

Dritter Beratungsgegenstand

Individuen und Intermediäre

1. Zivilgesellschaft

Referat von *Ulrich Hufeld*, Hamburg*

Inhalt

| | | |
|------|---------------------------------|-----|
| I. | Bürgerfreiheit | 324 |
| II. | Rechtsbegriff Zivilgesellschaft | 325 |
| | 1. Unionsrecht | 326 |
| | 2. Staatliches Recht | 327 |
| III. | Akteure | 328 |
| | 1. Intermediäre | 328 |
| | a) Assoziation | 328 |
| | b) Affektation | 329 |
| | c) Alimentation | 330 |
| | 2. Individuen | 332 |
| | a) Der Gründer | 333 |
| | b) Der Whistleblower | 333 |
| | c) Der Aktivist | 334 |
| | 3. Das Komplementärprinzip | 336 |
| IV. | Status- und Kooperationsrecht | 337 |
| | 1. Anerkennung | 338 |
| | a) Gründung und Satzung | 338 |
| | b) Haltung und Handlung | 340 |
| | 2. Schutz | 341 |
| | a) Statusschutz | 342 |
| | b) Schutz vor SLAPP | 344 |
| | c) Whistleblower-Schutz | 345 |
| | 3. Betrauung | 346 |
| | a) Vertragselemente | 346 |

* Austausch und Rückhalt verdanke ich *Birgit Weitemeyer, Roland Broemel, Oliver Diggelmann, Florian Meinel, Christoph Ohler, Ralf Peter Schenke* und *Christian Waldhoff*.

| | |
|---------------------------------------|-----|
| b) Wissenstransfer | 347 |
| c) Klagerechte | 349 |
| 4. Aberkennung | 350 |
| V. Verfasste Bürgerfreiheit | 352 |

I. Bürgerfreiheit

Zivilgesellschaft – das ist die offene Vielheit der privaten Akteure, die für die öffentliche Sache eintreten. Bürgerinnen und Bürger nehmen sich die Freiheit, uneigennützig zu handeln, besetzen Ämter ohne Amtsgewalt, ehrenhalber, engagieren sich spontan oder organisiert, kontinuierlich und reputierlich im Verein, dann wieder höchstpersönlich, oft von Leidenschaft getrieben, immer aus freien Stücken. Die Rede ist von tätiger Bürgerfreiheit, gerichtet auf Engagement in der öffentlichen Sphäre.

Angesichts dieser Kennzeichen mag dem Etatisten angst und bange werden. Offenheit, Vielheit, privat-persönlich motivierte, womöglich allzu menschliche Mitwirkung in öffentlichen Angelegenheiten? Just diese Unwägbarkeiten und Unbeherrschbarkeiten sollen doch aufgehoben sein in einheitlicher, entpersonalisierter, rationaler Staatsorganisation. Wir haben den Staat als Einheit im Recht konstituiert und gezähmt, schöpfen aus der tief verankerten Idee, dass Gesetze, nicht Menschen regieren sollen,¹ und lassen nicht nach, die Legitimation der staatlichen Gemeinwohlervorbringung zu perfektionieren.

Jedoch, im freiheitlichen Verfassungsstaat gilt das Fundamentalgesetz: Staatsgewalt ist für das Gemeinwohl umfassend verantwortlich, nicht jedoch allein.² Dieser Staat wird sich um der Freiheit willen und um seinetwillen auf öffentliches Engagement freier Bürger einlassen, auf Konzepte, die dem privaten, eigensinnigen Gemeinwohlbeitrag Raum geben. Der folgende Bericht erörtert die Idee der tätigen, öffentlich relevanten Bürgerfreiheit in einem Dreischritt, knüpft an den *Rechtsbegriff* Zivilgesellschaft an, typisiert die *Akteure* und betrachtet Gestaltungsmuster für ein öffentliches *Status- und Kooperationsrecht*.

¹ *Andreas von Arnould* Rechtsstaat, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 17 ff.; *Klaus Thomalla* „Herrschaft des Gesetzes, nicht des Menschen“. Zur Ideengeschichte eines staatsphilosophischen Topos, 2019. „Regieren“ und das Problem seiner Verrechtlichung: *Angelika Nußberger* Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?, in: VVDStRL 81 (2022), 7 (15 ff.).

² *Josef Isensee* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 110 ff.; *Paul Kirchhof* Mittel staatlichen Handelns, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 99 Rn. 9 ff.

II. Rechtsbegriff Zivilgesellschaft

„Zivilgesellschaft“ ist allgegenwärtiger Begriff geworden,³ auch Rechtsbegriff. Mit seinem Wohlklang verdrängt er die Bezeichnung *Dritter Sektor*.⁴ Das positive Recht hält aber den Triptychon-Gedanken fest, wenn es „die Zivilgesellschaft“ ungeachtet aller Binnendifferenzierung als Einheit anspricht und in Beziehung setzt zu Staat und Wirtschaft.⁵ Die grundrechtsberechtigten Akteure des dritten Sektors schöpfen nicht aus einer dritten Legitimationsquelle.⁶ Sie bekennen sich freiheitlich zum Grundsatz *Not-for-Profit*, folgen dem Prinzip *Private Action, Public Benefit* strikter als die Sozialunternehmen, die allenfalls einem vierten Sektor zugehören.⁷

³ Begriff und Begriffsgeschichte, statt vieler: *Dieter Gosewinkel/Dieter Rucht* „History meets sociology“: Zivilgesellschaft als Prozess, in: Dieter Gosewinkel/Dieter Rucht/Wolfgang van den Daele/Jürgen Kocka (Hrsg.) *Zivilgesellschaft – national und transnational*, 2004, 29 (31 ff.); *Jürgen Kocka* *Zivilgesellschaft in historischer Perspektive*, in: Ralph Jessen/Sven Reichardt/Ansgar Klein (Hrsg.) *Zivilgesellschaft als Geschichte*, 2004, 29 ff.; *Rupert Graf Strachwitz/Eckard Priller/Benjamin Triebe* *Handbuch Zivilgesellschaft*, 2020, Kap. 1, Historischer Zugang, 9 ff.; *Norman Weiß* *Bedeutung und Funktion von Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit im demokratischen Rechtsstaat am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, in: JöR 61 (2013), 15 (16 ff.). Aufschlussreich auch *Rene Pfeilschifter* *Antike Zivilgesellschaft. Ein Plädoyer für die Adaption eines Begriffs der Gegenwart*, *Historische Zeitschrift* 315 (2022), 1–32.

⁴ *Graf Strachwitz/Priller/Triebe* *Handbuch Zivilgesellschaft* (Fn. 3), 1 (5); *Rainer Hüttemann* *Empfiehlt es sich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung und Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen übergreifend zu regeln?*, *Gutachten G zum 72. Deutschen Juristentag*, 2018, G 10.

⁵ Das gilt für § 3 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Errichtung der Deutschen Stiftung für Engagement und Ehrenamt (Fn. 18) und für die Novelle des Jugendschutzgesetzes 2021: Zur „Weiterentwicklung des Kinder- und Jugendmedienschutzes“ soll insbesondere eine „gemeinsame Verantwortungsübernahme von Staat, Wirtschaft und Zivilgesellschaft“ beitragen, § 17a JuSchG, eingefügt durch Gesetz vom 9.4.2021, BGBl. I 2021, 742. Damit wird positiv-rechtlich vorausgesetzt, dass nichtstaatliche Akteure bereit und in der Lage sind, „gesamtgesellschaftliche“ (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 2.12.2020, BT-Drs. 19/24909, 32 und 37) Mitverantwortung zu übernehmen und die tätige „Gemeinsamkeit“ (§ 17a JuSchG) mit der Hoheitsgewalt dem Gemeinwesen dienlich sei. § 9 Abs. 3 des Klimaschutzgesetzes (Neufassung 2021) unterscheidet zwischen „Wirtschaftsverbänden“ und „zivilgesellschaftlichen Verbänden“. Vgl. auch die Digitalstrategie der Bundesregierung v. 5.9.2022, BT-Drs. 20/3329, 3 ff.

⁶ Allgemein: *Josef Isensee* *Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen*, *Der Staat* 1981, 161; spezifisch: *Michael Droege* *Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat*, 2010, 318 ff., 326 ff.

⁷ *Birgit Weitemeyer* *Alternative Organisationsformen im Trend – Unternehmensstiftung, gemeinnützige GmbH, Benefit Corporation*, *ZGR* 2022, 627–663, auch zur Entstehung eines „Vierten Sektors“.

1. Unionsrecht

In die Rechtssprache hat der Begriff Zivilgesellschaft nach dem Jahr 2000 Einzug gehalten, zuerst im Unionsrecht mit dem Vertrag von Nizza.⁸ Nicht zufällig beanspruchen „Vertreter der Zivilgesellschaft“⁹ seit 2001 Sitz und Stimme im Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss. Dort war Ende der 90er Jahre ein Grundlagen- und Referenztext¹⁰ entstanden – „Zivilgesellschaft“ bewährte sich als Schleusenbegriff. Mit ihm waren leibhaftige Unionsbürgerinnen und Unionsbürger für die politische Öffentlichkeit und die demokratische Willensbildung in Europa zu gewinnen.¹¹ Just unter einer Präsidentin namens *Machiavelli* trat der Wirtschafts- und Sozialausschuss im November 1999 als Schleusenwärter auf. Er focht institutionell in eigener Sache,¹² zugleich aber für die legitimationsbedürftige Integrationsgemeinschaft.¹³

Zehn Jahre später wird die Charta der Grundrechte Teil des Primärrechts, mit ihr die Bezugnahme auf die Zivilgesellschaft im Tatbestand der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.¹⁴ Und im Institutionen- und Legiti-

⁸ Art. 257 Abs. 2 EGV i.d.F. des Vertrages von Nizza: „Der Ausschuß besteht aus Vertretern der verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Bereiche der organisierten Zivilgesellschaft, insbesondere der Erzeuger, der Landwirte, der Verkehrsunternehmer, der Arbeitnehmer, der Kaufleute und Handwerker, der freien Berufe, der Verbraucher und des Allgemeininteresses.“

⁹ Art. 300 Abs. 2 AEUV in der Nachfolge des Art. 257 Abs. 2 EGV-Nizza.

¹⁰ Stellungnahme EWSA v. 22.9.1999 „Die Rolle und der Beitrag der organisierten Zivilgesellschaft zum europäischen Einigungswerk“, ABl. EG v. 17.11.1999, C 329/30. Vgl. zu deren Fortwirken als Referenz der Diskussion und Referenztext der einschlägigen Unionsdokumente nach 1999: *Martin Nettesheim* in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, 2022, Art. 11 EUV Rn. 15 ff. (2015).

¹¹ Stellungnahme EWSA 1999 „Rolle der Zivilgesellschaft“ (Fn. 10) sub 9.5 und 9.6.

¹² Der EWSA war jahrzehntelang auch und wesentlich berufsständische Vertretung der Kaufleute und Handwerker. Vgl. Art. 193 Abs. 2 EWG-Vertrag 1958–1993: „Der Ausschuß besteht aus Vertretern der verschiedenen Gruppen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens, insbesondere der Erzeuger, der Landwirte, der Verkehrsunternehmer, der Arbeitnehmer, der Kaufleute und Handwerker, der freien Berufe und der Allgemeinheit.“ Heute Art. 300 Abs. 2 AEUV: „[...] setzt sich zusammen aus Vertretern der Organisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer sowie anderen Vertretern der Zivilgesellschaft [...]“, alle Mitglieder üben „ihre Tätigkeit in voller Unabhängigkeit zum allgemeinen Wohl der Union aus“ (Art. 300 Abs. 4 AEUV).

¹³ Rolle des EWSA im institutionellen Gefüge als Vermittler komplementärer Legitimation: Stellungnahme EWSA 1999 „Rolle der Zivilgesellschaft“ (Fn. 10) sub 10.3, insbesondere sub 10.3.6.

¹⁴ Art. 12 Abs. 1 GRCh: Freier und friedlicher Zusammenschluss auch im „zivilgesellschaftlichen Bereich“ als Tatbestand der Vereinigungsfreiheit; vgl. Stellungnahme EWSA 1999 „Rolle der Zivilgesellschaft“ (Fn. 10) sub 12.3 zum Bemühen des Wirtschafts- und Sozialausschusses, als „Forum zur Entwicklung einer europäischen Identität“ Einfluss zu

mationsgefüge sehen sich seither sämtliche Unionsorgane vertragsrechtlich verpflichtet, den „*Dialog*“ mit der Zivilgesellschaft zu suchen und deren „*Beteiligung*“ sicherzustellen (Art. 11 Abs. 2 EUV, Art. 15 Abs. 1 AEUV).

2. Staatliches Recht

Das Grundgesetz kennt das Wort Zivilgesellschaft nicht, verbürgt aber selbstverständlich das positive und negative Freiheitsrecht, selbstlos und rechtstreu, spontan oder organisiert zum allgemeinen Besten beizutragen. Das einfache Recht setzt den Begriff voraus, spricht vielfach Vertreter, Repräsentanten oder Mitglieder der Zivilgesellschaft an,¹⁵ mitunter „zivilgesellschaftliche Verbände“, an der Seite, jedoch abgesetzt von „Wirtschaftsverbänden“,¹⁶ nicht selten einfach nur „die“ Zivilgesellschaft.¹⁷

Wesentliche Elemente einer Legaldefinition finden sich seit März 2020 im *Gesetz zur Errichtung der Deutschen Stiftung für Engagement und Ehrenamt*,¹⁸ einer Stiftung des öffentlichen Rechts. Voran steht der Begriff *bürgerschaftliches Engagement*, definiert als der „freiwillige, unentgeltliche und am Gemeinwohl orientierte Einsatz einer oder mehrerer Personen auf Basis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“.¹⁹ Der Begriff

gewinnen auf den damals (1999) unter deutscher Ratspräsidentschaft initiierten Prozess der Ausarbeitung einer „Charta der Grundrechte der europäischen Bürger“.

¹⁵ § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Gesetz zur Errichtung der Bundesstiftung Gleichstellung v. 18.5.2021, BGBl. I 2021, 1139; Gesetz zur Errichtung der „Stiftung Forum Recht“ v. 13.5.2019, BGBl. I 2019, 731; § 6 Abs. 2 Nr. 5 Gesetz über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte v. 16.7.2015, BGBl. I 2015, 1194.

¹⁶ § 9 Abs. 3 Klimaschutzgesetz. *Sabine Schlacke* Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 (911 f.), stellt fest, dass § 9 Abs. 3 KSG Verbände beteiligt, „nicht aber Bürger/innen“.

¹⁷ § 17a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 JuSchG; § 5 Abs. 2 LobbyRG.

¹⁸ Gesetz vom 25.3.2020, BGBl. I 2020, 712: Gründung einer rechtsfähigen bundesunmittelbaren Stiftung des öffentlichen Rechts.

