

Vorbemerkung: Das nachfolgende Aufsatzmanuskript wird voraussichtlich in Heft 1/2003 in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) abgedruckt werden. Für die Möglichkeit zur Vorveröffentlichung sei dem Verlag Mohr Siebeck herzlich gedankt!

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.*

Stand: 26. Juli 2002

Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht

- Rechtsvergleichende Beobachtungen zum Umspielen unliebsamer Rechtsvorschriften - **

- I. Der Konflikt von Ligasport und Kartellrecht
- II. Der US-amerikanische Weg – Eine Chronologie der Ereignisse
 1. Rechtsprechung
 - a) Gesetzesauslegung:
 - aa) Sonderrolle des Sports
 - bb) Die Sportliga als *Single Entity*?
 - cc) Die Sportliga als Joint Venture?
 - b) Ausnahmen vom Kartellverbot
 - aa) Gesetzliche Befreiungstatbestände
 - bb) *Rule of Reason*
 - cc) Lehre von den *Ancillary Restraints*
 - dd) *Non-Statutory Labor Exemption*
 2. Gesetzgebung
 - a) Ausgangspunkt: Personelle Verflechtungen zwischen Sport, Rechtsprechung und Politik
 - b) Sports Broadcasting Act
 - c) Curt Flood Act
- III. Der deutsche und der europäische Weg – Eine Chronologie der Ereignisse
 1. Rechtsprechung
 - a) Gesetzesauslegung
 - aa) Sonderrolle des Sports
 - bb) Der DFB als Veranstalter?

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth sowie Richter am OLG Nürnberg. Der Autor ist in den Jahren 2001 und 2002 deutscher Länderberichterstatler bei den Tagungen der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht, Arbeitskreis Sport und Kartellrecht (4.-6. Oktober 2001 in Prag, 18.-22. September 2002 in Montreux).

** Bei der nachfolgenden Abhandlung handelt es sich um die erweiterte Fassung der Antrittsvorlesung, die der Verfasser am 5. Dezember 2001 an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth gehalten hat.

- cc) Der DFB als Konzern?
- b) Gesetzliche Befreiungstatbestände
 - aa) Rationalisierungskartell nach § 5 GWB
 - bb) Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV
- c) Außergesetzliche Ausnahmen vom Kartellverbot
- 2. Gesetzgebung
 - a) Ausgangspunkt: Personelle Verflechtungen zwischen Sport und Politik
 - b) Die Ausnahmevorschrift des § 31 GWB
 - c) Rechtliche Bewertung
- IV. Die Major League Soccer als *Single Entity* (Fraser et al. v. Major League Soccer et al.)
 - 1. Die Major League Soccer
 - 2. Der Fall
 - 3. Die Entscheidung des United States District Court for the District of Massachusetts vom 19. April 2000
 - 4. Die Entscheidung des United States Court of Appeals for the First Circuit vom 20. März 2002
 - 5. Auswirkungen der Entscheidungen
 - a) Erste Reaktionen im sportrechtlichen Schrifttum
 - b) Ligasport in den USA
 - 6. Abschließende Würdigung
- V. (Rechtsvergleichender) Ausblick: Die Folgerungen für den deutschen Ligasport

I. Der Konflikt von Ligasport und Kartellrecht

Es ist inzwischen allgemein anerkannt, daß auch die Mitglieder professioneller Sportligen – sei es in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins, sei es als Sportkapitalgesellschaft - Adressaten des Kartellrechts sind. Die Ligamitglieder sind also nicht nur Wettbewerber im sportlichen, sondern auch im wirtschaftlichen und kartellrechtlichen Sinne. Anders als im Wirtschaftsverkehr muß das Interesse von Ligamitgliedern aber darauf gerichtet sein, den Wettbewerb innerhalb der Liga so attraktiv und ausgeglichen wie möglich zu gestalten. Im Ligasport kann ein Mitglied sportlich und wirtschaftlich nur dann langfristig überleben, wenn in ausreichender Zahl vergleichbar starke Konkurrenten vorhanden sind. Letztgenannte Konstellation kommt zwar auch der Idealvorstellung einer polypolistischen Marktstruktur nahe; indes lehrt die Erfahrung, daß sich derartige Strukturen im Wirtschaftsleben nicht unbedingt dauerhaft oder auch nur vorübergehend einstellen müssen¹.

Hier befinden sich die Mitglieder von Sportligen in einem Dilemma: Einerseits wollen Ligamitglieder in möglichst weitem Umfang frei von Zwängen des Dachverbandes unternehmerische Selbständigkeit genießen, andererseits muß ihr Interesse aber auch auf die Lebensfähigkeit der Konkurrenten gerichtet sein. Diese zumindest teilweise gegenläufigen Interessen mit

¹ Ausführlich zu den wirtschaftlichen Besonderheiten des Sports *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, 2001, S. 227 ff.

der Rechtswirklichkeit in Einklang zu bringen, ist eine große Herausforderung. Zur Erreichung des Ziels müssen Abstriche bei einem der genannten Faktoren gemacht werden:

1. Denkbar sind Einschnitte bei der unternehmerischen Selbständigkeit der Ligamitglieder. So haben etwa im deutschen Fußball die Vereine und Gesellschaften der Ersten und Zweiten Bundesliga im Jahr 2001 Leitungskompetenzen auf einen Ligaverband übertragen. Eine solche Verhaltenskoordination zum gegenseitigen wirtschaftlichen Nutzen kann aber nur allzu leicht zu unerwünschten Wettbewerbsbeschränkungen führen. Mithin droht ein Einschreiten der Kartellbehörden.
2. Man könnte natürlich auch nach den Gesetzen des freien Wettbewerbs handeln, müßte dann aber die Eliminierung einzelner oder im Extremfall aller Ligakonkurrenten in Kauf nehmen. Die negativen finanziellen Auswirkungen wären unmittelbar oder aber mit nur geringer zeitlicher Verzögerung spürbar. Dieser Weg wird also – auch das lehrt die Praxis – nur beschritten, wenn lukrative Kompensationsmöglichkeiten bestehen. So wird in regelmäßigen Abständen von Vertretern insbesondere der finanzstarken Vereine oder Kapitalgesellschaften eine Reduzierung der Zahl der Mitglieder in den Fußball-Bundesligen gefordert, um im internationalen Wettbewerb noch höhere Einnahmen erzielen zu können. Auch die immer wieder aufkommende Diskussion einer Europaliga gehört in diesen Zusammenhang². Wenn man also auf die Kräfte des Markts vertraut, schreiten die Kartellbehörden zwar nicht ein, statt dessen wird die mit einer Verhaltenskoordination der Ligamitglieder verbundene rechtliche Unsicherheit durch eine unzureichende wirtschaftliche Planungssicherheit ersetzt.
3. Die beiden zuvor genannten Wege sind für die Ligamitglieder also entweder mit rechtlichen oder aber mit wirtschaftlichen Unwägbarkeiten behaftet. Deshalb sucht man nach Auswegen – und findet diese im Bereich des Rechts. Dabei folgt das Vorgehen der Sportfunktionäre hierzulande typischen Verhaltensmustern: Zunächst werden die Besonderheiten des Sports beschworen, der dem Verbandsrecht und nur äußerst hilfsweise dem staatlichen Recht unterworfen sei, wobei man sich insgesamt in einem rechtsfreien außerstaatlichen Raum glaubt³. Tatsächlich genießen Verbände zwar den in Art. 9 Abs. 1 GG und Art.

² Siehe hierzu *Hellenthal*, Zulässigkeit einer supranationalen Fußball-Europaliga nach den Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts, 2000.

³ Siehe hierzu *Vieweg*, Normsetzung und –anwendung deutscher und internationaler Verbände, 1990, S. 52 f., 128. Demgegenüber ist hierzulande inzwischen allgemein anerkannt, daß Sportverbände dem staatlichen Recht unterworfen sind; vgl. *Vieweg*, aaO, S. 24.

11 EMRK verankerten Schutz der Verbandsautonomie⁴, der freilich bestimmten rechtlichen Grenzen unterworfen ist⁵. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt eine Bereichsausnahme für den Sport nur in Betracht, soweit eine unerläßliche Voraussetzung oder eine zwingende Folge der Ausübung der Vereinigungsfreiheit betroffen ist⁶. Gerät der Sport sodann – wie in den letzten Jahren zunehmend – gleichwohl einmal in die Mühlen der Justiz, werden die behaupteten Sonderrechte zäh verteidigt. Und wenn sich die Waagschale der Justitia endgültig auf der aus Sicht des Sports oder seiner Funktionäre falschen Seite zu senken droht, würden sich die meisten sicherlich resignierend in das – freilich ungerechte – Schicksal fügen. An diesem Punkte aber laufen die Repräsentanten des Sports vielfach erst zur Höchstform auf. Wenn schon die Gerichte die störenden Vorschriften nicht „sportkonform“ auslegen wollen, dann müssen ebendiese Vorschriften angepaßt werden.

