

**Stellungnahme zu dem Rechtsgutachten von Fritz Schardt und
Dr. Jörg Alvermann vom 23.8.2016 zur geplanten Strukturreform des
FSV Mainz 05 e.V.¹**

Die Ausführungen im Gutachten der Herren Fritz Schardt und Dr. Jörg Alvermann zur geplanten Strukturreform des FSV Mainz 05 e.V. vom 23.8.2016 einschließlich der Aussagen auf der 2. Mitgliederinformationsveranstaltung vom (Mainzer Allgemeine Zeitung vom 5.9.2016, S. 20) sind in den entscheidenden Schlussfolgerungen unzutreffend und überdies unvollständig. Im Einzelnen:

- Entgegen der Aussagen von *Schardt/Dr. Alvermann* ist eine Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung zur Vermeidung einer Rechtsformverfehlung rechtlich zwingend geboten (näher unter 1.)
- Entgegen der Aussagen von *Schardt/Dr. Alvermann* führt eine Ausgliederung nicht notwendigerweise zu einer Minderung des Einflusses der Mitglieder auf die Lizenzspielerabteilung (näher unter 2.)
- Entgegen der Aussagen von *Schardt/Dr. Alvermann* („erster Schritt vor dem zweiten Schritt“) gibt es keinen sachlichen Grund, die rechtlich gebotene Ausgliederung erst mit zeitlichem Abstand zu einer Änderung der Vereinssatzung durchzuführen; im Gegenteil würde die Ausgliederung eine Änderung der Vereinssatzung wohl entbehrlich machen (näher unter 3.)
- Die Beschreibung der Folgen der Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Kapitalgesellschaft durch *Schardt/Dr. Alvermann* ist insoweit unvollständig, als nicht darauf hingewiesen wird, dass für Kapitalgesellschaften anders als für eingetragene Vereine eine Pflicht zur Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses besteht (näher unter 4.).

1. Rechtsformverfehlung, Nebenzweckprivileg und Ausgliederung

Aus den §§ 21, 22 BGB folgt, dass sich ein e. V. grundsätzlich nicht wirtschaftlich betätigen darf. Toleriert werden lediglich wirtschaftliche Betätigungen, die sich im Rahmen des sogenannten Nebenzweck- bzw. Nebentätigkeitsprivilegs halten. Voraussetzung hierfür ist, dass die wirtschaftliche Betätigung dem ideellen Hauptzweck („Pflege, Förderung und Verbreitung der Leibesübungen, insbesondere des Fußballsports und damit der körperlichen Ertüchtigung sowie des gesellschaftlichen Vereinslebens“) *untergeordnet* ist. Als Schulbeispiel einer vom Nebentätigkeitsprivileg umfassten wirtschaftlichen Betätigung wird meist die Vereinsgaststätte eines Sportvereins genannt.

Auch wenn es unterschiedliche Auffassungen darüber gibt, wie weit das Nebentätigkeitsprivileg im Einzelnen reicht, lässt sich auf Grundlage keiner der derzeit in der Rechtsprechung oder juristischen Literatur vertretenen Ansätze begründen, dass die mit dem Profifußball im Zusammenhang stehende wirtschaftliche Betätigung des

¹ Die nachfolgenden Bedenken wurden in ihren wesentlichen Zügen bereits frühzeitig gegenüber den Vertretern des Vereins geäußert (erstmal am 25.8.2016 im Rahmen der schriftlichen Mitgliederanhörung).

FSV Mainz 05 e.V. noch vom Nebentätigkeitsprivileg umfasst sei. Betrachtet man die Umsätze, die der Verein im Bereich des Profifußballs tätigt (2015/16: über 104,8 Mio. Euro), ist es evident, dass dieser Tätigkeitsbereich dem ideellen Zweck des Vereins nicht untergeordnet ist. Als Vergleichsmaßstab sei an dieser Stelle nur auf die Mitgliedsbeiträge hingewiesen, die mutmaßlich deutlich unterhalb der Grenze von 1 Million € liegen dürften und ohnehin nur insoweit dem ideellen Bereich zuzuordnen sind, als es sich um aktive Mitglieder handelt.

