

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der gemeinnützig handelnde Mensch

I. Nehmen wir an, bei einem befreundeten Ehepaar sind statt des zweiten Kindes Drillinge zur Welt gekommen. Die Ehefrau bleibt in den nächsten Jahren notgedrungen zu Hause; das Einkommen des Ehemanns reicht gerade fürs Nötigste. Sie entschließen sich, Ihren Freunden mit 500 Euro monatlich unter die Arme zu greifen. Kann man diesen Betrag vielleicht als Spende von der Steuer absetzen? Schließlich dient das Kinder-Großziehen auch der Allgemeinheit; man denke nur an die Renten-Diskussion. Wer gemeinnütziges Tun finanziell unterstützt, erhält Steuervorteile – eine entsprechende Frage würden vermutlich mindestens 95% der Bevölkerung mit einem uneingeschränkten „ja“ beantworten.

Eine Rückfrage beim Finanzamt löst Enttäuschung aus. Ein höflicher Beamter wird innerlich den Kopf schütteln und den Frager belehren, dass nach § 51 AO nur „Körperschaften“ gemeinnützig sein können. Ehepaare und ihre Kinder mögen zwar nach Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz des Staates stehen, gemeinnützig sind sie deshalb noch lange nicht. Es liegt eine schlichte Schenkung vor. Ist der Finanzbeamte zugleich ein einfühlsamer Mensch, wird er noch einen kleinen Tipp parat haben: Da man mit Freunden nicht verwandt ist, gibt es für Schenkungen nach § 16 I ErbStG lediglich einen Freibetrag von 5 200 Euro. Man solle deshalb von der Sache besser nicht zu viel Aufhebens machen, sonst müsse das Ehepaar nach gut zehn Monaten 17% Schenkungsteuer bezahlen. Das sei unerfreulich, aber den Umständen nach nicht zu vermeiden.

Wie wäre es, wenn man zusammen mit weiteren vernünftigen Zeitgenossen einen Verein gründen würde, der die Familie unterstützt? Die Hürde „Körperschaft“ wäre genommen, aber von der steuerlichen Gemeinnützigkeit wäre man noch immer meilenweit entfernt: Nach § 52 I 2 AO liegt keine „Förderung der Allgemeinheit“ vor, wenn der Kreis der begünstigten Personen ein geschlossener ist, zum Beispiel zu einer Familie gehört. Eventuell ließe sich unter Rückgriff auf die „Mildtätigkeit“ nach § 53 AO etwas machen – aber dafür müsste die Familie unter bestimmten Einkommensgrenzen bleiben.

II. Erfahrung macht bisweilen neugierig. Der Spender – Jurist, aber kein Steuerexperte – führt sich den § 52 AO zu Gemüte, wo die gemeinnützigen Zwecke definiert sind. Näheres zu dieser Vorschrift gibt es im „AEAO“, was „Anwendungserlass zur Abgabenordnung“ heißt und wo im Prinzip das drinsteht, was die Finanzbehörden wirklich tun. Was ist denn nun eigentlich förderungswürdig – im Gegensatz zum Kinder-Großziehen?

Sein Auge fällt auf § 52 II Nr. 2 S. 1 Anwendungsfall 5, wonach die Förderung des Sports gemeinnützig ist. Nach Nr. 6 des AEAO dient dieser der „körperlichen Ertüchtigung“, was nach Nr. 14 erhebliche Konsequenzen hat: „Einrichtungen, die mit ihrer Tätigkeit auf die Erholung arbeitender Menschen ausgerichtet sind (z. B. der Betrieb ... eines Bootsverleihs) können nicht als gemeinnützig anerkannt werden, es sei denn, dass das Gewähren von Erholung einem besonders schutzwürdigen Personenkreis (etwa Kranken oder der Jugend) zugute kommt oder in einer bestimmten Art und Weise (z. B. auf sportlicher Grundlage) vorgenommen wird.“ Tretbootfahren wäre also nicht „gemeinnützig“, während das Fortbewegen

schwerer Ruderboote oder gar das Kajak-Fahren in reißenden Gewässern gute Anerkennungschancen hätte. Nur wer nicht „kaputt“ ist und deshalb noch richtig Sport treiben kann, bewegt sich in der Förderungszone. Zufälliges Nebenergebnis einer nicht ganz widerspruchsfreien Regelung oder Ausdruck eines bestimmten Menschenbilds? Unser Betrachter sucht weiter.

