

npoR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Herausgeber

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer (geschäftsführend), Dr. Wilhelm-Albrecht Achilles, Prof. Dr. Arnd Arnold, Prof. Dr. Michael Droege, Prof. Dr. Stefan Geibel, Prof. Dr. Hans Fleisch, Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Dominique Jakob, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. em. Dr. Dieter Reuter, Dr. Andreas Richter, Dr. Stephan Schauhoff, Dr. Ulrich Segna, Thomas Wachter, Dr. Reinmar Wolff

Aufsätze

- Kooperationen zwischen Gemeinnützigen – Ein steuerlicher Überblick
Teil 2 – Gesellschaftsrechtliche Verbundenheit (*Barbara Meyn*) S. 1
- Vermögensverwaltung für nicht rechtsfähige Stiftungen und Genehmigungspflicht nach dem KWG
(*Dr. Daniel J. Fischer*) S. 7

Praxisforum

- Wie bereite ich (m)eine soziale Innovation auf Finanzierung und Verbreitung vor? – Das Jonglieren mit
Rechtsformen in der Praxis von Social Entrepreneurs (*Rainer Höll*) S. 11
- Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes: Personalgestellung durch gemeinnützige Unternehmen
auf dem Prüfstand! (*Dr. Carolin Kraus und Dr. Friederike Meurer*) S. 14
- KfW-Förderprogramm zur Finanzierung von Sozialunternehmen – Rechtliche und steuerliche Aspekte
(*Dr. Hardy Fischer und Katharina Hemmen*) S. 17
- Corporate Governance und Compliance Management in Stiftungen
(*Sascha Voigt de Oliveira und Mathias Wendt*) S. 19

npoR-Report

- npoR-Report Stiftungsrecht, Vereinsrecht und Steuerrecht (*Julian Albrecht, Clara Lienicke, Janne Seelig*) S. 22

Rechtsprechung

- BGH: Zur Haftung eines Vereinsmitglieds S. 28
- BFH: Abgrenzung Spenden und Zahlungen für satzungsmäßige Zwecke S. 30
- BFH: Zur Gewerblichkeit eines Private Equity Fonds (mit Anmerkung *Peter Stark*) S. 32
- BVerwG: Weisungsrecht des Stadtrats gegenüber seinen Vertretern im Aufsichtsrat eines kommunalen
Versorgungsbetriebs (mit Anmerkung *Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer*) S. 36

Praxisforum

Rainer Höll*

Wie bereite ich (m)eine soziale Innovation auf Finanzierung und Verbreitung vor?

Das Jonglieren mit Rechtsformen in der Praxis von Social Entrepreneurs¹

I. Einleitung

Dies ist ein Praxisreport zu typischen Herausforderungen, denen Social Entrepreneurs beim Thema Rechtsformen und Gemeinnützigkeit begegnen. Diese Herausforderungen werden aus einem Grund immer relevanter: Die Wachstums- und Verbreitungsmuster von Social Entrepreneurs machen einen Umbruch bei der Finanzierung sozialer Innovation notwendig. Die Praxis zeigt, dass neuere Finanzierungsformen und bisheriges Gesellschafts- und Steuerrecht nicht immer leicht vereinbar sind.

II. Was sind Social Entrepreneurs?

Social Entrepreneurs sind Bürger, die soziale Probleme mit innovativen Lösungen und unternehmerischen Mitteln angehen. Ihre Lösungen sind im Optimalfall nicht nur neuartig, sondern innovativ im radikalen Sinn: Sie haben das Potential, in einem gesellschaftlichen Bereich grundlegende Paradigmenwechsel herbeizuführen.

Unternehmerisch sind Social Entrepreneurs, indem sie selbstverantwortlich, risikobereit und tief überzeugt, aber auch pragmatisch und kreativ denken und handeln. Zudem wollen sie ihre umkrepelnde Wirkung so weit wie möglich verbreiten. Im Regelfall machen sie sich mit ihren Ideen selbständig und damit ihr Engagement zum Beruf.

