

Wittersheim: Der mögliche Weg zur
Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei
Fußball-Bundesligisten

Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten

Von Rechtsanwältin Franziska Wittersheim, München*

Die Corona-Krise hat auch die Bundesliga weiterhin fest im Griff. Welche wirtschaftlichen Auswirkungen dies letztlich trotz Beendigung der Spielsaison 2019/2020 für die Vereine haben wird, ist bislang nicht absehbar. Im Zuge dessen keimte eine altbekannte Diskussion über die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei eingetragenen Vereinen (e. V.) wieder auf. Mediale Präsenz erlangt das Thema aktuell beim FC Schalke 04. Aber auch beim 1. FSV Mainz 05 könnte die Diskussion um die Ausgliederung der Profiabteilung neu entfacht werden. Nahezu alle Bundesligisten haben ihre Profiabteilung auf eine Kapitalgesellschaft ausgegliedert. Ist es also nicht auch an der Zeit, dass sich Vereine, wie Schalke 04 oder Mainz 05, potentiellen Investoren öffnen?

Der Beitrag beleuchtet den möglichen Weg einer Umstrukturierung eines als Verein eingetragenen Bundesligisten durch die Ausgliederung seiner Lizenzspielerabteilung. Anhand der vereinsrechtlichen Entwicklung und den rechtlichen Rahmenbedingungen sollen die Vor- und Nachteile einer Ausgliederung auf eine Kapitalgesellschaft herausgearbeitet werden.

A. Einleitung

Unter den Mitgliedern und Fans der traditionellen Fußball-Vereinen ist die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung eine umstrittene Reform. Schalke 04, Freiburg, Mainz, Düsseldorf und Union Berlin zeichnet es geradezu aus, zu den noch fünf Vereinen in Deutschlands höchster Spielklasse zu gehören, die für ihre Lizenzspielerabteilung die Rechtsform des eingetragenen Vereins beibehalten haben. Wie aber ist die finanzielle Ausrichtung der Vereine, die teils Millionenumsätze erzielen, mit den vereinsrechtlichen Grundsätzen in Einklang zu bringen, ohne die Löschung aus dem Vereinsregister wegen Rechtsformverfehlung nach § 375 FamFG befürchten zu müssen?¹ Hintergrund sind die Regelungen der §§ 21, 22 BGB, aus denen folgt, dass sich ein eingetragener Verein (e. V.) *grundsätzlich* nicht wirtschaftlich betätigen darf.²

I. Die Entwicklung im Vereinsrecht

Zahlreiche Gerichte haben sich bereits mit der Frage befasst, ob und inwieweit ein sog. Idealverein nach § 21 BGB überhaupt wirtschaftlich tätig sein darf und welche Abgrenzungskriterien zum wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB heranzuziehen sind.

1. Abgrenzung zwischen § 21 BGB und § 22 BGB

Für die Vereinsklassenabgrenzung zwischen § 21 BGB und § 22 BGB kommt es zunächst nach dem Wortlaut darauf an, ob der Vereinszweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist.³ Was unter einem „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ zu verstehen ist, hat sich auch mit der Abkehr zum Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht als zwingende Voraussetzung für die Annahme eines wirtschaftlichen Vereins nicht eindeutig geklärt.⁴ Die Frage, ob, in welchem Maß und auf welche Weise ein Idealverein selbst wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten darf, blieb lange ungeklärt.

Der Gesetzgeber sieht für die wirtschaftliche Betätigung schlicht die handelsrechtlichen Formen der OHG, KG, GmbH, AG, SE, Genossenschaft oder eben den ausdrücklich erwähnten wirtschaftlichen Verein vor.⁵ Das

Gesetz enthält keine klaren Abgrenzungskriterien, sodass der Auslegung als sog. Idealverein nahezu unbegrenztes Ermessen eingeräumt wird. Dogmatisch wäre dem Verein der Status als Idealverein zu versagen, sobald er eine unternehmerische Tätigkeit ausübt. Dennoch beteiligen sich Idealvereine – wie auch die bereits genannten Bundesligisten mit der Unterhaltung ihrer Lizenzspielerabteilungen – am Wirtschaftsleben; und dies in nicht geringem Umfang.

a) Das Nebenzweckprivileg

Der Grund liegt im sog. Nebenzweckprivileg, das es Idealvereinen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu unterhalten.⁶ Vor dem Hintergrund der durch Art. 9 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit darf ein Verein seine wirtschaftlichen Mittel selbst erwirtschaften.⁷ Voraussetzung ist, dass der Verein sich hauptsächlich ideell betätigt und die unternehmerische Betätigung letztlich nur eine eindeutig *untergeordnete* Rolle spielt oder sie die ideelle Betätigung ergänzt und sich als *sinnvolles* Mittel zur Förderung des Vereinszwecks darstellt.⁸

