

**Latta Daniel**

**Frankengutstr. 6b**

**95447 Bayreuth**

**Tel.: 0921 / 516 9353**

**e-mail: [Daniel.Latta@stud.uni-bayreuth.de](mailto:Daniel.Latta@stud.uni-bayreuth.de)**

**Universität Bayreuth**

---

**Die Ausgliederung einer Lizenzspielerabteilung  
in eine GmbH & Co KGaA**

---

## Gliederung

<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>S. 01</b>
<b>II.</b>	<b>Bundesligavereine als Idealvereine im Sinne des § 21 BGB ?.....</b>	<b>S. 01</b>
	1. Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen, §§ 21, 22 BGB.....	S. 01
	1.1. Die Abgrenzungstheorien.....	S. 02
	1.2. Das Nebenzweckprivileg.....	S. 03
	2. Die Klassifizierung der Bundesligavereine.....	S. 04
	3. Konsequenzen der Rechtsformverfehlung.....	S. 05
<b>II.</b>	<b>Die GmbH &amp; Co KGaA als geeignete Rechtsform für die Lizenzspielerabteilungen.....</b>	<b>S. 06</b>
	1. Die rechtlichen Vorgaben des DFB.....	S. 06
	2. Die Struktur der GmbH & Co KGaA.....	S. 06
	2.1 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen der KGaA.....	S. 06
	2.2 Die Organe einer KGaA.....	S. 07
	2.2.1 Die persönlich haftenden Gesellschafter.....	S. 07
	2.2.2 Der Aufsichtsrat.....	S. 08
	2.2.3 Die Hauptversammlung der Kommanditaktionäre.....	S. 09
	2.3 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen der GmbH & Co KGaA .....	S. 10
	3. Die GmbH & Co KGaA im Vergleich zur AG.....	S. 11
	3.1. Vorteile gegenüber einer AG.....	S. 11
	3.1.1 Satzungsmäßige Gestaltungsfreiheit.....	S. 11
	3.1.2 Gewährleistung der Einflußsicherung des Vereins.....	S. 14
	3.1.3 Flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten.....	S. 17
	3.2. Nachteile gegenüber einer AG.....	S. 17
	3.2.1 Kompliziertheit und Komplexität der Rechtsform.....	S. 17
	3.2.2 Rechtsunsicherheit.....	S. 18
	3.2.3 Geringer Bekanntheitsgrad.....	S. 18
	3.2.4 Akzeptanz am Kapitalmarkt.....	S. 18
	3.3. Bewertung.....	S. 19

<b>IV.</b>	<b>Der Vorgang der Ausgliederung.....</b>	<b>S. 20</b>
	1. Die Ausgliederung nach dem UmwG.....	S. 20
	2. Die Ausgliederung im Wege der Einzelübertragung.....	S. 23
<b>V.</b>	<b>Die Konsequenzen der Ausgliederung.....</b>	<b>S. 25</b>
	1. Konzernrechtliche Konsequenzen.....	S. 25
	2. Vereinsrechtliche Konsequenzen.....	S. 26
<b>VI.</b>	<b>Zusammenfassung.....</b>	<b>S. 28</b>

## Literaturverzeichnis

**Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus**

Handelsgesetzbuch

30. Auflage; München 2000

zitiert: Baumbach/Hopt, § Rdnr.

**Bayreuther, Frank**

Die Kapitalgesellschaft & Co KGaA

in: Juristische Schulung 1999, S. 651 ff.

zitiert: Bayreuther, JuS 1999, S. 651 ff. ( )

**Binz, Mark K. / Sorg, Martin H.**

Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis ?

in: Der Betrieb 1997, S. 313 ff.

zitiert: Binz/Sorg, DB 1997, S. 313 ff. ( )

**Clausen, Carsten P.**

Überlegungen zur Rechtsform der GmbH

Ist die KGaA eine Alternative ?

in: GmbHRundschau 1996, S. 73 ff.

zitiert: Clausen, GmbHR 1996, S. 73 ff. ( )

**Dirksen, Dirk / Möhrle, Florian**

Die kapitalistische Kommanditgesellschaft auf Aktien

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 1377 ff.

zitiert: Dirksen/Möhrle, ZIP 1998, S. 1377 ff. ( )

**Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen**

Konzernrecht

6. Auflage; München 1997

zitiert: Emmerich/Sonnenschein, § S.

**Flume, Werner**

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts

Erster Band; Zweiter Teil

Die juristische Person

Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983

zitiert: Flume, Die juristische Person, § S.

**Franck, Egon / Müller, Jens Christian**

Kapitalgesellschaften im bezahlten Fußball

in: Zeitschrift für Betriebswirtschaftslehre – Ergänzungsheft 2/1998, S. 121 ff.

zitiert: Franck/Müller, ZFB-EH 2/98, S. 121 ff.

**Fritzweiler, Jochen / Pfister, Bernhard / Summerer Thomas**

Praxishandbuch Sportrecht

München 1998

zitiert: Bearbeiter in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, S. Rdnr.

**Fuhrmann, Claas**

Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG?

Frankfurt am Main 1999

zitiert: Fuhrmann, Ausgliederung 1999, S.

**Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno**

Aktiengesetz

Band V §§ 241 – 290

München 1993

zitiert: Geßler/Hefermehl/Bearbeiter, AktG, § Rdnr.

**Habel, Michael / Strieder, Thomas**

Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien eine geeignete Rechtsform

für einen Börsengang von Vereinen der Fußball-Bundesliga ?

in: Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht 1998, S. 929 ff.

zitiert: Habel/Strieder, NZG 1998, S. 929 ff. ( )

**Habersack, Mathias**

Gesellschaftsrechtliche Fragen der Umwandlung von Sportvereinen in Kapitalgesellschaften

in: Scherrer Urs, Sportkapitalgesellschaften

Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1998

zitiert: Habersack in: Scherrer, Sportkapitalgesellschaften 1998, S. 45 ff. ( )

**Heckelmann, Dieter**

Der Idealverein als Unternehmer

- Ein Beitrag zur Abgrenzung des Wirtschaftlichen vom Idealverein,  
dargestellt am Beispiel der Fußballbundesliga

in: Archiv für die civilistische Praxis 1979, 179. Band, S. 1 ff.

zitiert: Heckelmann, AcP (179) 1979, S. 1 ff. ( )

**Heermann, Peter W.**

Die Ausgliederung von Vereinen auf Kapitalgesellschaften

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 1249 ff.

zitiert: Heermann, ZIP 1998, S. 1249 ff. ( )

**ders.**

Unentziehbare Mitwirkungsrechte der Minderheitenaktionäre bei außergewöhnlichen Geschäften in der GmbH & Co KGaA

- Ein Beitrag zum Anlegerschutz und zur richterlichen Inhaltskontrolle -

in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2000, S. 61 ff.

zitiert: Heermann, ZGR 2000, S. 61 ff. ( )

**Hemmerich, Hannelore**

Die Ausgliederung bei Idealvereinen

in: Betriebsberater 1983, S. 26 ff.

zitiert: Hemmerich, BB 1983, S. 26 ff. ( )

**Hennerkes, Brun-Hagen / May, Peter**

Überlegungen zur Rechtsformwahl in Familienunternehmen

in: Der Betrieb 1988, S. 537 ff.

zitiert: Hennerkes/May, DB 1988, S. 537 ff. ( )

**Hennerkes, Brun-Hagen / Lorz, Rainer**

Roma locuta causa finita: Die GmbH & Co KGaA ist zulässig

in: Der Betrieb 1997, S. 1388 ff.

zitiert: Hennerkes/Lorz, DB 1997, S. 1388 ff. ( )

**Hennrichs, Joachim**

Zum Formwechsel und zur Spaltung nach dem neuen Umwandlungsgesetz

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, S. 794 ff.

zitiert: Hennrichs, ZIP 1995, S. 794 ff. ( )

**Heymann**

Handelsgesetzbuch

Band 2; Zweites Buch §§ 105 – 237

Berlin, New York 1989

zitiert: Heymann/Bearbeiter, § Rdnr.

**Hölder, E.**

Über das Wesen des eintragungsfähigen Vereins

in: Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 412 f.

zitiert: Hölder, DJZ 1900, S. 412 f. ( )

**Hommelhoff, Peter**

Konzernpraxis nach „Video“

in: Der Betrieb 1992, S. 309 ff.

zitiert: Hommelhoff, DB 1992, S. 309 ff. ( )

**ders.**

Anlegerschutz in der GmbH & Co KGaA

in: Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß des BGHZ 134, 392

Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Heft 67; Hrsg. Peter Ulmer

Heidelberg 1998

zitiert: Hommelhoff, Anlegerschutz in der GmbH & Co KGaA, S. 9 ff. ( )

**Hopt, Klaus**

Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co KG,  
insbesondere von Publikumsgesellschaften

in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1979, S. 1 ff

zitiert: Hopt, ZGR 1979, S. 1 ff.

**Hüffer, Uwe**

Aktiengesetz

4. Auflage; München 1999

zitiert: Hüffer, AktG § Rdnr.

**ders.**

Der Aufsichtsrat in der Publikumsgesellschaft

- Pflichten und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder –

in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1980, S. 320 ff.

zitiert: Hüffer, ZGR 1980, S. 320 ff. ( )

**Ihrig, Hans-Christoph / Schlitt, Michael**

Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997

in: Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß des BGHZ 134, 392

Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Heft 67; Hrsg. Peter Ulmer

Heidelberg 1998

zitiert: Ihrig/Schlitt, Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997, S. 33 ff. ( )

**Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**

Hrsg. Wolfgang Zöllner

Band 2 §§ 148 – 290 AktG

Köln, Berlin, Bonn, München 1985

Zitiert: Bearbeiter in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § Rdnr.

**Krug, Tobias**

Gestaltungsmöglichkeiten bei der KGaA durch Umwandlung  
von Komplementäranteilen in Aktien

in: Die Aktiengesellschaft 2000, S. 510 ff.

zitiert: Krug, AG 2000, S. 510 ff. ( )

**Ladwig, Peter / Motte, Frank**

Die GmbH & Co KGaA nach der Zulassung durch den BGH

- die neue Rechtsform für den Mittelstand

in: Deutsches Steuerrecht 1997, S. 1539 ff.

zitiert: Ladwig/Motte, DStR 1997, S. 1539 ff. ( )

**Lutter, Marcus**

Umwandlungsgesetz

Band I : §§ 1 – 191

Band 2: §§ 192 – 325

2. Auflage; Köln 2000

zitiert: Lutter/Bearbeiter, § Rdnr.

**Müller, Michael**

Der deutsche Berufsfußball – vom Idealverein zur Kapitalgesellschaft

Berlin, 2000

zitiert: Müller, Der deutsche Berufsfußball 2000, S.

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**

Hrsg. Michael Hoffmann-Becking

Band 4 Aktiengesellschaft

München, 2. Auflage 1999

zitiert: Bearbeiter in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § Rdnr.

**Münchener Kommentar zum BGB**

Hrsg. Kurt Rebmann; Franz Jürgen Säcker

Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240)

AGB-Gesetz

3. Auflage; München 1993

zitiert: MüKo/Bearbeiter, § Rdnr.

**Mugdan, Benno**

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich

Band 1 Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil

Aalen 1979

zitiert: Mugdan I, Protokolle, S.

**Mummenhoff, Winfried**

Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit

Köln, Berlin, Bonn, München 1979

zitiert: Mummenhoff, Gründungssysteme 1979, S.

**Nagl, Ruth**

Die Spaltung durch Einzelrechtsnachfolge und nach neuem Umwandlungsrecht

in: Der Betrieb 1996, S. 1221 ff.

zitiert: Nagl, DB 1996, S. 1221 ff. ( )

**o.V.**

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Anlegerschutz

in: Das Wertpapier 1996, Heft 10, S. 70 f.

zitiert: DSW, WP 10/96, S. 70 f. ( )

**Overlack, Arndt**

Der Komplementär in der GmbH & Co. KGaA

in: Gesellschaftsrecht 1997 RWS-Forum 10, S. 237 ff.

Hrsg. Peter Hommelhoff, Volker Röhrich

Köln 1998

zitiert: Overlack, Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA, S. 237 ff. ( )

**Palandt, Otto**

Bürgerliches Gesetzbuch

59. Auflage; München 2000

zitiert: Palandt/Bearbeiter, § Rdnr.

**Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
nebst Einführungsgesetz**

Hrsg. E. Strohal

I. Band Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240)

4. Auflage; Berlin 1913

zitiert: Planck, BGB, § Bem.

**Priester, Hans-Joachim**

Unbeschränkte Konzernhaftung des GmbH-Geschafters

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1986, S. 137 ff.

zitiert: Priester, ZIP 1986, S. 137 ff. ( )

**ders.**

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär

in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1996, S. 250 ff.

zitiert: Priester, ZHR (160) 1996, S. 250 ff. ( )

**Raiser, Thomas**

Recht der Kapitalgesellschaften

2. Auflage; München 1992

zitiert: Raiser, Kapitalgesellschaften, § Rdnr.

**Reuter, Dieter**

Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von Idealvereinen

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1984, S. 1052 ff.

zitiert: Reuter, ZIP 1984, S. 1052 ff. ( )

**Rieble, Volker**

Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für

Schuldverhältnisse mit Dritten

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 301 ff.

zitiert: Rieble, ZIP 1997, S. 301 ff. ( )

**Samter**

Das Wesen der eintragungsfähigen Vereine

in: Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 311 ff.

zitiert. Samter, DJZ 1900, S. 311 ff. ( )

**Schlegelberger**

Handelsgesetzbuch

Band III / 2. Halbband

§§ 161 – 177a; §§ 335 – 342 (§§ 230 – 237 n.F.)

5. Auflage; München 1986

zitiert: Schlegelberger/Bearbeiter, § Rdnr.

**Schmidt, Karsten**

Gesellschaftsrecht

3. Auflage; Köln, Berlin, Bonn, München 1999

zitiert: Schmidt, Gesellschaftsrecht, § S.

**ders.**

Verbandsrecht und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht

Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine

Heidelberg 1984

zitiert: Schmidt, Verbandszweck 1984, S.

**ders.**

Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen

Bestandsaufnahme, Kritik und Neuorientierung

in: Der deutsche Rechtspfleger 1972, S. 286 ff.; 343 ff.

zitiert: Schmidt, Rpfleger 1972, S. 286 ff. ( )

**ders.**

Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit

in: Archiv für die civilistische Praxis 1982, 182. Band; S. 1 ff.

zitiert: Schmidt, AcP (182) 1982, S. 1 ff. ( )

**ders.**

Wirtschaftstätigkeit von „Idealvereinen“ durch Auslagerung auf Handelsgesellschaften

in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 543 ff.

zitiert: Schmidt, NJW 1983, S. 543 ff. ( )

**ders.**

Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der  
Kommanditgesellschaft auf Aktien

in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1996, S. 265 ff.

zitiert: Schmidt, ZGR (160)1996, S. 265 ff. ( )

**Schneider, Uwe**

Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1978, S. 1 ff.

zitiert: Schneider, ZGR 1978, S. 1 ff. ( )

**Schwierkus, Fredy**

Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB)

Berlin 1981

zitiert: Schwierkus, Verein 1981, S.

**Schürmann, Walter / Groh, Elmar**

KGaA und GmbH & Co KGaA

Neue Aspekte einer interessanten Gesellschaftsform

in: Betriebsberater 1995, S. 684 ff.

zitiert: Schürmann/Groh, BB 1995, S. 684 ff.

