

Sport und Recht (SpuRt), 1999, Seiten 11-15

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (University of Wisconsin)

Kann der Ligasport die Fesseln des Kartellrechts sprengen?

Der „Europapokalheims Spiele“-Beschuß: Anmerkungen, Auswirkungen, Ausweichstrategien

I. Einleitung

Der „Europapokalheims Spiele“-Beschuß des BGH vom 11. Dezember 1997¹ hat zunächst weniger bei Juristen als vielmehr in der breiten Öffentlichkeit für Aufsehen gesorgt. Die Medienberichterstattung im Vorfeld reichte von nahezu täglichen Meldungen in der lokalen und überregionalen Presse über Sonderberichte im Hörfunk bis zu diversen Diskussionsveranstaltungen im Fernsehen. Der BGH ertete für den Beschuß noch in der Vorweihnachtszeit von vielen Seiten überwiegend herbe, wenngleich eher sportpolitisch motivierte und selten juristisch fundierte Kritik. Nun könnte die kollektive Urteilsschelte Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit des vom BGH gefundenen Ergebnisses geben; allerdings wären solche Zweifel zumindest *rechtlich* unbegründet².

1 BGH, SpuRt 1998, 28-32.

2 Die Besprechungen in der juristischen Fachliteratur stimmen dem Beschuß - zumindest im Ergebnis - überwiegend zu; vgl. *Pichler*, Anmerkung, MMR 1998, 309 ff.; *Springer*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Ligasport ..., WRP 1998, 477 ff.; *Waldhauser*, Anmerkung zum Beschuß des BGH vom 11. Dezember 1997 ..., ZUM 1998, 129 ff.; *Heermann*, WuB 1998, 475 ff. (V A. § 1 GWB 1.98); einschränkend jedoch *Jänich*, Fußballübertragungsrechte und Kartellrecht, GRUR 1998, 438 ff.

Denn im konkreten Fall hält sich die Anwendung des allgemeinen Kartellverbotstatbestandes in den von Judikatur und Schrifttum vorgezeichneten Bahnen, führt zu einem letztlich kaum überraschenden Ergebnis und läßt nur marginale argumentative Ungenauigkeiten oder Schwächen erkennen. Allein diese sollen nachfolgend angesprochen werden. Wichtiger für die Zukunft des Ligasports scheint es hingegen zu sein, sich Klarheit über die Reichweite sowie die vermutlichen Auswirkungen des Beschlusses zu verschaffen. Denn letztlich geht es nicht nur um einen auf den Fußballsport bezogenen Einzelfall, sondern vergleichbare Rechtsfragen haben bereits andere Bereiche der sich rasant entwickelnden Sportunterhaltungsbranche (etwa Eishockey, Handball, Basketball und Motorsport³) erreicht.

II. Argumentative Defizite des „Europapokalheimspiele“-Beschlusses

Im Mittelpunkt des kartellrechtlichen Verfahrens stand die Frage nach dem Veranstalter der Europapokalheimspiele. Zwar stellen sich die einzelnen Fußballbegegnungen als Teil der jeweiligen Europapokalwettbewerbe dar, deren Gesamtorganisation in den Händen der UEFA liegt, während der DFB insoweit auf nationaler Ebene im wesentlichen zu Zwecken der gleichmäßigen Vermarktung beschränkte Koordinierungsaufgaben wahrnimmt⁴. Der BGH verkannte diese Beiträge der genannten Verbände nicht, erkannte in den jeweiligen Heimvereinen jedoch die „originären Mitinhaber der Vermarktungsrechte“, da sie „wesentliche wirtschaftliche Leistungen für die Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte“ erbringen würden und daher die „natürlichen Marktteilnehmer“ seien, die die im Zusammenwirken mit dem jeweiligen Gastverein erarbeitete Leistung auf der Grundlage abgesprochener Gegenseitigkeit vermarkten dürften⁵. Demgegenüber sei der DFB an der Schaffung dieser Leistung nicht in einer Weise beteiligt, daß auch er an der Vermarktung der Spiele aus eigenem Recht mitwirken könne, während die UEFA durch ihre Beteiligung eine „originäre Mitberechtigung“ an der Vermarktung der angesprochenen Europapokalspiele erlangt haben könnte. Diesen Ge-