Bereits das Reichsgericht umschrieb den Inhalt des Nebenzweckprivilegs mit den Worten, wenn die Vereine „zur Erreichung dieses [sittlich wertvollen Zieles] ihren Hauptzweck und ihm untergeordnet zugleich einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unternehmen sollten“, stehe dem nichts im Wege.⁹ Dies wurde schließlich durch den BGH im Jahr 1982 bekräftigt: Unternehmerische Tätigkeiten seien statusunschädlich, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck „zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung“ seien.¹⁰ Auch das BVerG äußerte sich dahingehend, dass ein Idealverein gegeben sei, wenn der von ihm beabsichtigte oder betriebene wirtschaftliche

Wittersheim: Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten (SpURt 2020, 221)

222 ▲▼

Geschäftsbetrieb nur Mittel zur Förderung oder Unterstützung seiner idealen Zwecksetzung sei.¹¹

All dies sagt aber noch nichts darüber aus, ob der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb der Verfolgung des nichtwirtschaftlichen Hauptzwecks dient und ob er diesem nur „zu- und untergeordnet“ ist. Das alleinige Abstellen auf den Vereinszweck, der in der Satzung niedergelegt ist, scheint auf den ersten Blick bei der Abgrenzung sinnvoll, ist aber von rein subjektiver Natur geprägt.¹² Die Satzung allein kann nicht ausschlaggebend sein¹³, weshalb es weiterer Abgrenzungsmerkmale bedarf.

b) Der Gläubigerschutz

Unter Rückgriff auf die Gesetzesintention dient die Einschränkung wirtschaftlicher Tätigkeit durch Idealvereine insbesondere dem Gläubigerschutz.¹⁴ Im Vereinsrecht als Grundform der Kapitalgesellschaften fehlen Normen über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.¹⁵ Aus diesem Grund sollen Vereine, die sich dem Zweck einer wirtschaftlichen Tätigkeit angeschlossen haben und damit einhergehend mit Risiken für ihre Gläubiger verbunden sind, auf die für sie dafür vorgesehenen handelsrechtlichen Formen verwiesen werden.¹⁶ Daher rührt auch die durch Eintragung in das Vereinsregister erlangte Rechtsfähigkeit des Idealvereins, die bei einem wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB nur bei Unzumutbarkeit mit Verweis auf die bestehenden handelsrechtlichen Formen durch Konzession erlangt werden kann.¹⁷

Zahlreiche Versuche der Rechtsprechung und Literatur, eine weitere Konkretisierung des Nebenzweckprivilegs zu konstruieren, haben sich bislang nicht durchgesetzt. Von der Heranziehung einer absoluten Größenordnung¹⁸, über einen inhaltlichen Zusammenhang mit dem ideellen Hauptzweck¹⁹ sowie einer Leistungsanbietung am Markt²⁰ halten dem Schutzzweck des Gläubigerschutzes nicht stand.²¹ Einziges Kriterium, das gleichrangig neben den Gläubigerschutz tritt, ist das Verbot der Gewinnausschüttung. Hierbei handelt es sich um ein klares und nachvollziehbares Kriterium zur Abgrenzung des Idealvereins vom

wirtschaftlichen Verein und den Handelsgesellschaften.²² Vereine, deren Satzung Gewinnausschüttungen vorsehen oder tatsächlich Gewinne an Mitglieder ausschütten, sind schlicht keine Idealvereine.²³

Übertragen auf diejenigen Vereine, die mit ihrer Lizenzspielerabteilung Millionenumsätze erwirtschaften, ist im Hinblick auf das Verbot der Gewinnausschüttung eine direkte Ausschüttung an die Vereinsmitglieder untersagt. Das Interesse an der wirtschaftlichen Betätigung des Vereins mit der Unterhaltung einer Lizenzspielerabteilung dient unter Heranziehung des maßgeblichen Vereinszwecks zunächst vorrangig dem sozialen Interesse des einzelnen „Fans“, seine Mannschaft im Wettbewerb der Fußballbundesliga erfolgreich zu sehen.²⁴ Die darüber hinaus verfolgten Interessen müssen sich dem Vereinszweck final unterordnen.²⁵ Festzuhalten bleibt bis dato, dass die Unterscheidung von Idealverein und wirtschaftlichem Verein vorrangig dem Schutzzweck der Gläubigerinteressen dient, jedoch weitere Kriterien bislang nicht trennscharf zur Abgrenzung verhelfen konnten.

2. Die KiTa-Entscheidung²⁶

Die KiTa-Entscheidung bot dem *BGH* zuletzt die Gelegenheit, das Nebenzweckprivileg zu konkretisieren und schaffte eine gewisse Orientierungshilfe für die Praxis.

