



zEHN
APRIL 2017

RESCRIPTUM

MÜNCHNER STUDENTISCHE
RECHTSZEITSCHRIFT

Schwerpunktthema: **Sportrecht**

SCHIEDSZWANG IM SPORT

Das Pechstein-Urteil auf Eis gelegt

Derya Heper

VERBUNDDATEI „GEWALTTÄTER SPORT“

Zwischen effektiver Gewaltprävention und informationeller

Selbstbestimmung

Annika Fischer-Uebler

FOLGENREICHE FEHLENTSCHEIDUNG

Zivilrechtliche Haftung der Schiedsrichter in der Fußball-Bundesliga

Marc Castendiek

Gastbeitrag:

DIE 50 + 1 REGEL

Dr. Michael Waxenberger

Reihe: **Innovation und Recht**

PROMETHEUS, PATENTE UND PLAGIATE

Eine Darstellung der patentrechtlichen Bedeutung des 3D-Drucks

Simon Steurer

BALD ORGANE AUS DEM DRUCKER?

Rechtslage und Regelungsbedarf im Bereich des 3D-Bioprinting

Antonia Horst

Mit weiterführenden Beiträgen der Redaktion

Millionenumsätze als ideeller Zweck?

Zur Nichtwirtschaftlichkeit von Fußballvereinen

Philip Nedelcu*

Die Frage nach der Vereinbarkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten eines eingetragenen Vereins mit der nach § 21 BGB notwendigen Nichtwirtschaftlichkeit ist praktisch höchst relevant. Jedoch besteht gerade für ausgelagerte Wirtschaftstätigkeiten Unklarheit, was sich eindrücklich am Beispiel der Profifußballvereine zeigt.

I. Einleitung

Die Frage nach der Rechtsformverfehlung von Profifußballvereinen wird schon seit langem in der juristischen Literatur diskutiert¹ und war im September 2016 Grundlage einer Entscheidung des AG München.² In diesem Fall hatte der Professor *Lars Leuschner* von der Universität Osnabrück (gefolgt von großem Medienecho³) beantragt, den FC Bayern München e.V. wegen Rechtsformverfehlung aus dem Vereinsregister zu löschen.⁴ Das Gericht hat diesem Antrag aber nicht stattgegeben, sondern am 15.09.2016 entschieden, dass der FC Bayern München e.V. nicht aus dem Vereinsregister zu löschen ist.

Aber auch andere Profifußballvereine schlagen sich mit diesem Problem herum. So gibt es in der Literatur Stimmen, die beispielsweise dem 1. FSV Mainz 05 e.V. die Nichtwirtschaftlichkeit absprechen und damit auf eine Rechtsformverfehlung hinweisen.⁵

Diese Frage ist für die Praxis besonders wichtig, da DFL und DFB zur Liga-Teilnahme das Bestehen eines (notwendig nichtwirtschaftlichen) Vereins voraussetzen.⁶

Der vorliegende Beitrag stellt zunächst die zugrundeliegende vereinsrechtliche Frage – die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Vereinen – dar (II.). Im Folgenden wird – unter Einbeziehung der aktuellen Gerichtsentscheidung – die Frage der Nichtwirtschaftlichkeit von Fußballvereinen diskutiert (III.). Schlussendlich geht der Beitrag in einem Fazit auf mögliche Auswirkungen für die Zukunft ein (IV.).

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der LMU München und ist Mitglied der Redaktion von *rescriptum*. Er dankt PD Dr. *Timo Fest*, LL.M. für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

1 Vgl. nur *Heckelmann*, AcP 179 (1979), 1 ff.; *Hemmerich*, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, 1982, S. 14 ff.

2 AG München – Registergericht v. 15.09.2016 – Az. VR 2463 (juris Kurztex), mangels Verfügbarkeit des Volltexts sei hier auf noch auf die Pressemitteilung 73/16 des AG München vom 16.09.2016 zur Registersache FC Bayern München verwiesen, https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/amtsgeschichte/muenchen/pressemitteilungen/2016/pm73__160916.pdf (Stand: 19.03.2017); vgl. auch *Wettich*, GWR 2016, 403. Die Begründung des zuständigen Rechtspflegers findet sich bei *Leuschner*, NZG 2017, 16 (18).

3 Vgl. nur die Berichte von *Fritsch*, Wird der FC Bayern aufgelöst, in: Die Zeit vom 08.09.2016, <http://www.zeit.de/sport/2016-09/bayern-muenchen-loeschung-verein-amtsgeschichte-muenchen-adac>; Rechts-Professor will den FC Bayern löschen, in: Bild vom 08.09.2016, <http://www.bild.de/sport/fussball/bayern-muenchen/rechts-professor-will-klub-loeschen-47729204.bild.html> (beide Stand: 19.03.2017).