3 Siehe hierzu LG Frankfurt, SpuRt 1997, 129 ff., das in einer einstweiligen Verfügung vom 4. 6. 1997, gestützt auf Art. 85 EGV, der Federation Internationale de l'Automobile (FIA) untersagte zu behaupten, ihr gehörten die Film- und Fernsehrechte am European Truck Racing Cup und dieses Rechte seien einer Agentur übertragen worden. Siehe zu dieser Entscheidung die Besprechungen von *Hohmann*, WRP 1997, 1011 ff. und *Liegl/Schmitz*, Aus anderer Sicht: Zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Bereich des Automobilsports, WRP 1998, 244 ff. Siehe hernach die Urteile des LG Frankfurt, SpuRt 1998, 195 f. sowie des OLG Frankfurt vom 15. 12. 1998 (vgl. hierzu FAZ vom 16. 12. 1998, S. 33), in denen jeweils aus formalen Gründen eine Entscheidung über die zentrale Vermarktung des Motorsports umgangen wurde.

4 Vgl. hierzu *Summerer* in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 4. Teil Rz. 51; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, 1997, S. 85 f.

5 Siehe hierzu BGH, SpuRt 1998, 28, 29 f.

danken brauchte der BGH indes nicht fortzuführen, da die UEFA nicht Betroffene der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts gewesen war.

Insgesamt sind die Ausführungen des BGH zum „(Mit-)Veranstalter“-Begriff recht vage. So bleibt etwa offen, ob die vom Bundeskartellamt im Ausgangsbeschluß verwendete Definition („Veranstalter ist danach, wer in organisatorischer und finanzieller Hinsicht für die Veranstaltung verantwortlich ist, wer deren Vorbereitung und Durchführung übernimmt und dabei das unternehmerische Risiko trägt.“⁶) weiterhin maßgeblich sein soll oder wie die einzelnen aufgeführten Kriterien zu gewichten sind. Kann durch besondere organisatorische Beiträge etwa die fehlende Teilnahme am unternehmerischen Risiko ausgeglichen werden⁷? In welcher Form kann der DFB eine eventuelle Mitberechtigung an den Vermarktungsrechten ausüben? Wie muß bei einer denkbaren Mitberechtigung die Vermarktung der Fernsehrechte gestaltet sein, um nicht gegen das Kartellverbot zu verstoßen?⁸ Auch die - in der Sache überflüssigen - denkbaren Interpretationsmöglichkeiten im Hinblick auf die (Mit-)Veranstaltereigenschaft der UEFA vermögen nicht die Abgrenzungsproblematik zu erhellen. Letztlich weist der BGH darauf hin, daß ein einzelnes Heimspiel trotz seiner Einbindung in einen Gesamtwettbewerb eine vermarktungsfähige Veranstaltung bleibe⁹. Damit erteilt das Gericht der Auffassung, nur der Gesamtwettbewerb könne als Veranstaltung begriffen werden, im Hinblick auf die im übrigen individuelle kommerzielle Verwertung der Spiele (etwa Kartenverkauf oder Stadionwerbung) eine Absage.

Darüber hinaus lehnt das Gericht eine Freistellung vom Kartellverbot im Hinblick auf sportpolitische Ziele ab; wenn es in erster Linie um den Schutz des Wettbewerbs als Institution gehe und mittelbar darum, die Handlungsfreiheit und Leistungsfähigkeit anderer Marktteilnehmer, d. h. *sämtlicher* Lizenzligavereine, zu sichern, könnten Wettbewerbsbeschränkungen

6 BKartA, SpuRt 1995, 118, 121 - „Fußball-Fernsehübertragungsrechte I“; zuvor bereits in diesem Sinne BGHZ 27, 264, 266 - „Box-Programmheft“; BGHZ 39, 352, 354 ff. - „Vortragsabend“; BGH, GRUR 1956, 515, 516 - „Tanzkurse“; GRUR 1960, 253, 254 f. - „Auto-Skooter“; GRUR 1960, 606 f. - „Eisrevue II“; BGH, NJW 1970, 2060 - „Bubi Scholz“. Ausführlich zum „Veranstalter“-Begriff auf der Basis der BGH-Rechtsprechung *Stopper* (Fußn. 4), S. 79 ff.

7 So i.E. LG Frankfurt, SpuRt 1998, 195 f.; *Jänich* (Fußn. 2), GRUR 1998, 438, 441; wohl auch *Springer* (Fußn. 2), WRP 1998, 477, 481 f.; ablehnend *Waldhauser* (Fußn. 2), ZUM 1998, 129, 131. *Liegl/Schmitz* (Fußn. 3), WRP 1998, 244, 247, stellen stattdessen hinsichtlich der Veranstalterereigenschaft darauf ab, wer ursächlich für eine Veranstaltung ist; der DFB habe zwar eine gewisse Initiativrolle, die Spiele könnten aber auch ohne ihn stattfinden. Ob letztgenannte Einschätzung wegen des dann zwangsläufigen Spielbetriebs in einer „wilden Liga“ zutrifft, erscheint zweifelhaft.