¹⁹ § 2 Abs. 2 Nr. 1. Bezugnahme auf den Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ (2002) im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/14336, 11 (zu § 2); vgl. den Abschlussbericht der Enquete-Kommission v. 3.6.2002, BT-Drs. 14/8900, 24, zum bürgerschaftlichen Engagement als „Leitbegriff“. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung (Demokratiefördergesetz – DFördG) v. 19.9.2022 rückt die Variante „zivilgesellschaftliches Engagement“ an die Spitze (§ 1 Abs. 1): „Dieses Gesetz dient der Förderung und Stärkung des gesellschaftlichen Zusammenhalts und des zivilgesellschaftlichen Engagements im gesamten Bundesgebiet zur Wahrung der Normen und Werte des Grundgesetzes und zur Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland.“ Gleichlautend nunmehr der Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 30.12.2022, BR-Drs. 684/22.– Für Konzepte jenseits der Freiwilligkeit, für demokratische Zumutungen „in

der Ehrenamtlichkeit knüpft daran an. Das bürgerschaftliche Engagement für eine Organisation, „die ohne Gewinnerzielungsabsicht Aufgaben ausführt, die im öffentlichen Interesse liegen oder gemeinnützige, kirchliche beziehungsweise mildtätige Zwecke fördern“, heißt *Ehrenamt*.²⁰ Die Definitionen lassen am *gesetzlichen Begriff Zivilgesellschaft*²¹ keinen Zweifel: Er umschließt das *nicht-hoheitliche, nicht-erwerbswirtschaftliche* und *nicht-korporatistische* Eintreten einer Person oder Personengruppe für die *Res publica*.

III. Akteure

Mit wem haben wir zu tun? Die Zivilgesellschaft kann und soll weder Handlungs- noch Entscheidungseinheit sein. In ihrer nichtstaatlichen „Kultur des Öffentlichen“²² zählen die Vielheit der Akteure und die Vielfalt der Ziele.

1. Intermediäre

Im Zentrum steht der Verein, oft im Kleinformat. Gemeinnützige Körperschaften sind vielfach in Kooperationsformen und Holdingstrukturen verbunden.²³ Das organisierte Engagement der Intermediäre zielt auf Verlässlichkeit und Wirkungsstärke, auf Attraktivität und Reputation.

a) Assoziation

Der Verein, der Klub und die Loge, der Kunst-, Konzert- und Gesangsverein, die Lesegesellschaft, der Gelehrten- und der politische Salon, die Patriotische Gesellschaft – das Vereinswesen entfaltet sich seit dem späten

aktiver Passivität“, ein sich in Anspruch-nehmen-lassen: *Felix Heidenreich* Demokratie als Zumutung, 2022.

²⁰ § 2 Abs. 2 Nr. 2. Vgl. *Thomas Beyer* Rechtsbegriff und Rechtsverhältnis der ehrenamtlichen Tätigkeit, ZStV 2019, 172 (179 f.).

²¹ Der Stiftungszweck wird unter anderem erfüllt durch „Vernetzung von Bund, Ländern, Kommunen, Wirtschaft und Zivilgesellschaft“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 3). Die Gesetzesbegründung spricht die gesetzlich benannten „Vertreterinnen und Vertreter aus dem Bereich des bürgerschaftlichen Engagements und des Ehrenamts“ im Stiftungsrat als Vertretung der Zivilgesellschaft an, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/14336, 12 (zu § 6).

²² *Gunnar Folke Schuppert* Governance-Leistungen der Zivilgesellschaft, in: Dieter Gosewinkel/Dieter Rucht/Wolfgang van den Daele/Jürgen Kocka (Hrsg.) Zivilgesellschaft – national und transnational, 2004, 245 (246).

²³ *Rainer Hüttemann* Gemeinnützigkeitsrecht und Spendenrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 4.38 ff.; *Martin Schunk* Kooperationen zwischen gemeinnützigen Körperschaften und das Unmittelbarkeitsgebot nach § 57 AO, 2014.

18. Jahrhundert zu voller Blüte, aufs engste verknüpft mit Aufstieg und Differenzierung der bürgerlichen Gesellschaft.²⁴ Das Prinzip der freien Assoziation war historisches Novum – die freimütige emanzipatorische Zweckverabredung derer, die gewillt waren, jenseits traditionaler Korporation eine *freie Verbindung der in der Zweckverfolgung Gleichgesinnten* zu suchen. Im neuen Assoziationsprinzip waren alle Grund- und Grenzlinien angelegt, die uns heute im Nachdenken über die Zivilgesellschaft bewegen: man verbindet sich privat, aber jenseits der häuslichen Sphäre; wer Geheimbündelei vermeiden will, zeigt sich und bekennt sich; der Assoziationszweck wird frei gewählt, mag in die öffentliche Sphäre ausgreifen, geht aber nicht aufs Ganze des Politischen.

Die freie Assoziation bietet sich allen Personen an, die an spezialisierter Ausrichtung und Zugehörigkeit interessiert sind – an einem selbstorganisierten Zweckbündnis. Die gebündelte und kuratierte Kraft der Mitgliedschaft macht sie zu einem kompetenten Akteur im doppelten Sinne: fähig und zuständig. Kraft ihrer Kompetenzen in Angelegenheiten des öffentlichen Wohls und kraft ihrer Fähigkeiten zur Kooperation untereinander²⁵ geben sie der Zivilgesellschaft Gestalt und Gehalt.

b) *Affektation*

Die Konzentration auf den einen Zweck²⁶ setzt ein eigentümliches und politisch ambivalentes Affektationsprinzip²⁷ frei, verstanden als Prinzip der Geneigtheit und Verbundenheit, der Anregung und der Leidenschaft. Diese Kraft kann der Idealverein auch dem externen, philanthropisch gesinnten Ressourcengeber anbieten,²⁸ mit satzungsförmlicher Garantie.

Der einzelne Mensch kann sich nicht mit Haut und Haaren dem Gemein-sinn verschreiben. Das wird ihm freilich in der Leiterzählung des Privat-

²⁴ *Thomas Nipperdey* Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert, in: *Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert*, 1972, 1–44; *Friedrich Müller* Korporation und Assoziation, 1965, 220 ff.; vgl. *Pfeilschifter* Antike Zivilgesellschaft (Fn. 3), 18 ff., zur Rolle der Vereine und informellen Gruppen in der römischen Kaiserzeit der ersten beiden nachchristlichen Jahrhunderte.

²⁵ *Karl-Heinz Ladeur* Der Staat gegen die Gesellschaft, 2006, 106 ff.

²⁶ Die künstliche Rechtsperson als Zweckverwirklichungsgebilde: *Gregor Roth* Verbandszweck und Gläubigerschutz, 2021, 143 ff.

²⁷ *Ulrich Hufeld* Recht und Moral der Gemeinwohlfinanzierung, 2014, 34 ff.

²⁸ Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Philanthropie in Europa: ein ungenutztes Potenzial“, ABl. EU v. 16.7.2019, C 240, 24 sub 3.4: „Philanthropie steht jedem offen; jeder kann einen Beitrag leisten. Jedes Jahr engagieren sich bereits Millionen Einzelpersonen und Unternehmen in Europa, die Geld spenden. Es geht ihnen in erster Linie um Leidenschaft, Dankbarkeit und Engagement für gesellschaftliche Fragen als Ergänzung zu staatlichem Handeln.“

rechts²⁹ nicht angelastet – die Zivilgesellschaft dieser Leiterzählung ist die Privatrechtsgesellschaft³⁰ der gleich Freien, die zuallererst ihre Eigeninteressen koordinieren, aber auch frei sind, einen Zweckverband zu verselbständigen und auf Selbstlosigkeit zu verpflichten. Auch diese Verabredung ist Ausfluss der Privatautonomie.

Sie entbindet ein Subjekt der strategischen Affektation, das Mitstreitern und Financiers versprechen kann, seiner Mission aus eigener Kraft nachzukommen, verlässlich aus seiner organisierten Kompetenz zu schöpfen.³¹ In der zweckverbandlichen Ausrichtung auf die *Satzungsaufgabe* ist die gemeinnützige Organisation nicht „kleine Republik“,³² wohl aber „republikanische Fachbehörde“ der ehrenamtlichen Kenner – zugleich „privates Labor“, das sich auf Neuerungen einlässt.³³ Diese Seite der strategischen Affektation begründet die Aussicht auf Dynamik und Innovation, vergleichbar der Erwartung, dass der marktwirtschaftlich-dezentrale Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren garantiere.

c) *Alimentation*

Die soziale Form der zivilgesellschaftlichen Assoziation findet einen förderlichen Lebensraum im Regelwerk der Abgabenordnung.³⁴ Das

²⁹ Dazu, gleichsam im Gegenlicht, auf der Suche nach einem Raum für Gemeininteressen innerhalb des Privatrechts: *Johanna Croon-Gestefeld* Gemeininteressen im Privatrecht, 2022.

³⁰ *Ernst-Joachim Mestmäcker* Franz Böhm und die Privatrechtsgesellschaft, in: ders., *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, 149 ff.; *Peter-Christian Müller-Graff* Die Europäische Privatrechtsgesellschaft in der Verfassung der Europäischen Union, in: ders./Herbert Roth (Hrsg.) *Recht und Rechtswissenschaft*, 2000, 271 (277).

³¹ Vgl. zur Selbstorganschaft einerseits im Kontext des § 57 AO, andererseits im Behördenorganisationsrecht: *Martin Schunk* Das Unmittelbarkeitsgebot nach § 57 AO, npoR 2016, 53; *Margarete Schuler-Harms* in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.) *Verwaltungsrecht, VwVfG*, 2022, Vorbemerkung § 3 Rn. 1 ff.; *Ulrich Stelkens* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Begr./Hrsg.) *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 59.

³² *Klaus Nathaus* Organisierte Geselligkeit. Deutsche und britische Vereine im 19. und 20. Jahrhundert, 2009, 12, zur Sichtweise in der Geschichtswissenschaft; *Tim Wöffen* Der Europäische Verein – Entwicklungsstand und Entwicklungsperspektiven, npoR 2022, 183 (184).

³³ Statt vieler: *Bernward Baule* Bürgergesellschaft als „starke Demokratie“ – Engagementpolitik im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, in: Ines Härtel (Hrsg.) *Handbuch Föderalismus III*, 2012, § 77 Rn. 31, 57, 68. Auf dieser Linie repräsentativ: Anspruch und Ausrichtung einer großen Stiftung, etwa im Bereich Bildung, so der Stiftung Polytechnische Gesellschaft Frankfurt am Main <https://sptg.de> (Stand 7.11.2022), ebenso wie der kommunalen Initiative <https://plastikfreiestadt.org> (Stand 7.11.2022).

³⁴ *Droege* (Fn. 6), 292 ff. zum „Gemeinnützigkeitsrecht als Förderung bürgerschaftlichen Engagements“.

Begünstigungssystem der AO macht sich zunutze, dass dem verselbständigten Akteur die *Ausschließlichkeit* gemeinnütziger Zweckverfolgung abverlangt werden kann (§ 56 AO). Finanzbehördlich kontrolliert, wird er zum Intermediär wie er im Buche steht. Dieser Akteur kann seinerseits für private Alimentation werben mit dem Versprechen, dass die Zuwendung die Steuerlast des Geldgebers reduziert.³⁵

Öffentliche, direkte Alimentation³⁶ ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Nur darf sie nicht umschlagen in Vereinnahmung am goldenen Gängelband.³⁷ Die vonseiten des Europäischen Parlaments vorgeschlagene Mindeststandardrichtlinie³⁸ sieht in öffentlicher Kofinanzierung einen Ausgleich dafür, dass sich die *Organisationen ohne Erwerbszweck* zwar nicht der *No-Profit*-Maßgabe verpflichten müssen, jedoch dem *Not-for-Profit*-Grundsatz.³⁹ Der Richtlinienentwurf stellt staatliche Finanzie-

³⁵ Zur Haftungsverantwortung der Intermediäre (§ 10b Abs. 4 Satz 2 ff. EStG): *Rainer Hüttemann* Gemeinnützigkeitsrecht (Fn. 23), Rn. 8.164 ff.; *Klaus-Dieter Driën* Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regime im Verwaltungsrecht, in: VVD-StRL 79 (2020), 127 (156 f.).

³⁶ Einen umfassenden Ansatz der „Förderung und Stärkung des gesellschaftlichen Zusammenhalts und des zivilgesellschaftlichen Engagements“ verfolgt das Demokratiefördergesetz: Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP v. 24.11.2021, 117, und Referentenentwurf Demokratiefördergesetz (Fn. 19).

³⁷ Exemplarisch der Streit über das aus dem Programm „Demokratie leben!“ des BMFSFJ geförderte Projekt „Gegen-Medien: Parallellöffentlichkeit und Radikalisierungsmaschine zur Delegitimierung der repräsentativen Demokratie“ und die Website <https://gegneranalyse.de> (Stand 7.11.2022), betrieben vom Zentrum Liberale Moderne gGmbH. Die Bundestagsfraktion Die Linke hat 27 Fragen zur Förderpolitik der Bundesregierung gestellt, BT-Drs. 20/3386 v. 12.9.2022, Antwort der Bundesregierung v. 26.9.2022, BT-Drs. 20/3660; vgl. auch die Antwort der Bundesregierung v. 25.10.2022, BT-Drs. 20/4189, 5: Zuwendungsempfänger seien in der Ausübung ihrer Grundrechte „während der Laufzeit von Förderprojekten nicht eingeschränkt“, indessen der Staat aus seiner Pflicht zur parteipolitischen Neutralität auch nicht entlassen sei, „wenn er privaten Dritten Fördermittel zur Verfügung stellt für Tätigkeiten, die ihm selbst verwehrt wären“; zur Förderpolitik der Bundesministerien *Christoph Möllers* Demokratie dauerhaft fördern. Kompetenzrechtliche Vorgaben für ein Demokratiefördergesetz des Bundes, 2020.

³⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 17.2.2022 mit Empfehlungen an die Kommission zu einem Statut für länderübergreifende Europäische Vereine und Organisationen ohne Erwerbszweck, Anlage Teil I mit dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über ein Statut für einen Europäischen Verein, Anlage Teil II mit einem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Mindeststandards für Organisationen ohne Erwerbszweck in der Union (Mindeststandardrichtlinie), P9_TA(2022)0044; die Kommission hat ihrerseits am 29.9.2022 eine rechtsvergleichende Studie zum Vereinsrecht publiziert: Comparative legal analysis of associations laws and regimes in the EU, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21adb612-42cb-11ed-92ed-01aa75ed71a1> (Stand 7.11.2022).

³⁹ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38) Ziff. 24 sowie Art. 21 Abs. 1 Mindeststandard-RL-E (Fn. 38) zur Inpflichtnahme der Staaten („sorgen dafür“), öffentliche Mittel „im

rung ausdrücklich unter den Vorbehalt, dass die Unabhängigkeit der NPO „nicht betroffen ist“.⁴⁰ Für Zuwendungsempfänger, die sich dem Gemeinnützigkeitsrecht der Abgabenordnung verpflichtet haben, gilt jedenfalls das eiserne Prinzip: „Parteipolitik ist immer gemeinnützigkeitsschädlich“.⁴¹

2. Individuen

Das eingangs erwähnte Stiftungsgesetz des Bundes traut das bürgerschaftliche Engagement ausdrücklich auch der Einzelperson zu. Damit wird ein Grundtatbestand isoliert und abstrakt anerkannt, die altruistische Wohltat in gewillkürter Freiheit und persönlicher Verantwortung. Sie als *gemeinwohldienliche Gabe* aufzuwerten⁴² bedeutet nicht, die unverzichtbaren, oft unsichtbaren und mittelbaren Gemeinwohlbeiträge derjenigen abzuwerten, die sich vermeintlich schlichter, aber hartnäckig um ihren Alltag kümmern, um Familie und Beruf.