4 *Leuschner*, Anregung zur Löschung des FC Bayern München e.V. gemäß §§ 395 Abs. 1, 24 Abs. 1 FamFG, <http://notizen.duslaw.de/rechtsformverfehlung-des-fc-bayern-muenchen-e-v-erlischt-der-stern-des-suedens/> (Stand: 19.03.2017).

5 *Hadding/Leuschner*, Stellungnahme zu dem Rechtsgutachten von Fritz Schardt und Dr. Jörg Alvermann vom 23.8.2016 zur geplanten Strukturreform des FSV Mainz 05 e.V., https://www.jura.uni-osnabrueck.de/fileadmin/public/media/LS-Leuschner/Stellungnahme_Hadding_Leuschner.pdf (Stand: 19.03.2017).

6 Genauer unter III. 1.

II. Die Unterscheidung zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Vereinen

1. Allgemeines und Hintergründe der Unterscheidung

Im Vereinsrecht wird generell zwischen nichtwirtschaftlichen (oder ideellen) und wirtschaftlichen Vereinen unterschieden. Wirtschaftlich ist ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist⁷, während jeder andere Verein als nichtwirtschaftlich gilt.

Ein solcher nichtwirtschaftlicher Verein erhält seine Rechtsfähigkeit gemäß § 21 BGB durch die Eintragung in das Vereinsregister (e.V.). Zwar können wirtschaftliche Vereine ebenfalls die Rechtsfähigkeit erlangen, allerdings gemäß § 22 S. 1 BGB nur durch staatliche Verleihung. Dies wird nur in Ausnahmefällen vorgenommen, wenn eine Organisation in anderer Rechtsform aufgrund besonderer Umstände unzumutbar ist⁸ oder wenn gesetzliche Sonderregelungen dies vorsehen.⁹ In der Regel werden wirtschaftliche Personenvereinigungen, die eine Verleihung begehren, auf andere Rechtsformen (GmbH, AG, eingetragene Genossenschaft) verwiesen.¹⁰ Ferner wird ein Verein, den das jeweilige Registergericht als wirtschaftlich ansieht, nicht ins Vereinsregister eingetragen und kann somit die Rechtsform des e.V. nicht erlangen.

Stellt sich nachträglich heraus, dass ein Verein, der als nichtwirtschaftlicher Verein eingetragen ist, einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, kommt es zu einer Löschung aus dem Vereinsregister nach § 395 Abs. 1 FamFG. Jedoch prüfen die Registergerichte eine solche nachträgliche Rechtsformverfehlung selten von Amts wegen.¹¹ Vielmehr kommt es in der Praxis häufig zu sogenannten Anregungen des Lösungsverfahrens. Eine solche (nachträgliche) Prüfung der Rechtsformkonformität kann gemäß §§ 24 Abs. 1, 395 FamFG von jedermann¹² angeregt werden und führt zu der beschriebenen Löschung, wenn das Gericht feststellt, dass der Verein nicht mehr den Anforderungen des § 21 BGB entspricht.

Der Grund für diese Beschränkung auf nichtwirtschaftliche Vereine liegt nach ganz herrschender Meinung vor allem im Gläubigerschutz.¹³ Dies wird damit begründet, dass Vereine im Vergleich zu Kapitalgesellschaften deut-

lich weniger reguliert sind.¹⁴ Aufgrund der daraus größeren Gestaltungsfreiheit ist der Verein als Rechtsform einerseits attraktiv,¹⁵ andererseits liefern die strengeren Regelungen des Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht leer, könnten sich wirtschaftliche Personenvereinigungen als eingetragene Vereine konstituieren.¹⁶ Dies wiederum ist aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht wünschenswert. So sind Gläubiger eines Vereins im Falle der Insolvenz erheblich schlechter gestellt als Gläubiger von Kapitalgesellschaften, da im Recht des eingetragenen Vereins kaum Vorschriften zur Gläubigersicherung existieren.¹⁷ Somit war es Intention des Gesetzgebers, dass grundsätzlich nur nichtwirtschaftliche beziehungsweise ideell tätige Vereine die Rechtsfähigkeit erlangen sollen.