Aus den Entscheidungsgründen geht hervor, dass der Betrieb der Kindertagesstätte dem sog. Nebenzweckprivileg unterfalle, da er dem ideellen Hauptzweck „zu- und untergeordnet“ ist. Für die Einordnung sei nicht nur die Satzung des Vereins maßgeblich, sondern in welcher Form er *tatsächlich* tätig werde. Diese Beurteilung stützt der *BGH* auf die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO. Der steuerrechtlichen Anerkennung als gemeinnützig komme eine gewisse *Indizwirkung* zu, auch wenn die Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig nicht deckungsgleich mit der Anerkennung als Idealverein seien. Dies ergebe sich auch aus der Gesetzeshistorie und entspreche dem Willen des Gesetzgebers. Die Größe des Vereins oder gar die Zahl der betriebenen Kindertagesstätten sage nichts über eine wirtschaftliche Betätigung aus. Solange der Verein die zur Verwirklichung seiner ideellen Ziele erforderlichen Mittel mit wirtschaftlicher Betätigung erwirtschaften dürfe, könne sich daraus keine andere Entscheidung ergeben, als dass der Verein den ideellen Zweck unmittelbar mit seinen wirtschaftlichen Tätigkeiten erfülle.²⁷ Für die Gläubiger und den Rechtsverkehr entstünde durch die unmittelbare Zweckverfolgung keine erhöhte Gefahr.²⁸ Eine andere Beurteilung sei auch unter dem Schutzzweck des § 21 BGB nicht ersichtlich.²⁹

Die Entscheidung des *BGH* reiht sich mithin in die von der Literatur zahlreich vertretenen Abgrenzungsmerkmale ein. Das Merkmal der Gemeinnützigkeit wird als *Indiz* herangezogen. Dabei ist das Gewicht dieses Indizes so stark, dass es für die Einordnung als Idealverein ausreicht, sofern – und hier liegt der springende Punkt – aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht anders zu entscheiden sei.³⁰ Zur Begründung stützt sich der *BGH* auf die Entstehungsgeschichte der §§ 21, 22 BGB, wonach die Rechtsform des gemeinnützigen Vereins nach § 21 BGB insbesondere darin gesehen wird, dass das Interesse des Vereinsmitglieds und des Vereins – in Abgrenzung zu den Handelsgesellschaften – nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist.³¹ Dass das Steuerrecht andere Regelungszwecke verfolgt als das Vereinsrecht, spielt bei der Frage, ob ein Verein als Idealverein einzuordnen ist, keine Rolle. Denn in einem Punkt besteht zwischen den beiden Rechtsmate-

Wittersheim: Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten (SpuRt 2020, 221)

223 ▲



rien Konsens: Gemeinnützige Vereine dürfen keine Gewinne an ihre Mitglieder ausschütten und ihnen keine sonstigen Zuwendungen gewähren, § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO.³² An diesem Punkt trifft der Gläubigerschutz im Vereinsrecht auf das Merkmal der Gemeinnützigkeit im Steuerrecht.

B. Mögliche Wege einer Umstrukturierung

Die aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Klassifizierung eines Idealvereins werfen die Folgefrage auf, wie auch künftig mit dem Ausnahmefall eines eingetragenen Vereins in der Fußballbundesliga umzugehen sein wird und ob es nicht doch an der Zeit ist, den konsequenten Schritt einer Umstrukturierung zu gehen.

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Zur Prüfung einer möglichen Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine handelsrechtliche Form sind u. a. folgende rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten:

1. Vereinsrechtliche Vorgaben

Vereinsrechtlich gilt, dass der eingetragene Verein nach § 21 BGB einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb *grundsätzlich* nicht betreiben darf. Eine wirtschaftliche Betätigung ist dann zulässig, wenn sie nur Nebenzweck zum ideellen Hauptziel des Vereins ist. Nach der bereits erwähnten ADAC-Rechtsprechung aus dem Jahr 1982 ist die Ausgliederung von umfangreichen wirtschaftlichen Tätigkeiten auf eine Aktiengesellschaft – oder eine andere Rechtsform – zulässig.³³ Die vereinsrechtliche Entwicklung hat jedoch gezeigt, dass die Registergerichte den Vereinsstatus bei Bundesligavereinen weiterhin kritisch betrachten.³⁴

2. Verbandsrechtliche Vorgaben

Durch die Verbandszugehörigkeit der Fußballbundesligisten zu den Dachverbänden DFB und DFL sind auch deren Bestimmungen heranzuziehen. Die Übertragung der Lizenzspielerabteilung auf eine Kapitalgesellschaft ist nicht uneingeschränkt möglich.

Nach § 8 Abs. 2 der Statuten der DFL kann ein Verein nur eine Lizenz erwerben, wenn er rechtlich unabhängig ist, eine eigene Fußballabteilung unterhält und auch sportlich qualifiziert ist. Mit dem Maßnahme-Paket Lizenzierung wurden die Vorgaben vorübergehend an die aktuelle Situation angepasst, beeinträchtigen jedoch nicht die Voraussetzung für eine mögliche Umstrukturierung des Vereins. Mit Einführung des § 16 c Nr. 2 der DFB-Satzung im Jahr 1998 wurde mithin eine Regelung geschaffen, die es fortan den Bundesligisten ermöglicht, ihre Lizenzspielerabteilung auf einen externen Rechtsträger, der selbst unmittelbar die Lizenz erwerben kann, auszugliedern.³⁵

