechtssicherheit.

Ein weiterer Aspekt hat sich aus der Entscheidung im Verfahren AWO SANO GmbH ergeben. Das Argument der Unwirtschaftlichkeit, welches in dieser Entscheidung ins Feld geführt wurde, spricht zwar für die Zulässigkeit staatlicher Zuschüsse, gibt aber ebenfalls keine ausreichende Rechtssicherheit für die Zukunft. Es liegt, wie auch schon mehrfach betont, in der Natur der Sache, dass ein Gemeinnütziger nicht dauerhaft defizitär wirtschaften kann.

Eine Lösung böte sich nur, wenn im ertragsteuerrechtlichen Bereich differenziert würde. Heute knüpft die Ertragsteuerprivilegierung – nicht nur in Deutschland – an die Rechtsform des Anbieters an. Die Tätigkeiten einer Einrichtung mit einer einheitlichen Rechtsform sind in der Praxis aber sehr vielfältig, einige ertragreich, andere nicht. Zusätzlich entsteht auch immer wieder Bedarf für neue Betätigungsfelder, auf den die Träger mit neuen Hilfsangeboten und Diensten reagieren müssen, um die Versorgung nutzerorientiert sicherzustellen. Insofern könne sich nur eine Differenzierung nach den verschiedenen Betätigungsfeldern und nicht nach der Rechtsform empfehlen. In welcher Form eine Unterscheidung der einzelnen Bereiche vorgenommen werden könnte, wurde nicht diskutiert.

Abgrenzung des Zweckbetriebs im Verhältnis zu den „Altmark-Trans“-Kriterien

"

Juristisch gesehen gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Abgrenzung des steuerbegünstigten vom nicht steuerbegünstigten Bereich vorzunehmen, z.B. im § 66 oder § 68 AO oder bei der Rechtfertigungsprüfung im europäischen Beihilferecht. Anknüpfend daran stellte sich die Frage, wo die Rechtfertigung der Steuer-

begünstigung zu diskutieren sei und ob die Europäische Kommission – mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Traditionen – hier überhaupt eine sachgerechte Abgrenzung im Einzelfall vornehmen könne.

Nach dem deutschen Recht finden Steuervorteile für Gemeinnützige ihre Begründung in der Idee, dass von diesen Unternehmen Vorteile für das Gemeinwohl oder Gemeinwesen erzeugt werden. Wenn man die Rechtfertigung der Privilegierung an dieser Voraussetzung festmachen wollte, müsste im Einzelfall geprüft werden, welche Gemeinwohlvorteile konkret geschaffen werden. Im Kern ist zu klären, wie man bei der konkreten praktischen Erbringung der Dienstleistung den Unterschied zwischen der Versorgung durch einen gemeinnützigen und einen privaten Anbieter definieren kann. Mögliche Argumente für die Rechtfertigung könnten z.B. in der Einbindung ehrenamtlicher Kräfte, der weltanschaulichen Bindung oder der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht der gemeinnützigen Anbieter liegen.

Von zentraler Bedeutung für die Abgrenzung der steuerlich begünstigten und nicht begünstigten Betätigungen ist im deutschen Steuerrecht – wie bereits erörtert – der Begriff des Zweckbetriebs. Die Abgrenzung nach der Definition, dass der „Wettbewerb nicht mehr als unvermeidlich“ beeinträchtigt werden darf, ist im Einzelfall aber wenig hilfreich, wie folgende Beispiele zeigen: Die Zweckbetriebseigenschaft beschränkt sich beim Sammeln von Altkleidern lediglich auf die Ausgabe der Kleidung an bedürftige Personen. Damit verbundene vorhergehende oder nachfolgende Tätigkeiten sind voll steuerbar. Beim Blutspendedienst ist das Einsammeln steuerlich begünstigt. Das Verarbeiten von Blut in bestimmten Stufen kann inzwischen nicht mehr begünstigt werden, da es ausreichend Anbieter in der pharmazeutischen Industrie gibt.