8 *Springer* (Fußn. 2), WRP 1998, 477, 482 sieht auch bei einer Mitberechtigung des Verbandes in dessen Beibehaltung der zentralen Vermarktung eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB.

9 BGH, SpuRt 1998, 28, 30 (I.Sp.).

nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß mit den auf diese Weise auf Kosten von Marktteilnehmern erzielten höheren Gewinnen sozial erwünschte Verhaltensweisen finanziert werden¹⁰. Wenn dem BGH im Ergebnis auch zuzustimmen ist, gibt dieses Argumentation doch in zweierlei Hinsicht zu Zweifeln Anlaß:

- Zunächst unterliegt der Wettbewerb innerhalb der Sportligen und in angekoppelten Turnieren wie etwa dem Europapokal anderen Regeln als der Wettbewerb zwischen Teilnehmern an einem rein wirtschaftliche Zwecksetzungen verfolgenden Markt. So ist etwa ein Autoproduzent - anders als ein Lizenzligaverein -

10 BGH, SpuRt 1998, 28, 31 (l.Sp.)

zur Sicherung seiner Wettbewerbsposition und letztlich zum wirtschaftlichen Überleben nicht auf die Existenz einer ausreichenden Zahl wirtschaftlich leistungsfähiger Mitbewerber angewiesen. Im Extremfall lassen sich Kraftfahrzeuge auch von einem Monopolisten verkaufen, mag unter dem fehlenden Konkurrenzdruck auch die Qualität der Produkte leiden; hingegen ist beim weitgehenden Wegfall attraktiver Konkurrenten nicht nur der Ligawettbewerb insgesamt, sondern auch die Existenzgrundlage der verbliebenen Sportvereine gefährdet.

- Zudem entbehrt die apodiktische Behauptung, daß der DFB durch die zentrale Vermarktung auf Kosten von Marktteilnehmern „höhere Gewinne“ oder „überhöhte Übertragungsentgelte“ erziele, einer nachvollziehbaren Grundlage. Die weitere Entwicklung war zwar im Zeitpunkt der Beschlußfassung noch offen. Es war aber bereits zu diesem Zeitpunkt absehbar, daß bei individueller Vermarktung die dadurch erzielten Fernseheinnahmen vermutlich erheblich würden gesteigert werden können¹¹. Diese Einschätzung hat sich inzwischen bewahrheitet und den Teilnehmern am UEFA-Pokal sowie am Pokal der Pokalsieger im Vergleich zur bisherigen Zentralvermarktung durch den DFB pro Spiel mehr als doppelt so hohe Einnahmen aus der Individualvermarktung beschert¹².

Im Ergebnis ist der Beschluß des BGH aus rechtlicher Sicht damit kaum zu beanstanden. Wenn aber das deutsche Kartellrecht *de lege lata* nicht an die Anforderungen des Ligasports angepaßt werden kann¹³, stellt sich die Ausgangsfrage dieser Untersuchung: Kann der Ligasport *de lege ferenda* oder vielleicht auch auf andere Weise die Fesseln des Kartellrechts sprengen?

III. Reichweite und Auswirkungen des Beschlusses

Zunächst gilt es festzustellen, daß der „Europapokalheimspiele“-Beschluß des BGH weder die Vermarktung der innerhalb der Ersten und Zweiten Bundesliga ausgetragenen Fußballspiele noch derjenigen der übrigen europäischen Klubwettbewerbe - Pokal der europäischen Meistervereine (Champions-League), UEFA-Intertoto-Cup (UI-Cup) - betrifft. Mag auch eine Ü-

11 Siehe zu damaligen entsprechenden Einschätzungen von Insidern FAZ vom 13. 12. 1997, S. 32 („Die UEFA will nicht zentral vermarkten“); siehe auch PHBSportR/Summerer (Fußn. 4), 2/74 a.E.

12 Im Hinblick auf die Gesamteinnahmen indes sind in der laufenden Saison, bedingt durch das vorzeitige Ausscheiden deutscher Teilnehmer, nur 20 Mio. DM – anstelle von 50 Mio. DM zu Zeiten der zentralen Vermarktung durch den DFB – Erlöst worden; vgl. FAZ vom 24. 11. 1998, S. 40. Zur Höhe der Einnahmen aus der Individualvermarktung siehe hannoversche Allgemeine Zeitung vom 7. 8. 1998, S. 18.