Im Falle einer Ausgliederung auf eine Kapitalgesellschaft muss der Mutterverein unter Berücksichtigung der § 4 Nr. 10 a LO der DFL i. V. m. § 8 Abs. 3 der Statuten der DFL mehrheitlich an der Kapitalgesellschaft beteiligt sein³⁶ (sog. „50+1-Regel“³⁷). Damit gewährleistet die Regelung, dass der Verein weiterhin die Einflussmöglichkeit und Kontrolle auf die übernehmende Kapitalgesellschaft hält und nicht – beispielsweise in anderen Ländern wie Frankreich oder England – ein potentieller Investor eine mehrheitliche Beteiligung an der Kapitalgesellschaft erlangt.³⁸

Eine Ausnahme nach § 8 Abs. 3 der Statuten der DFL besteht, wenn „*ein anderer Rechtsträger seit mehr als 20 Jahren den Fußballsport des Muttervereins ununterbrochen und erheblich gefördert hat*“.³⁹ Der Mutterverein bleibt folglich bestehen und wird bzw. kann nicht vollständig in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt werden. Wählt der Verein zur Ausgliederung seiner Lizenzspielerabteilung die Rechtsform der KGaA, besteht mit § 16 c Nr. 2 der DFB-Satzung zudem eine Ausnahme von der sog. „50+1-Regel“, wonach die Vorgaben zur Einflusswahrnehmung des Vereins dahingehend modifiziert werden, dass „*ein Stimmanteil von weniger als 50%*“ genügt.⁴⁰ Welche Auswirkungen dies auf die Wahl der Rechtsform nehmen kann, wird zu einem späteren Zeitpunkt näher beleuchtet.

3. Das Gemeinnützigkeitsrecht nach der Abgabenordnung

Als gemeinnützige Körperschaft müssen zudem die Anforderungen der Abgabenordnung, insbesondere die des Gemeinnützigkeitsrechts erfüllt sein. Als Verein, dessen Tätigkeit die Allgemeinheit *selbstlos* fördert, ist

die Förderung des Sports als Hauptzweck eine gemeinnützige Tätigkeit im Sinne des § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO. Allerdings gilt dies vornehmlich nur für den Amateur- und Breitensport und nicht für die Förderung des mit dem Millionenumsatz betriebenen Profisports.⁴¹ Dies resultiert aus der nicht selbstlosen Tätigkeit, die die Förderung des bezahlten Sportlers und der darin verbundenen eigenwirtschaftlichen Zweckverfolgung entgegen § 55 AO vorsieht.

Ein generelles Verbot eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs liegt jedoch nicht vor. Denn für die Gemeinnützigkeit ist die Förderung des Profisports – was die Unterhaltung einer Lizenzspielerabteilung unweigerlich dargestellt – neben dem gemeinnützigen Breitensport nach § 58 Nr. 8 AO unschädlich.⁴² Konsequenz ist, dass der Verein mit seinem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, d. h. der Unterhaltung der Lizenzspielerabteilung, nach §§ 14, 64 AO steuerpflichtig wird, die Steuerbegünstigung des mit dem Hauptzweck verfolgten Amateur- und Breitensports hiervon jedoch unberührt bleibt.⁴³ Die aus dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erwirtschafteten Mittel dürfen nur den ideellen Zweck des Vereins fördern und müssen zeitnah verwendet werden. Mithin ist die reine Unterhaltung einer Lizenzspielerabteilung als bezahlter Profisport für das Merkmal der Gemeinnützigkeit zunächst unbedenklich. Drohen dem Verein durch den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb allerdings nachhaltige und dauerhafte Verluste, besteht die Gefahr

Wittersheim: Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten (SpuRt 2020, 221)

224 ▲▼

der Versagung der Gemeinnützigkeit durch die Finanzverwaltung.⁴⁴ Unter Heranziehung der KiTa-Rechtsprechung würde dies bei der Klassifizierung als Idealverein dessen Löschung aus dem Vereinsregister bedeuten.

II. Mögliche Rechtsformen für eine Ausgliederung

Mit Blick auf die immer wiederkehrenden Frage, ob ein Fußballbundesligist als e. V. weiterhin Bestand haben kann, liegt die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Kapitalgesellschaft aus aktuellem Anlass doch sehr nah. Entscheidet sich der jeweilige Bundesligist für eine Umstrukturierung, sind im Wesentlichen drei Rechtsformen für die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Tochtergesellschaft denkbar:

1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Eine in der Fußballbundesliga häufig anzutreffende Rechtsform stellt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) dar.⁴⁵ Diese ist – und stellt mittlerweile den überwiegenden Teil der bereits ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen auf eine Kapitalgesellschaft dar – gleichzeitig Komplementär bei der noch jungen Gesellschaftsform der GmbH & Co. KGaA.

Die GmbH ist eine vom Mitgliederbestand unabhängige juristische Person und als solche selbst Trägerin von Rechten und Pflichten.⁴⁶ Sie sieht als zwingende Organe eine Geschäftsführung sowie eine Gesamtheit der Gesellschafter (sog. Gesellschafterversammlung) vor.⁴⁷ Durch den Einsatz weiterer Organe – wie z. B. bei der VfL Wolfsburg-Fußball GmbH durch Einsatz eines Aufsichtsrats nach § 52 GmbH⁴⁸ – können diese als Pendant zu den Gesellschaftern als oberstes Organ⁴⁹ und der Geschäftsführung als Vertretungs- und Leitungsorgan⁵⁰ eine Beratungs- und Kontrollfunktion übernehmen.⁵¹ Durch die starke Stellung der Gesellschafter in der GmbH beschränkt sich bei der Mehrzahl der bereits bestehenden GmbHs im Profifußball die Anzahl der Gesellschafter auf einen, maximal jedoch drei Gesellschafter.

