

Herausgeber: Prof. Dr. Olaf Werner (Geschäftsführend), Universität Jena | Prof. Dr. Bernd Andrick, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen | Senator E. h. Lothar Böhler, Stiftungsdirektor der Stiftungsverwaltung Freiburg i.Br. | Prof. Dr. Christian Fischer, Universität Jena | Prof. Dr. Hans Fleisch, Generalsekretär des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, Berlin | Prof. Dr. Kurt-Dieter Koschmieder, Universität Jena | Dr. Peter Lex, Rechtsanwalt, München | Prof. Dr. Gerhard Lingelbach, Universität Jena | Dr. Christoph Mecking, Rechtsanwalt, Berlin | Dr. Evelynne Menges, Rechtsanwältin, München | Prof. Dr. Ingo Saenger, Universität Münster | Prof. Dr. Andreas Schlüter, Generalsekretär des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft e.V., Frankfurt | Prof. Dr. Martin Schulte, Technische Universität Dresden | Rupert Graf Strachwitz, Maecenata Institut, Berlin | Nikolaus Turner, Fürstendfeldbruck | Prof. Dr. Klaus Vieweg, Universität Erlangen

Schriftleitung: RAin Dr. Almuth Werner (V.i.S.d.P), Jena | StBin Dipl.-Kffr. Alexandra Pauls (Steuern) | Erhardt Etzrodt (Verein)

Redaktionsanschrift: Abbe-Institut für Stiftungswesen an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena

Internet: www.zstv.nomos.de

Nonprofit-Organisationen in Deutschland und in den USA – Historische Wurzeln der Nonprofit-Sektoren in Deutschland und den USA –

Rechtsanwalt Stefan Winheller, LL.M. (Tax) USA, Frankfurt¹

A. Zum Begriff „Nonprofit-Organisation“

Hinter dem Begriff „Nonprofit²-Organisationen“ verbirgt sich heute eine bunte Vielfalt von Organisationen, die sich in Struktur, Größe, finanzieller Ausstattung, bezüglich ihrer gesellschaftlichen Leistungen, in ihrem Auftreten in der Öffentlichkeit und nicht zuletzt hinsichtlich ihrer Rechtsform erheblich voneinander unterscheiden. In Deutschland zählen zum Beispiel die Konglomerate der freien Wohlfahrtspflege³ ebenso zu den Nonprofit-Organisationen wie eine kleine lokale Sozialstation, die in der Nachbarschaft Altenpflege organisiert.⁴ In den USA finden sich unter den Nonprofit-Organisationen sowohl typische gemeinnützige (*charitable*) Organisationen wie das Amerikanische Rote Kreuz, die Heilsarmee sowie bedeutende Universitäten und Krankenhäuser als auch politische Vereinigungen, Wirtschaftsverbände, die Nationale Football Liga (*NFL*), der Star Trek Fan Club und selbst so bizarre Vereinigungen wie der Ku Klux Klan.⁵

Die Bezeichnung „Nonprofit-Organisation“ entstammt den Sozialwissenschaften.⁶ Sie ist weltweit anerkannt, auch wenn es bislang an einer international einheitlichen Definition mangelt. Unter Berücksichtigung der regionalen Besonderheiten haben sich für den amerikanischen wie den europäischen

- 1 Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht für WINHELLER Rechtsanwälte, Frankfurt am Main. Er berät Stiftungen und gemeinnützige Körperschaften. Herrn Philipp Alfter, Jurastudent an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, gebührt Dank für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und der Fußnoten.
- 2 Synonym hierzu werden auch die Begriffe *non-profit* oder *not-for-profit* verwendet. Obwohl die Wendung *not-for-profit* die nicht gewinnorientierte Zweckrichtung anschaulicher zum Ausdruck bringt, wird er im Folgenden nicht verwendet, da er im U.S.-amerikanischen Steuerrecht bereits anderweitig belegt ist und eine Aktivität umschreibt – und nicht etwa eine Einrichtung –, die ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird, vergleichbar dem deutschen steuerrechtlichen Begriff der „Liebhaberei“. Er ist für die Bezeichnung der hier interessierenden Organisationen, denen eine Gewinnerzielungsabsicht nicht stets fremd sein muss, daher wenig geeignet. Vorliegend wird mithin der Begriff *non-profit* verwendet. Siehe im Einzelnen: *Hopkins*, Nonprofit Law Dictionary, 1994, S. 207 f. „Nonprofit Organization“ und S. 209 „Not-For-profit“. Auch das U.S.-Recht bleibt übrigens von Begriffsverwirrungen nicht verschont: während bspw. § 214(a)(1) Cal. Rev. & Tax Code – eine vermögenssteuerliche Befreiungsvorschrift im kalifornischen Recht – von *not for profit* spricht, verwendet die Ermächtigungsgrundlage in Art. 13, § 4(b) Cal. Const. die Bezeichnung *nonprofit*.
- 3 Deutsches Rotes Kreuz, Caritas, Diakonie, Paritätischer Wohlfahrtsverband, Arbeiterwohlfahrt sowie die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland, vgl. *Priller/Zimmer*, Der Dritte Sektor: Wachstum und Wandel – Aktuelle deutsche Trends, 2001, S. 15.
- 4 Siehe auch die Beispiele bei *Badelt*, Handbuch der Nonprofit Organisation – Strukturen und Management, 4. Aufl. 2007, S. 3.
- 5 Diese und weitere Beispiele in *Harvard Law Review Association*, Developments in the Law, 105 Harvard Law Review, 1578, 1581 (1992).
- 6 Siehe *Wochner*, Rechtsformwahl von Nonprofit-Organisationen, Stiftung & Sponsoring (Rote Seiten) 2/99, 2; *Orth*, Rechnungslegung der Nonprofit-Organisationen, in: *Breuninger/Müller/Strobl-Haarmann* (Hrsg.), Steuerrecht und europäische Integration, Festschrift für Albert J. Rädler zum 65. Geburtstag, 1999, S. 457, 458.

Raum unterschiedliche Definitionsansätze herausgebildet⁷, die sich im Detail voneinander unterscheiden und gerade deshalb geeignet sind, den jeweiligen nationalen Nonprofit-Sektor konkret zu umschreiben.⁸ Den Definitionen gemein ist das Bemühen, den Nonprofit-Sektor sowohl vom gewinnorientiert tätigen Unternehmenssektor als auch vom Staat abzugrenzen;⁹ sie verstehen Nonprofit-Organisationen mithin als „eine Art dritte institutionelle Form“¹⁰ und ordnen sie dem „dritten“¹¹ bzw. „intermediären Sektor“¹², dem „Freiwilligensektor“, der „sozialen Wirtschaft“, der „Solidarwirtschaft“, der „Sozialwirtschaft“, dem „dritten System“, der „organisierten Zivilgesellschaft“ und einigen weiteren Sammelbegriffen zu.¹³

Die Nonprofit-Sektoren in den USA und in Deutschland weisen äußerst unterschiedliche historische Entwicklungslinien auf, die im Folgenden skizziert werden und deren Kenntnis hilft, Strukturunterschiede in beiden Ländern zu verstehen. Insbesondere die mehr oder weniger stark ausgeprägte Staatsnähe unterscheidet die Nonprofit-Sektoren voneinander.