Wer im eigenen Haus *Salman Rushdie* vor dessen Verfolgern in Sicherheit bringt, kann gewiss eine singuläre Tat vorweisen.⁴³ Indessen haben viele Einzelne unlängst Zimmer freigegeben für Flüchtlinge aus der Ukraine. Millionenfach engagieren sich Einzelne im Verein, in Ehrenämtern, mit Geldgaben an die Bürgerstiftung Hamburg,⁴⁴ den *Break the Fake* e.V. in Leipzig für den Kampf gegen Desinformation im Internet⁴⁵ oder einen

Wege von klaren, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren“ bereitzustellen; zum Neutralitätsgebot auch die Antwort der Bundesregierung v. 25.10.2022, BT-Drs. 20/4189, 5.

⁴⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. b Satz 2 Mindeststandard-RL-E (Fn. 38): „Staatliche Finanzierung schließt nicht grundsätzlich aus, dass eine Organisation als unabhängig gilt, solange die Autonomie der Arbeitsweise und Beschlussfassung einer Organisation nicht betroffen ist“. Problem der „abgekauften“ Freiheit: *Paul Kirchhof* Verfassung, Theorie und Dogmatik, in: HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 273 Rn. 67.

⁴¹ BFH, BStBl. II 2017, 1110 (1119 Rn. 91 mit Nachw. zur Rspr. seit 1990); vgl. auch § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 AO: „Die Körperschaft darf ihre Mittel weder für die unmittelbare noch für die mittelbare Unterstützung oder Förderung politischer Parteien verwenden.“

⁴² *Peter Sloterdijk* Die nehmende Hand und die gebende Seite, 2010, 38 ff.: Ethik des Gebens und Kultur der Gabe; *Marc Frick* Die Gabe als drittes Prinzip zwischen Staat und Markt, 2021, 197: „Das Engagement von unbezahlten Blutspendern, ehrenamtlichen Trainern in Sportvereinen oder Menschen in der Nachbarschaftshilfe ist nicht selbstverständlich, nicht planbar und kann nicht eingefordert werden. Genau aus diesem Grund verändert es das Zusammenleben dort, wo es praktiziert wird.“

⁴³ *Jürgen Seul* Wo sind die Buddenbrooks?, 2011, 101, zum Versteck *Salman Rushdie* bei *Günter Wallraff*.

⁴⁴ <https://buergerstiftung-hamburg.de> (Stand 7.11.2022). Eine sog. Bürgerstiftung wird von einer größeren Personengruppe gegründet, vertraut auf weitere Zustiftungen, nähert sich typologisch dem Verein an, vgl. *Hüttemann* Gemeinnützigkeitsrecht (Fn. 23), Rn. 2.65.

⁴⁵ <https://www.break-the-fake.de> (Stand 7.11.2022).

der anderen 615.000 Idealvereine⁴⁶ allein in Deutschland. Das Wort von der „elitären Zivilgesellschaft“⁴⁷ erweist sich als Missverständnis.

a) *Der Gründer*

Gründer, Stifter und Vereinsmitglieder übernehmen bürgerschaftliche Verantwortung kraft individueller Freiheit. Die jahrzehntelange Diskussion über das Grundrecht *auf* Stiftung⁴⁸ und das Grundrecht *der* Stiftung hat bewusst gemacht, dass der Schutz der juristischen Person die durch den Stifter geprägte Individualität einschließt. Das BVerwG hat 1972 den Grundrechtsschutz einer Stiftung anerkannt, um der von ihr betriebenen Privatschule „die Wahrung des dem Stifterwillen entsprechenden individuellen Charakters“ zu sichern.⁴⁹ Für alle Vereinigungsformen gilt, dass sie ihren Gründern, Vorständen und Mitgliedern verbunden bleiben, damit aber persönlicher Prägung.

b) *Der Whistleblower*

Als gesetzlich fassbarer Einzelprotagonist der Zivilgesellschaft hat sich der *Whistleblower* profiliert. Er begegnet in der deutschsprachigen Gesetzgebung als *Hinweisgeber*, der persönliches Wissen aus seinem beruflichen Kontext freiwillig in das öffentlich-rechtliche System der Meldung oder Offenlegung einspeist.⁵⁰ Der *Whistleblower* entscheidet individuell, „Gefährdungen oder Schädigungen des öffentlichen Interesses“⁵¹ entgegenzutreten. Sein staatsbürgerliches Engagement⁵² findet Flankenschutz

⁴⁶ Umfängliches Zahlenmaterial findet sich bei *Zivilgesellschaft in Zahlen*: <https://www.ziviz.info> (Stand 7.11.2022).

⁴⁷ Markus Möstl Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVD-StRL 72 (2013), 355 (372).

⁴⁸ Jochen Abr. Frowein Grundrecht auf Stiftung, 1976, 12 ff., im Rekurs auf die „spezielleren Einzelfreiheitsrechte“; Birgit Weitemeyer in: Münchener Kommentar BGB, Bd. I, 9. Aufl. 2021, § 80 Rn. 55 ff.; Sebastian Omlor Das europäische Grundrecht auf Stiftung, EuR 2015, 91.

⁴⁹ BVerwGE 40, 347 (348 f.).

⁵⁰ Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/1937 v. 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. EU v. 26.11.2019, L 305, 17: „Diese Richtlinie gilt für Hinweisgeber, die im privaten oder im öffentlichen Sektor tätig sind und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben ...“. Die englischsprachige Fassung verwendet den Ausdruck „*Whistleblower*“ dutzendfach in den Erwägungsgründen, schaltet aber ab Art. 1 um auf „*persons reporting breaches of Union law*“.

⁵¹ Erwägungsgrund (1) der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Fn. 50).

⁵² Der Regierungsentwurf erwähnt im Allgemeinen Teil der Begründung (sub I) missverständlich „staatsbürgerliche Pflichten“ im Spannungsverhältnis zur „Verschwiegenheits-

im Unionsrecht und im mitgliedstaatlichen Umsetzungsrecht. Er ist Einzelakteur der Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse mit Anspruch auf Schutz vor Repressalien.⁵³

An den Rändern einer an Charakteren und Motiven interessierten Typologie mögen sich Whistleblowing und Aktivismus überschneiden, man denke an *Chelsea Manning*, *Julian Assange*, *Edward Snowden*, *Max Schrems*,⁵⁴ *Carola Rackete*.⁵⁵ Deutlich aber unterscheidet sich die Informationsweitergabe ohne Gewinnerzielungsabsicht von der Shortseller-Attacke und dem Verkauf einer so genannten Steuer-CD⁵⁶ – von den Mischkalkulationen derer, die öffentlich relevantes Wissen zu Markte tragen.

c) *Der Aktivist*

Der Mann, „der bei ‚Bild‘ Hans Esser war“, trat gewiss als Aktivist auf den Plan. Das Bundesverfassungsgericht hat 1984 *Günter Wallraff* und den Bundesgerichtshof daran erinnert, dass die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung eine Grundvoraussetzung menschlichen Zusammenlebens sei,⁵⁷ aber doch eine „Ausnahme“ anerkannt, die den Aktivisten als Grenzgänger

und Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber oder dem Dienstherrn“. Die Meldung oder Offenlegung des Hinweisgebers ist gerade keine Pflicht, sondern freiwillige staatsbürgerliche Aktivität.

⁵³ Umfassend zur Offenheit des Arbeitsrechts für das rechtsstaatliche Anliegen der effektiven Rechtsdurchsetzung *Simona Kreis* Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, 85 ff.; Erwägungsgrund (89) der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Fn. 50): „Ein potenzieller Hinweisgeber, der sich nicht sicher ist, wie er Meldung erstatten kann oder ob er letztendlich geschützt werden wird, verliert möglicherweise den Mut, Meldung zu erstatten.“

⁵⁴ Zu *Max Schrems* als „wackeren Einzelkämpfer“: *Magdalena Pöschl* Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, in: *VVDStRL* 74 (2015), 405 (447).

⁵⁵ Ikonographie „der Weltverbesserer aus Gewissensgründen“ bei *Ulrich Nöhle* Der whistleblower – Gutmensch, Verräter oder neuer Kollege der amtlichen Überwachung?, *ZLR* 2017, 256 (257); zur Rolle der Kapitänin *Carola Rackete* im Konflikt um völkerrechtliche Seenotrettung: *Maximilian Lenk* Das Nothafenrecht im Lichte der deutschen Notstandsdogmatik – ein Beitrag zu *Salvinis* ungeliebten Schiffen auf dem Mittelmeer, *ZaöRV* 2019, 713.

⁵⁶ Mitunter figurieren auch der Shortseller und der Anbieter der Steuer-CD als Whistleblower: *Dörte Poelzig* Shortseller-Attacken im Aufsichts- und Zivilrecht, *ZHR* 184 (2020), 697 (703 f.); *Nöhle* Der whistleblower (Fn. 55), 258: Verkäufer der Steuer-CD als „Typ III – der Gierige“. Das BVerfG hat im Fall Steuer-CD zu Lasten der Nachsteuerzahler die fachgerichtliche „Abwägung zwischen den Rechten der Beschwerdeführer, insbesondere dem Anspruch auf Einhaltung der Regeln für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, und dem konkreten Strafverfolgungsinteresse“ nicht beanstandet: BVerfG, *DStR* 2010, 2512 (2517 Rn. 60).

⁵⁷ BVerfGE 66, 116 (139, 142) – Wallraff.

auf eigene Rechnung erscheinen lässt: Seinem Grundrecht der Meinungsfreiheit komme um so größeres Gewicht zu, je mehr er zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage beitrage – und die Verbreitung seines *widerrechtlich* beschafften Wissens habe nur „grundsätzlich zu unterbleiben“. Eine überragende „Bedeutung der Information für die Unterrichtung der Öffentlichkeit“ könne die Nachteile überwiegen, welche der Rechtsbruch nach sich ziehen müsse.⁵⁸

Der Aktivist balanciert am Rande der Legalität und an der Außengrenze des bürgerschaftlichen Engagements. Als Typus ist er nicht zu fassen, bleibt er schillernde Figur. Er kann nur darauf hoffen, dass ihm seine Tat *in concreto* als Wohltat gutgeschrieben und nicht als Straftat verfolgt wird. Die Grenzüberschreitung mag kalkuliertes Element seiner Aktion sein. Wer sich als Aktivist der „Letzten Generation“ im Berufsverkehr auf der Autobahn festklebt, kann nur mehr unter den Umständen des Einzelfalls auf Legalität hoffen.⁵⁹ Das OLG Naumburg hat 2018 den Freispruch der wegen Hausfriedensbruch angeklagten Tierschutzaktivisten bestätigt und auf ein Notstandshilferecht gestützt. Erst deren Aktion mit Foto- und Filmaufnahmen der Tierquälerei im Mastbetrieb habe die Veterinärbehörde gezwungen, die bewusste behördliche Vertuschung tierschutzwidriger Zustände aufzugeben.⁶⁰ Dass die Grenzgängerrisiken des Aktivismus vielleicht grundrechtlich und allenfalls im Einzelfall aufzufangen sind, liegt auf der Hand. Ein Aktivismus-Regulierungsgesetz wird es nicht geben.

⁵⁸ BVerfGE 66, 116 (139) – Wallraff. Dazu zeitgenössisch *Jörg Berkemann* Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JR 1984, 450 (452 f.), für (noch) intensiveren Schutz des Aktivisten, der „seine Informationen bei einfachrechtlicher Beurteilung rechtswidrig“ erlangt, jedoch „schlicht skandalöse“ Zustände aufdeckt: „Die Annahme des Senates, der Mangel der Rechtswidrigkeit eines Zustandes deute bereits darauf hin, daß ein erhebliches Gewicht an der Aufdeckung dieses Zustandes nicht gegeben sei, stellt wohl eher eine typische juristische Problemverkürzung dar. Vieles von gewichtigem öffentlichen Interesse läßt sich in dieser Weise nicht einordnen.“ – Zur Meinungsfreiheit in der öffentlichen Diskussion „über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung und erstem Gehalt“ bereits das Lüth-Urteil von 1958, BVerfGE 7, 198 (219): „Wenn es darum geht, daß sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bildet, müssen private und namentlich wirtschaftliche Interessen einzelner grundsätzlich zurücktreten.“

⁵⁹ Zur Strafbarkeit der Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße, insbesondere zur Handhabung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB im Zeichen der Versammlungsfreiheit: BVerfG, NJW 2011, 3020 (3023 Rn. 38 ff.).

⁶⁰ OLG Naumburg, NSZ 2018, 472. Zum notstandsfähigen „überindividuellen Allgemeininteresse des Tierschutzes“ *Michael Pfohl* in: Münchener Kommentar StGB, Bd. VII, 2022, § 17 TierSchG Rn. 170; Kritik am Urteil des OLG Naumburg bei *Walter Scheuerl/ Stefan Glock* Hausfriedensbruch in Ställen wird nicht durch Tierschutzziele gerechtfertigt, NSZ 2018, 448.

3. Das Komplementärprinzip

Die Zivilgesellschaft will, kann und soll kein Staat im Staate sein, keine Staatspartei und keine Einheit hervorbringen, allenfalls in Überschneidungsbereichen⁶¹ staatliche Funktionen imitieren. Sie ist radikal staatsunähnlich. Ihr Proprium ist ihre komplementäre Kraft.

Auch die Logik des Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG passt nicht zur zivilgesellschaftlichen Organisation. Ihre „innere Ordnung“ muss nicht demokratischen Grundsätzen entsprechen. Individuelle und verbandliche Zwecksetzung, im spontanen Engagement, im Stiftungsgeschäft, in der Vereinsatzung, ist konkret, eigensinnig, auch politisch.⁶² In der Konzentration auf einzelne, frei gewählte Gemeinwohlanliegen kombiniert sie eigentümlich und charakteristisch das Partikulare und das Allgemeine. Der Staat darf das nicht. Auch in der Zusammenschau lässt sich zivilgesellschaftliche Aktivität nicht als Einheit erfassen.

Das Komplementärprinzip⁶³ erklärt und stützt die Unterscheidbarkeit von zivilgesellschaftlichen Akteuren und politischen Parteien.⁶⁴ Die Komplementärfunktion der Zivilgesellschaft stärkt den Gesetzgeber darin, das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht in seiner gewachsenen Eigentümlich-

⁶¹ Zu den „konkurrierenden Gemeinwohlaufgaben“ im steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht: *Roman Seer* Gemeinwohlzwecke und steuerliche Entlastung, in: Monika Jachmann (Hrsg.) *DStJG* 26 (2003), 11 (19 f.); *Droege* (Fn. 6), 315 ff.; *Hüttemann* Gemeinnützigkeitsrecht (Fn. 23), Rn. 1.80 ff.

⁶² Das gilt auch AO-rechtlich, solange die Körperschaft im Interesse der Allgemeinheit tätig ist („Förderung der Allgemeinheit“ i.S. des § 52 Abs. 1 Satz 1 AO). Die Freimaurerlogen, die Frauen von der Mitgliedschaft ausschließt (BFH, BStBl. II 2018, 218), gerät in Konflikt mit § 52 Abs. 1 Satz 1 AO, weil sich ihre Fördertätigkeit auf die Mitgliedschaft beschränkt (rituelle Arbeiten der Logenbrüder). Ansonsten „sind auch Vereine mit einer monogeschlechtlichen Mitgliederstruktur, die ohne Geschlechtsbegrenzung extern fördern, gemeinnützig“, so zutreffend *Birgit Weitemeyer* Zum Entzug der Gemeinnützigkeit monogeschlechtlicher Vereine, *npoR* 2020, 67 (68). Unterscheidung zwischen Förderung der Allgemeinheit qua Leistungen an die Mitglieder (Sportverein) und „externen Tätigkeitsergebnissen“: *Ekkehart Reimer/Christian Waldhoff* Mitgliedervergünstigungen bei gemeinnützigen Kapitalgesellschaften, *FR* 2002, 318 (320 ff.).