**Segna, Ulrich**

Bundesligavereine und Börse

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 1901 ff.

zitiert: Segna, ZIP 1997, S. 1901 ff. ( )

**Sethe, Rolf**

Aufsichtsratsreform mit Lücken

Die Einbeziehung der Kommanditgesellschaft auf Aktien in  
die gegenwärtige Reformdiskussion

in: Die Aktiengesellschaft 1996, S. 289 ff.

zitiert: Sethe, AG 1996, S. 289 ff. ( )

**Siebold, Michael / Wichert, Joachim**

Die KGaA als Rechtsform für die Profiabteilungen der Vereine  
der Fußball-Bundesligen

in: Zeitschrift für Sport und Recht 1998, S. 138 ff.

zitiert: Siebold/Wichert, SpuRt 1998, S. 138 ff. ( )

**dies.**

Das Widerspruchsrecht der Fußballspieler gemäß § 613a BGB bei der  
Ausgliederung der Profi -Abteilungen auf Kapitalgesellschaften

in: Zeitschrift für Sport und Recht 1999, S. 93 ff.

zitiert: Siebold/Wichert, SpuRt 1999, S. 93 ff. ( )

**dies.**

Die Einflußsicherung des Vereins in einer Fußball-KGaA

in: Zeitschrift für Sport und Recht 2000, S. 177 ff.

zitiert: Siebold/Wichert, SpuRt 2000, S. 177 ff. ( ).

**Soergel**

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Band 1 Allgemeiner Teil 1

§§ 1 – 103

13. Auflage, Stuttgart 2000

zitiert: Soergel/Bearbeiter, § Rdnr.

**Sonnenschein, Jürgen / Holdorf, Britta**

Unbegrenzte Haftung eines GmbH-Geschäftsführers im Konzern

in: Juristen-Zeitung 1992, S. 715 ff.

zitiert: Sonnenschein/Holdorf, JZ 1992, S. 715 ff. ( )

**Sprengel, Henrik**

Vereinskonzernrecht

Die Beteiligung von Vereinen an Unternehmensverbindungen

Frankfurt am Main 1998

zitiert: Sprengel, Vereinskonzernrecht 1998, S.

**Staudinger**, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Erstes Buch Allgemeiner Teil, §§ 21 – 103

13. Bearbeitung; Berlin 1999

zitiert: Staudinger/Bearbeiter, § Rdnr.

**Steinbeck**, Verena / **Menke** Thomas

Die Aktiengesellschaft im Profifußball

in: Zeitschrift für Sport und Recht 1998, S. 226 ff.

zitiert: Steinbeck/Menke, SpuRt 1998, S. 226 ( )

**Timm**, Wolfgang

Grundfälle zum Konzernrecht

in: Juristische Schulung 1999, S. 656 ff.

zitiert: Timm, JuS 1999, S. 656 ff. ( )

**Veil**, Rüdiger

Aktuelle Probleme im Ausgliederungsrecht

in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 361 ff.

zitiert: Veil, ZIP 1998, S. 361 ff. ( )

**Wagner**, Gerhard

Bundesliga Going-Public: Traumpaß oder Eigentor

in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1999, S. 469 ff.

zitiert: Wagner, NZG 1999, S. 469 ff. ( )

**Wichert**, Joachim

Die Finanzen der Kommanditgesellschaft auf Aktien

Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1999

zitiert: Wichert, Die Finanzen der KGaA, S.

**ders.**

Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392

Besprechung des Beihefts 67/1998 zur ZHR

in: Die Aktiengesellschaft 2000, S. 268 ff.

zitiert: Wichert, AG 2000, S. 268 ff. ( )

**Zacharias, Erwin**

Going-Public einer Fußball-Kapitalgesellschaft

Rechtliche, betriebswirtschaftliche und strategische Konzepte

bei der Vorbereitung der Börseneinführung eines Fußball-Bundesligaver eins

Bielefeld, 1999

zitiert: Zacharias, Going-Public einer Fußball-Kapitalgesellschaft 1999, S.

## Die Ausgliederung einer Lizenzspielerabteilung in eine GmbH & Co KGaA

### **I. Einleitung**

Seit geraumer Zeit ist der deutsche Profifußball mehr und mehr zu einem bedeutenden Wirtschaftsfaktor geworden. Auch die Medien beschäftigen sich nicht mehr allein mit den sportlichen Erfolgen, sondern immer ausführlicher mit den wirtschaftlichen Daten der Vereine. Die deutschen Spitzenklubs weisen Umsatzzahlen auf, die mit denen eines mittelständischen Unternehmens vergleichbar sind. Eine Umkehrung dieser Entwicklung ist nicht abzusehen.

Um gerade im internationalen Bereich wettbewerbsfähig zu bleiben, ringen die Vereine auch mit ausländischen Mannschaften um die besten Spieler und Trainer, deren Gehälter in den letzten Jahren immer weiter gestiegen sind. Allerdings sind sie oft nicht in der Lage, die im Ausland gezahlten Löhne und Gehälter anzubieten. Ein Vergleich mit diesen Ländern zeigt, daß dort immer mehr Kapitalgesellschaften als Träger der Profi-Mannschaften auftreten. Dadurch besteht die Möglichkeit, sich zusätzliches Eigenkapital am organisierten Kapitalmarkt zu beschaffen und somit über eine stärkere Kapitalkraft zu verfügen. Um in der Wettbewerbsfähigkeit nicht weiter hinter den Mannschaften aus dem europäischen Ausland zurückzufallen, hat auch in Deutschland die Diskussion begonnen, ob man nicht die Lizenzspielerabteilungen in Kapitalgesellschaften umwandelt, um den gestiegenen Kapitalbedarf besser decken zu können. Der DFB hat im Jahre 1998 die bis dahin bestehenden verbandsrechtlichen Hindernisse beseitigt und auch den Kapitalgesellschaften die Teilnahme an der Lizenzliga erlaubt. Von dieser Möglichkeit haben indes nur wenige Vereine Gebrauch gemacht. Am spektakulärsten war dabei der Börsengang von Borussia Dortmund in der Rechtsform einer GmbH & Co KGaA, die bis dahin im Vergleich zur AG in der Öffentlichkeit ein Schattendasein geführt hat.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen insbesondere diese Rechtsform ausführlich dargestellt und ihre Vor- und Nachteile im Vergleich zur Aktiengesellschaft aufgezeigt werden. Ausgegangen wird dabei von der Frage, ob die Bundesligevereine noch angesichts der tatsächlichen Verhältnisse weiterhin als nichtwirtschaftliche Vereine angesehen werden können. Des Weiteren werden der Vorgang der Ausgliederung und einige dabei bestehende Probleme beschrieben. Ausführungen über die konzern- und vereinsrechtlichen Konsequenzen einer solchen Ausgliederung schließen die Arbeit ab. Nicht behandelt werden kann dagegen die Frage, welche Bundesligavereine die ökonomischen Voraussetzungen für einen erfolgreichen Börsengang besitzen.

### **II. Bundesligavereine als Idealvereine im Sinne des § 21 BGB ?**

#### **1. Die Abgrenzung zwischen § 21 und § 22 BGB**

Das BGB unterscheidet in §§ 21, 22 zwischen nichtwirtschaftlichen (=Idealvereinen) und wirtschaftlichen Vereinen. Diese Differenzierung ist für die Frage bedeutend, wann einem

Verein die Rechtsfähigkeit zugesprochen wird. Während die Idealvereine durch Eintragung in das Vereinsregister rechtsfähig werden (§ 21 BGB), tritt diese Wirkung bei den wirtschaftlichen Vereinen „in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften“ erst durch staatliche Verleihung ein (§ 22 BGB; sog. Konzessionssystem).

### **1.1. Die verschiedenen Abgrenzungstheorien**

Als Abgrenzungsmerkmal stellt das Gesetz auf den Vereinszweck ab und differenziert danach, ob er auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 22 BGB) oder nicht (§ 21 BGB). Die auf den ersten Blick vielleicht einfach erscheinende Abgrenzung zählt zu den umstrittensten Fragen des Vereinsrecht, um die schon seit dem Inkrafttreten des BGB gestritten wurde<sup>1</sup>. Zunächst hatte man versucht, einen einheitlichen Begriff des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Vereins zu entwickeln. Es bildeten sich zwei Theorien heraus, die gemeinhin als „subjektive“ bzw. „objektive Theorie“ bezeichnet wurden. Nach der „subjektiven Theorie“ war für die Abgrenzung allein ausschlaggebend, ob der Vereinszweck auf die Erzielung unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtet ist. Die tatsächliche Betätigung des Vereins fand keine Berücksichtigung<sup>2</sup>. Dagegen sollte es nach der „objektiven“ Theorie nur auf die Vereinstätigkeit ankommen, während die Frage, welchem Endzweck der Geschäftsbetrieb letztlich diene, irrelevant war<sup>3</sup>. Beide Ansichten waren aber berechtigter Kritik ausgesetzt. Die rein subjektive Betrachtung ließ sich nicht mit dem Wortlaut der §§ 21, 22 BGB in Einklang bringen, da sie das Merkmal des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs, das ausdrücklich in den vorstehenden Regelungen genannt ist, für irrelevant erklären mußte. Die rein objektive Theorie übersah dagegen das bereits aus den Materialien ableitbare, freilich erst später so genannte „Nebenzweckprivileg“<sup>4</sup>.

Neben diesen beiden Extrempositionen gab es eine vermittelnde Ansicht, die aus beiden Komponenten zusammengesetzt war. Diese sog. „gemischte Theorie“ war lange Zeit auch herrschend. Nach ihr lag ein wirtschaftlicher Verein im Sinne des § 22 BGB nur dann vor, wenn objektiv ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wurde, der auch subjektiv in den Dienst eines wirtschaftlichen Hauptzwecks gestellt wurde<sup>5</sup>. Allerdings hat auch diese Lehre die Abgrenzungsprobleme nicht lösen können. Sie hat nur zu weiteren Unklarheiten geführt, wie etwa die Bestimmung von Haupt- und Nebenzweck und die Reichweite des sog. Nebenzweckprivilegs.

---

<sup>1</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Reichstagsabgeordneten *von Strombeck*, der genau dieses Problem erkannte und davor warnte, daß man am Ende für die Abgrenzung gar „ein Kommentar zu Hilfe nehmen müsse“; vgl. Mugdan I, Protokolle, S. 997.

<sup>2</sup> So *Hölder*, DJZ 1900, S. 412 ff. (413); *Samter*, DJZ 1900, S. 311 ff. (313).

<sup>3</sup> Vgl. *Planck*, BGB, § 21 Bem. 2; heute noch *Flume*, Die juristische Person, § 4 II, S. 105 unter Berufung auf § 8 GewStDVO und Beachtung des Nebenzweckprivilegs.

<sup>4</sup> Vgl. Mugdan I, Protokolle, S. 604, wo es heißt: „Dagegen könne die Eintragung in das Vereinsregister auch ein solcher Verein erlangen, der neben seinem idealen Hauptzweck ein wirtschaftliches Geschäft betreibe....“. Zum Nebenzweckprivileg s. II. 1. 2.

<sup>5</sup> Vgl. *BGHZ* 15, 315 (319 f.).

Aus der Erkenntnis, daß der Wortlaut der §§ 21, 22 BGB als Grundlage für die Abgrenzung ungeeignet ist, stellt ein neuerer, von *K. Schmidt* entwickelter Ansatz<sup>6</sup> auf eine teleologisch-typologische Abgrenzung ab. Diese Lehre ist inzwischen grundsätzlich allgemein anerkannt. Lediglich in einzelnen Punkten konnte noch keine Einigkeit gefunden werden. Ihr Ausgangspunkt ist die Funktion des § 22 BGB. Diese besteht nicht etwa, wie man zunächst unmittelbar aus dem Wortlaut schließen könnte, in der Eröffnung des Konzessionssystems für wirtschaftliche Vereine, sondern in der Verweisung jener in die Normativbestimmungen des Gesellschaftsrechts über die Erlangung der Rechtsfähigkeit (zu denken ist hier vor allem an die AG, GmbH, eG)<sup>7</sup>. § 22 BGB soll also verhindern, daß die materiell dem Kapitalgesellschafts- oder Genossenschaftsrecht zugeordneten Vereine sich den dort vorgesehenen Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Mindestkapitalausstattung, der Kapitalerhaltung, der Prüfung und Bilanzierung<sup>8</sup>, durch Flucht in das Vereinsrecht entziehen<sup>9</sup>. Diese Vorschrift wurde als „Flankenschutz“ für die Normativbestimmungen für die Handelsgesellschaften und Genossenschaften in das BGB aufgenommen und dient in erster Linie dem Gläubigerschutz<sup>10</sup>. Da Kapitalgesellschaften zu jedem zulässigen Zweck gegründet werden können<sup>11</sup>, kann auch hier kein Einheitsbegriff gelten. Aus diesem Grund hat eine typologische Abgrenzung zu erfolgen, wobei sich drei Grundtypen des wirtschaftlichen Vereins herausgebildet haben<sup>12</sup>:

- (1) der Volltypus des unternehmerischen Vereins, der an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet, ohne daß es dafür auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt,
- (2) Vereine mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt,
- (3) Der Typus des genossenschaftlichen Kooperation.

## 1.2. Das Nebenzweckprivileg der Idealvereine

Allerdings ist damit noch nicht gesagt, daß dem Verein, wenn er in eine der drei genannten Typen einzuordnen ist, in jedem Fall die Eintragungsfähigkeit nach § 21 BGB und damit die Rechtsform des eingetragenen Vereins (§ 65 BGB) versagt bleibt. Seit jeher wird den Vereinen das sog. „Nebenzweckprivileg“ zur Verfügung gestellt. Bereits der historische Gesetzgeber hatte erkannt, daß nicht jede wirtschaftliche Tätigkeit den Ausschlag für die Einordnung in einen wirtschaftlichen Verein gem. § 22 BGB gibt. Entscheidend ist vielmehr,

---

<sup>6</sup> Siehe dazu die grundlegenden Ausführungen in: *Schmidt*; Rpfleger 1972, S. 286 ff, 343 ff.

<sup>7</sup> *Schmidt*, *Verbandszweck* 1984, S. 92; *ders.* Rpfleger 1972, S. 286 ff. (287); *MüKo/Reuter*, § 21 Rdnr. 7.

<sup>8</sup> Vgl. für die AG: §§ 7; 36 II; 36a; 37; 56 ff; 150 ff. AktG; §§ 264 ff. HGB.

<sup>9</sup> So *Segna*, ZIP 1997, S. 1901 ff. (1903); *Sprengel*, *Vereinskonzernrecht* 1998, S. 43.

<sup>10</sup> Vgl. *Schmidt*, AcP (182) 1982, S. 1 ff. (12); *Staudinger/Weick*, § 21 Rdnr. 6.

<sup>11</sup> In § 1 GmbHG ist dies ausdrücklich für die Rechtsform der GmbH genannt.