Die Errichtung einer GmbH, innerhalb der Verein als alleiniger Gesellschafter agieren könnte, erscheint durchaus sinnvoll. Die GmbH zeichnet sich durch eine große Gestaltungsfreiheit und ein hohes Maß an Flexibilität aus, was insbesondere dem Verein eine starke Einflussnahmemöglichkeit auf die ausgegliederte Lizenzspielerabteilung ermöglicht.⁵² So haftet der Verein als Gesellschafter nach § 13 Abs. 2 GmbHG für die

Verbindlichkeiten allein mit dem Gesellschaftsvermögen, jedoch nicht persönlich gegenüber seinen Gläubigern.⁵³ Damit wäre der Verein der Gesellschaft gegenüber nur zur Aufbringung des Stammkapitals und – unter besonderen Voraussetzung – zu Nachschüssen verpflichtet.⁵⁴ Allerdings sind auch hier die bereits angeführten Lizenzierungsvorschriften der DFL-Statuten zu berücksichtigen, die ein gezeichnetes Kapital von mindestens EUR 2,5 Mio. fordern.⁵⁵

Unter Beachtung der sog. „50+1-Regel“ wäre es dem jeweiligen Bundesligisten mit der Wahl der Ausgliederung auf eine GmbH künftig möglich, Investoren als Minderheitsgesellschafter aufzunehmen, indem eigene Anteile veräußert oder durch Erhöhung des Stammkapitals durch neue Gesellschafter zusätzliches Kapital in die Gesellschaft eingeführt wird.⁵⁶

2. Aktiengesellschaft (AG)

Eine weitere Möglichkeit stünde der Rechtsformwahl auf eine Aktiengesellschaft (AG) dar. Die AG unterliegt dabei in erster Linie den ausführlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes (AktG). Weist das AktG Lücken auf, ist subsidiär auf die Regelungen des Vereinsrechts zurückzugreifen.⁵⁷

Auch die AG ist eine juristische Person und als solche Trägerin von Rechten und Pflichten. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften nicht die Aktionäre, sondern nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG alleine das Gesellschaftsvermögen. Nach § 1 Abs. 2 AktG ist die AG eine Gesellschaft mit einem in Aktien zerlegten Grundkapital.⁵⁸ Dabei sehen die DFL-Statuten eine Ausgabe als sog. *vinkulierte Namensaktien* voraus, deren Übertragung von der Zustimmung der AG abhängig ist.⁵⁹ Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist einer möglichen Überfremdung oder gar einer Übernahme des Vereins durch Dritte entgegen zu wirken. Die Aktien können jedoch auch als Stamm- oder Vorzugsaktien ausgegeben werden. Der Unterschied liegt darin, dass die Stammaktien volles Stimmrecht gewähren, während die Vorzugsaktie regelmäßig den Vorzug bei der Gewinnausschüttung⁶⁰ erhält. Letzteres ist dann entgegen dem Grundsatz im Vereinsrecht möglich.

Hinsichtlich der Organe in der AG, die Aktionäre als Eigentümer einerseits und den Vorstand als Geschäftsführungsorgan andererseits vorsehen, liegt im Vergleich zur GmbH eine striktere Aufgabentrennung vor.⁶¹ Im Fall der Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung aus dem Verein auf eine AG üben die Aktionäre ihre Rechte – meist einmal jährlich – in der Hauptversammlung als oberstes Organ aus.⁶² Die Aufgaben sind nach § 119 Abs. 1 AktG konkret festgelegt und sehen z. B. Satzungsänderungen, Wahlen und Entlastungen sowie Maßnahmen über das Kapital vor.⁶³ Die strikte Aufgabenzuweisung in der AG zeigt sich u. a. auch bei Fragen über die Geschäftsführung, die nur auf Verlangen des Vorstands durch die Hauptversammlung zu entscheiden sind.⁶⁴ Dem Vorstand ob-

Wittersheim: Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten (SpuRt 2020, 221)

225 ▲▼

liegt nach § 76 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung, die durch den Aufsichtsrat bestimmt wird.⁶⁵ Folglich haben die Aktionäre keinen unmittelbaren Einfluss auf die Wahl des Vorstands.⁶⁶ Der Aufsichtsrat übt die volle Kontrolle über den Vorstand aus und ist zudem für die in §§ 111, 112 AktG aufgezählten Aufgaben verantwortlich.⁶⁷