2. Abgrenzungskriterien

a) Typologischer Ansatz

Ob ein Verein wirtschaftlich ist, bestimmt sich nach nahezu einhelliger Meinung danach, ob der Verein Leistungen am Markt anbietet und somit wie ein Unternehmer auftritt.¹⁸ Zur Konkretisierung der unternehmerischen Betätigung wurden drei Grundtypen von Vereinen entwickelt, die keine Idealvereine sind, nämlich am Markt unternehmerisch tätige Vereine, Vereine mit unternehmerischer Tätigkeit in einem Binnenmarkt und Vereine zum Zweck genossenschaftlicher Kooperation.¹⁹ Eine steuerliche Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft spricht zwar gegen die Wirtschaftlichkeit, schließt diese aber nicht aus.²⁰

b) Nebenzweckprivileg

Wird in einem ersten Schritt festgestellt, dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt, führt dies aber nicht automatisch dazu, dass der Verein nicht mehr ideell sein kann. Vielmehr ist das sogenannte Nebenzweckprivileg zu beachten. Dieses besagt, dass ein Verein auch dann als nichtwirtschaftlich gilt, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und un-

7 Ellenberger, in: Palandt (Begr.), BGB, 76. Aufl. 2017, § 21 Rn. 2.

8 BVerwG, NJW 1979, 2261 (2263 f.).

9 Ellenberger, in: Palandt (Begr.), BGB, 76. Aufl. 2017, § 22 Rn. 1.

10 Schwarz van Berk, in: Beuthien/Gummert/Schöpflin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 7 f.

11 Vgl. Leuschner, ZIP 2015, 356 (365 f.); Schwarz van Berk (Fn. 10), § 3 Rn. 65.

12 Oft sind dies Konkurrenten.

13 Schmidt, RPflegler 1972, 286 (288); ebenso BGHZ 85, 84 (88 ff.); KG v. 26.10.2004 – Az. 1 W 269/04, Rn. 6 (juris).

14 Vgl. BGHZ 85, 84 (89); BVerwG, NJW 1998, 1166 (1166); Heckelmann, AcP 179 (1979), 1 (25 f.); ausführlich Schießl, Die Ausgliederung von Idealvereinen auf Kapitalgesellschaften, 2003, S. 20 ff.

15 Leuschner, ZIP 2015, 356 (358).

16 Schmidt, RPflegler 1972, 286 (288); Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, §§ 21, 22 Rn. 6.

17 Vgl. BGHZ 85, 84 (89); Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 118.

18 Grundsätzlich Schmidt, RPflegler 1972, 286 ff., 343 ff.; ferner ders., AcP 182 (1982), 1 (9 ff.); ebenso OLG Schleswig, NJW-RR 2001, 1478.

19 OLG Frankfurt a. Main, NJW-RR 2006, 1698 (1698); Schöpflin, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 40. Ed. (Stand: 01.05.2016), § 21 Rn. 93.

20 KG v. 16.02.2016 – Az. 22 W 71/15, Rn. 31 (juris); OLG Brandenburg, BeckRS 2014, 18675, Rn. 12.

tergeordnet sind, also Hilfsmittel zu dessen Erreichung darstellen.²¹ Ob eine Tätigkeit noch ein wirtschaftlicher Nebenzweck ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Wesentliche Kriterien für eine vereinsrechtlich zulässige wirtschaftliche Nebentätigkeit sind: ideelle und nichtwirtschaftliche Tätigkeit als tatsächlicher Hauptzweck, untergeordnete Rolle der wirtschaftlichen Tätigkeit und Bezug der Tätigkeit zum Vereinszweck (kein Selbstzweck).²² Objektive Größenkriterien für den erlaubten Umfang wirtschaftlicher Betätigung gibt es nicht; vielmehr kann auch eine umfangreiche gewerbliche Betätigung noch unter das Nebenzweckprivileg fallen.²³ Somit besteht für Vereine durchaus die Möglichkeit, wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen, solange der ideelle Zweck auch tatsächlich im Vordergrund steht.

III. Profifußball als wirtschaftliche Tätigkeit?

1. Notwendigkeit der Rechtsform

Der Vereinsstatus ist für Profi-Fußballvereine in Deutschland unabdingbar. Die DFL setzt das Vorliegen eines Vereins explizit voraus. Zwar erhalten nach § 8 der Liga-Satzung²⁴ neben Vereinen zwar auch Kapitalgesellschaften eine Lizenz für eine der Lizenzligen (Bundesliga und 2. Bundesliga). Allerdings muss diese Kapitalgesellschaft nach § 8 Abs. 3 einen rechtlich unabhängigen Verein als Mehrheitsbeteiligten („Mutterverein“) haben.²⁵ Somit ist es für die Bundesligavereine unter den derzeitigen Regeln essentiell, dass sie Vereine sind.²⁶

