

**Prof. Dr. Peter Fischer**

---

## **Die staatliche Förderung des gemeinnützigen Vereinssports ist europarechtskonform**

### **Die Entscheidungen cdx EuG zur den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins und zur Sportförderung in Tschechien sind Marksteine auf dem Weg zu einem sozialen Europa**

#### **I. Das Problem des Wettbewerbs**

Viele Organisationen des Dritten Sektors erbringen entgeltliche Dienstleistungen. Sie sind damit wirtschaftlich – in steuerrechtlicher Terminologie: unternehmerisch – tätig. Im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit sind sie begünstigt. Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft konkurrieren mit privaten Trägern. Ebenso stehen Museen, Kultureinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft in Wettbewerb mit branchengleichen „gewinnorientierten“ Unternehmen. Gemeinnützige Sportvereine, die in Sportvereinszentren die Nutzung von Fitnessgeräten anbieten, nehmen den gewerblichen Konkurrenten Kunden weg. Erbringen diese Vereine ihren Mitgliedern durch den Mitgliedsbeitrag entgeltete Sportdienstleistungen, sieht das Steuerrecht hierin einen steuerbefreiten Zweckbetrieb (§ 65 der Abgabenordnung – AO –). An den Status der Gemeinnützigkeit knüpft die staatliche Sportförderung an. Damit greift der Staat in den Wettbewerb ein und verursacht im ökonomischen Sinne Wohlfahrtsverluste, die einer steuer-, verfassungs- und europarechtlichen Rechtfertigung bedürfen. Auf diesen Interessenkonflikt stellt die in § 65 Nr. 3 AO vorgeschriebene Abwägung ab: Hiernach ist – unter weiteren Voraussetzungen – ein gemeinnütziger Zweckbetrieb gegeben, „wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist“. Vergleichbare Abwägungsprobleme müssen das Verfassungsrecht und das europäische Beihilferecht lösen.

Art. 107 f. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verbieten grundsätzlich die staatliche Förderung von Unternehmen. Nach Art. 107 Abs. 1 VAEU „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Hiervon gibt es zahlreiche Ausnahmen: U.a. kann die EU-Kommission solche „Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen, die der „Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete (die-

nen), soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“ (Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV).

Es war bislang nahezu einhellige Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur, dass es für gemeinnützige Organisationen keine Bereichsausnahme vom europäischen Beihilferegime gibt. Dieses gilt grundsätzlich für den gesamten Dritten Sektor. Auch die Träger der gemeinnützigen Wohlfahrtspflege, argwöhnisch beobachtet von ihren nicht begünstigten Konkurrenten auf den entsprechenden Teilmärkten, sind im Visier der EU-Kommission, die nach den europäischen Verträgen „Hüterin des Wettbewerbs“ ist. Als Beispiel ist die Entscheidung der EU-Kommission zur gemeinnützigen „AWO SANO gGmbH“ zu nennen, die das von der Arbeiterwohlfahrt getragene Familienferiendorf Rerik/Ostsee insbesondere für Familien mit behinderten Kindern betreibt. Ein Hotelier aus der Nachbarschaft hatte sich bei der EU-Kommission darüber beschwert, dass er seine gewerblichen Einkünfte versteuern müsse, während die gGmbH, die vergleichbare Leistungen als Beherbergungsbetrieb anbot, sich „unter dem Deckmantel des Gemeinwohls in die die Steueroase flüchte“, wodurch der Wettbewerb in den Ostsee-Anrainerstaaten auch grenzüberschreitend beeinträchtigt werde. Die EU-Kommission hat 5 Jahre lang geprüft. Das im Jahre 2008 endlich gefundene Ergebnis war, dass die gGmbH mit bürokratischen Rechnungslegungspflichten überhäuft wurde, um die staatliche Förderung auf einen notwendigen Betrag zu begrenzen.

