

Benötigen gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften eine BaFin-Erlaubnis?

Finanztransfergeschäfte durch Förderkörperschaften

Von *Stefan Winheller und Lutz Auffenberg, beide Frankfurt/M.**

Eine aktuelle unveröffentlichte BaFin-Stellungnahme erblickt in der Mittelweiterleitung durch eine gemeinnützige Förderkörperschaft ein Finanztransfergeschäft, was zur Folge hat, dass die Förderkörperschaft einer BaFin-Erlaubnis bedarf. Wie der folgende Beitrag zeigt, verbleiben den betroffenen gemeinnützigen Körperschaften aber – wenn auch nur wenige – Ausweichstrategien zur Vermeidung der Erlaubnispflicht.

1. Einführung

Der kleine Förderverein des örtlichen Gymnasiums tut es – genauso wie renommierte Institutionen wie die Max-Planck-Förderstiftung, die Caritas-Stiftung Deutschland und viele tausend weitere große und kleine gemeinnützige Förderkörperschaften. Ihnen allen ist gemein, dass sie Mittel einwerben und jeweils an eine konkrete Empfängerorganisation weiterreichen – in den genannten Beispielen also an den Träger der Schule, an die Max-Planck-Gesellschaft und an die Zentrale des Deutschen Caritasverbandes eV.

Daneben existieren Mittelbeschaffungskörperschaften, die nicht nur einzelne Empfängerorganisationen unterstützen, sondern eine Vielzahl gemeinnütziger Organisationen oder generell gemeinnützige Zwecke ohne satzungsmäßige Eingrenzung auf bestimmte Empfängerorganisationen fördern. Bekannte Beispiele hierfür sind die gut.org gAG als Betreiberin des Spendenportals www.betterplace.org, der Aktion HelpDirect eV (gemeinnütziger Betreiber des Spendenportals www.helpdirect.org) und – für grenzüberschreitende Spenden an ausländische Empfängerorganisationen – die Maecenata Stiftung als deutscher Partner des europäischen Netzwerkes TRANSNATIONAL GIVING EUROPE sowie die DSZ-Global Giving Foundation, eine gemeinnützige Treuhandstiftung in der Trägerschaft der DSZ-Deutsches Stiftungszentrum (Süd) GmbH.

Die „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH wiederum hat sich einen Namen gemacht für das Einwerben von Spenden im gewerblichen Umfeld: Nach dem Motto „Kaufe ein und tue Gutes dabei“ entscheidet sich der Käufer, über den Kaufpreis hinaus einen geringen Eurocent-Betrag zu spenden, der dann über die „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH an eine jeweils vorgegebene Empfängerorganisation weitergeleitet wird. Daneben existieren diverse weitere Modelle, denen

sich der Einzelhandel, Online-Auktionshäuser und Online-Shops bedienen, um einerseits ihrer sozialen Verantwortung gerecht zu werden und andererseits den eigenen Umsatz anzukurbeln.

Nicht immer gelingt das aber reibungslos: In Bezug auf die von einem großen Online-Auktionshaus und seiner deutschen Tochtergesellschaft geplante Gründung einer gemeinnützigen Mittelbeschaffungskörperschaft geht die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nämlich aktuell davon aus, dass es sich bei der konkreten Art und Weise der Abwicklung der Spendenzahlung um einen Zahlungsdienst handelt – genauer: um ein Finanztransfergeschäft gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz (ZAG).¹ Der Betrieb unterliegt damit nach Auffassung der BaFin der Erlaubnispflicht gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG. Ein Betreiben des Geschäfts ohne entsprechende Erlaubnis wäre illegal und nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG strafbar. Damit wäre auch die Anerkennung der Mittelbeschaffungskörperschaft als gemeinnützig hinfällig.

Vor dem Hintergrund der langjährigen erfolgreichen und seitens der BaFin – soweit ersichtlich – bisher nicht beanstandeten Förderpraxis deutscher Mittelbeschaffungskörperschaften will der folgende Beitrag die aktuelle Haltung der BaFin sowohl aus gemeinnützigkeitsrechtlicher als auch aus bankaufsichtsrechtlicher Sicht beleuchten und Möglichkeiten aufzeigen, wie sich betroffene Organisationen aufstellen können, um dem Anwendungsbereich des ZAG zu entgehen.

2. Der aktuelle BaFin-Fall

2.1 Aufsichtsrechtlicher Hintergrund

Wer in Deutschland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen will, bedarf dazu nach § 8 Abs. 1 ZAG der schriftlichen Erlaubnis der BaFin. Was genau unter Zahlungsdiensten zu verstehen ist, regelt der deutsche Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 ZAG. Unter Nr. 6 der Vorschrift findet sich das Finanztransfergeschäft. Danach sind Zahlungsdienste in Form des Finanztransfergeschäfts

„die Dienste, bei denen ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen eines Zahlers oder eines Zahlungsempfängers ein Geldbetrag des Zahlers ausschließlich zur Übermittlung eines ent-

* Rechtsanwalt *Stefan Winheller*, LL.M. Tax (USA), ist Fachanwalt für Steuerrecht und Geschäftsführer der auf das Recht der Dritte-Sektor-Organisationen spezialisierten Kanzlei WINHELLER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH mit Hauptsitz in Frankfurt/M. Rechtsanwalt *Lutz Auffenberg* ist im bank- und kapitalmarktrechtlichen Dezernat der Kanzlei tätig und verantwortet insbesondere die aufsichtsrechtliche Beratung von Finanzdienstleistungs- und Zahlungsinstituten.

¹ Schreiben der BaFin v. 14.8.2013 – GW 3-QF 5100-2013/0049, sowie Widerspruchsbescheid der BaFin v. 25.3.2014 – GW 1-QR 3300-2013/0001 (jeweils unveröffentlicht). Der Widerspruchsbescheid befasst sich allerdings nur mit formellen Streitpunkten, äußert sich zu den interessanten materiell-rechtlichen Fragen hingegen nicht. Veröffentlicht ist – soweit ersichtlich – bislang lediglich ein BMF-Schrb. v. 3.5.2013 – IV D 2 – S 7200/07/10017:003, IV C 6 – S 2130/13/1001, DStR 2013, 1288, das andeutet, dass es sich beim Geschäftsmodell der „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH zunächst ebenfalls um ein erlaubnispflichtiges Finanztransfergeschäft gehandelt hatte.

AUFSATZ

sprechenden Betrages an den Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird oder bei dem der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird“.

Der Gesetzgeber unterscheidet somit zwei Varianten des Finanztransfergeschäfts: Die erste Variante betrifft Fälle, in denen Geldbeträge ausschließlich zur (Weiter-)Übermittlung an den Zahlungsempfänger entgegengenommen werden. Hier vereinnahmt der Intermediär den Betrag im eigenen Namen und leitet ihn dann an den eigentlichen vom Zahler vorgesehenen Empfänger weiter. Die zweite Variante des Finanztransfergeschäfts erfasst Fälle, in denen der Intermediär Geldbeträge im Namen des Zahlungsempfängers für diesen entgegennimmt und sie so dem Zahlungsempfänger verfügbar macht.

2.2 Die Auffassung der BaFin

Im von der BaFin beurteilten Fall sollte der Spender – sei es der Händler, der über eine Online-Auktionsplattform Waren vertreibt, sei es der Kunde, der über die Plattform Waren erwerben kann – seine Zahlung an die gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaft leisten. Den Geldbetrag sollte die Mittelbeschaffungskörperschaft zunächst im eigenen Namen vereinnahmen, um ihn dann an die zuvor vom Spender konkret bestimmte Empfängerorganisation in voller Höhe auszukehren.