2. Wirtschaftlichkeit des Profibetriebs

Die Frage, ob Profivereine an sich nichtwirtschaftliche Vereine sind, ist zu verneinen.²⁷ Profivereine sind vielmehr unternehmerisch tätig, indem sie den Fußball als Dienstleistung an einem äußeren Markt (für die interessierte Öffentlichkeit) gegen Entgelt (Eintrittspreise, PayTV) anbieten.

ten.²⁸ Eine solche Betätigung fällt wegen der finanziellen und repräsentativen Bedeutung der Profiabteilung für den Verein auch nicht mehr unter das Nebenzweckprivileg, da ihre hohen Einnahmen den Verein als Ganzen prägen (z.B. Finanzierung anderer Sparten) und daher keine Unterordnung mehr vorliegt.²⁹ Somit verfehlen Profifußballvereine aufgrund ihrer Wirtschaftlichkeit die Rechtsform des eingetragenen Vereins.

Allerdings haben sich viele Bundesligavereine in den letzten Jahren umstrukturiert.³⁰ So betreiben lediglich vier der 18 Bundesligavereine ihre Profiabteilungen noch selbst.³¹ Die anderen Vereine haben ihre Profiabteilung wie der FC Bayern München e.V. als AG oder als KGaA oder GmbH ausgegliedert.³²

3. Gegenwärtige Modelle

a) Auslagerung der Profiabteilung in eine Kapitalgesellschaft

Zunächst soll daher am Beispiel des FC Bayern München e.V. auf das „Auslagerungsmodell“ eingegangen werden. Der FC Bayern München e.V. ist als Verein im Vereinsregister des AG München eingetragen.³³ Früher war auch die Profifußballabteilung ein Teil des FC Bayern München e.V. Jedoch betreibt der e.V. die Profifußballabteilung inzwischen nicht mehr selbst. Vielmehr ist diese seit 2002 in eine Kapitalgesellschaft (FC Bayern München AG) ausgelagert, deren Hauptaktionär (75,01%) der Verein ist.³⁴ Somit werden e.V. und AG in der Öffentlichkeit zwar oft als Einheit wahrgenommen, sind aber rechtlich voneinander zu trennen.

Aufgrund dieses Trennungsgrundsatzes wird der Geschäftsbetrieb der AG dem e.V. auch nicht schon wegen der Beteiligung an sich als eigener wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zugerechnet.³⁵ Die Zurechnung würde eine Wirtschaft-

21 BGHZ 85, 84 (89, 93); RGZ 83, 232 (237); BVerwG NJW 1998, 1166; vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2008, 350 (351); Schmidt, RPfeger 1972, 343 (350 ff.); Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, S. 42.

22 Beuthien, NZG 2015, 449 (451 ff.).

23 OLG Frankfurt a. Main, BeckRS 2011, 00377; vgl. Hadding, in: Soergel (Begr.), BGB, Bd. 1, 13. Auflage 2000, §§ 21, 22 Rn. 35 f. m.w.N.

24 Die Liga – Fußballverband e.V. (Ligaverband), Satzung in der Fassung vom 22.06.2015, http://s.bundesliga.de/assets/doc/660000/656469_original.pdf (Stand: 19.03.2017).

25 Sogenannte „50+1-Regel“; gleiches fordert § 16c Abs. 2 der Satzung des DFB, Neufassung 30.09.2000 mit Änderungen in der Fassung vom 23.10.2015, http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/2014124_02_Satzung.pdf (Stand: 19.03.2017); zur Rechtmäßigkeit dieser Regelung siehe Waxenberger, in dieser Ausgabe, 40 ff.; bzgl. einer evtl. Lockerung aktuell: Lange, Fußball-Manager sehen 50+1-Regel als Auslaufmodell, in: manager magazin vom 30.01.2017, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/bundesliga-fussball-manager-sehen-50-1-regel-als-auslaufmodell-a-1132363.html> (Stand: 19.03.2017).

26 Vgl. auch Wettich, GWR 2016, 403; Singbartl/Dziwis, JA 2014, 407 (409); Segna, npoR 2017, 3 (5).

27 Vgl. Reuter (Fn. 16), Rn. 44; Steinbeck/Menke, NJW 1998, 2169 (2170 f.); Balzer, ZIP 2001, 175 (181); Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, 3. Auflage 2014, S. 149 f.; ebenso schon Heckelmann, AcP 179 (1979), 1 (39 ff.); zuletzt Hadding/Leuschner (Fn. 5).

28 Menke, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 46; Schießl (Fn. 14), S. 45; Wagner, NZG 1999, 469 (472), jeweils m.w.N.; vgl. auch Lorz, in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, 2011, S. 795 f.