⁶³ Grundidee der Komplementarität: Stellungnahme EWSA 1999 „Rolle der Zivilgesellschaft“ (Fn. 10) sub 10.3; Stellungnahme EWSA 2019 „Philanthropie in Europa“ (Fn. 28) sub 1.1. und 3.2 ff.; Mindeststandard-RL-E (Fn. 38), Erwägungsgrund 8; vgl. auch *Frick* Die Gabe als drittes Prinzip (Fn. 42), 196: „Die Funktionalität von Markt und Staat und die Intentionalität von Gabenpraktiken sind für eine Gesellschaft daher keine Gegensätze oder Substitute. Sie müssen stattdessen grundsätzlich komplementär gedacht werden.“

⁶⁴ Vgl. *Graf Strachwitz/Priller/Triebe* Handbuch Zivilgesellschaft (Fn. 3), Kap. 10, Aktuelle Debatten, 290 f., die die Parteien „der Arena des Staates“ zuordnen: „Von zivilgesellschaftlichem Handeln halten sich Parteien traditionell fern. Im Gegenteil: Nicht selten treten sie in öffentlichen Auseinandersetzungen als Gegenpart zu zivilgesellschaftlichen Akteuren und als Verteidiger der Staatsmacht auf.“

keit zu erhalten – nicht zu öffnen für die Kampagnenorganisation vom Schlage Attac, Campact oder Bürgerbewegung Finanzwende e.V.⁶⁵ Das ist kein Plädoyer für politisches Biedermeier. Die Vereine waren in der Zeit der Karlsbader Beschlüsse nicht unpolitisch⁶⁶ und sie agieren heute politisch, innerhalb und außerhalb der steuerlichen Gemeinnützigkeit. Viel spricht dafür, jene Formationen, die sich als politische Körperschaften den politischen Parteien annähern, in ihrer Eigenständigkeit zu erfassen.⁶⁷ Auch das Europäische Parlament will den Radius der *Organisationen ohne Erwerbszweck*⁶⁸ nicht erweitern.⁶⁹

IV. Status- und Kooperationsrecht

Damit erhebt sich die Frage nach einem eigenen Status-, Kooperations- und Loyalitätsrecht der Zivilgesellschaft, einem abgrenzbaren Teilstück der Demokratieverfassung.⁷⁰ Wie verhält sich der Staat? Seine Gesamt- und Letztverantwortung für das Gemeinwohl⁷¹ hält ihn an, gemeingefährliche Machtprävention zurückzuweisen. Das Freiheitsprinzip verbietet ihm, das öffentliche Engagement der Bürgerinnen und Bürger kleinzuhalten.

⁶⁵ Verzicht auf AO-Gemeinnützigkeit im Anschluss an das Attac-Urteil des BFH, BStBl. II 2019, 301: Bürgerbewegung Finanzwende e.V., vgl. <https://www.finanzwende.de/ueber-uns/wer-wir-sind/finanzwende-verschafft-sich-mehr-politische-schlagkraft/> (Stand 7.11.2022); Campact e.V. ist die steuerliche Gemeinnützigkeit aberkannt worden, vgl. <https://www.campact.de/campact/ueber-campact/der-verein/> (Stand 7.11.2022).

⁶⁶ *Nipperdey* Verein (Fn. 24), 36 ff.

⁶⁷ Zur Diskussion: *Michael Droege* Biedermeier im Steuerstaat, KritJ 2019, 349 ff.; *Rainer Hüttemann* Kein allgemeinpoltisches Mandat für gemeinnützige Körperschaften, DB 2019, 744 ff.; *Birgit Weitmeyer* Zur Zulässigkeit politischer Betätigungen von gemeinnützigen Organisationen nach dem Attac-Urteil des BFH, npoR 2019, 97 ff.

⁶⁸ Begriff: Art. 2 Abs. 2 Mindeststandard-RL-E (Fn. 38); in der englischsprachigen Fassung: *non-profit organisations*.

⁶⁹ Der aktuelle Gesetzgebungsvorschlag hat die politischen Parteien ausdrücklich ausgeschlossen – Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38) Ziff. 17; Vereinsstatut-VO-E (Fn. 38), Erwägungsgrund 13; Mindeststandard-RL-E (Fn. 38), Erwägungsgrund 19 –, nicht obwohl, sondern weil sich die parlamentarische Initiative von jenem Begriff der Zivilgesellschaft leiten lässt, der die Traditionslinien der privatautonomen Zweckverbandlichkeit aufnimmt und mit den Leitenden der Pluralität und Komplementarität verbindet.

⁷⁰ Begriff der Demokratieverfassung bei *Christian Waldhoff* Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 1.

⁷¹ *Josef Isensee* Gemeinwohl und öffentliches Amt, 2014, 98 f.; parallel im Unionsrecht: *Christoph Ohler* Die Rolle nicht-staatlicher Akteure bei der Entwicklung und Implementierung des Völker- und Europarechts, in: VVDStRL 79 (2020), 347 (372): „politische Letztverantwortung“ der Unionsorgane.

I. Anerkennung

Soweit er die private Initiative für das öffentliche Wohl rechtsförmlich, insbesondere gesetzlich⁷² ermöglicht, begünstigt und fördert, finden die Akteure spezifische öffentliche Anerkennung, handlungs- und organisationsbezogen.

a) Gründung und Satzung

Der Staat bietet mit Organisationsformen eine rechtliche Infrastruktur an und schaltet sich in die Gründung ausnahmsweise selbst ein, wenn er nicht nur registriert, sondern konzessioniert, paradigmatisch im Stiftungsprivatrecht. Die rechtsfähige Stiftung entsteht nicht mit dem Stiftungsgeschäft allein. Sie ist zusätzlich und konstitutiv auf staatliche Anerkennung angewiesen.⁷³ Der Reformgesetzgeber hat 2002 und 2021 keinen Zweifel gelassen, dass sich die behördliche Stiftungsaufsicht nicht auf ex post-Intervention beschränken, die Verselbständigung des gebundenen Vermögens in einer „mitgliederlosen juristischen Person“⁷⁴ bereits für sich genommen von einem Ungefährlichkeits-Testat abhängig sein soll.⁷⁵ Die Behörde hat dem Stifterwillen zu folgen, seiner privaten Idee von Sinn und Zweck – „es sei denn“, so wörtlich der im letzten Jahr neugefasste Text des BGB, „die Stiftung würde das Gemeinwohl gefährden“.⁷⁶

⁷² Für eine „Anerkennungskultur“ in staatlicher und nichtstaatlicher Verantwortung: Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ (Fn. 19), 8.

⁷³ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts v. 20.2.2002, BT-Drs. 14/8277, 5: „Mit der Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig wird zugleich der dokumentierte Stifterwille unter den Schutz der staatlichen Aufsicht gestellt.“

⁷⁴ So § 80 Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes v. 16.7.2021, dessen Art. 1 (Änderung des BGB) am 1.7.2023 in Kraft tritt.

⁷⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts v. 11.4.2002, BT-Drs. 14/8765, 9. Einzelne Formulierungen in der Regierungsbegründung von 2002 haben den Verdacht aufkeimen lassen, das Gesetz bringe Wohlverhaltenserwartungen nach Verwaltungsermessen gegen die privatautonome Zwecksetzung des Stifters in Stellung; Vgl. BT-Drs. 14/8765, 9: Begriff „Gemeinwohl“ sei „traditionell mit der Rechtsfigur Stiftung verknüpft; er spiegelt den für die Stiftung typischen Klang von Wohltat im Gesetz wider“; Gemeinwohlgefährdung „jedenfalls dann“, wenn „Stiftungszwecke, die sich an der Grenze der Rechtswidrigkeit bewegen und diese jederzeit überschreiten können, der Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig entgegenstehen können“. Begründete Kritik: *Weitemeyer* in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 48) § 80 Rn. 120 ff.

⁷⁶ § 82 Satz 1 BGB i.d.F. des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts (Fn. 74). Bis zum Inkrafttreten gilt § 80 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt,

Die Entwicklungsgeschichte der Vorbehaltsnorm seit 2002 hat dem Stiftungsprivatrecht eine öffentlich-rechtliche, näherhin „gefahrenabwehrrechtliche Dimension der Anerkennungsentscheidung“⁷⁷ eingeschrieben. Der Gründung wird der Weg in das ewige Stiftungsleben von vornherein verbaut, wenn Tatsachen den Gefährdungsbefund tragen – etwa nahelegen, die projektierte Stiftung wolle auf eine islamische Republik mit der Scharia als einziger Rechtsordnung hinarbeiten. Mit dem Urteil in dieser Sache⁷⁸ hat das Bundesverwaltungsgericht im letzten Jahr seine Franz-Schönhuber-Linie von 1998⁷⁹ bestätigt und verfeinert.

Die stiftungsbehördliche Gründungsblockade ist ein Notbehelf für seltene Extremfälle. Dass sich die Intermediäre der Zivilgesellschaft und der Staat in einem Beziehungsalltag begegnen, verdanken wir der Finanzverwaltung. Die Finanzämter kümmern sich permanent und flächendeckend um die uralte Stiftung, die junge gGmbH und 600.000 Vereine,⁸⁰ die von sich aus an Statuszertifizierung nach Maßgabe der Abgabenordnung lebhaft interessiert sind. Die Abgabenordnung verknüpft Anreiz mit Anerkennung, Spenden- und Steuerbefreiungsrecht mit einem allgemeinen rechtsformübergreifenden Anerkennungsrecht. Nicht zuletzt: Das Regime unterscheidet verlässlich zwischen dem Assoziationswesen der Zivilgesellschaft und dem Korporatismus der Berufsverbände.⁸¹

Die Anwärter präsentieren dem Finanzamt eine freie Gründung in frei gewählter Rechtsform mit frei gestalteter Satzung. Dann freilich – im Bemühen um das *staatliche Gütesiegel Gemeinnützigkeit*⁸² – lassen sie

die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet.“ Die Umformung in ein negatives Tatbestandsmerkmal (§ 82 Satz 1 BGB n.F.) kann als Hinweis gelten, dass der Gesetzgeber das Grundrecht auf Stiftung anerkennt und die Behörde anhält, den Gemeinwohlvorbehalt im Einzelfall nachweispflichtig und verhältnismäßig als Schranke an das Grundrecht heranzutragen; vgl. *Weitemeyer* in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 48), § 80 Rn. 123.

⁷⁷ BVerwGE 172, 85 (93 f. Rn. 22) – Islamische Ahlebeyt Stiftung; vgl. die Anknüpfung im Regierungsentwurf zur Modernisierung des Stiftungsrechts (Fn. 75), BT-Drs. 14/8765, 9, an das Urteil BVerwGE 106, 177 – Franz-Schönhuber-Stiftung; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts v. 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 51 f.

⁷⁸ BVerwGE 172, 85 – Islamische Ahlebeyt Stiftung.

⁷⁹ BVerwGE 106, 177 – Franz-Schönhuber-Stiftung.

⁸⁰ Zahlenmaterial: <https://www.ziviz.info> (Stand 7.11.2022), dort auch der ZiviZ-Survey.

⁸¹ Vgl. §§ 51 ff. AO einerseits, § 5 Abs. 1 Nr. 5 KStG („Berufsverbände“) andererseits. Über Assoziation und Korporation, historisch und begrifflich: *Müller* Korporation (Fn. 24); *Gunnar Folke Schuppert* Assoziative Demokratie, in: Ansgar Klein/Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.) Politische Beteiligung und Bürgerengagement in Deutschland, 1997, 114 (123 ff.).

⁸² *Hüttemann* Non-Profit-Organisationen (Fn. 4), G 19; *Oliver Cremers* Steuerliche Gemeinnützigkeit und allgemeine Rechtsordnung, 2022, 28: Der Status mit Gütesiegel

sich auf Korsettvorschriften des Öffentlichen Rechts ein, auf Rechenschaft und Transparenz.⁸³ Kraft amtlich zertifizierter Satzung verwandelt sich die Gründung in eine *AO-anerkannte Empfängerkörperschaft*. Deren Spendenbescheinigung dokumentiert bürgerschaftliches Engagement. Der engagierte Bürger reicht sie weiter an sein Finanzamt. In dieser Zertifizierungskette übernimmt die Körperschaft ihre Mittlerrolle und Garantenstellung für korrekte Mittelverwendung auf Basis einer Quasi-Konzession.⁸⁴

b) *Haltung und Handlung*

Paradigmatisch für Haltung und Handlung der Einzelperson im Zeichen der Gemeinnützigkeit steht die Spende. Sie findet Anerkennung als höchstpersönliche Mittelverwendungspolitik und Substitut der Steuer,⁸⁵ freilich nur unter der Voraussetzung, dass sie jenen Körperschaften zufließt, die sich ihrerseits dem Anerkennungsregime der Abgabenordnung verpflichten.⁸⁶ Zum Arrangement gehört seit 2013 auch die „Entschärfung der Haftung der ehrenamtlich Tätigen“ und die „Beschränkung der zivilrechtlichen

habe in der Öffentlichkeit und im Rechtsverkehr eine gewisse „Signalwirkung“ und „einen guten Klang“, die Gemeinnützigkeit sei „Prädikat“ und werthaltiges „Markenzeichen“. Im elaborierten, jahrzehntlang gewachsenen AO-System ist selbstverständlich geworden, dass ein Finanzamt über das Gütesiegel entscheidet. Reformgesetze, die sich der „weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements“ (Gesetz v. 10.10.2007, BGBl. I 2007, 2332, mit Art. 5: „Änderung der Abgabenordnung“) oder der „Stärkung des Ehrenamts“ (Gesetz v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 556, mit Art. 1: „Änderung der Abgabenordnung“) widmen, greifen notwendig auf die Abgabenordnung zu.

⁸³ Offenheit gegenüber der Allgemeinheit im Gegenzug für die Steuerfreistellung, die fiskalisch aufgefangen werden muss: *Christian Waldhoff* Brauchen wir ein Steuergeheimnis für gemeinnützige Organisationen?, in: W. Rainer Walz (Hrsg.) Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, 2004, 157 ff.; zur „Statustransparenz“ *Rainer Hüttemann* Das neue Zuwendungsempfängerregister – ein erster Schritt für mehr Transparenz im gemeinnützigen Sektor, npoR 2021, 121; *Anna Leisner-Egensperger* Shrinking Spaces für den Dritten Sektor: Reformbedarf zur Abgabenordnung, ZStV 2019, 205 (208 f.): „Verbesserungsbedarf“.

⁸⁴ Der Bescheid des § 60a AO stellt die „satzungsmäßigen Voraussetzungen nach den §§ 51, 59, 60 und 61“ gesondert fest: Satzungsambition und Satzungsrealität, gemeinnützige Zwecke, Selbstlosigkeit, Ausschließlichkeit, Unmittelbarkeit und redliche Mittelverwendung.