Sozial sind Social Entrepreneurs, indem sie mit dem angestrebten Paradigmenwechsel ausschließlich auf die Abschaffung eines sozialen Missstandes zielen und nicht auf die Maximierung von finanziellem Gewinn.

Solche Menschen gab es zu allen Zeiten. Sie haben viele gesellschaftliche Innovationen hervorgebracht, die unser Leben heute noch prägen: *Florence Nightingale*, die Begründerin der Krankenpflege, *Maria Montessori*, die die Kinderbetreuung neu gedacht hat, *Friedrich Wilhelm Raiffeisen*, der die Idee der Genossenschaftsbanken entworfen hat.

Heute zählen dazu Menschen wie *Frank Hoffmann*, der die Brustkrebsvorsorge mit blinden Tastuntersucherinnen verbessert, *Katja Urbatsch*, die mit „Arbeiterkind.de“ Nichtakademiker-Kinder zum Hochschulstudium ermutigt, *Raul Krauthausen*, der zusammen mit tausenden von Usern auf der Onlinekarte „wheelmap.org“ rollstuhlgerechte Orte markiert, oder *Judy Korn*, die mit dem Violence Prevention Network rechtsextremistische jugendliche Gewalttäter zur Rückkehr in die demokratische Gesellschaft befähigt.

Die Organisation Ashoka fördert diese Bürger als „Ashoka Fellows“ bei der Verbreitung ihrer Ansätze. Sie erhalten Lebenshaltungs-Stipendien für drei Jahre, Strategie-, Rechts- und Kommunikationsberatung durch Pro-Bono-Unternehmenspartner, Kontaktabahnung mit potenziell interessierten Stiftungen, Investoren, Unternehmen und politischen Entscheidungsträgern sowie die Vernetzung mit anderen Ashoka Fellows in Deutschland und international.

III. Soziale Innovation und soziale Finanzierung

Warum sind Rechtsform- und Gemeinnützigkeitsfragen für Social Entrepreneurs besonders relevant? Ashoka achtet bei der Auswahl von herausragenden Social Entrepreneurs primär auf die unternehmerische Persönlichkeit und die tiefgreifend innovative Idee. Das konkrete Finanzierungs- oder Geschäftsmodell ist weniger entscheidend. Daher finden sich unter den Ashoka Fellows alle denkbaren Rechtsformen: von Vereinen, GmbHs und UGs (gemeinnützig oder nicht), Aktiengesellschaften (gemeinnützig oder nicht) bis hin zu Stiftungen.

Der Umgang mit dieser Vielfalt und den speziellen Wachstumsmustern von Social Entrepreneurs ist besonders für Förderer und Investoren herausfordernd. Sie müssen bereit sein, auch über kreative Formen der Finanzierung nachzudenken. Entsprechend sind seit einigen Jahren neue Kapitalgeber wie z.B. Bonventure und der Social Venture Fund entstanden, die mit ihren Methoden über die klassische staatliche und philanthropische Modellförderung durch Zuwendungen und Spenden hinausgehen.

Diese Investoren experimentieren insbesondere mit rückzahlbaren Formen wie Eigenkapital- und Kreditfinanzierung. Dabei versuchen sie meist, eine maximale soziale Rendite mit einer bescheidenen finanziellen Rendite in Einklang zu bringen. Der Vorteil solcher Finanzierungsformen: Sie machen sozialen Innovatoren ein Vielfaches an Kapital über den Stiftungssektor hinaus zugänglich, und die Gelder können nach Rückzahlung neu investiert werden. Für den Social Entrepreneur sind sie zudem nicht mit hohen Fundraisingkosten verbunden und viel freier verwendbar als die meisten Zuwendungen. Und sie sind meist der Beginn einer längeren Finanzierungs- und intensiven Beratungsbeziehung mit dem Investor (sogenannte Venture Philanthropy).

Mittlerweile entwickeln auch Stiftungen und Banken solche Instrumente. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) bietet z.B. seit Januar 2012 das erste staatlich finanzierte Investitionsprogramm in Deutschland speziell für Social Entrepreneurs an.² Mit solchen Angeboten sind erste Schritte gemacht, um eines der wichtigsten Hindernisse für die Verbreitung von sozia-

* Der Autor ist stellvertretender Geschäftsführer von Ashoka Deutschland.