Auf diese Art und Weise stellten sich aus Sicht des Spenders die Spenden nicht als Spenden zugunsten der gemeinnützigen Mittelbeschaffungskörperschaft dar, sondern als Spenden, die von vornherein für die gleichsam hinter der Mittelbeschaffungskörperschaft stehende Empfängerorganisation gedacht waren. Der Spender sollte nämlich aus einer bereitgestellten Liste eine konkrete Empfängerorganisation als Begünstigte seiner Spende auswählen können. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen hätte der Spender zudem einen verbindlichen Anspruch auf Weiterleitung an die von ihm ausgewählte Empfängerorganisation gehabt. Die BaFin sah in dieser Konstruktion den Tatbestand des Finanztransfergeschäfts in seiner oben genannten ersten Variante als erfüllt an.

Selbst die Tatsache, dass sich die Mittelbeschaffungskörperschaft unter bestimmten Voraussetzungen vorbehielt, die erhaltenen Mittel entgegen den Vorgaben der Spender weiterzureichen, genügte der BaFin nicht, denn dieser „Umverteilungsvorbehalt“ sollte nur im Ausnahmefall greifen, wenn aus Sicht der Mittelbeschaffungskörperschaft im Einzelfall die vom Spender gewünschte Weiterleitung – aus welchem Grund auch immer – unzulässig wäre.

Dass es sich bei der Mittelbeschaffungskörperschaft um eine gemeinnützige Körperschaft handelte, war für die BaFin ebenfalls ohne Bedeutung. Darauf, ob das Finanztransfergeschäft gewerbsmäßig erbracht würde, komme es nämlich nicht an, wenn es jedenfalls in einem Umfang geplant sei, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Von einer gewerbsmäßigen Entgegennahme der Spenden war aber auch – so die BaFin – schon deswegen auszugehen, weil die Mittelbeschaffungskörperschaft in einer „gesellschaftsrechtlichen Nähe“ – auch was die Na-

mensgebung anging – zu dem Online-Portal und dessen Tochtergesellschaft stand.

Und auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 15 ZAG konnte sich die Körperschaft schließlich auch nicht berufen, da diese eng auszulegende und einer Analogie nicht zugängliche Ausnahmegesetzvorschrift nur Barspenden privilegiert, die Spenden im zu entscheidenden Fall aber unbar per Überweisungen abgewickelt werden sollten.

2.3 Folgen über den konkreten BaFin-Fall hinaus

Die These, dass die Anwendung des ZAG auf Mittelbeschaffungsorganisationen im dritten Sektor, die für Empfängerorganisationen Spenden einsammeln und sie dann an diese auskehren, zu weit geht, dürfte zwar grundsätzlich breiten Zuspruch finden. Schließlich geht es im Kern darum, Mittel für den „guten Zweck“ zu beschaffen; das Finanztransfergeschäft als solches ist nach dem Selbstverständnis der Mittelbeschaffungskörperschaften nur notwendige Nebentätigkeit und steht nicht im Vordergrund ihres Wirkens.

Das ändert aber nichts daran, dass die Auffassung der BaFin schwerlich zu beanstanden ist. Aus dem Blickwinkel des Aufsichtsrechts ist die Angelegenheit zunächst eindeutig: Im von der BaFin behandelten Fall stand der Empfänger der Zahlungen von vornherein fest, die Mittelbeschaffungskörperschaft sollte die Mittel lediglich an diesen weiterleiten. Das ist der klassische Fall, den das ZAG durch den Tatbestand des Finanztransfergeschäfts zu regulieren beabsichtigt. Damit sind aber grundsätzlich alle vergleichbaren Geschäftsmodelle von Mittelbeschaffungskörperschaften von der BaFin-Erlaubnispflicht bedroht, insbesondere auch tausende Fördervereine und -stiftungen von Schulen, Kitas, Universitäten und sonstigen gemeinnützigen oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen.

3. Gemeinnützigkeitsrechtliche Grundlagen

Es wäre gleichwohl kurzsichtig, den von der BaFin behandelten Fall lediglich aus der bankaufsichtsrechtlichen Perspektive zu betrachten – immerhin transferieren gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften schon seit Jahrzehnten Mittel an andere gemeinnützige und – in Auslandsfällen – nicht-gemeinnützige Träger zur Förderung gemeinnütziger Zwecke.

Sie stützen sich dabei im Wesentlichen auf zwei Vorschriften des Gemeinnützigkeitsrechts: auf § 58 Nr. 1 sowie Nr. 2 AO.

3.1 Mittelbeschaffungskörperschaften gemäß § 58 Nr. 1 AO

Gemeinnützige Körperschaften unterliegen unter anderem dem Gebot der Unmittelbarkeit gemäß § 57 AO: Sie sind verpflichtet, ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke selbst zu verwirklichen. Mittelbeschaffungskörperschaften kommen dieser Vorgabe nicht nach, da sie ihre Mittel nicht selbst für die Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke einsetzen, sondern sie an andere Körperschaften weiterreichen, die diese dann wiederum für gemeinnützige Zwecke verwenden. Unter Beachtung der in § 58 Nr. 1 AO

AUFSATZ

statuierten Voraussetzungen ist eine solche Mittelweitergabe allerdings als Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz² gestattet.

Die Regelung des § 58 Nr. 1 AO erlaubt sowohl die Mittelweitergabe an Körperschaften des privaten Rechts als auch an juristische Personen des öffentlichen Rechts, sofern mit den Mitteln deren steuerbegünstigten Zwecke iSd §§ 52 ff. AO verwirklicht werden. Handelt es sich bei der Empfängerorganisation um eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft, muss diese außerdem selbst steuerbegünstigt, dh vom Finanzamt als gemeinnützig anerkannt sein. Ausländischen Empfängerorganisationen hingegen wird nicht abverlangt, dass sie steuerbegünstigt sind.³

Nach Auffassung der Finanzverwaltung handelt es sich bei § 58 Nr. 1 AO – anders als die systematische Stellung der Norm außerhalb der §§ 52 ff. AO nahelegt – zudem um einen eigenen steuerbegünstigten Zweck. Die Finanzverwaltung zieht daraus den Schluss, dass die Beschaffung von Mitteln gemäß § 58 Nr. 1 AO ausdrücklich als Zweck in die Satzung der Mittelbeschaffungskörperschaft aufgenommen werden muss.⁴

Eine typische Satzungsregelung enthält zB § 1 der Satzung der Max-Planck-Förderstiftung vom 9.7.2013:

„1. (...)

2. Zweck der Stiftung ist die Beschaffung von Mitteln zur Förderung von Wissenschaft und Forschung der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. („Max-Planck-Gesellschaft“), eingetragen im Vereinsregister am Amtsgericht Berlin-Charlottenburg.
3. Der Zweck wird dadurch verwirklicht, dass die Stiftung als Förderstiftung (§ 58 Nr. 1 Abgabenordnung) der Max-Planck-Gesellschaft auf deren Antrag Mittel gewährt, die diese zusätzlich zu den Mitteln gemäß ihrem allgemeinen Haushalt unter Wahrung der Vorgaben der Satzung der Max-Planck-Gesellschaft unmittelbar und ausschließlich zur Förderung von Wissenschaft und Forschung verwendet.“⁵