⁸⁵ *Lars Hummel/Steffen Lampert* Aktuelle Rechtsfragen der Grenzen steuerlicher Gemeinnützigkeit, 2021, 13 f.; *Paul Kirchhof* Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung, in: Monika Jachmann (Hrsg.) DSTJG 26 (2003), 1 (5); *Klaus Liebl* Gemeinnützigkeit in der zivilgesellschaftlichen Perspektive, 2011, 147 ff.

⁸⁶ § 10b Abs. 1 EStG, auf der Empfängerseite können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts stehen; § 10b Abs. 1a EStG zu Spenden in den Vermögensstock einer Stiftung.

Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsmitgliedern und Mitgliedern von Vereinsorganen“:⁸⁷ § 10b Abs. 4 Satz 2 EStG, §§ 31a, 31b BGB. Spendenwillige Unionsbürgerinnen und Unionsbürger finden Rückhalt in der Kapitalverkehrsfreiheit⁸⁸ für das mäzenatische Engagement über die Grenze, stoßen aber nach wie vor auf Argwohn und Hemmnisse im nationalen Anerkennungsverwaltungsrecht.⁸⁹

Das SGB III anerkennt Haltung und Handlung arbeitsloser Personen, die sich ehrenamtlich betätigen, ohne ihre berufliche Eingliederung zu beeinträchtigen (§ 138 Abs. 2 SGB III). Das zugehörige Verordnungsrecht verlangt, dass das Ehrenamt unentgeltlich wahrgenommen wird, dem Gemeinwohl dient und „bei einer Organisation erfolgt, die ohne Gewinnerzielungsabsicht Aufgaben ausführt, welche im öffentlichen Interesse liegen“.⁹⁰

Die statusrechtliche Absicherung der „Hinweisgeber“⁹¹ ist eine ausschließlich individuelle und handlungsbezogene. Das Whistleblowing-Recht ermutigt Personen, die annehmen dürfen, wahrheitsgemäß über erhebliches Unrecht zu informieren. Das Informationsverhalten findet öffentliche Anerkennung.

2. Schutz

Die Whistleblowing-Richtlinie und weitere aktuelle Initiativen aus Brüssel⁹² verdienen besondere Beachtung, soweit dort die Sache der Zivilgesell-

⁸⁷ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP v. 6.11.2012, Entwurf eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts, BT-Drs. 17/11316, 2, 8, 15 ff.

⁸⁸ Richtungweisend das Persche-Urteil des EuGH v. 27.1.2009, C-318/07; Stand der Diskussion: *Christine Hinsch* Private Gemeinwohlfinanzierung und subjektives Recht, 2021.

⁸⁹ Zur Aussicht, dass sich die transnationale Spende zu einem relevanten Faktor der europäischen Zivilgesellschaft entwickelt: *Michael Anderheiden* Gemeinwohl in Republik und Union, 2006, 100 ff., 644 ff.; *Droege* (Fn. 6), 526 ff.; *Ulrich Hufeld* Deutsches Steuerrecht und europäische Gemeinnützigkeit, in: Klaus Grupp/Ulrich Hufeld (Hrsg.) Recht – Kultur – Finanzen, FS Reinhard Mußnug, 2005, 255–268; vgl. die EntschlieÙung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38).

⁹⁰ Verordnung über die ehrenamtliche Betätigung von Arbeitslosen v. 24.5.2002, BGBl. I 1783; zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes v. 21.3.2013, BGBl. I 556; eingeschlossen Aufgaben, welche „gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke fördern“.

⁹¹ Begriffsbestimmung des Art. 5 Nr. 7 der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Fn. 50): „eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt“.

⁹² EntschlieÙung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), Ziff. 3 ff., 18 ff.; Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründete-

schaft zum Ausgangs- und Fixpunkt der Gesetzgebung wird. Die Akzente verschieben sich, weg von einer neutralen Zivilrechtsordnung, hin zu Gewährleistung, Förderung und Schutz, unterscheidbar von *Staatsschutz*, aber doch mit der Tendenz zu einem öffentlichen *Gemeinwesen-Schutz*, der Mitgestaltungskraft und Schutzbedarf privater Träger systematisch einbezieht.

a) *Statusschutz*

Die Organisationen ohne Erwerbszweck, angesprochen als Akteure der „Politikgestaltung“⁹³ und Akteure der Demokratie,⁹⁴ seien angewiesen auf nationale und transnationale Aktionsfähigkeit und Statussicherheit, auf Zugang zu Finanzmitteln, auf Schutz durch den Staat gegen den Staat wie auf Schutz durch den Staat gegen private Dritte.⁹⁵ Das Europäische Parlament will sich deshalb nicht auf genuin supranationale Politik beschränken, schlägt nicht nur ein Statut für den Europäischen Verein vor.⁹⁶ Die Mindeststandardrichtlinie⁹⁷ will sehr viel weiter ausgreifen. Mit ihrer Leitidee, ein aktivierendes „positives Umfeld“ (*enabling environment*) zu gewährleisten, zielt die Initiative auf eine Statusordnung der Zivilgesellschaft, die zuallererst vor mitgliedstaatlicher Politik der *shrinking spaces* schützen soll.

Kaum verhüllt, präsentiert sich der Vorschlag als Reaktion auf die ungarische Schrumpfungspolitik seit 2016⁹⁸ und als legislatorische Ergänzung der Ungarn-Rechtsprechung des EuGH. Die Große Kammer hat dem ungarischen Transparenzgesetz, das darauf angelegt war, Organisationen der Zivilgesellschaft zu drangsalieren und finanziell auszutrocknen, allzu routiniert die Kapitalverkehrsfreiheit entgegengehalten. Das Urteil vom 18.6.2020⁹⁹ verlängert verdienstvoll die Judikatur zur

ten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“) v. 27.4.2022, COM(2022) 177 final.

⁹³ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), Ziff. 20.

⁹⁴ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), Ziff. 3.

⁹⁵ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), insb. Ziff. 18–28, Ziff. 23 der Verweis auf die Entschließung des Europäischen Parlaments zu SLAPP-Klagen (näher u. im Text bei Fn. 105 ff.).

⁹⁶ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), Anlage Teil I.

⁹⁷ Entschließung EP v. 17.2.2022 (Fn. 38), Anlage Teil II.

⁹⁸ *Nóra Chronowski/Attila Vincze* The Hungarian Constitutional Court and the Central European University Case: Justice Delayed is Justice Denied, *European Constitutional Law Review* 2021, 688–706; *Claudio Franzius* Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn, *DÖV* 2018, 381–389.

⁹⁹ EuGH v. 18.6.2020, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476.

*Grundfreiheit ohne Markt.*¹⁰⁰ Nur ist das eine Innovation mit Patina. Der bestürzende Streitfall – die staatlich orchestrierte Attacke auf zivilgesellschaftliches Leben in Ungarn¹⁰¹ – hätte Anlass sein müssen, die Normativität des Art. 11 Abs. 2 EUV zu schärfen, den Rechtsbegriff und die demokratische Vermittlungsmission der Zivilgesellschaft.¹⁰² Die ungarische gehört zur europäischen Zivilgesellschaft und diese zur „Gesellschaft“ des Art. 2 EUV.¹⁰³ Art. 2 Satz 2 EUV verpflichtet die Unionsstaaten auf eine Gesellschaft des Pluralismus, der Gerechtigkeit und der gleichen Freiheit.

Die Richtlinie soll die Freizügigkeits- und Charta-Rechte weiter befestigen in einem eigenständig für Organisationen ohne Erwerbzweck konzipierten *Recht auf eine gute Verwaltung*.¹⁰⁴ Die Zwecksetzungsfreiheit, die Freiheit der nationalen und transnationalen Mittelbeschaffung, der Zugang zum Status der Gemeinnützigkeit und weitere Rechte werden ausgerichtet auf ein europäisches öffentliches *Gemeinwesen-Interesse* an der organisierten und funktionstüchtigen Zivilgesellschaft. Wer Bausteine sucht für den Allgemeinen Teil in einem BGB des altruistischen und philanthropischen Engagements, findet sie in diesem Richtlinienentwurf des Europäischen Parlaments.

¹⁰⁰ *Ferdinand Wollenschläger Grundfreiheit ohne Markt*, 2007, Nachdruck 2017.

¹⁰¹ *Eva Ricarda Lautsch/Sebastian Unger Zivilgesellschaft zwischen Binnenmarkt und Demokratie*, npoR 2021, 173 (175 ff.); *Luke Dimitrios Spieker Werteverteidigung im Binnenmarkt?*, EuZW 2020, 854 (855); *Wöffen* Der Europäische Verein (Fn. 32), npoR 2022, 183 (185); zum Nachfolgegesetz, erlassen nach dem EuGH-Urteil v. 18.6.2020, vgl. VG Bremen v. 6.4.2022, BeckRS 2022, 16411 Rn. 29: Die „bloße Bedrohung durch das Gesetz hat in Kombination mit dem vorherrschenden politischen Klima die Aktivitäten der betroffenen Nichtregierungsorganisationen stark eingeschränkt“ – mit der Folge, dass auch diese „im Falle einer Abschiebung nach Ungarn die ernsthafte Gefahr einer gegen Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK verstoßenden erniedrigenden Behandlung“ durch Verletzung der Existenzminimum-Garantie (Leitsatz) nicht verhindern können; ebenso VG Aachen v. 7.3.2022, BeckRS 2022, 4356 Rn. 107 ff.

¹⁰² Der höchstrichterliche Befund, dass die Organisationen der Zivilgesellschaft „erheblichen Einfluss auf das öffentliche Leben und die öffentliche Debatte haben können“ (EuGH v. 18.6.2020, C-78/18 Rn. 79), kennzeichnet in seinem Kontext nicht etwa Rechtsgut und Schutzbedarf, sondern billigt den Rekurs auf Transparenz als Rechtfertigung für verhältnismäßige Schranken. Das ist nicht falsch, aber doch eine Fehlgewichtung in einem Urteil, das den beklagten Mitgliedstaat klassisch grundfreiheitlich zur Ordnung ruft, als handle es sich um einen herkömmlichen Binnenmarktfall.

¹⁰³ *Armin von Bogdandy* Unsere europäische Gesellschaft und ihr öffentliches Recht, *Der Staat* 60 (2021), 171 (173).

¹⁰⁴ Art. 7 Mindeststandard-RL-E (Fn. 38) mit der Inpflichtnahme der Mitgliedstaaten, näher bezeichnete Verwaltungsstandards zu gewährleisten, etwa dass „Vorschriften und Verfahren grundsätzlich nicht schärfer sind als jene, die für Privatunternehmen gelten“ (Abs. 3 Satz 2).

b) Schutz vor SLAPP

Ein weiteres Bauelement hat die Kommission im April 2022 mit der SLAPP-Richtlinie vorgeschlagen.¹⁰⁵ SLAPP steht für *strategic lawsuits against public participation* – strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung. Im Richtlinienentwurf findet sich der Hinweis, dass gegen die maltesische Journalistin und Bloggerin *Daphne Galizia*¹⁰⁶ im Jahr 2017, dem Jahr ihrer Ermordung, 47 SLAPP-Klagen anhängig waren.¹⁰⁷ Das Anti-SLAPP-Instrument lässt sich auf das heikle Unterfangen ein, missbräuchliche Inanspruchnahme der Justiz zu identifizieren, festgemacht an „Indikatoren von Missbrauch“,¹⁰⁸ etwa an der „Maßlosigkeit“ der Klage und klägerseitiger Einschüchterung, Belästigung oder Drohung.¹⁰⁹ Gelingt die Feststellung der missbräuchlichen Verfahrenseinleitung, soll das Gericht aus einem Spektrum der Gegenmaßnahmen schöpfen. Voran steht die *a limine*-Abweisung der enttarnten SLAPP-Klage als offenkundig unbegründet.¹¹⁰

Der Vorschlag balanciert zwischen rechtsstaatlich unabweisbarer Justizgewährung und dem Bemühen, öffentliches Engagement zu schützen gegen übermächtige Kläger, die nicht am eigenen Prozessersfolg, sondern an der Drangsal ihrer Gegner interessiert sind; von SLAPP besonders betroffen seien Einzelpersonen, Organisationen der Zivilgesellschaft, Journalisten, Verlage und Wissenschaftler.¹¹¹ „Öffentliche Beteiligung“ (*public participation*) wird zum Rechtsbegriff¹¹² und Schutzgut einer hoheitlichen Intervention, die notwendige Gegengewichte abschirmt. Das Schutzregime

¹⁰⁵ Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen v. 27.4.2022, COM(2022) 177 final (Fn. 92), im Anschluss an die Ankündigung im Europäischen Aktionsplan für Demokratie vom Dezember 2020, Mitteilung der Kommission v. 3.12.2020, COM(2020) 790 final, 17 ff.

¹⁰⁶ Über ihr Leben informiert die *Daphne Caruana Galizia Foundation*: <https://www.daphne.foundation/en/about/daphne/biography> (Stand 7.11.2022), die Stiftung ist ihrerseits eine NPO: <https://www.daphne.foundation/en/about/the-foundation/legal-status> (Stand 7.11.2022).

¹⁰⁷ Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790 final, 18.

¹⁰⁸ SLAPP-RL-E (Fn. 92), Begründung, COM(2022) 177 final, 14.

¹⁰⁹ Art. 3 Abs. 3 SLAPP-RL-E (Fn. 92) zum Begriff „missbräuchliche Gerichtsverfahren gegen öffentliche Beteiligung“, Art. 3 Abs. 1 SLAPP-RL-E zum Begriff „öffentliche Beteiligung“.

¹¹⁰ Art. 9 SLAPP-RL-E (Fn. 92); näher dazu *Roger Mann* Initiativen gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“, NJW 2022, 1358 (1360 f.); *Moses Wiepen* Anti-SLAPP-Richtlinie und deutscher Umsetzungsbedarf, ZRP 2022, 149 (150 f.).

¹¹¹ SLAPP-RL-E (Fn. 92), Begründung, COM(2022) 177 final, 1; Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790 final, 17.

¹¹² Art. 3 Abs. 1 SLAPP-RL-E (Fn. 92) zum Begriff „öffentliche Beteiligung“.

beruht auf einer Unersetzlichkeitsannahme. Wenn und weil der Staat die Leistungen Privater in der *watchdog*-Funktion¹¹³ und aufklärerische Effekte aus „öffentlicher Beteiligung“ nicht substituieren kann, sogar selbst neben „Lobbygruppen, Unternehmen“ und „mächtigen Einzelpersonen“ in der Liste der SLAPP-Aggressoren verzeichnet wird,¹¹⁴ treten zivilgesellschaftliche Akteure zusammen mit professionellen Journalisten als unverzichtbare Gegenmacht auf. Die Anti-SLAPP-Gesetzgebung will begriffen werden als Stabilisierungsfaktor im Gleichgewicht der für das Gemeinwesen relevanten Kräfte.¹¹⁵

c) *Whistleblower-Schutz*

Auch das Whistleblowing-Recht will nicht nur die eine individuelle Rechtsposition im Konflikt mit einer anderen stärken, nicht nur strukturelle Unwuchten im arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnis korrigieren. Gewiss schlagen sich die Gesetzgeber auf Unions- und Staatenebene auf die Seite des vermutlich Schwächeren, wenn die Gesetze schon dem Namen nach „Schutz“ garantieren für so genannte *hinweisgebende Personen* „im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit“.¹¹⁶ Fluchtpunkt des gesamten Hinweisgeber-Schutzsystems ist aber das genuin *öffentliche Interesse* an Rechtsdurchsetzung, an Integrität, Behauptung und Wiederherstellung der Rechtsordnung.¹¹⁷

¹¹³ Graf Strachwitz/Priller/Triebe Handbuch Zivilgesellschaft (Fn. 3), Kap. 3, Europäische Zivilgesellschaftsdiskurse, 91 f.; zum Whistleblowing Dieter Deiseroth/Peter Derleder Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248 (250): „nicht ersetzbares Frühwarnsystem bei Missständen komplexer Gesellschaften“.