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 4.11.2011 anlässlich der 11. Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts an der Bucerius Law School gehalten hat. Zur rechtlichen Seite des Social Entrepreneurship siehe *Weitemeyer*, in: Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2011/2012*, erscheint demnächst.

2 S. <http://www.kfw.de>. und ausführlich dazu den Beitrag von *H. Fischer/Hemmen* in diesem Heft auf Seite 17.

ler Innovation in Deutschland zu beseitigen.³ In Zukunft werden noch weitere Instrumente entstehen. Besonders in Parallelförderungen von philanthropischen und regulären Finanzinvestoren liegt ein immenses Potential.⁴

Dieser Kontext ist hilfreich zum Verständnis der folgenden fünf Beobachtungen aus der Praxis mit Social Entrepreneurs. Sie zeigen die Eigenheiten und Komplexitäten dort, wo sich Anforderungen des Social Entrepreneurship und das deutsche Gesellschafts- und Steuerrecht treffen.

IV. Fünf Beobachtungen aus der Social-Entrepreneurship-Praxis zu Rechtsformen und Gemeinnützigkeit

1. Am Anfang steht oft ein e.V., der an seine Grenzen stößt

Des Deutschen liebste Rechtsform für das Engagement ist der eingetragene Verein. Das gilt auch für Social Entrepreneurs. Der e.V. ist leicht gegründet und hat bei gemeinnützigen Stiftungen und staatlichen Mittelgebern eine gute Reputation. Die gemeinnützige GmbH stößt bei vielen Förderern noch immer auf (meist unbegründete) Skepsis, sichtbar in Äußerungen wie: „Wir müssten erst einmal prüfen, ob wir überhaupt an GmbHs spenden dürfen. Wir sind ja gemeinnützig.“ Auch erlaubt der e.V. durch die Rolle der Mitgliederversammlung besonders partizipative Entscheidungsprozesse – ein für viele Engagementinitiativen wichtiges Charakteristikum.

Eine ganze Reihe von Ashoka Fellows sind über Vereine aktiv. Die SchluU-Schule von *Michael Stenger*, die unbegleitete minderjährige Flüchtlinge zum Hauptschulabschluss führt, ist beispielsweise innerhalb des „Trägerkreises Junge Flüchtlinge e.V.“ angesiedelt.

Je nach Wachstums- und Verbreitungsmodell kann der e.V. auch langfristig vollkommen unproblematisch sein. In anderen Fällen kann er aber im Lauf der Entwicklung der Organisation für Social Entrepreneurs Nachteile haben. Soziale Investoren, die einer Gründerperson vertrauen, sind daran interessiert, dass diese kurze Entscheidungswege nutzen kann und langfristig „Kapitän auf dem Schiff“ bleiben wird. Nur dann lassen sie sich auf größere Wachstumsfinanzierungen ein. Keines von beidem aber kann die Struktur eines e.V. garantieren. Der Mitgliederversammlung steht es frei, den Vorstand mit anderen Personen zu besetzen, etwa wenn ihre unternehmerische Risikobereitschaft kleiner ist als die einzelner Gründerfiguren im Vorstand.

Ein weiterer Nachteil ist, dass Social Entrepreneurs mit Vereinen viele Formen der staatlichen Gründerförderung nicht offen stehen. Beispielsweise legen die Richtlinien zum „Gründercoaching Deutschland“ fest, dass nur Gründer „im Bereich der gewerblichen Wirtschaft“ und mit „ausreichender unternehmerischer Entscheidungsfreiheit“⁵ eine staatliche Gründerförderung beantragen dürfen. Selbst Social Entrepreneurs mit gemeinnützigen GmbHs und AGs, die diese Bedingungen eigentlich erfüllen, müssen in der Praxis derzeit um die Anerkennung kämpfen. Vereine aber sind damit grundsätzlich ausgeschlossen.