13 Diametral entgegengesetzt noch die Aufforderung von *Stopper* (Fußn. 4), S. 186 in der Schlußbemerkung seiner Untersuchung.

bertragung der rechtlichen Wertungen auf die Vermarktung der Bundesligaspiele naheliegen¹⁴, so hat der BGH im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu verstehen gegeben, daß eine solche Schlußfolgerung nicht zwangsläufig sei. Damit ist dem DFB bislang lediglich die unmittelbare Einflußnahme auf die Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte an Europapokalheimspielen genommen worden. Die dem Solidaritätsgedanken unterworfenene Verteilung sämtlicher Fernsehgelder ist zwar für die laufende Saison gesichert¹⁵, die Zukunft dieses finanziellen Ausgleichssystems erscheint jedoch ungewiß.

Im Hinblick auf die weitere Vermarktung des Bundesligaspielbetriebs wird die Bewertung der (Mit-)Veranstaltereigenschaft des DFB von entscheidender Bedeutung. Überträgt man auf diese Problemkonstellation die Wertungen des BGH, aufgrund derer eine - „was in Betracht stehen könnte“ - originäre Mitberechtigung der UEFA an der Vermarktung der Europapokalspiele erwogen wird¹⁶, so wird man kaum leugnen können, daß der DFB die beiden Bundesligen „ins Leben gerufen, über Jahre durch zahlreiche Einzelmaßnahmen organisiert und geleitet und ihnen ein hohes Ansehen bei den Zuschauern verschafft hat“.

Hieran anknüpfend überträgt *Jänich*¹⁷ die vom BGH hinsichtlich der UEFA angedeutete Möglichkeit einer originären Mitberechtigung auf den DFB als Verwerter der Fernsehrechte an der Fußball-Bundesliga und erhebt den Verband - ohne sich mit der vorherrschenden Definition des Veranstalterbegriffs auseinanderzusetzen - in den Rang eines originären Mitveranstalters. Daraus zieht er den Schluß, daß Verein und Verband als gemeinsame originäre Mitveranstalter in Form einer Rechtsgemeinschaft i.S.d. §§ 741 BGB die Fernsehrechte innehaben. Aber was nützt die durchaus stringente Bestimmung der Rechtsfolgen (gem. § 744 BGB zwingende Verhaltenskoordination zwischen dem jeweiligen Verein und dem DFB), wenn die rechtliche Basis brüchig ist? Hier rächt sich das leichtfertige Übergehen der entscheidenden Ausgangsfrage nach dem maßgeblichen Veranstalterbegriff, das sodann zu der Annahme

14 In diesem Sinne haben sich geäußert der Direktor beim BKartA *Stockmann*, Sportübertragungsrechte und Kartellrecht am Beispiel der Europacup-Spiele, ZIP 1996, 411 sowie hernach der Präsident des BKartA *D. Wolf*, vgl. Hannoversche Allgemeine Zeitung vom 23. 12. 1996, S. 5 und vom 26./27. 7. 1997, S. 1; ebenso *Stopper* (Fußn. 4), S. 53 m.w.N. in Fußn. 88.

15 Über die Verteilung der Fernseheinnahmen für die Fußballbundesligen für die Spielzeit 1998/99 ist inzwischen entschieden worden; danach müssen die Zweitligavereine weitere Einbußen hinnehmen und erhalten nach dem neuen Verteilerschlüssel nur noch 28% der TV-Gelder, während die übrigen 72% an die Erstligisten gehen; vgl. FAZ vom 10. 8. 1998, S. 28. Darüber hinaus zahlen die deutschen Teilnehmer am UEFA-Cup rund 30% ihrer Einnahmen in einen Solidarfonds; vgl. FAZ vom 20. 5. 1998, S. 38; Hannoversche Allgemeine Zeitung vom 10. 8. 1998, S. 17.