Die zuweilen aus Kreisen des Profisports geäußerte Auffassung, das Nebentätigkeitsprivileg greife schon ein, wenn die wirtschaftliche Betätigung der Mittelbeschaffung für den ideellen Bereich diene, ist unzutreffend. Sie beruht auf einer Anleihe bei § 56 AO (bzw. AEAO zu § 56 Nr. 1), die die systematischen Unterschiede zwischen dem Vereinsrecht und dem steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht verkennt. Eine solche Sichtweise würde nämlich dazu führen, dass sich ein eingetragener Verein letztlich grenzenlos wirtschaftlich betätigen könnte und steht daher in offenem Widerspruch zum Schutzzweck des § 21 BGB, dem Gläubigerschutz. Soweit ersichtlich, wird sie auch von niemandem im juristischen Schrifttum vertreten.

Eine Erstreckung des Nebentätigkeitsprivilegs auf die wirtschaftlichen Aktivitäten des FSV Mainz 05 e.V. lässt sich auch nicht auf die Aussage in Palandt, Kommentar zum BGB, § 21 Rn. 7 stützen, wo es heißt, die Annahme der Unterordnung treffe „wohl auch auf die Bundesligavereine noch zu.“ Die zitierte Literaturmeinung stammt nicht nur aus den neunziger Jahren des letzten Jahrtausends, in denen die wirtschaftliche Betätigung der Fußball-Bundesligisten noch deutlich geringer war als heute. Sie stellt auch deshalb keine tragfähige Grundlage dar, weil sie pauschal und ohne konkreten Bezug zu den Größenverhältnissen einzelner Vereine getroffen wird.

Dass die übermäßige wirtschaftliche Betätigung des FSV Mainz 05 e.V. bisher toleriert wurde und auch bei anderen Vereinen, die noch keine Ausgliederung vorgenommen haben (insbesondere Schalke 04), toleriert wird, ändert nichts an ihrer Rechtswidrigkeit.

Um diesen rechtswidrigen Zustand zu überwinden, ist es unumgänglich, die Lizenzspielerabteilung in eine Kapitalgesellschaft auszugliedern. Auf Grundlage der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Sachen des ADAC vom 29.9.1982 (Az. I ZR 88/80) bewirkt die Ausgliederung, dass dem eingetragenen Verein die wirtschaftliche Betätigung in der Tochterkapitalgesellschaft nicht zuzurechnen ist und ein Verstoß gegen die §§ 21, 22 BGB somit ausscheidet (so auch zuletzt das Amtsgericht München in Sachen FC Bayern München e.V.). Auf das Nebentätigkeitsprivileg kommt es dann nicht mehr an.

2. Mitgliedereinfluss im Anschluss an die Ausgliederung

Die Ausgliederung lässt sich ohne weiteres so ausgestalten, dass der Einfluss der Mitglieder auf den Profifußballbereich im Vergleich zum status quo nicht gemindert wird. Dies ist insbesondere dadurch möglich, dass die Ausgliederung auf eine GmbH erfolgt, bei der die Geschäftsführung kraft Gesetzes den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt. Da einziger Gesellschafter der GmbH der eingetragene Verein wäre, würde dieses Weisungsrecht letztlich von dessen Vorstand ausgeübt.

Da der Vorstand des eingetragenen Vereins wiederum seinerseits gegenüber dessen Mitgliederversammlung weisungsgebunden ist, könnte Letztere in gleicher Weise wie bisher Einfluss nehmen. Insbesondere ließe sich ohne weiteres sicherstellen, dass die Mitgliederversammlung des eingetragenen Vereins dessen Vorstand exakt vorgibt, wie dieser die Geschäftsführung der Tochter-GmbH personell zu besetzen hat.