Zum Sport gehört nach Nr. 6 S. 2 AEAO der Motorsport. Das überrascht ein wenig, weil zugleich in § 52 I Nr. 1 AO auch der Umweltschutz sein Gemeinnützigkeitssiegel erhält, aber schließlich will der Gesetzgeber sowohl die Motorradfans wie auch die Umweltschützer zufriedenstellen. So läuft es nun mal in der Politik. Allerdings wird auch die körperliche Ertüchtigung nicht so ganz ernst genommen: Beim Motocross erscheint sie plausibel, aber wo bleibt die Förderung der Körperkräfte, wenn man einen schnittigen Sportwagen über die Rennstrecke lenkt? Im Wege weiter Auslegung lässt sich die dabei verlangte Reaktionsfähigkeit wohl noch darunter subsumieren, doch scheint dies die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht beschäftigt zu haben. Auch der Schießsport ist nach Nr. 6 Satz 5 gemeinnützig, wobei die Pflege des „Schützenbrauchtums“ als Nebenzweck akzeptiert wird; in „volksfestartige Schützenfeste“ darf das Ganze nach Satz 6 aber nicht ausarten. Weiter wird das „Amateurfunken“ in § 52 II Nr. 4 AO ausdrücklich genannt. Auf schwierigen Strecken Fahren, Schießen, Funken – sind das nicht alles Fähigkeiten, die beim Militär von hohem Nutzen sind? Dort will man „starke Kerle“ haben und nicht „kaputte Zeitgenossen“ aufpäppeln. Die Dinge fügen sich ineinander.

Doch auch die geistige Ertüchtigung soll nicht zu kurz kommen. § 52 II Nr. 2 S. 2 AO bestimmt kurz und bündig: „Schach gilt als Sport“. Aber weshalb diese Begrenzung? Muss ein guter Skatspieler nicht genauso intelligent sein, ja vielleicht noch über ein Stück Intuition und über kommunikative Fähigkeiten verfügen, die der kühl kalkulierende Schachspieler nicht benötigt? Der BFH (zitiert in Nr. 3 S. 3 AEAO) hat dies nicht akzeptiert, und auch Bridge und Go sind kein Sport im Sinne des Gemeinnützigkeitsrechts. Schach ist halt ein ausgeprägtes Strategiespiel, und die dabei erlernten Fähigkeiten lassen sich ähnlich wie Fahren, Schießen und Funken in bestimmten Zusammenhängen verwenden – so könnte ein besonders misstrauischer Zeitgenosse mutmaßen. Dieses Mal hätte er allerdings Unrecht, weil die Vorschrift erst in durchaus friedlichen Zeiten hinzugekommen ist (und überdies Schachspieler sehr wenig mit Soldaten gemein haben).

III. Das Steuerrecht bringt mindestens so viele Überraschungen wie das reale Leben. § 52 II Nr. 4 AO nennt als gemeinnützig eine Reihe von Freizeitbetätigungen, darunter auch den „Hundesport“. Der unbedarfte Leser wird sich vielleicht fragen, weshalb man es nicht bei der allgemeinen „Sport-Garantie“ bewenden ließ, doch wäre dies ein grundlegendes Fehlverständnis: hier sportelt der Hund, nicht der Mensch. Doch was geschieht, wenn man Pferde veranlasst, sich an einem Rennen ohne Reiter zu beteiligen? „Hund im Sinne des Gesetzes ist auch das Pferd“ wäre ein schöner Musterfall für eine gesetzliche Fiktion, aber als Basis für eine Analogie doch etwas gewagt. Die Gemeinnützigkeit gar für einen Flohzirkus zu reklamieren, erscheint erst recht

abwegig, kann man doch den treuesten Freund des Menschen nicht mit Flöhen auf eine Stufe stellen ...