Derlei Mittelbeschaffungskörperschaften gibt es im Dritten Sektor zuhauf. Viele Schulen haben ihnen angeschlossene Förderkörperschaften, meist Fördervereine, in denen sich die Eltern der Schüler engagieren. Gleiches gilt für Förderkör-

perschaften von Universitäten, über die Studenten und Alumni Spenden für ihre *alma mater* sammeln. Auch viele gemeinnützige Körperschaften außerhalb des Bildungswesens errichten zusätzlich Förderstiftungen, die einzig und allein dem Zweck dienen, durch regelmäßige Mittelzuwendungen die nachhaltige Finanzierung der „Mutterorganisation“ zu gewährleisten. Dazu beigetragen hat nicht zuletzt auch der Gesetzgeber durch diverse Initiativen zur Förderung des Stiftungswesens, insbesondere durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007, mit dem er die Ausstattung von Stiftungen mit Vermögen im Vergleich zur Ausstattung anderer gemeinnütziger Rechtsträger steuerlich deutlich begünstigt hat.⁶ Keine andere Rechtsform vermittelt dem Mäzen einen derart umfassenden Sonderausgabenabzug wie die gemeinnützige Stiftung. Stiftungen bieten sich daher als Förderkörperschaften und Fundraisingvehikel auf ideale Art und Weise an: Bis zu 1 Mio. € bzw. im Fall der Zusammenveranlagung bis zu 2 Mio. €⁷ kann der Zustifter gemäß § 10b Abs. 1a EStG im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung⁸ – über einen 10-Jahreszeitraum verteilt und über den normalen Spendenhöchstbetrag, der für alle Rechtsträger gilt, hinaus – in Abzug bringen.⁹

Neben Mittelbeschaffungskörperschaften, die sich, wie die og Max-Planck-Förderstiftung, auf die Unterstützung einer konkreten Empfängerorganisation konzentrieren, gibt es Mittelbeschaffungskörperschaften, die laut ihrer Satzung mehrere Empfängerorganisationen unterstützen oder ganz allgemein steuerbegünstigte Zwecke (zB die Förderung von Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur, der Jugendhilfe, der Entwicklungszusammenarbeit etc) fördern. Von Fall zu Fall können diese Mittelbeschaffungskörperschaften, die ihre Tätigkeit ebenfalls auf § 58 Nr. 1 AO stützen, dann neu entscheiden, welcher Organisation oder welchen Organisationen sie ihre Mittel weiterreichen möchten. Derlei weit gefasste Satzungen bieten sich insbesondere für Organisationen an, die Spendenportale betreiben, über die sie für die unterschiedlichsten Empfängerorganisationen und Projekte Gelder einwerben. Auch Mittelbeschaffungskörperschaften, die sich inländischen Spendern als Mittler für grenzüberschreitende Spenden anbieten und den Spendern auf diese Art und Weise den steuerlichen Spendenabzug sichern, bedienen sich regelmäßig entsprechend weit gefasster Satzungen.

2 So jedenfalls die hM und die – wenn auch nicht durchweg stringente – Auffassung der Finanzverwaltung, vgl. AEAO Nr. 1 S. 5 zu § 59 AO sowie Nr. 2 S. 2 Buchst. a zu § 60 AO sowie andererseits AEAO Nr. 1 S. 2 zu § 58 Nr. 1 AO (§ 58 Nr. 1 AO als Satzungszweck); vgl. auch Seer in Tipke/Kruse, AO/FGO, AO § 58 Rn. 2 (Stand: Mai 2013). AA (keine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz) Kirchhain DStR 2013, 2141 (2142); sa Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 184 f.

3 Die Anerkennung einer weder unbeschränkt noch beschränkt steuerpflichtigen Körperschaft als gemeinnützig nach deutschem Recht wäre, jedenfalls nach Auffassung der Finanzverwaltung, auch gar nicht möglich, vgl. AEAO Nr. 3 zu § 60a Abs. 1 AO. Zu Recht ablehnend Kirchhain DStR 2014, 289 (292).

4 AEAO Nr. 1 S. 2 zu § 58 Nr. 1 AO, womit sich die Finanzverwaltung in Widerspruch setzt zu ihrer Annahme, bei der Vorschrift handele es sich um eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgebot (vgl. hierzu bereits oben Fn. 2).

5 Satzung der Max-Planck-Förderstiftung v. 9.7.2013, online unter: http://www.maxplanckfoerderstiftung.org/wp-content/uploads/2014/06/130604_Neufassung-Satzung.pdf?c283a9 (zuletzt abgerufen am 25.2.2015).

6 Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements v. 10.10.2007, BGBl. I 2007, 2332.

7 Verdoppelung des Spendenhöchstbetrags im Falle der Zusammenveranlagung eingefügt durch Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 8.4.2010, BGBl. I 2010, 386.

8 Auch im Rahmen der Gewerbesteuer besteht eine entsprechende Möglichkeit zur Kürzung, vgl. § 9 Nr. 5 S. 9 GewStG. Die Körperschaftsteuer sieht einen entsprechenden Abzug für Zustiftungen hingegen nicht vor, vgl. § 9 KStG.

9 Den hierdurch ausgelösten Boom an Stiftungsneugründungen hat der Gesetzgeber erst kürzlich weiter verstärkt, indem er mittlerweile auch das sog *Endowment*-Verbot aufgehoben hat: Seit dem 1.1.2014 ist es gemäß § 58 Nr. 3 AO nF (eingefügt durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 556) zulässig, dass gemeinnützige Körperschaften einen Teil ihrer Mittel an dritte Empfängerorganisationen zur Ausstattung mit Vermögen weiterreichen.

AUFSATZ

3.2 Mittelbeschaffungskörperschaften gemäß § 58 Nr. 2 AO

Gemeinnützige Förderkörperschaften, die nicht ihre gesamten Mittel an andere Körperschaften weiterreichen, sondern sich mit einer teilweisen Weiterleitung von max. 50 %¹⁰ begnügen, können sich auch auf die Regelung des § 58 Nr. 2 AO stützen. Vorteil gegenüber § 58 Nr. 1 AO: einer Satzungsgrundlage bedarf es hierfür nicht. Dies ist zB für gemeinnützige Körperschaften von Interesse, die auch selbst operativ tätig sind und nur nebenbei und gelegentlich auch als Förderkörperschaft auftreten.

3.3 Staatliche Überwachung der ordnungsgemäßen Mittelverwendung

Förderkörperschaften müssen ihrem zuständigen Finanzamt gegenüber zur Aufrechterhaltung ihres gemeinnützigen Status gewissen Nachweispflichten nachkommen, wenn sie Mittel weiterleiten: Reichen sie Mittel an andere steuerbegünstigte Körperschaften weiter, ist insbesondere ein Nachweis für die Steuerbegünstigung des Empfängers vorzulegen¹¹, dh in aller Regel eine Kopie des letzten Freistellungsbescheids der Empfängerkörperschaft. Unterstützt die Mittelbeschaffungskörperschaft eine Empfängerorganisation im Ausland, gehen die Nachweispflichten gemäß § 90 Abs. 2 AO noch deutlich weiter: In diesem Fall hat die Mittelbeschaffungskörperschaft konkret nachzuweisen, dass die weitergegebenen Mittel auch tatsächlich für steuerbegünstigte Zwecke iSd §§ 52 ff. AO verwendet wurden.¹² Üblicherweise gelingt das, indem sie die Empfängerkörperschaft vertraglich dazu verpflichtet, entsprechende Nachweise zu liefern, dh Rechenschaftsberichte, Fotos und Videos des Projekts, Quittungen etc. Eine Fehlverwendung von Mitteln darf eine Förderkörperschaft in keinem Fall akzeptieren: Die weitergeleiteten Mittel sind in diesem Fall unverzüglich zurückzufordern und eine weitere Förderung ist ausgeschlossen, will die Förderkörperschaft ihren gemeinnützigen Status nicht verlieren.

Bei gemeinnützigen rechtsfähigen Förderstiftungen wacht zudem die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde über die Verwirklichung der vom Stifter vorgegebenen Stiftungszwecke. Im Fall von Mittelverwendungen entgegen den Vorgaben der Stiftungssatzung droht ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde.

4. Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der BaFin-Erlaubnispflicht

Wollen gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften die BaFin-Erlaubnispflicht vermeiden, stehen ihnen hierfür mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Nicht jede Alternative eignet sich freilich für jede Organisation.