B. Entwicklung in Deutschland

Der heutige Nonprofit-Sektor Deutschlands ist das Ergebnis einer bewegten geschichtlichen Entwicklung, die sich bis ins 17. Jahrhundert und zum Teil – zurückgehend auf den Codex Justinianus und die Lehre von den „*piae causae*“ – sogar bis ins Mittelalter und die Spätantike¹⁴ zurückverfolgen lässt.¹⁵

1. Stiftungen

Bereits mit dem Sieg des Christentums waren die ersten „wirklich freien Stiftungen im modernen Sinne“¹⁶ entstanden, die das vorchristliche Altertum so noch nicht gekannt hatte.¹⁷ Dabei handelte es sich um vom übrigen Gemeinvermögen getrennte Sondervermögen, die als „*piae causae*“, d.h. „milde Stiftungen“, karitative Zwecke förderten, damit allerdings in erster Linie dem Seelenheil (pro salute animae) des Gläubigen dienten, der sich durch seine Stiftung der Vergeltung seiner Sünden erhoffte.¹⁸ Die Verwaltung und praktische Durchführung der von den „*piae causae*“ erfassten Zuwendungen durch die Gläubigen übernahm die Kirche.¹⁹ Schon in der fränkischen Zeit war übrigens die Tradition des Gemeinnützigkeitsrechts, bestimmte Leistungen im Dienste des Gemeinwohls als hinreichenden Beitrag für Kaiser und König anzuerkennen und von der „Bede“²⁰ und „Stiura“²¹ freizustellen, bekannt.²²

Seit dem ausgehenden Mittelalter wurden die Regeln der „*piae causa*“ mehr und mehr durch die der „*utilis causa*“ verdrängt.²³ „Nicht mehr der fromme Sinn des Stifters, sondern der gemeine Nutzen bestimmte [nunmehr] das Wesen der Stiftung.“²⁴ Der einsetzende Wandel war ganz im Sinne der Reformation und der Aufklärung. Aufgeklärte Stiftungen wendeten sich auf Kosten religiöser Zwecke vermehrt den Zielen Bildung, Erziehung und Soziales zu.²⁵ Die Verweltlichung entzog den Stiftungen ihre bisherige religiöse Grund-

lage und führte zum Niedergang des mittelalterlichen Stiftungswesens.²⁶ Drei große Säkularisationen um 1800 ver-

- 7 Auf eine Darstellung der Definitionsansätze im Detail wird an dieser Stelle verzichtet und auf den Beitrag des Autors im Folgeheft (ZStV Heft 3/2010) verwiesen.
- 8 *Badelt* (Fn. 4), S. 6 weist zu Recht darauf hin, dass Definitionen weder richtig noch falsch sein können, sondern immer nur geeignet oder ungeeignet für eine konkrete Fragestellung.
- 9 Die eindeutige Zuordnung einer Organisation zum Nonprofit-Sektor kann im Einzelfall schwierig sein. So ist es in Deutschland gelegentlich problematisch, eine klare Trennung zwischen Nonprofit- und staatlichem Sektor zu ziehen, da vor allem im Bereich der Wohlfahrtspflege Nonprofit-Organisationen eng mit staatlichen Instanzen zusammenarbeiten und weitgehend durch öffentliche Gelder finanziert werden, vgl. *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 10; ebenso *Badelt* (Fn. 4), S. 7 und 9. In den USA ist aufgrund der weniger intensiven Zusammenarbeit zwischen Staat und Nonprofit-Sektor und der sich daraus ergebenden Hinwendung von Nonprofit-Organisationen Richtung Markt eher eine Abgrenzung zum gewinnorientierten Unternehmenssektor nötig, vgl. *Badelt*, Die Rolle von NPOs im Rahmen der sozialen Sicherung, in: *Simsa*, Management der Nonprofit Organisation – Gesellschaftliche Herausforderungen und organisationale Antworten, 2001, S. 30; *Badelt* (Fn. 4), S. 5; *Sokolowski/Salamon*, Chapter 13 – The United States, in: *Salamon/Anheier/List/Toepler/Sokolowski* (Hrsg.), *Global Civil Society – Dimensions of the Nonprofit Sector*, Volume One, 1999, online unter: <http://www.ccss.jhu.edu/index.php?section=content&view=47> [16.03.2010], S. 276.
- 10 *Simsa*, Einleitung, in: *Simsa* (Fn. 9), S. 1.
- 11 *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 7; *Sprengel*, Statistiken zum deutschen Stiftungswesen, 2007, S. 85.
- 12 *Jox/Stemmer-Lück*, EuroSET – Highlights of the First National Report: Germany, online unter: http://www.kfnw.de/bindata/Highlights_-_Euroset_National_Review.pdf [28.02.2010], S. 1.
- 13 Vgl. *Europäisches Parlament/Europäische Kommission*, Organisationen des dritten Systems und ihre Rolle bei der Schaffung von Arbeitsplätzen, Konferenz im Europäischen Parlament, Brüssel, 29. und 30.06.2000, S. 2 f.; *Maecenata Institut*, Organisationen der Zivilgesellschaft und ihre Besteuerung, *Opusculum* Nr. 19, 2005, online unter: http://www.maecenata.eu/media/pdf/public/Institut-Publikationen/Opuscula/2005_Opusculum19.pdf [16.03.2010], S. 11 Fn. 15; *Wagner*, Arbeitsplätze zwischen Markt und Staat, „Dritter Sektor“ und „Sozialwirtschaft“ – In Deutschland und im europäischen Vergleich, online unter: http://www.equal-sachsen-sozialwirtschaft.de/download/ZZZModul_Wagner_trans.pdf [16.03.2010], S. 6 ff.
- 14 Siehe *Mainzer*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Stiftungen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – zu den historischen Grundlagen des modernen Stiftungsrechts, 2005, S. 14 f.
- 15 Siehe *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 14; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation – Überlegungen zur Reform des deutschen Stiftungsrechts auf der Grundlage einer historisch-rechtsvergleichenden Untersuchung der Entstehung des modernen deutschen und amerikanischen Stiftungsmodells, 2001, S. 47; ausführlich *Anheier/Seibel*, The Nonprofit Sector in Germany – Between state, economy and society, 2001, S. 30 ff., die ihre Darstellung über die Entwicklung des Nonprofit-Sektors mit dem Westfälischen Frieden von 1648 beginnen. Speziell zur Historie des Spendens unter Berücksichtigung der sich mit der Zeit wandelnden Spendenzwecke siehe *Priller/Sommerfeld*, Wer spendet in Deutschland? Eine sozialstrukturelle Analyse, in: *Priller/Sommerfeld* (Hrsg.), *Spenden in Deutschland*, 2009, S. 169 ff.
- 16 *Liermann*, Geschichte des Stiftungsrechts, 2002, S. 24.
- 17 Siehe *Liermann* (Fn. 16), S. 24 ff.; auch *Mainzer* (Fn. 14), S. 14 f. Im Unterschied zu den vorchristlichen Stiftungen der Antike war die Erfüllung des (religiösen) Zwecks der Stiftungen nunmehr durch die Anerkennung der christlichen Gemeinden als rechts- und erbfähig abgesichert, siehe *Dieterich*, Von Wohltäterinnen und Mäzenen – Zur Geschichte des Stiftungswesens, 2007, S. 27 f. Zur deutlich später erfolgten Anerkennung von Stiftungen als juristische Personen siehe unten Text zu Fn. 35.
- 18 Siehe *Mainzer* (Fn. 14), S. 15 ff. In ihren eigentlichen Zwecken unterschieden sie sich damit nicht wesentlich von den Tempelstiftungen im alten Ägypten und in der griechischen und römischen Antike, die als Zuwendungen an den Tempel und die Priestergemeinschaft mit der Auflage ausgestaltet waren, die Erträge für den Totenkult zu verwenden, siehe *Dieterich* (Fn. 17), S. 22 ff. und 26 ff.
- 19 Vgl. *Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit: Verein – Stiftung – GmbH, 2. Aufl. 2005, Rn. 16; *Richter* (Fn. 15), S. 47.
- 20 „Bede“ wurde als älteste direkte Steuer im deutschen Sprachraum seit etwa dem 12. Jahrhundert erhoben.
- 21 Althochdeutsch für „Steuer“.
- 22 Siehe *Kirchhof*, Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung – Eröffnung der Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas, in: *Jachmann* (Hrsg.), *Gemeinnützigkeit*, 2003, S. 3.
- 23 Vgl. *Liermann* (Fn. 16), S. 30 f., 55, 124, 168; *Dieterich* (Fn. 17), S. 114.

nichteten schließlich zahlreiche Stiftungen, die noch immer überwiegend dem Kirchenvermögen zuzuschreiben waren, durch Einverleibung ihrer Vermögen in den Staat: die Aufhebung der Klöster in Österreich durch Kaiser Josef II., die Nationalisierung des Kirchengutes in der Französischen Revolution sowie der Reichsdeputationshauptschluss.²⁷ Den Stiftungen wurde dabei auch zum Verhängnis, dass der vorherrschende Vernunftgedanke die Bindung Lebender an den Willen der „toten Hand“ nicht akzeptieren konnte.²⁸