Wie sieht es mit anderen Freizeitbeschäftigungen aus? Das Gesetz nennt die Tier- und Pflanzenzucht, worüber sich die Kleintierzüchtervereine und die Obst- und Gartenbauvereine freuen. Die Kleingärtnerei ist erfasst und ebenso der Karneval und seine süddeutschen Entsprechungen „Fasching“ und „Fastnacht“. Dies in Zweifel zu ziehen, würde einem in Köln und Mainz so eine Art Bahnhofsverbot einbringen, weshalb von einer Vertiefung abgesehen werden soll. Es geht weiter mit der „Soldaten- und Reservistenbetreuung“, wobei Nr. 13 AEAO das „Betreuen“ an Beispielen verdeutlicht: Erfasst ist die Beratung „über die mit dem Soldatendasein zusammenhängenden Fragen“, um das Angebot zu sinnvoller Freizeitgestaltung und um die Hilfe beim Übergang in das Zivilleben. Ob es beim „Bürger in Uniform“ noch immer Anpassungsprobleme beim Ankommen in der Zivilgesellschaft gibt? Muss ihm wirklich nach dem Ausscheiden aus der Bundeswehr vermittelt werden, dass Brüllen, Herumkommandieren und Strafoxerzieren keine akzeptierten Formen des menschlichen Miteinanders oder gar der Menschenführung mehr sind? Die „Pflege der Kameradschaft“ wird nur als untergeordneter Zweck zugelassen, weshalb man – so lässt sich vermuten – unverfängliche „Hauptzwecke“ benötigte. Die effektiv vorhandenen „Umstellungs“-Schwierigkeiten von Mitbürgern, die ihren Arbeitsplatz verloren und die die 53. erfolglose Bewerbung geschrieben haben – sie tauchen im Katalog der gemeinnützigen Aktivitäten an keiner Stelle auf. Es folgt in § 52 II Nr. 4 das schon erwähnte „Amateurfunken“ und die Förderung des „Modellflugs“, wobei sich die Modelle nach Nr. 9 AEAO auf Schiffe, Autos, Eisenbahnen und Flugdrachen beziehen können. Interesse verdient auch, was nicht erfasst ist: Nr. 9 spricht von allen sonstigen Freizeitaktivitäten und nennt als Beispiele das Filmen und Fotografieren, das Kochen, das Sammeln von Briefmarken, das Veranstalten von Reisen, die Aktivitäten von Oldtimer-Vereinen sowie die schlichte Pflege der Geselligkeit. Wichtiger ist die Aussage in Nr. 5, wonach „Nachbarschaftshilfevereine“ und andere Formen wechselseitiger Selbsthilfe nicht gemeinnützig sind, weil sie ja letztlich eigenwirtschaftlichen Zielen der Mitglieder dienen. Kinderbetreuung wird extra als Beispiel genannt. Aber warum soll man nicht auch im Kleinen Vernünftiges auf die Beine stellen können? Doch darum scheint es nicht zu gehen. Oder passt aktives Tun und Selbstorganisation nicht ins Menschenbild?

IV. Politik lebt von Eigenengagement. Können politische Aktivitäten gemeinnützig sein? Angesichts des herr-

schenden Politikerbildes wird die Frage von manchen vielleicht als Provokation empfunden; doch es kann ja auch den Graswurzeldemokraten oder den nicht parteigebundenen politischen Aufklärer geben. § 52 II Nr. 3 AO nennt die „allgemeine Förderung des demokratischen Staatswesens“ im Inland als gemeinnützigen Zweck, klammert zugleich aber Bestrebungen aus, die nur „bestimmte Einzelinteressen staatsbürgerlicher Art“ verfolgen oder sich auf die kommunalpolitische Ebene beschränken. Umfassend muss man sich nach Nr. 8 AEAO mit den demokratischen Grundprinzipien befassen und diese objektiv und neutral würdigen; „einseitige Agitation“ „unkritische Indoktrination“ und parteipolitisch motivierte Einflussnahme schließen die Gemeinnützigkeit aus. Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist schwer zu beurteilen; ausgesprochene Minderheitspositionen haben vermutlich gute Chancen, in die Agitatorenecke geschoben zu werden. Soweit andere gemeinnützige Zwecke wie zum Beispiel Umweltschutz oder Wissenschaft und Forschung verfolgt werden, sind nach Nr. 15 (nur) „gelegentliche“ Äußerungen zu tagespolitischen Themen unschädlich. Politisch Lied bleibt ein garstig Lied ... Wenigstens dient man auch rechtlich dem Gemeinwohl, wenn man sich für die Völkerverständigung und die Entwicklungshilfe einsetzt. In bescheidenem Umfang haben auch Gesetz- und Verordnungsgeber dazugelernt ...

