



**Universität Hamburg**  
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

**INTERDISZIPLINÄRES  
ZENTRUM**  
FÜR INTERNATIONALES  
FINANZ- UND STEUERWESEN

UHH · IIFS · Sedanstraße 19 · 20146 Hamburg

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Wirtschaftsausschuss  
per E-Mail

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 19/1540

**Prof. Dr. Lars Hummel, LL.M.**

Interdisziplinäres Zentrum für  
Internationales Finanz- und  
Steuerwesen (IIFS)  
– International Tax Institute –  
Sedanstraße 19  
D-20146 Hamburg

Tel. +49 (0)40 - 42838 - 6250  
Fax +49 (0)40 - 42838 - 3393  
lars.hummel@iifs.uni-hamburg.de  
www.iifs.de  
www.jura.uni-hamburg.de

30.10.2018  
AZ

**Ihre Bitte um Stellungnahme vom 13. September 2018  
zu dem Antrag der Fraktionen von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP,  
Drucksache 19/757 vom 1. Juni 2018, sowie  
zu dem Alternativantrag der Fraktion der SPD,  
Drucksache 19/778 vom 6. Juni 2018,  
betreffend die Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Freifunk-Initiativen**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Damen und Herren,

zu den oben bezeichneten Anträgen darf ich wie folgt Stellung nehmen.

I.

Was zunächst das Verhältnis beider Anträge betrifft, so richten sie sich in der Sache, wenn ich dies richtig deute, auf dasselbe Ziel, nämlich die Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Freifunk-Initiativen im Wege einer entsprechenden gesetzlichen Maßnahme. Ob es insoweit vorzugswürdig erscheint, eine auf dieses Ergebnis gerichtete frühere Bundesratsinitiative wieder aufzugreifen (in diese Richtung Drucksache 19/778) oder vermittels einer neu formulierten Bundesratsinitiative dieses Ergebnis zu erstreben (in diese Richtung Drucksache 19/757), ist keine rechtliche Frage, sondern eine solche politischer Opportunität, weshalb ich mich insofern einer inhaltlichen Aussage enthalten darf.

II.

Der systematisch richtige Ort für eine gesetzliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Freifunk-Initiativen ist § 52 Abs. 2 Satz 1 AO, weil dort bereits für andere konkret benannte

Fälle zum Ausdruck gebracht wird, dass diese „als [Erscheinungsformen der] Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen“ sind (Satzteil 1).

### III.

Die in § 52 Abs. 2 Satz 1 AO eigens benannten Fälle können nur in abstracto als Erscheinungsformen der Förderung der Allgemeinheit anerkannt werden, weil anderenfalls auch die im Einzelfall nicht begünstigungswürdigen Betätigungen erfasst würden, insbesondere solche gewerblicher Art, deren Geschäftsmodell darin besteht, einen der gesetzlich aufgeführten Zwecke zu verfolgen (hier: die Einrichtung und Unterhaltung offener Kommunikationsnetzwerke, und zwar zu dem Preise der Erhebung, Speicherung, Nutzung und Weitergabe persönlicher Nutzerdaten, der die Verfolgung jenes Zwecks als gewerblich erscheinen lässt). Aus diesem Grunde muss das Gesetz zusätzlich die grundsätzliche Beschaffenheit einer begünstigungswürdigen Betätigung vorgeben. Das geschieht in § 52 Abs. 1 AO, wonach die Verfolgung eines gemeinnützigen Zweckes namentlich darin liegt, dass die betreffende „Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern“ (Satz 1). Diese Bedingungen nimmt § 52 Abs. 2 Satz 1 AO dadurch auf, dass er die von ihm benannten Fälle nur „[u]nter den Voraussetzungen des Absatzes 1“ (Satzteil 1) als Erscheinungsformen der Förderung der Allgemeinheit anerkennt.

§ 52 Abs. 2 Satz 1 AO enthält keinen ausgrenzenden Katalog in dem Sinne, dass dort nicht aufgeführte Fälle definitiv nicht als Erscheinungsformen der Förderung der Allgemeinheit anerkannt werden könnten. Vielmehr hat der Gesetzgeber eigens eine Öffnungsmöglichkeit in § 52 Abs. 2 Satz 2 AO vorgesehen. Hiernach kann die Verfolgung eines im Katalog des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO nicht aufgeführten Zwecks für gemeinnützig erklärt werden, sofern die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos gefördert wird, sofern also die Voraussetzung des § 52 Abs. 1 Satz 1 AO vorliegen. Für derartige Entscheidungen haben die obersten Finanzbehörden der Länder nach § 52 Abs. 2 Satz 3 AO jeweils eine Finanzbehörde zu bestimmen; ein Ermessen ist nach herrschender Auffassung hingegen nicht eingeräumt (siehe Finanzgericht Köln, Zwischenurteil vom 17. Oktober 2013, 13 K 3949/09, juris, Rz. 102). Um der Hervorbringung bundeseinheitlicher Entscheidungen willen hat sich die Finanzverwaltung dabei einen länderübergreifenden Abstimmungsprozess verordnet (siehe Anwendungserlass zur Abgabenordnung vom 31. Januar 2014, Bundessteuerblatt – Teil I 2014, S. 290, zu § 52, Tz. 2.6).

