

Grundlegende Probleme mit dem Grundlagenvertrag? – Eine zivilrechtliche Analyse

Von Dr. Alexander Scheuch, Münster*

Das Verhältnis zwischen Profi- und Amateurfußball wird nicht selten kritisch beäugt. Im Fokus steht derzeit insbesondere der Grundlagenvertrag¹ zwischen Deutschem Fußball-Bund (DFB) und dem DFL e. V.² An die Spitze der Bewegung für eine stärkere finanzielle Teilhabe der Amateurvereine hat sich der frühere Präsident der SpVgg Unterhaching, Engelbert Kupka, gesetzt. In einem in dieser Zeitschrift erschienenen Interview hat Kupka, selbst Jurist, auch in rechtlicher Hinsicht eine „volle Breitseite“ Richtung DFB und DFL abgefeuert.³ Die Kritik betrifft teils grundlegende vereinsrechtliche Fragen. Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, nach einer Einführung in die Ausgangslage (I.) die Problempunkte zu identifizieren und einer nüchternen, unparteiischen Beurteilung zu unterziehen (II.). Die Einschätzung soll ausschließlich zivilrechtlicher Natur sein, die strafrechtliche oder gar sportpolitische Bewertung anderen vorbehalten bleiben.⁴

I. Grundlagen

Der DFB hat die Nutzung seiner Einrichtungen „Bundesliga“ und „2. Bundesliga“ der DFL überlassen, die das operative Geschäft ihrerseits einer Tochter-GmbH übertragen hat. Der Ligaverband ist neben den Landes- und Regionalverbänden Mitglied im DFB, und dem DFB-Präsidium gehören Vertreter der DFL an.⁵ Die besonderen Rechte und Pflichten der DFL regelt die DFB-Satzung in §§ 16 ff. Über die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen DFB und DFL werden laut § 18 „vertragliche Regelungen“ getroffen. Angesprochen ist damit der – an anderen Stellen der Satzung explizit als solcher bezeichnete – „Grundlagenvertrag“ (im Folgenden auch: GLV). Die Abstimmung über diesen Vertrag im DFB-Präsidium hat ohne Beteiligung der DFL-Vertreter zu erfolgen. Der Vertrag wird unwirksam, wenn er nicht vom DFB-Bundestag – der Versammlung von Delegierten der Mitgliedsverbände – bestätigt wird.⁶

Der aktuelle Grundlagenvertrag zwischen DFB und DFL ist mit einer Laufzeit von Mitte 2017 bis Mitte 2023 ausgestattet. § 4 GLV setzt als jährlichen „Pachtzins“ für die Überlassung der Bundesligen drei Prozent der weltweit erzielten Gesamteinnahmen aus der Bundesligavermarktung (einschließlich Medienrechte) fest. Einzelheiten soll „die Zusatzvereinbarung zum Grundlagenvertrag“ regeln. Umgekehrt schuldet der DFB der DFL im Zusammenhang mit der Abstellung der Nationalspieler und der Nutzung von deren Persönlichkeitsrechten eine Beteiligung zwischen 15 und 30 Prozent an den Einnahmen aus der Vermarktung der A-Nationalmannschaft (§ 5 III GLV). Der genaue Prozentsatz soll sich nach der Einnahmenentwicklung richten. Die Regelung von Einzelheiten wird wiederum der Zusatzvereinbarung überlassen. Der Vertrag steht – § 18 der Satzung entsprechend – gemäß § 12 I GLV unter der auflösenden Bedingung seiner Nichtbestätigung durch den DFB-Bundestag im November 2016.

Die erwähnte Zusatzvereinbarung ist bislang nicht publiziert worden. Sie soll den Delegierten der Landesverbände auf dem DFB-Bundestag nicht vorgelegen haben.⁷ Eine zwischenzeitlich vom DFB veröffentlichte Stellungnahme verschafft zum Teil Aufklärung:⁸ Die Vereinbarung habe es erstmals ab 2009 gegeben. Sie deckele den Anspruch des DFB aus § 4 I GLV auf 26 Mio. Euro jährlich, während die Forderung der DFL aus § 5 III GLV ihrerseits bei 20 Mio. gekappt werde. Da beide Forderungen offenbar in den vergangenen Jahren stets den Deckel erreichten,⁹ wies der Finanzbericht des DFB seit 2013 im Posten „Grundlagenvertrag“ stets einen Überschuss von nahezu exakt sechs Mio. Euro aus.¹⁰ Die Finanzplanung 2017 bis 2019 schreibt den Posten in dieser Höhe fort.¹¹

II. Einzelne Problempunkte

Um den bunten Strauß an Kritikpunkten zu systematisieren, den Engelbert Kupka vorgebracht hat, bietet sich eine Aufteilung in vier Komplexe an. Die Haupteinwände beziehen sich auf das Zustandekommen des aktuellen Grundlagenvertrags bzw. auf die Zusatzvereinbarung (dazu 1.). Für rechtlich unzulässig hält Kupka ferner die Saldierung der gegenseitig geschuldeten Leistungen aus §§ 4 I, 5 III GLV (dazu 2.). Auch würden DFB und DFL ihren Pflichten gegenüber dem Amateurlager nicht nachkommen (3.). Zudem habe der DFB der DFL mehr gezahlt als geschuldet (4.).

* Verf. ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Alle genannten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 24. 10. 2017. – Verf. legt Wert auf die Feststellung, kein intimer Kenner des Innenlebens von DFB und DFL zu sein. Was den zu bewertenden Tatbestand betrifft, wird deswegen auf einschlägige Medienberichte und publizierte Äußerungen der Beteiligten zurückgegriffen.

1 Abgedruckt bei SpuRt 2017, 104 ff. und abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/128749-15_DFB_DFL_Grundlagenvertrag.pdf.

2 Im Folgenden schlicht „DFL“. Damit ist folglich nicht die Ligaverbands-Tochter „DFL GmbH“ (dazu u. I.) gemeint.

3 Wird der Grundlagenvertrag korrekt umgesetzt?, SpuRt 2017, 101 ff.

4 Zur zwischenzeitlich publik gewordenen Einschätzung der StA Frankfurt a. M. s. SZ.de, „Zu Lasten der Amateure“, 24. 10. 2017, <http://www.sueddeutsche.de/sport/kritik-an-der-dfb-zu-lasten-der-amateure-1.3722645>. Auch die DFB-Ethikkommission befasst sich offenbar mit der Thematik, s. SZ.de a. a. O.

5 § 33 lit. b) und c) aa) der Satzung (abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/128750-02_Satzung.pdf). Zwei dieser DFL-Repräsentanten sind gemäß § 35 DFB-Satzung Mitglied im Präsidialausschuss, dem Vertretungsorgan i. S. d. § 26 I 2 BGB.

6 S. neben § 18 auch § 24 Nr. 2 e) DFB-Satzung.

7 Vgl. SpuRt 2017, 101, 103.

8 „Fragen und Antworten zum Grundlagenvertrag“ (https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/135926-FAQs_Grundlagenvertrag.pdf; im Folgenden DFB-FAQ). S. insb. DFB-FAQ, Nrn. 4, 5.

9 Zu den Zweifeln Kupkas hieran s. u. II. 4.

10 DFB-Jahresbericht 2013 bis 2016 (https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/120922-JAHRESBERICHT_DFB_GESAMT_fu%C2%A6%C3%AAr_APP.pdf) S. 96; DFB-Finanzbericht 2016 (https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/143623-DFB_Finanzbericht_2016.pdf) S. 24 f.