<sup>12</sup> Vgl. dazu ausführlich *Schmidt*, AcP (182) 1982, S. 1 ff. (16 ff.); *ders.* *Verbandszweck* 1984, S. 113 – 161.

daß der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb den Hauptzweck des Vereins bildet. Dient er lediglich dazu, dessen ideellen Hauptzwecke zu fördern, indem er die dazu erforderlichen Mittel beschafft, steht dies der Klassifizierung als Idealverein nicht entgegen<sup>13</sup>. Das Nebenzweckprivileg besagt also, daß ein Verein trotz wirtschaftlicher Betätigung als Idealverein (§ 21 BGB) anzusehen ist, wenn die wirtschaftliche Betätigung einem ideellen Hauptzweck funktional untergeordnet ist<sup>14</sup>. Nimmt man den Willen des Gesetzgebers ernst, kann den vereinzelten Bemühungen, den Umfang der Nebentätigkeit durch quantitative Merkmale zu bestimmen, nicht gefolgt werden<sup>15</sup>. Für die Entscheidung, ob dem an sich wirtschaftlichen Verein das Nebenzweckprivileg zuzusprechen ist, ist mit der h.M. auf qualitative Kriterien abzustellen<sup>16</sup>. Bei der vorzunehmenden Abwägung zwischen Haupt- und Nebenzweck sind Gegenstand nicht etwa die unterschiedlichen Vereinsziele, sondern objektiv die unterschiedlichen Vereinstätigkeiten; Maßstab ist eine Zweck-Mittel-Relation, da es um die funktionale Unterordnung der Nebentätigkeit unter den Hauptzweck geht<sup>17</sup>.

## 2. Die Klassifizierung der Bundesligavereine

Die Bundesligavereine sind unstrittig dem Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins zuzuordnen. Sie sind u.a. durch Spielertransfers, Verkauf von Eintrittskarten und Fanartikel sowie Vermarktung von Fernsehrechten an einem äußeren Markt tätig und erzielen damit Millionenumsätze. Somit ist für die Vereine, wollen sie als Idealvereine gelten, entscheidend, ob sie unter den Schutz des Nebenzweckprivilegs fallen. Überträgt man allerdings die oben dargestellten Grundsätze auf die Realität der Bundesligavereine, ergeben sich angesichts der Millionenumsätze erhebliche Bedenken gegen eine solche Einordnung. Zudem erscheint in der heutigen Zeit mehr als fraglich, ob die Lizenzspielerabteilungen den bestehenden Amateursparten untergeordnet sind. Es ist wohl eher vom Gegenteil auszugehen, da das Vereinsleben voll und ganz auf die Profimannschaften ausgerichtet und die restliche Vereinstätigkeit eher eine Randerscheinung ist<sup>18</sup>. Aus diesem Grund werden die Bundesligavereine von der h.M. auch nicht länger unter § 21 BGB subsumiert<sup>19</sup>.

Die Gegenansicht sieht die Tätigkeit der Bundesligavereine weiterhin vom Nebenzweckprivileg gedeckt<sup>20</sup>. *K. Schmidt* begründet dies damit, „daß es unter Berufung auf den Gläubi-

<sup>13</sup> Vgl. Mugdan I, Protokolle, S. 604.

<sup>14</sup> Vgl. *Segna*, ZIP 1997 S. 1901 ff. (1903).

<sup>15</sup> Auf quantitative Merkmale stellen ab: *Heckelmann*, AcP (179) 1979, S. 1 ff. (22 ff.); *Mummenhoff*, Gründungssysteme 1979, S. 134 ff.; *Schwierkus*, Verein 1981, S. 240 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Soergel/Hadding*, § 21 Rdnr. 36; *Schmidt*, Rpfleger 1972 S. 363 ff. (352); *ders.* Gesellschaftsrecht, § 23 III, S. 677.

<sup>17</sup> Vgl. *BGHZ* 85, 84 (93); *Schmidt*, Verbandszweck 1984, S. 183.

<sup>18</sup> Vgl. *Wagner*, NZG 1999, S. 469 ff. (472).

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Soergel/Hadding*, § 21 Rdnr. 37, der v.a. auf die zunehmende Verschuldung abstellt; ferner *Mü-Ko/Reuter*, § 21 Rdnr. 36a; *Wagner*, NZG 1999, S. 469 ff. (472); *Flume*, Die juristische Person, § 4 II S. 113; *Segna*, ZIP 1997 S. 1901 ff. (1903); jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>20</sup> So *OLG Frankfurt*, WRP 1985, S. 500 ff. (503), das dies jedoch in der Urteilsbegründung als gegeben voraussetzt; aus der Literatur: *Schmidt*, AcP 182 (1982), S. 1 ff. (29).

gerschutz“ nicht einsichtig ist, „dem Gläubiger statt eines fetten Vereins eine magere Tochtergesellschaft als Schuldnerin vorzusetzen“<sup>21</sup>. Mit dieser Aussage mißachtet *Schmidt* die von ihm selbst aufgestellten Prämissen. Wie bereits dargestellt, ist Ausgangspunkt der teleologisch-typologischen Abgrenzung die Funktion des § 22 BGB, wirtschaftliche Vereine in die handelsrechtlichen Normativbestimmungen zu verweisen und somit den Gläubiger abstrakt zu schützen. Durch die Berücksichtigung der Vermögenssituation bei der Frage des Nebenzweckprivilegs nimmt *Schmidt* eine einzelfallbezogene Korrektur der von ihm selbst erstellten Typenbildung vor. Denkt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, dann wäre für die Einordnung in die jeweilige Vereinsklasse letztlich entscheidend, in welcher Rechtsform und in welcher Situation dem Gläubiger die jeweils größere Haftungsmasse zur Verfügung steht. Folglich ist für das Bejahen des Nebenzweckprivilegs für *Schmidt* wohl allein die Frage ausschlaggebend, wann dem Gläubigerschutz in der konkreten Situation am ehesten gedient ist und nicht, wie dieser selbst formuliert, die unterschiedliche Tätigkeit und die funktionale Unterordnung unter den ideellen Hauptzweck. Durch das wiederholte Verwenden des gleichen Kriteriums könnte *Schmidt* gleich auf den Einzelfall abstellen. Sein Abgrenzungskriterium hieße dann: Wann ist der Gläubiger im konkreten Einzelfall am besten geschützt; Idealverein (§ 21 BGB) oder Kapitalgesellschaft ? Mit einer teleologisch-typologischen Abgrenzung hat dies freilich nichts mehr gemein.

Nach der hier vertretenen Ansicht fallen die Bundesligavereine nicht unter den Schutz des Nebenzweckprivilegs und gelten nicht als Idealvereine im Sinne des § 21 BGB.

### 3. Konsequenzen der Rechtsformverfehlung

Nach § 43 II BGB kann einem Verein, der nach seiner Satzung einen Idealverein darstellt, die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er tatsächlich einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt<sup>22</sup>. Während von der früher h.M. § 43 II BGB in Anlehnung an den Wortlaut als Ermessensvorschrift angesehen wurde<sup>23</sup>, hat das BVerwG im „Scientology-Urteil“ klargestellt, daß mit Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes die Entziehung der Rechtsfähigkeit vorgezeichnet ist. Ermessenserwägungen können für die Verwaltung nur in atypischen Fällen in Betracht kommen<sup>24</sup>. Die jeweiligen Verwaltungsbehörden sind nunmehr verpflichtet, Vereinen, die den Tatbestand des § 22 BGB erfüllen, gem. § 43 II BGB die Rechtsfähigkeit zu entziehen. Obwohl die Bundesligavereine diese Voraussetzungen erfüllen, sind die Be-

---

<sup>21</sup> So *Schmidt*, AcP 182 (1982), S. 1 ff. (29); wohl auch *Palandt/Heinrichs*, § 21 Rdnr. 5.

<sup>22</sup> Zum Verhältnis des § 43 II BGB zu §§ 159, 142 FGG vgl. *Soergel/Hadding*, § 43 Rdnr. 2; kritisch dazu *Schmidt*, *Verbandszweck* 1984, S. 236 ff.; *ders.* *Gesellschaftsrecht*, § 24 VII 2, S. 728 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *VGH München*, NJW-RR 1987, S. 830 ff. (830); *VGH Mannheim*, NJW 1996, S. 3358 ff. (3359); *VGH Hamburg*, NJW 1996, S. 3363 ff. (3363f.).

<sup>24</sup> Vgl. *BVerwG*, NJW 1998, S. 1166 ff. (1168).

hörden ihrer Verpflichtung noch nicht nachgekommen. Ob sie dies in Zukunft noch tun werden, scheint fraglich<sup>25</sup>.

Da der DFB durch die Satzungsänderung vom Oktober 1998 auch Kapitalgesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen die Teilnahme am Spielbetrieb erlaubt, bleibt zu fragen, ob die Vereine den möglichen (wenn auch wenig wahrscheinlichen) Entzug ihrer Rechtsfähigkeit dadurch entgegnetreten können, indem sie ihre Lizenzspielerabteilungen in Kapitalgesellschaften umwandeln. Auf diese Frage wird später noch näher eingegangen<sup>26</sup>.

### **III. Die GmbH & Co KGaA als Rechtsform für die Lizenzspielerabteilungen**

#### **1. Die rechtlichen Vorgaben des DFB**

In der Satzungsänderung vom Oktober 1998, in der der DFB den auf Kapitalgesellschaften ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen die Teilnahme am Spielbetrieb ermöglichte, hat er zugleich Vorgaben für deren gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung gemacht. In dem maßgeblichen § 8 IV (jetzt § 16 c II; Satzungsänderung vom 30.09.2000) der Satzung heißt es: *„Vereine der Lizenzligen bzw. Kapitalgesellschaften mit den in sie ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen bzw. weiteren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben erwerben die außerordentliche Mitgliedschaft mit Erteilung der Lizenz.*

*Kapitalgesellschaften können nur dann eine Lizenz für die Lizenzligen und damit die Mitgliedschaft im DFB erwerben, wenn ein Verein mehrheitlich an ihnen beteiligt ist, der über eine eigene Fußballabteilung verfügt und der im Zeitpunkt, in dem sie sich erstmals für die Lizenz bewerben, sportlich für die Teilnahme an einer Lizenzliga qualifiziert ist.*

*Der Verein („Mutterverein“) ist an der Gesellschaft mehrheitlich beteiligt („Tochtergesellschaft“), wenn er über 50 % der Stimmenanteile zuzüglich mindestens eines weiteren Stimmenanteils in der Versammlung der Anteilseigner verfügt. Bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien muß der Mutterverein oder eine von ihm zu 100 % beherrschte Tochter die Stellung des Komplementärs haben. In diesem Fall genügt ein Stimmenanteil von weniger als 50 %, wenn auf andere Weise sichergestellt ist, daß er eine vergleichbare Stellung hat wie ein an der Tochtergesellschaft mehrheitlich beteiligter Gesellschafter. Dies setzt insbesondere voraus, daß dem Komplementär die ihm kraft Gesetz eingeräumte Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis uneingeschränkt zusteht.“*

#### **2. Die Struktur der GmbH & Co KGaA**

##### **2.1 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen der KGaA**

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) ist, wie § 278 I AktG ausdrücklich regelt, „eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit“, eine juristische Person. Sie besteht

---

<sup>25</sup> Zweifelnd auch Heermann, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1257).

<sup>26</sup> Vgl. unter V. 1.

aus mindestens einem persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär), der den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet und den Kommanditaktionären, die an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne jedoch persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu haften. Dabei können auch Komplementäre Kommanditaktien zeichnen und somit zugleich Kommanditaktionär sein. Dies ergibt sich aus § 285 I S.1 AktG. Daneben kann sich der persönlich haftende Gesellschafter durch eine Vermögenseinlage, die nicht zum Grundkapital zu zählen ist und nach Art und Höhe in der Satzung festgelegt sein muß (§ 281 II AktG), an der KGaA beteiligen. Aus dem Wortlaut des § 278 I AktG wird bereits deutlich, daß die KGaA eine Mischform zwischen einer Kommandit- und einer Aktiengesellschaft ist<sup>27</sup>. Dementsprechend verweist auch § 278 II AktG in Angelegenheiten, die das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander betreffen, auf die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft, namentlich die §§ 161 ff. HGB. Das gleiche gilt für das Verhältnis der Komplementäre gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten. Im übrigen, so bestimmt § 278 III AktG, findet das Aktienrecht Anwendung, „soweit sich nicht aus den folgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes etwas anderes ergibt“. Demnach gelten für die KGaA hinsichtlich der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals die Vorschriften über die Aktiengesellschaft. Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals muß mindestens 50.000,- Euro betragen (§§ 278 III; 7 AktG). Die KGaA kann ihre Anteile ebenso wie die AG an der Börse handeln.

## **2.2 Die Organe einer KGaA**

Das AktG schreibt für die KGaA drei Pflichtorgane vor: die persönlich haftenden Gesellschafter, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung der Kommanditaktionäre. Im folgenden soll die Rechtsstellung und die Funktion dieser Organe nach dem gesetzlichen Leitbild in Grundzügen beschrieben werden, bevor auf Einzelheiten näher eingegangen wird.

### **2.2.1 Die persönlich haftenden Gesellschafter**

Im Gegensatz zur AG kennt die KGaA keinen Vorstand, der ihre Geschäfte leitet und sie nach außen vertritt. Diese Aufgaben übernehmen die persönlich haftenden Gesellschafter, die dem Vorstand einer AG durch die Vorschrift des § 283 AktG weitgehend gleichgestellt werden. Nach § 278 II AktG iVm §§ 161 II; 114 ff.; 125 ff. HGB sind diese das alleinige, organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der KGaA. Da sie nur aufgrund ihrer Gesellschafterstellung ohne zeitliche Begrenzung zur Leitung der Gesellschaft berufen sind, werden sie im Gegensatz zum Vorstand einer AG, der gem. § 84 I AktG vom Aufsichtsrat gewählt wird, als geborene und nicht als gekorene Leitungsorgane bezeichnet<sup>28</sup>. Sie

---

<sup>27</sup> Vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 32 I, S. 974; *Siebold/Wichert*, SpuRt 1998, S. 138 ff. (139); *Herfs*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 74 Rdnr. 7.

<sup>28</sup> Vgl. *BGHZ* 134, 392 ff. (393).

können auch nicht vom Aufsichtsrat abberufen werden, sondern grundsätzlich nur nach § 289 I AktG i.V.m. §§ 161 II, 140 HGB zwangsweise aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt<sup>29</sup>. Des weiteren kann den persönlich haftenden Gesellschaftern durch gerichtlichen Beschluß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden, § 278 II AktG i.V.m §§ 161 II; 117; 127 HGB. Dazu ist ein Beschluß der Hauptversammlung notwendig<sup>30</sup>.

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis erstreckt sich nach dem gesetzlichen Leitbild<sup>31</sup> auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes dieser Gesellschaft mit sich bringt, § 278 II AktG i.V.m § 161 II; 116 I HGB. Bei Handlungen, die darüber hinausgehen, ist grundsätzlich nach § 278 II AktG i.V.m § 164 S. 1 a.E. HGB die Zustimmung der Kommanditaktionäre erforderlich<sup>32</sup>. Dazu zählen Maßnahmen, die unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft und aller sonstigen Umstände nach Inhalt, Zweck, Bedeutung oder Risiko Ausnahmecharakter haben<sup>33</sup>.

Die Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter bestimmt sich nach § 278 II AktG i.V.m. §§ 161 II; 125 ff. HGB. Aufgrund der Selbstorganschaft kann die organschaftliche Vertretung nicht auf Dritte übertragen werden. Diesen kann nur rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden.

Die Komplementäre haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten unbeschränkt und unbeschränkbar persönlich (§ 278 II AktG i.V.m. §§ 161 II; 128 HGB)<sup>34</sup>.