¹⁰ Die 50%-Grenze ist nach Seer (Fn. 2), AO § 58 Rn. 4, eine „Faustregel“ der Finanzverwaltung.

¹¹ Vgl. AEAO Nr. 1 S. 5 zu § 58 Nr. 1 AO.

¹² Vgl. AEAO Nr. 1 S. 6 zu § 58 Nr. 1 AO.

4.1 Fehlender kaufmännischer Geschäftsbetrieb

Kleine Fördervereine und -stiftungen müssen sich wohl keine allzu großen bankaufsichtsrechtlichen Sorgen machen, wenn sie ihre „Mutterorganisation“ unterstützen. Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 ZAG wird in einem solchen Fall meist von vornherein nicht eröffnet sein, da Zahlungsdienste nur erlaubnispflichtig sind, wenn sie gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbracht werden, der einen in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Von einem gewerbsmäßigen Betreiben eines Zahlungsdienstes ist auszugehen, wenn der Betrieb auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber ihn mit der Absicht der Gewinnerzielung – bzw. zumindest der Entgelterzielung – verfolgt.¹³ Letzteres ist jedenfalls bei typischen gemeinnützigen Förderkörperschaften nicht der Fall.¹⁴ Eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs bedarf es wiederum erst dann, wenn ein solcher Betrieb nach dem Geschäftsumfang objektiv „nach der zahlungsdienstwirtschaftlichen Verkehrsauffassung“ erforderlich ist.¹⁵ Klare Abgrenzungskriterien, ab wann diese Voraussetzung erfüllt ist, liefert das ZAG nicht; auch die BaFin hat sich hierzu noch nicht geäußert. Es wird aber wohl auf die Anzahl der Geschäfte, den damit erwirtschafteten Umsatz, die Anzahl der Mitarbeiter und ähnliche Gesichtspunkte ankommen, die im Einzelfall zu prüfen und zu würdigen sind.¹⁶ Der kleine ehrenamtlich betriebene Förderverein der Schule oder der Universität, der einmal jährlich eine Überweisung in vierstelliger Höhe an die „Mutterorganisation“ tätigt, wird sich jedenfalls in der Regel nicht angesprochen fühlen müssen.

4.2 Mittelbeschaffungskörperschaft als reine Vermittlerin von Spenden

Größere Mittelbeschaffungskörperschaften werden sich üblicherweise auf die fehlende Gewerblichkeit ihres Handelns bzw. das fehlende Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs nicht berufen können. Dem Problem, dass die von ihnen betriebene Mittelweiterleitung von der BaFin als erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung angesehen wird, können sie aber ggf. durch eine andersartige Gestaltung der geschäftlichen Abläufe begegnen. So sieht § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG vor, dass keine Zahlungsdienste vorliegen, wenn es sich um Zahlungsvorgänge handelt, die über einen Handelsvertreter oder Zentralregulierer erfolgen, der befugt ist, den Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen im Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers auszuhandeln oder abzuschließen. Sofern die Mittelbeschaffungskörperschaft ihr Geschäftsmodell daher so modifiziert, dass dieser

¹³ Vgl. Casper in Casper/Terlau, ZAG, 2014, § 1 Rn. 11 mwN.

¹⁴ Entgeltlichkeit dürfte freilich vorliegen bei Mittlerorganisationen, die gegen eine prozentuale Beteiligung Spenden an Empfängerorganisationen (zB im Ausland) weiterreichen.

¹⁵ BaFin Merkblatt „Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG)“ v. 22.12.2011, Abschn. 6.a.

¹⁶ Für erlaubnispflichtige Geschäfte außerhalb des ZAG bedient sich die BaFin gewisser Bagatellgrenzen, vgl. zB zum Einlagengeschäft Terlau in Casper/Terlau, ZAG, 2014, § 2 Rn. 27 f. (maximal 25 Einlagen und ein Einlagengesamt volumen von insgesamt höchstens 12.500 €).

AUFSATZ

Ausnahmetatbestand erfüllt ist, liegt nach der Gesetzesdefinition kein Zahlungsdienst und damit auch kein erlaubnispflichtiges Finanztransfergeschäft vor.

4.2.1 Handelsvertreter oder Zentralregulierer

Die Mittelbeschaffungskörperschaft müsste dafür zunächst als „Handelsvertreter“ oder „Zentralregulierer“ auftreten. Auf den ersten Blick mögen Mittelbeschaffungskörperschaften nicht unter diese Begrifflichkeiten fallen. Nach richtiger Auffassung sind diese jedoch weit auszulegen, da der europäische Richtlinienggeber in der zugrundeliegenden Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG¹⁷ im dortigen Art. 3 Buchst. b nur den allgemeinen Begriff des Handelsagenten („commercial agent“) verwendet und damit weder den Zentralregulierer noch den Begriff des Handelsvertreters ausdrücklich erwähnt. Es ist außerdem nicht anzunehmen, dass der europäische Richtlinienggeber bei der Wahl des Begriffs des „commercial agent“ vom deutschen Handelsrecht ausging und nur den Handelsvertreter nach § 84 HGB erfasst sehen wollte. Seine Intention, den Begriff „commercial agent“ weit auszulegen, liegt mithin auf der Hand. Von dem Begriff des Handelsvertreters in § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG sind damit nicht nur Handelsvertreter iSd § 84 HGB erfasst, sondern nach richtiger Auffassung alle Personen, die Verträge für eine andere Partei aushandeln oder in deren Namen, also im Wege der offenen Stellvertretung, abschließen dürfen.¹⁸

4.2.2 Spenden als „Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen“?

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die durch die Mittelbeschaffungskörperschaft mit dem Spender vereinbarte Spende als „Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen“ iSd § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG verstanden werden kann. Nach klassischer Wortlautauslegung dürften Spendenzuwendungen, zivilrechtlich also Schenkungen iSd §§ 516 ff. BGB¹⁹, weder als Waren noch als Dienstleistungen zu qualifizieren sein. Ebenso werden Spenden schwerlich iSd Kaufrechts der §§ 433 ff. BGB ge- oder verkauft werden können.

Dennoch lässt sich uE vertreten, dass auch die Vereinbarung von Schenkungsverträgen zwischen dem Spender und der Empfängerkörperschaft durch die entsprechend bevollmächtigte Mittelbeschaffungskörperschaft unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG fällt. Der Gesetzgeber rechtfertigt den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG nämlich mit dem Argument, dass der Schwerpunkt der Dienstleistung des Handelsvertreters in der Vermittlung des Grundgeschäfts liegt, das überhaupt erst Anlass zu dem Zahlungsvorgang gibt, den er sozusagen als Nebendienstleistung abwickelt.²⁰ Auch die BaFin stellt in ihrem Merkblatt „Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG)“ vom 22.12.2011²¹ klar, dass hinter der Vorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG die Überlegung steht, dass

der Handelsvertreter in rechtliche Vorgänge des Grundgeschäfts eingebunden ist. Entscheidend ist danach, dass der Handelsvertreter derart eng in das Grundgeschäft eingebunden ist, dass er nicht mehr die für einen Zahlungsdienstleister erforderliche und typische Neutralität besitzt, sondern im Lager eines am Grundgeschäft Beteiligten steht. Nach dem Normzweck soll der Handelsvertreter dann keinen Zahlungsdienst iSd ZAG erbringen.²²

Diese Wertung ist auf den Fall der Vereinbarung eines Schenkungsvertrags durch einen Handelsvertreter im Namen der Empfängerorganisation mit einem Spender oder im Namen eines Spenders mit einer Empfängerorganisation vollständig übertragbar. Es ist kein Argument ersichtlich, das gegen eine Einbeziehung der Vereinbarung von Schenkungsverträgen in den Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes sprechen würde. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der europäische Richtlinienggeber bei der Formulierung der Zahlungsdiensterichtlinie den Fall der Vereinbarung von Schenkungsverträgen in der geschilderten Konstellation nicht bedacht hat und es sich insoweit um eine analogiefähige und planwidrige Regelungslücke handelt. So formuliert der europäische Richtlinienggeber in Erwägungsgrund (6) der Zahlungsdiensterichtlinie ganz allgemein, dass die Anwendung der Zahlungsdiensterichtlinie auf Zahlungsdienstleister beschränkt bleiben sollte, deren *Haupttätigkeit* darin besteht, für Zahlungsdienstnutzer Zahlungsdienste zu erbringen.²³ Wenn also die Haupttätigkeit eines Intermediärs nicht die Erbringung von Zahlungsdiensten, sondern das Aushandeln oder Abschließen von Grundgeschäften in Vollmacht seines Prinzipals ist, entfällt das Regulierungsbedürfnis – unabhängig davon, welcher Art das Grundgeschäft ist (Kauf, Schenkung etc).