3. Entbehrlichkeit einer Umstrukturierung auf Ebene des e.V. infolge der Ausgliederung

Die insbesondere auf der 2. Mitgliederinformationsveranstaltung geäußerte Einschätzung, eine Ausgliederung zum jetzigen Zeitpunkt würde bedeuten, dass man den „zweiten Schritt“ vor dem „ersten Schritt“ macht, entbehrt jeder Plausibilität. Es gibt keinen Grund, die rechtlich notwendige Ausgliederung erst im Anschluss an eine Modernisierung der Vereinsstrukturen (Änderung der Vereinssatzung) durchzuführen. Im Gegenteil stellt sich vielmehr die Frage, ob es im Fall einer Ausgliederung einer Anpassung der Vereinsstrukturen überhaupt noch bedarf.

4. Prüfungs- und Offenlegungspflicht

Eingetragene Vereine sind gemäß der §§ 238 ff. HGB zur Buchführung und zur Rechnungslegung verpflichtet, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben, das „nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert“ (vgl. § 1 HGB). Diese Voraussetzung dürften im Fall des 1. FSV Mainz 05 e.V. unzweifelhaft erfüllt sein (der hiernach aus den §§ 29, 33 HGB folgenden Eintragungspflicht im Handelsregister scheint der Verein bisher indes nicht nachgekommen zu sein). Eine Pflicht zu Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses besteht für eingetragene Vereine hingegen nicht. Anders als beispielsweise der ADAC e.V. oder auch der Fußballclub Gelsenkirchen-Schalke 04 e.V. veröffentlicht der 1. FSV Mainz 05 e.V. seinen Jahresabschluss auch nicht auf freiwilliger Basis (ob eine freiwillige Prüfung stattfindet, ist nicht bekannt).

Die Situation bei eingetragenen Vereinen unterscheidet sich insoweit grundlegend von der bei Kapitalgesellschaften. Für diese ist in den §§ 316 ff., 325 ff. HGB sowohl eine Pflicht zur Prüfung als auch zur Offenlegung des Jahresabschlusses vorgesehen. Im Fall der Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Kapitalgesellschaft wäre diese verpflichtet, ihren Jahresabschluss prüfen zu lassen und ihn offenzulegen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion um die in den letzten Jahren erfolgten Zahlungen an den 1. Vorsitzenden des 1. FSV Mainz 05 e.V. handelt es sich hierbei um einen Aspekt, der bei der Entscheidung über eine Strukturreform zu berücksichtigen ist.

Fazit:

Eine sofortige Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung ist rechtlich geboten. Es ist davon auszugehen, dass das Amtsgericht Mainz/Registerabteilung die Eintragung einer Strukturreform, die sich auf die Änderung der Vereinssatzung beschränkt, ablehnt. Zwar neigen die zuständigen Rechtspfleger bei den Amtsgerichten erfahrungsgemäß dazu, Konflikten mit einflussreichen und populären Vereinen aus dem Weg zu gehen. Gleichwohl erscheint es in Zeiten, in denen Kindertagesstätten wegen wirtschaftlicher Betätigung aus dem Vereinsregister gelöscht werden (u.a. Kammergericht Berlin v. 16.2.2016 - 22 W 71/15) nur schwer vermittelbar, dass ein Rechtspfleger die Satzungsänderung eines Vereins einträgt, die in aller Öffentlichkeit damit begründet wird, sie diene der Anpassung der Vereinsstrukturen an ein „*modernes Wirtschaftsunternehmen*.“

Mainz/Osnabrück, den 3. Oktober 2016

Walther Hadding.

Univ.-Prof. (em.) Dr. iur. Walther Hadding
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Lars Leuschner

Univ.-Prof. Dr. iur. Lars Leuschner
Universität Osnabrück