### **2.2.2 Der Aufsichtsrat**

Ebenso wie die AG besitzt auch die KGaA einen Aufsichtsrat, der gem. §§ 278 III; 101 I; 119 I AktG von der Hauptversammlung der Kommanditaktionäre gewählt wird. Für die Zusammensetzung gelten die allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen der §§ 95 ff. AktG. Allerdings hat der Aufsichtsrat einer KGaA keinen Einfluß auf die Auswahl der Geschäftsführung<sup>35</sup>. Er besitzt keine Personalkompetenz gem. § 84 I AktG, da es sich bei den Komplementären um geborene Leitungsorgane der Gesellschaft handelt<sup>36</sup>. Da die Kompetenzen bei der Geschäftsführung einschließlich der außergewöhnlichen Geschäfte allein

---

<sup>29</sup> Siebold/Wichert, SpuRt 1998, S. 138 ff. (141).

<sup>30</sup> Siehe dazu III 2.2.3.

<sup>31</sup> An dieser Stelle sei schon angemerkt, daß durch § 110 und § 163 die Kompetenzen der Komplementäre vertraglich abweichend vereinbart werden können. Auf die satzungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit der Kompetenzverteilung wird ausführlich in III 3.1.1 eingegangen.

<sup>32</sup> Das Widerspruchsrecht in § 164 wird nach allgemeiner Meinung über den Wortlaut hinaus als Zustimmungserfordernis ausgelegt. Vgl. *RGZ* 158, S. 302 ff. (306 f.); *Heymann/Emmerich*, § 164 Rdnr. 4.

<sup>33</sup> Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 116 Rdnr. 2; *Heymann/Emmerich*, § 116 Rdnr. 9 ff.; in einer Fußball-KGaA können dazu etwa der Transfer eines besonders teuren Spielers oder der Vertrag mit einem Hauptsponsor gehören; vgl. *Siebold/Wichert*, SpuRt 2000, S. 177 ff. (178).

<sup>34</sup> Gerade diese unbeschränkte und unbeschränkbare persönliche Haftung des Komplementärs wurde als Erklärung genannt, warum die KGaA lange Zeit kaum verbreitet war. Durch die Zulässigkeit einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ist dieses Hindernis nunmehr entfallen. Siehe dazu unter III. 2.3.

<sup>35</sup> Siehe dazu bereits III. 2.2.1.

<sup>36</sup> *BGHZ* 134, S. 392 ff. (393).

zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den Kommanditaktionären verteilt sind<sup>37</sup>, bleibt für Mitwirkungsbefugnisse des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen kein Raum. Demnach ist auch § 111 IV S. 2 AktG grundsätzlich nicht anwendbar. Schließlich kann er der Geschäftsführung auch keine Geschäftsordnung erlassen<sup>38</sup> und ist nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses beteiligt, § 286 I AktG.

Dem Aufsichtsrat einer KGaA verbleibt die Befugnis, die Maßnahmen der Geschäftsleitung zu überwachen (Überwachungskompetenz). Diese Kompetenz deckt sich mit der des Aufsichtsrats einer AG. Daneben hat er gem. § 287 I AktG die Beschlüsse der Kommanditaktionäre auszuführen und sie in Rechtsstreitigkeiten, die die Gesamtheit der Kommanditaktionär gegen die persönlich haftenden Gesellschafter betreffen, zu vertreten.

### **2.2.3 Die Hauptversammlung der Kommanditaktionäre**

Die Hauptversammlung ist das Willensbildungsorgan der Gesellschaft. Auf ihr üben die Kommanditaktionäre, die nach § 278 II AktG i.V.m. § 164 S. 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, die ihnen zustehenden Rechte aus. Nach dem gesetzlichen Leitbild gehört dazu vor allem die Zustimmung zu den außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen, § 278 II AktG i.V.m. § 164 HGB und den Grundlagengeschäften. Dies sind solche Geschäfte, die eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erfordern oder wesentliche gesellschaftsvertragliche Rechte berühren<sup>39</sup>. Des Weiteren kann die Hauptversammlung durch Beschluß eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, um den Komplementären bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen. Zu beachten ist jedoch, daß die Beschlüsse der Hauptversammlung der Zustimmung der Komplementäre bedürfen, „sofern sie Angelegenheiten betreffen, für die in einer Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist“ (§ 285 II S.1 AktG)<sup>40</sup>.

Die Satzung der KGaA indes kann die Kompetenzen der Hauptversammlung erweitern, indem ihr weitere Zustimmungsrechte bei Geschäftsführungsmaßnahmen oder gar Weisungsrechte eingeräumt werden. Möglich und zulässig sind aber auch erhebliche Kompetenzeinschränkungen. Dies folgt aus der Verweisung des § 278 II AktG auf das Kommanditrecht, wonach gem. § 163 HGB das Verhältnis der Gesellschafter untereinander vertraglich

---

<sup>37</sup> Wie bereits dargelegt, bedürfen außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung der Kommanditaktionäre auf der Hauptversammlung.

<sup>38</sup> Vgl. Hüffer, AktG, § 278 Rdnr. 12, 15; Geßler/Hefermehl/Semler, AktG § 278 Rdnr. 129

<sup>39</sup> Vgl. Heermann, ZGR 2000, S. 61 ff. (66); siehe auch Heymann/Emmerich, HGB, § 154 Rdnr. 7 ff; als Beispiele seien hier genannt: Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht; teilweise Einstellung des Geschäftsbetriebs.

<sup>40</sup> Nach e.A. gilt dies nicht für die Beschlüsse der Hauptversammlung über außergewöhnliche Geschäfte gem. § 164 HGB; vgl. Herfs in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 77 Rdnr. 33; anders die h.M.; siehe Heermann, ZGR 2000, S. 61 ff. (76); Hüffer, AktG, § 285 Rdnr. 2; Overlack, in: Gesellschaftsrecht 1997, S. 230 ff. (256f.) m.w.N.

geregelt werden kann<sup>41</sup>. Des weiteren obliegt der Hauptversammlung nach der zwingenden Vorschrift des § 286 I 1 AktG die Feststellung des Jahresabschlusses. Auch dieser Beschluß bedarf der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter<sup>42</sup>.

Als Fazit bleibt hier festzuhalten, daß die Struktur der KGaA durch eine starke Stellung der Komplementäre geprägt ist, die durch die Anwendbarkeit der Vorschriften des HGB über die Kommanditgesellschaft zwar eingeschränkt, aber auch erheblich erweitert werden können. Nach dem gesetzlichen Leitbild ist den Kommanditaktionären hauptsächlich die Rolle zugedacht worden, das Gesellschaftskapital zur Verfügung zu stellen. Verwaltungs- und Vermögensrechte sind somit strikt getrennt. Mit *Wagner* läßt sich die Struktur der KGaA auf folgende Kurzformel bringen: „Die KGaA vermittelt die Anonymität der aktienrechtlichen Kapitalbeteiligung mit der Intimität und Flexibilität der Kommanditgesellschaft“<sup>43</sup>.

### **2.3. Die gesellschaftsrechtliche Struktur der GmbH & Co KGaA**

Bei der GmbH & Co KGaA übernimmt die GmbH die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters. Zwar haftet sie gegenüber Dritten auch unbeschränkt und unbeschränkbar persönlich mit ihrem gesamten Vermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Da die GmbH eine Kapitalgesellschaft ist, beschränkt sich ihre Haftung aber lediglich auf das Gesellschaftsvermögen (§ 35 II GmbHG).

Über die Zulässigkeit einer Kapitalgesellschaft als Komplementär der KGaA ist lange lebhaft gestritten worden<sup>44</sup>. Der BGH hat im Urteil vom 24. Februar 1997 klargestellt, daß auch eine juristische Person die Rolle des Komplementärs übernehmen kann<sup>45</sup>. Durch die Neufassung des § 279 AktG im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22. Juni 1998 hat auch der Gesetzgeber diese Konsequenz in Abs. II gezogen. Der früher geführte Streit ist somit obsolet geworden.

Das Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co KGaA ist die Komplementär-GmbH. Als juristische Person (§ 13 I GmbHG) wird sie durch ihre(n) Geschäftsführer vertreten (§ 35 GmbHG). Dem oder den Geschäftsführer(n) der Komplementär-GmbH kommt somit letztlich die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion bei der GmbH & Co KGaA zu<sup>46</sup>. Da die Geschäftsführer der GmbH von deren Gesellschaftern bestellt werden, können diese mittelbar einen erheblichen Einfluß auf die Geschicke der KGaA ausüben<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Siehe dazu unten III 3.1.1.

<sup>42</sup> Bei der AG erfolgt die Feststellung des Jahresabschlusses nach den §§ 172 ff. AktG. Demnach hat die Hauptversammlung nur im Fall des § 173 I AktG die Feststellungskompetenz.

<sup>43</sup> So *Wagner*, NZG 1999, S. 469 ff. (477).

<sup>44</sup> Gegen die Komplementärfähigkeit etwa *Schmidt*, ZHR (160) 1996, S. 265 ff. (269); *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 23 Rdnr. 4; dafür *Priester*, ZHR (160) 1996, S. 250 ff. (254 ff.); *Clausen*, GmbHR 1996, S. 73 ff. (76 ff.), jeweils m. w. N.

<sup>45</sup> Vgl. *BGHZ* 134, S. 392 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *Zacharias*, *Going Public* 1999, S. 285; *Bayreuther*, JuS 1999, S. 651 ff. (653).

<sup>47</sup> Zur Einflußsicherung des Vereins auf die GmbH & Co KGaA siehe III. 3.1.2.

### 3. Die GmbH & Co KGaA im Vergleich zur AG

#### 3.1. Vorteile gegenüber einer AG

##### 3.1.1 Satzungsmäßige Gestaltungsfreiheit

Bei der AG sind der satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit enge Grenzen gezogen. Der in § 23 V AktG festgelegte Grundsatz der Satzungsstrenge erlaubt eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen nur, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Satzungsergänzungen können lediglich in den Fällen vorgenommen werden, in denen das AktG keine abschließende Regelung enthält. Wegen der Vielzahl der zwingenden bzw. abschließenden Vorschriften im Aktienrecht besteht für die Gesellschafter kaum Freiraum, die Verhältnisse der Gesellschaft nach individuellen Bedürfnissen zu regeln<sup>48</sup>.

Viel flexibler dagegen ist in dieser Hinsicht die Rechtsform der KGaA. Über den Verweis des § 278 II AktG ist für die Führungsstruktur das Recht der Kommanditgesellschaft und somit insbesondere die §§ 109 ff. HGB<sup>49</sup> und §§ 163 ff. HGB anwendbar. Die Satzung kann demnach abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zueinander regeln. Die Grenze dieser satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit ist erreicht, wenn nach § 278 III AktG wieder allgemeines Aktienrecht und somit § 23 V AktG Anwendung findet<sup>50</sup>. Von besonderer Bedeutung ist die Satzungsautonomie für die Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Organen der KGaA. So kann die Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre durch den Gesellschaftsvertrag über die gesetzliche Regelung hinaus erweitert werden<sup>51</sup>. Von besonderer praktischer Bedeutung ist dabei die Frage, ob das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung für außergewöhnliche Geschäftsleitungsmaßnahmen (§ 164 HGB) vertraglich ersatzlos ausgeschlossen werden kann.

Allerdings sei zunächst betont, daß sich die Frage der Gestaltungsfreiheit nur auf rein unternehmerische Entscheidungen bezieht<sup>52</sup>. Von ihr ausgenommen sind solche Beschlußgegenstände, die nach dem AktG zwingend der Zuständigkeit der Hauptversammlung unterliegen. Dazu gehören neben den in § 119 AktG genannten Beschlußgegenstände auch die sog. Grundlagengeschäfte, die Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder wesentliche gesellschaftsvertragliche Rechte betreffen<sup>53</sup>. Ferner wird durch die sog. „Holzmüller-Doktrin“ für alle grundlegenden Strukturentscheidungen der Gesellschaft eine Zustimmungspflicht der

---

<sup>48</sup> Vgl. *Bayreuther*, JuS 1999, S. 651 ff. (652).

<sup>49</sup> Deren Anwendbarkeit folgt aus dem Verweis des § 161 II HGB auf das Recht der OHG.

<sup>50</sup> Vgl. *Wichert*, Die Finanzen der KGaA 1999, S. 59.

<sup>51</sup> Vgl. *Mertens in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, § 278 Rdnr. 83; *Bayreuther*, JuS 1999, S. 651 ff. (652); *Siebold/Wichert*, SpuRt 1998, S. 138 ff. (140).

<sup>52</sup> Darauf weisen ebenfalls ausdrücklich hin *Ihring/Schlitt*, Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997, S. 33 ff. (65); *Wichert*, AG 2000, S. 268 ff. (270); *Heermann*, ZGR 2000, S. 61 ff. (66, 69ff.).

<sup>53</sup> Zu dem Begriff der Grundlagengeschäfte vgl. *Baumbach/Hopt* HGB, § 126 Rdnr. 3;

Hauptversammlung begründet<sup>54</sup>. Dieser Bereich der Hauptversammlungszuständigkeit kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden; er ist satzungsfest.

Bei der gesetzestypischen KGaA mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist anerkannt, daß das Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung durch die Satzung ersatzlos abbedungen werden kann<sup>55</sup>. Umstritten ist jedoch, ob eine solche Vereinbarung auch bei der GmbH & Co KGaA zulässig ist.

Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur bejaht dies<sup>56</sup>. Der BGH selbst hat zu dieser Frage nicht abschließend Stellung genommen. Er gab lediglich zu bedenken, Satzungsgestaltungen zu Lasten der Kommanditaktionäre nur in engeren Grenzen zuzulassen als bei der gesetzestypischen KGaA. Als Beispiel nannte er in diesem Zusammenhang die der Hauptversammlung zustehenden Mitwirkungsbefugnisse bei außergewöhnlichen Geschäften. In Anlehnung an Priester<sup>57</sup> ist dabei auf die Rechtsprechungsgrundsätze zu den Publikums-Gesellschaften hingewiesen worden<sup>58</sup>. Aus dieser Formulierung schließt die Gegenansicht, daß in Zukunft bei der kapitalistischen KGaA der Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung nicht ersatzlos ausgeschlossen werden darf<sup>59</sup>. Solche Satzungsgestaltungen sollen nur noch dann zulässig sein, wenn anderen Organen, etwa dem Aufsichtsrat oder einem unter Umständen eingerichteten Beirat diese Kompetenz übertragen wird<sup>60</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht verweisen hauptsächlich auf die Ähnlichkeit der GmbH & Co KGaA mit der Publikums-KG<sup>61</sup> und auf eine damit vergleichbare Interessenlage<sup>62</sup>. Nach ganz überwiegender Ansicht in der Literatur ist bei solchen Gesellschaften aus Gründen des Anlegerschutzes ein ersatzloser Ausschluß des Zustimmungsvorbehalts für außergewöhnliche Geschäfte unzulässig<sup>63</sup>. Des weiteren, so die Argumentation, kann der Aufsichtsrat einer GmbH & Co KGaA wegen der mangelnden Anwendbarkeit des § 111 IV S. 2 AktG keine Zustimmungsvorbehalte begründen. Da es sonst an dem erforderlichen Korrektiv fehle, darf

---

<sup>54</sup> Vgl. *BGHZ* 80, S. 122 ff.; siehe dazu auch *Heermann*, *ZGR* 2000, S. 61 ff. (70f.), der einige Strukturentscheidungen anführt.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Mertens* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, § 278 Rdnr. 83; *Sethe*, *AG* 1996, S. 289 ff. (291); *Hennerkes/May*, *DB* 1988, S. 537 ff. (540).

<sup>56</sup> Vgl. *Heermann*, *ZGR* 2000, S. 61 ff. (82); *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 1998, S. 138 ff. (140); *Wichert*, *AG* 2000, S. 268 ff. (270); *Overlack*, *Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA*, S. 237 ff. (259).