¹¹⁴ SLAPP-RL-E (Fn. 92), Begründung, COM(2022) 177 final, 1; Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790 final, 17.

¹¹⁵ Schutz gegen SLAPP als Pluralismustest und Prüfstein für Systeme von „Kontrolle und Gegenkontrolle“ im Bericht der Kommission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union: COM(2022) 500 final, 25 f., 30; Jan Kalbhenn/Justin Rennert/Judit Bayer Der Kommissionsentwurf zu einer Richtlinie zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung, ZUM 2022, 705 (714): „Puzzleteil der europäischen Strategie, die Demokratien gegen Populismus, Desinformation und Einfluss von wirtschaftlichen Interessen zu stärken“.

¹¹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 5.8.2022, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, BT-Drs. 20/3442; Art. 5 Nr. 7 der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Fn. 50) zum Begriff „Hinweisgeber“.

¹¹⁷ Art. 1 der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Fn. 50) erklärt das explizit: „Ziel dieser Richtlinie ist eine bessere Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen [...]“, der Regierungsentwurf für das Umsetzungsgesetz in Deutschland (Fn. 116) nur implizit.

Indem der Whistleblower der öffentlichen Sache dient, im Arbeitsleben,¹¹⁸ im Bereich der Finanzdienstleistungen¹¹⁹ oder bei Missständen im Krankenhaus,¹²⁰ wächst ihm ein Statusvorteil zu jenseits der Teilrechtsgebiete und dortiger Vermessung relativer Rechtswidrigkeit.

3. *Betrauung*

Die Betrauung zivilgesellschaftlicher Akteure unterscheidet sich kategorial von hoheitlicher Indienstnahme Privater.¹²¹ Das Technische Hilfswerk von 1950¹²² kann als bundesrepublikanischer Mutter-Tatbestand der Kooperation zwischen Staat und Ehrenamtlichen gelten. Heute haben wir mit einem erstaunlichen Spektrum zu tun: Mitwirkungsangebote, Anhörungs- und Kontrollrechte, Finanzierungsanreize – Mitsprache, die Wissen und Fachlichkeit, Responsivität, Kontrolle, Öffentlichkeit und Gegenöffentlichkeit freisetzt.

a) *Vertragsselemente*

Mandate dieser Art setzen sich zusammen aus privatautonomer Selbstermächtigung und öffentlicher Betrauung. Bevor das Finanzamt die Beteiligung des Fiskus an privater Gemeinwohlfinanzierung zusagt, hat sich die Körperschaft gebunden im filigranen Geflecht des steuerlichen Gemein-

¹¹⁸ *Kreis Whistleblowing* (Fn. 53), 85 ff., 99 f.

¹¹⁹ § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG als Whistleblowing-Mechanismus für Straftaten, die „einen Bezug zum Institut aufweisen“, *Markus Langen/Kirsten Donner* in: *Andreas Schwennicke/Dirk Auerbach* (Hrsg.) *Kreditwesengesetz*, 4. Aufl. 2021, § 25a Rn. 112 ff.

¹²⁰ Exemplarisch § 21 niedersächs. KrankenhausG v. 28.6.2022, GVBl. 2022, 376: Fehlermeldesystem mit Nachteilsverbot zum Schutz derjenigen „Personen, die eine Meldung abgeben“ (§ 21 Abs. 1 Satz 4).

¹²¹ *Ohler* (Fn. 71), in: *VVDStRL 79* (2020), 347 (373); zu Erscheinungsformen, Kriterien und Grenzen der Indienstnahme Privater *Klaus-Dieter Drüen* *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug aus Steuergesetzen*, 2012; *Ulrich Hufeld* *Betreiberhaftung im Internethandel*, *DStZ* 2018, 755 (760 ff.); *Gregor Kirchhof* *Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren*, 2005, 34 ff., 135 ff., 195 ff.; Typologie mit der Unterscheidung Indienstnahme, indirekter Veranlassung, Kooperationsangebot: *Andreas Voßkuhle* *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, in: *VVDStRL 62* (2003), 266 (275 ff.).

¹²² Gesetz über das Technische Hilfswerk (THW-Gesetz) v. 22.1.1990, BGBl. I 1990, 118, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.3.2021, BGBl. I 2021, 402; § 1 Abs. 3: „Das Technische Hilfswerk besteht aus Personen, die sich freiwillig zum ehrenamtlichen Dienst im Technischen Hilfswerk verpflichtet haben (Helferinnen und Helfer) und aus hauptamtlich Beschäftigten. Die Helferinnen und Helfer stehen zum Bund in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, das sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes bestimmt; sie sind grundsätzlich in Ortsverbänden organisiert.“

nützigkeitsrechts. Bevor das Umweltbundesamt das Recht auf altruistische Verbandsklage vermittelt, hat sich eine Vereinigung entschieden, „Ziele des Umweltschutzes“ nach Maßgabe der Abgabenordnung zu verfolgen, damit präzise auf die Anerkennungskriterien des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes¹²³ ausgerichtet.¹²⁴ Die Grundrechteagentur der Europäischen Union sucht im Kooperationsnetz „Plattform für Grundrechte“ die Zusammenarbeit mit zivilgesellschaftlichen Institutionen, die sich im Grundrechtsschutz „auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene“ tätig ausgewiesen haben.¹²⁵ Bevor die saarländische Naturschutzbehörde Dritte beauftragt, konnten diese Gewähr für die fachkundige Aufgabenerledigung anbieten, wiederum im Organisationsstatut der Abgabenordnung.¹²⁶ Die Vertreter zivilgesellschaftlicher Gruppen im sächsischen Normenkontrollrat sollen Erfahrungen mit Rechtsetzung oder Rechtsanwendung mitbringen.¹²⁷ Das geplante Demokratiefördergesetz des Bundes will private Träger mit Aufgaben der Extremismusprävention betrauen und deren finanzielle Förderung verstetigen.¹²⁸

In diesen Konstellationen setzen die Gesetzgeber das Statusrecht der Zivilgesellschaft voraus, vertrauen auf Kompetenz, auf Handlungs- und Vertragsfähigkeit der Intermediäre. Deren Profil ermöglicht konkrete Mandate. Die private Formation, öffentlich-rechtlich gebunden, soll für sachkundiges Engagement eintreten.

b) Wissenstransfer

Zu den unentbehrlichen Komplementärleistungen der Zivilgesellschaft gehören Sammlung, Bewahrung und Vermittlung von Wissen. In Rede steht eine eigenständige, staatsunabhängige, unersetzliche Kulturleistung, aber auch eine Transferleistung. Der Staat ist angewiesen auf privates Wissen

¹²³ Zur behördlichen und gerichtlichen Praxis der Anerkennung (§ 3 UmwRG) *Daniel Lamfried* Neuere Rechtsprechung zur Anerkennung von Umwelt- und Naturschutzvereinigungen, ZUR 2020, 288 ff.

¹²⁴ Auch § 5 Abs. 2 Nr. 2 Referentenentwurf Demokratiefördergesetz (Fn. 19) beschränkt die finanzielle Förderung auf diejenigen juristischen Personen des Privatrechts, die „im Sinne der §§ 51 ff. Abgabenordnung (AO) als steuerbegünstigt anerkannt“ sind.

¹²⁵ Art. 10 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates v. 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. EU v. 22.2.2007, L 53, 1, zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2022/555 v. 5.4.2022, ABl. EU v. 7.4.2022, L 108, 1.

¹²⁶ § 48 des saarl. Naturschutzgesetzes.

¹²⁷ § 3 Abs. 3 des sächsischen Normenkontrollratsgesetzes.

¹²⁸ §§ 3 und 4 Referentenentwurf Demokratiefördergesetz (Fn. 19) unterscheiden zwischen eigenen Maßnahmen des Bundes, darunter „die Kooperation mit zivilgesellschaftlichen Organisationen“ (§ 3 Abs. 1 Satz 2), und der „Förderung von Maßnahmen Dritter“.

und die Gesellschaft auf staatliches Wissen.¹²⁹ Einfluss und Wirksamkeit nicht-hoheitlicher Akteure erwachsen aus Weisheit und Wissen der Vielen. Dass Traditionspflege im dörflichen Museumsverein und NGO-Mitwirkung in der Weltgesellschaft¹³⁰ aus Schwarm- und Organisationswissen schöpfen, kann als spezifische Fähigkeit der Zivilgesellschaft begriffen werden. Sie akkumuliert, strukturiert und transferiert Wissen im öffentlichen Interesse.

Strategische, zumal politisch ambitionierte Weitergabe von Wissen zeichnet die Intermediäre aus. Damit kommen sie als Mitwirkende in Frage. Wenn das Lobbyregistergesetz „die“ Zivilgesellschaft betraut, mit Bundestag und Bundesregierung einen Verhaltenskodex mit Vorgaben für die Ausübung von Interessenvertretung festzulegen,¹³¹ so hat das Gesetz nicht Einzelpersonen im Sinn, sondern das Fachwissen spezialisierter Gruppen und Verbände. Gleiches gilt für die Partizipationsnorm im Entwurf für eine SLAPP-Richtlinie. Nichtstaatliche Organisationen, die sich auf den Schutz von SLAPP-Opfern spezialisiert haben, sollen als Dritteteiligte im gerichtlichen Verfahren zugelassen werden, „um entweder den Beklagten zu unterstützen oder um Informationen zu liefern“.¹³²

¹²⁹ *Bardo Fassbender* Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 58 ff. Vgl. § 2 Nr. 5 Referentenentwurf Demokratiefördergesetz (Fn. 19): „Gegenstand der Maßnahmen sind insbesondere [...] die Stärkung und Förderung des Wissenstransfers, der Qualifizierung sowie der Vernetzung der Träger der Maßnahmen in den Bereichen Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politische Bildung“.

¹³⁰ *Sarah Leyli Rödiger* Staatsverbrechen im Völkerrecht. Zivilgesellschaftliche Interventionen als Grundlage eines neuen völkerrechtlichen Konzepts der Aufarbeitung, 2022; *Sarah-Lena Schadendorf* *Amica Curiae*. Die organisierte Zivilgesellschaft als Freundin der internationalen Gerichtsbarkeit, 2022. Vgl. *Eibe Riedel* Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 62 (2003), 108, zum Berichtssystem internationaler Organisationen, das angewiesen sei auf verlässliche Informationen vonseiten der Nichtregierungsorganisationen: „Die Arbeit etwa im Folterrausschuss der Vereinten Nationen würde gar nicht effektiv geleistet werden können, wenn es nicht die Berichte von amnesty international, Freedom House, Helsinki Watch und zahlreicher anderer NGOs gäbe.“ Dass sich im Umweltbereich nicht alle in NGO-Mitwirkung investierten Hoffnungen erfüllt haben, zeigt *Sigrud Boysen* Die postkoloniale Konstellation. Natürliche Ressourcen und das Völkerrecht der Moderne, 2021, 276 ff.

¹³¹ § 5 Abs. 2 Gesetz zur Einführung eines Lobbyregisters für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und gegenüber der Bundesregierung v. 16.4.2021, BGBl. I 2021, 818. Der Verhaltenskodex ist den Grundsätzen Offenheit, Transparenz, Ehrlichkeit und Integrität verpflichtet. Ähnlich § 4 Abs. 3 Referentenentwurf Demokratiefördergesetz (Fn. 19), der vor Erlass der Förderrichtlinien die Zivilgesellschaft „in geeigneter Form beteiligt“ sehen will.

¹³² Art. 7 SLAPP-RL-E (Fn. 92), COM(2022) 177 final. Dass zivilgesellschaftliche Experten, die an der Ausarbeitung eines Entwurfs beteiligt werden, die eigene Expertise in die Regelungssubstanz einbringen, kann nicht überraschen: Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790 final, 18; SLAPP-RL-E, Begründung, COM(2022) 177 final, 11; *Wiepen*

Gleichwohl kommen auch Einzelpersonen als Vermittler von Wissen in Betracht. Die Grundidee der Hinweisgeber-Systeme – Gewinnung von Wissen auf Basis einer freiwilligen Jedermann-Entscheidung – wird nicht aufzuhalten sein.¹³³ Heute bietet sich paradigmatisch das Internet-Portal an, als Schnittstelle zwischen Behörden und Zivilgesellschaft. Deren Reichweitenvorteil kann den Reichweittennachteil der Hoheitsträger ausgleichen. Im März 2022 hat die Kommission ein Meldeportal freigeschaltet, um Hinweise auf Verstöße gegen das Sanktionsrecht der Union zu sammeln und weiterzugeben.¹³⁴

c) *Klagerechte*

Wenn wir der privaten Organisation die Fähigkeit zutrauen, kompetent für das Gemeinwohl einzustehen, dann kommt sie auch als Klägerin in Frage. Das Mandat ist nicht unumstritten. Verwaltungsgerichtsbarkeit verändert sich legitimatorisch und funktional, soweit ihre Aufgabe nicht mehr von der Verletztenklage und dem Schutz subjektiver Rechte bestimmt wird.¹³⁵ Doch kann der klagebefugte Verband wiederum Komplementärfunktionen ausfüllen. Überindividueller Rechtsschutz schließt eine Schutzlücke in objektiv-rechtlich strukturierten Rechtsbereichen, die sich dem subjektiv-rechtlichen Angriff des Verletztenklägers weithin entziehen.¹³⁶ Gerade in dieser Konstellation profiliert sich der gesetzlich mandatierte

Anti-SLAPP-Richtlinie (Fn. 110), 149, zum Einfluss der Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE).

¹³³ Faktencheck-Vereine als Kandidaten der „Aufwertung“ im Kampf um Wahrheit und gegen Desinformation: *Lutz Friedrich* Das Wahrheitsgebot des Grundgesetzes, AöR 146 (2021), 642 (680).

¹³⁴ https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures_en#whistleblower (Stand 7.11.2022). Vgl. die Mitteilung der Kommission „Das europäische Wirtschafts- und Finanzsystem: Mehr Offenheit, Stärke und Resilienz“, COM(2021) 32, final, 21: „Die Kommission wird ein spezielles System einrichten, das die anonyme Meldung von Fällen, in denen Sanktionen umgangen werden, ermöglicht, darunter auch die Meldung von Missständen („Whistleblowing“). Das System wird die erforderliche Vertraulichkeit gewährleisten.“

¹³⁵ *Klaus F. Gärditz* Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, D 28 ff.

¹³⁶ *Thomas Groß* Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, 349 (371 f.); zum Umweltrecht der Union EuGH v. 5.11.2011, C-115/09 Rn. 46, und v. 20.12.2017, C-664/15 Rn. 47, sowie Schlussanträge des GA *Athanasios Rantos* v. 3.3.2022, C-873/19 Rn. 63: „... in den meisten Fällen auf das allgemeine Interesse und nicht auf den alleinigen Schutz der Rechtsgüter Einzelner gerichtet“; EuGH v. 8.11.2022, C-873/19 Rn. 68: „Aufgabe besagter Umweltorganisationen der Schutz des Allgemeininteresses“.

