

Noch kein Abpfiff im «Spiel» zwischen DFL und Bundeskartellamt

Das neue Jahr hat begonnen – die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Sport stellen, bleiben uns offenbar aber auch 2009 erhalten...

Zum Beispiel die Problematik und die Fragen rund um die «Rechtevermarktung»:

Dem (kartell-)rechtlich interessierten Fussballfan bieten die Deutsche Fussball Liga GmbH (DFL) und das Bundeskartellamt (BKartA) seit mehr als einem Jahr einen rechtlichen Schlagabtausch um die Modifikationen der zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Bundesligafussballspielen ab der Saison 2009/2010. Die Auseinandersetzung selbst erinnert an ein ebenso spannendes wie unterhaltsames Fussballspiel: Zahlreiche Kabinettstückchen und Torschüsse, bislang solide Abwehrarbeit sowie ein Tor aus abseitsverdächtiger Position. Naturgemäss führt eine solche Fussballpaarung zwischen DFL und BKartA zu einem Spiel auf ein Tor – das BKartA lässt entweder ein Vermarktungsmodell bei Vereinbarkeit mit den kartellrechtlichen Vorschriften passieren oder aber verhindert den Torerfolg! Einige Gedanken zum bisherigen Spielverlauf:

In den ersten Spielminuten feuerte die DFL einen platzierten Schuss auf das Gehäuse des BKartA. Die zum Kirch-Konzern gehörende Agentur Sirius hatte sich vertraglich verpflichtet, für die DFL die Verwertungsrechte für sechs Spielzeiten zentral zu vermarkten und hierfür einen Gesamtbetrag von 3 Mrd. € in Aussicht gestellt. Die im Vergleich zu früheren Spielzeiten deutliche Einnahmesteigerung zu Gunsten der DFL und der 36 Bundesligisten sollte insbesondere über die Rechteverwertung im Pay-TV finanziert werden. Dies hätte nach Ansicht der Vertragspartner eine umfassendere Exklusivität der Live-Berichterstattung und damit eine Verbannung der Erstberichterstattung im frei empfangbaren Fernsehen auf den späten Samstagabend erfordert. Den geplanten Zwang für TV-Sender, die vorgefertigte Live-Berichterstattung ohne eigene redaktionelle Bearbeitungsmöglichkeit zu übernehmen, rechtfertigte die DFL mit der beabsichtigten Stärkung der Nachfrageseite; denn bisher hätten verschiedene Interessenten an diesen Rechten mangels wirtschaftlicher oder technischer Möglichkeiten zur eigenen redaktionellen Bearbeitung der Fussballbilder von einem Markteintritt abgesehen. Konkurrenz auf der Nachfrageseite ist wettbewerbspolitisch durchaus erwünscht.

Gilt das aber auch, wenn ein Anbieter wie die DFL durch das Koppelungsangebot die eigene Position stärkt?

Dieser ebenso überraschende wie stramme Schuss der DFL auf das Gehäuse des BKartA konnte vom fast etwas zu weit vor seinem Kasten stehenden Torhüter mit einiger Mühe an die Latte gelenkt werden, der Ball sprang von dort ins Aus. Dr. Bernhard Heitzer, Präsident des BKartA und gleichsam deutscher (Tor-)Hüter des Wettbewerbs, sprach die «dringende Empfehlung» aus, im Interesse einer «angemessenen Verbraucherbeteiligung» müsse samstags die einen wesentlichen Teil des Spieltags umfassende Highlight-Berichterstattung zeitnah und zu einem weiten Bevölkerungskreisen zugänglichen Sendetermin vor 20 Uhr erfolgen (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/080724_speaking_notes_final.pdf).

Diesen weiten Abschalp des Torhüters fing die DFL ab, spielte den Ball steil in die Spitze und kam nunmehr mit einem anderen Vermarktungsmodell, welches ab der kommenden Saison gelten wird, souverän zum Torerfolg – allerdings aus abseitsverdächtiger Position. Denn durch das neue, vom BKartA ausdrücklich gebilligte Vermarktungsmodell werden Premiere und ARD, in Deutschland schon seit Jahren Inhaber der Erst- und Zweitverwertungsrechte im TV, ihre Marktpositionen weiterhin stärken oder zumindest behaupten können. Zudem wird die Forderung des BKartA nach «angemessener Verbraucherbeteiligung» dazu führen, dass zeitgleich mit dem Beginn der ARD-Sportschau um 18.30 Uhr das sog. Top-Spiel der Woche angepfiffen und von Premiere live übertragen werden wird. Die Vorverlegung eines der Sonntagsspiele auf 15.30 Uhr kritisieren die zumeist zu dieser Zeit kickenden Amateurfussballverbände. Von den Sonntagspielen wird im frei empfangbaren Fernsehen nach derzeitigen Planungen nicht in der ARD, sondern allenfalls in einzelnen Dritten Programmen ab 21.45 Uhr berichtet werden. Auf dem Markt für die Vermarktung der Bundesligaspiele, der dem Markt für Medienrechte an den Fussballbundesligen nachgelagert ist, murren die Sponsoren ob der künftig angeblich geringeren oder weniger attraktiven Präsenz der Bundesligaspieltage im Free TV. Noch ist offen, wie die Fernsehzuschauer auf den zeitlich neu gestalteten Spielplan reagieren werden. Und schliesslich bleibt im Dunkeln, ob und auf welche Weise durch eine solche «angemessene Verbraucherbeteiligung» die üb-

rigen – durchaus strengen – Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (EG) erfüllt werden können.