Um die nötige Rechtssicherheit und Gleichbehandlung zu erreichen, ist der gesetzliche Katalog der Zweckbetriebe in den letzten Jahren immer detaillierter und umfangreicher geworden. Für jede der genannten Betätigungen hat der Gesetzgeber die Wertentscheidung getroffen, ob mehr Wettbewerb als vermeidbar eintritt. Der gesetzgeberischen Entscheidung gehen oft Verfahren in der Finanzverwaltung oder Erlasse der Oberbehörden voraus, bis es zur Rechtserkenntnis in Form einer politischen Entscheidung für die Aufnahme eines neuen Tatbestandes in den Katalog kommt.

Diese politische Wertentscheidung könnte auch ein Argument für eine Rechtfertigung auf der europäischen Ebene sein. Eine Übertragung dieser Rechtserkenntnis und dieses Mechanismus zur Definition eines europäischen Gemeinnützigkeits-

rechts dürfte allerdings schwer möglich sein und sich im Hinblick auf den Entwicklungsstand in anderen Ländern eher nachteilig auswirken, da das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht im Vergleich zu anderen Staaten in der Europäischen Union sehr weit entwickelt ist.

Die Abwägung, welche Betätigung als steuerbegünstigter Zweckbetrieb nach dem deutschen Recht „gerechtfertigt“ ist, entspricht auf der europäischen Ebene der Abwägung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Der EuGH hat diese Norm bereits mit der „Altmark-Trans“-Entscheidung, die Europäische Kommission mit der Freistellungsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen zu den gemeinwohlorientierten Diensten versucht zu rationalisieren.

Legt man die Maßstäbe der „Altmark-Trans“-Entscheidung an das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht an, findet sich jedoch kein befriedigendes Ergebnis. Denn gesetzliche Regelungen oder Versorgungsverträge, die den Betrauungsakt im Sinne der europäischen Vorgaben ausmachen, dienen gemeinnützigen wie gewerblichen Dienstleistern gleichermaßen als Vertragsgrundlage. Auch lässt sich die nach der „Altmark-Trans“-Entscheidung erforderliche Festlegung von Parametern zur Berechnung der staatlichen Zuwendung im Voraus nicht mit der Berechnung des Steuervorteils infolge der Ex-post-Anerkennung der Gemeinnützigkeit in Einklang bringen.

Einzig die Voraussetzung der Gemeinwohlorientierung einer Betätigung bietet einen Ansatzpunkt zur Rechtfertigung der steuerlichen Privilegierung. Im Ergebnis des AWO-SANO-Verfahrens legte die Bundesregierung einen Kriterienkatalog für Familienferienstätten vor, mit Hilfe dessen sich die Gemeinwohlorientierung solcher Einrichtungen ermitteln lasse. Um derartige Kriterien zur Grundlage einer Argumentation für die Rechtfertigung der Begünstigung zu machen, müsste für jeden Bereich der sozialen Dienste ein gesonderter Katalog erarbeitet werden. Auch wenn es sich nicht um Einzelfallregelungen, sondern immer um Kriterien für einen bestimmten Bereich der sozialen Dienste handeln würde, brächte diese Lösung nicht die gewünschte Rechtssicherheit für die Zukunft mit sich.

Gemeinnützigkeit als Ausnahmetatbestand des Art. 87 Abs. 3 b) oder d) EG-Vertrag zur Förderung eines europäischen oder kulturellen Interesses

Der Gemeinnützigkeitsgedanke kommt in allen europäischen Rechtsordnungen vor, sodass sich darin möglicherweise ein „gemeinsames europäisches Interesse“ erkennen ließe. Der aus dieser Überlegung resultierende Vorschlag, den ideellen Zweck einer gemeinnützigen Betätigung in den Vordergrund zu stellen und

unter die Ausnahmeregelungen des Art. 87 Abs. 3 b) oder d) EG in direkter oder analoger Anwendung zu fassen, wurde in der Diskussion allerdings abgelehnt. Die Regelung als Ausnahmetatbestand ließe die Überprüfung und Bewertung des Steuervorteils an sich vollständig entfallen.