11 DFB-Jahresbericht 2013 bis 2016 (o. Fn. 10), S. 98.

1. Wirksamkeit des Grundlagenvertrags und der Zusatzvereinbarung

Die Wirksamkeit des GLV bzw. der Zusatzvereinbarung lässt sich unter verschiedenen Gesichtspunkten in Frage stellen (dazu im Einzelnen a) bis c)). Selbst im Falle eines positiven Ergebnisses könnten sich die DFB-Organmitglieder eventuell dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens ausgesetzt sehen (dazu d)).

a) Auswirkungen möglicher Interessenkollisionen auf den Abschluss von Grundlagenvertrag und Zusatzvereinbarung

Von vornherein entgegenstehen könnte einem wirksamen Abschluss von Grundlagenvertrag und Zusatzvereinbarung das Vorliegen von Interessenkollisionen. *Kupka* stört sich konkret daran, dass die DFL-Vertreter im DFB-Präsidium über die im Rahmen des GLV geschuldeten Leistungen der DFL „mitberaten und entscheiden“, obwohl – so seine kommunalrechtliche Analogie – jeder Gemeinderatsbeschluss bei vergleichbarer Fallgestaltung ungültig wäre.¹²

Zwar bestehen allgemein Zweifel, ob gesetzliche Stimmverbote wie § 28 i. V. m. § 34 BGB Konstellationen wie die vorliegende erfassen – man denke an „Doppelmandate“ im AG-Konzern.¹³ Allerdings sind die DFL-Vertreter jedenfalls kraft § 18 der DFB-Satzung von der Beschlussfassung über den Grundlagenvertrag ausgeschlossen. Ein Verstoß würde zunächst die DFB-interne Willensbildung betreffen. Auf die Vertretung nach außen könnte dies unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsbefugnis durchschlagen,¹⁴ denn der DFL wären die Kenntnisse, die ihre Vertreter vom Verstoß gegen das DFB-Innenrecht hätten, zurechenbar.¹⁵ Dafür, dass die DFL-Repräsentanten entgegen dem Verbot abgestimmt hätten, liegen allerdings keine Anhaltspunkte vor. Eine ggf. *zuvor erfolgte Beteiligung* an den Verhandlungen könnte den DFL-Vertretern insoweit nicht zum Vorwurf gemacht werden, wie sie daran *auf Seiten der Liga* teilgenommen haben.¹⁶ Zumindest für gesetzliche Stimmverbote ist ferner anerkannt, dass diese die Teilnahme an Versammlung und Aussprache – und somit eine Einflussnahme – gerade nicht ausschließen.¹⁷ Es bestehen grundlegende Unterschiede zu den kommunalrechtlichen Mitwirkungsverboten, die persönlich wie gegenständlich weiter gefasst sind.¹⁸

b) Wirksamkeit des Bestätigungsbeschlusses des DFB-Bundestags

Allerdings stellt sich die Frage, ob der DFB-Bundestag im November 2016 einen wirksamen bzw. immerhin „bestandskräftigen“ Bestätigungsbeschluss zum GLV

gefasst hat. Ansonsten wäre die auflösende Bedingung gemäß § 12 I GLV eingetreten.¹⁹ Für *Engelbert Kupka* steht fest: Die Delegierten des DFB-Bundestags seien sich mangels Kenntnis der Inhalte der Zusatzvereinbarung nicht im Klaren über die Konsequenzen ihrer Abstimmung gewesen; die Abstimmung sei deshalb unwirksam.²⁰ Doch wäre dies tatsächlich die Rechtsfolge einer fehlenden Information der Delegierten?

aa) Bestehen und Umfang einer Informationspflicht
Im Aktienrecht statuiert § 124 II 3 AktG eine Pflicht, vor Beschlüssen der Hauptversammlung über einen zustimmungsbedürftigen Vertrag dessen wesentlichen Inhalt bekanntzumachen.²¹ Zu gewähren sind – gar schon mit der Tagesordnung – die für die Entschlussfassung des verständigen Aktionärs erforderlichen Informationen, sodass jedenfalls die vertraglichen Hauptleistungspflichten darzustellen sind.²² Schon unter diesem Gesichtspunkt erschiene es angezeigt, neben der vertraglichen Grundregel zur Gegenleistung auch eine Deckelung, wie sie die Zusatzvereinbarung enthält, bekanntzumachen. Eine solche Pflicht ergäbe sich zudem aus dem Postulat, dass neben dem zustimmungsbedürftigen Vertrag auch sonstige Vereinbarungen offenzulegen seien, die mit dem Vertrag in einem engen und für die Aktionäre relevanten Zusammenhang stehen.²³ Die vom vereinsrechtlichen Schrifttum formulierten Anforderungen an die Informationsgewährung durch den Vorstand klingen ähnlich: Jedenfalls im Rahmen der Versammlung müsse der Vorstand von sich aus die für Aussprache und Willensbildung erforderlichen Informationen unterbreiten; ein Vertrag, auf den sich eine Abstimmung beziehen soll, müsse zur Einsichtnahme zur Verfügung stehen.²⁴

bb) Ausnahmen von der Informationspflicht
Allerdings hat der BGH Ende der 1980er-Jahre – auch unter Verweis auf bestehende Unterschiede zum Aktienrecht – die Beschlussfassung über zu übernehmende Regelwerke übergeordneter Verbände für wirksam gehalten, obwohl deren Texte den Mitgliedern vor der Beschlussfassung nicht vorgelegt worden waren. In Anbetracht besonderer Umstände sei davon auszugehen gewesen, „daß diejenigen Mitglieder, die an einer eingehenderen Vorbereitung interessiert waren, sich diese Regelwerke in Eigeninitiative zu verschaffen wüßten, falls sie ihnen nicht ohnedies hinreichend bekannt waren.“²⁵ Die zwei Gesichtspunkte, die zu Einschränkungen der Bekanntmachungspflicht führen können, sind demnach (1) das Bestehen anderweitig erlangter Kenntnisse der Mitglieder oder (2) die (einfache) Beschaffbarkeit der entsprechenden Informationen.

In der zitierten Entscheidung hat der BGH eine Bekanntheit der betroffenen Verbandsregelwerke damit

12 SpuRt 2017, 101, 103.

13 Das Geschäft wird nicht mit einem Vorstandsmitglied selbst, sondern mit einer von diesem vertretenen juristischen Person geschlossen. Vgl. zur GmbH BGH NZG 2012, 625, 628 (Rn. 33) m. w. N.; offenlassend zur WEG jüngst BGH NZG 2017, 780, 781 (Rn. 16).

14 Allg. dazu Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 164 Rn. 13 f. Für den Vereinsvorstand etwa *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 2545 ff.; *Stöber/Otto*, Hdb. Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 451. Vgl. auch noch u. II. 2. c) aa).

15 Zur Wissenszurechnung im Verein etwa BeckOGK-BGB/*Segna*, Stand: 1. 7. 2017, § 26 Rn. 50 ff. m. w. N.

16 Vgl. zu den Pflichten bei Interessenkollisionen durch Vorstandsdoppelmandat *Hölters/Hölters*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 76 Rn. 58.

17 Deutlich OLG Saarbrücken NZG 2014, 343, 344; s. ferner jurisPK-BGB/*Otto*, 8. Aufl. 2017, § 34 Rn. 7; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 1555; BeckOK-BGB/*Schöpflin*, Stand: 15. 6. 2017, § 34 Rn. 11. Selbst ein Verstoß gegen das Stimmverbot muss nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit des Vorstandsbeschlusses führen, s. BeckOGK-BGB/*Segna*, Stand: 1. 7. 2017, § 28 Rn. 13.

18 Vgl. etwa § 49 BayGO; §§ 43 II, 31 I GO NRW.

19 Es lässt sich fragen, ob bereits ein Beschluss, dessen Ungültigkeit lediglich nicht festgestellt ist, den Eintritt der auflösenden Bedingung verhindert. Angesichts der Bedeutung des GLV dürfte diese Auslegung naheliegen.

20 SpuRt 2017, 101, 102 und 103.

21 Die Regelung erfasst auch vertragliche Zustimmungserfordernisse, s. MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl. 2013, § 124 Rn. 18 m. w. N.

22 *Hölters/Drinhausen*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 124 Rn. 12; *Spindler/Stilz/Rieckers*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 124 Rn. 20 f.

23 Z. B. *Deilmann/Messerschmidt*, NZG 2004, 977, 979 f.; *Hüffer/Koch/Koch*, AktG, 12. Aufl. 2016, § 124 Rn. 14 (jeweils unter Verweis auf BGHZ 82, 188, 195 ff. = NJW 1982, 933). Der DFB betont selbst, dass GLV und Zusatzvereinbarung ein einheitliches Vertragswerk bilden (s. u. II. 1. c) aa)).