29 Summerer (Fn. 27), S. 151; Schwarz van Berk (Fn. 10), § 3 Rn 22; Segna, ZIP 1997, 1901 (1903); Balzer, ZIP 2001, 175 (181); zuletzt Segna, npoR 2017, 3 (5).

30 Vgl. zu Umstrukturierungsmöglichkeiten Heckelmann, AcP 179 (1979), 1 (47 ff.); Schießl (Fn. 14), S. 62 ff.; Lorz (Fn. 28), S. 799 ff.

31 Dies sind der FC Gelsenkirchen-Schalke 04 e.V., der SC Freiburg e.V., der SV Darmstadt e.V. und der in der Einleitung erwähnte 1. FSV Mainz 05 e.V.

32 Eine Übersicht über alle Vereine z.B. Bödeker, Diese Erstliga-Klubs kommen ohne Investoren aus, Kölner Express vom 24.09.2016, <http://www.express.de/sport/fussball/interessante-tabelle-dieser-erstliga-klubs-kommen-ohne-investoren-aus-24798854-seite2> (Stand: 19.03.2017); genauer zu den von den Vereinen durchgeführten Maßnahmen Schießl (Fn. 14), S. 5 ff.; mit beispielhafter Darstellung verschiedener Vereinsstrukturen Küting/Strauß, DB 2010, 793 (795, 801); spezifisch zum Modell der Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA Koch, DB 2002, 1701 ff.

33 AG München, VR 2463.

34 Liste der Anteilseigner unter: <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag> (Stand: 19.03.2017).

35 BGHZ 85, 84 (88 ff.); Hemmerich, BB 1983, 26 (28); Sprengel, Vereinskonzernrecht, 1998, S. 274; Hadding (Fn. 23), Rn. 38; vgl. auch Schmidt, AcP 182 (1982), 1 (20).

lichkeit des Geschäftsbetriebs begründen und damit zur Rechtsformverfehlung führen.³⁶

Jedoch ist der FC Bayern München e.V. Mehrheitsaktionär der AG, sodass nach § 17 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 AktG anzunehmen ist, dass der e.V. die AG beherrscht.³⁷

Nach Ansicht der Rechtsprechung führt aber auch dies nicht zu einer Zurechnung.³⁸

Diese Ansicht wird von der Literatur überwiegend abgelehnt. Insbesondere kritisiert die Literatur, dass der durch den BGH propagierte Aspekt des Gläubigerschutzes hier insofern leerläuft, als den Verein konzernrechtliche Ausgleichs- oder Haftungspflichten für das beherrschte Unternehmen (FC Bayern München AG) treffen können (vgl. §§ 311 Abs. 1, 317 Abs. 1, 4 AktG).³⁹ Da dies die Vermögensinteressen des e.V. betrifft, wird hierdurch der von der Literatur als zweiter Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB angeführte Mitgliederschutz nicht umfassend gewährleistet.⁴⁰ Die Literatur nimmt im Falle einer Beherrschung daher eine Zurechnung an.⁴¹ Dann wäre die Ausgliederung nur zulässig, wenn die wirtschaftlichen Aktivitäten für den Verein unter das Nebenzweckprivileg fallen.⁴² Da dies nicht der Fall ist,⁴³ stellt das vom FC Bay-

ern München e.V. gewählte Modell nach der herrschenden Lehre eine Rechtsformverfehlung dar.

Im Ergebnis ist aber der Rechtsprechung zuzustimmen. Wie oben dargestellt, ist der Hauptzweck des Ausschlusses wirtschaftlicher Vereine der Gläubigerschutz.⁴⁴ Da der nach der Ausgliederung verbliebene Verein nur ideelle Aufgaben wahrnimmt, spielen sich die wirtschaftlichen Tätigkeiten nur auf Ebene der Kapitalgesellschaft ab. Da für diese aber die strengen Gläubigerschutzvorschriften gelten, sind die Gläubiger durch diese Vorschriften ausreichend geschützt.⁴⁵

Außerdem stützt sich die Rechtsprechung darauf, dass der Gläubigerschutz durch die Haftung des Vereinsvorstands (vgl. § 317 Abs. 3 AktG⁴⁶) sogar ergänzt würde und daher gewahrt ist.⁴⁷ Ferner ist der beschriebene Haftungsfall nach §§ 311, 317 AktG der Ausnahmefall, da er nur im Falle einer nachteiligen Einflussnahme durch den e.V. eintritt.⁴⁸ Somit kann aufgrund dieser Haftungsmöglichkeit keine Zurechnung begründet werden, da die Position als Mehrheitsaktionär nicht mit einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung vergleichbar ist.⁴⁹ Daher führt die Beteiligung eines Vereins auch dann nicht zu seiner Wirtschaftlichkeit, wenn der Verein als Mehrheitsaktionär auftritt.