Die explizite Nennung des Kaufs und Verkaufs von Waren oder Dienstleistungen ist nach diesseitiger Auffassung daher lediglich als exemplarisch und damit als nicht abschließend zu verstehen.

4.2.3 Aushandeln/Abschließen des Grundgeschäfts

Schließlich setzt der Ausnahmetatbestand voraus, dass der Handelsvertreter das Grundgeschäft für den Zahler oder den Zahlungsempfänger aushandelt oder abschließt.

Das *Aushandeln* soll nach der Gesetzesbegründung bereits dann vorliegen, wenn der Handelsvertreter die Konditionen „grundsätzlich“ aushandelt. Es sei nicht erforderlich, dass sich der Handelsvertreter „in jeden Vertragsschluss reinhängt“²⁴. Nichtsdestotrotz müsse das Verhandlungsmandat des Handelsvertreters tatsächlich gelebt werden und dürfe nicht bloß auf dem Papier stehen.²⁵

Die wesentlichen Konditionen eines Spendenvertrags dürften das „Ob“ und die Höhe der Zuwendung sein. Ob es für die Annahme eines Aushandelns ausreicht, wenn der tatsächliche Verhandlungsbeitrag einer Mittelbeschaffungsorganisation sich auf die Vermittlung von potentiellen Spen-

17 Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007L0064&from=DE> (zuletzt abgerufen am 25.2.2015)

18 So auch Casper (Fn. 13), § 1 Rn. 81 mwN.

19 Vgl. etwa Koch in MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 516 Rn. 14 f., 99 ff.

20 Vgl. BT-Drs. 16/11613, 37.

21 S.o. Fn. 15.

22 So auch Casper (Fn. 13), § 1 Rn. 80.

23 S. Erwägungsgrund (6) der Richtlinie 2007/64/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 13.11.2007 (s. o. Fn. 17).

24 So wörtlich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/11613, 37.

25 Vgl. BT-Drs. 16/11613, 37.

AUFSATZ

dern und Empfängerorganisationen und – bei Internetplattformen – auf die rein technische Abwicklung der Spendenzahlungen beschränkt, ist allerdings fraglich.²⁶

Diese Frage kann jedoch dahinstehen, wenn die Mittelbeschaffungskörperschaft das Grundgeschäft in Vollmacht eines Beteiligten *abschließt*. Diese zweite Handlungsalternative des Ausnahmetatbestands dürfte schon dann erfüllt sein, wenn die Mittelbeschaffungskörperschaft in Ausübung ihrer Vollmacht für die Empfängerkörperschaft oder den Spender das Grundgeschäft rechtswirksam eingeht. In der Literatur wird zwar die Auffassung vertreten, dass diese Alternative zu weit geraten sei und daher nur greifen könne, wenn ein „Nähe- und Vertrauensverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Agenten“ bestehe, da es bei normzweckorientierter Auslegung des Tatbestands nur in diesen Fällen an der Zahlungsvorgängen eigenen Neutralität fehle.²⁷ Ein solches Näheverhältnis dürfte in den hier interessierenden Fällen aber regelmäßig zu bejahen sein: In dem der BaFin vorgelegten Fall wollte die Mittelbeschaffungskörperschaft ihren Spendern eine Liste möglicher Empfänger zur Verfügung stellen, aus der der potentielle Spender einen Empfänger für seine Spende hätte auswählen können. Die wesentliche Tätigkeit der Mittelbeschaffungskörperschaft sollte daher in der Akquise von Spendern für die in der bereitgestellten Liste aufgezählten Empfängerorganisationen liegen. Dass die Mittelbeschaffungsorganisation in einem solchen Fall im Lager der Empfängerorganisationen und damit in einem Nähe- und Vertrauensverhältnis zu ihnen steht, ist offensichtlich, denn die Profiteure der Spenderakquise sollten allein die Empfängerorganisationen sein. Noch deutlicher ist das Nähe- und Vertrauensverhältnis in den Fällen erkennbar, in denen eine Mittelbeschaffungsorganisation exklusiv für nur eine einzige Empfängerorganisation Spender gewinnt, also in den klassischen Fällen von Fördervereinen und Förderstiftungen, die ausdrücklich eine bestimmte Empfängerorganisation in ihrer Satzung benennen. Aber selbst in den Fällen, in denen Mittelbeschaffungskörperschaften die erhaltenen Spenden an beliebige, vom Spender vorgegebene Empfängerorganisationen weiterreichen, so wie es die Maecenata Stiftung und die DSZ-Global Giving Foundation tun, wird man ein Näheverhältnis bejahen können – in diesem Fall allerdings regelmäßig zwischen der Mittelbeschaffungskörperschaft und dem Spender. Denn schließlich versteht sich die Mittlerorganisation in diesen Fällen ganz eindeutig als Dienstleister für den Spender, dem sie die Möglichkeit für steuerlich wirksame Spenden verschafft. Sie begleitet den Spender meist von den ersten Vorüberlegungen, gelegentlich auch über die Auswahl einer geeigneten ausländischen Empfängerorganisation bis hin zur Auszahlung der Mittel an den Empfänger – und durch die Erfüllung gewisser Nachweispflichten über die ordnungsgemäße Mittelverwendung sogar darüber hinaus.

In den aufgezeigten Fällen können sich die betroffenen Mittelbeschaffungskörperschaften daher zumindest auf die zweite Handlungsalternative des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG stützen, sofern sie sich entsprechend von demjenigen Beteiligten, in dessen Interesse sie tätig werden, bevollmächtigen lassen.

4.2.4 Gemeinnützigkeitsrechtliche Besonderheiten

Durch kluge Vertragsgestaltung lässt sich daher nach hier vertretener Auffassung der Anwendungsbereich der Ausnahme des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG eröffnen. Es reicht danach aus, wenn sich die Mittelbeschaffungskörperschaft von der Empfängerorganisation oder vom Spender rechtsgeschäftlich ausdrücklich bevollmächtigen lässt, die den Spendenzahlungen zugrundeliegenden Schenkungsverträge abzuschließen. Die Übermittlung der Spendenbeträge durch die Mittelbeschaffungskörperschaft an die Empfängerorganisation gilt dann wegen § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG nicht als Zahlungsdienst und erfordert konsequenterweise auch keine Erlaubnis der BaFin nach § 8 Abs. 1 ZAG.