Durch die zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen des AktG kann – anders als im Vereinsrecht oder bei der GmbH – grundsätzlich nicht durch Satzungsgestaltung abgewichen werden. Hinzu kommen die Beschränkungen der LO der DFL. Grundsätzlich dürfen nach § 101 Abs. 2 AktG bis zu ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre in den Aufsichtsrat entsandt werden (sog. Entsenderecht).⁶⁸ Nach § 4 Abs. 10 LO der DFL können jedoch nur dem Mutterverein Entsenderechte eingeräumt werden; nicht hingegen Dritten, z. B. Investoren. Vor dem Hintergrund der Absicherung der Einflussnahme auf den Mutterverein räumt die Satzung dem Verein in der Praxis das Recht des Hauptaktionärs ein.⁶⁹ Aufgrund der dargestellten strikten „Gewaltenteilung“ zwischen den drei Organen ist die Einflussmöglichkeit des Vereins

jedoch stark beschränkt. Der Verein sollte daher bei der Ausgliederung auf eine AG die richtige Besetzung des Aufsichtsrats ins Auge fassen, um auf dessen Zusammensetzung Einfluss nehmen zu können. Ein Minderheitenschutz besteht nämlich nicht.⁷⁰

3. Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Die dritte und in der Praxis noch relativ junge Möglichkeit der Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Kapitalgesellschaft stellt die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) dar. Bekanntestes Beispiel hierfür ist Borussia Dortmund.⁷¹ Hierbei handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die als Mischform zwischen der Personen- und Aktiengesellschaft ausgestaltet ist und auf die somit neben den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Vorschrift des § 278 Abs. 2 AktG die Vorschriften des Handelsrechts Anwendung finden.⁷²

Hierbei handelt es sich um eine rechtlich sehr komplexe Ausgestaltung: Wie bei der Kommanditgesellschaft (KG) gibt es mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) und einen oder mehrere mit ihrer Einlage haftenden Gesellschafter (Kommanditisten). Da die Kommanditisten bei der KGaA ihre Anteile in Form von Aktien erhalten, sind diese als Aktionäre (sog. *Kommanditaktionäre*) ausgestaltet. Als Organ nehmen sie größten Teils dieselbe rechtliche Stellung ein wie der Aktionär bei der AG.⁷³ Der Komplementär als persönlich haftender Gesellschafter unterliegt über § 278 Abs. 2 AktG den handelsrechtlichen Bestimmungen und stellt das Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan in der KGaA dar. Bei der Ausgliederung sollte der Verein schon aus vereinsrechtlichen Gründen die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter nicht übernehmen, da hiermit insbesondere haftungsrechtliche Risiken verbunden sind.⁷⁴

Vielmehr sollte – und so wird es bislang in der Praxis umgesetzt⁷⁵ – eine GmbH & Co. KGaA errichtet werden. Die GmbH, deren Hauptgesellschafter wiederum der Verein ist, haftet sodann persönlich als Komplementär.⁷⁶ Der Verein behält somit den entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der KGaA.⁷⁷ Durch die Ausgestaltung nach § 278 Abs. 2 AktG i. V. m. § 164 HGB werden u. a. die Mitwirkungsrechte der Kommanditaktionäre bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ausgeschlossen.⁷⁸ Dies ist vor dem Hintergrund bedeutsamer Spielertransfers oder dem Abschluss von wichtigen Partner- und Sponsoringverträgen von großer Bedeutung. Behält der Verein über die Stellung als Komplementär-GmbH zudem einen beträchtlichen Anteil der Kommanditaktien, so erhöhen sich darüber hinaus die Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten auf die ausgegliederte Lizenzspielerabteilung.⁷⁹ Die aufgezeigte Gesellschaftsstruktur verdeutlicht, welche immense Gestaltungsmöglichkeit einem Verein mit einer Ausgliederung auf eine GmbH & Co. KGaA zur Verfügung steht.

4. Zwischenfazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, welcher weiten Spielraum einem Verein für die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung zugutekommt. Einen Vorrang im Bereich des Profifußballs gibt es nicht. Entscheidend für die Rechtsformwahl dürfte vornehmlich das individuelle Interesse des Vereins – geprägt durch den Vereinszweck –, das Interesse seiner Mitglieder und die Ausrichtung des Vereins hinsichtlich strategischer Partnerschaften sein.

Zieht man einen Vergleich zwischen den dargestellten Rechtsformen, die nicht abschließend sind, so räumt die Aktiengesellschaft dem Vorstand eine stärkere Stellung ein als dem Geschäftsführer einer GmbH und hat mit dem Aufsichtsrat zugleich ein zwingendes Kontrollorgan. Durch eine Ausgestaltung als KGaA behält der Verein nur über seine mittelbare Stellung als Komplementär einen Einfluss auf die Geschäftsführung der KGaA.

C. Schlussbetrachtung

Nicht zuletzt wegen der ungewissen finanziellen Situation –, aber auch wegen der fortschreitenden Kommerzialisierung des Profifußballs, sollten sich die jeweiligen Bundesligisten, die fortan noch als e.V. agieren, die Ausgliederung ihrer Lizenzspielerabteilung aus den nachfolgend zusammengefassten Aspekten ernsthaft in Betracht ziehen:

• **Sicherung des „Vereins“**

Eine Anpassung der Vereinsstrukturen erscheint unter Heranziehung der Entwicklung im Vereinsrecht in den meisten Fällen schlicht nicht mehr möglich, vor

Wittersheim: Der mögliche Weg zur Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bei Fußball-Bundesligisten (SpuRt 2020, 221)

226 ▲▼

allem aber nicht mehr zeitgemäß. Bei einer möglichen Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung bliebe der „Mutterverein“ bestehen, ohne den drohenden Verlust des wichtigsten Merkmals der Gemeinnützigkeit zu verlieren. Es fände eine rechtlich klare und organisatorisch vereinfachte Trennung zwischen der ideellen Vereinsstätigkeit und dem mit Millionenumsatz behafteten „Profisport“ statt.