24 *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 1705; jurisPK-BGB/*Otto*, 8. Aufl. 2017, § 32 Rn. 56.

25 BGH NJW-RR 1989, 376, 378.

begründet, dass das Vereinsleben bereits seit Jahren durch das betroffene Verbandsrecht bestimmt worden sei.²⁶ Eine ähnliche Argumentation liegt mit Blick auf die Zusatzvereinbarung nicht fern. Die Vereinbarung soll schließlich bereits seit 2009 existieren. Freilich war der Text den Delegierten offenbar gleichwohl nicht bekannt. Man könnte folglich allenfalls argumentieren, den Delegierten seien immerhin die resultierenden Tatsachen bekannt gewesen, sodass die Existenz der „Deckel“ nicht zweifelhaft sein konnte. Im DFB-Finanzbericht 2015 findet sich indes kein ausdrücklicher Hinweis auf die Deckelung.²⁷ Einem aufmerksamen Delegierten wäre jedoch zumindest aufgefallen, dass die aus dem Grundlagenvertrag stammenden Ansprüche Jahr für Jahr praktisch unverändert blieben. Auch diese Erkenntnis hätte freilich keinen präzisen Rückschluss auf die Ursachen (und erst recht nicht auf die *künftig* angestrebte Praxis) erlaubt.²⁸ Es erscheint daher nicht angebracht, den Delegierten eine (mittelbare) Kenntnis zu unterstellen, die eine Bekanntmachung entbehrlich gemacht hätte.

Eine Entbehrlichkeit könnte sich nach der – in der Literatur kritisierten²⁹ – Marschroute des BGH aber ferner ergeben, wenn eine einfache Auskunftsmöglichkeit bezüglich des Inhalts der Zusatzvereinbarung bestanden hätte. Anlass für ein Auskunftsverlangen auf dem Bundestag war durchaus gegeben: Dass eine Zusatzvereinbarung als integraler Bestandteil der Absprachen mit der Liga vorgesehen war, ergab sich unmissverständlich aus dem Text des Grundlagenvertrags. Selbst nach den Ausführungen des BGH verbleibt die Verantwortung für die Informationsbeschaffung indes grundsätzlich beim Vorstand. Die Mitglieder werden nur in engen Grenzen auf eigene Ermittlungen verwiesen. Man gönnt ihnen ein gewisses Maß an Apathie. Im oben angesprochenen Verfahren hat der BGH etwa die Einsichtnahme im Vereinssekretariat oder die Beschaffung von Textausgaben aus dem Buchhandel für zumutbare Wege der Informationsbeschaffung gehalten.³⁰ Vergleichbare Möglichkeiten bestanden bezüglich der Zusatzvereinbarung nicht. Vieles spricht demnach dafür, hier nicht ausnahmsweise Erkundigungsobliegenheiten der Mitglieder anzunehmen, sondern auf die Offenlegungspflicht des Vorstandes als Grundsatz zurückzugreifen.³¹

Es bestehen somit deutliche Anhaltspunkte dafür, dass die Delegierten des DFB-Bundestags über den wesentlichen Inhalt der Zusatzvereinbarung aufzuklären gewesen wären.

cc) Rechtsfolgen einer Informationspflichtverletzung

Die Rechtsprechung des BGH hat immerhin für das Aktienrecht eindeutig festgehalten, dass Beschlüsse fehlerhaft sind, wenn wesentliche Informationen vorenthalten wurden.³² Die herrschende Auffassung in der

vereinsrechtlichen Literatur positioniert sich in vergleichbarer Weise.³³

Freilich ist seit Langem umstritten, ob das nach Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterscheidende Beschlussmängelregime der §§ 241 ff. AktG (im Grundsatz) auf das Vereinsrecht zu übertragen oder ob dort nur zwischen wirksamen und nichtigen Beschlüssen zu differenzieren ist.³⁴ Wenngleich aus wissenschaftlicher Sicht eine Orientierung am Aktienrecht überzeugt,³⁵ wird sich die praktische Beurteilung einstweilen an der letztgenannten Auffassung, der die ständige Rechtsprechung folgt, orientieren müssen.

Die Gerichte versuchen zugleich, die Folgen der strengen Dichotomie zwischen gültigen und ungültigen Beschlüssen abzumildern.³⁶ So ist nach neuerer Rechtsprechung des BGH zunächst festzustellen, ob der Rechtsverletzung eine – am Schutzzweck der verletzten Bestimmung orientierte und aus Sicht eines objektiven Vereinsmitglieds zu beurteilende – hinreichende „Relevanz“ zukommt.³⁷ Eine solche wird man der unzureichenden Informationsgewährung über den Beschlussgegenstand attestieren können.³⁸ Vielfach wird die endgültige Nichtigkeit allerdings zusätzlich von einer Rüge durch die benachteiligten Vereinsmitglieder abhängig gemacht, sofern Regelungen verletzt sind, die lediglich dem Individual- und nicht dem Gesamtinteresse dienen.³⁹ In Anbetracht der insoweit bestehenden Meinungsvielfalt ließe sich die fehlende Information über die Zusatzvereinbarung je nach Argumentation durchaus in beide Kategorien einordnen.⁴⁰ Die propagierte Differenzierung ist freilich bei Lichte betrachtet von vornherein unmöglich durchzuführen.⁴¹ Es empfiehlt sich stattdessen eine Rückbesinnung auf den Grund des Rügerfordernisses. Einem Vereinsmitglied, das sich trotz unterlassener Rüge auf die Beschlussnichtigkeit beruft, wird ein treuwidriges Verhalten angelastet.⁴² Betrachtet man den vorliegenden Sachverhalt unter diesem Blickwinkel, so ist zu konstatieren: Jeder durchschnittlich aufmerksame und gewissenhafte Delegierte hätte bei simpler Lektüre des Grundlagenvertrags bemerkt, dass bestimmte Regelungen in eine Zusatzvereinbarung ausgelagert wurden. Dies hätte Anlass gegeben, noch vor der Beschlussfassung zu monieren, dass deren Inhalt nicht bekannt gemacht worden sei.⁴³ Eine spätere Berufung auf eine Unwirksamkeit erscheint angesichts dieser zumutbaren, effektiven und für den Ver-

26 BGH NJW-RR 1989, 376, 378.

27 DFB-Finanzbericht 2015 (https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/105123-DFB-Finanzbericht2015.pdf), S. 22; dies relativiert die Aussage bei DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 11.

28 Für die gleichförmigen Zahlungen käme neben einem Deckel etwa auch eine generelle Pauschalierung in Betracht.

29 Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 1403.

30 BGH NJW-RR 1989, 376, 378.

31 Zum Teil wird den Delegierten ein im Vergleich zu Mitgliedern erhöhtes Maß an Selbstinformation abgefordert (vgl. MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 74). Der DFB-Bundestag ist jedoch keine Delegiertenversammlung im eigentlichen Sinne (näher BeckOGK/Notz, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 199 ff.). Ohnehin fällt das Schutzbedürfnis Delegierter eher höher aus (BeckOGK/Notz, a. a. O., Rn. 216).

32 BGHZ 149, 158 f. = NJW 2002, 1128.

33 BeckOGK/Notz, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 165; jurisPK-BGB/Otto, 8. Aufl. 2017, § 32 Rn. 56; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 1708, 1988; BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 32.1. Die abweichende Entscheidung OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1998, 396, 397 ist als „Ausreißer“ einzustufen (so auch BeckOGK/Notz, a. a. O.).

34 Letzteres entspricht der h.Rspr., s. BGH NJW 2008, 69, 72 (Rn. 36); BGHZ 59, 369, 371 f. = NJW 1973, 235. Monografisch Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017.

35 Eingehend MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 50 ff.

36 Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 212; Stöber/Otto, Hdb. Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 863.

37 BGH NJW 2008, 69, 73 (Rn. 44).

38 S. auch Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 2022.

39 S. BeckOGK/Notz, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 175 m. w. N.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 213.