Eine solche Betätigung dürfte auch gemeinnützigkeitsrechtskonform, dh auch gemeinnützigen Mittelbeschaffungskörperschaften gestattet sein. Zwar vereinnahmen gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften die später weitergereichten Mittel üblicherweise zunächst „als eigene“. In der hier vorgeschlagenen Gestaltung wird die Körperschaft im Rahmen der Erfüllung des Schenkungsvertrags regelmäßig in Vertretung und auf Rechnung der beteiligten Spender bzw. Empfängerkörperschaften tätig, die Spenden stellen bei ihr mithin lediglich durchlaufende Posten iSd § 4 Abs. 3 S. 2 EStG²⁸ dar, die in ihrer Gewinnermittlung nicht berücksichtigt werden. Sie generiert damit gar keine „eigenen“ Mittel und kann folgerichtig auch keine „eigenen“ Mittel nach § 58 Nr. 1, 2 AO weiterleiten.

Wir halten das allerdings für unbedenklich. Die og Einschränkung auf „eigene“ Mittel der Mittelbeschaffungskörperschaft gilt nämlich nicht, jedenfalls nicht im Hinblick auf den Haupttatbestand für Mittelweiterleitungsfälle § 58 Nr. 1 AO. Sein Wortlaut spricht im Vergleich zu den anderen Regelungen des § 58 AO eine eindeutige Sprache: Während die übrigen Tatbestände des § 58 AO stets die Körperschaft und „ihre“ Mittel bzw. Überschüsse, Arbeitskräfte etc thematisieren, verwendet § 58 Nr. 1 AO das Possessivpronomen „ihre“ ausdrücklich nicht.²⁹ Das ergibt auch Sinn, denn § 58 Nr. 1 AO geht – wie schon das Verb „beschaffen“ nahelegt – davon aus, dass von vornherein feststeht, dass die Mittel für eine andere Körperschaft gedacht sind.³⁰ Dies dürfte dafür sprechen, dass als Mittelbeschaffungskörperschaft selbst eine solche Körperschaft als gemeinnützig anzuerkennen ist, die von vornherein nur als Vermittlerin auftritt und nie selbst für eigene Rechnung und im eigenen Namen Mittel vereinahrt.³¹

28 Für bilanzierende Körperschaften s. H 4.2 (1), Stichwort „Durchlaufende Posten“.

29 Die Regelung des § 58 Nr. 1 AO ist erstmals in der AO 1977 enthalten. Man wird dem Gesetzgeber unterstellen dürfen, dass er die ins Auge springende abweichende Formulierung der damals neu eingefügten Vorschrift bewusst gewählt hat, auch wenn sich das der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich entnehmen lässt: „Die steuerliche Begünstigung soll in Zukunft ... nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass eine Körperschaft einer anderen Körperschaft Mittel für die Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke beschafft“ (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur AO 1974, BT-Drs. VI/1982, zu § 58, 117).

30 Seer (Fn. 2), AO § 58 Rn. 2.

31 Eine vorherige Abstimmung mit dem zuständigen Finanzamt im Wege einer verbindlichen Auskunft dürfte in der Praxis dennoch ratsam sein.

26 Ähnlich: Casper (Fn. 13), § 1 Rn. 82.

27 Vgl. Casper (Fn. 13), § 1 Rn. 82.

AUFSATZ

Dass der eigentliche Spendenempfänger die Empfängerorganisation ist und nicht die Mittelbeschaffungskörperschaft, bleibt allerdings problematisch im Hinblick auf den Spendenabzug. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die Mittelbeschaffungskörperschaft die Spenden ins Ausland weiterleitet. Spenden, die an eine ausländische Empfängerorganisation geleistet werden, sind nämlich grundsätzlich nicht als Sonderausgaben abzugsfähig.³² Um nichts anderes als eine direkte Spende an eine ausländische Organisation handelt es sich aber, wenn eine Mittelbeschaffungskörperschaft lediglich als im fremden Namen auftretender und auf fremde Rechnung handelnder Vertreter zwischengeschaltet wird. Dass die Mittelbeschaffungskörperschaft beauftragt werden kann, die Spendenbescheinigungen im Namen der Empfängerorganisation auszustellen³³, löst das Problem nicht. Denn hierdurch wird die Spendenbescheinigung der (ausländischen) Empfängerorganisation nicht zu einer solchen der (inländischen) Mittelbeschaffungskörperschaft. Für Mittelbeschaffungskörperschaften, die grenzüberschreitende Spenden abwickeln und den Spendern so ihren Spendenabzug sichern möchten, eignet sich das vorstehende Modell daher nicht.

4.3 Weiterleitung von Mitteln als bloße Nebenleistung?

Vereinnahmt eine Mittelbeschaffungskörperschaft die empfangenen Spenden dennoch weiterhin zunächst als eigene Mittel oder handelt es sich bei der Mittelbeschaffungskörperschaft um eine solche, die Auslandsspenden abwickelt, hilft § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG also nicht weiter. Die Körperschaft wird dann möglicherweise versuchen, die Weiterleitung von Mitteln als reine Nebenleistung darzustellen und sich auf den europäischen Richtliniengeber berufen, der die Anwendung der Zahlungsdiensterichtlinie auf Zahlungsdienstleister beschränkt sehen will, deren *Haupttätigkeit* in der Erbringung von Zahlungsdiensten besteht.³⁴

Betroffene Mittelbeschaffungskörperschaften könnten daher zB vortragen, dass sie umfangreiche Prüfungsleistungen erbringen, bevor sie ihre Mittel weiterleiten. Zu denken ist insoweit zB an die allgemeinen gemeinnützigkeitsrechtlichen Voraussetzungen der § 58 Nr. 1 und 2 AO, vor allem aber auch an sonstige qualitative Standards, die die Mittelbeschaffungskörperschaft für eine Unterstützung von Empfängerorganisationen voraussetzt (Wirkungsgrad der weitergeleiteten Mittel, effizienter und nachhaltiger Einsatz der Mittel durch die Empfängerorganisation, Höhe der Verwaltungskostenquote der Empfängerorganisation etc.).

Andere Mittelbeschaffungskörperschaften, bspw. Online-Spendenplattformen, werden ihre Hauptaufgabe mögli-

cherweise darin sehen, Spender für die Empfängerorganisationen zu gewinnen und die technisch-sichere Abwicklung der Spenden zu gewährleisten.

In der Regel werden diese Argumente an der BaFin-Erlaubnispflicht allerdings nichts ändern. Trotz der weiteren übernommenen Tätigkeiten und angebotenen Dienstleistungen wird es doch üblicherweise dabei bleiben, dass der tatsächliche und in der Satzung ausdrücklich vorgegebene Zweck der Mittelbeschaffungskörperschaft darin besteht, Mittel zu vereinnahmen und weiterzuleiten. Denn ohne die Mittelweiterleitung ergäbe die gesamte sonstige Tätigkeit der Körperschaft letztlich keinen Sinn. Die sonstigen Leistungen dem widersprechend als Hauptleistungen zu betiteln und die Mittelweiterleitung als reine Nebentätigkeit abzutun, wird der Wirklichkeit daher nicht gerecht werden. Selbst wenn man die sonstigen Tätigkeiten durch einen verstärkten Personal-, Zeit- und Mitteleinsatz entsprechend aufwertete, wird die Weiterleitung von Mitteln jedenfalls bei klassischen Mittelbeschaffungskörperschaften zumindest auch eine Haupttätigkeit sein, selbst wenn daneben weitere Haupttätigkeiten entfaltet werden. Damit ist der Anwendungsbereich des ZAG aber bereits eröffnet.

Das Argument, dass es sich bei der Mittelweiterleitung lediglich um eine untergeordnete Nebentätigkeit handelt, wird daher höchstens in seltenen Ausnahmefällen durchgreifen – am ehesten wird es wohl noch für Organisationen fruchtbar zu machen sein, die nicht nach § 58 Nr. 1 AO, sondern nach § 58 Nr. 2 AO nur gelegentlich und nur einen Teil ihrer Mittel weiterleiten.