Auffallend oft ist in den letzten Jahren der dritte Weg beschritten worden, um den sich abzeichnenden Konflikten zwischen dem Sport und dem Kartellrecht auszuweichen. Hierzulande wurde dieses Problem besonders offensichtlich am Beispiel der zentralen Vermarktung der TV-Rechte an Europapokalheimspielen deutscher Teilnehmer durch den Deutschen Fußball-Bund (DFB)⁷ – inzwischen hat der Ligasport insoweit eine partielle gesetzliche Freistellung vom Kartellverbot durchsetzen können⁸. Dieses Beispiel soll nachfolgend aus rechtsvergleichender Perspektive zur Veranschaulichung der zu entwickelnden Thesen vertieft werden. Dabei wird der Blick auf das U.S.-amerikanische Recht gerichtet werden, wo der erste große Ligaverband, die Major League Baseball, bereits vor fast 100 Jahren gegründet wurde⁹.

⁴ Zudem hat der EuGH die Vereinigungsfreiheit auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gestützt, die gem. Art. F Abs. 2 EUV (nunmehr Art. 6 abs. 2 EU) auch durch die Gemeinschaftsordnung geschützt werden; vgl. EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5065 (Rdn. 79) - Bosman.

⁵ Ausführlich hierzu *Streinz*, EG-Grundfreiheiten und Verbandsautonomie, SpuRt 2002, 221 ff.; *Viehweg/Röthel*, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 166, 2002, 6 ff.; *Röthel*, Verbände und Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2002, 58 ff.; zu Verbandsautonomie und Freizügigkeit vgl. *Schäfer*, Freizügigkeit aus vereins- und verbandsrechtlicher Sicht, in: *Scherrer/del Fabro* (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, S. 81 ff.

⁶ EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5065 (Rdn. 79) - Bosman.

⁷ BKartA, Beschl. vom 2. 9. 1994, WuW/E BKartA 2682 - Fußball-Fernsehübertragungsrechte I; KG, Beschl. vom 8. 11. 1995, ZIP 1996, 801 – UEFA-Pokal; BGH, Beschl. vom 11. 12. 1997, BGHZ 137, 296 – Europapokalheimspiele; besprochen wurde die Entscheidung u.a. von *Heermann*, WuB 1998, 475 ff. (V A. § 1 GWB 1.98); *Jänich*, Fußballübertragungsrechte und Kartellrecht, GRUR 1998, 438; *Springer*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Ligasport nach deutschem und europäischem Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Antitrust-Rechts, WRP 1998, 477; *Waldhauser*, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 11. 12. 1997 (KVR 7/96) zur Zentralvermarktung der Europacupspiele durch den DFB, ZUM 1998, 129.

⁸ Siehe hierzu nachfolgend Abschnitt III. 2.

⁹ Die Major League Baseball (MLB) wurde im Jahr 1903 gegründet, gefolgt von der National Hockey League (NHL) im Jahr 1917, der National Football League (NFL) im Jahr 1920 sowie der National Basketball League

Die zentrale Vermarktung der TV-Rechte durch einen Ligaverband¹⁰ ist aber nicht der einzige Fall, bei dem die von den Sportverbänden und dem Kartellrecht verfolgten Zwecke in entgegengesetzten Richtungen verlaufen. Erinnerung sei an das früher geltende Transfersystem der Ablösesummen; schon im „Bosman“-Urteil war der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen von dessen Kartellrechtswidrigkeit ausgegangen, ohne daß dieser Aspekt hernach in den Entscheidungsgründen aufgegriffen werden mußte¹¹. Auch die zuletzt wieder in den Blickpunkt rückenden Ausländerklauseln, die verschiedene Sportligen insbesondere zur Wahrung der Chancen des nationalen Spielernachwuchses einführen wollen¹², weisen kartellrechtliches Konfliktpotential auf¹³. Entsprechendes gilt für die Gehaltsobergrenzen, deren Einführung in Anlehnung an das amerikanische Vorbild (*salary caps*) auch hierzulande zumindest für den Fußballsport erwogen wird¹⁴.

Die meisten der bislang nur angedeuteten Rechtsprobleme weisen eine interessante Gemeinsamkeit auf: Schon lange Zeit, bevor in Deutschland und Europa über den Ligasport im Lichte des Kartellrechts diskutiert wurde, traten vergleichbare Probleme im U.S.-amerikanischen Ligasport auf und beschäftigten die Gerichte, die Rechtswissenschaft und nicht zuletzt auch die Politik. Um die – zeitlich um mehrere Jahrzehnte verschobene - Parallelität der Entwicklungen besser nachvollziehen zu können, soll zunächst die amerikanische Rechtslage bis zum Beginn des Jahres 2000 dargestellt (Abschnitt II.) und sodann der deutschen Entwicklung bis in die Gegenwart gegenübergestellt werden (Abschnitt III.). Nachfolgend wird auf ein bahnbrechendes amerikanisches Urteil zur Major League Soccer einzugehen sein (Abschnitt IV.), dessen Auswirkungen auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Ligasport einerseits sowie dem europäischen und deutschen Kartellrecht andererseits abschließend beleuchtet werden sollen (Abschnitt V.).

II. Der US-amerikanische Weg – Eine Chronologie der Ereignisse

gue (NBA) im Jahr 1949; die im Zentrum dieser Abhandlung stehende Major League Soccer existiert hingegen erst seit 1996; siehe hierzu näher *Leifer*, Making the Majors, 1995, S. 313 f.

¹⁰ Siehe insoweit zu den aktuellen nationalen und internationalen Tendenzen *Hannamann* (Fußn. 1), S. 258 ff. m.w.N.

¹¹ GA Lenz, Slg. I 1995, 4921, 5026 (Nr. 253 ff.) - Bosman.

¹² Siehe hierzu *De Kepper*, EU-Sportrecht aktuell, SpuRt 2001, 58; 98, 99.

¹³ Siehe etwa *Hannamann* (Fußn. 1), S. 284 f., 425 f.; *Streinz*, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, SpuRt 1998, 1, 45, 89, 92 f.; *Weiß*, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt 1998, 97 ff.

¹⁴ Für deren Einführung im deutschen und europäischen Profifußball hat sich zuletzt der designierte/amtierende Präsident des deutschen Fußballbundes, Gerhard Mayer-Vorfelder, ausgesprochen; vgl. FAZ vom 5. 4. 2001, S. 48.

1. Rechtsprechung

a) Gesetzesauslegung

aa) In seiner berühmten Entscheidung *Federal Baseball Club v. National League*¹⁵ aus dem Jahr 1922 hatte der Supreme Court in beispielloser Weise den professionellen Baseballsport in weitem Umfang von der Anwendung der zentralen kartellrechtlichen Vorschriften freigestellt. Richter Oliver W. Holmes stellte fest, daß Baseballspiele, selbst wenn die Teams etwa bei Auswärtsspielen regelmäßig die Grenzen verschiedener Bundesstaaten überqueren müßten, reine *state affairs* seien und damit kein Verstoß gegen den Sherman Antitrust Act¹⁶ oder den Clayton Act¹⁷ angenommen werden könne. Trotz der in Judikatur und Schrifttum an dieser Rechtsprechung geäußerten Zweifel ist die Major League Baseball als einzige der vier großen amerikanischen Profiligen bis zum heutigen Tag – abgesehen von einer jüngst erfolgten, allerdings sehr begrenzten Einschränkung¹⁸ - dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen¹⁹.

In der Folge wurden noch zwei weitere kartellrechtliche Fälle mit Bezug zum Baseballsport vom Supreme Court entschieden, die allerdings keine unmittelbaren Auswirkungen auf die weitreichende Freistellung hatten²⁰:

- Im Fall *Toolsen v. New York Yankees*²¹ wendete sich der Spieler eines sog. *farm teams*, d.h. einer im konkreten Fall mit den *New York Yankees* organisatorisch verbundenen unterklassigen Nachwuchsmannschaft, gegen seine Versetzung in eine niedrigere Liga. Der klägerischen Behauptung, die sog. *reserve clause*²² sowie das gesamte *farm system* verstießen gegen das geltende Kartellrecht, hielt das Gericht entgegen, daß es allein die Aufgabe der Legislative sei, die bestehende Befreiung des professionellen Baseballsports von den Kartellgesetzen aufzuheben²³.

¹⁵ *Federal Baseball Club of Baltimore v. NL of Professional Baseball Clubs*, 259 U.S. 200 (1922).

¹⁶ 15 U.S.C. §§ 1-7 (1890).

¹⁷ 15 U.S.C. §§ 12-27 (1914).

¹⁸ Siehe nachfolgend Abschnitt II. 2. c).

¹⁹ Zur „*baseball exemption*“ siehe auch *Wise/Meyer*, *International Sports Law* Vol. 3, 1995, S. 80 ff., im deutschen Schrifttum vgl. *Hannamann* (Fußn. 1), S. 356 m.w.N.

²⁰ Siehe ausführlich zur U.S.-amerikanischen Rechtsprechung *Stopper*, *Ligasport und Kartellrecht*, 1997, S. 66 ff.

²¹ *Toolsen v. New York Yankees, Inc.*, 346 U.S. 356 (1953).

²² Hierbei handelt es sich um eine – früher übliche - Klausel im Spielervertrag, die den Spieler dauerhaft an sein Team band, weil ohne dessen Einverständnis der Spieler weder zu einem anderen Team wechseln noch mit diesem verhandeln konnte. Stattdessen konnte aber der andere Vertragspartner ohne Einverständnis des Spielers den Vertrag auf ein anderes Team übertragen.

²³ *Toolsen v. New York Yankees, Inc.*, 346 U.S. 356, 357 (1953) (“*We think if there are evils in this field which now warrant application to it of the antitrust laws it should be by legislation.*”).