40 Bezeichnend einerseits BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 32.1 (formell), andererseits BeckOGK/Notz, Stand: 15. 6. 2017, § 32 Rn. 165 (materiell).

41 Überzeugend MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 64; s. auch Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 55.

42 So jurisPK-BGB/Otto, 8. Aufl. 2017, § 32 Rn. 92; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 1997.

43 Damit wird nicht die oben (II. 1. b) bb)) getroffene Aussage revidiert, die Delegierten hätten sich nicht selbst um eine Kenntnis der Zusatzvereinbarung bemühen müssen. Hier geht es einzig darum, ob das Fehlen der Bekanntmachung hätte gerügt werden müssen.

ein milderen Alternative treuwidrig.⁴⁴ Wertungsmäßig mag man ergänzend einen Quervergleich zur „blinden“ Unterschrift unter ungelesene Schriftstücke heranziehen: Dem Unterschreibenden wird das Recht zur Irrtumsanfechtung versagt, sofern er sich nicht eine bestimmte Vorstellung über den Inhalt gemacht hat.⁴⁵ Delegierte, denen die erkennbare Existenz einer inhaltlich unbekanntem Zusatzvereinbarung offenbar gleichgültig ist, handeln in vergleichbarer Weise „blind“.

Soweit neben dem Rügeerfordernis der Gedanke der Verwirkung bemüht wird,⁴⁶ könnten auch deren Grenzen inzwischen als überschritten angesehen werden, da der Beschluss bereits im November 2016 gefasst wurde. Auch ließe sich die Klageberechtigung angesichts des von vornherein erkennbaren Informationsmangels u. U. wegen Rechtsmissbrauchs versagen.⁴⁷ Im Ergebnis sprechen somit zahlreiche Argumente dafür, dass auch auf Basis der herrschenden Rechtsprechung die Berufung auf einen Mangel des Bestätigungsbeschlusses (inzwischen) ausgeschlossen ist.

c) Wirksamkeit der Zusatzvereinbarung – Grenzen

der vereinbarten Ausgestaltungsermächtigung
Ungeachtet der Bestätigung des GLV könnte sich allerdings die Zusatzvereinbarung als unwirksam erweisen. Zweifel weckt die Tatsache, dass die Abrede beachtliche inhaltliche Ergänzungen enthält.⁴⁸ Der Wortlaut des Grundlagenvertrags sieht indes vor, dass die Zusatzvereinbarung lediglich die „näheren Einzelheiten“ zu den wechselseitig geschuldeten Leistungen regeln darf.

aa) Denkbare Rechtsfolgen im Fall des Überschreitens der Ausgestaltungsermächtigung

Dem DFB ist es im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich unbenommen, Zusatzvereinbarungen jeglichen (gesetzeskonformen) Inhalts mit seinen Vertragspartnern zu schließen. Die eigentliche Problematik liegt im Innenbereich des DFB begründet. § 18 der Satzung bringt deutlich zum Ausdruck, dass der DFB-Bundestag als Vertretung der Mitgliedsverbände das letzte Wort über die im GLV geregelten Inhalte haben soll. Gibt der Bundestag sein Plazet zum Vertrag, billigt er damit zugleich die nähere Ausgestaltung mithilfe der Zusatzvereinbarung. Mit mehr erklärt er sich hingegen nicht einverstanden. Eine den Rahmen der Ermächtigungsgrundlagen sprengende Zusatzregelung wäre demnach nicht von der – satzungsmäßig erforderlichen – Zustimmung des Bundestags gedeckt. Beim Abschluss einer „exzessiven“ Zusatzvereinbarung befände sich das handelnde DFB-Organ somit außerhalb seines Kompetenzbereichs, sofern die Wirksamkeit dieser Ver-

einbarung nicht ihrerseits von einem Bestätigungsbeschluss des Bundestags abhängig gemacht wird. Der Blick in die BGH-Rechtsprechung zum Aktienrecht untermauert diese Schlussfolgerung: Im Falle zustimmungsbedürftiger Verträge dürfe der Vorstand die Vorlage an die Hauptversammlung nicht nach seinem Gutdünken auf einen Teil eines als Einheit gedachten Gesamtvertragswerkes beschränken.⁴⁹

Die – vorerst zu unterstellende – Missachtung satzungsmäßiger Zustimmungserfordernisse kann sich unmittelbar auf das Außenverhältnis auswirken, wenn die Satzungspassage eindeutig die Vertretungsmacht einschränkt.⁵⁰ Das erscheint mit Blick auf § 18 der DFB-Satzung diskutabel. Selbst wenn man dies verneinte, käme indes mit Blick auf den Abschluss der Zusatzvereinbarung die Figur des Missbrauchs der Vertretungsbefugnis zum Tragen.⁵¹ Man müsste den handelnden Organen von DFB und DFL hierzu nicht einmal kollusives Verhalten i. S. v. § 138 BGB zur Last legen.⁵² Da den vertragschließenden Organmitgliedern der DFL die satzungsmäßige Abhängigkeit des Vertrags vom Bundestagsbeschluss bewusst war, war für sie gleichermaßen evident (§ 242 BGB), dass die DFB-Vertreter eine den vertraglichen Rahmen übertretende Zusatzvereinbarung nur dann wirksam schließen durften, wenn für diese Vereinbarung gleichermaßen die Zustimmung des Bundestags zur Bedingung erhoben wurde. Eine „zustimmungsfreie“ Zusatzvereinbarung ist demnach jedenfalls insoweit unwirksam, wie sie sich nicht im Rahmen von §§ 4 I und 5 III GLV hält. Diese Feststellung ist auch deshalb bemerkenswert, weil ihre Relevanz anders als bei Beschlussmängeln nicht von Rügen, Fristen o. ä. abhängt.

Die Konsequenzen könnten gar noch weiter reichen. Über Umwege ist nämlich auch der Grundlagenvertrag in seiner Wirksamkeit gefährdet. Angesichts des offensichtlichen Zusammenhangs zwischen beiden Vereinbarungen ist von einem einheitlichen Rechtsgeschäft i. S. v. § 139 BGB auszugehen.⁵³ Laut dieser Vorschrift zieht die teilweise Nichtigkeit in der Regel die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich. Die Bedeutung einer salvatorischen Klausel, wie sie sich in § 14 GLV findet, ist darauf begrenzt, die Vermutung des § 139 BGB umzukehren; das bedeutet, dass der zu ermittelnde Parteiwille gleichwohl zu einer Gesamtnichtigkeit führen kann, insbesondere wenn durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrags verändert würde.⁵⁴ Führt man sich vor Augen, welche Bedeutung den in der Zusatzvereinbarung vereinbarten Deckelungen nach DFB-Angaben zukommen soll,⁵⁵ erscheint durchaus fraglich, ob der Grundlagenvertrag ohne Deckel – also mit der Folge voller Zahlungspflichten beider Seiten – aufrechterhalten werden sollte.⁵⁶

44 Zur nach § 242 BGB ggf. bestehenden Notwendigkeit, zunächst mit dem mildesten Mittel zu reagieren, vgl. nur BeckOK-BGB/Sutschet, Stand: 15. 6. 2017, § 242 Rn. 104.

45 S. nur BeckOK-BGB/Wendtland, Stand: 15. 6. 2017, § 119 Rn. 24 f. m. w. N.

46 Aus der jüngeren Rspr. insb. OLG Saarbrücken, NZG 2008, 677, 679. Die Grenze wird bereits nach wenigen Monaten als erreicht angesehen, s. AG Göttingen Urt. v. 30. 4. 2015 – 27 C 69/14 (Wiedergabe bei Krüger/Saberzadeh, npoR 2016, 24; vier Monate); Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 32 Rn. 11 (sechs Monate); krit. Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 2016.

47 Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 32 Rn. 11; jurisPK-BGB/Otto, 8. Aufl. 2017, § 32 Rn. 92; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 2010.