Völlig anders als in den USA²⁹ waren die überkommenen Stiftungen daher nicht Vehikel bürgerschaftlicher Autonomie, sondern im Gegenteil Hürde auf dem Weg zur aufgeklärten bürgerschaftlichen Gesellschaft.³⁰ An die Errichtung bedeutender neuer Stiftungen war angesichts der staatlichen Vereinahmung privater Stiftungen nicht mehr zu denken.³¹ Eine Wiederbelebung des Stiftungswesens brachte erst wieder die Romantik mit ihrem Bekenntnis zu den mittelalterlichen Traditionen. Die Anerkennung der Stiftung des privaten Rechts als mit eigener Rechtssubjektivität ausgestattete juristische Person gab dem Stiftungswesen schließlich einen weiteren Schub.³² Obgleich sich Hinweise finden lassen, dass bereits die „*piae causae*“ in gewisser Weise Rechtssubjektscharakter gehabt hatten – jedenfalls im Rahmen ihrer vorgegebenen kirchlichen Gestalt –,³³ konnte sich die Stiftung als juristische Person endgültig erst Mitte des 19. Jahrhunderts im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Diskussion über den Städtischen Erbfall³⁴ etablieren.³⁵ Die Wahrnehmung der Stiftung als eigenes Rechtssubjekt ging einher mit der nunmehr erstmals erfolgten klaren Abgrenzung der Stiftung von der Körperschaft, nachdem die Stiftung zuvor als ein bloßer Annex zu einer existierenden Körperschaft verstanden worden war;³⁶ der Status als juristische Person war ihr versagt worden, da man dieses Privileg lediglich Vereinigungen natürlicher Personen zubilligte.³⁷

Einmal als selbständiger Rechtsträger anerkannt, unterlag die selbständige Stiftung freilich weiterhin einer umfassenden staatlichen Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden; dem Willen des Stifters wurde erst nach und nach die nötige Bedeutung beigemessen.³⁸ Staatsnähe und staatliche Kontrolle des Stiftungswesens haben sich bis heute in Form der Stiftungsaufsicht gehalten.³⁹

2. Personenvereinigungen

Demgegenüber war es den Personenvereinigungen frühzeitig gelungen, sich aus der staatlichen Umklammerung zu befreien, obwohl gerade sie als Mitgliederorganisationen für die herrschende Schicht des Vormärz ein größeres Gefährdungspotential aufwiesen als mitgliederlose Stiftungen. Ermöglicht worden war die Entwicklung des Vereinswesens im aufgeklärten Deutschland wesentlich durch „Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ (ALR) von 1794 und dem damit einhergehenden Recht des Bürgertums auf Selbstverwaltung,⁴⁰ nachdem im absolutistischen Konzept für die Existenz selbständiger privater Organisationen noch kein Platz gewesen war.^{41,42} Da der autokratische Staat in Vereinigungen einerseits nützliche politische Instrumente erblickte,

sich andererseits durch eine politischen Vereinsbetätigung, die sich seiner Kontrolle entzog, aber gefährdet sah, nahm er gegenüber Vereinen allerdings noch eine ambivalente Haltung ein.⁴³ Er war zunächst nur zögerlich gewillt, seine Macht mit sozialen Kräften zu teilen und garantierte die Vereinigungsfreiheit lediglich teilweise.⁴⁴ Bis 1848 förderte zwar die

24 *Liermann* (Fn. 16), S. 230, 251; siehe auch *Kirchhof* (Fn. 22), S. 3; *Richter* (Fn. 15), S. 43 f., 135; *Mainzer* (Fn. 14), S. 21 ff. Ein schönes Beispiel des Übergangs bieten die Fugger'schen Stiftungen des 16. Jahrhunderts: die ersten beiden Stiftungen waren noch der mittelalterlichen Frömmigkeit verhaftet, die dritte und bekannteste Stiftung „Augsburger Fuggerei“ diente bereits dem „gemeinen Nutzen“, siehe ausführlich *Dieterich* (Fn. 17), S. 74 ff. Einen tabellarischen Überblick über die Zahl der Stiftungsgründungen und der zugehörigen Zwecke bis zurück in das Jahr 1000 liefert *Brummer*, Statistiken zum Deutschen Stiftungswesen 1996, S. 10 Tabelle 1 sowie *Brummer/Ruprecht*, Statistiken zum Deutschen Stiftungswesen 1998, S. 13 Tabelle 1.4.

25 Vgl. *Dieterich* (Fn. 17), S. 116, 127.

26 Vgl. *Mainzer* (Fn. 14), S. 25 ff.; *Dieterich* (Fn. 17), S. 110 ff. Einen weiteren Beitrag zum Niedergang leistete der Dreißigjährige Krieg, siehe *Dieterich* (Fn. 17), S. 114.

27 Siehe *Mainzer* (Fn. 14), S. 32 f. Noch heute existieren allerdings 241 Stiftungen, die älter sind als 500 Jahre, vgl. *Turner*, Die Stiftung – eine Möglichkeit zukunftsorientierter Vermögensbildung, DB 1995, 413, 414 mit Verweis auf Statistiken der Maecenata Management GmbH aus dem Jahr 1992.

28 Vgl. *Mainzer* (Fn. 14), S. 28 f.; siehe auch *Richter* (Fn. 15), S. 126 m.w.N.

29 Siehe *Richter* (Fn. 15), S. 235 f.

30 Vgl. *Richter* (Fn. 15), S. 442.

31 Vgl. *Dieterich* (Fn. 17), S. 128 f.

32 Später führte die Inflation nach dem Ersten Weltkrieg noch einmal zur Vernichtung etwa eines Drittels der Stiftungen, siehe *Dieterich* (Fn. 17), S. 142.

33 Vgl. *Mainzer* (Fn. 14), S. 15 f. und 19.

34 Siehe hierzu die knappe Zusammenfassung in *Mainzer* (Fn. 14), S. 41 Fn. 174 m.w.N. Ausführlicher *Liermann* (Fn. 16), S. 243 ff.

35 Vgl. *Richter* (Fn. 15), S. 41 f. m.w.N.; *Mainzer* (Fn. 14), S. 40 ff.

36 Siehe *Mainzer* (Fn. 14), S. 37.

37 Siehe *Mainzer* (Fn. 14), S. 38.

38 Ausführlich hierzu *Richter* (Fn. 15), S. 122 ff., der das deutsche Stiftungsrecht in der Tradition eines auf Savigny zurückgehenden „Verwaltungsmodell“ sieht – in Abgrenzung zum „Treuhandsmodell“ in den USA. Zu Recht kritisch zur Anerkennungspraxis der Stiftungsaufsichtsbehörden und insbesondere zur staatlichen Überprüfung der „Lebensfähigkeit“ von Stiftungen *Richter* (Fn. 15), S. 411 ff.

39 Vgl. *Dieterich* (Fn. 17), S. 128.

40 Siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 10 m.w.N.

41 Siehe *Mainzer* (Fn. 14), S. 39.

42 Vgl. *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 34. Der Begriff der Gemeinnützigkeit und damit einhergehende Privilegierungen waren dem ALR bereits bekannt, vgl. ALR, Zweyter Theil, Sechster Titel, § 25, in: *Hattenbauer*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, 1996, S. 433. Vorläufer unserer heutigen Vereine hatte es schon im antiken Rom gegeben; im Mittelalter waren in den Städten übergreifende Vereinigungen wie Gilden und Zünfte wichtig, die vor allem der wirtschaftlichen und sozialen Sicherung ihrer Mitglieder dienten, vgl. *Agricola*, Vereinswesen in Deutschland – Eine Expertise im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 1. Aufl. 1997, S. 41.

43 Das ALR legitimierte zwar die Entstehung des Vereinswesens, zog aber gleichzeitig eine scharfe Grenze zu politischen Vereinen, deren Gründung auch in der Folgezeit noch unzulässig war, siehe *Hardtwig*, Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen des Vereinswesens in Deutschland 1789 - 1848, in: *Dann* (Hrsg.), Historische Zeitschrift, Beiheft 9, Vereinswesen und bürgerliche Gesellschaft in Deutschland, 1984, S. 11; *Hueber*, Das Vereinsrecht im Deutschland des 19. Jahrhunderts, in: *Dann* (a.a.O.), S. 116 f.; *Richter* (Fn. 15), S. 102; *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 36.

44 Die Vereinigungsfreiheit wurde in Deutschland – zusammen mit der Versammlungsfreiheit – erst 1908 auf Ebene des Reichsrechts sanktioniert, siehe *Richter* (Fn. 15), S. 101 m.w.N.

liberale Stimmung des Vormärz Vereinsgründungen unterschiedlichster Couleur.⁴⁵ Absolut betrachtet nahm sich die Zahl der Neugründungen aber noch moderat aus.