- Einen weiteren Meilenstein bildete sodann im Jahr 1972 die Entscheidung *Flood v. Kuhn*²⁴. Einer der besten Baseballspieler jener Zeit, Curt Flood, wurde ohne sein Wissen von einem Team der Major League Baseball (MLB) an ein anderes verkauft und weigerte sich daraufhin, den Dienst bei seiner neuen Mannschaft anzutreten. Stattdessen klagte er gegen den *Commissioner* der MLB namens Kuhn, weil das *reserve system* nach seiner Auffassung gegen kartellrechtliche Vorschriften verstieß. Die Urteilsbegründung, mit der die Klage abgewiesen wurde, zählt zu den ungewöhnlichsten in der mehr als 200-jährigen Geschichte des United States Supreme Court²⁵. Zunächst wurde festgestellt, daß die Befreiung des professionellen Baseballsports von den Vorschriften des Kartellrechts im Vergleich zu anderen professionellen Sportligen eine immer noch schwer nachvollziehbare Abweichung und Anomalie darstelle, da auch im organisierten Baseball mit hohem finanziellen Einsatz sowie auch zwischenstaatlich agiert werde. Aufgrund der bisherigen Urteile, die in der Vergangenheit die Freistellung vom Kartellrecht zunächst ermöglicht und sodann aufrechterhalten hätten, und angesichts der Einzigartigkeit des Baseballsports sei es nicht möglich, diese Anomalie und das System der *stare decisis*²⁶ zu durchbrechen. Die Befreiung habe schon mehr als 50 Jahre überlebt, und es sei nicht Aufgabe der Gerichte, sondern der Legislative, diese unbefriedigende Situation zu beenden²⁷. Mag der Erfolg für den Spieler Curt Flood auch ausgeblieben sein, so interpretierten hernach einzelne Gerichte die Entscheidung *Flood v. Kuhn* dahingehend, daß die MLB nur noch im Hinblick auf das *reserve system* von der Anwendung des Kartellrechts freigestellt sei²⁸. Allerdings mag bezweifelt werden, ob dem Urteil tatsächlich diese Wirkung beigemessen werden kann, weil eine solch weitreichende Aufhebung der jahrzehntelangen Freistellung vom Kartellverbot in den Urteilsgründen gar nicht angesprochen wird²⁹. Es dauerte noch 26 Jahre, bis die Legislative der in *Flood v. Kuhn* ausgesprochenen eindeutigen Aufforderung zum Einschreiten nachkam³⁰.

bb) Die Besonderheiten des Ligasports hatten den Ökonomen Walter Neale schon im Jahr 1964 zu der These veranlaßt, nicht die einzelnen Ligamitglieder, sondern die Liga selbst sei

²⁴ *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258 (1972).

²⁵ So die Einschätzung von *Johnson*, *When a Professional Sport Is not a Business*, in: *Quirk* (Hrsg.), *Sports and the Law*, 1999, S. 149 f.

²⁶ Grundsatz der bindenden Kraft der Präjudizien und der Bindung an die Vorentscheidung.

²⁷ Vgl. *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258, 282 f. (1972).

²⁸ Siehe etwa *Piazza v. MLB*, 831 F.Supp. 420 (1993); *Butterworth v. NL of Professional Baseball Clubs*, 622 So. 2d 177 (Fla. 5th DCA 1993); *Postema v. NL of Professional Baseball Clubs*, 799 F.Supp. 1475 (S.D.N.Y. 1992).

²⁹ Gegen die weitreichende Auslegung, die in den in der vorangehenden Fußn. genannten Entscheidungen vorgenommen wurde, *Wolohan*, *The Curt Flood Act of 1998 and Major League Baseball's Federal Antitrust Exemption*, 9 Marq. Sports L.J. 347, 377 (1999).

³⁰ Siehe nachfolgend Abschnitt II. 2. c).

Unternehmen im Sinne der ökonomischen Theorie³¹. Ausgehend von diesem Ansatz ist hernach im Schrifttum bis in die Gegenwart kontrovers diskutiert worden, ob Sportligen als *single entity* eingestuft und auf diese Weise vom grundsätzlichen Kartellverbot freigestellt werden können³². Typischerweise übt bei einer *single entity* ein Unternehmen über ein anderes oder mehrere andere Unternehmen eine völlige Kontrolle aus, wobei sämtliche Unternehmen einen gemeinsamen übergeordneten Unternehmenszweck und ein entsprechendes Unternehmensinteresse verfolgen. Wenn man nunmehr eine Sportliga als *single entity* charakterisieren könnte, würde es bei ligainternen und potentiell wettbewerbsbeschränkenden Abreden an einer Mehrzahl von Marktteilnehmern mangeln, die für die Annahme einer verbotenen Kartellabsprache vorausgesetzt werden. In den achtziger und neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts weigerten sich amerikanische Gerichte wiederholt aus rechtlichen und/oder tatsächlichen Gründen, einer der bekannten Profisportligen den *single entity*-Status zuzuerkennen³³. In

³¹ Neale, The Peculiar Economics of Professional Sports, 78 Q.J.E. 1-14 (1964).

³² Grundlegend Weistart/Lowell, The Law of Sports, 1979, S. 698 ff.; Grauer, Recognition of the National Football League as A Single Entity Under Section 1 of the Sherman Act: Implications of the Consumer Welfare Model, 82 Mich. L. Rev. 1 ff. (1983); siehe hernach Deckert, Casenotes: Multiple Characterizations for the Single Entity Argument?, 5 Vill. Sports & Ent. L.J. 73 ff. (1998); Goldman, Sports, Antitrust, and the Single Entity Theory, 63 Tul. L. Rev. 751 ff. (1989); Grauer, The Use and the Misuse of the Term "Consumer Welfare": Once More to the Mat on the Issue of Single Entity Status for Sports Leagues Under Section 1 of the Sherman Act, 64 Tul. L. Rev. 71 ff. (1989); Jacobs, Professional Sports Leagues, Antitrust, and the Single-Entity Theory: A Defense of the Status Quo, 67 Ind. L.J. 25, 30 (1991); Kennedy, Will America's Pastime Be a Part of America's Future?: An Antitrust Analysis That Enables Sports Leagues to Compete Effectively in the Entertainment Market, 46 UCLA L. Rev. 577 ff. (1998); Lazaroff, Antitrust Analysis and Sports Leagues: Re-examining the Threshold Questions, 20 Ariz. L. Rev. 953 ff. (1988); Mathias, Big League Perestroika? The Implications of Fraser v. Major League Soccer, 148 U. Pa. L. Rev. 203 ff. (1999); McChesney, Professional Sports Leagues and the Single Entity Defense, 6 Sports Law. J. 125 ff. (1999); Piraino, A Proposal for the Antitrust Regulation of Professional Sports, 79 B.U.L. Rev. 889 ff. (1999); Roberts, The Single Entity Status of Sports Leagues Under Section 1 of the Sherman Act: An Alternative View, 60 Tul. L. Rev. 562 ff. (1986); ders., The Antitrust Status of Sports Leagues Revisited, 64 Tul. L. Rev. 117 ff. (1989); ders., Antitrust Issues in Professional Sports, in: Uberstine (Hrsg.): Law of Professional and Amateur Sports, Volume II (1994) § 19.04[3][a]; ders., The NCAA, Antitrust, and Consumer Welfare, 70 Tul. L. Rev. 2631 ff. (1996); Rosenbaum, The Antitrust Implications of Professional Sports Leagues Revisited: Emerging Trends in the Modern Era, 41 U. Miami L. Rev. 729 ff. (1987); Scafuri, Antitrust – Restraint on Trade – National Football League Relocation Policies do not Create an Anticompetitive Environment, 9 Seton Hall J. Sport L. 575 ff. (1999); Sullivan, Fraser v. Major League Soccer: The MLS's Single-Entity Structure is a "Sham", 73 Temple L. Rev. 865 ff. (2000); Weistart, League Control of Market Opportunities: A Perspective on Competition in the Sports Industry, Duke L.J. 1013 ff. (1984).

Im deutschsprachigen Schrifttum siehe zur *single entity doctrine* stellvertretend Fleischer, Absprachen im Profisport und Art. 85 EGV, WuW 1996, 473, 477 f.; Hannamann (Fußn. 1), S. 350 ff.; Klingmüller, Die rechtliche Struktur der US-amerikanischen Berufssportligen am Beispiel der National Basketball Association (NBA), 1998, S. 84 ff.; Stopper (Fußn. 20), S. 81-83.

³³ Siehe stellvertretend für andere Sportligen die berühmten Fälle zur NFL bzw. NCAA Football: *North American Soccer League v. National Football League*, 505 F. Supp. 659 (SDNY 1980); 670 F.2d 1249 (2nd Cir. 1982), cert. denied 459 U.S. 1074 (1982); *Los Angeles Memorial Coliseum Commission v. National Football League*, 519 F. Supp. 581 (C.D. Cal. 1981), 726 F.2d 1381 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 990 (1984); *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Sullivan v. National Football League*, 34 F.3d 1091 (1st Cir. 1994); siehe in neuester Zeit zur *single entity doctrine* in der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung McChesney (Fußn. 32), 6 Sports Law. J. 125, 127 ff. (1999).

der Tat war und ist bei den vier berühmtesten und ältesten Profisportligen³⁴ die finanzielle, rechtliche und verwaltungstechnische Eigenständigkeit der Ligamitglieder zu groß, um deren Interessenidentität mit sowie vollständige Kontrolle durch den jeweiligen Ligaverband annehmen zu können³⁵. Diese Zurückhaltung bei der Anwendung der *single entity doctrine* auf Sportligen wurde erst am 19. 4. 2000 in der nachfolgend noch zu besprechenden und hierzu-lande weitgehend unbeachteten³⁶ Entscheidung *Fraser v. Major League Soccer* aufgegeben³⁷.