48 SpuRt 2017, 101, 103. Die Abschlussverfügung der StA Frankfurt a. M. wird zur Frage der Zustimmungsbedürftigkeit mit den Worten zitiert: „Wie in der Parteipolitik ist es völlig legitim und sozialadäquat, durch bewusstes Vorenthalten von Detailwissen Mehrheiten zu schaffen“, s. SZ.de (o. Fn. 4). Jedenfalls aus zivilrechtlicher Sicht trifft dies den entscheidenden Punkt nicht, wie sogleich im Einzelnen aufgezeigt wird.

49 BGHZ 82, 188, 197 = NJW 1982, 933 (zu einem von Gesetzes wegen zustimmungsbedürftigen Vertrag).

50 BGH NJW-RR 1996, 866. Kenntnis i. S. v. §§ 70, 68 BGB lag auf Seiten der DFL vor.

51 S. o. II. 1. a).

52 Auch wenn sich die Frage stellt, welchen Zweck die Auslagerung der Deckelung in die unveröffentlichte Zusatzvereinbarung eigentlich verfolgen soll.

53 Zu den Anforderungen näher MünchKommBGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 139 Rn. 15 ff. Vgl. DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nrn. 3 und 13.

54 Zum Ganzen BGH NJW 2010, 1660, 1661 (Rn. 8).

55 S. DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 9.

56 Bei Anwendung der in § 14 GLV enthaltenen Ersetzungsklausel wäre i. Ü. zu berücksichtigen, dass – wie oben unterstellt und sogleich untersucht – die Vereinbarung von Deckeln nur unter Beteiligung des DFB-Bundestags möglich ist.

Als weitere missliche Konsequenz ergäbe sich für die handelnden Personen auf Seiten des DFB der Vorwurf des pflichtwidrigen Verhaltens durch die Umgehung der satzungsmäßig vorgesehenen Beteiligung des Bundestags beim Abschluss der Zusatzvereinbarung.⁵⁷ Das ist etwa für die (durchaus öffentlichkeitswirksame) Frage der Entlastung relevant.

bb) Überschreiten der Ausgestaltungsermächtigung durch Vereinbarung einer Deckelung

Angesichts der potenziell weitreichenden Folgen lautet die Gretchenfrage: Sprengt die Zusatzvereinbarung den Rahmen der im Grundlagenvertrag vorgesehenen Ausgestaltungsermächtigung? Der DFB sieht sich bemüht, in seiner Stellungnahme gleich an vier Stellen zu betonen, die Zusatzvereinbarung halte sich an die Vorgaben des vom Bundestag beschlossenen GLV, die Deckel hätten vereinbart werden dürfen⁵⁸ – ein Schelm, wer angesichts der Vehemenz der Beteuerungen Böses denkt.

Man kann sich einer Antwort auf die Frage nach der Vereinbarkeit eines Deckels mit der Ermächtigungsgrundlage im GLV von den Extremen her nähern, indem man sich Zusatzregelungen vor Augen führt, die den vorgegebenen Rahmen entweder offensichtlich einhalten oder evident überschreiten.

Ein Beispiel für den erstgenannten Fall bildet die Präzisierung des Beteiligungssatzes nach § 5 III GLV, welcher ausdrücklich offen gelassen wird (15 bis 30 Prozent). Hier besteht ein klarer Gestaltungsauftrag, dem sich der DFB-Bundestag durch seinen Bestätigungsbeschluss angeschlossen hat. Unschwer unter den Begriff der „näheren Ausgestaltung“ ließen sich z. B. auch Zahlungsmodalitäten fassen. Als Gegenbeispiel taugt eine Zusatzabrede, nach welcher der DFB *mehr* als 30 Prozent der Nationalmannschaftserlöse an die DFL zu entrichten hätte. Dies ginge über den gesteckten Rahmen hinaus. Gleiches würde für eine Abrede gelten, die bestimmte: „Der DFB verzichtet auf seine Pachtansprüche“. Eine solche Klausel würde die Leistung nach § 4 I GLV nicht „näher regeln“, sondern wesentlich verändern.

Welchem Extrem steht nun die Deckelung der gegenseitigen Leistungen auf 26 bzw. 20 Mio. Euro näher? Läge der Deckel bei einem deutlich niedrigeren Betrag wäre die Nachbarschaft zum vollständigen Verzicht unverkennbar. Doch auch bezüglich der tatsächlich verankerten höheren Kappungsgrenzen ist zu konstatieren, dass diese offenbar beständig erreicht wurden und Änderungen mittelfristig nicht ernsthaft zu erwarten sind.⁵⁹ Die Zusatzvereinbarung modifiziert somit das Gepräge der beidseitigen Verpflichtungen in einschneidender Weise: Aus einer prozentualen Beteiligung, einer nach oben offenen Ertragschance, wird im wirtschaftlichen Ergebnis eine Fixsumme. Jedenfalls ist eine weitere Partizipation an einem Anstieg der Einnahmen der jeweils anderen Seite ausgeschlossen. Die Zusatzvereinbarung gestaltet die beidseitigen Zahlungspflichten und die Zuordnung von Chancen und Risiken demnach nicht „aus“, sondern grundlegend „um“. Dafür mag es gute Gründe geben,⁶⁰ doch ändert dies nichts an dem Verbot, solche Punkte gleichsam in Eigenregie unter

Umgehung des satzungsmäßig zu beteiligenden DFB-Bundestags zu verankern.

d) Pflichtverletzungen trotz Wirksamkeit der Vereinbarungen

Selbst wenn man die Gültigkeit von Grundlagenvertrag und Zusatzvereinbarung – entgegen den obigen Ergebnissen – unterstelle, stünde noch der Vorwurf im Raum, die DFB-Vertreter hätten sich pflichtwidrig auf ungünstige Vertragsbedingungen eingelassen. *Kupka* hält den Handelnden vor allem die fehlende Erhöhung des „Pachtzinses“ trotz Einnahmenezuwachses im Profibereich sowie die eingezogene Deckelung vor.⁶¹ Anderswo wird zudem die interessante Frage aufgeworfen, ob überhaupt Anlass für den DFB besteht, die Liga für die Abstellung und Nutzbarkeit der Persönlichkeitsrechte der Nationalspieler zu vergüten.⁶² Ohne Kenntnis sämtlicher Hintergründe und Absprachen kann dieser Beitrag freilich keine Subsumtionsarbeit leisten. Stattdessen soll immerhin der zu beachtende Rechtsrahmen skizziert werden.

Vereinsvorstände müssen die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Vorstandsmitglieds eines Vereins der jeweiligen Art“ einhalten.⁶³ Eine nähere Prägung erfährt dieser Maßstab gerade bei Verbänden der Größenordnung des DFB durch die aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bekannte *Business Judgement Rule*.⁶⁴ Danach verfügt der Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen über einen erheblichen Beurteilungsspielraum, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss eine Prognoseentscheidung vorliegen, bei welcher der Vorstand zum Wohl des Vereins, insbesondere ohne Interessenkonflikte, auf Basis angemessener Informationen vorgeht.⁶⁵

Die Entscheidung, zu welchen Konditionen Verträge abgeschlossen werden, ist typischerweise eine „unternehmerische“.⁶⁶ Über den Bestand einer angemessenen Informationsbasis beim DFB kann hier nicht geurteilt werden. Zum andernorts geäußerten Vorwurf *Kupkas*, es sei ein Wertgutachten einzuholen gewesen,⁶⁷ ist immerhin allgemein anzumerken, dass nicht zwingend Sachverständigengutachten oder Marktanalysen in Auftrag zu geben sind, da die *Business Judgement Rule* nach herrschender Auffassung auch insoweit Ermessen eröffnet.⁶⁸ Angesichts der immensen wirtschaftlichen Bedeutung des betroffenen Vorgangs dürften aber durchaus erhöhte Anforderungen zu stellen sein. *Kupkas* Kritik unterstellt ferner dem DFB-Präsidenten einen Interessenkonflikt, weil dieser in seiner Position von Wahlstimmen aus dem Lager der Liga abhängig sei.⁶⁹ Eine solche Ausgangslage ist beim Handeln des Vorstandes gegenüber Vereinsmitgliedern aber durchaus

57 Zur Bindung an die Satzung bei Ausübung der Vertretungsmacht s. nur jurisPK-BGB/Otto, 8. Aufl. 2017, § 27 Rn. 42 f.

58 DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nrn. 3 (zweimal), 11, 13.

59 S. o. I.

60 S. DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 9.

61 SpuRt 2017, 101, 102. *Kupkas* Hinweis auf § 11 GLV, der eine Vertragsanpassung erlaubt, führt jedoch in die Irre. Die Norm betrifft ausschließlich negative wirtschaftliche Entwicklungen und die Anpassung des laufenden Vertrags.