Dem steht aber klar das Interesse entgegen, die Steuervorteile im Einzelfall zum Gegenstand der Prüfung zu machen, um sicherzustellen, dass nur die notwendigen gemeinwohlorientierten Kosten durch staatliche Mittel kompensiert werden und keine Marktabschottung erfolgt.

Bedarf für eine europäische Regelung des Gemeinnützigkeitsrechts

In Europa gibt es verschiedene Kulturen und nationale Besonderheiten, sodass sich die Frage stellt, wo im Rahmen der europäischen Integration eine Vereinheitlichung notwendig wird und wo es sich um regionales oder nationales Brauchtum handelt. Als Veranschaulichung für die Diskussion sollten der Verweis auf den Karneval in Deutschland und der Stierkampf in Spanien dienen. Beide werden zur Förderung des Gemeinwohls im jeweiligen Land anerkannt.

Die Notwendigkeit einer europäischen Regelung zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen den einzelnen nationalen Gesellschafts- und Wirtschaftssystemen ergibt sich in diesem Falle aber nicht. Eine entsprechend weitgefassete europäische Regelung würde an dieser Stelle eher Rechtsunsicherheit erzeugen. Die Rechtsprechung des EuGH im Steuerrecht führt bereits jetzt schon zu schwer verständlichen Formulierungen. Es macht keinen Sinn, jede Abgrenzungsfrage, welche Tätigkeiten unter das Gemeinnützigkeitsprivileg fallen, auf die europäische Ebene zu verlagern. Zudem birgt eine europäische Regelung, auch wenn sie nur Maßstäbe für den gemeinnützigen Sektor vorgibt, zugleich die Gefahr, dass sie als Referenzrahmen für die Definition gemeinnütziger Betätigung auch an anderer Stelle herangezogen wird. Das wäre wiederum eine sehr weitgehende und daher bedenkliche Harmonisierung im Bereich des Steuerrechts.

Freistellung vom allgemeinen Notifizierungsgebot für gemeinnützige Dienste mittels einer europäischen Verordnung

Der Erlass einer Freistellungsverordnung zur Befreiung von der Notifizierungspflicht für Beihilfen, ähnlich der Gruppenfreistellung der Netzwerkindustrien wie Energie, Telekommunikation etc., wurde ebenfalls als möglicher Weg über die Rechtfertigungsebene diskutiert. In Abhängigkeit von der politischen Durch-

setzbarkeit wäre die Beschränkung auf steuerrechtliche Vorteile empfehlenswert. Das würde keine umfassende, europäische Gemeinnützigkeitsregelung erfordern, auch wenn man sich allerdings grundlegend schon über ein europäisches Gemeinwohl- oder Daseinsvorsorgekonzept verständigen müsste, in dem allgemeine Aspekte oder bestimmte Elemente festgeschrieben wären. Denn die Forderung nach einer Freistellungsverordnung setzt voraus, sich über die Abgrenzung der freizustellenden von den dem Beihilferecht unterliegenden Tatbeständen klar zu sein.

Die Erwägungen müssen plausibel und nachvollziehbar sein und sollten in ihrem Inhalt nicht von der Europäischen Kommission, sondern von den Akteuren, die sich in ihrer täglichen Arbeit damit auseinandersetzen, vorgegeben werden. Ziel ist, die Funktion des Gemeinnützigkeitsrechts zu sichern, angesichts der Vorteile und Lasten für die Anbieter.

Parallel dazu ist zu klären, auf welcher Kompetenzgrundlage eine solche Regelung geschaffen werden kann bzw. geschaffen werden sollte. Die Frage stellt sich sowohl in steuerrechtlicher Hinsicht wie auch mit Blick auf die Sozialpolitik.

Die Diskussion wurde moderiert von Dr. Tobias Traupel.

3. Zusammenfassung der Diskussionsergebnisse

Dr. Traupel fasste die Diskussion zusammen:

Es gibt ein europäisches Gesellschaftsmodell. Hierzu zählen auch die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten, die weitgehend übereinstimmende institutionelle Garantien für gemeinnützige Einrichtungen und Unternehmen vorsehen.