16 BGH, SpuRt 1998, 28, 30 (I.Sp.).

17 *Jänich* (Fußn. 2), GRUR 1998, 438, 441; ähnlich im Hinblick auf den Motorsport LG Frankfurt, SpuRt 1998, 195 f.

führt, der DFB sei originärer Mitveranstalter unabhängig davon, ob er am finanziellen Risiko der Veranstaltung beteiligt ist. Auf den ersten Blick erscheint es für den DFB durchaus vorteilhaft, im Sinne einer Rosinentheorie ohne eigene finanzielle Risikobeteiligung und im Zweifel zum gleichen Anteil wie der Verein (§ 742 BGB) an den Erlösen beteiligt zu werden (§ 743 BGB). Entsprechend wäre der Verband aber auch - und zwar zwingend (§ 741 BGB) - an den Lasten und Kosten zu beteiligen (§ 748 BGB). Spätestens hier zeigt sich, daß die einem Mitveranstalter zustehenden (Fernseh-)Rechte letztlich nicht zum Nulltarif erhältlich sind. Unternehmerische Erträge gehen zwangsläufig mit unternehmerischen Risiken einher - ein Umstand, der den Interessen der gemeinnützigen (!) Sportverbände widerspricht und der bereits bei der Bestimmung des Veranstalterbegriffs berücksichtigt werden muß.

Schließlich ist kaum anzunehmen, daß der BGH in einem *obiter dictum* seine langjährige und bewährte

Rechtsprechung hat modifizieren oder gar aufgeben wollen¹⁸. Legt man aber den von der Judikatur entwickelten und nicht nur auf organisatorische Vorbereitung, sondern zugleich auch auf eine finanzielle und unternehmerische Risikobeteiligung abzielenden Veranstalterbegriff zugrunde, kommen derzeit allein die Vereine als Veranstalter der nationalen Meisterschaftsspiele und damit auch als Inhaber der entsprechenden Fernsehrechte in Betracht¹⁹.

IV. Ausweichstrategien

Bereits vor dem „Europapokalheimspiele“-Beschluss des BGH hatten Bestrebungen zur Ergänzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) um eine weitere Bereichsausnahme, eine sog. Sportklausel, eingesetzt²⁰. Nach dem „Europapokalheimspiele“-Beschluss nutzte auf sanften Druck des DFB eine parteiübergreifende Politikerallianz die Gunst des keine unpopuläre Maßnahmen duldenden Vorwahlkampfes und betrieb im Rahmen der damals nahezu abgeschlossenen 6. GWB-Novelle die Aufnahme einer weiteren Bereichsausnahme in das Gesetz. Allerdings gab die Europäische Kommission alsbald zu verstehen, daß nach ihrer Ansicht jeder exklusive Vertrag, der grenzüberschreitende Auswirkungen habe, automatisch unter das Kartellverbot des Art. 85 EGV falle²¹. Letztlich hat sich der Fußballverband trotz vehementer Kritik²² mit seiner Forderung durchsetzen können, eine Ausnahmeregelung für den Sport zu schaffen. Damit ist am 1. 1. 1999 die Vorschrift des § 31 GWB n.F. mit folgendem Wortlaut in Kraft getreten²³:

18 A.A. *Springer* (Fußn. 2), WRP 1998, 477, 481 f., nach dessen Auffassung Veranstalter nunmehr sei, wer die wesentlichen wirtschaftlichen Leistungen zur Schaffung des vermarktaren Produkts erbringe und sich somit als natürlicher Marktteilnehmer ausweise.

19 Ebenso *Reichert*, Sponsoring und nationales Sportverbandsrecht, in: *Vieweg* (Hrsg.), Sponsoring im Recht, 1996, S. 31, 41 f.

20 Zu Bestrebungen zur Einführung einer kartellrechtlichen Bereichsausnahme vgl. etwa FAZ vom 29. 1. 1998, S. 29 („Bonn will Sport Ausnahme im Kartellrecht einräumen“); FAZ vom 16. 2. 1998, S. 36 („Der Fußball als Spielball von Justiz und Politik“); FAZ vom 5. 5. 1998, S. 40 („Parteien lenken wider besseres Wissen ein“).

21 Vgl. FAZ vom 22. 1. 1998, S. 15 („Konflikt um Vermarktung von Fußballrechten - Kommission gegen Bonner Gesetzesplan“); FAZ vom 1. 4. 1998, S. 39. Im Hinblick auf die Fernsehrechte an der Fußball-Bundesliga i.E. zustimmend *Jänich* (Fußn. 2), GRUR 1998, 438, 441-443; *Springer* (Fußn. 2), WRP 1998, 477, 485 f.; *Stopper* (Fußn. 4), 163 ff.

22 Dezidiert der Vorsitzende der Monopolkommission, *C. Chr. von Weizsäcker*, Keine Medienmacht für den Fußballbund - Der Sport sollte nicht zum Ausnahmereich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden, FAZ vom 18. 2. 1998, S. 17; in ähnlicher Weise hat auch das Kieler Institut für Weltwirtschaft (IfW) Bedenken gegen die Einrichtung einer kartellrechtlichen Bereichsausnahme für den Sport angemeldet, FAZ vom 21. 4. 1998, S. 18; kritisch auch *J. Kruse*, Auch ohne ein Monopol des DFB können kleine Klubs überleben, FAZ vom 7. 4. 1998, S. 39; *D. Wolf*, Präsident des Bundeskartellamts, FAZ vom 5. 5. 1998, S. 40.