Verband als legitimierter Repräsentant öffentlicher Interessen.¹³⁷ Mit ihm muss die Behörde rechnen, wenn der Kontrolleffekt der Verletztenklage ausfällt. Sein Erfolg vor Gericht auf altruistische Verbandsklage ist fulminanter Rechtsdurchsetzungserfolg.

Das Arrangement, das der Logik zivilgesellschaftlicher Spezialisierung folgt, ist der Popularklage offenkundig überlegen.¹³⁸ Nicht das einzige, aber das wichtigste Anwendungsfeld hat das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz erschlossen,¹³⁹ völker- und unionsrechtlich determiniert.¹⁴⁰ Der Deutsche Umwelthilfe e.V. mag manchen lästig sein, einem Abgeordneten des Bundestages gilt er als „grün-radikaler Abmahnverein“,¹⁴¹ der Generalanwalt beim EuGH jedoch bescheinigt der Umwelthilfe im laufenden Vorlageverfahren rund um VW-Abschaltvorrichtungen „Gewähr für Ernsthaftigkeit und Kompetenz“, streng abgesichert in der Vereinssatzung und der behördlichen Aufsicht auf gesetzlicher Grundlage.¹⁴² Von dem berüchtigten, sich selbst ermächtigenden *Quivis ex populo* kann keine Rede sein. Das Mandat des Verbandsklägers löst sich von jener alten Doktrin aus der Zeit des Konstitutionalismus, die zwar Rechtsschutz gegen Eingriffe in Freiheit und Eigentum erlaubt, bürgerliche Kontrollverantwortung für öffentliche Angelegenheiten jedoch strikt abgelehnt hatte.¹⁴³

4. Aberkennung

Zum Status- und Kooperationsrecht gehört am Ende auch ein Recht der Distanzierung und Gegenwehr. Die schmutzige und die gefährli-

¹³⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, 22 f.

¹³⁸ Gärditz (Fn. 135), D 45.

¹³⁹ Systematisch entschlüsselt bei Ralf Peter Schenke in: Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke (Begr./Hrsg.) VwGO, 28. Aufl. 2022, Anh. § 42 Rn. 182 ff.; Etappen der UmwR-Gesetzgebung unter dem Druck der EuGH-Judikatur: Sabine Schlacke Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-)Rechtsschutzes, NVwZ 2014, 11; dies. Die Novelle des UmwRG 2017, NVwZ 2017, 905; Spektrum der Verbandsklagen im Überblick: Dirk Ehlers in: ders./Friedrich Schoch (Hrsg.) Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 27 Rn. 85 ff.

¹⁴⁰ Ohler (Fn. 71), in: VVDStRL 79 (2020), 347 (353): Art. 9 Aarhus-Konvention „Türöffner für die Verbandsklage in der Europäischen Union“; vgl. EuGH v. 8.11.2022, C-873/19 Rn. 46 ff.

¹⁴¹ Abg. Wolfgang Wiehle (AfD), 41. Sitzung des Bundestages am 2.6.2022, Plen.-Prot. 20/41, 4045 (A).

¹⁴² Schlussanträge des GA Athanasios Rantos v. 3.3.2022, C-873/19 Rn. 73; auf gleicher Linie EuGH v. 8.11.2022, C-873/19 Rn. 59 ff.

¹⁴³ Johannes Masing Relativierung des Rechts durch Rücknahme verwaltungsgerichtlicher Kontrolle, NVwZ 2002, 810 (814 f.), gegen „Entkoppelung von Recht und gerichtlicher Kontrolle als Prinzip“.

che Seite der Zivilgesellschaft¹⁴⁴ war dem Parlamentarischen Rat aus leidvoller Erfahrung vertraut, nicht der Bezeichnung nach, in der Sache überdeutlich. Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) sollte Gefahren bannen, die vornehmlich „durch individuelle Betätigung drohen können“. ¹⁴⁵ Dem Vereinigungsverbot hat der Parlamentarische Rat eine Fassung gegeben, die sich von der Weimarer Vorläufernorm signifikant unterscheidet. Art. 9 Abs. 2 GG verbietet nicht mehr nur jene Vereinigungen, die sich Straftaten ihrer Mitglieder zurechnen lassen müssen. Der Verbotstatbestand erstreckt sich auf Zwecke und Tätigkeiten, „die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten“.

Ausdrücklich mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte stellt das Bundesverfassungsgericht auf eine „kämpferisch-aggressive Haltung gegenüber den elementaren Grundsätzen der Verfassung“ ab – vertraut ansonsten „auf die freie gesellschaftliche Assoziation und die Kraft des bürgerschaftlichen Engagements im freien und offenen politischen Diskurs“. ¹⁴⁶ Im Fall der BDS-Bewegung hat sich der Deutsche Bundestag politisch distanziert, antisemitische Argumentationsmuster und Methoden, insbesondere den „allumfassenden Boykottaufruf“ scharf verurteilt und jedwede finanzielle Förderung ausgeschlossen. ¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Lars Geiges/Stine Marg/Franz Walter* Pegida. Die schmutzige Seite der Zivilgesellschaft?, 2015; *Wolfgang Schroeder/Samuel Greef/Jennifer Ten Elsen/Lukas Heller/Saara Inkien* Einfallstor für rechts? Zivilgesellschaft und Rechtspopulismus in Deutschland, 2022. Digitalstrategie der Bundesregierung v. 5.9.2022, BT-Drs. 20/3329, 17, zur „Digitalen Zivilgesellschaft“: „Der digitale Raum ermöglicht aber nicht nur neue Formate demokratischer Teilhabe und Debatten. Entwicklungen wie Hassrede, Desinformation und digitale Gewalt sind Gefahren für unsere Grundrechte“.

¹⁴⁵ BVerfGE 38, 23 (24) – Grundrechtverwirkung; vgl. aber auch § 39 Abs. 2 BVerfGG mit der Maßgabe, dass das Bundesverfassungsgericht „bei juristischen Personen ihre Auflösung anordnen“ kann.

¹⁴⁶ BVerfGE 149, 160 (197 f. Rn. 108) – Vereinsverbot; dort (165 Rn. 7) auch der Hinweis, dass die Zahl der Vereinsverbote nach den Terroranschlägen vom 11.9.2001 deutlich angestiegen ist. Analyse der Entscheidung, insbesondere zur Unterscheidung von Partei- und Vereinigungsverbot: *Björn Schiffbauer* Über Freiheit und Verbote von Vereinigungen, JZ 2019, 130 (134).

¹⁴⁷ „Der BDS-Bewegung entschlossen entgegenzutreten – Antisemitismus bekämpfen“ v. 15.5.2019, BT-Drs. 19/10191. Dazu VG Berlin v. 7.10.2021, 2 K 79/20, juris (nicht rechtskräftig): Verwaltungsrechtsweg gegeben, Befugnis zum Erlass des Beschlusses folge aus dem allgemeinpolitischen Mandat des Bundestages, kein Eingriff in Grundrechte der BDS-Unterstützer; vgl. auch BVerwG, DVBl. 2022, 974, zur Widmungsbeschränkung einer kommunalen öffentlichen Einrichtung für Veranstaltungen, die sich mit der BDS-Kampagne oder deren Themen befassen. Umfassende Analyse der transnationalen BDS-Kampagne gegen Israel: *Natascha Müller* Menschenrechte und Antisemitismus, 2022.

Das Gemeinnützigkeitsrecht der Abgabenordnung hat seinen Loyalitätstest an den verfassungsschutzrechtlichen Begriff der „Bestrebung“¹⁴⁸ angeknüpft und eine Vermutungsregel etabliert. Eine Organisation, die im Verfassungsschutzbericht „aufgeführt“ wird (§ 51 Abs. 3 Satz 2 AO), hat sich *vermutlich* aus der Gemeinnützigkeit verabschiedet. Nunmehr hat sie ihrerseits „vollen Beweis“ beizubringen dafür, dass sie keine verfassungsfeindliche Bestrebung fördert.¹⁴⁹ Dass sie „die Schutzgüter des Verfassungsschutzgesetzes auf dem Boden der Legalität“ bekämpft,¹⁵⁰ hilft ihr nicht.

V. Verfasste Bürgerfreiheit

Die Zivilgesellschaft ist berufen, in der partizipativen, assoziativen, pluralistischen und responsiven Demokratie¹⁵¹ ihre Rolle zu spielen. Das ist nicht mehr nur abstraktes Konzept, sondern positives Recht. Sie engagiert sich in einem politischen Raum außerhalb der Staatsorganisation. Diese gemeinwohlorientierte Engagement- und Bürgerpolitik muss uns nicht ängstigen.

Betrachten wir das „Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung“,¹⁵² so bringt

¹⁴⁸ Dazu BVerfG, NJW 2022, 1583 (1589 f. Rn. 184 ff.).

¹⁴⁹ BFH, BStBl. II 2018, 422 (424 Rn. 33 f.) – islamischer Verein; FG München, EFG 2022, 5 (6 f. Rn. 36) – linksextremistischer Verein (Rev.: V R 36/21).

¹⁵⁰ BVerfG, NJW 2022, 1583 (1590 Rn. 186).

¹⁵¹ *Jens Kersten* Schwarmdemokratie, 2017, 156 ff., 215 ff.: assoziative Demokratie als Do-ocracy; *Markus Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, in: VVDStRL 69 (2010), 173 (199): „Der demokratische Gestaltungswettbewerb beginnt beim Bürger.“; *Roland Lhotta* Parlamentarismus als Gewaltenteilung, in: Helmar Schöne/Julia von Blumenthal (Hrsg.) Parlamentarismusforschung in Deutschland, 2009, 259 (268): „Tätigkeit der Bürger im Rahmen der Repräsentationsbeziehung“; *ders.* Institutionelle Grenzen des Mehrheitsprinzips: Konsensdemokratische Integration und Differenzrepräsentation als Aporien des Verfassungs(organisations)rechts, in: Julian Krüper/Arne Pilniok (Hrsg.) Mehrheit/Minderheit, 2023, mit einem „Plädoyer gegen die Fiktion der Einheitsrepräsentation“ (i.E.); *Hermann Pünder* Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, in: VVDStRL 72 (2013), 191 (198 ff., 202 ff.): Responsivität und „Bürgerkultur“, die von politischer Partizipation und kritischer Akzeptanz geprägt ist; *Sina Fontana* Freiheit – Disparität – Egalität, DVBl. 2022, 1125 (1128 f.); *Waldhoff* Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht (Fn. 70), § 10 Rn. 2; *Schuppert* Assoziative Demokratie (Fn. 81), 114 ff. Klassisch *Peter Häberle* Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 (302, dort die Hervorhebung): „Es gibt kein Zurück zu Rousseau. *Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie.*“

¹⁵² Gesetz zur Einführung eines Lobbyregisters für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und gegenüber der Bundesregierung – Lobbyregistergesetz v. 16.4.2021, BGBl. I 2021, 818. § 4 Abs. 1 Satz 1: „Das Lobbyregister wird elektronisch beim Deutschen Bundestag eingerichtet und geführt.“ <https://www.lobbyregister.bundestag.de> (Stand 7.11.2022).

eine Probebohrung die folgenden vier Neueintragungen vom 21. September 2022 ans Licht: *Aerospace Industries Ltd.*, israelisches Rüstungsunternehmen; *Deutsche Meeresstiftung*, Neugründung, gemeinnützig, ausgestattet vonseiten der *Otto-Familie Hamburg*, den Sustainable Development Goals der VN verpflichtet; *Deutsche Gesellschaft für Kinderchirurgie e.V.*, gemeinnützig, 849 Mitglieder; *Ukraine-Saarland-Berlin e.V.*, gemeinnützig, 19 Mitglieder wollen den „Folgen der ukrainischen Flüchtlingsbewegung [...] durch humanitäre Hilfeleistungen“ begegnen.

Zwei Vereine, eine Stiftung und ein Rüstungsunternehmen sehen sich zusammengespannt über den registergesetzlichen Begriff der *Interessenvertretung*, der jede Kontaktaufnahme zum Zweck der Einflussnahme auf die Willensbildung des Bundestages und der Bundesregierung einbezieht.¹⁵³ Das Register führt sie zusammen, wirft sie aber nicht in einen Topf. Das transparente Spektrum der Tätigkeitskategorien¹⁵⁴ und die Sammlung der Selbstauskünfte zeichnen ein differenziertes Bild. Interessenvertretung in eigener Sache und Vertretung im Rekurs auf ein gesetzlich anerkanntes Allgemeininteresse werden getrennt.

Unsere Dogmatik sollte nicht hinter die Unterscheidungskraft des Lobbyregisters zurückfallen. Noch weniger sollte sie gesetzgeberische Differenzierung unterlaufen. Das Freiheitsrecht, die Idee vom guten Zustand des Gemeinwesens in ein vielfältiges Engagement für portionierte Allgemeininteressen aufzuteilen, steht nicht zur Disposition. Auch die so engagierten Bürgerinnen und Bürger wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Das Gesetz kann daran mit einem differenzierten Status-, Kooperations- und Loyalitätsrecht anknüpfen. Es kann den Interessen- und Politikraum der Zivilgesellschaft absetzen von jenem der Berufsverbände, Gewerkschaften, Kampagnenorganisationen und politischen Parteien. In einer differenzierten Ordnung werden die Akteure unterscheidbar, ansprechbar, für das Gemeinwesen gewinnbar. In verfasster Freiheit entfaltet die Zivilgesellschaft die ihr eigene Kraft zum Wohle einer Demokratie, in der es lebendiger zugeht als in der Zuschauerdemokratie.¹⁵⁵

¹⁵³ § 1 Abs. 3 LobbyRG: „Interessenvertretung ist jede Kontaktaufnahme zum Zweck der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme auf den Willensbildungs- oder Entscheidungsprozess der Organe, Mitglieder, Fraktionen oder Gruppen des Deutschen Bundestages oder zum Zweck der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme auf den Willensbildungs- oder Entscheidungsprozess der Bundesregierung.“ Zum Begriff der Interessenvertretung näher *Philipp Austermann* in: ders./Kyrill-Alexander Schwarz (Hrsg.) Lobbyregistergesetz, 2022, § 1 Rn. 8 ff.

¹⁵⁴ <https://www.lobbyregister.bundestag.de/startseite/tatigkeitskategorien-statistik> (Stand 7.11.2022).

¹⁵⁵ Verteidigung der „Zuschauerdemokratie“ als Normalität: *Otto Depenheuer* Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), 90 (118 f.).

In diesen Tagen hat *Frida Mann*, hundert Jahre nach der Rede seines Großvaters „Von deutscher Republik“,¹⁵⁶ die Mitverantwortung aller Bürger angemahnt. „Jeder Einzelne“ müsse „an der Baustelle Demokratie“ mitarbeiten.¹⁵⁷ Für die nächsten hundert Jahre gilt: Unsere Vereinigung wird sich ihrer Verantwortung stellen und sie wird die gesamte Zivilgesellschaft weiter ermutigen, zum Gemeinwohl beizutragen.

¹⁵⁶ *Thomas Mann* Von deutscher Republik, in: Essays, nach den Erstdrucken, textkritisch durchgesehen, kommentiert und herausgegeben von Hermann Kurzke und Stephan Stachorski, Bd. 2: Für das neue Deutschland 1919–1925, 1993, 126–166.