• **Vermeidung von Haftungsrisiken und Insolvenz**

Daraus folgt zudem ein vereinsrechtlicher Schutz vor Insolvenz- und Haftungsrisiken, die durch die derzeitige Unterhaltung der Lizenzspielerabteilung im Verein bestehen. Die Finanzierung des „Muttervereins“ wäre weiterhin über seine Mitgliederbeiträge gesichert, sodass eine Abhängigkeit des Amateurbereichs von der Finanzierung der Lizenzspielerabteilung nicht mehr bestünde.

• **Neue Wege der Finanzierung**

Die Ausgliederung auf eine Kapitalgesellschaft ermöglicht die langfristige Beteiligung von Investoren und strategischen Partnerschaften. Durch die sog. „50+1-Regel“ würde der „Mutterverein“ ohnehin die Mehrheit an der ausgegliederten Kapitalgesellschaft halten. Gerade in Zeiten finanzieller Unsicherheit gilt es alte Ansätze neu aufzuzeigen.

• **Mitbestimmung des „Muttervereins“ und der Mitglieder**

Mit einer Ausgliederung auf eine Aktiengesellschaft oder gar KGaA könnten sich Mitglieder und Fans gar unmittelbar an der Tochtergesellschaft – bis hin zu einem Börsengang – beteiligen. Eine Mitbestimmung des Vereins wäre indirekt möglich, indem der „Mutterverein“ immer Muttergesellschafter der ausgegliederten Kapitalgesellschaft bleibt.

* *Verf.* ist Rechtsanwältin in der Kanzlei DLA Piper UK LLP in München und dort im Bereich Konfliktlösung tätig.

¹ Zuletzt drohte Mainz 05 im Jahr 2018 die Löschung aus dem Vereinsregister, nachdem die zuständige Rechtspflegerin mit der Eröffnung eines Verfahrens wegen Rechtsformverfehlung nach § 395 FamFG drohte.

² MüKoBGB/*Leuschner*, BGB § 22 Rn. 2.

³ MüKoBGB/*Leuschner*, 8. Auflage 2018, BGB § 22 Rn. 24.

⁴ *BGH*, NJW-RR 1986, S. 417; *BGH*, NJW 2017, S. 1943 ff., Rn. 19.

⁵ BeckOK BGB/*Schöpflin*, 48. Ed. 1. 11. 2018, BGB § 21 Rn. 37, § 22 Rn. 8.

⁶ BeckOK BGB/*Schöpflin*, § 21 Rn. 118.

⁷ *Burhoff*, Vereinsrecht, 10. Auflage 2018, Rn. 9.

⁸ *OLG Jena*, Beschluss vom, 30. Oktober 2012, 9 W 415/12; *OLG Frankfurt/Main*, Beschluss vom 28. Oktober 2010, 20 W 254/10 in: SpuRt 2011, 125.

⁹ *RGZ*, 83, 231 (237).