V. Der Gang durch das Recht der Gemeinnützigkeit fördert neben vielen Skurrilitäten ein Menschenbild zu Tage, das man eher einer viele Jahrzehnte zurückliegenden Epoche zuordnen würde. *Kaiser Wilhelm* lässt grüßen. Die Folge ist, dass der Gesetzgeber den Begriff „gemeinnützig“ im heutigen Verständnis nicht wirklich ernst nimmt – etwa in dem Sinne, dass er Tätigkeiten fördert, die unserem Gemeinwesen insgesamt nützen, die die Lebensqualität in unserer Gesellschaft erhöhen. Nicht einmal dann, wenn man den Staat von eigenen Verpflichtungen entlastet, weil man beispielsweise die im Eingangsbeispiel genannte Familie vor dem Gang zum Sozialamt bewahrt, ist von „Gemeinnützigkeit“ die Rede. Stattdessen werden mit einer gewissen Willkürlichkeit bestimmte Aktivitäten wie das Schießen oder das Modellflugzeugebauen steuerlich privilegiert, während man selbstredend nicht gemeinnützig handelt, wenn man einem anderen Menschen die Berufsausbildung bezahlt oder wenn man mit Nachbarn zusammen einen Kinderspielplatz anlegt. Wie wäre es, wenn die Experten im Finanzministerium etwas mehr über diese Dinge nachdenken würden? Die Steuerreform hat ihre vergessenen Ecken.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Richard Lindner, Walzbachtal

Fehlen des Tatbestands im Berufungsurteil – Zulassungsgrund für die Revision?*

I. Inhalt der Entscheidung

Mit Beschluss vom 13. 8. 2003¹ hat der BGH entschieden, dass Berufungsurteile, die noch nach altem Recht ergehen, auch dann einen Tatbestand enthalten müssen, wenn die Revision darin nicht zugelassen wird, sofern sie der Nichtzulassungsbeschwerde nach der reformierten ZPO unterliegen. Der BGH lässt deshalb die Revision gegen ein Berufungsurteil zu, in dem von der Möglichkeit

des § 543 I ZPO a. F. Gebrauch gemacht wurde. Die Entscheidung betrifft nur vordergründig eine Fragestellung, die bald Vergangenheit sein wird. Ihr lässt sich vielmehr Wegweisendes für die Anforderungen an die Darstellung

* Besprechung von BGH, Beschl. v. 13. 8. 2003 – XII ZR 303/02, NJW 2003, 3352 (in diesem Heft) – Der Autor ist Rechtsanwalt in Walzbachtal.

1) NJW 2003, 3352 (in diesem Heft).

der tatsächlichen Feststellungen nach § 540 I Nr. 1 ZPO und die Beachtlichkeit einer fehlenden oder unzureichenden Darstellung für die Revisionszulassung entnehmen. Vor allem diesen, für die künftige Prozesspraxis bedeutsamen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

II. Die Darstellung der tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil

Hinsichtlich der Wiedergabe der Tatsachengrundlage knüpft der BGH bruchlos an die bereits vorliegende Rechtsprechung an. Insbesondere für Urteile, in denen die Revision zugelassen worden war, wurde in Fortsetzung der gefestigten Rechtsprechung zum bisherigen Recht ausgesprochen, die tatsächlichen Feststellungen dürften weder fehlen noch derart widersprüchlich, unklar oder lückenhaft sein, dass sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung nicht mehr zweifelsfrei erkennen lassen²; namentlich die Berufungsanträge müssten wenigstens sinngemäß wiedergegeben sein³. Wie bisher führen Mängel in diesem Bereich ohne weiteres zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht⁴.