Schließlich sind für Investoren bei eingetragenen Vereinen grundsätzlich keine Eigenkapitalbeteiligungen möglich.

Aufgrund u.a. dieser Nachteile gründen Social Entrepreneurs oft nachträglich gemeinnützige Kapitalgesellschaften, was mit großem Mehraufwand verbunden ist.

2. Die Rechtsform kann Teil der sozialen Problemlösung sein

Social Entrepreneurs haben als oberstes Ziel soziale Wirkung. Manchmal ist eine bestimmte Rechtsform für die Verwirklichung dieser Ziele viel mehr als ein formaler Unterbau. Sie ist

ein zentraler Teil der sozialen Veränderungsstrategie selbst. In diesen Fällen hat der Social Entrepreneur bei der Rechtsform keine Wahl.

Ein Beispiel hierfür ist Ashoka Fellow *Christian Hiß*. Der 50-jährige Gärtnermeister aus der Nähe von Freiburg beschäftigt sich mit dem Problem des „Höfesterbens“: Viele Betreiber kleinerer Bauernhöfe finden keine Nachfolger und müssen deshalb den Hof aufgeben. Viele junge, gut ausgebildete Landwirte würden dagegen diese Höfe gerne übernehmen, haben aber nicht die finanziellen Möglichkeiten dazu. Durch jeden abgegebenen Hof gehen aber Biodiversität und ökologische Produktionsmöglichkeiten verloren.

Als Lösung hat *Hiß* mit der „Regionalwert AG“ eine Bürgeraktiengesellschaft gegründet: Bürger stellen dabei als Aktionäre Kapital bereit. Die Regionalwert AG beteiligt sich damit an landwirtschaftlichen und landwirtschaftsnahen Betrieben in der Region Freiburg und verpachtet oder vergibt sie an qualifizierte Unternehmer zur Bewirtschaftung, die die AG selbst identifiziert hat. Als Aktionäre einer Art Holdinggesellschaft für Landwirtschaftsbetriebe entscheiden die Bürger so selbst über die Balance der finanziellen, ökologischen und sozialen Rendite ihrer Investition. Das Ergebnis ist ein Gegenmodell zur wachsenden Entfremdung der Nahrungsmittelproduktion von ihren Käufern.

Für *Hiß* ist die Aktiengesellschaft eine Ermöglichungsstruktur für Verantwortungsübernahme und Beteiligung von Bürgern. Ende 2011 ist er für dieses Konzept von der Schwab-Stiftung zum Social Entrepreneur des Jahres gewählt worden.

3. Gemeinnützigkeit gilt nicht für jeden Gemeinnutz

Bei der Suche nach radikaler sozialer Innovation stößt Ashoka auch auf Gründer, deren ideelle Ziele sich nur mit einer nicht-gemeinnützigen Organisation erreichen lassen.

Ein Beispiel ist Ashoka Fellow *Klaas Glenewinkel*. Er ermöglicht Medien in Krisenregionen wie Irak, Afghanistan und Sudan langfristige politische Unabhängigkeit, indem er Marktmechanismen für kommerzielle Werbung etabliert. Aus Mangel an langfristiger politisch unabhängiger Finanzierung fallen Medien in Konflikt- und Postkonfliktländern schnell wieder unter den Einfluss von Regierungen, Parteien oder religiös motivierten Gruppen. Durch die gemeinnützige Organisation MICT hatte *Glenewinkel* über zehn Jahre lang diese Medien journalistisch geschult und erkannte, dass nur über Werbung verlässliche unabhängige Einnahmequellen für sie geschaffen werden können. Mit der Plural Media Services GmbH etabliert er die erste private Werbe-Vermittlungsagentur für Zeitungen, Radio und Fernsehen in Krisenregionen. Er bereitet Informationen über Reichweite und Zielgruppe der Medien auf, macht sie in Wirtschaftsfragen fit und verbindet sie zu regulären Marktpreisen mit internationalen und heimischen Unternehmen.