4.4 Eigene Verwendungsentscheidung der Mittelbeschaffungskörperschaft

Ein probates Mittel zur Vermeidung der BaFin-Erlaubnispflicht kann es hingegen sein, wenn eine die Spenden im eigenen Namen vereinnahmende Mittelbeschaffungskörperschaft in ihrer Satzung mehrere Empfängerorganisationen aufzählt und dem Spender keine Entscheidungsbefugnis zubilligt, welcher satzungsmäßig vorgegebenen Empfängerorganisation die Mittel zufließen sollen. Spenden, die unter der Auflage an die Mittelbeschaffungskörperschaft herangetragen werden, dass sie an eine bestimmte Empfängerorganisation weiterzuleiten sind, wären von der Mittelbeschaffungskörperschaft dann allerdings konsequent zurückzuweisen. Die Entscheidung über das Ziel der Mittelweiterleitung müsste vielmehr der Mittelbeschaffungskörperschaft selbst vorbehalten bleiben.

Das Geschäftsmodell breit aufgestellter Mittelbeschaffungskörperschaften, zB der großen Online-Spendenportale, der „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH und insbesondere auch der auf grenzüberschreitendes Spenden spezialisierten Intermediäre, geht sogar noch einen Schritt weiter. Es ist in der Regel empfängeroffen gestaltet: Statt der satzungsmäßigen Vorgabe bestimmter Empfängerorganisationen geben diese Körperschaften in ihren Satzungen daher lediglich die steuerbegünstigten Zwecke gemäß den §§ 52 ff. AO an, die sie zu fördern gedenken. In der Regel nennen sie eine Vielzahl oder sogar sämtliche Zwecke, die das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht als steuerbegünstigt anerkennt, um sich nicht

32 Der Sonderausgabenabzug für direkte Spenden an ausländische Organisationen innerhalb der EU gelingt nur, wenn die Empfängerorganisation sämtliche Voraussetzungen des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts, insbesondere auch diejenigen formeller Art (formelle Satzungsmäßigkeit), erfüllt, vgl. § 10b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EStG. In der Praxis wird dem kaum eine ausländische Körperschaft gerecht. Direkte Spenden ins Drittland sind von vornherein vom Spendenabzug ausgeschlossen.

33 Vgl. EStR 10b.1 Abs. 3.

34 S. schon oben Fn. 23.

AUFSATZ

unnötig einzugrenzen, sondern im weitest möglichen Umfang Spenden weiterleiten zu können.³⁵

Aufsichtsrechtlich unbedenklich sind auch diese Modelle nur, wenn der Spender seine Spende nicht mit der Vorgabe versieht, dass seine Spende an eine bestimmte Empfängerorganisation weiterzuleiten ist.³⁶ Denkbar und unproblematisch wäre es daher zB, wenn der Spender lediglich einen bestimmten Verwendungszweck statt einer konkreten Empfängerorganisation für seine Spende vorgibt. Allerdings sind es gerade die von vornherein an eine bestimmte Empfängerorganisation gebundenen Spenden, auf denen das Geschäftsmodell vieler Mittelbeschaffungskörperschaften aufbaut. Betroffenen Körperschaften ist daher zu raten, ihre Satzungen, ihre Nutzungsbedingungen und sonstigen Vertragswerke sowie ihre Kommunikation so anzupassen, dass dem Spender klar wird, dass sein Wunsch der Weiterleitung an eine bestimmte Empfängerorganisation keinen verbindlichen Charakter hat. Um der bankaufsichtsrechtlichen Erlaubnispflicht zu entgehen, darf das Ziel der Weiterleitung nicht von vornherein feststehen; die Mittelbeschaffungskörperschaft muss sich vielmehr eine eigene Verwendungsentscheidung nach Erhalt der Spende vorbehalten.

In der Praxis könnte das so gestaltet werden, dass das entsprechende Gremium der Körperschaft regelmäßig tagt und zur Mittelverwendung eine eigene Entscheidung trifft³⁷ und dabei die Wünsche der Spender lediglich – wenn auch wohlwollend – als Empfehlung berücksichtigt. Statt dem Wunsch des Spenders blind zu folgen, könnten so zB auch gewisse Qualitätsanforderungen, die die Mittelbeschaffungskörperschaft an die Empfängerorganisationen stellt, in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden. Da reine „Pro-Forma-Beschlüsse“ bzw. vorformulierte

Gremienentscheidungen „auf dem Papier“ den strengen Vorgaben der BaFin nicht genügen dürften, verlangt dies allerdings nicht nur nach einer Überarbeitung der rechtlichen Dokumente, sondern nach einer echten Anpassung der betriebsinternen Abläufe sowie der Außenkommunikation gegenüber den Spendern und den Empfängerorganisationen.

Nicht auszuschließen ist freilich, dass sich das Spendenvolumen reduziert, wenn die Spender nicht mehr sicher sein können, dass ihr Geld auch tatsächlich beim gewünschten Empfänger ankommt.³⁸

4.5 Konzernprivileg

Nur im Ausnahme- und Einzelfall wird sich eine Mittelbeschaffungskörperschaft auch einmal auf die Konzernklausel des § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG stützen können, wonach Zahlungsvorgänge innerhalb eines Konzerns keine erlaubnispflichtigen Zahlungsdienste sind. Die Anwendung der Ausnahmvorschrift setzt das Vorliegen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses iSd §§ 271 Abs. 2, 290 ff. HGB voraus.³⁹ Ein Unternehmen muss mithin am anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte halten oder auf sonstige Art und Weise einen beherrschenden Einfluss haben. In Bezug auf gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften bedeutet das, dass die finale Empfängerorganisation auf die Mittelbeschaffungskörperschaft einen entsprechenden Einfluss ausüben können muss oder umgekehrt – was in der Praxis noch eher darstellbar erscheint – die Mittelbeschaffungskörperschaft sich die nötige Einflussnahme auf die Empfängerorganisation(en) sichert. Da die beherrschende Einflussnahme in der Regel mit einer echten gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einhergeht, wird es sich bei den Tochterunternehmen dann allerdings üblicherweise um gGmbHs (oder gAGs) handeln müssen – in der Praxis sind hingegen zumindest die operativ tätigen Endempfängerorganisationen vielfach Vereine oder Stiftungen.

5. Gesetzgeberische Klarstellung sinnvoll

Das Geschäftsmodell von Mittelbeschaffungskörperschaften ist seit langem etabliert. Soweit ersichtlich, hat es in der Förderlandschaft bislang auch nie Probleme gegeben, die es rechtfertigen würden, Mittelbeschaffungskörperschaften einer gesonderten Aufsicht durch die BaFin zu unterstellen. Das gilt insbesondere auch für diejenigen Fälle, in denen der Spender der Mittelbeschaffungskörperschaft die Anweisung gibt, seine Spende einer konkreten Empfänger-

35 Vgl. zB § 3 Abs. 2 der Satzung der „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH v. 30.9.2009, online unter: http://www.deutschland-rundet-auf.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/Stiftungs-GmbH-Gesellschaftsvertrag.pdf, § 2 der Satzung des Aktion HelpDirect eV idF v. 9.3.2009, online unter: <http://www.helpdirect.org/satzung> und § 2 der Satzung der Maecenata Stiftung v. 3.5.2010, online unter: <http://stiftung.maecenata.eu/resources/Satzung.PDF> (jeweils zuletzt abgerufen am 25.2.2015).

36 Kritisch zB Nr. 8.2.2. der Nutzungs- und Spendenbedingungen für betterplace.org aus November 2014 (<https://www.betterplace.org/c/nutzungsbedingungen/>, zuletzt abgerufen am 25.2.2015), wonach der Spender mit der Auswahl eines Spendenziels seinen Wunsch zur Unterstützung zum Ausdruck bringt und der Betreiber des Spendenportals sich sodann – von Ausnahmen abgesehen, die nur in außergewöhnlichen Situationen greifen – zur entsprechenden Weiterleitung verpflichtet. Ebenfalls problematisch die Presseerklärung der Maecenata-Stiftung v. 24.11.2014, online unter: http://www.maecenata.eu/images/documents/PM/PM_vom_24._November_2014.pdf, zuletzt abgerufen am 25.2.2015, und Hofmann/Stolte S&S 6/2014, 36 (38) zur DSZ Global Giving Foundation.