## **II. Der Sachverhalt: Förderung der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins (DAV)**

Mit dem Wettbewerbsproblem haben sich jüngst Gerichte und die EU-Kommission am Beispiel der Kletterhallen des DAV, eines gemeinnützigen e.V., beschäftigt. Dieses hatte in Berlin eine Kletterhalle im Wesentlichen zur Nutzung durch seine Mitglieder erstellt. Mit diesem gemeinnützigen Zweckbetrieb (§ 65 AO) ist er steuerlich begünstigt. An den Status als gemeinnützig knüpft die Sportförderung durch das Land Berlin an. Dieses vermietete dem Verein ein Grundstück zu einem weit unter dem Marktpreis liegenden Entgelt. Deshalb erhob u.a. ein im demselben regionalen Einzugsbereich – 3 km entfernt – tätiger gewerblicher Betreiber einer Kletterhalle eine auf Art. 107 f. AEUV gestützte Wettbewerbsbeschwerde an die EU-Kommission mit dem Ziel, die nach seiner Auffassung verbotene Beihilfe rückgängig zu machen. Er machte geltend, wegen der Konkurrenzsituation müsse er für sein Kletterzentrum mit einem erheblichen Umsatzeinbruch rechnen. Das Kletterzentrum des DAV könne aufgrund der staatlichen Förderung Eintrittspreise verlangen, die unter dem Marktpreis lägen, so dass dieses Angebot auch für Nichtmitglieder attraktiv sei. Die staatliche Förderung mache private Investitionen wirtschaftlich unattraktiv.

## **III. Die Entscheidung der Kommission zu den Kletterhallen des DAV**

Die EU-Kommission hat die Beschwerde mit Entscheidung vom 5.12.2012 zurückgewiesen. Sie hat die Tätigkeit der DAV-Gruppe als solche beurteilt, „deren Filialen in ganz Deutschland Kletterzentren betreiben und die zudem auch anderweitig gewerblich tätig ist“. Die Kommission äußerte bereits Bedenken, ob alle Tatbestandsmerkmale der Beihilfe im Rechtssinne

vorlägen. Unzweifelhaft erhalte der begünstigte e.V. staatliche Mittel. Die DAV-Gruppe unterhalte jedenfalls insofern ein „Unternehmen“, als sie ihre Hallen auch Nichtmitgliedern gegen Entgelt zur Verfügung stelle. In dieser Hinsicht bestehe zumindest die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung. Die Frage, ob bei Würdigung nur einer einzelnen Kletterhalle der Handel beeinträchtigt sein könnte, blieb ausdrücklich dahingestellt.

Nach Auffassung der Kommission kann die staatliche Förderung, „insofern sie eine staatliche Beihilfe darstellt, nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV als mit dem gemeinsamen Binnenmarkt vereinbar erklärt werden“. Auf dieser Rechtsgrundlage bejahte sie ein „Ziel von allgemeinem Interesse“. Sie führte aus: Die beanstandeten staatlichen Maßnahmen dienten der Förderung des Amateur- und Breitensports und dem Zugang zu den entsprechenden Angeboten. Die Rechtfertigung der Förderung ergebe sich vor allem aus Art. 165 AEUV, der lautet: „Die Union trägt zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion.“ Mit der in Rede stehenden Finanzierung „sollen der Klettersport, damit verbundene pädagogische Tätigkeiten und das gesellschaftliche Leben von Amateursportlern einschließlich Jugendlichen in Vereinen, deren Mitglieder sich auf freiwilliger Basis engagieren, gefördert werden. Außerdem sind die DAV-Sektionen nicht gewinnorientiert und fest in der deutschen Gesellschaft verankert; jeglicher Gewinn wird in den Sport und in Bildungs- und Ausbildungsmaßnahmen investiert.“ Die Beihilfemaßnahme sei ein „erforderliches und geeignetes Instrument“ zur Förderung des Sports. Die öffentliche Kofinanzierung von der Öffentlichkeit zugänglichen Sportanlagen diene „der Behebung eines Marktversagens. Deshalb werden Sportstätten traditionell von den Ländern und Kommunen finanziell unterstützt. Die Bereitstellung solcher Infrastrukturen gilt nach dem deutschen Verwaltungsrecht als Teil der Daseinsvorsorge.“

#### **IV. Das EuG bestätigt die Kommissionsentscheidung zu den Kletterhallen des DAV**

Das EuG führt in seinem Urteil v. 09.06.2016 u.a. aus: Die Kommission habe das Stichwort „Marktversagen“ für entscheidungserheblich gehalten. Der Nachweis eines Marktversagens könne einen maßgeblichen Gesichtspunkt für die Erklärung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt darstellen, sei jedoch keine unentbehrliche Voraussetzung, da der Mitgliedstaat in jedem Fall die Möglichkeit habe, eine Beihilfe mit der Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses zu rechtfertigen. Ungeachtet eines etwa fehlenden Marktversagens könne die Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses – hier: die Förderung der europäischen Dimension des Sports i.S. von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV – die Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV rechtfertigen. Hiervon gehe der angefochtene Beschluss zu Recht aus. Es liege insoweit ein Versagen des Marktes in Deutschland vor, als Sportvereine in der Regel nicht in der Lage seien, mit ihren eigenen Mitteln die Kosten der Sportanlagen zu finanzieren. Die Beihilfe für den DAV sei ein erforderliches und geeignetes Instrument, um das Vorhandensein angemessener Anlagen für den Amateursport in Deutschland sicherzustellen. Die Kommission habe ausdrücklich eingeräumt, dass die Beihil-