Zum gleichen Ergebnis ist auch das AG München im Fall des FC Bayern München e.V. gekommen.⁵⁰ Jedoch wird die Begründung des Rechtspflegers⁵¹ in diesem Fall kritisch gesehen, da nicht zwischen der Zurechnung und dem vereinsrechtlichen Nebenzweckprivileg differenziert wird.⁵² Tatsächlich würde eine Zurechnung der Tätigkeit der FC Bayern München AG nach den oben dargestellten Grundsätzen zu einer Wirtschaftlichkeit des e.V. führen, da das Betreiben einer Profifußballabteilung nicht vom Nebenzweckprivileg umfasst ist. Daher kommt es gerade auf die Trennung zwischen der zuerst zu prüfenden Zurechnung und dem Nebenzweckprivileg an.

Bemerkenswert war im vorliegenden Fall, dass das AG München in vorherigen Fällen – entgegen der Rechtsprechung des BGH – zumindest anders vorgegangen ist.⁵³ Daher

36 Vgl. *Lettl*, DB 2000, 1449 (1450); *Schwarz van Berk* (Fn. 10), § 3 Rn. 50.

37 Dafür ist Voraussetzung, dass der e.V. als Unternehmen i.S.d. § 15 AktG zu sehen ist, vgl. *Wagner*, NZG 1999, 469 (473 f.); *Schießl* (Fn. 14), S. 96 ff. m.w.N.; a.A. *Schmidt*, AcP 182 (1982), 1 (23), der darauf verzichtet, zu prüfen, ob der Verein dem Unternehmensbegriff unterfällt. Grds. kann ein e.V. Unternehmen im Sinne des Aktienrechts sein, vgl. BGHZ 85, 84 (90 f.); *Segna*, ZIP 1997, 1901 (1906) m.w.N. Dies wäre aber wohl abzulehnen, wenn der Verein lediglich an der ausgelagerten AG beteiligt ist, vgl. *Balzer*, ZIP 2001, 175 (182 f.); *Heermann*, ZIP 1998, 1249 (1259); *Menke* (Fn. 28), S. 190 ff. So setzt der Unternehmensbegriff nach ganz h.M. „anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen“ voraus, vgl. die st. Rspr. seit BGH, NJW 1978, 104 (104); BGH NJW 2001, 2973 (2974); ebenso die Definition bei *Bayer*, in: *Goette/Habersack/Kals* (Hrsg.), Münchener Kommentar, AktG, Bd. 1, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 12 ff. Für die Zwecke des Beitrags wird die Unternehmenseigenschaft aber als gegeben vorausgesetzt, da auch anderweitige ideelle Aktivitäten die Unternehmenseigenschaft begründen können, so insbesondere *Koppensteiner*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 15 Rn. 34.

38 BGHZ 85, 84 (89 ff.); *Schöpflin* (Fn. 19), § 21 BGB, Rn. 96; vgl. auch *Heckelmann*, AcP 179 (1979), 1 (48, 56), *Hemmerich* (Fn. 1), S. 134 f.; *dies.*, BB 1983, 26 (28); *Waldner*, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 46; *Ellenberger*, in: *Palandt* (Begr.), BGB, 76. Aufl. 2017, § 21 Rn. 4; *Leuschner*, NZG 2017, 16 (18 f.); zustimmend, aber krit. LG München I, DB 2003, 1316 (1317); i. E. auch *Schmidt*, AcP 182 (1982), 1 (30); *ders.* NJW 1983, 543 (543 ff.); a.A. *Beuthien*, NZG 2015, 449 (456 ff.); *Lettl*, DB 2000, 1449 (1450 f.); *Reuter* (Fn. 16), Rn. 37 ff.; *Schwarz van Berk* (Fn. 10), § 3 Rn. 44 ff. jeweils m.w.N.

39 So *Beuthien*, NZG 2015, 449 (457 f.); *Reuter* (Fn. 16), §§ 21, 22 Rn. 37 ff., 51; vgl. *Schießl* (Fn. 14), S. 142 f., 150 ff.

40 *Segna*, ZIP 1997, 1901 (1906); *Schwarz van Berk* (Fn. 10), § 3 Rn. 11; a.A. *Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 96 ff.; *Leuschner*, ZIP 2015, 356 (365).