Erst nach der gescheiterten Revolution stieg die Zahl der Neugründungen – einhergehend mit einer verstärkten Politisierung der Vereine – stark an.⁴⁶ Zunehmend gelang es der Bürgerschaft, der herrschenden Klasse Zugeständnisse abzurufen. Der Nonprofit-Sektor institutionalisierte und positionierte sich als Teil eines stabilen Gleichgewichts zwischen einer sich selbst organisierenden Gesellschaft und dem Staat.⁴⁷ Die weiteren für den Nonprofit-Sektor wichtigen körperschaftlich organisierten Rechtsformen der Aktiengesellschaft⁴⁸, der Genossenschaft⁴⁹ und der GmbH⁵⁰ konnten sich im Zuge der Ausdifferenzierung des privatwirtschaftlichen Gesellschaftsrechts entwickeln.⁵¹ Wie dem Verein auch, gelang es ihnen, sich einen im Grundsatz staatsfreien Raum zur Entfaltung zu erstreiten.⁵²

3. Staatsnähe und Subsidiaritätsprinzip

Vor allem in sozialen Fragen der Wohlfahrtsfürsorge war das Interesse des Staates allerdings groß, mit gesellschaftlichen Kräften zu kooperieren.⁵³ Die im Zuge der Industrialisierung aufkommende Armutproblematik verlangte dringend nach sozialen Dienstleistungen. So galt es staatlicherseits, sich die Unterstützung wichtiger gesellschaftlicher Eliten zu sichern und radikaleren sozialreformerischen Forderungen die Basis zu entziehen.⁵⁴ Andererseits bedurfte es einer für den Staat auch finanziell tragbaren Lösung der sozialen Probleme. Das in der deutschen Wohlfahrtsfürsorge noch heute vorherrschende und für das Verständnis der Beziehung zwischen deutschem Staat und deutschem Nonprofit-Sektor elementare Prinzip der Subsidiarität ist Ergebnis und Ausdruck dieser Annäherung zwischen Staat und Nonprofit-Sektor, die zu einer in diesem Umfang bislang nicht bekannten rechtlichen und politischen Anerkennung, durch integrative staatliche Maßnahmen gleichzeitig aber auch zu einer gewissen staatlichen Vereinnahmung⁵⁵ sozialer Nonprofit-Organisationen führte.

Das Subsidiaritätsprinzip räumt der Erbringung von Wohlfahrtsleistungen durch Nonprofit-Organisationen Priorität gegenüber staatlichen Interventionen ein.⁵⁶ Klöster und andere kirchliche Organisationen und Stiftungen, die in erster Linie in der Lage waren, die nötigen sozialen Dienstleistungen zu erbringen und bereits vor Etablierung der modernen Sozialpolitik Ende des 19. Jahrhunderts für soziale Dienstleistungen zuständig gezeichnet hatten, ließen sich so auch nach der Übernahme staatlicher Verantwortung aus ihrem angestammten Tätigkeitsbereich nicht verdrängen.⁵⁷ Der Grundstein für die heutige Vorherrschaft des Nonprofit-Sektors im deutschen Gesundheitswesen und bei den sozialen Dienstleistungen war gelegt. Nachdem die nationalsozialistische Diktatur zu einem vorübergehenden Niedergang des selbständigen Vereins- und Stiftungswesens geführt hatte,⁵⁸ trug das Subsidiaritätsprinzip seit Ende des Zweiten Weltkriegs maßgeblich zur Entstehung der deutschen Wohlfahrtskonglomerate bei, die heute zu den größten Nonprofit-Organisationen weltweit

45 Siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 37 ff.

46 Siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 44; *Hardtwig* (Fn. 43), S. 18 f.; *Tenfelde*, Die Entfaltung des Vereinswesens während der Industriellen Revolution in Deutschland (1850 - 1873), in: *Damm* (Fn. 43), S. 58 f. Die Politisierung der Vereine führte zur Herausbildung des modernen Parteiensystems, vgl. *Langewiesche*, Vereins- und Parteibildung in der Revolution von 1848/49 – ein Diskussionsbeitrag, in: *Damm* (Fn. 43), S. 52 f.; vgl. zu allem auch *Agricola* (Fn. 42), S. 41 ff.

47 Die Einflussnahmemöglichkeiten der in den Vereinen und Parteien zusammengeschlossenen Mitglieder auf die politische Führung blieb freilich weiterhin begrenzt, siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 52.

48 Die moderne Aktiengesellschaft ging aus den staatlich konzessionierten, mit Hoheitsrechten ausgestatteten großen Handelskompanien hervor, die die westeuropäischen Länder zur Erschließung ihrer Kolonien errichtet hatten. Im 18. Jahrhundert bediente sich auch das Bank- und Versicherungsgewerbe zunehmend dieser Gesellschaftsform. Im 19. Jahrhundert war die Aktiengesellschaft ein unentbehrliches Hilfsmittel zur Beschaffung und Organisation der Kapitalien für den Eisenbahnbau, siehe *Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus AG* (Hrsg.), Die Enzyklopädie digital, 2006, unter „Aktiengesellschaft“. Vgl. auch *Richter* (Fn. 15), S. 94.

49 Die neuzeitlichen Genossenschaften entstanden 1830-40 in Westeuropa im Zuge der Industrialisierung als wirtschaftliche Selbsthilfeeinrichtungen, siehe *Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus AG* (Fn. 48), unter „Genossenschaft“.

50 Die GmbH wurde 1892 ohne geschichtliches Vorbild geschaffen, um die Bildung auch kleinerer Kapitalgesellschaften ohne persönliche Haftung der Gesellschafter zu ermöglichen, vgl. *Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus AG* (Fn. 48), unter „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“.

51 Siehe *Anheier/Seibel/Priller/Zimmer*, Der Nonprofit Sektor in Deutschland, in: *Badelt* (Fn. 4), S. 19.

52 Siehe *Richter* (Fn. 15), S. 130.

53 Als Musterbeispiel für eine gelungene Zusammenarbeit von Staat und Nonprofit-Sektor im Bereich der lokalen Armenfürsorge führen *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 46 f. das Modell der Stadt Elberfeld aus dem Jahre 1853 an.

54 Darauf zielten z.B. die Bismarck'schen Sozialreformen in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts ab, siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 48.

55 *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 48 und 50 sprechen anschaulich von „governmental control and self-administration“ sowie „state-controlled self-administration“.

56 Siehe *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 14, 24. Zwei weitere Prinzipien des 19. Jahrhunderts beherrschen den heutigen Nonprofit-Sektor in Deutschland: Der Grundsatz der Selbstverwaltung (siehe bereits Fn. 40 und zugehöriger Text) sowie der Grundsatz der Gemeinwirtschaft (siehe auch Fn. 49). Gemeinwirtschaftliche Unternehmungen beruhen im Wesentlichen auf dem Grundsatz der Solidarität und Beteiligung aller Mitglieder und nicht – wie kapitalwirtschaftliche Unternehmungen – auf dem eingebrachten Kapital. Siehe hierzu *Anheier/Seibel/Priller/Zimmer* (Fn. 51), S. 21; *Priller/Zimmer/Anheier/Toeppler/Salamon*, Chapter 5 – Germany, in: *Salamon/Anheier/List/Toeppler/Sokolowski* (Hrsg.) (Fn. 9), S. 105; *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 14 f.; *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 10 f.