ferregelung zu einem Umsatzrückgang bei den Betreibern privater Kletterzentren führen könnte. Sie sei allerdings davon ausgegangen, dass die privaten Betreiber nicht in der Lage wären, dem mit der staatlichen Förderung verfolgten öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen, und dass die Wettbewerbsverzerrung gegenständlich und regional begrenzt sei.

#### **V. Die Entscheidung des EuG zur Förderung von Sportinfrastruktur in Tschechien**

Bereits am 12.05.2016 hatte das EuG eine Entscheidung der EU-Kommission zur staatlichen Förderung von Sportinfrastruktur – z.B. für den Bau und die Erhaltung von Tennisplätzen in der Trägerschaft gemeinnütziger Vereine – als mit europäischem Recht vereinbart erklärt. Die Klägerin Hamr Sport hatte bei der EU-Kommission eine Beschwerde eingereicht mit dem Antrag festzustellen, dass die von der Republik Tschechien den gemeinnützigen Organisationen („*organisations sans but lucratif*“) gewährten Subventionen zum Bau, Betrieb, Unterhaltung, zum Wiederaufbau und dem Ausbau von Sportanlagen europarechtswidrige Beihilfen sind. Gegenstand der Klage war die Entscheidung der Kommission v. 06.06.2014. Das EuG hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen. Die Ausübung des der Kommission nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zustehenden Ermessens setze komplexe wirtschaftliche und soziale Wertungen voraus. Die EU-Kommission habe rechtsfehlerfrei entschieden. Die Kommission habe bei der Prüfung der Geeignetheit der Maßnahme („*l'adéquation de la mesure*“) für die Erreichung des angestrebten Zwecks festgestellt, dass die öffentliche Kofinanzierung einem Marktversagen entgegenwirke. Denn ohne die staatlichen Subventionen gäbe es die Sportanlagen der Vereine nicht. Die Förderung der Sportinfrastruktur entspreche einer langen Praxis der tschechischen Behörden. Die Kommission habe auch die Verhältnismäßigkeit der Förderung bejaht. Die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb liefen nicht dem gemeinsamen Interesse zuwider, zumal es nicht um professionellen oder kommerziellen Sport gehe, sondern um Amateursport für die breite Öffentlichkeit, für Schulen und Behinderte. Die Kommission habe darauf abgehoben, dass die geprüfte Beihilfe schwerpunktmäßig ein lokales und regionales Marktgeschehen betreffe. Ein wirtschaftlich relevanter Wettbewerb mit internationalen Sportstätten finde auch in Grenzregionen nicht statt.

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht wie im Falle der EuG-Entscheidung v. 09.06.2016 (oben IV.) die Umsetzung der in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierten Ziele von allgemeinem Interesse. Sie resümiert: die Förderung des Breitensports in Gestalt des Amateur-, Kinder-, Jugend-, Behindertensports, aber auch die sportliche Repräsentation der Republik Tschechien, die Veranstaltung von Freizeitprogrammen (*activités de loisir*) für Kinder, Jugendliche und Erwachsene, die Vorbeugung von verhaltensbedingten Zivilisationskrankheiten (*maladies liées au mode de vie*), die soziale Integration, die Förderung des Ehrenamtes und der Kampf gegen Drogen und Doping. In der Summe werde der Sport nicht nur als ein in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normiertes Unionsziel gefördert, sondern insgesamt „die physische und psychische Gesundheit“ der Bürger der Republik Tschechien. Die öffentliche Kofinanzierung von Sportanlagen sei geeignet, einem Marktversagen entgegenzuwirken. Die

Förderung der Sportinfrastruktur entspreche einer langen Praxis der tschechischen Behörden. Die Kommission habe auch die Verhältnismäßigkeit der Förderung bejaht.