Die kartellrechtliche Neutralität einer *single entity* beschränkt sich nicht notwendigerweise auf einzelne rechtlich unabhängige Unternehmen. Vielmehr können unter bestimmten Umständen wettbewerbsbeschränkende Absprachen auch zwischen verschiedenen Unternehmen vom Wettbewerbsverbot freigestellt sein, sofern es sich hierbei um Unternehmen innerhalb eines Konzernverbundes handelt. Zwar hatten amerikanische Gerichte zunächst seit Ende der vierziger Jahre konzerninterne Absprachen als verbotene *conspiracy* im Sinne von sec. 1 Sherman Act angesehen (sog. *intra-enterprise-conspiracy-doctrine*)³⁸. Im Jahr 1984 leitete der Oberste Gerichtshof jedoch einen Richtungswechsel ein. In der berühmten *Copperweld*-Entscheidung³⁹ wurden innerkonzernliche Absprachen zwischen einem Mutterunternehmen und einer 100%igen Tochter als nicht von sec. 1 Sherman Act erfaßt angesehen. Das Gericht sah in dieser Konstellation eine Situation verwirklicht „*not unlike a multiple team of horses drawing a vehicle under the control of a single driver*“⁴⁰. Damit können konzernrechtliche Strukturen nunmehr einen effektiven Schutz vor kartellrechtlichen Sanktionen bilden⁴¹.

cc) In der bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Entscheidung *Flood v. Kuhn* ist darauf hingewiesen worden, daß es sich bei einer Profisportliga eher um ein Joint Venture handele⁴², also um ein Gemeinschaftsunternehmen, bei dem rechtlich selbständige tatsächliche oder potentielle Wettbewerber aufgrund gemeinsamer Absprachen ein gemeinsames Produkt erstellen. Unschwer läßt sich argumentieren, daß erst durch das in Form einer Sportliga verwirklichte Gemeinschaftsunternehmen über mehrere Spielzeiten hinweg ein für Zuschauer

³⁴ Siehe hierzu Fußn. 9.

³⁵ Ebenso *Klingmüller* (Fußn. 32), S. 87.

³⁶ Vgl. aber *Pfister*, Rechtsverhältnisse zwischen den Teilnehmern sportlicher Wettbewerbe, FS Lorenz, 2001, S. 245, 246; vgl. auch *Bouc*, Die Anwendung der Antitrust Laws auf die Major Leagues der USA, Diplomarbeit im Studiengang Sportökonomie an der Universität Bayreuth, 2000.

³⁷ Siehe nachfolgend Abschnitt IV.

³⁸ Grundlegend *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218 (1947); *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951); ausführlich hierzu im deutschen Schrifttum *Potrafke*, Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen und darauf beruhender Verhaltensweisen, 1991, S. 21 ff.

³⁹ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

⁴⁰ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 771 (1984).

⁴¹ So entschied ein erstinstanzliches Gericht unter Bezugnahme auf die *Copperweld*-Entscheidung, daß die Professional Golfers Association (PGA) und ihre Untergliederungen als wirtschaftliche Einheit fungierten, vgl. *Seabury Management, Inc. V. PGA of America, Inc.*, 878 F. Supp. 771, 777 f. (D. Md. 1994).

im Stadion oder am Fernseher sowie für Sponsoren gleichermaßen interessantes Produkt von gleichbleibender Qualität verwirklicht werden kann⁴³. Diese Qualitätsbeständigkeit läßt sich allerdings nur dadurch erreichen, daß langfristig ein ausgeglichener Wettkampf gewährleistet wird. Nur eine ausreichende Zahl annähernd gleichstarker Konkurrenten vermag einen langfristig erfolgreichen Bestand einer Liga zu sichern, hierfür sind jedoch wegen der sportökonomischen Besonderheiten des sportlichen Ligawettbewerbs Vereinbarungen zwischen den Ligamitgliedern etwa hinsichtlich eines finanziellen Ausgleichssystems unabdingbar⁴⁴. Ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit Gemeinschaftsunternehmen in der Form eines Joint Venture letztlich aber vom Kartellverbot freigestellt sind, ist eine der schwierigsten Fragen des Kartellrechts. In einem die National Basketball Association betreffenden Verfahren charakterisierte das Gericht die Liga als einen Hybriden aus Joint Venture und *single entity*⁴⁵. Soweit ersichtlich hat noch kein amerikanisches Gericht eine der großen Profisportligen als Joint Venture eingestuft und zugleich vom Kartellverbot freigestellt.

b) Ausnahmen vom Kartellverbot

aa) In den drei zentralen Bundesgesetzen zum Kartellrecht⁴⁶ sind keine Regelungen enthalten, die vergleichbar den deutschen und europäischen kartellrechtlichen Vorschriften⁴⁷ eine Freistellung vom Kartellverbot ermöglichen.

bb) Nicht jede Wettbewerbsbeschränkung hat zwangsläufig einen negativen Effekt auf den Wettbewerb. Dies ist der Ansatzpunkt der sog. *rule of reason*, die in den Vereinigten Staaten seit nunmehr 90 Jahren als außergesetzliche Ausnahme vom Kartellverbot anerkannt ist⁴⁸. Nur *unreasonable*, d.h. unbillige, Wettbewerbsbeschränkungen sind nach der *rule of reason* verboten, da sie zu schädigenden Auswirkungen auf den Wettbewerb führen. Allein *reasonable* – frei übersetzt: vernünftige – Wettbewerbsbeschränkungen werden als wettbewerbsförderlich und damit unverzichtbar angesehen. Bei der Beurteilung werden die gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile der betreffenden wettbewerbsbeschränkenden Absprache abgewogen.

⁴² *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258 (1972).

⁴³ In diesem Sinne *Jacobs* (Fußn. 32), 67 Ind. L.J. 25, 34 (1991).

⁴⁴ Zu den denkbaren Absprachen siehe etwa *Hannamann* (Fußn. 1), S. 397-401, 509-515; *Klingmüller* (Fußn. 32), S. 90-92.

⁴⁵ *Chicago Prof. Sports Ltd. Partnership v. NBA*, 754 F. Supp. 1336, 1340 (N.D.Ill. 1991): „... the NBA is only a partially integrated venture. The level of contractual integration among the teams lies somewhere between what would be tolerated under the antitrust laws among wholly separate firms, on the one hand, and what one would expect from a fully merged or integrated firm on the other.“

⁴⁶ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (1890); Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27 (1914); Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58 (1914).

⁴⁷ Siehe Abschnitt III. 1. b).

⁴⁸ Grundlegend *Standard Oil Co. Of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911); *U.S. v. American Tobacco*, 221 U.S. 106 (1911); ausführlich zur Anwendung der *rule of reason* auf Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb U.S.-amerikanischer Sportligen *Stopper* (Fußn. 20), S. 131 ff.

Amerikanische Gerichte haben die *rule of reason* wiederholt angewendet, um eine nachweisliche Bestandsgefahr für eine Sportliga oder eine Gefährdung der Chancengleichheit der Ligamitglieder abzuwenden⁴⁹. Auf diese Weise wurden verschiedene Regelungen und Auflagen der professionellen Sportligen trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen als gerechtfertigt eingestuft. Begünstigt wurden und werden Vorschriften zur Einhaltung von Spielregeln, bezüglich des Einkaufs (*drafting*) oder Verkaufs (z.B. *free agency*) von Spielern, desgleichen die Gehaltsobergrenzen für die einzelnen Ligamitglieder (*salary cap*) sowie schließlich Regelungen, mittels derer die Liga ein Mitglied zum Ortswechsel zwingen kann (*relocation*)⁵⁰.

cc) Verschiedentlich ist zumindest im amerikanischen Schrifttum die Lehre von den *ancillary restraints* herangezogen worden, um wettbewerbsbeschränkende Regelungen im Ligasport zu rechtfertigen⁵¹. Bei sog. *ancillary restraints* handelt es sich um die zur Erreichung eines wettbewerbsneutralen Hauptzwecks erforderlichen Wettbewerbsbeschränkungen⁵². Soweit ersichtlich ist dieser Ansatz in der amerikanischen Judikatur – anders als die im vorangehenden Abschnitt dargestellte *rule of reason* - nicht zur kartellrechtlichen Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Mitgliedern von Sportligen herangezogen worden.

dd) Zur umfassenden Förderung der privaten Beilegung von Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Bereich des Sportrechts und zur Freistellung entsprechender Vereinbarungen vom Kartellverbot führte die Judikatur im Jahr 1976 die sog. *non-statutory labor exemption* ein⁵³. Wichtige Instrumentarien zur Gewährleistung einer finanziellen und spielerischen Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern – *drafting* sowie *salary cap* – sind heutzutage regelmäßig in sog. *collective bargaining agreements* zwischen der Liga und den Spielergewerkschaften vereinbart und auf diese Weise dem Kartellrecht entzogen⁵⁴.

2. Gesetzgebung

⁴⁹ *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984); *National American Soccer League v. NFL*, 670 F.2d 1249, 1251 (2nd Cir. 1982).