57 Siehe *Badelt* (Fn. 9), S. 26.

58 Siehe *Rawert/Ajzensztejn*, Stiftungsrecht im Nationalsozialismus – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der jüdischen und paritätischen Stiftungen, in: *von Campenhausen/Kronke/Werner* (Hrsg.), Stiftungen in Deutschland und Europa, 1998, S. 157 ff. m.w.N. sowie *Dieterich* (Fn. 17), S. 143 ff. Für das Vereinswesen galt in der NS-Zeit die Besonderheit, dass zwar Parteien, politische Vereinigungen, Gewerkschaften und sonstige von Regimefeinden beherrschte Vereine verboten wurden. Ansonsten nutzten die Nazis aber selbst eine Vielzahl von Vereinen, die eng mit der NSDAP verknüpft waren. Das Vereinswesen diente dazu, die NS-Ideologien erfolgreich an die Basis zu transportieren, siehe *Anheier/Seibel* (Fn. 15), S. 59 ff. Während der NS-Diktatur kam es – vermutlich mangels zeitlicher Gelegenheit – zumindest nicht zu einer systematischen Zerstörung des gesamten Stiftungswesens, auch wenn die Nationalsozialisten die Rahmenbedingungen für Stiftungen erheblich verschlechterten – gerade auch in steuerlicher Hinsicht, siehe *Dieterich* (Fn. 17), S. 143 ff. Ihr Übriges taten die schweren Kriegsschäden sowie der Vermögensverfall infolge der Währungsreform, siehe *Dieterich* (Fn. 17), S. 148.

zählen.⁵⁹ Das Subsidiaritätsprinzip hat freilich nicht nur hoch professionalisierte, mit dem Staat partnerschaftlich verschränkte und staatlich subventionierte Wohlfahrtsverbände hervorgebracht. Als Gegenpol zu den staatsnahen Wohlfahrtsorganisationen hat der durch das Subsidiaritätsprinzip postulierte Vorrang des bürgerschaftlichen Engagements vor staatlichem Handeln im Gefolge des gesellschaftlichen Umbruchs in den 1970er Jahren vor allem auch die Entwicklung von Organisationen aus den Bereichen Kultur, Freizeit, Sport und Umwelt angestoßen, die in erster Linie durch ehrenamtliche Mitarbeit und eine von Spenden, Mitgliedsbeiträgen und Gebühren abhängige Finanzierung geprägt sind.⁶⁰

Seit 1989 erholt sich der Nonprofit-Sektor im Osten Deutschlands.⁶¹ Die Politik der DDR hatte zu einem wahren Kahl Schlag unter den Nonprofit-Organisationen geführt,⁶² dessen „Aufforstung“ durch eine Angleichung an das Niveau des westdeutschen Nonprofit-Sektors seit der Wiedervereinigung nach und nach gelingt. Behindert wird das weitere Wachstum zumindest der überwiegend staatlich finanzierten Nonprofit-Organisationen zunehmend durch die prekäre finanzielle Situation des deutschen Sozialstaats.

C. Entwicklung in den USA

Während der Nonprofit-Sektor in Deutschland – jedenfalls in Bezug auf die wichtigen Bereiche Wohlfahrtsfürsorge und Stiftungswesen – durch eine nicht zu verkennende Staatsnähe gekennzeichnet ist, die sich in zum Teil engen Kooperationen zwischen Staat und Nonprofit-Sektor, mehr oder weniger umfangreichen Konzessions-, Aufsichts- und Kontrollbefugnissen und eine zum Teil erhebliche finanzielle Unterstützung durch den Staat ausdrückt, verstanden sich die privaten Vereinigungen in den USA von Anfang an als widerstandsfähiges Gegenstück zum Nationalstaat der alten Welt.⁶³ Eine vergleichbar starke Beeinflussung des Nonprofit-Sektors durch den Staat wie in Deutschland war in den USA zu keinem Zeitpunkt denkbar. Vielmehr führte der in den USA fest verwurzelte Glaube an Privatinitiative, freiheitliche Selbstverantwortlichkeit und Pluralismus seit jeher zu einer ablehnenden Haltung gegenüber staatlichen Wohlfahrtsleistungen und sonstiger staatlicher Einmischung.⁶⁴ Die Idee, gesellschaftliche Probleme selbst anpacken und lösen zu wollen, prägt bis heute das Selbstverständnis der meisten Amerikaner und damit das politische Klima in den USA. Die Siedler waren von Anfang an auf Eigeninitiative angewiesen: der große Bedarf an öffentlichen Einrichtungen, wie Krankenhäusern, Feuerwehren und Schulen musste gedeckt werden; ein durchrationalisierter Staat, der diese Aufgaben hätte übernehmen können, existierte nicht.⁶⁵

Ihren Ausgangspunkt hat die U.S.-Nonprofit-Bewegung in der Kirche.⁶⁶ Sie war – freilich noch als quasi hoheitlich tätige Staatskirche – seit jeher zuständig für die Armenfürsorge.⁶⁷ Die Entstehung eines kirchenunabhängigen, privaten Nonprofit-Sektors geht auf die Zeit nach dem Unabhängigkeitskrieg und der Trennung von Kirche und Staat zurück.⁶⁸ In den Staaten Neuenglands entstanden gegen Ende des 18. Jahrhunderts sowohl Forprofit- als auch Nonprofit-Organis-

sationen, deren Gründung freilich regelmäßig noch der vorrevolutionären Elite vorbehalten war,⁶⁹ so dass es sich noch nicht um private Körperschaften im heutigen Sinn handelte – gleichwohl sie bereits eigenständige Rechtssubjekte waren.⁷⁰ Trotz der gewonnenen Unabhängigkeit vom alten Regime griff man für die Gründungen der neuen Organisationen auf traditionelle englische Rechtsvorstellungen zurück, Nonpro-

59 Siehe *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 15; *Anheier/Seibel/Priller/Zimmer* (Fn. 51), S. 21 bezeichnen die großen Wohlfahrtsverbände in Deutschland als „Inbegriff des Subsidiaritätsprinzips“.

60 Vgl. *Priller/Zimmer* (Fn. 3), S. 24 sowie 42; *Priller/Zimmer/Anheier/Toepler/Salamon* (Fn. 56), S. 116; *Evers/Bode/Gronbach/Graf*, Germany, in: *International Center of Research and Information on the Public and Cooperative Economy/Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Coopérative (CIRIEC)* (Hrsg.), *The Enterprises and Organizations of the Third System in the European Union – Les Entreprises et Organisations du Troisième Système dans l'Union Européenne*, 2001, S. 190.

61 „Wahre[r] Gründungsboom“, *Jox/Stemmer-Lück* (Fn. 12), 2.

62 Siehe *Anheier/Seibel/Priller/Zimmer* (Fn. 51) S. 19; von *Campenhausen*, *Alte Stiftungen in den neuen Ländern – Rekonstruktion gegen Widerstände*, in: von *Campenhausen/Kronke/Werner* (Hrsg.) (Fn. 58), S. 183 ff.; *Dieterich* (Fn. 17), S. 149 ff. Einzig die beiden christlichen Kirchen blieben in der DDR unangetastet – die Anzahl der Kirchenmitglieder war freilich gering. Zu allem siehe auch *Schwarz*, *Das Stiftungswesen in der Sowjetischen Besatzungszone und in der Deutschen Demokratischen Republik zwischen 1945 und 1989*, 2008, prägnant zusammengefasst in: *Stiftungswelt* 04-2009, 20 f.

63 Siehe *Anheier/Seibel/Priller/Zimmer* (Fn. 51) S. 18.

64 Siehe *Hopkins*, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 9. Aufl. 2007, S. 12 ff.; *Lang*, *Zur steuerlichen Förderung gemeinnütziger Körperschaften*, *DStZ* 1988, 18 f.; *Richter* (Fn. 15), S. 212, 233. Schon Eliot, Ende des 19. bis Anfang des 20. Jahrhunderts Präsident des Harvard College, brachte die amerikanische Sicht der Dinge, inwieweit sich der Staat in die Angelegenheiten des Nonprofit-Sektors einmischen darf, treffend auf den Punkt, als er sich mit starken Worten gegen eine drohende Verstaatlichung des Harvard College wandte: „*This is the American voluntary system, in sharp contrast with the military, despotic organization of public instruction which prevails in Prussia.... Both systems have peculiar advantages, the crowning advantage of the American method being that it breeds freemen.*“ (zitiert bei *Richter* (Fn. 15), S. 184). Auch im Gesundheitsbereich gelang es dem U.S.-amerikanischen Nonprofit-Sektor überaus erfolgreich, sich gegen eine staatliche Vereinnahmung zur Wehr zu setzen. Als in den 1960er Jahren staatlicherseits die Krankenversicherung für ältere Menschen eingeführt wurde, waren vor allem Nonprofit-Krankenhäuser die Nutznießer, vgl. *Sokolowski/Salamon* (Fn. 9), S. 269 f.

65 Siehe *Richter* (Fn. 15), S. 143.

66 Siehe *Borek*, *Decoupling Tax Exemption for Charitable Organizations*, 31 *Wm. Mitchell Law Review* 183, 202 (2004).

67 Siehe *Borek* (Fn. 66), 202.

68 Siehe *Borek* (Fn. 66), 202 f. Zu Kolonialzeiten existierten kaum Körperschaften. Man verstand sie als unliebsame Repräsentanten der alten Welt und der Kirche von England. Die wenigen damals schon bestehenden Körperschaften hatten keinen exakt bestimmbar Status als forprofit, nonprofit, öffentlich oder privat, vgl. *Hall*, *A Historical Overview of the Private Nonprofit-Sector*, in: *Powell* (Hrsg.), *The Nonprofit Sector – A Research Handbook*, 1987, S. 3 f.