Das Gericht führt des Weiteren aus: Es gehe hier um Leistungen der Daseinsvorsorge i.S. von Art. 106 AEUV, was auch die Gewährung von Betriebsbeihilfen rechtfertige. Die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb liefen nicht dem gemeinsamen Interesse zuwider, zumal es nicht um professionellen oder kommerziellen Sport gehe, sondern um Amateursport für die breite Öffentlichkeit, für Schulen und Behinderte. Die Kommission habe darauf abgehoben, dass die geprüfte Beihilfe schwerpunktmäßig ein lokales und regionales Markgeschehen betreffe. Ein wirtschaftlich relevanter Wettbewerb mit internationalen Sportstätten finde selbst in Grenzregionen nicht statt. Die geförderten Sporteinrichtungen würden nur vereinzelt für internationale Sportereignisse genutzt. Auch wenn die Tätigkeit der gewinnzweckfreien Organisationen bei den kommerziellen Anbietern zu Gewinnverlusten führen könnten, habe die Kommission bedacht, dass letztere dem gemeinsamen Interesse nicht in derselben Weise dienen könnten wie die subventionierten Träger des Sports, die dem breiten Publikum Dienstleistungen zu erschwinglicheren Preisen anbieten.

## **VI. Betroffen ist der gesamte gemeinnützige Dritte Sektor**

Das Beihilfeproblem betrifft die meisten gemeinnützigen Organisationen des Dritten Sektors. Auch die Träger der Wohlfahrtspflege waren und sind im Visier der staatlichen Wettbewerbshüter und der nicht begünstigten Konkurrenten an den entsprechenden Teilmärkten. Dies zeigt der Fall des von der EU-Kommission geprüfte Feriendorfes AWO SANO (oben I).

Obwohl die Bundesregierung, der Bundesrat und die Spitzenverbände der Wohlfahrtspflege seit langem wiederholt darauf hingewiesen hatten, dass die an die Gemeinnützigkeit geknüpften staatlichen Vergünstigungen keine „eigentliche“ Subvention seien, sondern Ausgleichszahlungen für die dem Regime der Gemeinnützigkeit eigenen Restriktionen wie etwa der Gewinnzweckfreiheit, dem Ausschüttungsverbot und dem Gebot der zeitnahen Verwendung der für ideelle Zwecke gebundenen Mittel, hatte die EU-Kommission auch im Falle AWO SANO eine grundsätzlich verbotene grenzüberschreitend wirksame Beihilfe bejaht. Z.B. hatte Bundesrat in seinem Beschl. v. 27.05.2011 (BR-Drucks. 177/1 [Beschluss]) die besondere Rolle der gemeinnützigen Rechtsträger hervorgehoben: „Zumindest in Deutschland sind die Regelungen über die Gemeinnützigkeit Teil des allgemeinen und für alle Unternehmen geltenden Steuersystems. Eine Bevorzugung von bestimmten Unternehmen liegt damit nicht vor. Es handelt sich um allgemeine steuerrechtliche Vorschriften und nicht um Beihilferegelungen.“ Der Deutsche Städtetag hat gefordert, die von den Kommunen verantworteten Dienstleistungen sollten dann nicht als binnenmarktrelevant eingestuft werden, wenn sie ganz überwiegend für die eigene örtliche Bevölkerung erbracht werden und somit lokale Dienstleistungen sind. Auch wenn es sich dabei um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, wird der europäische Binnenmarkt durch diese Dienstleis-

tungen grundsätzlich nicht berührt. Das europäische Primärrecht erkenne ausdrücklich das Recht auf kommunale Selbstverwaltung an. – Diese Einwendungen führten lange Zeit nicht zum Erfolg.

## **VII. Die „Altmark Trans“-Regeln – vom Monti- zum Almunia-Paket**

Bislang gab es keine Bereichsausnahme für die Leistungen der Daseinsvorsorge in gemeinnütziger Trägerschaft.

Der EuGH hat in seinem Urteil v. 24.3.2007 Rs. C280/00 („Altmark Trans“), das die Übernahme von Verlusten eines defizitären Unternehmen des Personennahverkehrs durch den Landkreis Altmark betraf, Überlegungen zu der – naheliegenden – Frage angestellt, in welchen Fällen bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge („Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ – DAWI) staatliche Leistungen keine Beihilfe i.S. von Art. 107 AEUV sind. Er entwickelt vier Kriterien, bei deren Vorliegen der Ausgleich bei der Erbringung von DAWI schon tatbestandlich keine staatliche Hilfe i.S. von Art. 107 Abs. 1 VAEU darstellt. Solches ist der Fall, wenn

- die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen klar definiert sind,
- die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, objektiv und transparent aufgestellt wurden,
- der Ausgleich lediglich die Kosten und einen angemessenen Gewinn deckt und
- das Unternehmen im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln lässt, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, oder wenn die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen in dem betreffenden Wirtschaftszweig zu tragen hat.