⁵⁰ Siehe hierzu *Klingmüller* (Fußn. 32), S. 93 ff. m.w.N.; vgl. auch *Stopper* (Fußn. 20), S. 131 ff. Zu den Restriktionen, die einem solchen Standortwechsel in europäischen Sportligen entgegenstehen, vgl. *Hannamann* (Fußn. 1), S. 266, 280 f., 391-393, 435.

⁵¹ *Roberts*, *The Evolving Confusion of Professional Sports, Antitrust, the Rule of Reason and the Doctrine of Ancillary Restraints*, 61 S. Cal. L. Rev. 945, 993 (1988); siehe auch *Van Glish*, *The Future of Sports Broadcasting and Pay-Per-View: An Antitrust Analysis*, 1 Sports Law. J.79 (1994); siehe hierzu im deutschen Schrifttum auch *Hannamann* (Fußn. 1), S. 368 ff.

⁵² Grundlegend *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 282 f. (6th Cir. 1898).

⁵³ Grundlegend *Mackay v. National Football League*, 543 F.2d 606 (8th Cir. 1976); zu weiteren Einzelheiten siehe *Klingmüller* (Fußn. 32), S. 93 ff. m.w.N.

a) Ausgangspunkt: Personelle Verflechtungen zwischen Sport, Rechtsprechung und Politik
Ebenso wie in anderen Ländern werden auch in den USA gesetzliche Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot regelmäßig nur eingeführt, wenn die Legislative hierfür einen Anstoß von dritter Seite erhält. In dieser Hinsicht haben die Vertreter der Profisportligen schon seit langem besondere Erfolge verzeichnen können, die allerdings ohne personelle Verflechtungen zwischen Sport, Rechtsprechung und Politik sowie eine gehörige Portion von Fanatismus und Sentimentalität auf Seiten aller Beteiligten nicht hätten realisiert werden können. Stellvertretend sei diese Entwicklung am Beispiel der systemwidrigen, nunmehr schon 80 Jahre andauernden weitgehenden Freistellung des Baseballsports vom Kartellverbot veranschaulicht.

Die dieser Sportart eigene Faszination strahlte mitunter auch auf die Entscheidungsfindung bei Gericht aus. Dies sei anhand der Aussage eines Richters verdeutlicht, der später zum *Commissioner of Baseball*, mithin einem hochrangigen Sportfunktionär, ernannt wurde. Bereits vor der judikativen Freistellung des Baseballsports vom Kartellrecht hatte er im Jahr 1915 in einem vorangegangenen Verfahren festgestellt: „*Both sides must understand that any blows at the thing called baseball would be regarded by this court as a blow to national institution! [...] I am shocked because you [the attorney] call playing baseball 'labor'!*“⁵⁵

Die Sonderrolle, die Baseball in den USA genießt, wird auch in der berühmten Einleitung des bereits dargestellten Urteils *Flood v. Kuhn*⁵⁶ deutlich. Darin kommt es zu einer Ehrerbietung gegenüber dem Baseballsport durch den Richter am United States Supreme Court Harry A. Blackmun⁵⁷. Unter der Überschrift „The Game“ wird in einer Art und Weise über die Entstehung des Spiels, die Entwicklung der ersten Ligen bis hin zu einer endlos anmutenden Aufzählung der größten Spieler aus Vergangenheit und Gegenwart geschwärmt, daß sich der Eindruck aufdrängt, Blackmun wolle sich schon zu Beginn seiner Urteilsbegründung für die rechtlich kaum haltbare Beibehaltung der judikativen Freistellung des professionellen Baseballsports vom Kartellverbot entschuldigen.

Diese Begebenheiten können als durchaus repräsentativ für die Einstellung, ja Betroffenheit vieler Politiker und des durch sie repräsentierten Wahlvolkes angesehen werden. Baseball an der Spitze, dicht gefolgt von Basketball und American Football bilden durchaus herausgehobene nationale Institutionen und Kulturgüter, die nach verbreiteter Ansicht des besonderen Schutzes insbesondere auch vor den angeblich sportfeindlichen Vorschriften des Kartellrechts

⁵⁴ Zur Übertragbarkeit dieses Ansatzes auf das deutsche Recht siehe *Hannamann* (Fußn. 1), S. 341 ff.

⁵⁵ Zitiert nach *Leifer* (Fußn. 9), S. 89.

⁵⁶ Siehe oben Abschnitt II. 1. a) aa).

bedürfen. Dies also ist der Nährboden, auf dem Bereichsausnahmen vom Kartellrecht bestens gedeihen können.

b) Bereits zu Beginn der sechziger Jahre entschloß sich die NFL, die gesamten Fernsehrechte ihrer Vereine im Paket anzubieten. Den zwischen der NFL und der Fernsehgesellschaft CBS geschlossenen Vertrag erklärte die Judikatur indes wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot nach sec. 1 Sherman Act für ungültig⁵⁸. Die Politik reagierte schnell auf die angeblich den Bestand der Sportligen gefährdende Rechtsprechung durch den Erlass eines Gesetzes. Aufgrund der Zentralvermarktung waren die Einnahmen der Liga deutlich gestiegen, so daß diese zentralisierte Einnahmequelle als unverzichtbar und überlebenswichtig für den Fortbestand der vier großen professionellen Sportligen angesehen wurde.

Seither begründet der Sports Broadcasting Act⁵⁹ eine Ausnahme vom Kartellverbot für diejenigen Vereinbarungen zwischen Mitgliedern der Profiligen im American Football, Baseball, Basketball und Eishockey, die dem gemeinschaftlichen TV-Rechteverkauf durch ihre Ligen dienen (15 U.S.C. § 1291)⁶⁰. Diese Bereichsausnahme gilt indes nur – was oft übersehen wird – für „*the sponsored telecasting of games*“, d.h. für das frei empfangbare Fernsehen⁶¹. Sie wird zudem dadurch eingeschränkt, daß die Ligamitglieder auf ihrem jeweiligen lokalen Markt weiterhin die TV-Rechte für Live-Übertragungen ihrer Spiele veräußern dürfen (15 U.S.C. § 1292). Zudem wird angeordnet, daß sich Sportübertragungen von Spielen der College- und Highschoolmannschaften nicht mit Übertragungen von Spielen der Profiligen überschneiden dürfen (15 U.S.C. § 1293).

Dem Bericht des Senats anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens lassen sich die mit dem Sports Broadcasting Act verfolgten Hauptzwecke entnehmen⁶²: Im Zentrum stand nicht allein die Befreiung der zentralen TV-Rechtevermarktung vom Kartellverbot, sondern auch der Schutz der sportlichen Ligawettkämpfe auf der Ebene der Highschools und Colleges. Zudem

⁵⁷ *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258, 260-265 (1972).

⁵⁸ *U.S. v. NFL*, 196 F.Supp. 445 (S.D.N.Y. 1961).

⁵⁹ 15 U.S.C. §§ 1291-1295; zum geschichtlichen Hintergrund dieses Gesetzes sowie zu seinen Regelungen siehe zunächst *Stopper* (Fußn. 20), S. 69, 139-141 sowie aus dem U.S.-amerikanischen Schrifttum *Anderson*, *The Sports Broadcasting Act: Calling It What It Is - Special Interest Legislation*, 17 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 945, 947-950 (1995); *Garrett/Hochberg*, *Sports Broadcasting*, in: *Uberstine* (Hrsg.), *Law of Professional and Amateur Sports*, Volume II (1994) § 18.04[7]; *Horowitz*, *Sports Broadcasting*, in: *Noll* (Hrsg.), *Government and the Sports Business*, 1974, S. 275, 281-283; *Wise/Meyer* (Fußn. 19), S. 1743 ff.; vgl. auch *Goodman*, *The Sports Broadcasting Act: As Anachronistic As the Dumont Network?*, 5 *Seton Hall J. Sports L.* 469 ff. (1995).

⁶⁰ In *Shaw v. NFL*, D.C. Civ. No. 97-cv-05184 (1999) wurde entschieden, daß Verträge zwischen einer der vier großen professionellen Sportligen und Sendern, die nur gegen Bezahlung zu empfangen sind (Pay-TV, *subscription television*), nicht dem Sports Broadcasting Act unterfallen.

⁶¹ Dies ist auch der Grund, weshalb Sportrechte in den USA seltener als in Europa ans Bezahlfernsehen vergeben werden. Zudem trägt dieser Aspekt dazu bei, daß der *Sports Broadcasting Act* sich nur bedingt – wenn überhaupt – als Vorbild für die Vorschrift des § 31 GWB eignet.

sollte für die Profiligen eine rechtliche Grundlage geschaffen werden, um ihren weniger populären Mitgliedern einen ausreichenden Anteil der Einnahmen aus den Verkäufen der Fernsehrechte und damit ein annähernd wirtschaftliches Gleichgewicht garantieren zu können.

c) Am 27. 10. 1998 trat eine vom Kongreß verabschiedete Ergänzung des Clayton Act in Kraft, die die seinerzeit bereits 76 Jahre währende Freistellung des professionellen Baseballsports vom Kartellrecht zumindest teilweise beendete. Der Curt Flood Act⁶³, benannt nach dem zwischenzeitlich verstorbenen ehemaligen Baseballspieler, der 26 Jahre zuvor in *Flood v. Kuhn*⁶⁴ erfolglos gegen das *reserve system* geklagt hatte, entzieht dieses System nunmehr der kartellrechtlichen Freistellung. Hierzu wurde mit 15 U.S.C. § 27a eine neue Vorschrift in den Clayton Act eingefügt. Angesichts dieser gesetzlichen Klarstellung wird man davon ausgehen müssen, daß die Freistellung des Baseballsports vom Kartellrecht im übrigen weiterhin gilt⁶⁵.