Es gibt daneben aber auch unzweifelhaft die europäische Wettbewerbsordnung. Die vom EuGH aufgestellten „Altmark-Trans“-Kriterien lassen sich nicht ohne Weiteres auf die beihilferechtlich relevanten Aspekte des Gemeinnützigkeitsstatus anwenden, sodass zuverlässige Kriterien für die Vereinbarkeit von Gemeinnützigkeit und Wettbewerbswirtschaft fehlen.

Es verbleibt somit ein Abwägungsproblem, das man nur auf der Einzelfallebene lösen kann oder, wenn man es denn tatsächlich systematisieren will, neuer Überlegungen und Lösungsvorschläge bedarf.

Ein Ansatz könnte möglicherweise eine Freistellungsverordnung sein. Das Initiativrecht dazu hat die Europäische Kommission. Sie müsste Kriterien entwickeln, die es beihilferechtlich erlauben, Einrichtungen und Unternehmen unter Berücksichtigung der von ihnen zu tragenden Lasten diskriminierungsfrei und wettbewerbsneutral den Gemeinnützigkeitsstatus zu verleihen. Das legitime Existenzrecht gemeinnütziger Organisationen könnte damit dauerhaft gesichert werden.

VI. Schlussworte von Prof. Dr. Georg Cremer

Heute haben wir einige Diskussionen der letzten Jahre hinter uns gelassen: So haben wir nicht noch mal grundsätzlich infrage gestellt, ob gemeinnützige Dienstleistungserbringer Unternehmen sind oder ob die Grundfreiheiten des Binnenmarkts auch im Sozialbereich zu respektieren sind.

In unserer Aussprache hat sich ein gewisser Konsens gezeigt, die nationalstaatliche Kompetenz zur Gestaltung der Märkte sozialer Dienstleistungen und zur Definition von Qualitätsstandards erhalten zu wollen und nicht das Heil in einer europaweiten Harmonisierung zu sehen.

Angesichts unserer Diskussion denke ich, dass wir in Deutschland eine fundierte ordnungspolitische Debatte darüber brauchen, wie die Märkte sozialer Dienstleistungen in Zukunft gestaltet werden sollen. Diese Debatte muss den europarechtlichen Rahmen berücksichtigen. Wir brauchen aber diese Debatte auch unabhängig von den europapolitischen und europarechtlichen Bezügen. Ein leistungsfähiger Wettbewerb ergibt sich nicht willkürlich, sondern er muss gestaltet werden, und diese Gestaltung ist eine öffentliche Aufgabe. Sämtliche Fragen zur Qualitätssicherung und zum Wunsch- und Wahlrecht der Nutzer/innen müssen sich in den Rahmenbedingungen der Märkte sozialer Dienstleistungen wiederfinden. Dazu gehört die Gestaltung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses in einer Weise, die mit den Grundfreiheiten des Binnenmarkts kompatibel ist. Es täte uns gut, in dieser Debatte stärker die institutionenökonomischen Aspekte zu berücksichtigen: Die Nutzer sozialer Dienstleistungen weisen eine besondere Schutzbedürftigkeit auf, es bestehen hohe Informationsasymmetrien zwischen Nutzer/innen und Anbietern. Bei vielen Dienstleistungen ist der Nutzer Koproduzent der Leistung, es hängt immer auch von der Mitwirkungsbereitschaft des Klienten ab, ob eine soziale Dienstleistung gelingt. Aus all diesem ergeben sich besondere Anforderungen für die Gestaltung der Dienstleistungsmärkte.

Wir haben es mit Märkten zu tun, in denen Anbieter mit unterschiedlichen Systemeigenschaften aktiv sind, privat-gewerbliche und gemeinnützige Träger. Es ist keine sinnvolle Option, für beide Anbietergruppen getrennte Bereiche zu schaffen, d.h. eine ausschließlich gewerblich organisierte Dienstleistungsproduktion und eine ausschließlich gemeinnützige Dienstleistungsproduktion. Ziel muss es sein, dass beide gemeinsam unter möglichst fair gestalteten Wettbewerbsbedingungen qualitativ gute Dienste anbieten können.