Die Kontinuität dieser Rechtsprechung folgt aus der unveränderten Übernahme des § 561 I ZPO a. F. in § 559 I ZPO. Nach wie vor darf danach der revisionsrechtlichen Prüfung „prinzipiell nur der Tatsachenstoff“ zu Grunde gelegt werden, „der sich aus dem Berufungsurteil einschließlich der in ihm enthaltenen wirksamen Bezugnahmen sowie aus dem Sitzungsprotokoll erschließt“⁵. Dem damit nicht abgestimmten § 540 I Nr. 1 ZPO sind deshalb nur formale Erleichterungen zu entnehmen, wobei die Kombination von Bezugnahme auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils und Darstellung der in der Berufungsinstanz eingetretenen Änderungen und Ergänzungen die auf Fehlerkontrolle und -beseitigung konzentrierte Funktion der Berufung lediglich akzentuiert. Unverändert muss sich jedoch die tatsächliche Entscheidungsgrundlage – gegebenenfalls unter Hinzuziehung des Tatbestands des erstinstanzlichen Urteils – vollständig, widerspruchsfrei und klar aus dem Berufungsurteil selbst ergeben.

Der BGH stützt dieses Ergebnis mit einem Vergleich zu § 161 I Nr. 1 ZPO: Wie die dort vorgesehenen Protokollerleichterungen⁶ wird auch der Verzicht auf den Tatbestand nach § 543 I ZPO a. F. schon durch die nur mögliche Revisionszulassung auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin ausgeschlossen. Dementsprechend kann in diesem Fall auch nach neuem Recht nicht nach § 540 II ZPO i. V. mit § 313 a I 1 ZPO auf die Darstellung der tatsächlichen Feststellungen verzichtet werden. Vielmehr gelten für Berufungsurteile, die der Nichtzulassungsbeschwerde unterliegen, dieselben Anforderungen wie bei zugelassener Revision. Dahinter steht schließlich die Feststellung, Prüfungsgegenstand auch der Nichtzulassungsbeschwerde sei „stets die Gesamtheit der tatsächlichen Grundlagen, von denen das Berufungsgericht ausgegangen ist, sowie der rechtlichen Folgerungen, die es daraus gezogen hat“; verengt sei lediglich der Blickwinkel dieser Prüfung⁷.

III. Die Behandlung des Tatbestandsmangels in der Revisionsinstanz

Dürfte hinsichtlich der Anforderungen an die Darstellung der tatsächlichen Feststellungen und der Verletzungsfolge bei zugelassener Revision unter den Zivilsenaten weitgehend Einigkeit bestehen, zeichnet sich für die Frage, ob die Revision allein wegen ihres Fehlens oder ihrer mangelhaften, weil widersprüchlichen, lückenhaften oder unklaren Wiedergabe zuzulassen sein wird, eine Kontroverse ab: Dem XII. Zivilsenat erscheint es „schwerlich hinnehmbar“, dass ein Berufungsurteil Bestand habe, das mangels Wiedergabe der tatsächlichen Feststellungen die Überprüfung der abgelehnten Revisionszulassung im

Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren „erschwert oder gar vereitelt“; „noch weniger verständlich“ sei es, wenn ein Erfolg der statthaften Nichtzulassungsbeschwerde daran scheitere, dass der BGH die Prozessordnungswidrigkeit solcher Urteile bereits positiv festgestellt habe⁸. Dies lässt durchgreifende Zweifel an der Auffassung des V. Zivilsenats erkennen, der eine Revisionszulassung allein wegen eines Tatbestandsmangels abgelehnt hat⁹.