37 Schön zB § 3 Abs. 3 der Satzung der „Deutschland rundet auf“ gemeinnützige Stiftungs-GmbH: „Die Gesellschaft verpflichtet sich ..., 100% der zugeführten Aufrundungsbeträge an durch ein Experten-Gremium ausgewählte, gemeinnützige oder mildtätige Projekte ... weiterzuleiten.“ Die praktische Umsetzung dieser Satzungsvorgabe ist allerdings insoweit problematisch, als die Stiftung auf ihrer Website stets das aktuell unterstützte Projekt bzw. die aktuell unterstützte Empfängerorganisation präsentiert, so dass der Spender sehr wohl weiß, welche konkrete Empfängerorganisation aktuell gefördert wird und er seine Spendenbereitschaft entsprechend danach ausrichten kann.

38 Im US-amerikanischen Recht wird das Thema der sog. „earmarked donations“ insbesondere im Zusammenhang mit dem Spendenabzug diskutiert: Spenden an eine US-amerikanische Charity, die nach dem Willen des Spenders zur Weiterleitung an eine konkrete ausländische gemeinnützige Organisation gedacht sind, berechtigen den Spender nicht zum steuerlich wirksamen Spendenabzug. Sie sind nur dann abzugsfähig, wenn die Mittlerorganisation, so wie auch hier vorgeschlagen, eine eigene Verwendungsentscheidung trifft. Siehe hierzu im Einzelnen Revenue Ruling 63-252 und 66-79. Dem internationalen Spenden hat dies aber keinen Abbruch getan.

39 BaFin Merkblatt „Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG)“ v. 22.12.2011, Abschn. 3.m.

RECHTSPRECHUNG

körperschaft weiterzuleiten – was insbesondere bei grenzüberschreitenden Spenden der einzig praktikable Weg war und ist, um dem deutschen Spender eine steuerlich wirksame Zuwendungsbestätigung ausstellen zu können. Bereits dem Finanzamt gegenüber muss sich eine Förderkörperschaft verantworten. Bei rechtsfähigen Stiftungen wachen ferner die Stiftungsaufsichtsbehörden darüber, dass die Stiftungsorgane tatsächlich die satzungsmäßigen Zwecke der Stiftung fördern.

Im Hinblick auf die insoweit ohnehin bestehenden staatlichen Kontrollmöglichkeiten und zur Vermeidung unnötigen bürokratischen Aufwands auf Seiten von das Gemeinwohl fördernden gemeinnützigen Einrichtungen dürfte es daher angezeigt sein, gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften gleich welcher Rechtsform aus dem Anwendungsbereich des ZAG herauszunehmen.

De lege ferenda wäre die Aufnahme eines gesonderten Ausnahmetatbestands in § 1 Abs. 10 Nr. 15 ZAG vorstellbar, zB wie folgt:

„Keine Zahlungsdienste sind:

(...)

15. die nicht gewerbsmäßige Entgegennahme und Übergabe von Bargeld im Rahmen einer gemeinnützigen Tätigkeit oder einer Tätigkeit ohne Erwerbszweck sowie die Entgegennahme und Weiterleitung von Mitteln durch steuerbegünstigte Körperschaften iSd § 51 AO i. V. m. § 58 Nr. 1 oder Nr. 2 AO.“

6. Fazit

Gemeinnützige Körperschaften stehen zunehmend unter Beobachtung der BaFin.⁴⁰ Das verwundert nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, dass insbesondere Mittelbeschaffungskörperschaften, die Spendenportale betreiben oder sich als Mittlerorganisationen für Auslandsspenden anbieten, jedes Jahr Millionenbeträge bewegen. Eine erhöhte Missbrauchsgefahr liegt in einem solchen Umfeld auf der Hand. Da die durch gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften bewirkten Finanzströme allerdings bereits anderweitig geprüft werden (Finanzbehörden, Stiftungsaufsichtsbehörden), sollte der Gesetzgeber gemeinnützige Mittelbeschaffungskörperschaften aus der Erlaubnispflicht gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG entlassen. Solange das unter den aktuell geltenden gesetzlichen Regelungen nicht der Fall ist, ist Mittelbeschaffungskörperschaften zu raten, ihr Geschäftsmodell entsprechend den hier unterbreiteten Vorschlägen (s. o. unter Punkt 4.) anzupassen.

40 Vgl. zur Diskussion über die mögliche BaFin-Erlaubnispflicht der Vermögensverwaltung durch gemeinnützige Treuhandstiftungen nach dem Kreditwesengesetz (KWG): Fischer nPoR 2012, 7 ff.; Schiffer/Pruns nPoR 2011, 78 ff.; sowie das Schreiben der BaFin v. 28.11.2011 – Q 33-QF 5100-2011/0167 (404809) (s. zu Letzterem auch die Kurzmitteilung in nPoR 2011, III). Zur Entgegennahme von Förderdarlehen als genehmigungspflichtiges Einlagengeschäft s. Garbe-Emden ZStV 2014, 136.

RECHTSPRECHUNG

Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH bei nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotener Auszahlung aus Vermögen der KG an GmbH-Gesellschafter

GmbHG §§ 30 Abs. 1, Abs. 3, 43 Abs. 2, Abs. 3; BGB §§ 426 Abs. 1, 705 ff.; HGB §§ 110, 128, 161 Abs. 2

1. Bei der GmbH & Co. KG ist eine Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder einen Kommanditisten eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung, wenn dadurch das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird. Wenn der Zahlungsempfänger (auch) Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, ist es für seine Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich ohne Bedeutung, ob daneben eine natürliche Person als Komplementär unbeschränkt haftet.

2. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH haftet nach § 43 Abs. 3 GmbHG für nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlungen aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft.

BGH, Urt. v. 9.12.2014 – II ZR 360/13

Sachverhalt:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 1.5.2003 über das Vermögen der A. K. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Schuld-

nerin) eröffneten Insolvenzverfahren. Komplementäre der Schuldnerin waren die A. K. Beteiligungs GmbH und der nach dem Vortrag des Klägers vermögenslose E. N. Geschäftsführer der A. K. Beteiligungs GmbH waren u. a. der Beklagte und der alleinige GmbH-Gesellschafter H. N. Einzige Kommanditistin der Schuldnerin war die N. Holding GmbH & Co. KG. Deren Kommanditisten waren der Beklagte und H. N.

2 H. N. entnahm dem Vermögen der Insolvenzsuldnerin im Jahre 2001 1.277.961,99 € und im Jahre 2002 1.872.910,79 € für private Zwecke.

3 Mit der Klage hat der Kläger von dem Beklagten den Gesamtbetrag dieser Entnahmen als Schadensersatz verlangt. Klage und Berufung hatten keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers.

Gründe:

4 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Erwägungen der Vorinstanz

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Hamm, Entscheidung v. 4.9.2013 – I-8 U 4/13, BeckRS 2014, 23356) hat ausgeführt, ein Schadensersatzanspruch ergebe sich nicht aus § 43 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 30 Abs. 1 GmbHG. Allerdings komme eine Haftung des Beklagten als Geschäftsführer der Komplementärin nach § 43 GmbHG jedenfalls aufgrund der drittschützenden Wirkung der Organstellung in Frage. Der Anwendbarkeit von § 30 Abs. 1 GmbHG stehe auch nicht grundsätzlich entgegen,