69 In den Staaten außerhalb Neuenglands behinderten dagegen religiöse Auseinandersetzungen, politische Interessensgegensätze, fehlende Rechtsicherheit (in einigen Staaten wurden die Gesetze der englischen Krone abgeschafft, darunter häufig auch das *Statute of Charitable Uses*, siehe unten Text zu Fn. 72) und gewisse Vorbehalte gegenüber privaten Einrichtungen das Entstehen privater Nonprofit-Organisationen bis Mitte des 19. Jahrhunderts, vgl. *Hall* (Fn. 68), S. 4 f.; rund 60 % aller forprofit und nonprofit Körperschaften wurden daher in den Staaten Neuenglands gegründet, nur jeweils 20 % in den bevölkerungsreicheren und wohlhabenderen „mittleren“ Staaten (New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware) und den unterentwickelten Süd- und Weststaaten, vgl. *Hall* (Fn. 68), S. 4.

70 Siehe *Richter* (Fn. 15), S. 139, 156.

fit-Organisationen insbesondere auf das 1601 in England erlassene Gesetz *Statute of Charitable Uses*,⁷¹ welches in England bis ins 19. Jahrhundert hinein als Grundlage für wohltätige Zuwendungen diente⁷² und in seiner Präambel neben der Armenfürsorge mehrere sonstige nicht-kirchliche Zwecke aufzählte, die als gemeinnützig (*charitable*) anerkannt waren.⁷³

Einen starken Aufschwung nahm die Nonprofit-Bewegung, nachdem im Jahr 1800 die einen schlanken Staat und ein starkes privates bürgerschaftliches Engagement fordernden *Democratic Republicans*⁷⁴ unter Führung Thomas Jeffersons die Wahlen gewonnen hatten.⁷⁵ Unter Leitung der evangelischen Kirchen des Nordostens, die auf der Seite der von der Macht verdrängten traditionellen Föderalisten standen, wurden daraufhin über die ganze Nation verteilt unzählige Nonprofit-Organisationen vor allem im Bereich Religion, Bildung und Erziehung gegründet. Die Demokratie sollte durch einen größeren Einfluss von Religion und Bildung gestärkt und verlorener politischer Einfluss so zurückgewonnen werden.⁷⁶ Parallel hierzu gesellte sich eine Bewegung der föderalistischen Kaufleute Bostons, die sich durch Gründung erwerbswirtschaftlich orientierter Körperschaften und daran angeschlossener Nonprofit-Organisationen auf die neuen Handelsbedingungen der nachrevolutionären Zeit einzustellen versuchten.⁷⁷ Das Ergebnis der Anstrengungen der föderalistischen Minderheit war eine enorme Zunahme von privaten Unternehmungen und Nonprofit-Organisationen – vor allem Bildungseinrichtungen – bis 1900;⁷⁸ eine typisch amerikanische „Kultur privater Organisationen“⁷⁹ in klarer Abgrenzung zum staatlichen Sektor hatte sich herausgebildet.⁸⁰ Die privaten Einrichtungen ergänzten sich partnerschaftlich: Nonprofit-Organisationen, allen voran die Universitäten, nutzten den Unternehmen, Nonprofit-Organisationen andererseits waren auf Zuwendungen seitens der Unternehmen zur Finanzierung von z.B. Lehre und Forschung angewiesen.⁸¹

Mit dem Aufkommen der städtischen Verarmung entstanden bis Ende des 19. Jahrhunderts zahlreiche Nonprofit-Organisationen, die sich speziell um die sozialen Belange der unteren Gesellschaftsschichten kümmerten.⁸² Auch der private Unternehmenssektor schaute angesichts der drängenden sozialen Probleme seiner Arbeiterschaft nicht tatenlos zu. Seit Ende des 19. Jahrhunderts verschrieb auch er sich mehr und mehr sozialen Fragen.⁸³ Anders als in Deutschland, wo Bismarck auf soziale Forderungen der Bevölkerung mit dem Zugeständnis der staatlichen Sozialgesetzgebung geantwortet hatte, war im U.S.-amerikanischen Unternehmenslager die Abneigung gegenüber staatlichen Eingriffen groß.⁸⁴ Vielfältige private Initiativen des Unternehmenssektors zur Linderung sozialer Not kamen so staatlichen Interventionen zuvor und stellten eine wirkungsvolle Alternative (*private-sector alternative*⁸⁵) zum gefürchteten Sozialismus dar.⁸⁶ Ein in diesem Zusammenhang wichtiges und gleichzeitig neues Instrument für gemeinnütziges Handeln war seit Anfang des 20. Jahrhunderts die Stiftung (*foundation*), die es zum ersten Mal ermöglichte, mittels einfacher Geldleistungen alle vom *Statute of Charitable Uses* erfassten wohltätigen Zwecke auf flexible

Art und Weise zu verfolgen.⁸⁷ Große Bedeutung für den Erfolg der *private-sector alternative* kam auch den berufsständischen, die Interessen von Unternehmern und Arbeitnehmern ausgleichenden Vereinigungen zu.⁸⁸

Selbst der *New Deal* und die mit der Keynes'schen Wirtschaftspolitik verbundenen direkten (wohlfahrts-)staatlichen Interventionen ließen dem Nonprofit-Sektor genügend Raum zur weiteren Entfaltung.⁸⁹ Die Unterstützung kam nun freilich von anderer Seite. Der in der Wirtschaftskrise befindliche Unternehmenssektor konnte dem Nonprofit-Sektor zunächst nicht mehr wie gewohnt zur Seite stehen.⁹⁰ Der Staat sprang

- 71 Siehe Borek (Fn. 66), 195 m.w.N.; Richter (Fn. 15), S. 154 f., 176.
 72 Siehe Hall (Fn. 68), S. 4. Crimm, An Explanation of the Federal Income Tax Exemption for Charitable Organizations: A Theory of Risk Compensation, Florida Law Review, Vol. 50, No. 3, 419, 425 Fn. 10 (July 1998) weist darauf hin, dass sich die Spuren der *charitable organizations* in England bis etwa 1362 zurückverfolgen lassen. Aus dieser Zeit stammt ein Gedicht von William Langland, welches vermögenden Kaufleuten Wege aufzeigte, durch gemeinnützige Zuwendungen ihre Seelen zu retten. Borek (Fn. 66), S. 190 f. erkennt die Anfänge privater Gemeinnützigkeit im englischen *Statute of Labourers* aus dem Jahr 1351. Hopkins (Fn. 64), S. 156 verortet die ersten Ursprünge – in Übereinstimmung mit der deutschen Sicht auf die Geschichte des Nonprofit-Sektors (vgl. Text zu Fn. 15) – in die Zeit des Codex Justinianus und anderer früher Kulturen und Religionen.
 73 Vgl. Hopkins (Fn. 64), S. 156; Crimm (Fn. 72), 425 f. und die zugehörige Fn. 12; Borek (Fn. 66), S. 193; Richter (Fn. 15) S. 148.
 74 Gegenüber Nonprofit-Organisationen hatten die Demokraten allerdings Vorbehalte. Mit Blick auf ihre Wählerschaft bevorzugten sie wirtschaftliche Vereinigungen, siehe Hall (Fn. 68), S. 7.
 75 Siehe Hall (Fn. 68), S. 7.
 76 Siehe Hall (Fn. 68), S. 7.
 77 Siehe Hall (Fn. 68), S. 7 f.
 78 Mit dazu bei trug ganz wesentlich die Tatsache, dass seit *Vidal v. Philadelphia*, 43 U.S. 127, 191 ff. (1844) die Stellung von Nonprofit-Organisationen auch auf Bundesebene rechtlich abgesichert war; dies war vor allem in denjenigen Staaten wichtig, die das *Statute of Charitable Uses* abgeschafft hatten. Trotzdem standen die Staaten New York und Virginia Nonprofit-Organisationen weiterhin misstrauisch gegenüber, vgl. Hall (Fn. 68), S. 6.
 79 Hall (Fn. 68), S. 7.
 80 Für den Bildungssektor siehe Richter (Fn. 15), S. 180 ff.; siehe auch *The Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 659 ff. (1819).
 81 Siehe Hall (Fn. 68), S. 9.
 82 Siehe Hall (Fn. 68), S. 9.
 83 Der von Unternehmen zu Unternehmen und regional sehr unterschiedliche Einsatz geschah freilich nicht immer selbstlos, versprachen sich die Unternehmer doch in der Regel eine stärkere Bindung der Angestellten an das Unternehmen oder eine höhere Produktivität, vgl. Hall (Fn. 68), S. 12.
 84 Siehe Hall (Fn. 68), S. 10; Sokolowski/Salamon (Fn. 9), S. 261 und 267 f.
 85 Vgl. Hall (Fn. 68), S. 10 ff.
 86 Siehe Hall (Fn. 68), S. 11 und 13.
 87 Siehe Hall (Fn. 68), S. 11. Die erste *foundation* im heutigen Sinn entstand 1907, Stifterin war die wohlhabende Witwe Russell Sage, vgl. Hall (Fn. 68), S. 12. Die bedeutende Rockefeller Foundation folgte im Jahr 1913, siehe Hall (Fn. 68), S. 11. Die erste Bürgerstiftung (*community foundation*) war die Cleveland Foundation von 1913, vgl. Hall (Fn. 68), S. 13; Feurt/Sacks, Geschichte, Entwicklung und Merkmale von Bürgerstiftungen im internationalen Vergleich, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen – Ziele Gründung Aufbau Projekte, 2000, S. 40.
 88 Siehe Hall (Fn. 68), S. 13 f.
 89 Siehe Sokolowski/Salamon (Fn. 9), S. 261.
 90 Siehe Hall (Fn. 68), S. 15; Unter Roosevelt änderte sich zudem der Grund für Zuwendungen durch Unternehmen an Nonprofit-Organisationen. Während bislang die Überzeugung, soziale Probleme ohne Einmischung des Staates lösen zu können, zum Spenden motivierte, war es seit 1936 vor allem auch das Streben nach Steuervergünstigungen. Zum ersten Mal war es Körperschaften erlaubt, Spenden für wohltätige Zwecke steuerlich geltend zu machen, nachdem natürlichen Personen dieses Privileg bereits seit 1917 zukam, vgl. Hall (Fn. 68), S. 15 f.