<sup>57</sup> Vgl. *Priester*, *ZHR* (160) 1996, S. 250 ff. (262).

<sup>58</sup> Siehe zum ganzen *BGHZ* 134, 392 ff. (399f.).

<sup>59</sup> So *Dirksen/Möhrle*, *ZIP* 1998, S. 1377 ff. (1385), die meinen, daß die Ausführungen des BGH nur dahin verstanden werden können, daß den Kommanditaktionären auch in der Satzung bestimmte Rechte nicht genommen dürfen; *Ihring/Schlitt*, *Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997*, S. 33 ff. (64 ff.); *Hommelhoff*, *Anlegerschutz in der GmbH & Co KGaA*, S. 9 ff. (20); ebenfalls zweifelnd *Ladwig/Motte*, *DStR* 1997, S. 1539 ff. (1541).

<sup>60</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 59.

<sup>61</sup> Zur Publikums-personengesellschaft vgl. *Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 57, S. 1668 ff., besonders zur Publikums-KG siehe *Heymann/Horn*, § 161 Rdnr. 152 ff.

<sup>62</sup> Vgl. *Ihring/Schlitt*, aaO (Fn 59), S. 33 ff. (60 f.).

<sup>63</sup> Vgl. etwa *Heymann/Horn*, *HGB* § 161 Rdnr. 175, 188; *Hüffer*, *ZGR* 1980, S. 320 ff. (340f.); anders, soweit ersichtlich nur *Schneider*, *ZGR* 1978, S. 1 ff. (17).

das Zustimmungsrecht der Kommanditaktionäre nicht ausgeschlossen werden<sup>64</sup>. Außerdem spreche gegen den vollständigen Ausschluß, daß es infolge der mangelnden persönlichen Haftung einer natürlichen Person auch an der Steuerungsfunktion fehlt<sup>65</sup>.

Diese Ausführungen sollen im folgenden kritisch beleuchtet werden. So wird insbesondere zu untersuchen sein, ob die Grundsätze der Publikums-KG tatsächlich vorbehaltlos auf die GmbH & Co KG übertragbar sind. Zudem ist die Bedeutung der beschränkten Haftung der GmbH als Unterscheidungskriterium zu betrachten.

Zuzugeben ist der zuletzt genannten Ansicht, daß die börsennotierte KGaA mit einer Publikums-KG strukturell vergleichbar ist. Beide wenden sich an ein breites anonymes Anlegerpublikum und stehen dem Beitritt beliebiger Gesellschafter offen. Zudem bestehen bei beiden Gesellschaftsformen keine persönliche Beziehungen zwischen den Kapitalgebern, die auch die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nicht beeinflussen können<sup>66</sup>. Aber ist das wirklich eine Besonderheit der GmbH & Co KGaA ? Die oben aufgeführten Merkmale gelten gleichermaßen für die gesetzestypische KGaA mit einer natürlichen Person als Komplementär<sup>67</sup>. Nach dem gesetzlichen Leitbild soll die KGaA gerade Sammelstelle für die Kapitalaufnahme am anonymen Kapitalmarkt sein<sup>68</sup>. Die sich aus den Vorschriften des § 278 II AktG i.V.m §§ 161 ff. HGB ergebende starke Stellung des Komplementärs ist rechtsformimmanent und unabhängig davon, ob der Komplementär eine natürliche Person oder eine Kapitalgesellschaft ist. Ein erhöhtes Anlegerschutzbedürfnis kann allein aus der strukturellen Ähnlichkeit nicht gerechtfertigt werden. Als Grund für die Ungleichbehandlung mit der gesetzestypischen KGaA käme somit nur die beschränkte Haftung der Komplementär-GmbH in Betracht. Der BGH hat aber zutreffend ausgeführt, daß „die Erwartung, ein für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftender Geschäftsleiter werde im Hinblick auf die ... Gefahr des Verlustes seiner eigenen wirtschaftlichen Existenz die Geschäfte der Gesellschaft mit größerer Sorgfalt, Vorsicht und Umsicht führen als ein Fremdgeschäftsführer,... jedenfalls weitgehend an den Realitäten des modernen Wirtschaftslebens...“ vorbeigeht<sup>69</sup>. Demnach überschätzen vor allem *Ihring/Schlitt* die Bedeutung der persönlichen Haftung als Steuerungs- und Kontrollmechanismus im Hinblick auf den Anlegerschutz<sup>70</sup>.

Zu fragen ist darüber hinaus noch, ob der Anleger in gleicher Weise schutzbedürftig ist wie bei einer Publikums-KG. Im Gegensatz zu den Kommanditisten einer solchen Gesellschaft

---

<sup>64</sup> Siehe dazu *Ihring/Schlitt*, aaO (Fn. 59) S. 33 ff. (66).

<sup>65</sup> Vgl. *Ihring/Schlitt*, aaO (Fn 59) , S. 33 ff, (66 ff).

<sup>66</sup> Zu diesen Merkmalen vgl. etwa *Ihring/Schlitt*, aaO (Fn 59), S. 33 ff. (59 f.).

<sup>67</sup> Dies betonen *Wichert*, AG 2000, S. 268 ff. (269); *Overlack*, Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA, S. 237 ff. (240).

<sup>68</sup> Dies erkennen auch ausdrücklich *Ihring/Schlitt*, aaO (Fn 59), S. 33 ff. (57) an.

<sup>69</sup> So *BGHZ* 134, 392 ff. (398); ihm zustimmend *Heermann*, ZGR 2000, S. 61 ff. (80); ähnlich bereits *Priester ZHR* (160) 1996, S. 250 ff. (259 f.).

<sup>70</sup> Ebenso *Heermann*, ZGR 2000, S. 61 ff. (80); *Wichert*, AG 2000, S. 268 ff. (269).

finden die Kommanditaktionäre durch zwingende und unentziehbare Vorschriften des Aktienrechts Schutz. Weiterhin muß der Komplementär die von der mitgliedschaftlichen Treuepflicht gezogenen Grenzen beachten, wenn die Rechte der Kapitalanleger vertraglich eingeschränkt werden. Nach Ansicht des BGH ist die gesellschaftliche Treuepflicht der GmbH, bei der Auswahl der Geschäftsführer auf die Belange der Kommanditaktionäre Rücksicht zu nehmen, ein ausreichendes Instrumentarium zum Minderheitenschutz<sup>71</sup>.

Demnach stehen die Kapitalanleger auch ohne den Zustimmungsvorbehalt des § 164 S. 1 a.E. HGB nicht rechtlos dar. Ihnen verbleiben sowohl die aktienrechtlich zwingend vorgesehenen als auch die durch die „Holzmüller-Doktrin“ begründeten Mitwirkungsbefugnisse bei strukturändernden Maßnahmen.

Auch ein Blick auf die Rechtsprechungsgrundsätze zur Inhaltskontrolle bei den Publikums- gesellschaften führt zu keinem anderen Ergebnis. Den Fällen, die der BGH diesbezüglich zu entscheiden hatte, war gemeinsam, daß durch die Satzungsgestaltung grundlegende Rechte der Gesellschafter verletzt wurden und somit ein Eingriff in den Kernbereich ihrer Mitgliedschaft vorlag<sup>72</sup>. Da aber weder individuell auszuübende Rechte der Kommanditaktionäre beschnitten noch diese rechtlos dastehen, ist der Kernbereich ihrer Mitgliedschaft nicht berührt<sup>73</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung für außergewöhnliche Geschäfte kann auch bei der GmbH & Co KGaA vertraglich ersatzlos ausgeschlossen werden.

Diese Auseinandersetzung über die Kompetenzerweiterung des Komplementärs darf aber nicht vergessen lassen, daß selbstverständlich auch Satzungsgestaltungen erlaubt sind, die seine Rechte einschränken. Denkbar ist insbesondere die Errichtung eines Beirats als zusätzliches Kontrollorgan. Auf diese Weise können Sponsoren, die für ihre Kapitalüberlassung eine gewisse Einflußnahme suchen, in die Geschäfte der Gesellschaft eingebunden werden, ohne daß eine gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit von ihnen droht<sup>74</sup>.

### **3.1.2. Gewährleistung der Einflußsicherung des Vereins**

An dieser Stelle sei zunächst an die Vorgaben des DFB erinnert<sup>75</sup>: Eine Kapitalgesellschaft kann nur dann eine Lizenz für die Bundesliga erwerben, wenn der Verein mehrheitlich an ihr beteiligt ist. Bei einer AG ist dazu erforderlich, daß der Verein 50 % der Stimmen zuzüglich mindestens eines weiteren Stimmenanteils auf der Hauptversammlung hält (vgl. § 8 IV; jetzt § 16 c II der Satzung des DFB).

---

<sup>71</sup> Vgl. *BGHZ* 134, 392 ff. (399); siehe auch *Heermann*, *ZGR* 2000, S. 61 ff. (69f.).

<sup>72</sup> Vgl. *BGHZ* 64, 238 ff.; *BGHZ* 84, 11 ff.; *BGH NJW* 1979, S. 419 ff.; *Overlack*, *Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA*, S. 237 ff. (258); zur Kernbereichslehre vgl. *Wichert*, *Die Finanzen der KGaA*, S. 71 ff.

<sup>73</sup> So auch *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 2000, S. 177 ff. (179); *Heermann*, *ZGR* 2000, S. 61 ff. (79, 81).

<sup>74</sup> Vgl. *Wagner*, *NZG* 1999, S. 469 ff. (477); *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 1998, S. 138 ff. (140); *Zacharias*, *Going Public einer Fußball-Kapitalgesellschaft* 1999, S. 288 f.

<sup>75</sup> Siehe dazu unter III.1.

Um Fremdeinfluß zu vermeiden<sup>76</sup> und weiterhin am Spielbetrieb der Lizenzliga teilnehmen zu dürfen, müßte sich der Verein bei einer AG dauerhaft die Aktienmehrheit auf der Hauptversammlung sichern. Dazu wäre er bei jeder Kapitalerhöhung gezwungen, zur Sicherung der Stimmenmehrheit von seinem Bezugsrecht Gebrauch zu machen und entsprechendes Kapital zu investieren. Als Ausweg scheint sich zunächst die Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien anzubieten. Indes kann dadurch das Problem allenfalls gemindert aber nicht dauerhaft gelöst werden<sup>77</sup>. Nach § 139 II AktG dürfen stimmrechtslose Vorzugsaktien nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden. Ferner lebt das Stimmrecht wieder auf, sofern die Vorzugsdividende für zwei Jahre nicht gezahlt wurde (§ 140 II AktG).

Im Gegensatz dazu ist es für den Verein bei der GmbH & Co KGaA nach den Vorgaben des DFB nicht zwingend, daß er mehrheitlich am Kapital der KGaA beteiligt ist. Dazu muß die von ihm zu 100 % beherrschte GmbH den Komplementär stellen, dem die durch das Gesetz eingeräumte Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis uneingeschränkt zusteht.

Die Gewährleistung der Einflußsicherung des Vereins auf die GmbH & Co KGaA ist eng mit der satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit verbunden. Wie bereits erwähnt, ist der persönlich haftende Gesellschafter das geborene Leitungsorgan der Gesellschaft und kann vom Aufsichtsrat weder bestellt noch entlassen werden<sup>78</sup>. Durch den zulässigen ersatzlosen Ausschluß des § 164 HGB<sup>79</sup> kann die Stellung des Komplementärs noch gestärkt werden. Des weiteren bedürfen die Beschlüsse der Hauptversammlung in Angelegenheiten, in denen bei einer Kommanditgesellschaft das Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich ist, zur Wirksamkeit der Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters (§ 285 II S. 1 AktG). Auch dem Beschluß der Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses muß der Komplementär zustimmen (§ 286 I AktG).

De facto kommt bei einer GmbH & Co KGaA die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zu. Dessen Bestellung ist ausschließlich Sache des Vereins als Alleingesellschafter der GmbH. Auf die Auswahl des Geschäftsführers haben die Kommanditaktionären keinen Einfluß. Als alleiniger Gesellschafter der GmbH ist der Verein dem Geschäftsführer gegenüber weisungsbefugt. Auf diese Weise kann er mittelbar einen erheblichen Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben und somit auch ohne Kapitalbeteiligung an der KGaA die Geschäftsführung ohne Zustimmung der Hauptversammlung steuern. Auch die der Hauptversammlung verbleibenden Zustimmungsrechte, wie etwa zu Grundlagengeschäften, können nicht ohne das Einverständnis des

---

<sup>76</sup> Zu denken ist hier die in der letzten Zeit in Mittelpunkt gerückte „feindliche Übernahme“ durch einen vereinsfremden Investor.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1255); *Habel/Strieder*, NZG 1998, S. 929 ff. (930).

<sup>78</sup> vgl. oben III. 2.2.1 und 3.1.1.

<sup>79</sup> siehe dazu ausführlich III 3.1.1.

Vereins erfolgen. Dies folgt aus dem Zustimmungsvorbehalt des § 285 II S. 1 AktG. Demnach muß der Verein nicht die Mehrheit des Kommanditkapitals halten.

Er hat aber bei der Auswahl des Geschäftsführers auf die Belange der Kommanditaktionäre Rücksicht zu nehmen<sup>80</sup>. Dies folgt aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht<sup>81</sup>. Diese haben das Recht, eine gerichtliche Entscheidung zu beantragen, um der GmbH ihre Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung zu entziehen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. In besonders schweren Fällen ist nach § 140 HGB der Ausschluß der GmbH im Wege der Ausschlußklage möglich. Liegt ein wichtiger Grund in der Person des Geschäftsführers vor, wird dieser gem. § 31 BGB der GmbH zugerechnet.

Nun geht es den Kommanditaktionären aber in der Regel weniger um die Komplementär-GmbH als um deren Geschäftsführer, so daß in der Literatur die Frage diskutiert wird, ob ihnen im Wege des sog. „Abberufungsdurchgriffs“ unmittelbar Einfluß auf die Abberufung des Geschäftsführers zugebilligt werden kann<sup>82</sup>. Diese Frage taucht ebenfalls bei der GmbH & Co KG auf. Dort wird es von einigen aus Gründen des Gesellschafterschutzes für zulässig gehalten, daß die Kommanditisten den Geschäftsführer aus wichtigem Grund unter analoger Anwendung der §§ 117, 127 HGB direkt abberufen können<sup>83</sup>. Andere wiederum verneinen diese Möglichkeit, da eine solche Abberufung unzulässig in den Kompetenzbereich der GmbH eingreift<sup>84</sup>. Diese Bedenken bestehen auch hier. Die Abberufung des Geschäftsführers fällt in den alleinigen Zuständigkeitsbereich der GmbH. Zudem kommt als Rechtsfolge der analogen Anwendung der §§ 117, 127 HGB nur ein partieller Kompetenzzug in Betracht, bei dem der Geschäftsführer zwar Organmitglied bleibt, aber nicht mehr für den Innen- und Außenbereich der GmbH & Co KGaA tätig werden darf<sup>85</sup>. Ein solcher Teilentzug läßt sich aber nicht mit § 37 II GmbHG in Einklang bringen<sup>86</sup>. Zudem besteht kein praktisches Bedürfnis für einen Abberufungsdurchgriff, da die Hauptversammlung beschließen kann, daß der Komplementär-GmbH die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden soll, wenn sie nicht ihren Geschäftsführer abberuft<sup>87</sup>.

Festzuhalten bleibt, daß der Verein ohne unmittelbare Kapitalbeteiligung an der GmbH & Co KGaA in der Lage ist, durch seine Stellung als alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH die Geschicke der Gesellschaft zu leiten.