Die hierauf gegründeten Prinzipien wurden als Handreichung für die Praxis im sog. Monti-/Kroes- und später im Almunia-Paket zusammenfasst. Allerdings lösen diese Regularien den Geltungsanspruch der auf die Herstellung eines europäischen Sozialmodells gerichteten Normen des EUV von Lissabon nicht ein. Sie negieren die mitgliedstaatlichen Kontrollmechanismen bei der Verausgabung öffentlicher Mittel und die staatliche Kontrolle der gemeinnützigen Träger durch das Finanzamt und ggfs. die staatliche Stiftungsaufsicht. Die Brüsseler Bürokratie ließ Augenmaß vermissen und übergang den primärrechtlich garantierten „weiten Ermessensspielraum“ der Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung, Erbringung, Finanzierung und Organisation der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) bzw. – in der vom Europäischen Parlament bevorzugten Terminologie – „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SADI). Die komplexen Regularien beruhen auf einer ausschließlich ökonomischen Logik. Das Rechtsgebiet ist immer noch ein Beratungsparadies für hochspezialisierte Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer. Bis in die jüngste Zeit standen die gemeinnützigen Träger „im europäischen Zugwind“ (W. Rainer Walz).

## **VIII. Neue Entwicklungen des europäischen Beihilferechts**

Durch die VO (EU) Nr. 651/2014 (Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO – AGVO) sind bestimmte Maßnahmen der öffentlichen Finanzierung von Sportinfrastruktur freigestellt worden. Die AGVO setzt die Transparenz von Beihilfen und die Begrenzung des sog. Bruttosubventionsäquivalents voraus, was bei durch Spenden finanzierten Organisationen kaum durchzuführen ist. Die umfangreichen Überwachungsmaßnahmen werden nunmehr auf die Ebene der Mitgliedstaaten verlagert. Zu den privilegierten Gruppen staatlicher Maßnahmen zählt auch die Finanzierung von Kultureinrichtungen, Denkmalschutzmaßnahmen, sogenannten lokalen Infrastrukturen sowie von multifunktionalen Sport- und Freizeiteinrichtungen. Allerdings ist die AGVO nicht auf den „normalen“ Sportverein bzw. Sportverband zugeschnitten, sondern auf die Konstellation, dass staatlich geförderte Sportanlagen wie Stadien und Multifunktionsarenen dem Profisport und zugleich dem Breitensport zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden.

Ausdrücklich „in Ergänzung der AGVO“ hat die EU-Kommission in sieben Entscheidungen vom 29.04.2015 die Bedingungen präzisiert, unter denen sich die staatliche Förderung eines „Vorhabens mit rein lokalen Auswirkungen“ nicht auf den Handel innerhalb der EU auswirkt, so dass bereits der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist. Dies ist nach Auffassung der Kommission der Fall, wenn der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet und somit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht. Bei verhältnismäßig kleinen Veranstaltungsorten kann das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ausgeschlossen werden, sofern sie nicht von einem professionellen Sportverein genutzt wird und sofern ihr Einzugsgebiet nicht in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates hineinreicht. Ihre Überlegungen hat die Kommission in der „Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV“ (2016) übernommen.

## **IX. Würdigung der Entscheidungen des EuG**

Vor dem Hintergrund dieser Neuerungen sind die Entscheidungen des EuG v. 12.05.2016 und vom 09.06.2016 zu würdigen.

### **1. Das EuG anerkennt „das Wesen“ der Gemeinnützigkeit**

Dogmatik und Anwendungspraxis des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV sind in Deutschland bislang in einer Weise erörtert worden, die man früher – gendergerecht? – als stiefmütterlich bezeichnet hätte. Angesichts dessen ist es als geradezu sensationell zu bewerten, dass und mit welcher Klarsicht und rechtsbildenden Stringenz die EU-Kommission und ihr im Wesentlichen folgend das EuG bei der Ausübung des ihr zustehenden weiten Ermessens das Proprium der Gemeinnützigkeit als gesamteuropäische Idee entscheidungsleitend herausgearbeitet. Das EuG hebt ab auf die auch aus Art. 132 MwStSystRL bekannten Privilegierungsgründe der Gewinnzweckfreiheit und des Ausschüttungsverbots. Der legitime Dualismus zwischen den begünstigten Zweckbetrieben und deren regulär besteuerten Konkurrenten

wird auch mit Bezug auf den grenzüberschreitenden Wettbewerb betont. Mittels Abwägung werden die als solche erkannten Gemeinwohlverluste durch Beeinträchtigung des Wettbewerbs abwägend hintangestellt. Der legitime Dualismus zwischen den begünstigten Zweckbetrieben und deren regulär besteuerten Konkurrenten wird auch mit Bezug auf den grenzüberschreitenden Wettbewerb betont.