Natürlich stellt sich die Frage, ob Marktzutrittsschranken einen fairen Wettbewerb unmöglich machen. Notwendig ist, dass die Kompetenz auf Ebene der Mitgliedstaaten erhalten bleibt, verbindliche Qualitätsstandards zu definieren. Die Freie Wohlfahrtspflege steht in Konkurrenz zu privat-gewerblichen Anbietern, auch zu Anbietern aus anderen Mitgliedsländern der Europäischen Union. Den Wettbewerb mit Anbietern aus anderen Ländern brauchen wir nicht zu fürchten, wenn sie sich den nationalstaatlich definierten Qualitätsstandards unterwerfen.

Wir haben über die Förderung der Träger sozialer Dienstleistungen durch den Staat gesprochen und die mögliche Charakterisierung als Beihilfen. Bei direkten Zuwendungen hat die Anwendung der Monti-Kriterien durchaus ihre Berechtigung, auch wenn zum Teil schwierige administrative Fragen damit zu lösen sind. Wir haben die Umsatzsteuerproblematik behandelt und die Frage, wieweit daraus eine Wettbewerbsverzerrung resultiert. Die Diskussion hat sich auf die Körperschaftsteuerbefreiung fokussiert. Sie erhält ihre Rechtfertigung meines Erachtens aus den über die Dienstleistungserbringung hinaus gehenden Aufgaben der Wohlfahrtspflege; sie ist zwingend verbunden mit dem Gewinnausschüttungsverbot, das wiederum eine unverzichtbare Voraussetzung dafür ist, Solidarität in Form von Spenden zu generieren.

Nicht angemessen ist es, die Bedeutung der Körperschaftsteuerbefreiung für gemeinnützige Organisationen mit dem Argument in Abrede zu stellen, Einrichtungen der Wohlfahrtspflege würden grundsätzlich keine Überschüsse erwirtschaften. Wenn dem so wäre, würde die Freie Wohlfahrtspflege nicht mehr am Markt teilnehmen. Denn die stärker wettbewerbliche Gestaltung der Erbringung sozialer Dienstleistungen hat auch die unternehmerischen Risiken der gemeinnützigen Träger erhöht. Der gemeinnützige Anbieter in der Altenhilfe ist genau wie ein privat-gewerblicher Träger Belegungsrisiken ausgesetzt. Diese Risiken sind von gemeinnützigen Trägern nur zu tragen, wenn sie ausgeglichen werden, wenn Überschüsse erwirtschaftet werden.

Spannend ist jetzt die Frage – und die blieb heute offen – wie das Gemeinnützigkeitsrecht in seiner Substanz europarechtlich abgesichert und wie dies am besten in der politischen Landschaft der Europäischen Union gestaltet werden kann. Ich glaube, wir sind übereinstimmend zu der Ansicht gekommen, dass die Monti-Kriterien in ihrer derzeitigen Fassung im Hinblick auf den steuerlichen Aspekt, insbesondere auf die Ertragsteuern, noch nicht angemessen sind. Wir haben über eine Weiterentwicklung der Monti-Kriterien ebenso gesprochen wie über eine diesbezügliche Freistellung von der Notifizierungspflicht.

Als letzten Punkt möchte ich den Aspekt der Kommunikation ansprechen. Wir sind bemüht, mit Entscheidungsträgern in Brüssel ins Gespräch zu kommen. Das gelingt auch. Wieweit es allerdings dann gelingt, die deutsche Situation zu vermitteln, ist eine andere Frage. In meinen Gesprächen merke ich, dass es ein mühsames Unterfangen ist, das System des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses zu vermitteln, gerade gegenüber Politikern, die aus Ländern kommen, in denen die Erbringung sozialer Dienstleistungen sehr stark etatistisch geprägt ist. In ihrer Denkweise ist schon eine Ausschreibung ein enormer Gewinn an zivilgesellschaftlicher Beteiligung, da sie bewirkt, dass es nicht allein der Staat ist, der eine soziale Dienstleistung erbringt.