Daraus folgt alsdann, dass die hier in Rede stehenden Freifunk-Initiativen auch ohne eine Aufnahme in den Katalog des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO und damit bereits heute als Erscheinungsformen der Förderung der Allgemeinheit anerkannt werden können, wenn sie eben die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 Satz 1 AO erfüllen. Der – durchaus gewichtige – Vorteil ihrer Aufnahme in den Katalog des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO läge freilich darin, dass für die Rechtsanwender von vornherein Klarheit über eine entsprechende Einordnung der Freifunk-Initiativen bestünde.

### IV.

Freifunk-Initiativen erstreben – angelehnt an die Formulierung in Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12105, S. 7 – die Einrichtung und Unterhaltung eines freien, kostenlosen Kommunikationsnetzwerks. Der von ihnen potentiell ausgehende Ertrag für die Allgemeinheit reicht gewiss über denjenigen hinaus, den bloße Freizeitbetätigungen mit sich bringen, die der Gesetzgeber bereits durch Zuerkennung der Gemeinnützigkeit „adelt“. Diese (bemer-

kenswerte) Entscheidung manifestiert sich vor allem in den Kataloggegenständen „der Förderung [...] des Amateurfunkens, des Modellflugs und des Hundesports“ (§ 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 23 AO). Wollte man zudem eine grundsätzliche Vergleichbarkeit der Freifunk-Initiativen und des im Gesetz genannten Amateurfunkens annehmen, so offenbarte sich besonders deutlich, dass das Amateurfunkens – anders als die Freifunk-Initiativen – nur, wie die Erfahrung lehrt, eine recht begrenzte Zahl technisch entsprechend ausgerüstete(r) Anwender(innen) anspricht und beifolgend nur begrenzt zur kommunikativen Vernetzung der Gesellschaft beiträgt. Aus der Binnenperspektive des Katalogs des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO erschiene die Aufnahme der Freifunk-Initiativen infolgedessen plausibel, ja sogar konsequent. Vorausgesetzt, man sieht die Bedingungen des § 52 Abs. 1 AO hinsichtlich der Freifunk-Initiativen prinzipiell als erfüllt an, bestünden weitere rechtliche Erwägungen zugunsten ihrer Aufnahme in den Katalog des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO in der definitiven Herbeiführung bundeseinheitlicher Vorgaben sowie in der Gleichbehandlung einer eben als gemeinnützig erkannten Betätigung (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG).

Und etwas Grundsätzliches tritt hinzu: Zur Beantwortung der Frage, ob eine Betätigung im gesellschaftlichen Raume mit einem greifbaren Nutzen für die Allgemeinheit einhergeht, ist in erster Linie der demokratisch legitimierte Gesetzgeber berufen, zumal sie jedenfalls im Ausgangspunkt auch eine Angelegenheit politischer Einschätzung bildet. Die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte können jene Frage in Ansehung einer bestimmten Betätigung erst dann sachgerecht beantworten, wenn der Gesetzgeber ihnen Beurteilungskriterien an die Hand gegeben hat (was implizite durch die von ihm getroffenen, Gesetz gewordenen Entscheidungen geschieht, in denen sie ihren Niederschlag finden).

#### V.

Im Falle der Aufnahme der Freifunk-Initiativen in den Katalog des § 52 Abs. 2 Satz 1 AO verbliebe allerdings eine Unwägbarkeit in unionsrechtlicher Hinsicht, deren Ausräumung eine nähere Untersuchung erforderlich machte. Sie resultiert aus einer denkbaren Aktualisierung des unionsrechtlichen Beihilferegimes (vgl. Art. 107 AEUV), weil die alsdann steuerlich begünstigten Träger der Freifunk-Initiativen theoretisch in ein Konkurrenzverhältnis zu einem gewerblichen – und deswegen steuerlich nicht begünstigten – Akteur aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union treten könnten. Dabei ist es übrigens von untergeordneter Bedeutung, dass die technische Leistungsfähigkeit von Freifunk-Initiativen regelmäßig hinter derjenigen der angesprochenen gewerblichen Akteure zurückbleiben wird. Genährt wird besagte Unwägbarkeit zumal durch zum Teil mehrdeutige Maßstabsbildungen in der das Beihilferegime betreffenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

#### VI.

Ein Hinweis sei speziell noch zu dem am 10. März 2016 beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung zwecks Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Freifunk (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12105) gegeben, der in dem hiesigen Alternativantrag der Fraktion der SPD, Drucksache 19/778 vom 6. Juni 2018, ausdrücklich in Bezug genommen wird. Der Entwurf geht davon aus, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG folge, was unter keinem Gesichtspunkt nachvollziehbar erscheint. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das in Rede stehende Vorhaben dürfte sich vielmehr aus Art. 105 Abs. 2 GG ergeben. Denn die Steuergesetzgebungskompetenzen umfassen grundsätzlich auch die Gewährung von Steuervergünstigungen und können auch zur Sozialgestaltung und damit zum Erlass steuerlicher Lenkungsnormen in Anspruch genommen werden. Aus

dieser Perspektive betrachtet, bedeutete die Heranziehung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zudem eine Umgehung des Art. 105 Abs. 3 GG, wonach die dort aufgeführten Bundesgesetze über Steuern der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'L. Hummel', written in a cursive style.

Prof. Dr. Lars Hummel, LL.M.