---

<sup>80</sup> Vgl. *BGHZ* 134, S. 392 ff. (399).

<sup>81</sup> Siehe dazu ausführlich *Overlack*, Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA, S. 237 ff. (250 ff.).

<sup>82</sup> Gegen den Abberufungsdurchgriff etwa *Ihring/Schlitt*, Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997, S. 33 ff. (52 ff.); *Wichert*, AG 2000, S. 268 ff. (274 f.); dafür: *Overlack*, Der Komplementär in der GmbH & Co KGaA, S. 237 ff. (254 f.); *Hennerkes/Lorz*, DB 1997, S. 1388 ff. (1391).

<sup>83</sup> So *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. 177a Rdnr. 74; *Hopt*, ZGR 1979, S. 1 ff. (16 ff., 24ff.).

<sup>84</sup> Vgl. nur etwa *Schlegelberger/Martens*, § 164 Rdnr. 6.

<sup>85</sup> Vgl. *Schlegelberger/Martens*, § 164 Rdnr. 6; *Ihring/Schlitt*, aaO. (Fn.82), S. 33 ff. (54).

<sup>86</sup> So auch *Ihring/Schlitt*, aaO. (Fn. 82), S. 33 ff. (54).

<sup>87</sup> Vgl. *Ihring/Schlitt*, aaO. (Fn. 82), S. 33 ff. (54); zustimmend *Wichert*, AG 2000, S. 268 ff. (275); ähnlich *Herfs* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 77 Rdnr. 9.

### 3.1.3 Flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten

Durch die oben beschriebene Gewährleistung der Einflußsicherung des Vereins ist es diesem möglich, größere Aktienpakete an der Börse zu plazieren und damit einen im Vergleich zur AG breiteren Zugang zum Kapitalmarkt zu gewinnen. Des weiteren ergibt sich die Möglichkeit einer flexiblen Gesellschaftsfinanzierung durch die nach dem Recht für Kommanditgesellschaften zu behandelnde Vermögenseinlage des Komplementärs. Daraus ergeben sich insbesondere Gestaltungsmöglichkeiten bei der Rückzahlung der Vermögenseinlage an den persönlich haftenden Gesellschafter und bei der Verteilung des erzielten Gewinns an die Gesamtheit der Gesellschafter<sup>88</sup>.

Entscheidend für die Finanzgestaltung der GmbH & Co KGaA sind letztlich die getroffenen Satzungsregelungen. So kann vereinbart werden, daß die Vermögenseinlage, ähnlich den Regelungen zur AG, denselben strikten Kapitalerhaltungs- und –aufbringungsregeln unterworfen wird. Somit bliebe eine einmal vorhandene Eigenkapitalsituation und Kapitalausstattung auf Dauer vorhanden. Auf der anderen Seite kann auch vereinbart werden, eine geleistete Vermögenseinlage in Kommanditaktienkapital umzuwandeln, wodurch der Einfluß des Komplementärs (und somit mittelbar der des Vereins als alleiniger Gesellschafter) auf der Hauptversammlung ausgeweitet werden kann<sup>89</sup>.

### 3.2. Nachteile gegenüber einer AG

Allerdings weist die GmbH & Co KGaA im Vergleich zur AG auch Nachteile auf. Indes ist der bislang wichtigste, die unbeschränkte persönliche Haftung der Komplementäre, nicht mehr von Bedeutung, seit der BGH<sup>90</sup> anerkannt hat, daß auch eine Kapitalgesellschaft die Funktion des Komplementärs übernehmen kann. In diesem Fall ist die Haftung der Komplementärgesellschaft – hier der GmbH - auf ihr eigenes Vermögen beschränkt. Eine Haftung des Vereins ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die GmbH & Co KGaA weist aber noch weitere Nachteile auf, die im folgenden zu beschreiben sind.

#### 3.2.1 Kompliziertheit und Komplexität der Rechtsform

Als Nachteil der GmbH & Co KGaA ist sicher die im Vergleich zur AG größere Kompliziertheit und Komplexität der Rechtsform zu sehen. Bei ihrer Handhabung sind insgesamt drei Rechtsgebiete - das Personengesellschaftsrecht sowie das allgemeine und das rechtsformspezifische Aktienrecht - zu berücksichtigen. Hinzu kommt, daß die oben beschriebenen Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der Einflußsicherung des Vereins durch Stellung

---

<sup>88</sup> Nach allgemeiner Meinung ist bei der Verteilung des Jahresergebnisses das Kommanditrecht, also insbesondere die §§ 168, 121 HGB einschlägig; vgl. etwa *Wichert*, Die Finanzen der KGaA 1999, S. 53.; *Mertens* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 278 Rdnr. 51; siehe auch *Zacharias*, Going-Public einer Fußball-Kapitalgesellschaft 1999, S. 289.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu auch *Schürmann/Groh*, BB 1995, S. 684 ff. (687); *Krug*, AG 2000, S. 510 ff.; zum ganzen siehe *Siebold/Wichert*, SpuRt 1998, S. 138 ff. (141); *Zacharias*, aaO. (Fn. 88), S. 290 f.

<sup>90</sup> Vgl. *BGHZ* 134, 392 ff.

der GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin genau aufeinander abgestimmte Satzungen aller beteiligter Rechtssubjekte - KGaA, GmbH und Verein - voraussetzt<sup>91</sup>.

### 3.2.2 Rechtsunsicherheit

Wurde oben die satzungsmäßige Gestaltungsfreiheit noch als großer Vorteil dieser Gesellschaftsform im Vergleich zur AG angesehen, kann aber der Nachteil, daß die genaue Reichweite dieser Gestaltungsfreiheit richterlich noch nicht festgelegt ist, nicht verschwiegen werden. Dabei geht es insbesondere um die Frage, wie sehr die Kompetenzen der Komplementär-GmbH zu Lasten der Kommanditaktionäre erweitert werden dürfen. Der BGH hat es in seiner Entscheidung offengelassen, bis zu welchem Punkt er eine Satzungsgestaltung als zulässig ansehen wird. Er gab aber zu bedenken, dies nur in engeren Grenzen zulassen zu wollen als bei einer gesetzestypischen KGaA<sup>92</sup>. Bis diese Frage abschließend geklärt ist, stehen die Satzungen der GmbH & Co KGaA immer unter dem Vorbehalt, daß ihr die gerichtliche Anerkennung versagt wird<sup>93</sup>.

### 3.2.3 Geringer Bekanntheitsgrad

Einen weiteren Nachteil, insbesondere im Hinblick auf einen geplanten Börsengang, liegt in dem geringen Bekanntheitsgrad dieser Rechtsform sein. Zur Zeit bestehen in Deutschland etwa 50 Gesellschaften in der Rechtsform der KGaA<sup>94</sup>, von denen erst drei als GmbH & Co KGaA an der Börse plazierte sind<sup>95</sup>. Diese geringe Bekanntheit dürfte insbesondere bei ausländischen Investoren Vorbehalte gegen eine Kaufentscheidung wecken, die noch durch die infolge der satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit zu erwartende dominante Stellung des Komplementärs verstärkt werden können<sup>96</sup>. Hinzu kommt, daß die Firmierung als GmbH & Co KGaA negative Assoziationen wegen der vermeintlichen Ähnlichkeit mit der wenig renommierte GmbH & Co KG hervorrufen kann<sup>97</sup>.

### 3.2.4 Akzeptanz am Kapitalmarkt

Die oben beschriebenen Nachteile der GmbH & Co KGaA wirken sich vor allem auf die Akzeptanz am Kapitalmarkt aus. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich die GmbH & Co KGaA als börsentaugliche Rechtsform erweist. Insbesondere die mögliche weitgehende Entrechtung der Kommanditaktionäre und die in der Rechtsprechung des BGH angelegte

---

<sup>91</sup> Siehe hierzu *Zacharias*, aaO. (Fn. 88), S. 291; *Siebold/Wichert*, SpuRt 1998, S. 139 ff. (142); *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1256).

<sup>92</sup> Vgl. *BGHZ* 134, 392 ff. (399).

<sup>93</sup> Aus diesem Grund schlagen *Ladwig/Motte*, DStR 1997, S. 1539 ff. (1541f.) vor, Mustersatzungen herauszuarbeiten, die dann einer Prüfung durch die Rechtsprechung unterzogen werden sollen.

<sup>94</sup> Darunter sind so namhafte Unternehmen wie Henkel KGaA, Merck KGaA, Michelin KGaA; vgl. dazu *Zacharias* aaO. (Fn. 88), S. 279.

<sup>95</sup> Neben der Borussia Dortmund GmbH & Co KGaA sind dies die eff-eff Fritz Fuß GmbH & Co KGaA und die eurocai GmbH & Co KGaA.

<sup>96</sup> Vgl. *Siebold/Wichert*, SpuRt 1998, S. 139 ff. (142); *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1256).

<sup>97</sup> Vgl. *Zacharias*, aaO. (Fn. 88), S. 289 f.

Unsicherheit bei der Gestaltungspraxis dürften einen erfolgreichen Börsengang behindern. So rät die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW) grundsätzlich von einer Anlage in eine GmbH & Co KGaA ab, wenn nicht die internen Strukturen und Kompetenzen ähnlich einer AG ausgestaltet sind<sup>98</sup>. Um für den Anleger eine gewisse Transparenz zu bieten, hat der Gesetzgeber reagiert und den Gesellschaften die Pflicht auferlegt, bei einem Going-Public die Satzungsstatuten in den Prospekten anzugeben (§ 18 Nr. 3 BörsZulVO). Wegen dieser im Vergleich zur AG geringeren Börsenakzeptanz sind Wertabschläge auf den Aktienkurs denkbar<sup>99</sup>, die noch infolge einer geringen Übernahmephantasie höher ausfallen können<sup>100</sup>. Allerdings bestehen hierzu noch keine Erfahrungswerte, da erst eine Lizenzspielerabteilung<sup>101</sup> und insgesamt nur drei Gesellschaften überhaupt unter der Rechtsform der GmbH & Co KGaA an der Börse gehandelt werden.

### 3.2 Bewertung

Die herausgestellten Vor- und Nachteile der GmbH & Co KGaA im Vergleich zur AG sollen im folgenden einer Bewertung unterzogen werden. In der Literatur wird die GmbH & Co KGaA vielfach nahezu euphorisch als gesellschaftsrechtliches Ideal für die Lizenzspielerabteilungen und dem eventuell ins Auge gefaßten Börsengang gepriesen<sup>102</sup>.

Dieser Euphorie kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Den Anhängern dieser Gesellschaftsform ist zuzugestehen, daß die Kompliziertheit und Komplexität der GmbH & Co KGaA kein allzu schwerwiegender Nachteil ist. Die erforderliche Abstimmung der Satzungen stellt nur ein rechtstechnisches Problem dar, das von der Kautelarpraxis ohne größere Schwierigkeiten bewältigt werden dürfte. Auch die mangelnde Bekanntheit kann durch den großen Bekanntheitsgrad der Bundesligavereine verbessert werden.

Allerdings lassen sich die Nachteile, die sich durch die oben beschriebene Rechtsunsicherheit und einer nicht sicheren Akzeptanz am Kapitalmarkt ergeben, nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Da die bestehende Rechtsunsicherheit bei der satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit erst durch die Gerichte geklärt werden kann, soll an dieser Stelle der Hauptaugenmerk auf die Kapitalmarkttauglichkeit der GmbH & Co KGaA, insbesondere der „Fußball-KGaA“ gelegt werden<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> Vgl. DSW in: Das Wertpapier, Heft 10/96, S. 70f.

<sup>99</sup> Vgl. Ladwig/Motte, DStR 1997, S. 1539 ff. (1541), die die GmbH & Co KGaA aus den oben stehenden Erwägungen als nur bedingt tauglich für den Börsengang halten; zu den Kursrisiken siehe auch Binz/Sorg, DB 1997, S. 313 ff. (317).

<sup>100</sup> Diese geringe Übernahmephantasie ist Folge der in der Praxis anzutreffenden weitgehenden Entrechtung der Kommanditaktionäre; siehe dazu oben III 3.1.1.

<sup>101</sup> Borussia Dortmund GmbH & Co KGaA.

<sup>102</sup> Lesenswert dazu ist der Aufsatz von Habel/Strieder, NZG 1998, S. 929 ff (931), die die Aktie von Bayern München als geglücktes Weihnachtsgeschenk bezeichnen, im Gegensatz zu der eines Waschmittelherstellers. Positiv zu einer GmbH & Co KGaA auch Siebold/Wichert, SpuRt 1998, S. 138 ff. (142); Wagner, NZG 1999, S. 469 ff. (478), der die GmbH & Co KGaA als „perfekt sitzendes Gesellschaftskleid“ bezeichnet.

<sup>103</sup> Zu verfügungsökonomischen Argumenten bei der Umwandlung von Lizenzspielerabteilungen in Kapitalgesellschaften siehe ausführlich Franck/Müller, ZfB-EH 2/98, S. 121 ff.

Nach mündlichen Auskünften, die der Verfasser eingeholt hat, beurteilt der Kapitalmarkt insbesondere bei einer Neuemission die Rechtsform der GmbH & Co KGaA äußerst skeptisch. Dies gilt vor allem dann, wenn von der oben beschriebenen satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit zu Lasten der Kommanditaktionäre Gebrauch gemacht und das Zustimmungsrecht der Hauptversammlung vertraglich ersatzlos ausgeschlossen wird. Insbesondere institutionelle Anleger fühlen sich durch diese Konstruktion abgeschreckt, da sie den Gedanken des „shareholder-value“ bei einem nicht den Anforderungen entsprechenden Management nicht durchsetzen können. Aus diesem Grund werden vom Markt bei einer Emission deutliche Bewertungsabschläge verlangt, die über die bei Vorzugsaktien deutlich hinausgehen. Hauptzielgruppe einer solchen Neuemission sind von daher eher Privatanleger, bei denen nicht so sehr das Machtmotiv, sondern eher die Renditeerwartung im Vordergrund steht. Nach durchgeführter Fusion richtet sich das Hauptaugenmerk eher auf die Qualität des Managements<sup>104</sup>. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob den Renditeerwartungen der Kapitalanleger entsprochen werden kann und die Leitung sich nach dem Gewinnmaximierungsprinzip verhält<sup>105</sup>. Dies dürfte bei einer „Fußball-KGaA“ problematisch sein, da es der Geschäftsführung wohl in erster Linie auf den sportlichen Erfolg denn auf Gewinnmaximierung ankommt<sup>106</sup>.

Als Fazit ist zu sagen, daß die GmbH & Co KGaA im Vergleich zur AG in einigen Bereichen deutliche Vorteile aufzeigt. Ob sie aber bei einem geplanten Gang an den organisierten Kapitalmarkt als ernsthafter Konkurrent auftreten kann, erscheint aufgrund der obigen Ausführungen zweifelhaft.

#### **IV. Der Vorgang der Ausgliederung<sup>107</sup>**

Als Möglichkeit zur Ausgliederung steht den Vereinen gegenwärtig zwei Verfahren zur Verfügung: die Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) und die Ausgliederung im Wege der nach wie vor zulässigen Einzelübertragung<sup>108</sup>.

##### **1. Die Ausgliederung nach dem UmwG**

Das am 01.01.1995 in Kraft getretene UmwG hat die bis dahin bestehenden Möglichkeiten der Unternehmensumwandlungen stark erweitert.

---

<sup>104</sup> Selbstverständlich ist die Qualität des Managements auch beim Börsengang von großer Bedeutung.