- ¹⁰ BGH, Urteil vom 29. September 1982, Az. [I ZR 88/80](#), in: NJW 1983, [569](#) ([571](#)).
- ¹¹ BVerfG, NJW 1979, [2265](#).
- ¹² Gubitz/Hildebrand in: NZG 2017, [495](#) ([497](#)).
- ¹³ Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. [42](#).
- ¹⁴ BeckOK BGB/Schöpflin, § 21 Rn. [84](#).
- ¹⁵ Leuschner in: MüKoBGB, § 22 Rn. [7](#).
- ¹⁶ BeckOK BGB/Schöpflin, § 21 Rn. [85](#).
- ¹⁷ BeckOK BGB/Schöpflin, § 21 Rn. [86](#).
- ¹⁸ Sack, ZGR 1974, [178](#) ([199](#)).
- ¹⁹ Hadding, in Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 36; Beuthien, NZG 2015, [449](#) ([453](#)).
- ²⁰ MüKoBGB/Leuschner, BGB § 22 Rn. [32](#).
- ²¹ Schockenhoff, NZG 2017, [931](#) ([933](#)).
- ²² BeckOK BGB/Schöpflin, § 21 Rn. [104](#).
- ²³ MüKoBGB/Leuschner, § 22 Rn. [44](#).
- ²⁴ Winheller/Vielweth, DStR 2018, [574](#) ([578](#)).
- ²⁵ Leuchner in: MüKoBGB, § 22 Rn. [51](#), [52](#)
- ²⁶ BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017, Az. [II ZB 7/16](#) in: NZG 2017, [705](#).
- ²⁷ BGH, NZG 2017, [705](#), Rn. [30](#).
- ²⁸ BGH, NZG 2017, [705](#), Rn. [32](#).
- ²⁹ BGH, NZG 2017, [705](#), Rn. [33](#).
- ³⁰ BGH, NZG 2017, [705](#), Rn. [31](#).
- ³¹ BGH, NZG 2017, [705](#), Rn. [25](#).
- ³² Leuschner in: MüKoBGB, § 22 Rn. [44](#).
- ³³ BGH, Urteil vom 29. September 1982, Az. [I ZR 88/80](#).
- ³⁴ Vgl. Registersache FC Bayern München, AG München, Beschluss vom [16. September 2016](#), Az. VR 246.
- ³⁵ Lorz in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 978 Rn. 14.
- ³⁶ Vgl. abrufbar unter <https://www.dfl.de/de/ueber-uns/statuten/>, zuletzt besucht am 11. Juli 2020.
- ³⁷ NZG, 2017, [495](#) ([498](#)); Lorz in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 978 Rn. 15, 19
- ³⁸ Lorz in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 978 Rn. 16.
- ³⁹ Lorz in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 980 Rn. 22.
- ⁴⁰ Lorz in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 979 Rn. 18.
- ⁴¹ Burhoff, Vereinsrecht, Rn. [948](#) f..
- ⁴² Klein/ Gersch AO § 58 Rn. [16](#).
- ⁴³ Burhoff, Vereinsrecht, Rn. [983](#), [989](#).
- ⁴⁴ Burhoff, Vereinsrecht, Rn. [963](#), [978](#).
- ⁴⁵ So haben etwa der VfL Wolfsburg, TSC 1899 Hoffenheim, Bayer 04 Leverkusen, der FC Ingolstadt, RB Leipzig und Borussia Mönchengladbach die GmbH als gesellschaftsrechtliches Vorbild gewählt, vgl. Tabelle der ausgegliederten Profimannschaften im deutschen Profifußball unter https://de.wikipedia.org/wiki/50_%2B1-Regel, zuletzt besucht am 11. Juli 2020.
- ⁴⁶ Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 3.
- ⁴⁷ Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 6 Rn. 3; Zöllner/Noack in: Baumbach/Huecke GmbHG, § 45 Rn. 4.
- ⁴⁸ Vgl. Gesellschaftsvertrag der VfL Wolfsburg-Fußball GmbH.
- ⁴⁹ Zöllner/Noack in: Baumbach/Huecke GmbHG, § 45 Rn. 4.

- ⁵⁰ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 6 Rn. 1, 2.
- ⁵¹ *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Huecke GmbHG, § 52 Rn. 100, 101.
- ⁵² *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 1003 Rn. 88.
- ⁵³ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 7.
- ⁵⁴ Die Aufbringung des Stammkapitals resultiert aus § [19](#) bis [25](#) GmbHG; die Verpflichtung zu Nachschüssen aus §§ [26](#), [27](#) GmbHG.
- ⁵⁵ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 988 Rn. 43.
- ⁵⁶ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 1003 f. Rn. 89.
- ⁵⁷ *Heider* in: MüKo AktG§ 1, Rn. [15](#) ff.
- ⁵⁸ Grundsätzlich werden die Aktien als Nennwertaktie oder als nennwertlose Stückaktie ausgegeben. Nach § [10](#) Abs. [1](#) AktG kommen entweder die Inhaberaktie oder die Namensaktie in Betracht, vgl. *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch-Fußballrechte, S. 983 Rn. 29.
- ⁵⁹ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 983 Rn. 29.
- ⁶⁰ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 983 Rn. 30.
- ⁶¹ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Rechte, S. 986 Rn. 36.
- ⁶² Hüffner/Koch/Koch, AktG § 118 Rn. 6.
- ⁶³ Hüffner/Koch/Koch, AktG § 119 Rn. 5 ff.
- ⁶⁴ Hüffner/Koch/Koch, AktG § 119 Rn. 13.
- ⁶⁵ Hüffner/Koch/Koch, AktG § 76 Rn. 2.
- ⁶⁶ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 983 Rn. 33.
- ⁶⁷ Hüffner/Koch/Koch, AktG § 111,112.
- ⁶⁸ Hüffner/Koch/Koch, AktG § 101 Rn. 9.
- ⁶⁹ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 983 Rn. 35.
- ⁷⁰ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 998 Rn. 72.
- ⁷¹ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 972 Rn. 2, S. 989 Rn. 47.
- ⁷² Hüffner/Koch/Koch, AktG § 278 Rn. 6.
- ⁷³ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 990 Rn. 50.
- ⁷⁴ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 1004 Rn. 91.
- ⁷⁵ Vgl. Tabelle der ausgegliederten Profimannschaften im deutschen Profifußball unter [https://de.wikipedia.org/wiki/50 %2B1-Regel](https://de.wikipedia.org/wiki/50_%2B1-Regel).
- ⁷⁶ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 990 Rn. 50; vgl. auch Borussia Dortmund, wonach die Komplementär-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist.
- ⁷⁷ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 1000 Rn. 78.
- ⁷⁸ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 1001 Rn. 80.
- ⁷⁹ *Lorz* in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, S. 1002 Rn. 82.