62 Vgl. SZ.de, „20 Mio. Euro jährlich für: nichts?“, 1. 9. 2017, <http://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-politik-millionen-euro-jaehrlich-fuer-nichts-1.3649584>.

63 BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 15. 6. 2017, § 27 Rn. 20; ähnlich Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 278.

64 Überzeugend Heermann, NJW 2016, 1688, 1689 f.; ebenso MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 27 Rn. 41.

65 S. i. E. Heermann, NJW 2016, 1687, 1690.

66 S. nur Bachmann, NZG 2013, 1121, 1128.

67 S. Merkur.de, „Kupka: ‚Der DFB veruntreut die Rechte der Amateure‘“, 30. 9. 2016, <https://www.merkur.de/sport/amateur-fussball/landkreismuenchen/kupka-veruntreut-rechte-amateure-6799984.html>.

68 MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 50 m. w. N.

69 S. SpuRt 2017, 101, 103.

typisch und kann daher ohne besondere Anhaltspunkte nicht zu der Annahme führen, das Eigeninteresse habe überwogen.

Es erscheint somit bei abstrakter Betrachtung möglich, dass die Festlegung der Vertragsinhalte der *Business Judgement Rule* unterfiel. Ein hieraus resultierendes Ermessen darf freilich nicht unterschritten werden, indem der Vorstand unternehmerische Chancen erst gar nicht sucht, oder überschritten werden, indem Vereinsvermögen – gemessen an marktüblichen Konditionen – verschwendet wird.⁷⁰ Ob die aktuellen wirtschaftlichen Parameter (v. a. Pachthöhe und Deckelung) diese Grenzen wahren, kann vorliegend nicht beurteilt werden. In rechtlicher Hinsicht ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass unter Geltung der *Business Judgement Rule* erst ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln zum Vorliegen einer Pflichtverletzung führt.⁷¹ Bei der Subsumtion wären überdies diejenigen Punkte (etwa steuerliche Erwägungen) zu berücksichtigen, die nach Angaben des DFB für die Vertragsgestaltung leitend gewesen sein sollen.⁷²

Abschließend ist noch darauf einzugehen, ob nicht ohnehin die – als unangreifbar unterstellte – Billigung des Vertragswerkes durch den DFB-Bundestag zum Ausschluss einer relevanten Pflichtverletzung der handelnden Organmitglieder führt. § 93 IV 1 AktG und § 34 IV 1 GenG soll ein allgemeiner Grundsatz zu entnehmen sein, dass eine Maßnahme, der die Versammlung der Körperschaftsmitglieder zugestimmt hat, keine Vorstandshaftung nach sich ziehen kann.⁷³ Die Entlastungswirkung tritt freilich nicht ein, wenn der Vorstand die Mitgliederversammlung über die Sachlage unrichtig oder unvollständig unterrichtet hat.⁷⁴ Bei der Zustimmung zu einem konkreten Vertrag hat der BGH im Aktienrecht jedenfalls die Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts analog § 124 II 2 AktG gefordert⁷⁵ – ein Maßstab, dessen Einhaltung vorliegend sehr zweifelhaft ist.⁷⁶ Wenn man deshalb im Ergebnis die entlastende Wirkung des Bestätigungsbeschlusses verneinen wollte, obwohl man den Beschluss zugleich als unangreifbar ansieht, muss dies keinen systematisch unzulässigen Widerspruch bedeuten.⁷⁷

2. Unzulässigkeit der Verrechnung

Ein zweiter wesentlicher Kritikpunkt *Kupkas* betrifft die aus seiner Sicht „rechtlich unzulässige Aufrechnung“ der Pachtforderung des DFB mit der Forderung der DFL betreffend die Nationalmannschaftseinnahmen. Es fehle an der nach § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit, weil dem DFB die Forderung lediglich als Treuhänder für die Amateurvereine zustehe.⁷⁸

Selbst wenn man unterstellt, dass die Saldierung §§ 387 ff. BGB unterfällt,⁷⁹ ist *Kupkas* Verweis darauf, dass die gegenseitigen Forderungen im DFB-Haushalt eigentlich unterschiedlichen Gruppen zugehören,⁸⁰ für die Aufrechnungslage unbeachtlich. Das zeigt bereits ein Gegenschluss aus § 395 BGB. Auch der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung der Pachtlöse und der Nationalmannschaftsausgaben⁸¹ kommt im Rahmen von § 387 BGB grundsätzlich keine Relevanz zu: Geldforderungen (in gleicher Währung) sind gleichartig und somit aufrechenbar.⁸²

Stünde dem DFB die Forderung aus § 4 I GLV allerdings bloß als Treuhänder zu, würde eine Aufrechnung in der Tat ausscheiden.⁸³ Freilich liegt die Annahme einer Treuhandkonstellation vorliegend fern, wie nicht zuletzt *Kupkas* eigener Zusatz „de facto“⁸⁴ vermuten lässt. Die Situation ist insbesondere nicht vergleichbar mit der Wahrnehmung von Urheberrechten durch GEMA oder VG Wort.⁸⁵ Das Amateurlager ist nicht unmittelbarer „Urheber“ der Leistungen, welche die DFL durch das Nutzungsentgelt vergütet,⁸⁶ zumal das Entgelt laut § 4 III GLV zur Erfüllung unterschiedlicher Verpflichtungen dient.

Ein theoretisch in Betracht kommender Aufrechnungsausschluss würde eine hinreichend klare (u. U. auch bloß einseitige) Zweckbestimmung voraussetzen.⁸⁷ Im hier entscheidenden Verhältnis zwischen DFB und DFL bestehen dafür keinerlei Anhaltspunkte. Mit einem Saldierungsverbot wäre *Kupkas* Anliegen ohnehin nicht gedient. Zwar würde dem DFB ein Betrag von 26 Mio. Euro zufließen. Über die DFB-interne Verteilung dieses Betrags wäre damit aber nicht entschieden. *Kupka* dürfte vielmehr eine abweichende Haushaltszuordnung vorschweben, wie sie § 4 IV GLV z. B. für Schiedsrichterkosten enthält.

3. Fehlende Pflichterfüllung gegenüber Amateurvereinen bzw. Landesverbänden

Eine andere Frage ist, ob bestehende Pflichten gegenüber dem Amateurlager nicht hinreichend erfüllt werden. *Kupka* adressiert diesen Vorwurf an DFB und DFL gleichermaßen.⁸⁸ Quellen solcher Pflichten könnten sowohl die DFB-Satzung als auch der Grundlagenvertrag sein.

In § 4 S. 2 der Satzung findet sich eine Reihe von Maßnahmen, durch die der Satzungszweck verwirklicht werden soll. Von diesen Punkten dürften jedenfalls die Förderung der Infrastruktur der Mitgliedsverbände (Nr. 1 lit. c)) und die Förderung des Breitensports (Nr. 1 lit. l)) zwingend Zuwendungen an die Landesverbände bzw. Amateurvereine erfordern. Trotz der selbstverständlichen Bindung jedes Vereinsvorstandes an Satzung und Vereinszweck⁸⁹ fragt sich

70 MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 57, 70.

71 Zuletzt BGH NJW 2017, 578, 580 m. w. N.

72 DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 9.

73 Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 3710 f.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 278 b. Im Gegensatz zum Aktienrecht soll auch eine nachträgliche Billigung genügen, s. Reichert, a. a. O., Rn. 3714; Michalski/Ziemons, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 398.

74 Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 3712; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 278 b; MünchHdbGesR, Bd. V/Waldner, 4. Aufl. 2016, § 30 Rn. 2.