In der Tat erscheint die unterschiedliche Behandlung von Nichtzulassungsbeschwerde und Revision in diesem Punkt nicht gerechtfertigt: Seit jeher führt ein fehlender oder mangelhafter Tatbestand zur Aufhebung des Berufungsurteils, weil es dem Revisionsgericht an einer bindenden tatsächlichen Grundlage für seine rechtliche Überprüfung fehlt¹⁰. Setzt aber – worauf der XII. Zivilsenat zu Recht hinweist – die Überprüfung der Zulassungsentscheidung ebenfalls die Kenntnis der maßgeblichen tatsächlichen Feststellungen voraus, weil sich beispielsweise die Entscheidungserheblichkeit einer Grundsatzfrage oder die Kausalität eines Gehörverstößes sonst nicht beurteilen lässt, müssen Mängel, die diese Kenntnis ausschließen, auch zum Erfolg der Nichtzulassungsbeschwerde führen, damit auf zugelassene Revision hin das mangelhafte Urteil aufgehoben und die für eine ordnungsgemäße Überprüfung auch der (Nicht-)zulassungsentscheidung erforderliche Wiedergabe der tatsächlichen Feststellungen nachgeholt werden kann.

Da § 559 I ZPO den Prüfungsgegenstand auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auf den sich aus dem Berufungsurteil ergebenden Sachverhalt beschränkt¹¹, ist es dem Beschwerdeführer auch nicht möglich, „den der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt vorzutragen“ und daraus zulassungsbegründende Rechtsfehler abzuleiten¹². Ohne entsprechende Darstellungen im Berufungsurteil kann das Revisionsgericht auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nicht entscheiden, von welchem möglicherweise streitigen Sachverhalt es bei seiner Nachprüfung auszugehen hätte¹³.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Mangel im Tatbestand eine Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung oder Rechtsfortbildung aus Rechtsgründen von vornherein ausschließt. Da das Berufungsurteil allein wegen des Tatbestandsmangels aufzuheben ist, ist im Revisionsurteil weder eine Grundsatzfrage zu entscheiden noch sind von ihm Leitsätze zur Rechtsfortbildung zu erwarten. Klärungsfähigkeit und Entscheidungserheblichkeit sind aber anerkannte Voraussetzungen dieser Zulassungstatbestände¹⁴. Regelmäßig wird sich auch kein Verstoß gegen ein Verfah-

2) BGH, NJW-RR 2003, 1290 (unter II 1 b); NJW 2003, 3208 (unter II); NJW-RR 2003, 1006; zum alten Recht etwa BGHZ 80, 64 (67) = NJW 1981, 1621.

3) BGH, NJW 2003, 1745; NJW-RR 2003, 1290; die Verweisung auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils geht insoweit ins Leere.

4) BGH, NJW-RR 2003, 1006; NJW-RR 2003, 1745; für den überkommenen Rechtszustand etwa BGHZ 80, 64 (67) = NJW 1981, 1621.

5) BGH, NJW 2003, 3352 (unter II 5 b); NJW-RR 2003, 1290 (unter II 1 b); Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, Aktualisierungsbd., 2002, § 559 ZPO Rdnr. 4 m. w. Nachw.

6) BGH, NJW 2003, 3057 (unter 2).

7) BGH, NJW 2003, 3352 (unter II 5 c).

8) BGH, NJW 2003, 3352 (unter 6).

9) BGH, NJW 2003, 3208 (unter II); hingegen die Frage offen lassend der VI. Zivilsenat, NJW 2003, 3057.

10) RGZ 2, 421 (424); RGZ 71, 131 (133); BGHZ 40, 84 (87) = NJW 1963, 2070; BGHZ 79, 248 (250 ff.) = NJW 1981, 2065; BGHZ 80, 64 (67) = NJW 1981, 1621; BAG, NJW 1971, 214.

11) Erweitert um in der Beschwerdebegründung darzulegende Verfahrensrügen, § 559 II ZPO.

12) So aber BGH, NJW 2003, 3352 (unter II).

13) Vgl. BGHZ 79, 248 (252) = NJW 1981, 2065.

14) Wenzel, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 5), § 543 ZPO Rdnr. 9, 10, 13.