<sup>105</sup> Vgl. dazu *Franck/Müller*, ZfB-EH 2/98, S. 121 ff. (127); völlig unverständlich in dieser Hinsicht sind die Ausführungen von *Habel/Strieder*, NZG 1998, S. 929 ff. (931), die behaupten, daß der Erhalt der fußballerischen Vielfalt höher zu bewerten ist, als die Performance-Phantasien rein pekuniär denkender Großkapitalgeber. Mit diesem Gedankengang können wohl keine Anleger gewonnen werden.

<sup>106</sup> Ein Blick in die europäischen Nachbarländer bestärkt diese Zweifel. In Großbritannien etwa liegen zur Zeit nur wenige börsennotierte Fußballkapitalgesellschaften über ihren Ausgabekursen.

<sup>107</sup> Vgl. zum folgenden ausführlich *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1250 ff.); allgemein zum Vorgang der Ausgliederung *Veil*, ZIP 1998, S. 361 ff.

<sup>108</sup> Vgl. *BT-Drucks.* 12/6699, S. 80.

Nach §§ 125; 3 I Nr. 2 und Nr. 4 UmwG können an der Ausgliederung als Form der Spaltung (§ 123 III UmwG) rechtsfähige Vereine als übertragende und KGaA als übernehmende Gesellschaft beteiligt sein. Allerdings darf für den rechtsfähigen Verein nicht dessen Satzung oder Vorschriften des Landesrechts der Ausgliederung entgegenstehen (§ 149 UmwG). Bei der Ausgliederung überträgt der alte Rechtsträger einen oder mehrere Vermögensteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger. Im Gegenzug erhält er Anteile an diesem. Wird der übernehmende Rechtsträger im Rahmen der Ausgliederung neu gegründet, spricht man von einer Ausgründung<sup>109</sup>.

Als ersten Schritt hat der Vereinsvorstand nach § 136 UmwG i.V.m. §§ 6; 125 S. 1 UmwG einen notariell beurkundeten Ausgliederungsplan aufzustellen, der die Satzung der neu gegründeten GmbH & Co KGaA enthalten muß (§§ 125 S. 1; 37 UmwG). Danach ist von ihm ein Ausgliederungsbericht zu erstellen (§ 127 S. 1 UmwG)<sup>110</sup>. Der Ausgliederung müssen gem. §§ 125 S. 1; 103; 13 I UmwG im Rahmen einer Hauptversammlung drei Viertel der erschienenen Vereinsmitglieder zustimmen, wobei die Satzung eine größere Mehrheit und weitere Erfordernisse festlegen kann. Bei einer Ausgründung sind die für die GmbH & Co KGaA geltenden Gründungsschritte einzuleiten. Dabei sind die die GmbH & Co KGaA betreffenden Gründungsvorschriften anzuwenden, sofern sich aus den §§ 141 ff. UmwG nichts anderes ergibt (§ 135 II UmwG). Schließlich ist noch die Anmeldung zum Vereins- und Handelsregister von Seiten des Vereinsvorstandes durchzuführen (§§ 137; 16 II; 3; 17 UmwG). Mit der Eintragung in das Vereinsregister wird die Ausgliederung wirksam. In diesem Zeitpunkt geht das gesamte Vermögen des Vereins auf die neu gegründete GmbH & Co KGaA als übernehmender Rechtsträger über (§ 131 I Nr. 1 und III UmwG). Im Gegenzug erhält der Verein die Anteile an ihr (§ 131 I Nr. 3 S. 3 UmwG).

Die durch das UmwG geschaffene Erleichterung gegenüber der bisherigen Rechtslage betrifft vor allem den Übergang von Rechten und Pflichten auf einen anderen Rechtsträger. Dieser erfolgt nach dem im § 131 I Nr. 1 UmwG verankerten Prinzip der partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Der entscheidende Unterschied und auch Vorteil zur Einzelübertragung besteht darin, daß die Übertragung der Verbindlichkeiten auf den neuen Rechtsträger ohne Mitwirkung des Gläubigers erfolgt<sup>111</sup>. Dessen Zustimmung nach §§ 414 ff. BGB ist demnach nicht mehr erforderlich, so daß er die Ausgliederung nicht mehr durch sein „Vetorecht“ verhindern kann<sup>112</sup>. Allerdings bringt die Ausgliederung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auch Probleme mit sich, von denen hier zwei herausgegriffen werden.

---

<sup>109</sup> Vgl. *Fuhrmann*, Ausgliederung 1999, S. 139; dies dürfte bei den Bundesligavereinen der Regelfall sein.

<sup>110</sup> Ein Bericht des übernehmenden Rechtsträgers ist bei der Ausgründung nicht erforderlich;

vgl. *Lutter/Hommelhoff*, UmwG, § 127 Rdnr. 9.

<sup>111</sup> Siehe *Habersack* in: *Scherrer: Sportkapitalgesellschaften*, S. 45 ff. (59).

<sup>112</sup> Vgl. dazu *Müller*, *Der deutsche Berufsfußball 2000*, S. 139.

#### a) Bewertungsprobleme bei der Sachgründung

Nach § 135 II UmwG bleiben grundsätzlich die für den neu zu gründenden Rechtsträger geltenden Gründungsvorschriften anwendbar. Für den hier zu behandelnden Fall der Gründung einer GmbH & Co KGaA interessiert vor allem die Einbringung des Grundkapitals von mindestens 50.000,-- Euro (§ 278 III i.V.m. § 7 AktG). Bei der in realiter wohl üblichen Sachgründung muß der Mindestnennbetrag des Grundkapitals vom Wert der Sacheinlagen gedeckt sein. Da im Vermögen der Bundesligavereine hauptsächlich die Lizenzspielerabteilungen stehen, kommen hauptsächlich diese als Sacheinlage in Betracht. Es ist daher zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die Lizenzspielerabteilung einlagefähig ist. Nach einem Urteil des BFH<sup>113</sup> sind die für einen Spieler getätigten Transferzahlungen als Wert der Spielerlaubnis ein immaterieller Vermögensgegenstand und entsprechend zu aktivieren. Die für die Abschreibung bedeutsame betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer bemisst sich nach der Dauer des Arbeitsvertrages. Allerdings kommt diese Regelung als Folge des „Bosman-Urteils“ des EuGH<sup>114</sup> nur noch dann in Betracht, wenn ein Spieler aus einem EU-Mitgliedsland von einem anderen Verein aus einem laufenden Vertrag herausgelöst wird<sup>115</sup>. Spieler, für die der Verein keine Aufwendungen getätigt hat, sind also nicht einlagefähig und können nicht in der Gründungsbilanz der GmbH & Co KGaA aktiviert werden<sup>116</sup>.

Somit sind die immateriellen Vermögensgegenstände als Bestandteil des Anlagevermögens starken Schwankungen unterworfen, so daß für den Erfolg der Sachgründung und damit verbunden der Akzeptanz am Kapitalmarkt die Qualität des bisherigen Finanzgebarens von großer Bedeutung ist.

#### b) Die Bedeutung des § 132 UmwG

Nach § 132 S.1 UmwG bleiben „allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen...unberührt“. Die rechtspolitische Berechtigung dieser Vorschrift ist sehr umstritten. Es wird vielfach beklagt, daß damit das Privileg der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nur von geringem praktischen Nutzen sei, da diese weitgehend den Grundsätzen der Einzelrechtsnachfolge nachgebildet ist. Die Literatur ist sich insoweit einig, daß diese Vorschrift einschränkend ausgelegt werden muß. Der Umfang der Einschränkung ist aber strittig<sup>117</sup>.

Dieser Frage kann hier nicht näher nachgegangen werden. An dieser Stelle sei lediglich das Problem herausgegriffen, ob die Spieler als Arbeitnehmer<sup>118</sup> gegen die Ausgliederung ein

---

<sup>113</sup> Urteil vom 26.02.1992, siehe *BFH* BStBl. II 1992, S. 977 ff. (981).

<sup>114</sup> *EuGH* ZIP 1996, S. 42 ff.

<sup>115</sup> Siehe *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1251); *Habersack*, aaO. (Fn. 110), S. 45 ff. (56 f.).

<sup>116</sup> Vgl. dazu *Habersack*, aaO. (Fn. 110), S. 45 ff. (56 f.).

<sup>117</sup> Vgl. dazu ausführlich *Lutter/Teichmann*, UmwG § 132; siehe auch *Henrichs*, ZIP 1995, S. 795 ff. (797).

<sup>118</sup> Nach ganz überwiegender Meinung sind Profifußballer als Arbeitnehmer zu qualifizieren; vgl. *BAG* NJW 1980, S. 470 ff. (470); *Fritzweiler in: ders./Pfister/Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, S. 223 f. Rdnr. 15; *Siebold/Wichert*, SpuRt 1999, S. 93 ff. (95).

Widerspruchsrecht gem. § 613a BGB haben<sup>119</sup>. Über diese Frage wird im Schrifttum kontrovers diskutiert<sup>120</sup>. Eine höchstrichterlicher Entscheidung liegt noch nicht vor. Die Regelung des § 324 UmwG, wonach die Vorschriften der §§ 613a I und IV BGB durch die Wirkung der Eintragung der Verschmelzung unberührt bleiben, liefert keine abschließende Antwort. Die Ansicht, die das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer verneint, stellt auf den Regelungszweck des § 613a BGB<sup>121</sup>. Dieser hat in erster Linie die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Betriebes oder Betriebsteils im Auge. Hier ist anerkannt, daß der Arbeitnehmer wegen des damit verbundenen Schuldnerwechsels analog § 415 BGB ein Zustimmungsrecht hat<sup>122</sup>. Dagegen erfolgt der Betriebsübergang bei der Ausgliederung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, bei der die Gläubiger einem Übergang der Schuldverhältnisse gerade nicht widersprechen können. Demnach sei nicht einzusehen, warum gerade den Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht zugestanden werden soll. Allerdings übersieht diese Ansicht in ihrer Argumentation die besondere Bedeutung der menschlichen Arbeit, die vor allem durch das Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl deutlich wird (Art. 12 I GG). Dieses Grundrecht beinhaltet vor allem das Recht, sich den Arbeitgeber frei auswählen zu dürfen<sup>123</sup>. Aus diesem Grund ist das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer auch bei der Ausgliederung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge zu bejahen<sup>124</sup>. Gesteht man nun den Profifußballern das Widerspruchsrecht gem. § 613a I BGB zu, ergeben sich bei der Geltendmachung erhebliche organisatorische und bilanzielle Schwierigkeiten.<sup>125</sup>

## 2. Die Ausgliederung im Wege der Einzelübertragung

Nachdem die Probleme bei der Ausgliederung nach dem UmwG in Grundzügen aufgezeigt wurden, ist zu klären, ob die nach wie vor rechtlich zulässige Ausgliederung im Wege der Einzelübertragung vorteilhafter ist.

Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben ist die partielle Gesamtrechtsnachfolge ein stark formalisiertes, kosten- und zeitaufwendiges Verfahren. Hierbei ist insbesondere an den mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Beschluss der Mitgliederversammlung des Vereins zu denken. Die Einzelübertragung könnte in dieser Hinsicht Vorteile bieten, wenn bei ihr

---

<sup>119</sup> Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Übergang des Betriebes oder Betriebsteils wurde vom BAG entwickelt und ist st. Rspr.; vgl. *BAG ZIP* 1993, S. 1176 ff. (1177 f.).

<sup>120</sup> Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bejahen *Rieble*, *ZIP* 1997, S. 301 ff. (306); *Lutter/Jost*, *UmwG*, § 324 Rdnr. 27; a.A. *Hennrichs*, *ZIP* 1995, S. 794 ff. (799 f.); *Palandt/Putzo*, § 613a Rdnr. 15; differenzierend *Habersack* in: Scherrer, *Sportkapitalgesellschaften* 1999, S. 45 ff. (61 f.); ausführlich zu Profifußballern *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 1999, S. 93 ff.

<sup>121</sup> Vgl. zum folgenden ausführlich *Hennrichs*, *ZIP* 1995, S. 794 ff. (799 f.).

<sup>122</sup> Vgl. bereits *BAG NJW* 1975, S. 1378 ff. (1378f.).

<sup>123</sup> So *BAG NJW* 1975, S. 1378 ff. (1378 f.); siehe dazu auch *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 1999, S. 93 ff. (94); ähnlich auch *Rieble* *ZIP* 1997, S. 301 ff. (306), der darauf abstellt, daß der Arbeitnehmer nicht zum Objekt betriebswirtschaftlicher Optimierungswünsche gemacht werden darf.

<sup>124</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 120.

<sup>125</sup> Zu diesen Problemen samt Lösungsvorschläge für die Vertragsgestaltung vgl. *Siebold/Wichert*, *SpuRt* 1999, S. 93 ff. (95 f.).

die Zustimmung der Mitgliederversammlung nicht erforderlich ist. Auch hier besteht in der Praxis noch Rechtsunsicherheit, da bislang keine einschlägigen Urteile gefällt wurden. Im Schrifttum wird die Überlegung angestellt, ob unabhängig von einer eventuell bestehenden Ausstrahlungswirkung des Umwandlungsgesetzes<sup>126</sup> auf die Einzelübertragung eine Mitwirkung der Hauptversammlung nach den Grundsätzen der „Holzmüller-Entscheidung“ des BGH erforderlich ist, selbst wenn in der Satzung des betreffenden Vereins keine Bestimmungen über den Unterhalt einer Lizenzfußballmannschaft enthalten sind<sup>127</sup>. Der BGH hatte in dem genannten Fall - der sich freilich auf eine Aktiengesellschaft bezog - entschieden, daß aufgrund eines erheblichen Eingriffs in die Mitgliedschaftsrechte die Ausgliederung eines wertvollen Unternehmensteils der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, auch wenn es sich hierbei nicht um eine Satzungsänderung handelt<sup>128</sup>. Dieser Gedanke ist grundsätzlich auch auf die Mitwirkungsrechte der Vereinsmitglieder bei der Ausgliederung von bedeutenden Vermögenswerten, zu denen zweifellos die Lizenzspielerabteilung gehört, übertragbar<sup>129</sup>. Allerdings läßt sich das Mitwirkungserfordernis nicht auf das Argument stützen, daß durch die Ausgliederung eines bedeutenden Vermögenswertes in das im Anteilseigentum verkörperte Vermögensinteresse der Mitglieder eingegriffen werde<sup>130</sup>, da die Vereinsmitgliedschaft nicht vermögensrechtlich ausgestaltet ist<sup>131</sup>. Entscheidend ist vielmehr, daß bei der Ausgliederung auf die Tochtergesellschaft alle Entscheidungen auf diese übertragen und somit den Vereinsmitgliedern entzogen werden<sup>132</sup>. Lediglich mittelbar über den Vereinsvorstand können die Mitglieder Mitbestimmungsrechte geltend machen, so daß es zu einer Mediatisierung der Rechte kommt<sup>133</sup>. Da die Unterhaltung der Lizenzspielerabteilung als Synonym für die Vereinstätigkeit gilt, spielt sich die Ausgliederung in deren „Kernbereich“<sup>134</sup> ab. Aus diesem Grund besteht eine mit der „Holzmüller-Entscheidung“ vergleichbare Situation. Die Vereinsmitglieder müssen auch hier einer Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung zustimmen. Da es sich dabei in der Regel nicht um eine Zweckände-

---

<sup>126</sup> Die Ausstrahlungswirkung des Umwandlungsgesetzes bejaht *Veil*, ZIP 1998, S. 361 ff. (366); anders die h.M., vgl. *Lutter/Lutter*, UmwG, § 1 Rdnr. 22 ff.; *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 151 f.