III. Der deutsche und der europäische Weg – Eine Chronologie der Ereignisse

1. Rechtsprechung

a) Gesetzesauslegung

aa) In Deutschland rückte das Spannungsverhältnis zwischen Ligasport und Kartellrecht – anders als in den USA - erst in den neunziger Jahren ins Blickfeld der Gerichte⁶⁶. Die „Bosman“-Entscheidung des EuGH⁶⁷ setzte sich bekanntlich mit der Frage auseinander, inwieweit Ausländerklauseln und Ablösesummen im Berufsfußball das Grundrecht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EG verletzen⁶⁸. In seinen Schlußanträgen war der damalige Generalanwalt Lenz zudem von einem Verstoß gegen das EG-Kartellrecht (Art. 85 EGV a.F.) ausgegangen⁶⁹. In dem Verfahren hatte die deutsche Regierung noch eine Sonderrolle des (Liga-)Sports

⁶² Siehe Senate Report No. 1087, 3042 ff. Zur Intention des Sports Broadcasting Act vgl. auch *Anderson* (Fußn. 59), 17 Hastings Comm. & Ent. L.J. 945, 957 (1995).

⁶³ Siehe hierzu ausführlich *Wolohan* (Fußn. 29), 9 Marq. Sports L.J. 347 ff. (1999).

⁶⁴ Siehe oben Abschnitt II. 1. a) aa).

⁶⁵ *Wolohan* (Fußn. 29), 9 Marq. Sports L.J. 347, 377 (1999) vertritt sogar die Auffassung, der Curt Flood Act habe statt zu einer Einschränkung der judikativen Bereichsausnahme tatsächlich zu deren Stärkung und Verfestigung geführt; von der Anwendung des Kartellrechts seien weiterhin befreit „*minor league baseball, the amateur draft, the relationship between the major leagues and the minors, franchise relocation, intellectual property, the Sports Broadcasting Act [and] umpires*“.

⁶⁶ Siehe hierzu auch *Hannamann* (Fußn. 1), S. 40-42 mit einer Auflistung der bisher von deutschen Gerichten sowie Schiedsgerichten einzelner Sportverbände entschiedenen sowie bei der EU-Kommission anhängigen Fälle.

⁶⁷ Siehe EuGH, Slg. I 1995, 4921 ff. - Bosman.

⁶⁸ Siehe zu den neuesten Entwicklungen zuletzt *Scherrer/del Fabro* (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002.

⁶⁹ Siehe hierzu GA Lenz, Slg. I 1995, 4921, 5026 (Rdn. 253 ff.) - Bosman.

in Anspruch nehmen wollen und darauf hingewiesen⁷⁰, daß eine Sportart wie der Fußball in den meisten Fällen nicht den Charakter einer wirtschaftlichen Tätigkeit habe; zudem bestünden zwischen dem Sport im allgemeinen und der Kultur Parallelen; darüber hinaus müsse die Gemeinschaft gem. Art. 128 Abs.1 EGV die nationale und regionale Vielfalt der Kulturen der Mitgliedstaaten wahren; aus der Vereinigungsfreiheit und der Eigenständigkeit, über die die Sportverbände nach nationalem Recht verfügten, sei der Schluß zu ziehen, daß sich das Tätigwerden der Behörden und insbesondere der Gemeinschaft in diesem Bereich nach dem Subsidiaritätsprinzip auf das unbedingt erforderliche Maß beschränken müsse.

Diesem allzu durchsichtigen Versuch, den wirtschaftlichen Charakter des Ligafußballsports auszublenden, um diesen dadurch der Anwendung etwa des Kartellrechts zu entziehen, ist der EuGH unter Hinweis auf seine bisherige und nachfolgend wiederholt bestätigte Rechtsprechung nicht gefolgt⁷¹. Diese Auffassung kann heute als unbestritten gelten, während vereinzelt immer noch eine Parallele zwischen Sport und Kultur gezogen und deshalb eine Sonderbehandlung des Sports gefordert wird⁷². Diesen Ansatz hat der EuGH indes nicht aufgegriffen. Allerdings wird in der Erklärung Nr. 29 zum Sport, die sich im Anhang der Schlußakte der Konferenz befindet, in der der Text des Vertrages von Amsterdam festgelegt wurde, die gesellschaftliche Bedeutung des Sports unterstrichen und an die Gremien der Europäischen Union appelliert, u.a. die Besonderheiten des Amateursports besonders zu berücksichtigen. Zudem hat der EuGH im Hinblick auf den Ligasport darauf hingewiesen, daß dessen Bestand und Funktionieren die Förderung eines gewissen Gleichgewichts unter den Ligateilnehmern im Interesse ungewisser Spielausgänge⁷³ sowie die Gewährleistung der Nachwuchsausbildung voraussetze⁷⁴. Dieser Ansatz ist vom Bundeskartellamt, der EU-Kommission sowie der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung aufgegriffen und bestätigt worden⁷⁵.

Aufgrund dieser Entwicklung konnte und kann ein Ligaverband wie der DFB nicht darauf vertrauen, daß er sowie seine in professionellen Lizenzligen aktiven Mitgliedsvereine oder Sportkapitalgesellschaften von vornherein dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen sind. Allerdings bieten sich noch weitere Wege, um das gewünschte Ziel zu erreichen.

⁷⁰ Siehe zum Folgenden EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5063 (Rdn. 72) - Bosman.

⁷¹ EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5063 f. (Rdn. 73-76) - Bosman unter Hinweis auf EuGH, Slg. 1974, 1405, 1418 (Rdn. 4) - Walrave; Slg. II 1976, 1333, 1340 (Rdn. 12-15) - Doná; hernach hat der EuGH diese Auffassung bestätigt, siehe etwa EuGH, Slg. 2000, 2681, 2728 (Rdn. 32) - Lehtonen; Slg. 2000, 2549, 2612 (Rdn. 41) - Deliège.

⁷² Für den Sport als Kulturgut ein eigenständiges gesellschaftliches Teilsystem fordernd *Scholz/Aulehner*, Die "3+2"-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt* 1996, 44, 44 f.

⁷³ EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5063 f. (Rdn. 76) - Bosman.

⁷⁴ EuGH, Slg. I 1995, 4921, 5063 f. (Rdn. 74) - Bosman.

bb) Im Rahmen des vom Bundeskartellamt gegen den DFB eingeleiteten Verfahrens wegen der zentralen Vermarktung der TV-Rechte an Europapokalheimspielen durch den Verband⁷⁶ hat letzterer für sich die Veranstaltereigenschaft und damit die Stellung als *alleiniger* Inhaber der betreffenden TV-Rechte in Anspruch genommen. Aufgrund der behaupteten Alleininhaberschaft hätte damit keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden können.

Der BGH erkannte indes in den jeweiligen Heimvereinen 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 dürften⁷⁷. 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. Zuvor hatte der BGH denjenigen als Veranstalter angesehen, der in organisatorischer und finanzieller Hinsicht für die Veranstaltung verantwortlich ist, deren Vorbereitung und Durchführung übernimmt und dabei das unternehmerische Risiko trägt⁷⁸. Ob und inwieweit der „Europapokalheimspiele“-Beschuß des BGH eine neue privatrechtliche Abgrenzung des Veranstalterrechts vorgenommen hat, ist nach wie vor umstritten⁷⁹.

Im Hinblick auf die für die kartellrechtliche Bewertung bedeutsame Bestimmung der Veranstalter eines Ligaspiels bzw. Ligawettbewerbs⁸⁰ hat die EU-Kommission am 15. 2. 1999 „Vorläufige Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports“ erlassen⁸¹. Dort heißt es in Randnummer 44:

⁷⁵ Siehe hierzu zuletzt *Hannamann* (Fußn. 1), S. 101 f. m.w.N.

⁷⁶ Siehe die Nachweise in Fußn. 7.

⁷⁷ Siehe hierzu BGHZ 137, 296, 306 f. – Europapokalheimspiele.

⁷⁸ 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. 20), S. 79 ff.

⁷⁹ In diesem Sinne *Archner*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit der zentralen Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an Bundesligaspielen durch den DFB, 2000, S. 69 ff., 95 ff.; *Jänich* (Fußn. 7), GRUR 1998, 438; *Mahler*, Ist ein neuer Veranstalterbegriff für den professionellen Ligasport notwendig?, SpuRt 2001, 8, 10; *Springer* (Fußn. 7), WRP 1998, 477, 481; *Stopper* Wer ist Veranstalter und Rechtsträger im Profi-Fußball?, SpuRt 1999, 188, 192; zuletzt *Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker* GWB, 3.Aufl. (2001) § 31 Rdn. 9; dagegen etwa *Heermann*, Kann der Ligasport die Fesseln des Kartellrechts sprengen?, SpuRt 1999, 11, 13 f.; *Hoeren*, Zur Rechtsnatur von Übertragungsrechten an Fußballspielen und ihrer Überlassung, JR 1998, 332.

⁸⁰ Ausführliche Darstellung der ausufernden Diskussion im Schrifttum bei *Hannamann* (Fußn. 1), S. 172 ff.; *Petersen*, Fußball im Rundfunk- und Medienrecht, 2001, S. 13 ff. jeweils m.w.N.