75 BGHZ 146, 288, 294 = NZG 2001, 405, 407; zust. Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721, 723 m. w. N.

76 Eingehend oben II. 1. b) aa).

77 Hierzu eingehend Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721, 728 f.

78 SpuRt 2017, 101, 102.

79 Eine Verrechnungsklausel in der Zusatzvereinbarung könnte die Voraussetzungen für eine Aufrechnung abbedingen, s. MünchKommBGB/Schlüter, 7. Aufl. 2016, § 387 Rn. 51 f.

80 SpuRt 2017, 101, 102. Tatsächlich sind sie einer *einheitlichen* Haushaltsgruppe zugeordnet, s. DFB-Finanzbericht 2016 (o. Fn. 10), S. 24.

81 SpuRt 2017, 101, 102 unter Verweis auf DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 8.

82 Hk-BGB/Schulze, 9. Aufl. 2017, § 387 Rn. 7.

83 S. BGH NJW 1988, 3250, 3251; BeckOGK-BGB/Skamel, Stand: 1. 7. 2017, § 387 Rn. 59.

84 SpuRt 2017, 101, 102.

85 Dazu Dreier/Schulze/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, vor §§ 31 ff. Rn. 132 ff.

86 Zutr. DFB-FAQ (o. Fn. 8), Nr. 12.

87 Näher BeckOGK-BGB/Skamel, Stand: 1. 7. 2017, § 387 Rn. 191.

88 SpuRt 2017, 101, 103.

89 S. nur MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 27 Rn. 40.

indes, inwieweit der Beispielskatalog konkrete Zuwendungspflichten nach sich zieht. Am ehesten ließe sich an ein Verbot der Unterschreitung des Vereinsgegenstandes denken.⁹⁰ Eine unter diesem Gesichtspunkt ggf. erforderliche, *irgendwie geartete* Förderung der Landesverbände findet aber unzweifelhaft statt. Eine Pflicht zur *Erhöhung* der Zuwendungen lässt sich aus den „Programmsätzen“ hingegen nicht ableiten.

Was die in § 16 b der DFB-Satzung verankerten Pflichten der DFL (insb. Satz 1 Nr. 4 sowie Nr. 10) anbelangt, erscheint die Deduktion (eventuell gar summenmäßig) konkretisierter Ansprüche ebenso problematisch. Nicht ohne Grund wird die nähere Ausgestaltung dem Grundlagenvertrag überantwortet. § 4 III GLV hält im Zusammenhang mit der Pachtzahlung fest, dass damit grundsätzlich alle satzungsmäßigen Verpflichtungen der DFL nach § 16 b Satz 1 Nrn. 4 und 10 abgegolten sind. Allenfalls könnte man daran denken, dass diese Ausgestaltung die Satzungsvorgabe verletzt, wonach die DFL einen „wesentlichen Beitrag“ zu leisten hat. Eine konkrete Wesentlichkeitsschwelle lässt sich mit den bestehenden Vorgaben allerdings nicht formulieren. Geht es um einen absoluten oder einen relativen Wert? Falls Letzteres: im Verhältnis zu welcher Größe?

Somit bleibt als Anknüpfungspunkt ein Verstoß gegen die Pflichten aus dem Grundlagenvertrag. Dieser statuiert zum Teil echte (und mutmaßlich erfüllte) Verpflichtungen der DFL gegenüber den Landesverbänden (§ 8 III) und dürfte insoweit als (von der DFL in Vertretung ihrer Mitglieder geschlossener) Vertrag zugunsten Dritter einzustufen sein. Zum ganz überwiegenden Teil listet der Grundlagenvertrag dagegen bloß auf, welche Leistungen des DFB an den „gemeinnützigen Bereich“ unter anderem durch die Einnahmen aus dem GLV ermöglicht werden (s. § 8, vor Abs. 1). So man aus diesem Katalog in einem Vertrag *zwischen DFB und DFL* überhaupt Ansprüche *der Landesverbände* herleiten wollte, stünde deren Erfüllung nicht in Frage. Die genannten Beträge fließen tatsächlich, nur empfinden die Kritiker die Summen als wirtschaftlich unangemessen.

4. Überhöhter Ansatz für Anteil an Nationalmannschaftseinnahmen

Einen letzten Vorwurf hat *Kupka* in seinem Interview mit der *SpuRt* eher beiläufig vorgebracht. Der DFB habe – basierend auf den Zahlen des Finanzberichts von 2015 – gut 2,5 Mio. Euro mehr als geschuldet an die DFL gezahlt.⁹¹ *Kupkas* Hinweis, auch ein ggf. abweichender Inhalt der Zusatzvereinbarung vermöge die Zahlungspflicht aus § 5 III GLV nicht zu erhöhen, ist selbstredend berechtigt.⁹² Dass eine ersichtlich nicht geschuldete Zahlung aus der Verbandskasse eine geradezu plumpe Pflichtverletzung der handelnden Organmitglieder bedeuten würde, bedarf ebenfalls keiner Erläuterung. Einem Außenstehenden ohne Kenntnis der genauen Zahlungsflüsse ist es indes unmöglich, sich mit *Kupkas* Verdacht genauer auseinanderzusetzen. Es

erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Zuordnung zu verschiedenen Haushaltsgruppen im DFB-Finanzbericht insofern für Missverständnisse gesorgt hat.

III. Fazit

Die Kritik *Engelbert Kupkas* im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag zwischen DFB und DFL kommt einem Rundumschlag gleich. Zahlreiche Kritikpunkte lassen sich jedoch bei näherem Hinsehen rechtlich nicht halten. Das gilt zunächst für mögliche Interessenkollisionen innerhalb des DFB-Präsidiiums (dazu II. 1. a)). Als Scheinproblem erweist sich auch die Diskussion um ein denkbare Saldierungsverbot betreffend die gegenseitigen Forderungen von DFB und DFL (dazu II. 2.). Der Vorwurf, dass DFB bzw. DFL justiziable Pflichten gegenüber dem Amateurlager nicht erfüllen, erscheint ebenfalls unbegründet (s. II. 3.).

Nicht im Detail beurteilt werden kann, ob die DFB-Führung ihre Pflichten verletzt hat, indem sie sich auf die aktuellen *Inhalte* von Grundlagenvertrag und Zusatzvereinbarung eingelassen hat. Zu beachten ist jedoch, dass es sich dabei um ein „business judgement“ handeln dürfte, für das im Grundsatz ein weites Ermessen anzunehmen ist (näher II. 1. d)). Ob der DFB im Jahr 2015, wie von *Kupka* errechnet, mehr Geld als geschuldet an die DFL abgeführt hat (s. II. 4.), kann hier nicht verifiziert werden. Ein derart eklatanter Pflichtenverstoß würde zumindest erstaunen.

Zu einem kleineren, inhaltlich aber gewichtigen Teil erweisen sich *Kupkas* Kritikpunkte dagegen als zutreffend und liefern insofern gar ein vereinsrechtliches „Lehrstück“.

Erstens sprechen gute Argumente dafür, dass die Delegierten des DFB-Bundestags im November 2016 über die wesentlichen Regelungen der Zusatzvereinbarung hätten aufgeklärt werden müssen. Freilich deutet vieles darauf hin, dass der infolge dieses Defizits mangelhafte Bestätigungsbeschluss nicht (mehr) angreifbar ist (s. jeweils II. 1. b)). Vor allem ist den Delegierten vorzuwerfen, dass die Existenz einer nicht offengelegten Zusatzvereinbarung ohne Weiteres zu erkennen und zu monieren war.

Zweitens war nach hier vertretener Einschätzung die Installation von Leistungsdeckelungen durch die Zusatzvereinbarung nicht mehr von der im Grundlagenvertrag statuierten Ausgestaltungsermächtigung umfasst. Solche Zusatzabreden hätten somit ihrerseits nur unter dem Vorbehalt der Bestätigung durch den DFB-Bundestag geschlossen werden dürfen. Dies führt zur Unwirksamkeit der Zusatzvereinbarung, soweit diese über die Grenzen der Ausgestaltungsermächtigung hinausgeht. Denn sofern die DFB-Organmitglieder beim Abschluss der Zusatzvereinbarung überhaupt mit Vertretungsmacht handelten, wäre diese jedenfalls evident missbraucht worden (zum Ganzen II. 1. c)). Weitere Folge könnte über § 139 BGB gar die Nichtigkeit des Grundlagenvertrags sein.