¹⁵⁷ *Frida Mann* Wie die Demokratie siegen wird, FAZ v. 1.10.2022, 18.

Leitsätze des Referenten über:

Individuen und Intermediäre

1. Zivilgesellschaft

I. Bürgerfreiheit

(1) Zivilgesellschaft – das ist die offene Vielheit der privaten Akteure, die für die öffentliche Sache eintreten. Bürgerinnen und Bürger nehmen sich die Freiheit, uneigennützig zu handeln, besetzen Ämter ohne Amtsgewalt, ehrenhalber, engagieren sich spontan oder organisiert, kontinuierlich und reputierlich im Verein, dann wieder höchstpersönlich, immer aus freien Stücken. Die Rede ist von tätiger Bürgerfreiheit, gerichtet auf Engagement in der öffentlichen Sphäre.

II. Rechtsbegriff Zivilgesellschaft

1. Unionsrecht

(2) 2009 wird die Charta der Grundrechte Teil des Primärrechts, mit ihr die Bezugnahme auf die Zivilgesellschaft im Tatbestand der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GRCh). Im Institutionen- und Legitimationsgefüge sehen sich sämtliche Unionsorgane verpflichtet, den „Dialog“ mit der Zivilgesellschaft zu suchen und deren „Beteiligung“ sicherzustellen (Art. 11 Abs. 2 EUV, Art. 15 Abs. 1 AEUV).

2. Staatliches Recht

(3) Wesentliche Elemente einer Legaldefinition finden sich im Gesetz zur Errichtung der Deutschen Stiftung für Engagement und Ehrenamt. Voran steht der Begriff bürgerschaftliches Engagement, definiert als der „freiwillige, unentgeltliche und am Gemeinwohl orientierte Einsatz einer oder mehrerer Personen auf Basis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1). Das bürgerschaftliche Engagement für eine Organisation, „die ohne Gewinnerzielungsabsicht Aufgaben ausführt,

die im öffentlichen Interesse liegen oder gemeinnützige, kirchliche beziehungsweise mildtätige Zwecke fördern“, heißt Ehrenamt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2).

(4) Der gesetzliche Begriff fasst unter „Zivilgesellschaft“ gemeinwohlorientiertes Engagement der Person oder Personengruppe, unterschieden von Staatshandeln, Marktgeschehen und Korporatismus. Die an positiven Merkmalen interessierte Analyse muss die Akteure gruppieren und ihre Rolle in der Demokratieverfassung bestimmen.

III. Akteure

1. Intermediäre

a) Assoziation

(5) Die freie Assoziation bietet sich allen Personen an, die an spezialisierter Ausrichtung und Zugehörigkeit interessiert sind – an einem selbstorganisierten Zweckbündnis. Die gebündelte und kuratierte Kraft der Mitgliedschaft macht den Zweckverband zu einem kompetenten Akteur im doppelten Sinne: fähig und zuständig. Kraft ihrer Kompetenzen in Angelegenheiten des öffentlichen Wohls geben die Assoziationen der Zivilgesellschaft Gestalt und Gehalt.

b) Affektation

(6) Die Konzentration auf den einen Zweck setzt ein eigentümliches und politisch ambivalentes Affektationsprinzip frei, verstanden als Prinzip der Geneigtheit und Verbundenheit, der Anregung und der Leidenschaft. Der verselbständigte Zweckverband ist ein Subjekt der strategischen Affektation, das den Financiers und Mitstreitern versprechen kann, seiner Mission aus eigener Kraft nachzukommen, verlässlich aus seiner organisierten Kompetenz zu schöpfen.

(7) In der zweckverbandlichen Ausrichtung auf die Satzungsaufgabe ist die gemeinnützige Organisation nicht „kleine Republik“, wohl aber „republikanische Fachbehörde“ der ehrenamtlichen Kenner – zugleich „privates Labor“, das sich auf Neuerungen einlässt. Diese Seite der strategischen Affektation begründet die Aussicht auf Dynamik und Innovation, vergleichbar der Erwartung, dass der marktwirtschaftlich-dezentrale Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren garantiere.

c) Alimentation

(8) Die soziale Form der zivilgesellschaftlichen Assoziation findet einen förderlichen Lebensraum im Regelwerk der Abgabenordnung. Finanzbe-

hördlich kontrolliert, wird sie zum Intermediär wie er im Buche steht. Der dem steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht verpflichtete Zweckverband kann seinerseits für private Alimentation werben mit dem Versprechen, dass die Zuwendung des Geldgebers dessen Steuerlast reduziert.

(9) Öffentliche, direkte Alimentation ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Die vonseiten des Europäischen Parlaments vorgeschlagene Mindeststandardrichtlinie sieht in öffentlicher Kofinanzierung einen Ausgleich dafür, dass sich die Organisationen ohne Erwerbzweck dem Not-for-Profit-Grundsatz verschreiben müssen. Öffentliche Finanzierung darf nicht umschlagen in Vereinnahmung und Gängelung. Für Zuwendungsempfänger im AO-Regime gilt: „Parteipolitik ist immer gemeinnützigkeitsschädlich“.

2. Individuen

a) Der Gründer

(10) Gründer, Stifter und Vereinsmitglieder – lebendige Archetypen, Träger der zivilgesellschaftlichen Infrastruktur – übernehmen bürgerschaftliche Verantwortung kraft individueller Freiheit. Die Diskussion über das Grundrecht auf Stiftung und das Grundrecht der Stiftung hat bewusst gemacht: die Individualität der Stiftung ist ohne die Individualität des Stifters nicht zu denken. Für alle Vereinigungsformen gilt, dass sie ihren Gründern, Vorständen und Mitgliedern verbunden bleiben, damit aber persönlicher Prägung.

b) Der Whistleblower

(11) Als gesetzlich fassbarer Einzelprotagonist einer zunehmend politischen, „mitverantwortlichen“ Zivilgesellschaft hat sich der Whistleblower profiliert, der persönliches Wissen aus seinem beruflichen Kontext freiwillig in ein öffentlich-rechtliche System der Offenlegung einspeist. Der „Hinweisgeber“ entscheidet individuell, „Gefährdungen oder Schädigungen des öffentlichen Interesses“ entgegenzutreten. Er ist Einzelakteur der Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse mit Anspruch auf Schutz vor Repressalien.

c) Der Aktivist

(12) Der Aktivist balanciert am Rande der Legalität und an der Außengrenze des bürgerschaftlichen Engagements. Als Typus ist er nicht zu fassen, bleibt er schillernde Figur. Er kann darauf hoffen, dass ihm seine Tat in concreto als Wohltat gutgeschrieben und nicht als Straftat verfolgt wird.

Die Grenzüberschreitung mag kalkuliertes Element seiner Aktion sein. Die Grenzgängerrisiken des Aktivismus sind vielleicht grundrechtlich und allenfalls im Einzelfall aufzufangen. Ein Aktivismus-Regulierungsgesetz wird es nicht geben.

3. Das Komplementärprinzip

(13) Die Zivilgesellschaft will, kann und soll kein Staat im Staate sein, keine Staatspartei und keine Einheit hervorbringen. Sie ist radikal staatsunähnlich. Ihr Proprium ist ihre komplementäre Kraft. In der Konzentration auf einzelne Gemeinwohlanliegen kombiniert sie charakteristisch das Partikulare und das Allgemeine. Auch in der Zusammenschau lässt sich zivilgesellschaftliche Aktivität nicht als Einheit konstruieren.

IV. Status- und Kooperationsrecht

1. Anerkennung

a) Gründung und Satzung

(14) Der Staat bietet mit gesetzlichen Organisationsformen eine rechtliche Infrastruktur an und schaltet sich in die Gründung ausnahmsweise selbst ein, wenn er nicht nur registriert, sondern konzessioniert. Die Entwicklungsgeschichte des § 80 BGB hat dem Stiftungsprivatrecht eine „gefahrenabwehrrechtliche Dimension der Anerkennungsentscheidung“ eingeschrieben. Die stiftungsbehördliche Gründungsblockade ist ein Notbehelf für seltene Extremfälle.

(15) Dass sich die Intermediäre der Zivilgesellschaft und der Staat in einem Beziehungsalltag begegnen, verdanken wir der Finanzverwaltung. Die Abgabenordnung verknüpft Anreiz mit Anerkennung, Spenden- und Steuerbefreiungsrecht mit einem allgemeinen rechtsformübergreifenden Anerkennungsrecht. Kraft amtlich zertifizierter Satzung verwandelt sich die Gründung in eine AO-anerkannte Empfängerkörperschaft. Das umfangliche Wissen des Staates über die Zivilgesellschaft wird öffentlich mit dem neuen Zuwendungsempfängerregister (§ 60b AO).

b) Haltung und Handlung

(16) Die gemeinnützige Spende steht paradigmatisch für Gemeinwohlpolitik der Einzelperson. Sie findet Anerkennung als private Finanzierungsentscheidung und Substitut der Steuer. Unionsbürgerinnen und Unionsbür-

ger finden Rückhalt in der Kapitalverkehrsfreiheit für das mäzenatische Engagement über die Grenze.

(17) Die statusrechtliche Absicherung der „Hinweisgeber“ ist eine ausschließlich individuelle und handlungsbezogene. Das Whistleblowing-Recht ermutigt Personen, die annehmen dürfen, wahrheitsgemäß über erhebliches Unrecht zu informieren. Das Informationsverhalten findet öffentliche Anerkennung.

2. Schutz

(18) Die Whistleblowing-Richtlinie und weitere aktuelle Initiativen aus Brüssel verdienen besondere Beachtung, soweit dort die Sache der Zivilgesellschaft zum Ausgangs- und Fixpunkt der Gesetzgebung wird. Die Akzente verschieben sich, weg von einer neutralen Zivilrechtsordnung, hin zu Gewährleistung, Förderung und Schutz, mit der Tendenz zu einem öffentlichen Gemeinwesen-Schutz, der Mitgestaltungskraft und Schutzbedarf privater Akteure systematisch einbezieht.

a) Statusschutz

(19) Das Europäische Parlament will sich nicht auf genuin supranationale Politik beschränken, schlägt nicht nur ein Statut für den Europäischen Verein vor. Die Mindeststandardrichtlinie will sehr viel weiter ausgreifen. Mit ihrer Leitidee, ein aktivierendes „positives Umfeld“ (enabling environment) zu gewährleisten, zielt die Initiative auf eine Statusordnung der Zivilgesellschaft, die vor mitgliedstaatlicher Politik der shrinking spaces schützen soll.

(20) Die Mindeststandardrichtlinie soll die Freizügigkeits- und Charta-Rechte weiter befestigen in einem eigenständig für Organisationen ohne Erwerbzweck konzipierten Recht auf eine gute Verwaltung. Die Zwecksetzungsfreiheit, die Freiheit der nationalen und transnationalen Mittelbeschaffung, der Zugang zum Status der Gemeinnützigkeit und weitere Rechte werden ausgerichtet auf ein europäisches öffentliches Gemeinwesen-Interesse an der organisierten und funktionstüchtigen Zivilgesellschaft.

b) Schutz vor SLAPP

(21) Gesetzgebung gegen strategic lawsuit against public participation (SLAPP) lässt sich auf das heikle Unterfangen ein, missbräuchliche Inanspruchnahme der Justiz zu identifizieren. Sie ist als Muster aufschlussreich: Öffentliche Beteiligung (public participation) wird zum Rechtsbegriff und Schutzgut einer hoheitlichen Intervention, die notwendige Gegengewichte abschirmt. Die Anti-SLAPP-Gesetzgebung will begriffen werden als Sta-

bilisierungsfaktor im Gleichgewicht der für das Gemeinwesen relevanten Kräfte.

c) *Whistleblower-Schutz*

(22) Auch das Whistleblowing-Recht will nicht nur die eine individuelle Rechtsposition im Konflikt mit einer anderen stärken, nicht nur strukturelle Unwuchten im arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnis korrigieren. Fluchtpunkt des Hinweisgeber-Schutzsystems ist das genuin öffentliche Interesse an Rechtsdurchsetzung jenseits behördlicher Kraft, an Integrität, Behauptung und Wiederherstellung der Rechtsordnung.

3. *Betrauerung*

(23) Die etablierten Kategorien hoheitlicher Indienstnahme erschließen nicht die Zusammenarbeit zwischen Staat und freier Zivilgesellschaft: Mitwirkungsangebote, Anhörungs- und Kontrollrechte, Finanzierungsanreize – Mitsprache, die Wissen und Fachlichkeit, Responsivität, Kontrolle, Öffentlichkeit und Gegenöffentlichkeit freisetzt.

a) *Vertrags Elemente*

(24) Mandate dieser Art setzen sich zusammen aus privatautonomer Selbstermächtigung und öffentlicher Betrauung. Die Betrauungsgesetze knüpfen an das Statusrecht der Zivilgesellschaft an, vertrauen auf Kompetenz, Handlungs- und Vertragsfähigkeit der Intermediäre. Deren Profil ermöglicht konkrete Mandate. Die private Formation, öffentlich-rechtlich gebunden, soll für sachkundiges Engagement einstehen.

b) *Wissenstransfer*

(25) Zu den unentbehrlichen Komplementärleistungen der Zivilgesellschaft gehören Sammlung, Bewahrung und Vermittlung von Wissen. Einfluss und Wirksamkeit nicht-hoheitlicher Akteure erwachsen aus Weisheit und Wissen der Vielen. Strategische, zumal politisch ambitionierte Weitergabe von Wissen zeichnet die Intermediäre aus. Damit kommen sie als Mitwirkende in Frage. Auch Einzelpersonen kommen als Vermittler von Wissen in Betracht.

c) *Klagerechte*

(26) Auch der klagebefugte Verband kann eine Komplementärfunktion ausfüllen. Überindividueller Rechtsschutz schließt eine Schutzlücke in objektiv-rechtlich strukturierten Rechtsbereichen, die sich dem subjektiv-

rechtlichen Angriff des Verletztenklägers weithin entziehen. Der Erfolg einer altruistischen Verbandsklage vor Gericht ist fulminanter Rechtsetzungs-erfolg. Das Arrangement, das der Logik zivilgesellschaftlicher Spezialisierung folgt, ist der Popularklage offenkundig überlegen.

4. Aberkennung

(27) Zum Statusrecht der Zivilgesellschaft gehört am Ende auch ein Recht der Distanzierung und Gegenwehr. Historisch verbürgte Grundmuster finden sich in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 GG. Das Gemeinnützigkeitsrecht der Abgabenordnung hat seinen Loyalitätstest an den verfassungsschutzrechtlichen Begriff der „Bestrebung“ angeknüpft und eine Vermutungsregel etabliert. Eine Organisation, die im Verfassungsschutzbericht „aufgeführt“ wird (§ 51 Abs. 3 Satz 2 AO), hat sich vermutlich aus der Gemeinnützigkeit verabschiedet.

V. Verfasste Bürgerfreiheit

(28) Das Freiheitsrecht der Privaten, Gemeinwohl in ein vielfältiges Engagement für frei portionierte Allgemeininteressen aufzuteilen, steht nicht zur Disposition. Auch die so engagierten Bürgerinnen und Bürger wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Das Gesetz kann daran mit einem differenzierten Status- und Kooperationsrecht anknüpfen. In verfasster Freiheit entfaltet die Zivilgesellschaft die ihr eigene Kraft zum Wohle einer Demokratie, in der es lebendiger zugeht als in der Zuschauerdemokratie.