mit finanziellen Unterstützungsleistungen ein, die dem Nonprofit-Sektor nach 1940 zu weiterem Wachstum verhalfen.⁹¹ Unter Inkaufnahme einer verstärkten Abhängigkeit⁹² bot sich der Nonprofit-Sektor dem Staat an, der die Fähigkeiten des Nonprofit-Sektors zur Verwirklichung seiner Politiken, insbesondere in den Bereichen Wissenschaft, Bildung und Soziales, gerne nutzte.⁹³ Seit Ende des zweiten Weltkrieges war so – entgegen der bisherigen *private-sector alternative* – eine stärkere Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und Nonprofit-Sektor zu konstatieren.⁹⁴ Gleichzeitig dehnte sich der Nonprofit-Sektor auch in Richtung Forprofit-Sektor aus. Nonprofit-Organisationen begannen damit, mit ihrer neben den eigentlichen gemeinnützigen Zwecken betriebenen erwerbswirtschaftlichen Betätigung in Konkurrenz zum Unternehmenssektor zu treten. Die Tätigkeitsfelder aller drei Sektoren überschneiden sich so zunehmend.

Die stetig wachsende Bedeutung des Nonprofit-Sektors blieb nicht ohne Kritiker. Insbesondere das mangels ausreichender öffentlicher Rechenschaftslegung nicht immer transparente, gleichzeitig aber sehr mächtige und einflussreiche Stiftungswesen forderte mehrfach seine Gegner heraus,⁹⁵ was schließlich 1969 zum Erlass speziell das Stiftungswesen regulierender steuerrechtlicher Vorschriften führte.⁹⁶ Eine darüber hinausgehende, umfassende staatliche Kontrolle, bspw. in Form von Genehmigungs- bzw. Anerkennungsvorbehalten für die Errichtung privater Stiftungen wie in Deutschland,⁹⁷ ist den USA allerdings seit jeher fremd.⁹⁸ Gleiches gilt für eine dem deutschen Subsidiaritätsprinzip vergleichbare Konstellation einer engen, verschränkten Zusammenarbeit zwischen Staat und Nonprofit-Sektor. Dem traditionellen Verständnis vom Nebeneinander von Staat und Nonprofit-Sektor folgend und in Abkehr vom staatlichen Engagement zu Zeiten des *New Deals*, zog sich der Staat in den 1980er Jahren unter der Regierung Reagans wieder aus dem Nonprofit-Sektor zurück.⁹⁹ Obgleich die strikte Trennung zwischen Nonprofit-Sektor und Staat wie zu Zeiten der *private-sector alternative* bis heute nicht wieder erreicht wurde, führt das grundsätzliche Nebeneinander von Staat und Nonprofit-Sektor dazu, dass letzterer in der amerikanischen Öffentlichkeit intensiv als selbständiger Teil der heutigen U.S.-Gesellschaft wahrgenommen wird. Es besteht einhelliger Konsens, dass der Nonprofit-Sektor unabdingbare Voraussetzung für ein Funktionieren der amerikanischen Gesellschaft ist. Die gelegentlich aufkommende Kritik an der Macht des amerikanischen Nonprofit-Sektors oder an Verfehlungen innerhalb desselben berührt die traditionell tief im amerikanischen Denken verwurzelte Überzeugung, soziale Probleme unabhängig vom Staat zu lösen, nicht wirklich. Im Gegenteil: in der Regel geht der gescholtene Nonprofit-Sektor als Sieger aus entsprechenden Debatten hervor, da ihm Politik und Gesellschaft stets seine historisch gewachsene überragende Bedeutung für die U.S.-Gesellschaft attestieren.¹⁰⁰

D. Fazit

Der heutige Nonprofit-Sektor Deutschlands ist das Ergebnis einer bewegten geschichtlichen Entwicklung, die sich bis ins 17. Jahrhundert und zum Teil sogar bis ins Mittelalter und

die Spätantike zurückverfolgen lässt. Erhofften sich die Gläubigen mit dem Sieg des Christentums noch durch die ersten freien Stiftungen im modernen Sinne das Seelenheil, bestimmte mit dem ausgehenden Mittelalter nicht mehr der fromme Sinn des Stifters, sondern der gemeine Nutzen das Wesen der Stiftung. Aufgeklärte Stiftungen wendeten sich vermehrt den Zielen Bildung, Erziehung und Soziales zu. Nachdem schließlich zahlreiche Stiftungen durch staatliche Einverleibung vernichtet waren, konnte sich die Stiftung als juristische Person Mitte des 19. Jahrhunderts wieder etablieren. Einmal als selbständiger Rechtsträger anerkannt, unterlag die selbständige Stiftung einer umfassenden staatlichen Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden. Staatsnähe und staatliche Kontrolle des Stiftungswesens haben sich in Deutschland bis heute in Form der Stiftungsaufsicht gehalten.

Die im Zuge der Industrialisierung aufkommende Armutproblematik und die Suche nach finanziell tragbaren Lösungen führte zur Verankerung des Vorrangs des bürgerschaftlichen Engagements vor staatlichem Handeln. Klöster und andere kirchliche Organisationen und Stiftungen, die in der Lage waren, die nötigen sozialen Dienstleistungen zu erbringen und bereits vor Etablierung der modernen Sozialpolitik Ende des 19. Jahrhunderts für soziale Dienstleistungen zuständig gezeichnet hatten, ließen sich so auch nach der Übernahme staatlicher Verantwortung aus ihrem angestammten Tätigkeitsbereich nicht verdrängen. Der Grundstein für die heutige Vorherrschaft des Nonprofit-Sektors im deutschen Gesundheitswesen und bei den sozialen Dienstleistungen war gelegt.

91 Siehe Hall (Fn. 68), S. 16 f.; Sokolowski/Salamon (Fn. 9), S. 268.

92 Hall (Fn. 68), S. 20 vergleicht die zwar hilfreiche, aber unweigerlich in die Abhängigkeit führende staatliche Unterstützung des Nonprofit-Sektors mit einem Trojanischen Pferd; siehe auch Sokolowski/Salamon (Fn. 9), S. 279 f.