Die Intention von *Glenewinkel* ist eindeutig gemeinwohlorientiert. Seine Veränderungsstrategie aber ist es, durch einen Präzedenzfall zu beweisen, dass es lohnende Geschäftsmodelle für Werbe-Vermittlung mit diesen Medien gibt. Durch

3 Siehe *Höll/Oldenburger*, Wie überwinden wir Hürden für soziale Problemlöser? Sechs Ansätze zur Verbreitung von sozialer Innovation und Social Entrepreneurship in Deutschland (abrufbar unter: http://germany.ashoka.org/sites/germanysix.ashoka.org/files/Ashoka_SozialeInnovation.pdf).

4 *Bugg-Levine/Kogut/Kulatilaka*, A New Approach to Funding Social Enterprises, Harvard Business Review, January-February 2012, S. 120 f.

5 Richtlinie Gründercoaching Deutschland vom 15.3.2011 (abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvw-bund_15032011_IIC54041402.htm#gesivz3tm#gesivz3).

diese Strategie ist er gezwungen, auf den Status der Gemeinnützigkeit zu verzichten und zahlreiche Nachteile in Kauf zu nehmen: Keine Steuererleichterungen, keine Möglichkeit der Zuwendungsbescheinigung für Spenden, und keine Möglichkeit für Stiftungsförderungen. Darüber hinaus erschwert sein nicht-gemeinnütziger Status die Zusammenarbeit mit vielen staatlichen Stellen.

Hier ließe sich fragen: Ist Plural Media Services nicht eigentlich ein Zweckbetrieb (§ 65 AO)? Er dient der Verwirklichung eines steuerbegünstigten Zwecks, der nur durch diesen Geschäftsbetrieb erreicht werden kann. Und dieser steht nicht im Wettbewerb mit anderen Betrieben derselben oder ähnlicher Art. Gerade der Mangel an Wettbewerb und Konkurrenz unter Werbe-Vermittlungsagenturen ist ja hier das soziale Problem.

Ob Zweckbetrieb oder nicht, hängt natürlich immer von der Einzelfallprüfung ab. Im obigen Fall etwa wird es unterschiedliche Auffassungen zum Konkurrenzkriterium geben. Aber Plural ist ein typisches Beispiel für die Erfahrung vieler Social Entrepreneurs, dass gemeinwohlorientiert nicht immer gleich gemeinnützig heißt. Sie geraten in den Grundkonflikt, dass sie bei großer Marktnähe um die Steuerbefreiung bangen müssen, selbst wenn die Gemeinwohlorientierung gerade in der Veränderung eines Marktes liegt.

4. Gemeinnützigkeit kann behindern

Oft klappt es jedoch, und der Social Entrepreneur hat den Freistellungsbescheid in der Hand, etwa für eine gemeinnützige GmbH. Viele Ashoka Fellows haben diese Form gewählt, z.B. Volker Baisch, der Unternehmen dabei berät, wie sie väterfreundlicher werden können. Sein Ziel ist eine Gesellschaft, in der weder für Männer noch für Frauen Kinder und Karriere in Konkurrenz zueinander stehen. Im Jahr 2004 hatte Volker Baisch den „Väter e.V.“ gegründet, im Jahr 2010 dann die „Väter gGmbH“ für die weitere Verbreitung seines Ansatzes. Sie erlaubt ihm, mit wirtschaftsnaher Reputation an Unternehmen heranzutreten und gleichzeitig seine Gemeinwohlorientierung klar kenntlich zu machen.

Gemeinnützigkeit kann jedoch auch behindernd für unternehmerisches Handeln sein. Zunächst darf eine gemeinnützige GmbH an nicht-gemeinnützige Investoren keine Gewinne ausschütten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 AO). Das schließt eine Reihe von sozial orientierten Eigenkapitalgebern aus, die sich möglicherweise mit sehr bescheidenen Renditen zufrieden gegeben hätten.