<sup>127</sup> Zu den Fallgestaltungen, daß die Satzung solche Bestimmungen enthält und den sich daraus ergebenden Mitwirkungspflichten der Hauptversammlung vgl. *Fuhrmann*, Ausgliederung 1999, S. 131 ff.; *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 152 ff.

<sup>128</sup> Vgl. *BGHZ* 83, S. 122 ff. (131 f.).

<sup>129</sup> Dies ist weitgehend anerkannt. Einschränkend *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1254), der die Übertragbarkeit dieser Grundsätze dann bejaht, wenn durch die Ausgliederung in nicht durch Satzung abbedungene oder stark eingeschränkte Mitgliederrechte eingegriffen wird.

<sup>130</sup> So die maßgebliche Begründung des *BGHZ* 83, 123 ff. (131); vgl. auch *Segna*, ZIP 1997, S. 1901 ff. (1908 f.); *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1253).

<sup>131</sup> Vgl. *Hemmerich*, BB 1983, S. 26 ff. (31).

<sup>132</sup> Siehe *Fuhrmann*, Ausgliederung 1999, S. 132; *Segna*, ZIP 1997, S. 1901 ff. (1909).

<sup>133</sup> So *Hemmerich*, BB 1983, S. 26 ff. (31).

<sup>134</sup> Die Auswirkungen auf den Kernbereich war ebenfalls ein wesentlicher Gesichtspunkt, den der BGH in seiner Entscheidung betont hat; siehe *BGHZ* 83, 123 ff. (131).

rung gem. § 33 I S. 2 BGB handelt, ist der Beschluß ebenfalls mit einer Mehrheit von drei Viertel der erschienenen Mitglieder zu fassen<sup>135</sup>.

Wenn auch in beiden Fällen die Mitwirkung der Mitgliederversammlung erforderlich ist und die Einzelübertragung in dieser Hinsicht kein beschleunigtes Verfahren bietet, liegt ihr Vorteil doch in der mit Ausnahme des § 613a II BGB nicht normierten Haftungsübernahme bzw. –fortdauer des neuen Rechtsträgers<sup>136</sup>. Nachteilig wirkt sich aber vor allem der Umstand aus, daß bei der Singularsukzession die Vertragspartner und Gläubiger der Übertragung der Verbindlichkeiten und Schuldverhältnisse zustimmen müssen<sup>137</sup>. Die Entscheidung, welcher Weg der vorteilhaftere ist, kann somit nicht generell getroffen werden, sondern bleibt von den jeweiligen konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig<sup>138</sup>.

#### **IV. Die Konsequenzen der Ausgliederung**

##### **1. Konzernrechtliche Konsequenzen**

Da die Vereine nach den rechtlichen Vorgaben des DFB 100 % der Anteile an der Komplementär-GmbH halten müssen, stellt sich die Frage, ob für sie nicht der Konzerntatbestand des § 18 AktG eingreift oder zumindest eine Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG vorliegt. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob der Verein unter den Begriff des herrschenden Unternehmens im Sinne des Konzernrechts zu subsumieren ist.

Der konzernrechtliche, rechtsformunabhängige Unternehmensbegriff ist durch teleologische Auslegung zu ermitteln<sup>139</sup>. Dabei gilt zu berücksichtigen, daß das Konzernrecht in erster Linie den Gefahren begegnen will, die aufgrund eines Konflikts zwischen den wirtschaftlichen Interessen der verbundenen Unternehmen entstehen können. Die Stellung eines Alleingeschafters genügt für das Bejahen eines konzernrechtlichen Unternehmens nicht. Hinzukommen muß, daß er neben der Beteiligung an der Gesellschaft „anderweitige wirtschaftliche Interessenverbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er können wegen dieser Bindung seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluß auf die Gesellschaft zu deren Nachteil ausüben“<sup>140</sup>.

Die Unternehmenseigenschaft des Vereins ist demnach zu bejahen, wenn er neben der Beteiligung an der Komplementär-GmbH noch weitere unternehmerische Beteiligungen hält<sup>141</sup> oder selbst eigene unternehmerische Aktivitäten entfaltet, die nicht vom Nebenzweckprivi-

---

<sup>135</sup> Vgl. dazu ausführlich *Fuhrmann*, Ausgliederung 1999, S. 132 ff.

<sup>136</sup> Zur Haftung bei der partiellen Gesamtrechtsnachfolge siehe § 133 I UmwG vgl. *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 143.

<sup>137</sup> Vgl. *Müller*, aaO. (Fn. 135), S. 144.

<sup>138</sup> Zur Abwägung der beiden Ausgliederungsmöglichkeiten vgl. *Nagl*, BB 1996, S. 1221 ff. (1225).

<sup>139</sup> Vgl. nur *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 2 S. 27 ff.; *Timm*, JuS 1999, S. 656 ff. (656).

<sup>140</sup> Vgl. *BGH WM* 1997, S. 967 ff. (969); *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 2 S. 28.

<sup>141</sup> Zu denken ist hier vor allem an Tochtergesellschaften, die z.B. den Fanartikelverkauf durchführen.

leg gedeckt sind<sup>142</sup>. Die Folge hiervon ist das Eingreifen der konzernrechtlichen Haftungstatbestände der § 311 ff. AktG, insbesondere § 317 AktG, sofern es sich um einen faktischen Konzern handelt<sup>143</sup>. Verfügt der Verein neben seiner Beteiligung über keinen weiteren unternehmerischen Einfluß auf andere Gesellschaften, kann er nicht als Unternehmen im Sinne des Konzernrechts angesehen werden<sup>144</sup>. Eine Haftung des Vereins nach §§ 311 ff. AktG kommt folglich nicht in Betracht.

Fraglich ist, ob der Verein der konzernrechtlichen Haftung dadurch entgehen kann, wenn nicht er, sondern die dazwischengeschaltete GmbH & Co KGaA wesentliche Beteiligungen an weiteren Unternehmen hält. Rein formal betrachtet ist der Verein zu 100 % nur an der Komplementär-GmbH beteiligt, so daß er nicht unter den Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG subsumiert werden kann. Viele Stimmen halten eine derartige Konstruktion zur Umgehung der konzernrechtlichen Tatbestände für zulässig<sup>145</sup>. Gegen diese Ansicht werden aber von einer starken Gegenmeinung beachtliche Argumente vorgebracht. Sie sehen die Gefahr, daß der Verein durch die Einschaltung einer sog. Zwischenholding die konzernrechtlichen Regelungen umgehen kann<sup>146</sup>. Durch das Zwischenschalten der GmbH & Co KGaA als Holdinggesellschaft ändert sich nichts an der Möglichkeit des Vereins, den gesamten Konzern steuern zu können. Wenn auch die Konzernorganisation rein formal umgestaltet wurde, ändert sich wirtschaftlich gesehen nichts. Es bleiben genau die Konflikte und Gefahren zwischen den Unternehmen bestehen, denen das Konzernrecht gerade entgegenzutreten will<sup>147</sup>. Der Verein kann sich demnach nicht dadurch der Konzernhaftung entziehen, indem weitere Gesellschaften an der GmbH & Co KGaA angliedert werden.

## 2. Vereinsrechtliche Konsequenzen

Abschließend bleibt zu klären, ob durch die vollzogene Ausgliederung die Vereine wieder als Idealvereine angesehen werden können. Von entscheidender Bedeutung ist dabei die Frage, ob sich der Verein die wirtschaftliche Tätigkeit der GmbH & Co KGaA und eventuell weiterer bestehender Tochtergesellschaften zurechnen lassen muß.

Ist der Verein nicht als herrschendes Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne anzusehen, scheidet eine Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit von vornherein aus. Die mangelnde Gefährdung des Rechtsverkehrs durch etwaige konzernrechtliche Haftungsrisiken erlaubt

---

<sup>142</sup> Vgl. *Habersack* in: Scherrer, Sportkapitalgesellschaften 1999, S. 45 ff. (52); *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 197.

<sup>143</sup> Auf die Einzelheiten kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen werden. Siehe dazu ausführlich *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 203 ff.; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 20.

<sup>144</sup> Siehe *Heermann*, ZIP 1998, S. 1249 ff. (1258); *Segna*, ZIP 1997, S. 1901 ff. (1906).

<sup>145</sup> Vgl. *BGH AG* 1980, S. 342 ff.; *Priester*, ZIP 1986, S. 137 ff. (144 f.).

<sup>146</sup> Eine solche Konstruktion wird tatsächlich vorgeschlagen, um der konzernrechtlichen Haftung zu entgehen; vgl. *Priester*, ZIP 1986, S. 138 ff. (144); *Hommelhoff*, DB 1992, S. 309 ff. (312).

<sup>147</sup> Vgl. *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 2 S. 32 und § 29a S. 460; *Sprengel*, Vereinskonzernrecht 1998, S. 95; *Sonnenschein/Holdorf*, JZ 1992, S. 715 ff. (724).

keine Qualifikation als wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB. Des weiteren spricht die organisatorische und rechtliche Trennung der Gesellschaften gegen eine solche Zurechnung. Kann aber der Verein unter den Begriff des herrschenden Unternehmens im Sinne der §§ 15; 311 ff. AktG subsumiert werden, ist umstritten, ob das konzernrechtliche Haftungsrisiko als solches bereits die Annahme rechtfertigt, der Verein sei weiterhin als wirtschaftlicher Verein gem. § 22 BGB zu beurteilen.

Der BGH hat im sog. „ADAC-Urteil“<sup>148</sup> diese Frage verneint und seine Ansicht damit begründet, daß „das Fehlen einer wirtschaftlichen Haftungsgrundlage...weitgehend dadurch ausgeglichen werde, daß die Ansprüche der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft gegen den Verein als herrschendes Unternehmen ergänzt würden durch die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung des Vorstands des herrschenden und der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder des abhängigen“<sup>149</sup>. Aus diesem Grund würden die Gläubiger der abhängigen Gesellschaften vielfach sogar besser stehen als bei einem einzelkaufmännischen Betrieb als herrschendem Unternehmen<sup>150</sup>. Diese Argumentation des BGH hat nur vereinzelt Zustimmung gefunden, überwiegend war sie heftiger und auch berechtigter Kritik ausgesetzt<sup>151</sup>. Die Ausführungen können schon deshalb nicht überzeugen, da die vom BGH angesprochene Haftung gem. §§ 317 III, 318 AktG lediglich neben die Haftung des herrschenden Unternehmens tritt und eben keine Haftungskompensation darstellt<sup>152</sup>. Auch schlägt der Vergleich mit einem Einzelkaufmann fehl, da bei diesem eine kumulative Haftung von vornherein ausscheidet. Eine sachgerechte Lösung läßt sich indes finden, wenn man die oben beschriebene Funktion des § 22 BGB beachtet. Durch die drohende Haftung des Vereins und der damit zusammenhängenden Gefährdung des Vereinsvermögens erwächst für die Vereinsgläubiger die Gefahr, daß sie ihre Ansprüche nicht mehr verwirklichen können. Aus diesem Grund sind die Vereine dem Typus des wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB) zuzurechnen. Selbstverständlich kommt auch hier die Privilegierung durch das Nebenzweckprivileg<sup>153</sup> in Betracht<sup>154</sup>. Dies dürfte aber bei den Bundesligavereinen keine Anwendung finden, da die wirtschaftliche Tätigkeit nicht dem ideellen Hauptzweck funktional untergeordnet ist<sup>155</sup>.

Die Vereine müssen sich also die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Tochtergesellschaften dann

---

<sup>148</sup> BGHZ 85, S. 84 ff.

<sup>149</sup> So BGHZ 85, S. 84 ff. (91).

<sup>150</sup> BGHZ 85, S. 84 ff. (91).

<sup>151</sup> Dem BGH zustimmend *Hemmerich*, BB 1983, S. 26 ff.; dagegen etwa Flume, Die juristische Person, § 4 II S. 113 f., der die Ausführungen des BGH als „wunderliche Argumentation bezeichnet“; *Reuter*, ZIP 1984, S. 1052 ff.; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 29a, S. 461.

<sup>152</sup> Zutreffend *Reuter*, ZIP 1984, S. 1052 ff. (1055f.); zustimmend *Müller*, Der deutsche Berufsfußball 2000, S. 208 f.

<sup>153</sup> Zu den Anforderungen an das Nebenzweckprivileg vgl. oben II. 1.2.

<sup>154</sup> So auch *Schmidt*, NJW 1983, S. 543 ff. (545 f.); *Reuter*, ZIP 1984, S. 1052 ff. (1059 ff.).

<sup>155</sup> Vgl. dazu *Habersack* in: Scherrer, Sportkapitalgesellschaften, S. 45 ff. (53); ausführlich oben II. 1.2.

zurechnen lassen, wenn sie die Stellung eines herrschendes Unternehmens im konzernrechtlichen Sinne haben<sup>156</sup>. Durch die Ausgliederung kann somit der Rechtsformverfehlung nicht beseitigt werden.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Die Vereine der Bundesliga sind nicht als Idealvereine im Sinne des § 21 BGB anzusehen. Ihnen ist nach § 43 II BGB die Rechtsfähigkeit zu entziehen.
2. Die GmbH & Co KGaA ist eine Rechtsform, die dem Komplementär eine starke Position einräumt. Ihr wesentlicher Vorteil gegenüber der AG liegt in der satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit und in der Gewährleistung der Einflußsicherung des Vereins als Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH. Ob sie aber zum Zwecke der Börseneinführung eine echte Alternative zur AG sein kann, bleibt aufgrund der bestehenden Skepsis des Kapitalmarktes abzuwarten. Auf jeden Fall müssen bei einer die Rechte der Aktionäre einschränkenen Satzung beim Going-Public deutliche Bewertungsabschläge vorgenommen werden. Anschließend hängt die Akzeptanz nicht unmittelbar von der Rechtsform als vielmehr von der Qualität des Managements ab. Von entscheidender Bedeutung wird sein, inwiefern dem Gewinnmaximierungsprinzip nachgegangen wird.
3. Bei der Ausgliederung ist sowohl die partielle Gesamtrechtsnachfolge als auch die Singularsukzession anwendbar. Welche Form vorteilhafter ist, bleibt eine Frage des Einzelfalls.
4. Durch die 100 %-ige Beteiligung an der Komplementär-GmbH ist der Verein nach erfolgter Ausgliederung als herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts anzusehen, wenn er daneben noch weitere Tochtergesellschaften besitzt oder weitere wesentliche Beteiligungen an Unternehmungen hält. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaften an der GmbH & Co KGaA angegliedert sind und der Verein darüber hinaus keine weiteren Beteiligungen hält. Daraus ergeben sich für den Verein konzernrechtliche Haftungspflichten.
5. Diese konzernrechtlichen Haftungspflichten erlauben auch weiterhin keine Einordnung der Vereine als Idealvereine. Durch die Ausgliederung kann in einem solchem Fall der bestehenden Rechtsformverfehlung nicht entgegengetreten werden.

---

<sup>156</sup> A.A. *Steinbeck/Menke*, SpuRt 1998, S. 226 ff. (229), die aber übersehen, daß der Grund für die Haftung des Vereins als Konzernmutter nicht allein ein pflichtwidriges Handeln der Organe, sondern die Folge der Stellung als Konzernmutter ist; zum Zweck des Haftungsmodells vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 IV 2b, S. 965 ff. einerseits und *Emmerich/Sonnenschein*, § 19 S. 333 ff. andererseits.