41 *Schmidt*, AcP 182 (1982), 1 (22. ff.); eine Darstellung der verschiedenen Zurechnungsmaßstäbe findet sich bei *Schießl* (Fn. 14), S. 144 ff. m.w.N.

42 *Sprengel* (Fn. 35), S. 268 f., ebenso *Reichert* (Fn. 17), Rn. 140, jeweils m.w.N.

43 Siehe oben unter III. 2.; a.A. für den Fall einer Zurechnung trotz Ausgliederung *Schmidt*, AcP 182 (1982), 1 (30); *ders.* NJW

1983, 543 (543 ff.), der mit einer weiten Auslegung desselben das Nebenzweckprivileg für solche Fälle bejaht.

44 Siehe oben unter II.1.

45 BGHZ 85, 84 (91); *Schöpflin* (Fn. 19), § 21 BGB, Rn. 97; *Wettich*, GWR 2016, 403; *Waldner* (Fn. 38), Rn. 46.

46 § 317 Abs. 3 AktG findet auf den e.V. jedenfalls dann Anwendung, wenn dieser ein Unternehmen im Sinne des Aktienrechts darstellt, vgl. *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 214, 216.

47 BGHZ 85, 84 (91); *Hemmerich* (Fn. 1), S. 134 f., *dies.*, BB 1983, 26 (28).

48 *Leuschner*, ZIP 2015, 356 (364).

49 Ebd.

50 Vgl. Entscheidung und Pressemitteilung des AG München (Fn. 2); *Wettich*, GWR 2016, 403; *Leuschner*, NZG 2017, 16 (18).

51 Begründung des Rechtspflegers, zitiert von *Leuschner*, NZG 2017, 16 (18).

52 *Leuschner*, NZG 2017, 16 (19); *Segna*, npoR 2017, 3 (5 f.).

53 Vgl. *Leuschner* (Fn. 4), Nr. 4; beispielsweise hat das AG München 2014 ein Prüfungsverfahren hinsichtlich des ADAC e.V. eingeleitet, vgl. Pressemitteilung 54/14 vom 08.12.2014, <https://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv/2014/04585/> (Stand: 19.03.2017), hierzu ebenfalls *Leuschner*, ZIP 2015, 356 ff. Das Verfahren wurde

war hintergründiges Ziel des Antrags von *Leuschner* nicht etwa die Löschung des FC Bayern München e.V., sondern eine Klarstellung der Rechtsprechung des AG München.⁵⁴ Dieses Ziel wurde erreicht, da das AG München sich in seiner Entscheidung klar zur Rechtsprechung des BGH bekannt hat, indem es nicht einmal ein Prüfungsverfahren gegen den FC Bayern eingeleitet hat. Allerdings hat das AG München in seinem ADAC-Beschluss die Rechtsprechung des BGH zumindest kritisch behandelt.⁵⁵

b) Ohne Auslagerung organisierte Vereine

Allerdings sind – wie oben dargestellt⁵⁶ – nicht alle Bundesliga-Vereine im Rahmen einer ausgelagerten Kapitalgesellschaft organisiert. Da diese Vereine Millionenumsätze „erwirtschaften“, sehen viele Stimmen in der Literatur hier eine klare Rechtsformverfehlung.⁵⁷ Teilweise ist sogar von einem durch die zuständigen Registergerichte „tolerierten Rechtsbruch“ die Rede.⁵⁸ Dies könnte daran liegen, dass die Gerichte die Nichtwirtschaftlichkeit in der Praxis nicht fortlaufend und insgesamt eher zurückhaltend überprüfen,⁵⁹ sodass es auch hier entsprechender Anregungen nach §§ 24 Abs. 1, 395 FamFG bedarf.

Allerdings gibt es Registergerichte, die inzwischen aktiver prüfen, ob bei den eingetragenen Vereinen der Idealcharakter nach § 21 BGB gewahrt ist. So hat das AG Charlottenburg in den letzten Jahren mehrere als Vereine organisierte Kindertagesstätten wegen Wirtschaftlichkeit aus dem Vereinsregister gestrichen, die Entscheidungen wurden durch das KG bestätigt.⁶⁰

Nichtsdestotrotz deutet diese Entwicklung auf eine aktivere Prüfung durch die Registergerichte hin, was früher oder später auch zu einer Löschung von Profifußballvereinen führen könnte.⁶¹

Daher plant der 1. FSV Mainz 05 e.V. sogar eine Änderung der Vereinssatzung, um die Vereinsstrukturen besser an die „Erfordernisse eines modernen Wirtschaftsunterneh-

mens“ anzupassen.⁶² Dass ein Verein genau dies – ein „Wirtschaftsunternehmen“ – nicht sein sollte, scheint von den Verantwortlichen nicht als Problem gesehen zu werden. Jedoch wird die geplante Satzungsänderung in der juristischen Literatur kritisch kommentiert.⁶³ Dem ist zuzustimmen. Wenn schon Kindertagesstätten wegen Rechtsformverfehlung aus dem Vereinsregister gelöscht werden, erschiene es – sofern der BGH die Entscheidungen aus Berlin bestätigt – wenig nachvollziehbar, dürften Profifußballvereine mit Millionenumsätzen weiter als nichtwirtschaftliche Vereine auftreten.