Zudem besteht bei Gemeinnützigkeit der Zwang zur zeitnahen Mittelverwendung. Welcher Unternehmer aber kann langfristig planen, wenn er sein Geld immer kurzfristig ausgeben muss? Zwar sind über die sehr beschränkten freien Rücklagen hinaus laut § 58 Nr. 6 AO große zweckgebundene Rücklagen möglich, dabei muss es aber um „bestimmte [...] Vorhaben“ gehen, „für deren Durchführung bereits konkrete Zeitvorstellungen bestehen“ (AEAO Ziff. 10 zu § 58 Nr. 6 AO). Das Hauptanliegen vieler Social Entrepreneurs jedoch, nämlich die Skalierung und Verbreitung der eigenen Wirkung, lässt sich in der Regel nicht als konkretes Projekt formulieren. Jeder Unternehmensgründer in der Wirtschaft wird bestätigen, dass sich Wachstumsstrategien schnell neuen Gegebenheiten anpassen müssen, und dass es dafür genügend flexibel verwendbare Rücklagen braucht. Das Kriterium der Vorhabenbindung erschwert ein solches Handeln.

Schließlich herrscht bei vielen Social Entrepreneurs große Verunsicherung, welche Ertragsformen und -höhen bei Gemeinnützigkeit überhaupt zugelassen sind („Als Gemeinnützige dürfen wir doch keine Einnahmen oder gar Gewinn machen, oder?“). Diese hemmende Verunsicherung wird noch dadurch verstärkt, dass die entsprechenden Beschränkungen von verschiedenen Finanzämtern unterschiedlich ausgelegt werden.

5. Duale Strukturen sind teuer

Um die jeweiligen Nachteile von gemeinnützigen und nicht-gemeinnützigen Organisationen auszugleichen, behelfen sich viele Social Entrepreneurs mit Doppelstrukturen.

Der Ashoka Fellow *Norbert Kunz* unterstützt Benachteiligte beim Weg in die Selbständigkeit: junge Arbeitslose, Langzeitarbeitslose, Menschen mit Behinderung und Menschen mit Migrationshintergrund. Dafür hat er die iq consult GmbH und die gemeinnützige iq consult GmbH gegründet (letztere löste einen früher gegründeten gemeinnützigen iq consult e.V. ab).

Die GmbH bietet Beratungsdienstleistungen an und sichert die Finanzierung der gemeinnützigen GmbH, mit letzterer wiederum kann sich *Kunz* auf Ausschreibungen der Europäischen Union bewerben und Bewilligungsempfänger von staatlichen und philanthropischen Fördergeldern sein.

Die Nachteile dieser dualen Strukturen sind die große Komplexität und die Kosten, die mit ihnen verbunden sind. Sie erfordern einen doppelten Buchhaltungsapparat, doppelte Bilanzierung, teilweise sogar doppelte Mietverträge für Räumlichkeiten und doppelte Arbeitsverträge. *Kunz* schätzte 2011, dass ihm bei 2 Mio. EUR Umsatz Mehrkosten von ca. 50.000 EUR durch diese Doppelstrukturen entstehen.

Es sei betont: Social Entrepreneurs bedienen sich dieser Doppelstruktur nicht, um einen Mittelbeschaffungsbetrieb von ihrem ideellen Bereich zu trennen. Beide Gesellschaften dienen unmittelbar einem ideellen Zweck, allerdings ist die gemeinnützige allein zu wenig kompatibel mit unternehmerischen Handlungs- und Finanzierungslogiken.

V. Fazit: Braucht es neue Rechtsformen?

Die Beispiele zeigen: Social Entrepreneurs sitzen zwischen allen Stühlen. Weil sie in sozialer Mission handeln und problemlos Spendenempfänger sein möchten, gehen sie oft auf Nummer sicher und gründen zunächst einen eingetragenen Verein (über den sie schnell hinauswachsen) oder, seltener, eine gemeinnützige Kapitalgesellschaft (die sie zur nicht-unternehmerischen Mittelverwendung zwingt). Weil sie andererseits unternehmerisch denken und handeln, möchten sie der erwähnte „Kapitän auf dem eigenen Schiff“ sein, möchten Eigenkapitalinvestitionen ermöglichen und benötigen beträchtliche freie Rücklagen für die Skalierung. Dafür bieten sich mit GmbH oder AG eher die Klassiker der Rechtsformen für Wirtschaftsunternehmen an. Wer keine Nachteile will, gründet beides, muss dann aber den Preis dafür bezahlen.