23 Siehe BR-Dr. 418/98 vom 8. 5. 1998.

§ 1 findet keine Anwendung auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsmäßig durchgeführter sportlicher Wettbewerbe durch Sportverbände, die in Erfüllung ihrer gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und dieser Verpflichtung durch eine angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung tragen.

Allerdings paßt dieses Vorgehen nicht in eine Zeit, in der der deutsche Gesetzgeber nach langen und mühsamen Diskussionen im Rahmen der 6. GWB-Novelle überfällige Einschränkungen der gesetzlichen Ausnahmereiche für die Energiewirtschaft, den Verkehr, Banken und Versicherungen durchgesetzt hat. Wenn nunmehr zumindest die Fernsehrechte an den Fußball-Bundesligen vom DFB weiterhin *en bloc* vermarktet werden, hat dies auch wettbewerbspolitisch bedenkliche Auswirkungen auf die Medienvielfalt; denn bei Preisen für die TV-Rechte, die sich in den vergangenen zwanzig Jahren nahezu verhundertfacht haben²⁴, können nur noch sehr wenige Sender Angebote abgeben. Anstelle des Wettbewerbsprinzips wird möglicherweise letztlich die Medienmacht der großen Konzerne gestärkt²⁵. Eine Vielzahl von Anbietern könnte demgegenüber bewirken, daß die Preise für Übertragungsrechte nicht weiter in bislang ungeahnte Höhen steigen.

Zudem darf man die europarechtlichen Auswirkungen der neuen Gesetzesvorschrift nicht übersehen. In der Vergangenheit haben bereits ausländische Sender Angebote für die Rechte an den UEFA-Cup-Spielen deutscher Teilnehmer und sogar für die TV-Rechte an der Fußball-Bundesliga abgegeben, so daß der relevante räumliche Markt nicht mehr allein auf Deutschland beschränkt ist²⁶. Infolgedessen kann es nicht überraschen, daß die EU-Kommission neben den bereits vor der Verabschiedung des Gesetzes geäußerten Bedenken²⁷ wiederholt auf die Unvereinbarkeit mit Art. 85 EGV hingewiesen hat. In einem Zeitungsbericht wird der EU-Wettbewerbskommissar *Karel van Miert* folgendermaßen zitiert²⁸: „Wenn man in Deutschland das Gesetz ändert, heißt das nicht, daß man die europäischen Verträge ändert und wir

24 Zu den exakten Zahlen siehe etwa *Heermann*, Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht, ZHR 161 (1997), 665, 667 sowie PHBSportR/*Summerer* (Fußn. 4), 4/102.

25 Angesichts der zu befürchtenden wettbewerbspolitischen Auswirkungen der Bereichsausnahme für den Sport wird man leicht nachvollziehen können, wenn *Otto Graf Lambsdorff* im Hinblick auf die seiner Ansicht nach insgesamt gelungene 6. GWB-Novelle darauf hingewiesen hat, man müsse eben auch Kröten schlucken; er wage aber die Voraussage, daß die neue Regelung dem DFB in Brüssel schlecht bekommen werde; siehe FAZ vom 8. 5. 1998, S. 17.

26 Siehe hierzu auch *Wertenbruch*, „Helfen kann dem DFB nur eine Freistellung durch die EU-Kommission“, FAZ vom 5. 2. 1998, S. 39.

27 Siehe oben bei Fußn. 21.

nicht mehr zuständig sind. Einige haben wohl gemeint, die Sache sei mit der Gesetzesänderung erledigt. Das stimmt nicht.“

Als Ausweg aus dem Dilemma haben zwei Stimmen im Schrifttum dem DFB die Beantragung einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV nahegelegt²⁹. Bereits an anderer Stelle ist dargelegt worden³⁰, daß sich dieser rechtliche Ausweg nur allzu schnell als Irrweg herausstellen kann. Denn die EU-Kommission könnte einem solchen Antrag letztlich nur stattgeben, indem sie unter Betonung wirtschafts- und sportpolitischer Erwägungen

28 Vgl. *Stabenow*, Profitiert die Nachwuchsarbeit, könnte die Zentralvermarktung bleiben, FAZ vom 14. 7. 1998, S. 35.

29 *Wertenbruch*, Die zentrale Vermarktung von Fußball-Fernsehrechten als Kartell nach § 1 GWB und Art. 85 EGV, ZIP 1996, 1417, 1423-1425; *ders.*, FAZ vom 4. 3. 1997, S. 31 („Freistellung nach europäischem Kartellrecht kann DFB helfen“); *ders.* (Fußn. 26), FAZ vom 5. 2. 1998, S. 39; *Stopper* (Fußn. 4), S. 173-182.