## **2. Folgerungen für den gesamten Dritten Sektor**

Die vom EuG entwickelten Grundsätze haben Geltung für den gesamten gemeinnützigen Dritten Sektor.

Auf zahlreichen Feldern des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens gibt es Entscheidung des Gesetzgebers zu einem Dualismus der Erbringung von Leistungen durch nichtprivilegierte gewerbliche und durch gemeinnützige Träger. Gleichartige Probleme ergeben sich auch mit Blick auf die Konkurrenzsituation am bundesdeutschen Pflegemarkt und im Krankenhauswesen. Materiell betroffen von der Beihilfeproblematik sind auch Kultureinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft. Dies ist ein Strukturprinzip der bundesrepublikanischen Gesellschaft. Sollte die nachfolgende Prüfung ergeben, dass dies verfassungs- und vor allem europarechtlich „durchsteht“, sind damit zugleich die – wettbewerbsrechtlich begrenzenden – Rahmenbedingungen gezogen, mit denen sich die gewerbliche Wirtschaft arrangieren muss.

„Der Sport“ findet natürliche Verbündete in den Organisationen der freien Wohlfahrtspflege ebenso in den gemeinnützigen Sachwaltern der Kultur. Hier gilt es, z.B. die im Memorandum der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“ (Mai 2004). konkretisierten ideelle Zwecke als den in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierten Zwecken als gleichrangig und gleichgewichtig herauszuarbeiten. Gemeinsamkeiten und Konvergenzen müssen dargestellt werden z.B. zur internen Führung nach corporate-governance-Grundsätzen ebenso wie zur Außendarstellung des besonderen Rechtsrahmens der Gemeinnützigkeit. Alle Akteure des Dritten Sektors sollten ihre Interessen und Politiken bündeln, um der Zivilgesellschaft den ihr zukommenden Status zu verschaffen, z.B. gegenüber der Bundesregierung sowie als Dialogpartner der EU auf der Rechtsgrundlage des Art. 11 Abs. 1 EUV.

## **3. Meilensteine für den Dritten Sektor**

Die Urteile des EuG sind Meilensteine für den gesamten Dritten Sektor. Es gilt, dies auch für den Fall zu sichern, dass die dargestellten Entscheidungen oder Rechtssachen mit gleichem Streitgegenstand an den EuGH gelangen. Die einschlägigen Rechtsfragen und Ermessens- und Abwägungsgrundlagen sind zu strukturieren unter den rechtlichen Gesichtspunkten der „nationalen Identität des EU-Mitgliedstaats Deutschland“, der Daseinsvorsorge (Art. 14, 106 AEUV), der Subsidiarität und nicht zuletzt – mit letzterer verschwistert – der kommunalen Selbstverwaltung.

**Autor**

**Prof. Dr. Peter Fischer**, Vors. Richter am BFH a.D war Richter an den Finanzgerichten in Düsseldorf und Köln, ab 1987 Richter am Bundesfinanzhof in München, zuletzt Vorsitzender eines für Ertrag-steuern zuständigen Senats. Prof. Fischer ist Honorarprofessor an der Universität Bielefeld für das Fach Steuerrecht, Autor von Standardwerken zum Steuerrecht und Verfasser von Beiträgen zum Steuer-, Verfassungs- und Europarecht; einer der Schwerpunkte ist das Gemeinnützigkeitsrecht. Er ist als Rechtsanwalt und Steuerberater tätig (Of Counsel bei BKL Fischer Kühne Lang, Bonn / München).

**Kontakt:** [pafischer@aol.com](mailto:pafischer@aol.com)

**Weitere Informationen:** [www.bkl-law.de](http://www.bkl-law.de)

**Redaktion****BBE-Newsletter für Engagement und Partizipation in Europa**

Bundesnetzwerk Bürgerschaftliches Engagement (BBE)

Michaelkirchstr. 17/18

10179 Berlin

Tel.: +49 30 62980-114

[europa-bbe@b-b-e.de](mailto:europa-bbe@b-b-e.de)

[www.b-b-e.de](http://www.b-b-e.de)