⁸¹ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Vorläufige Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports, Mitteilung an die Kommission vom 15. 2. 1999 durch *Karel van Miert* im

„Die Frage, wem die Rechte für Rundfunkübertragungen über Sportveranstaltungen gehören, ist von grundlegender Bedeutung für die Anwendung des Wettbewerbsrechts. Maßgeblich hierfür sind die geltenden nationalen Bestimmungen. Je nach Sportart (Mannschaftssport, Veranstaltungsserie, Einzelteilnehmer) können unterschiedliche Gesichtspunkte (z.B. der Besitz der Veranstaltungsräumlichkeiten oder das finanzielle bzw. das geschäftliche Risiko der Veranstaltungsorganisation) ausschlaggebend sein.“

Diese für das europäische Kartellrecht maßgeblichen Leitlinien wird man künftig bei der Bestimmung der Veranstaltereigenschaft gleichfalls zu berücksichtigen haben, da sich im Zuge der Kommerzialisierung des Sports im allgemeinen und der Internationalisierung des Fußballsports im besonderen hierzulande Fußballbundesligaspiele schon lange nicht mehr als rein inländische Ereignisse ohne Auslandsberührung darstellen.

cc) Die sich aufdrängende Folgefrage, ob und inwieweit der DFB als Mitveranstalter der Spiele der Ersten und Zweiten Bundesliga angesehen werden kann⁸², hat angesichts der beim DFB im Jahre 2000 eingeleiteten Umstrukturierung an Brisanz verloren. Denn die entsprechenden TV-Rechte werden inzwischen nicht mehr zentral vom DFB, sondern vom Ligaverband vermarktet. Damit hat sich freilich die kartellrechtliche Problematik nicht erledigt, vielmehr liegt die Zentralvermarktung der Fernsehrechte an Bundesligaspielen nunmehr nur in anderen Händen.

Zunächst wurde ein Verein namens „Die Liga – Fußballverband e.V. (Ligaverband)“ gegründet, dessen Mitglieder die lizenzierten Vereine und Kapitalgesellschaften mit den in sie ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen bzw. weiteren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der Ersten und Zweiten Bundesliga sind (§ 8 Satzung des Ligaverbandes). Der Ligaverband wird geführt von einem zwölfköpfigen Vorstand, dem neben dem Liga-Präsidenten und dem Vizepräsidenten jeweils fünf weitere Vertreter der beiden Bundesligen angehören. Das operative Geschäft wird von der „DFL Deutschen Fußball-Liga GmbH“, einem 100%igen Tochterunternehmen des Ligaverbandes, wahrgenommen. Der Ligaverband ermittelt in Wettbewerben der Lizenzligen des DFB den Deutschen Fußballmeister und die Teilnehmer an den europäischen Wettbewerben aus den Lizenzligen, indem er die ihm zur Nutzung überlassene Vereinseinrichtung des DFB betreibt (§ 4 Abs. 1 lit. a) Satzung des Ligaverbandes). Daneben ist der Ligaverband berechtigt, die sich aus den Wettbewerben in den Lizenzligen ergebenden Vermarktungsrechte ebenso wie das Ligalogo exklusiv im eigenen Namen zu verwerten (§ 6 Abs. 2 lit. a) Satzung des Ligaverbandes). Für die durch die Einvernehmen mit den Kommissionsmitgliedern *Oreja* und *Flynn* (Kopie des unveröffentlichten Dokuments liegt dem *Verf.* vor).

⁸² In diesem Sinne etwa *Jänich* (Fußn. 7), GRUR 1998, 438, 441; a.A. *Heermann* (Fußn. 79), SpuRt 1999, 11, 13 f.

Abs. 2 lit. a) Satzung des Ligaverbandes). Für die durch die DFB-Satzung dem Ligaverband überlassenen Rechte hat dieser zusammen mit seinen Mitgliedern einen jährlichen Pachtzins in Höhe von 3% der daraus erzielten Gesamteinnahmen zu entrichten. Zu den Gesamteinnahmen gehören insbesondere die Einnahmen aus dem Eintrittskartenverkauf und der Verwertung der Medienrechte sowie die Eintrittsgelder der Mitglieder des Ligaverbandes; mindestens beträgt die pro Spieljahr zu entrichtende Pacht 25 Mio. DM (§ 6 Abs. 1 Grundlagenvertrag).

Auf diese Weise koordinieren und zentralisieren die Ligamitglieder, die zumindest als Mitveranstalter ihrer jeweiligen Bundesligaheimspiele anzusehen sind, die Vermarktung der TV-Rechte. Als Koordinationsstelle fungiert nicht mehr der DFB, sondern die DFL-GmbH als Leitungsorgan des Ligaverbandes e.V., mithin ein für zunächst fünf Jahre⁸³ allein von den Mitgliedern der Ersten und Zweiten Fußballbundesligen abhängiges Leitungsorgan. Damit könnten sich – anders als noch vor Einrichtung des Ligaverbandes⁸⁴ – zwischen der die Vermarktung durchführenden Stelle und den Bundesligisten die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns nachweisen lassen⁸⁵. Nunmehr werden die bindenden Entscheidungen auf der Leitungsebene, wie dies für diese Form des Unternehmenszusammenschlusses bestimmend ist, allein von den gleichgeordneten Unternehmen getroffen und liegen nicht länger in der Hand von DFB-Organen, die nicht von den Ligaklubs bestellt werden oder in denen sie nur eine Minderheit bilden⁸⁶. Damit könnte unter schon in anderem Zusammenhang dargestellten Voraussetzungen⁸⁷ die zentrale Rechteverwertung durch den Ligaverband unabhängig von etwaigen gesetzlichen Bereichsausnahmen aufgrund des Konzentrationsprivilegs vom Kartellverbot ausgenommen sein⁸⁸.

b) Gesetzliche Befreiungstatbestände

⁸³ Erst am 31. 12. 2005 kann der zwischen Ligaverband und DFB geschlossene Grundlagenvertrag erstmalig gekündigt werden (§ 14 Abs. 1 Grundlagenvertrag).

⁸⁴ Einen Gleichordnungskonzern zwischen dem DFB und den Ligaklubs ablehnend BGHZ 137, 296, 312 f. – Europapokalheimspiele.

⁸⁵ Die Ausführungen von *Hannamann* (Fußn. 1), S. 474 ff., die die jüngsten Umstrukturierungen innerhalb des DFB nicht berücksichtigen, lassen vermuten, daß die Autorin nach wie vor die für Konzerne und für das Konzentrationsprivileg typische strukturelle Eingliederung zwischen den Sportunternehmen vermissen würde; ähnlich auch die Bedenken bei *Archner* (Fußn. 79), S. 163 ff. Diese Auffassung ist durchaus vertretbar, hat aber zur Konsequenz, daß die allgemein anerkannte Rechtsfigur des Konzentrationsprivilegs aufgrund der (zu) strengen Voraussetzungen nahezu unanwendbar wird.

⁸⁶ Mit ebendieser Argumentation lehnte der BGH seinerzeit entgegen *Heermann*, Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht, ZHR 161 (1997) 665, 707 ff. die Annahme konzernrechtlicher Strukturen ab, vgl. BGHZ 137, 296, 312 f. – Europapokalheimspiele.

⁸⁷ Siehe hierzu ausführlich *Heermann* (Fußn. 86), ZHR 161 (1997) 665, 704 ff. m.w.N. zum Meinungsstand; zuletzt *ders.*, Können Sportligen über das Konzentrationsprivileg vom Kartellverbot freigestellt werden?, WRP 2001, 1140, 1143 ff.

⁸⁸ Eine solche Möglichkeit im Prinzip anerkennd *Hannamann* (Fußn. 1), S. 358-367, 477, wenn die Ligamitglieder zugleich Tochterunternehmen des Verbandes sind; siehe auch *Petersen* (Fußn. 80), S. 73.

aa) Einen Antrag des DFB auf Genehmigung der zentralen Vermarktung als Rationalisierungskartell i.S.d. § 5 GWB haben seinerzeit sowohl das Bundeskartellamt als auch das Kammergericht mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen zu Recht zurückgewiesen⁸⁹. Auch die Voraussetzungen anderer ausnahmsweise zulässiger Kartelle (Spezialisierungskartelle nach § 3 GWB, mittelständische Rationalisierungskartelle nach § 4 Abs. 1 GWB, mittelständische Einkaufskooperationen nach § 4 Abs. 2 GWB, Strukturkrisenkartell nach § 6 GWB, Freistellung nach § 7 GWB) sind im Bereich des (Liga-)Sports regelmäßig nicht erfüllt⁹⁰.

bb) Verschiedentlich ist vorgeschlagen worden, der DFB solle eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV (a.F.) beantragen⁹¹. Bereits an anderer Stelle ist dargelegt worden⁹², daß dieser rechtliche Ausweg nicht notwendigerweise zum Erfolg führt. Nachdem die EU-Kommission den DFB aufgefordert hatte, sein Vermarktungsmodell für Fernsehrechte der Bundesligaspiele anzumelden, hat der Verband am 28. 8. 1998 bei der EU-Kommission ein Negativattest bzw. eine Einzelfreistellung nach Art. 4 VO 17/62 für die Vergabe von Fernseh- und Rundfunk-Übertragungsrechten an Bundesligaspielen unter Beteiligung von Lizenzliga-Mannschaften beantragt⁹³. Allerdings zeigt die Erfahrung, daß Freistellungsentscheidungen der EU-Kommission in der Vergangenheit mitunter auch von wirtschaftspolitischen Erwägungen und weniger von den Buchstaben des Gesetzes geprägt waren. Und in einem Interview hat der ehemalige Wettbewerbskommissar, Karel Van Miert, sogar eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV (a.F.) 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“⁹⁴.