30 *Heermann* (Fußn. 24), ZHR 161 (1997), 665, 677-679 m.w.N.

den Wortlaut des Ausnahmetatbestandes überdehnt und die gesetzlichen Intentionen zumindest partiell ausblendet. Nachdem die EU-Kommission den DFB aufgefordert hatte, sein Vermarktungsmodell für Fernsehrechte der Bundesligaspiele anzumelden, hat der Verband im August 1998 einen entsprechenden Freistellungsantrag gestellt³¹. Und in einem Interview hat der Wettbewerbskommissar sogar eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV in Aussicht gestellt, wenn auch nur unter Auflagen: wenn man die Einkünfte aus den Fernsehrechten zur Förderung des Nachwuchses nutze, „dann wäre dies wirklich ein guter Grund dafür, die Gesamtvermarktung zu akzeptieren“³². Nach dem Wortlaut des Ausnahmetatbestandes wäre hierfür eine Verbesserung der Warenerzeugung oder eine Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts erforderlich - mithin ein Rationalisierungsgewinn, der den beteiligten Unternehmen zufließen, eine gesamtwirtschaftliche Dimension aufweisen und in einem angemessenen Verhältnis zur Ausschaltung des Wettbewerbs unter den beteiligten Unternehmen stehen muß³³. Da nach § 7 Nr. 3 des DFB-Lizenzspielerstatuts den Lizenzligavereinen bereits die Einrichtung von jeweils mindestens zehn Amateur- und Juniorenmannschaften auferlegt ist, müßte die aus den zentral vermarkteten Fernsehrechten gespeiste und vom DFB gelenkte Nachwuchsförderung noch deutlich darüber hinausgehen und insbesondere auch den nicht von Bundesligavereinen organisierten Breitensport erfassen. Damit entfernt man sich freilich recht weit von den Bundesligavereinen als denjenigen Wirtschaftsteilnehmern, denen der Rationalisierungsgewinn zugute kommen soll. Indes werden auch sie früher oder später von einer intensiveren und breit angelegten Jugendförderung profitieren, so daß zumindest mittelbar eine Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts erwartet werden kann.

Letztlich ist es aber überaus zweifelhaft³⁴, ob die zentrale Vermarktung und damit die Wettbewerbsbeschränkung für die Erreichung des umschriebenen Ziels wirklich unerlässlich ist³⁵, andernfalls eine Freistellung mit dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 EGV kaum zu vereinbaren wäre³⁶. Den Wettbewerb deutlich weniger einschränkende Maßnahmen wie etwa die

31 Vgl. FAZ vom 5. 8. 1998, S. 32 sowie FAZ vom 18. 9. 1998, S. 39 („DFB kämpft um zentrale Fernsehvermarktung“).

32 Vgl. *Stabenow* (Fußn. 28), FAZ vom 14. 7. 1998, S. 35.

33 Vgl. zu dieser materiellen Freistellungsvoraussetzung etwa *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Band I, Stand: Okt. 1995, Art. 85 Rz. 162 m.w.N.

34 Ebenso *Jänich* (Fußn. 2), GRUR 1998, 438, 443 und i.E. *Springer* (Fußn. 2), WRP 1998, 477, 486.

35 Allgemein zu dieser Freistellungsvoraussetzung *Grabitz/Hilf* (Fußn. 33), Art. 85 Rz. 179.

36 Da das „Unerlässlichkeits“-Merkmal in dem neu geschaffenen und Art. 85 Abs. 3 EGV partiell nachgebildeten Freistellungstatbestand des § 7 Abs. 1 GWB n.F. ebenfalls enthalten ist („wenn die Verbesserung von den beteiligten Unternehmen auf andere Weise nicht erreicht werden kann“), böte ein auf diese Vorschrift gestützter Freistellungsantrag nach § 10 GWB n.F. im Hinblick auf die derzeitige Vermarktungs-