Seit dem Scheitern des geplanten Vertrags mit der Agentur Sirius hat das Team der DFL die deutschen Wettbewerbschüter mit weiteren sehenswerten Torschüssen eingedeckt, die allerdings den massiven Abwehrriegel des BKartA nicht noch ein zweites Mal durchbrechen konnten. So seien die an einer Bundesligapartie beteiligten Teams nebst der DFL als von der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellte Arbeitsgemeinschaft einzustufen. Einzelne Spieler des DFL-Teams sehen im Ligaverband e.V., dem Zusammenschluss der 36 Bundesligisten, und der DFL als Leitungsorgan Strukturen eines Gleichordnungskonzerns oder gar – in Anlehnung an die *Single Entity Doctrine* des U.S.-amerikanischen Kartellrechts – eine wirtschaftliche Einheit verwirklicht. Ob der deutsche Fussball derartige Strukturen aufweist und – wenn ja – inwieweit die genannten Rechtsgebilde das kartellrechtliche Konzentrationsprivileg geniessen, ist allerdings höchst umstritten. Sämtlichen Ansätzen zur kartellrechtlichen Freistellung der Zentralvermarktung durch den Fussballverband stehen im konkreten Fall weitere erhebliche rechtliche Einwände entgegen, die bislang noch nicht ausgeräumt werden konnten:

- Zunächst vernachlässigen die genannten Ansätze, dass die Individualvermarktung im Fussballsport bis in die Gegenwart praktiziert wird (auch hierzulande hinsichtlich der Spiele im UEFA-Pokal, zudem teilweise in ausländischen Fussballligen). Ist unter diesen Umständen die Zentralvermarktung wirklich unerlässlich?
- Weshalb soll gerade die Zentralvermarktung der Medienrechte an den Bundesligaspielen für die Sicherstellung von Chancengleichheit innerhalb der Fussballbundesligen unerlässlich sein, wenn die Bundesligisten etwa die Hälfte ihres Umsatzes nach wie vor durch dezentrale Vermarktungsmassnahmen (Ticketverkauf, Sponsoring, Merchandising) erzielen (dürfen)? Bei dieser Ausgangslage wird sich die Schere zwischen den «armen» und den «reichen» Bundesligisten vermutlich weiter öffnen.
- Zeitgleich mit der seinerzeitigen «dringenden Empfehlung» des Präsidenten des BKartA veröffentlichte die Behörde ein Hintergrundpapier (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/080724_PK_Hintergrundpapier.pdf), in dem weitere kartellrechtliche Bedenken der Wettbewerbschüter aufgelistet wurden: Gesellschaftliche Verflechtungen zwischen Sirius und Rechteverwertern; Zwang für TV-Sender, die vorgefertigte Live-Berichterstattung ohne eigene redaktionelle Bearbeitungsmöglichkeit zu übernehmen;

Gefahr der drohenden Stilllegung von Vertriebswegen wie Kabel, DSL oder Satellit. Diese schwerwiegenden Einwände lösen sich nicht gleichsam in Luft auf, selbst wenn man einem der vorgetragenen Ansätze folgt.

- Und was ist schliesslich mit dem Drei-Stufen-Test, den der EuGH (Urteil v. 18. Juli 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Rn. 42) in dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen* zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung entwickelt hat? Die Umverteilung der Einnahmen aus der Vermarktung ist sicherlich eine legitime Zielsetzung, sie mag auch erforderlich sein. Aber ist sie tatsächlich verhältnismässig?

Nach dem Scheitern dieser Angriffsbemühungen hat die DFL wiederholt versucht, die Politik und insbesondere den Bundesinnenminister für das eigene Team zu gewinnen (so etwa anlässlich eines EU-Symposiums zum Weissbuch Sport am 17. Oktober 2008 in Bonn, vgl. http://www.bmi.bund.de/cln_095/SharedDocs/Standardartikel/DE/The men/PolitikGesellschaft/Sport/EU_Weissbuch_Sport_Tag2.html). Vergleichbare Bemühungen bei der EU-Kommission und beim Europäischen Parlament wurden gestartet. Bislang konnten diese politischen Spieler aber noch nicht dauerhaft für das Team der DFL gewonnen werden.

Zuletzt hat der DFL-Präsident Dr. Reinhard Rauball den Ball für einen direkten Freistoss auf das Tor des BKartA zurechtgelegt. Er kündigte am 26. Januar 2009 an, die DFL werde beim Oberlandesgericht Düsseldorf gegen die Ablehnung der ursprünglichen Fernsehpläne der DFL und die Forderung des BKartA, die Samstagsspiele in einer Zusammenfassung vor 20 Uhr im frei empfangbaren Fernsehen zu zeigen, Klage einreichen. Berichtet wird auch von Schadensersatzansprüchen, die mehr als 500 Mio. € ausmachen sollen (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. Januar 2009, S. 13). Ob dieser Freistoss vorbei an der gut postierten Abwehrmauer und dem aufmerksamen Torhüter seinen Weg ins Tor finden wird?

Das (juristisch) spannende Spiel ist noch lange nicht vorüber und wird uns auch in diesem Jahr beschäftigen.

Eine Nachspielzeit über 2009 hinaus ist nicht ausgeschlossen...

Wir bleiben dran!

Prof. Dr. iur. Peter W. Heermann
Mitherausgeber von «Causa Sport»