Teilt man die vorliegend herausgearbeitete Bewertung, nutzt der Ligaverband die Bundesligen derzeit ohne echte Vertragsgrundlage. Einzig ein erneuter Bundestagsbeschluss, der nach Offenlegung sämtlicher Zusatzabreden die Beziehungen zwischen DFB und DFL (auch rückwirkend) legitimierte, erscheint als sicherer Ausweg. Diese „Zeichen der Zeit“ haben die Verbände nun offenbar erkannt: Zwischenzeitlich hat man sich

⁹⁰ Zur verbotenen Unterschreitung des Unternehmensgegenstandes s. *Priester*, ZGR 2017, 474 ff. Zum Verhältnis von Vereinszweck und Vereinsgegenstand s. MünchHdbGesR, Bd. V/*Knof*, 4. Aufl. 2016, § 14 Rn. 9 ff.

⁹¹ Bzw. genauer: Der DFB habe die Geltendmachung des Anspruchs gegen die DFL aus § 4 GLV unterlassen, soweit dieser sechs Mio. Euro überstieg, weil fälschlich von einer Aufrechnung i. H. v. 20 Mio. Euro ausgegangen worden sei. Zur Berechnung s. *SpuRt* 2017, 101, 103.

⁹² Vgl. II. 1. c) bb).

zur Einberufung eines außerordentlichen DFB-Bundestags im Dezember 2017 entschlossen, der unter anderem zum Grundlagenvertrag einschließlich der nunmehr vorzulegenden Zusatzvereinbarungen einen neuen Beschluss fassen soll.⁹³ Bei einem positiven Ergebnis bestünde wieder Rechtssicherheit hinsichtlich der Vertragsbeziehungen zwischen DFB und DFL. Den Delegierten ist indes – erst recht vor dem Hintergrund der öffentlichen Kritik – dringend anzuraten, vor der Ab-

stimmung die Inhalte der Abreden eingehend (auch auf ihre wirtschaftliche Sinnhaftigkeit hin) zu überprüfen. Diese Sorgfalt schulden sie den von ihnen repräsentierten Mitgliedsverbänden.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der unter II. 1. d) angesprochene Aspekt, ob es einen vernünftigen Anlass für den DFB gibt, den DFL e.V. für die Abstellung der Spieler und die Nutzung der Persönlichkeitsrechte zu vergüten, wird von RA Prof. Dr. Cherkeh im Heft 1/2018 in einem weiteren Beitrag zum GLV untersucht werden.

93 DFB.de, 20. 10. 2017, <https://www.dfb.de/news/detail/dfb-praesidium-beruft-ausserordentlichen-bundestag-ein-176355/>.

Aktuelle Entwicklungen zum eingetragenen Verein als Rechtsform für (Profi-)Sportvereine

Zugleich eine Besprechung des sog. „KiTa-Beschlusses“ des BGH¹

Von Rechtsanwalt Dr. Carsten Wettich und Mag. iur. Christina Vossen, Düsseldorf²

Der Bundesgerichtshof hat in dieser Grundsatzentscheidung Stellung zu der Frage genommen, ob und in welchen Grenzen sich ein eingetragener Verein i. S. d. § 21 BGB wirtschaftlich betätigen darf. Diese umstrittene Frage hat im Rahmen des gegen den ADAC e. V. eingeleiteten bzw. FC Bayern München e. V. angeregten Amtslöschungsverfahrens auch in der Öffentlichkeit für großes Aufsehen gesorgt. Die lang erwartete Klarstellung des BGH ist nach Auffassung der Autoren in ihrer Begründung rechtsdogmatisch angreifbar, rechtspolitisch jedoch zu begrüßen, weil sie für die traditionell weit verbreiteten Idealvereine die erhoffte Rechtssicherheit bringt.

I. Problemaufriss

Ausgangspunkt des zu besprechenden Beschlusses war eine Entscheidung des Registergerichts beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg. Das Gericht hatte ein Amtslöschungsverfahren gemäß § 395 Abs. 1 FamFG gegen einen Träger von Kindertagesstätten eingeleitet, der in der Rechtsform des e. V. tätig und steuerlich als gemeinnützig anerkannt war. Seine Betreuungsleistungen hatte der KiTa-Träger auch Nichtmitgliedern entgeltlich angeboten. Das Registergericht vertrat die Auffassung, dass die Betätigung des Vereins nicht mehr als ideell i. S. d. § 21 BGB, sondern als wirtschaftlich zu qualifizieren und der Verein daher aus dem Vereinsregister zu löschen sei. Das vom KiTa-Verein angerufene Kammergericht als Beschwerdegericht bestätigte diese Auffassung.³ Das Kammergericht führte im Wesentlichen aus, dass die planmäßige, auf Dauer angelegte

entgeltliche Kinderbetreuung des KiTa-Trägers als unternehmerische Tätigkeit angesehen werden müsse. Insbesondere aufgrund der Größe des KiTa e. V. und des Tätigkeitsumfangs könne sie nicht mehr als dem Hauptzweck untergeordnete Tätigkeit verstanden werden, die diesen lediglich fördert.⁴ Damit unterfalle die wirtschaftliche Betätigung des Vereins nicht dem Neben Zweckprivileg, sodass seine Löschung aus dem Vereinsregister zwingende Folge sei.⁵ Der KiTa-Verein legte hiergegen Rechtsbeschwerde zum BGH ein.

II. KiTa-Beschluss des BGH vom 16. 5. 2017

Der BGH gab der Rechtsbeschwerde statt und hat das Verfahren auf Amtslöschung eingestellt.

1. Wesentliche Entscheidungsgründe des BGH

Der BGH folgte der Argumentation der Vorinstanzen nicht. Er entschied vielmehr, dass der KiTa e. V. ein nicht-wirtschaftlicher Verein i. S. d. § 21 BGB sei, dessen Hauptzweck nicht auf das Betreiben eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gerichtet ist.⁶ Zwar stimmte der Senat den Erwägungen der beiden Vorinstanzen dahingehend zu, dass der KiTa-Verein durch die Erbringung entgeltlicher Kinderbetreuungsleistungen gegenüber Nichtmitgliedern unternehmerische Tätigkeiten entfalte. Eine gewisse unternehmerische Tätigkeit in Form eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs im Sinne der §§ 21, 22 BGB stehe der Annahme eines eintragungsfähigen Idealvereins indes nicht entgegen, sofern sie zur Erreichung der ideellen Ziele des Vereins erfolgt und dem nicht-wirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet sowie Hilfsmittel zu dessen Erreichung ist.⁷ Damit bestätigt der BGH das frühere ADAC-Urteil zum Neben Zweckprivileg.⁸ Für

1 BGH, Beschl. v. 16. 5. 2017, Az. II ZB 7/16, SpuRt 2017, 244 (in diesem Heft) = DStR 2017, 1277 m. Anm. Mock/Mohamed, DStR 2017, 1277; siehe auch zwei inhaltsgleiche Parallelentscheidungen des BGH BeckRS 2017, 114911 und BeckRS 2017, 114946.

2 Der Autor Dr. Carsten Wettich ist Rechtsanwalt und Gründungspartner, die Autorin Christina Vossen, Mag. iur. ist wiss. Mitarbeiterin in der auf den Bereich Gesellschaftsrecht | Corporate spezialisierten Kanzlei Berner Fleck Wettich in Düsseldorf.

3 KG Berlin DStR 2016, 1173.

4 KG Berlin DStR 2016, 1173, 1176.

5 KG Berlin DStR 2016, 1173, 1176 f.

6 SpuRt 2017, 244 = DStR 2017, 1277, 1277.

7 SpuRt 2017, 244 = DStR 2017, 1277, 1278.

8 BGHZ 85, 84, 92 f. = NJW 1983, 569, 570.