Schaffung eines Solidarfonds³⁷ oder die Verknüpfung der Lizenzvergabe an entsprechende finanzielle Ausgleichszahlungen sind sicherlich realistische Alternativen zur Erreichung des angestrebten Ziels. Insoweit ist einem vom Bundeswirtschaftsministerium im Einklang mit dem Bundeskartellamt unterbreiteten Kompromißvorschlag möglicherweise wegweisende Bedeutung beizumessen. Demzufolge sollen die Bundesligavereine durch Verbandsstatut zu einer finanziellen Abgabe an den DFB verpflichtet werden, die sich nach den durch individuelle Vermarktung erzielten Fernseheinnahmen bemißt. Mit diesen Einnahmen soll der Dachverband die weitere Aufrechterhaltung des Solidarausgleichs zwischen dem Profi- und Amateurbereich gewährleisten. Zu Kontrollzwecken sollen die Vereine die entsprechenden Verwertungsverträge vorlegen und vom DFB (als Mitveranstalter?) gegenzeichnen lassen³⁸.

Gegenwärtig ist die zentrale Vermarktungspraxis der UEFA hinsichtlich der Champions League Gegenstand eines Negativtests gem. Art. 4 Abs. 1 VO 17/62, hilfsweise eines Freistellungsverfahrens gem. Art. 85 Abs. 3 EGV bei der EU-Kommission (Case No.IV/34.319 vom 19. Mai 1992)³⁹. Inwieweit der noch ungewisse Ausgang dieses Verfahrens und die derzeitige Duldung der zentralen Fernsehrechteverwertung durch die UEFA durch die EU-Kommission auf die inzwischen individuelle Vermarktung der Heimspiele deutscher Teilnehmer an den übrigen Europapokal-Wettbewerben ausstrahlen und den DFB möglicherweise zu einem Freistellungsantrag zwecks Wiedereinführung der zentralen Vermarktung von Europapokalheimspielen deutscher Teilnehmer veranlassen wird, ist schwer einzuschätzen. Unterschiedlich stark ausgeprägt ist jedoch das Maß der organisatorischen und auch finanziellen Einbindung der UEFA einerseits und des DFB andererseits in die Durchführung der Champions League bzw. des UEFA-Pokals sowie des Europapokals der Pokalsieger⁴⁰. In allen Wettbewerben trifft allein die UEFA die wesentlichen organisatorischen Maßnahmen, während die Koordinierungstätigkeiten des DFB demgegenüber von untergeordneter Qualität sind. Zudem vermarktet die UEFA in der Champions League zentral neben den Fernsehrechten auch die

praxis keine Aussicht auf Erfolg; a.A. *Jänich* (Fußn. 2), GRUR 1998, 438, 444, der die Parallele zu Art. 85 Abs. 3 EGV übersieht.

37 Auf die Möglichkeiten eines Finanzausgleichs und einer Einnahmenumverteilung hat bereits Generalanwalt *Lenz* in seinen Schlußanträgen im „Bosman“-Verfahren - EuGRZ 1995, 459, 495-498 (Tz.218-234) - hingewiesen, um dadurch eine von ihm begrüßte Aufrechterhaltung des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts innerhalb der Fußballigen zu gewährleisten.

38 Siehe hierzu FAZ vom 3. 2. 1998, S. 15 („Eine Zweitunterschrift für den Fußballbund“); FAZ vom 5. 2. 1998, S. 39 („Kartellamt schlägt DFB eine Solidaritätsabgabe vor“); FAZ vom 9. 2. 1998, S. 17 („Eine Sonderregelung für den Sport im Wettbewerbsrecht darf es nicht geben“).

39 Siehe hierzu *Stopper* (Fußn. 4), S. 63 f. sowie *Wertenbruch* (Fußn. 29), ZIP 1996, 1417, 1418 (I.Sp.).

40 Zu den Einzelheiten vgl. *Stopper* (Fußn. 4), S. 83-86.

gesamte Stadionwerbung *sämtlicher* teilnehmenden Vereine und erhält einen Anteil der in den UEFA-Pool fließenden Einnahmen. Demgegenüber ist der DFB in den übrigen Europapokalwettbewerben über die Fernsehrechte deutscher Heimvereine hinaus nicht in die Vermarktung eingeschaltet oder an den finanziellen Erlösen beteiligt. Deshalb erscheint es zweifelhaft, daß unter den gegenwärtigen Bedingungen der DFB einen für die UEFA erfolgreichen Ausgang des oben genannten Verfahrens mit Aussicht auf Erfolg zum Anlaß für eine eigenständige Beantragung eines Negativattests oder einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV, gerichtet auf die zentrale Vermarktung der Europapokalheimspiele deutscher Mannschaften, nehmen könnte.