Die ordnungspolitisch fundierte Vermittlung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses als System der Sicherung von Wahlrechten der Nutzer oder Weiterentwicklungen wie dem „Persönliche Budget“ werden uns helfen, in Brüssel zu der für uns notwendigen Offenheit für die deutsche Situation beizutragen. Je stärker wir das auf der Grundlage eines Bekenntnisses zu den Grundfreiheiten des Binnenmarktes tun, deren Verteidigung die Aufgabe der Europäischen Kommission ist, desto erfolgreicher werden wir nach meinem Dafürhalten sein.

Derzeit wird die Kommission sehr wahrscheinlich bei der Verteidigung des Binnenmarktes größere Sorgen haben als wettbewerbsrechtliche Fragen bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen. Ich denke an die Gefahr eines neuen Protektionismus infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise. Aber wir sollten die Zeit nutzen, um eine ordnungspolitisch und europarechtlich wie europapolitisch fundierte Position zu entwickeln. Denn wir können uns nicht sicher sein, dass alles einfach so bleiben wird, wie es ist.

Mein Dank gilt Professor Hüttemann für den rechtlichen Auftakt, mit dem er die Grundlage für unsere Diskussion geschaffen hat. Mein Dank gilt Dr. Traupel für die Moderation sowie allen Teilnehmer/innen der Podiumsdiskussion für die sehr konzentrierte, sachliche Debatte.

Ich danke den Mitarbeiter/innen des Deutschen Vereins und des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen für die Vorbereitung des heutigen Tages.

Und ich danke Ihnen für Ihre Teilnahme, für Ihre Zeit und für Ihre sachorientierten Beiträge. Ich danke Ihnen für Ihr Kommen und wünsche Ihnen einen guten Heimweg. Herzlichen Dank!

Referenten- und Autorenverzeichnis

In alphabetischer Reihenfolge:

Cremer, Prof. Dr., Georg

Generalsekretär des Deutschen Caritasverbandes (DCV), Vizepräsident des Deutschen Vereins

Feuß, Manfred

Gruppenleiter im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen

Freese, Jörg

Beigeordneter des Deutschen Landkreistages (DLT)

Hüttemann, Prof. Dr., Rainer

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Steuerrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Mael, Herbert

Geschäftsführer des Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste e.V. (BPA)

Schauhoff, Dr., Stephan

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Flick Gocke Schaumburg, Bonn

Teske, Dr., Wolfgang

Vizepräsident des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche Deutschlands (DW)

Traupel, Dr., Tobias

Gruppenleiter im Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

Herausgeber:
Ministerium für Arbeit, Gesundheit und
Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen
Fürstenwall 25
40219 Düsseldorf
Telefax 0211-855-3211
www.mags.nrw.de
info@mail.mags.nrw.de

Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit
Genehmigung des Herausgebers.

Druck: Hausdruck

Düsseldorf, November 2009

Diese Druckschrift wird im Rahmen der
Öffentlichkeitsarbeit der Landesregierung Nordrhein-
Westfalen herausgegeben. Sie darf weder von Parteien
noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern während eines
Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet
werden. Dies gilt für Landtags-, Bundestags- und
Kommunalwahlen sowie auch für die Wahl der
Mitglieder des Europäischen Parlaments.

Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf
Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der
Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben
parteipolitischer Informationen oder Werbemittel.
Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum
Zwecke der Wahlwerbung. Eine Verwendung dieser
Druckschrift durch Parteien oder sie unterstützende
Organisationen ausschließlich zur Unterrichtung ihrer
eigenen Mitglieder bleibt hiervon unberührt.

Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in
welcher Anzahl diese Schrift dem Empfänger
zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu
einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise
verwendet werden, die als Parteinahme der
Landesregierung zugunsten einzelner Gruppen
verstanden werden könnte.



Ministerium für Arbeit,
Gesundheit und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen

Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf
Fax 0211 855-3211
info@mail.mags.nrw.de
www.mags.nrw.de