93 Siehe Hall (Fn. 68), S. 18.

94 Siehe Hall (Fn. 68), S. 17.

95 Siehe Hall (Fn. 68), S. 19 f.; Wyckoff Jr., Landesbericht United States, in: *International Fiscal Association* (Hrsg.), Cahiers de droit fiscal international, 53rd Congress of the International Fiscal Association, Eilat 1999, Volume LXXXIVa – Taxation of non-profit organizations, S. 777 f.; Richter (Fn. 15), S. 231 f.

96 Tax Reform Act of 1969, P.L. 91-172; vgl. Hall (Fn. 68), S. 20. Bereits 1950 war wegen des verstärkten und als unfair angesehenen Wettbewerbs, den Nonprofit-Organisationen der gewerblichen Konkurrenz machten, die *Unrelated Business Income Tax (UBIT)* eingeführt worden.

97 Vgl. § 80 BGB in der aktuellen Fassung v. 15.07.2002 (m.W.v. 01.09.2002) sowie in den Vorgängerfassungen seit 01.01.1964.

98 Siehe Richter (Fn. 15), S. 218 ff. Die Errichtung (*incorporation*) einer rechtsfähigen Nonprofit-Organisation verlangt lediglich das Einreichen der Gründungsdokumente (*articles of incorporation*) bei der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundesstaats. Die von Richter (Fn. 15), S. 227 angesprochene staatliche Aufsicht in den USA durch den *Attorney General* beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Erfüllung der treuhänderischen Pflichten der für die Nonprofit-Organisation handelnden Personen zu überwachen. Die Aufsicht geht – anders als in Deutschland – nicht so weit, auch die „dauernde und nachhaltige Erfüllung“ (so § 80 Abs. 2 BGB) des Zwecks der Organisation zu hinterfragen und hiervon deren Anerkennung abhängig zu machen. Solange sich die Zwecke im Rahmen der Gesetze halten, überlässt das amerikanische Recht die inhaltliche Ausgestaltung der zu errichtenden Organisation, z.B. deren finanzielle Ausstattung, weitestgehend der privatautonomen Entscheidung des Gründers.

99 Vgl. Hall (Fn. 68), S. 21.

100 Siehe Richter (Fn. 15), S. 232 f.

Während der Nonprofit-Sektor in Deutschland durch eine nicht zu verkennende Staatsnähe gekennzeichnet ist, verstanden sich die privaten Vereinigungen in den USA von Beginn an als widerstandsfähiges Gegenstück zum Nationalstaat der alten Welt. Eine vergleichbar starke Beeinflussung des Nonprofit-Sektors durch den Staat wie in Deutschland war in den USA zu keinem Zeitpunkt denkbar. Der in den USA fest verwurzelte Glaube an Privatinitiative, freiheitliche Selbstverantwortlichkeit und Pluralismus bringt seit jeher eine ablehnende Haltung amerikanischer Bürger gegenüber staatlichen Wohlfahrtsleistungen und sonstiger staatlicher Einmischung mit sich. Die Idee, gesellschaftliche Probleme selbst anpacken und lösen zu wollen, prägt bis heute das Selbstverständnis der meisten Amerikaner und damit das politische Klima in den USA. Demzufolge ist den USA eine der deutschen Stiftungs-

aufsicht vergleichbare umfassende staatliche Kontrolle privater Stiftungen sowie eine dem deutschen Subsidiaritätsprinzip vergleichbare Konstellation einer engen, verschränkten Zusammenarbeit zwischen Staat und Nonprofit-Sektor fremd. Das Nebeneinander von Staat und Nonprofit-Sektor in den USA führt zu seiner Wahrnehmung als selbständiger Teil und als Garant einer funktionierenden U.S.-Gesellschaft. Trotz sehr unterschiedlicher historischer Ausgangslagen und Entwicklungen der Nonprofit-Sektoren in den USA und in Deutschland spielen sie heutzutage, wie der Autor *im zweiten Teil des Beitrages im Folgeheft* zeigen wird, in beiden Ländern gleichermaßen eine bedeutende gesellschaftliche Rolle und entlasten in vielen Bereichen das Gemeinwesen.

(Der Beitrag wird fortgesetzt im Heft 3)

Die Vereinsvorstandshaftung in Insolvenzfällen: Quo Vadis?

Ref. iur. René Kliebisch, Universität Jena*

Die Tätigkeit des Vereins hat seit Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 einen enormen Wandel erfahren. Eine wirtschaftliche Betätigung, insbesondere als Nebenbetätigung im Idealverein ist vor allem im Bereich des kommerzialisierten Spitzensports auszumachen. Aber nicht nur bei diesen populistisch eindringlichen Beispielen erkennt man, dass die Gesellschaftsform des Vereins an Attraktivität und Vielfältigkeit gewonnen hat, sondern auch daran, dass es mittlerweile über 1 Mio. Vereine gibt. Das niedergeschriebene Vereinsrecht hat aber einen anderen Vereinstypus im Blick als er in der Rechtswirklichkeit mittlerweile anzutreffen ist, sodass bei wirtschaftlicher Betätigung des Vereins die analoge Anwendung kapitalgesellschaftsrechtlicher Normen diskutiert werden muss. Von besonderem Interesse für die Gläubiger, aber auch für die Vereinsvorstände, ist es insbesondere, ob die Insolvenzhaftungstatbestände anwendbar sind. Für die Gläubiger wäre dies eine Möglichkeit einen erlittenen Schaden zu kompensieren, für die Vereinsvorstände ist die Frage von Relevanz, weil nur dadurch die Folgen eigenen pflichtwidrigen Handelns und damit die Bandbreite zu versichernder Haftungsschäden zu Tage treten. Der zweigeteilte Beitrag wird sich im ersten Teil der Frage widmen, ob der Vereinsvorstand gemäß § 64 S. 1 GmbHG analog haftet, um dann im zweiten Teil der Anwendung des § 15 a InsO auf die Vereinsvorstände nachzugehen.

Teil 1: Die Haftung des Vereinsvorstandes analog § 64 S. 1 GmbHG

I. Einleitung

Der Verein als Grundform der juristischen Personen, weist in Ausformung und gesetzlichem Regelungsgehalt naturgemäß

eine gewisse Parallelität zu den Kapitalgesellschaften auf, obgleich auch sachliche Unterschiede bestehen. Beispielhaft lässt sich die Haftung des Vereinsvorstandes anführen. So kann der Vereinsvorstand zur persönlichen Haftung gemäß § 42 Abs. 2 S. 2 BGB iVm. § 823 Abs. 2 BGB¹ herangezogen werden, wenn der Vorstand in Folge der Zahlungsunfähigkeit einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht stellt und den Gläubigern des Vereins dadurch ein Schaden entsteht (sog. Quotenschaden).² Der Quotenschaden der Altgläubiger besteht darin, in wie weit die Insolvenzquote auf Grund der Verzögerung gemindert ist.³ Der Schaden der Neugläubiger liegt darin, überhaupt mit einem insolventen Vertragspartner zu kontrahieren. Der Neugläubiger ist daher so zu stellen, als habe er nicht mit einem überschuldeten Verein kontrahiert.⁴ Insoweit besteht eine Parallelität zur Insolvenzantragspflicht bei Kapitalgesellschaften: Bei der Aktiengesellschaft findet sich eine vergleichbare Regelung in § 93 Abs. 3

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich Schiller Universität zu Jena.

- 1 Ob § 42 Abs. 2 S. 2 BGB ein Schutzgesetz ist, wird teils bestritten dazu *Weick*, in: Staudinger, BGB, Stand 2005, § 42 Rn. 17; eindeutig aber die ständige Rechtsprechung vgl. BGH, NZG 2008, 670, 674.
- 2 *Reuter*, in: MünchKomm, BGB 5. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. 2002, S. 1093; *Wischmeyer*, DZWiR 205, 230 (231); zur Unterscheidung zwischen Neu- und Altgläubiger umfassend *Bayer/Lieder*, WM 2006, 1 (3 ff.).
- 3 BGHZ 138, 211; BGHZ 100, 342; OLG Hamburg, ZIP 2009, 757; *Weick*, Staudinger, BGB, § 42 Rn. 13; *Ellenberger*, in: Palandt, 69. Aufl. 2010, § 42 Rn. 4.
- 4 BGHZ 138, 211; BGHZ, 126, 181; BGH, NJW 2005, 3137; ausführlich dazu *Bayer/Lieder*, WM 2006, 1 (3 ff.) aA. *Weick*, in: Staudinger, BGB, § 42 Rn. 14.