In der Social Entrepreneurship-Szene, sowohl in Deutschland als auch international, werden viele Lösungsvorschläge für dieses Dilemma diskutiert. Manche davon setzen beim Gesellschaftsrecht an und debattieren die Notwendigkeit einer eigenen Rechtsform für Organisationen mit sozialer Zielsetzung. Experimente mit eigenen Rechtsformen gibt es bereits in anderen Ländern. In Großbritannien existiert die „Community Interest Company“ (CIC),⁶ in den USA die „Low-Profit Limited Liability Company“ (L3C) und seit 2010 die „Benefit Corporation“ und die „Flexible Purpose Corporation“.⁷

Diese Rechtsformen sind allerdings aus Praktikersicht eher mit einer Zertifizierung vergleichbar, um die Gemeinwohlorientierung einer Organisation in Statuten festzuschreiben und öffentlich zu beglaubigen. Das erleichtert zwar das Engage-

⁶ Siehe <http://www.cicassociation.org.uk/>.

⁷ Siehe *Fei*, Beyond Taxation: A Guide to Social Enterprise Vehicles, Taxation of Exempts, 22/4, January/February 2011. Auch einige Rechtsformen in europäischen Ländern können als Hybridformen gezählt werden.

ment von Stiftungen, Investoren oder Unternehmens-CSR. Die Rechtsformen genießen jedoch, anders als „Charities“, keine Steuererleichterungen.

Damit sind sie kein ideales Vorbild für das, was Social Entrepreneurs in Deutschland am meisten weiterhelfen würde: die Möglichkeit, in einer einzigen Organisation Gemeinnützigkeit, (maßvolle) Renditeausschüttung an Investoren und größere Freiheiten bei der Rücklagenbildung zu kombinieren. Für eine solche Kombination gäbe es in Deutschland sogar historische Vorbilder. Vor der Gemeinnützigkeitsverordnung 1953 konnten gemeinnützige Organisationen Gewinnanteile ausschütten, solange der vereinbarte Satz 5% (KStG 1925) bzw. 4% (KStDV 1935) unter dem damals marktüblichen Zinssatz lag.⁸

Trotz mancher Governance-Problematik liegt also das Verbesserungspotential für Verbreitung und Finanzierung von sozialer Innovation eher im Steuerrecht. Einzelne Förderer propagieren dazu sehr weitreichende Vorschläge, z.B. *Rodney Schwartz*, der Gründer des Social-Business-Unterstützers ClearlySo in Großbritannien. Er fordert eine grundlegende Anpassung von Steuersystemen zugunsten von Unternehmen mit sozialem Geschäftszweck: So wie umweltbelastende Unternehmen durch zusätzliche Steuern und Ausgaben für Emis-

sionszertifikate belastet werden, so sollten Unternehmen mit positiven Externalitäten für Gesellschaft und Umwelt durch Steuererleichterungen zusätzlich belohnt werden.⁹

Abschließend sei gesagt: Social Entrepreneurs können und wollen nicht auf die Anpassung des Rechtsrahmens warten. Sie sind kreativ genug, sich mit dem Gegebenen vorerst zu arrangieren. Genauso entscheidend wie Rechtsfragen ist schließlich der derzeitige Einstellungswandel: dass sich mehr engagierte Bürger als wirkungsorientierte Unternehmer begreifen – und mehr Förderer nicht mehr nur als Spender, sondern als Investoren für das Gemeinwohl.

8 Siehe *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 86 ff.

9 Siehe <http://www.global-economic-symposium.org/solutions/the-global-society/funding-social-enterprises/strategyerspectivefolder/the-fiscal-code-needs-to-be-more-tilted>.

Dr. Carolin Kraus und Dr. Friederike Meurer*

Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes:

Personalgestellung durch gemeinnützige Unternehmen auf dem Prüfstand!