IV. Fazit

Festzuhalten bleibt, dass die von vielen Bundesligavereinen gewählte Lösung einer Ausgliederung der Profiabteilung nicht zu einer Rechtsformverfehlung führt. Dies ermöglicht es den Vereinen, den Verbandsregularien entsprechend als Verein bestehen zu bleiben und gleichzeitig die Realität des Fußballs als Wirtschaftszweig abzudecken.

Da diese Lösung nun nach der Entscheidung des AG München auf rechtlich festeren Füßen steht, wäre auch den vier verbliebenen Vereinen zu einer solchen Ausgliederung zu raten. Anderenfalls könnte ihnen früher oder später ein Lösungsverfahren drohen, da sie aus den oben dargestellten Gründen keine nichtwirtschaftlichen Vereine (mehr) sind. Zwar ist noch die Entscheidung des BGH in den Fällen der Kindertagesstätten abzuwarten, da sich die Ausgangslage durch diese noch einmal ändern könnte. Ebenso plant das Bundesjustizministerium ein Gesetz, dass den Anwendungsbereich des § 22 BGB für „Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement“ erweitern soll.⁶⁴

Allerdings ist die Wirtschaftlichkeit im Fall der Fußballvereine noch klarer vorhanden als bei Kindertagesstätten. Daher sollte auch eine eventuelle Einschränkung der Rechtsprechung des KG durch den BGH aufgrund der klaren Fallgestaltung nicht gegen die Durchführung einer Rechtsformänderung sprechen.

allerdings nach erheblichen Umstrukturierungen seitens des ADAC eingestellt, vgl. AG München – Registergericht v. 17.01.2017, Az. VR 304 (openjur 2017, 1).

54 Zu den Hintergründen *Leuschner*, NZG 2017, 16 (16 ff.); vgl. auch *Fritsch* (Fn. 3).

55 AG München – Registergericht v. 17.01.2017, Az. VR 304, Rn. 10, 11 (openjur 2017, 1).

56 Siehe oben unter III.2.

57 Ebd.

58 So zitiert *Fritsch* (Fn. 3) Professor *Leuschner*.

59 Vgl. *Leuschner*, ZIP 2015, 356 (365).

60 KG v. 16.02.2016 – 22 W 71/15; KG v. 16.02.2016 – 22 W 88/14, zu den Verfahren *Krüger/Saberzadeh*, npoR 2016, 158; *Leuschner*, NZG 2017, 16 (20 f.) m.w.N. Allerdings sind beide Entscheidungen nicht rechtskräftig, da die Fälle beim BGH anhängig sind (Az. II ZB 6/16, II ZB 7/16). Andere Oberlandesgerichte sind in vergleichbaren Fällen großzügiger, vgl. OLG Brandenburg, BeckRS 2014, 22210; OLG Schleswig, BeckRS 2013, 06920.

61 Vgl. *Leuschner*, Vereinsrecht im Umbruch, FAZ vom 14.12.2016, http://www.jura.uni-osnabrueck.de/fileadmin/public/media/LS-Leuschner/FAZ_14.12.2016_Nr_292_S_16_Vereinsrecht_im_Umbruch.pdf (Stand: 19.03.2017).

62 Vgl. das Gutachten von *Schardt/Alvermann*, Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung?, <http://www.mainz05.de/mainz05/aktuell/news/news-detail/article/der-naechste-schritt.html> (Stand: 19.03.2017), S. 30; allerdings wird hier auch die rechtliche Notwendigkeit zur Umwandlung abgelehnt (S. 9, 30).

63 *Hadding/Leuschner* (Fn. 5), S. 1 f.

64 Vgl. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften (Referentenentwurf vom 14. November 2016), http://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Buergerliches_Engagement.pdf?__blob=publicationFile,S.1,17 (Stand: 19.03.2017); hierzu krit. Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 12/2017 – März 2017, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2017/maerz/stellungnahme-der-brak-2017-12.pdf> (Stand: 19.03.2017).