Am 1.12.2011 sind die lange diskutierten Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) in Kraft getreten. Einige Regelungen gelten bereits seit dem 30.4.2011. Für gemeinnützige Einrichtungen dürfte die Reform teilweise zu nicht unerheblichem Handlungsbedarf führen – sei es, weil nunmehr eine Arbeitnehmerüberlassungs-Erlaubnis benötigt wird oder weil alternative Lösungen für bestehende Konstruktionen gefunden werden müssen, die den neuen Zulässigkeitskriterien nicht mehr genügen.

Im Folgenden stellen wir die für gemeinnützige Unternehmen wichtigsten Änderungen des AÜG übersichtsartig dar und verweisen jeweils auf deren Bedeutung für die Praxis.

I. Erlaubnispflicht auch für gemeinnützige Unternehmen

Für gemeinnützige Unternehmen von besonderer Bedeutung ist, dass die Erlaubnispflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG nun ausdrücklich für jede Arbeitnehmerüberlassung gilt, die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens stattfindet. Bislang stellte das Gesetz für die Frage nach dem Bestehen einer Erlaubnispflicht darauf ab, ob die Arbeitnehmerüberlassung „gewerbsmäßig“ betrieben wurde. Dies führte dazu, dass bei einer Überlassung von Personal auf reinem Selbstkostenniveau Zweifel an der Gewerbsmäßigkeit geäußert werden konnten. Zwar gingen die Bundesagentur für Arbeit¹ sowie verschiedene Finanzbehörden² bereits bisher von einer rein steuerlichen Betrachtungsweise aus und nahmen dementsprechend bei Vorliegen eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes auch die Gewerbsmäßigkeit und damit fast immer die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung an. Verschiedene Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts schienen jedoch in eine andere Richtung zu deuten und ließen bisher zumindest theoretisch auch eine andere Beurteilung zu.³ Durch die Änderung des Gesetzes hat sich die Debatte

nun endgültig erledigt und die Arbeitnehmerüberlassung durch gemeinnützige Einrichtungen bedarf regelmäßig zwingend einer Erlaubnis.

Hinweis für die Praxis: Gemeinnützige Einrichtungen, die Drittpersonaleinsatz betreiben, sollten spätestens jetzt abklären, ob es sich hierbei um eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG handelt. Sofern keine rechtliche Ausgestaltung als Dienstvertrag in Betracht kommt und auch keine Ausnahmemöglichkeit des AÜG greift, muss für den Personaleinsatz zwingend eine entsprechende Erlaubnis beantragt werden. Andernfalls drohen empfindliche Geldbußen sowie die Unwirksamkeit der abgeschlossenen Verträge mit der Folge von ggf. hohen Nachzahlungsverpflichtungen.

II. Einschränkung auf vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Eine weitere viel diskutierte Änderung ist die Einfügung des neuen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, wonach die Arbeitnehmerüberlassung „vorübergehend“ erfolgt. Eine Definition des Begriffs „vorübergehend“ ist dem Gesetz allerdings nicht zu entnehmen, insbesondere wurde auf die Normierung einer konkreten Höchstüberlassungsdauer verzichtet. Dementsprechend wurde und wird vielfach diskutiert, wie zukünftig mit Konstellati-

* Die Autorinnen sind Rechtsanwältinnen und Mitarbeiterinnen des Fachbereichs Gesundheitswesen und Sozialwirtschaft der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO AG in Köln.

1 Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit, Stand: Juli 2005, Punkt 1.1.3.

2 Vgl. z.B. Verfügung der OFD Rheinland v. 16.4.2009 – Kurzinfo KSt 23/2009.

3 BAG, Beschl. v. 25.1.2005 – 1 ABR 61/03; BAG, Beschl. v. 20.4.2005 – 7 ABR 20/04.

4 Eine ausführliche Diskussion findet sich etwa bei *Hamann*, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70 ff.

npoR - Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
www.npoR.de

Heft 1/2012 – ISSN 1868-3762