⁸⁹ Siehe im einzelnen BKartA, Beschl. v. 2. 9. 1994 („Fußball-Fernsehübertragungsrechte II“), WuW/E BKartA 2696-2700; KG (Fußn. 7), ZIP 1996, 801, 807; zustimmend *Archner* (Fußn. 79), S. 136 ff.; *Fleischer* (Fußn. 32), WuW 1996, 473, 482; *Hannamann* (Fußn. 1), S. 497-500; *Heermann* (Fußn. 86), ZHR 161 (1997), 665, 677; *Stopper* (Fußn. 20), S. 113-117; *Wertenbruch*, Die zentrale Vermarktung von Fußball-Fernsehrechten als Kartell nach § 1 GWB und Art. 85 EGV, ZIP 1996, 1417, 1422.

⁹⁰ Hierzu jüngst ausführlich *Hannamann* (Fußn. 1), S. 493 ff.

⁹¹ *Wertenbruch* (Fußn. 89), ZIP 1996, 1417, 1423-1425; *ders.*, FAZ vom 4. 3. 1997, S. 31 („Freistellung nach europäischem Kartellrecht kann DFB helfen“); *ders.*, FAZ vom 5. 2. 1998, S. 39 („Helfen kann dem DFB nur eine Freistellung durch die EU-Kommission“); *Stopper* (Fußn. 20), S. 173-182.

⁹² *Heermann* (Fußn. 86), ZHR 161 (1997), 665, 677-679 m.w.N.; i.E. ebenso *Archner* (Fußn. 79), S. 213 ff.; *Hannamann* (Fußn. 1), S. 435 ff.; *Hohmann*, Zentrale TV-Vermarktung von Automobilsport und das EG-Kartellrecht, WRP 1997, 1011, 1014; *Jänich* (Fußn. 7), GRUR 1998, 438, 443; *Petersen* (Fußn. 80), S. 64 f.; *Schmittmann/Lehmann*, Blick nach Brüssel, AfP 1996, 255, 259; *Springer* (Fußn. 7), WRP 1998, 477, 486; differenzierend *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, 1999, S. 270 ff.

⁹³ ABl. 1999 C 6/10, 11. Zudem meldete die UEFA am 1. 2. 1999 die zentrale Vermarktung der kommerziellen Rechte an der UEFA-Champions-League für ein Negativattest bzw. eine Einzelfreistellung an (ABl. 1999 C 99/23, 24).

⁹⁴ Vgl. *Stabenow*, Profitiert die Nachwuchsarbeit, könnte die Zentralvermarktung bleiben, FAZ vom 14. 7. 1998, S. 35.

c) Außergesetzliche Ausnahmen vom Kartellverbot

Im Hinblick auf die kartellrechtliche Relevanz wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Ligamitgliedern ist hierzulande zuletzt die sog. Immanenztheorie ins Blickfeld gerückt⁹⁵. Danach sind formale Verstöße gegen § 1 GWB hinzunehmen, wenn das betroffene und gesetzlich anerkannte Rechtsinstitut kartellrechtsneutral ist; darüber hinaus muß die Beschränkung des Wettbewerbs für Bestand und Funktionsfähigkeit des Rechtsinstituts notwendig sein⁹⁶. Nach den Grundsätzen der Immanenztheorie sind insbesondere wettbewerbsbeschränkende vertragliche Nebenpflichten vom Kartellverbot ausgenommen – die Parallele zur im amerikanischen Kartellrecht altbekannten Lehre von den *ancillary restraints* ist offensichtlich. Ebenso wie in den Vereinigten Staaten haben auch hierzulande – soweit ersichtlich – die Gerichte die Immanenztheorie noch nicht herangezogen, um wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Ligasport zu rechtfertigen⁹⁷. Ein Nachteil besteht zudem darin, daß für die Liga kaum zuverlässig vorhersehbar ist, inwieweit die Immanenztheorie (potentiell) wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu rechtfertigen vermag⁹⁸.

2. Gesetzgebung

a) Ausgangspunkt: Personelle Verflechtungen zwischen Sport und Politik

Auch in Deutschland lassen sich enge Beziehungen zwischen Sport und Politik feststellen. Der seit Mai 2001 amtierende Präsident des DFB war zuvor über 20 Jahre als Landesminister und Staatssekretär tätig. Verschiedene Aufsichtsratsmitglieder etablierter Bundesligisten betätigen sich hauptberuflich in der Landes- oder Bundespolitik. Die Ausflüge in die Welt des Sports sichern den sich anscheinend ständig auf Stimmenfang befindlichen Wahlkämpfern willkommene Gelegenheit zur Medienpräsenz.

Diese beispielhaft dargelegten Verflechtungen gepaart mit der Befürchtung, gerade im Bundestagswahljahr 1998 zumindest das fußballinteressierte Wahlvolk zu verprellen, waren seinerzeit ideale Rahmenbedingungen für eine parteiübergreifende Koalition. Auslöser war

⁹⁵ Vgl. insbesondere *Archner* (Fußn. 79), S. 143 ff.; *Hannamann* (Fußn. 1), S. 368 ff.; *Stopper* (Fußn. 20), S. 125 ff.; siehe aber auch *KG* (Fußn. 7), ZIP 1996, 801, 805 f.; *Fleischer* (Fußn. 32), WuW 1996, 473, 479 f.

⁹⁶ Vgl. allgemein zur Immanenztheorie *Bechtold* GWB, 2. Aufl., 1999, § 1 Rdn. 36; *Immenga* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 79), § 1 Rdn. 353 ff.

⁹⁷ Im Schrifttum von einer prinzipiellen Anwendbarkeit der Immanenztheorie auf den Sport ausgehend *Fleischer* (Fußn. 32), WuW 1996, 473, 479 f.; *Hannamann* (Fußn. 1), S. 489 ff.; *Liegl/Schmitz*, Aus anderer Sicht: Zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Bereich des Automobilsports ..., WRP 1998, 244, 249, *Springer* (Fußn. 7), WRP 1998, 477, 486; *Wertenbruch* (Fußn. 89), ZIP 1996, 12417, 1423; ebenso *EU-Kommission*, Vorläufige Leitlinien (Fußn. 81), S. 32 (Rdn. 53); a.A. *Archner* (Fußn. 79), S. 145 ff.; *Schmittmann/Lehmann* (Fußn. 92), AfP 1996, 255, 258.

⁹⁸ Siehe hierzu zuletzt aber ausführlich *Hannamann* (Fußn. 1), S. 371 ff., 489 ff.

der „Europapokalheimsiele“-Beschluss des BGH vom 11. 12. 1997⁹⁹; das deutsche Kartellrecht drohte nach Ansicht vieler mit dem Verbot der Zentralvermarktung der TV-Rechte an Europapokalheimsielen deutscher Teams der Deutschen liebsten Freizeitbeschäftigung irreparablen Schaden zuzufügen. Dabei erwies es sich als günstig, daß gerade die jahrelange Diskussionen der 6. Kartellnovelle in ihre Endphase traten. Es störte die vom DFB geschickt geleitete politische Interessengemeinschaft wenig, daß die Kartellnovelle eigentlich zum Abbau wettbewerbspolitisch bedenklicher Bereichsausnahmen genutzt werden sollte. Obgleich weder im Referentenentwurf noch im Regierungsentwurf zur 6. Kartellnovelle erwähnt, brachte bereits am Tag nach Verkündung des „Europapokalheimsiele“-Beschlusses der Bundesrat auf Antrag des Landes Rheinland-Pfalz einen Gesetzesantrag zur Einführung einer neuen kartellrechtlichen Bereichsausnahme für den Sport ein¹⁰⁰. In den folgenden Monaten wurde sodann der Boden für eine gesetzliche Ausnahme vom allgemeinen Kartellverbot zugunsten des Sports bereitet. Das politische Ziel wurde in rekordverdächtiger Zeit erreicht¹⁰¹, mahnende Stimmen verhallten nahezu ungehört¹⁰².

b) Die Ausnahmegesetzgebung des § 31 GWB

Nach § 31 GWB, auch „lex DFB“ genannt¹⁰³, findet das Kartellverbot keine Anwendung auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung¹⁰⁴ satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe¹⁰⁵, wenn die folgenden zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sind¹⁰⁶:

- Der zentral vermarktende Sportverband ist in Erfüllung seiner gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet¹⁰⁷.
- Der Sportverband trägt dieser Verpflichtung durch eine angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung.

⁹⁹ BGHZ 137, 296 – Europapokalheimsiele.

¹⁰⁰ BR-Dr. 852/2/97.

¹⁰¹ Zur Entstehungsgeschichte siehe auch *Langen* in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl., 2001, § 31 Rdn. 1, 5-9; *Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 79), § 31 Rdn. 1 f.; *Waldhauser* (Fußn. 92), S. 264 f. jeweils m.w.N.

¹⁰² Deziert 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; ebenfalls kritisch *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; vgl. auch die nachfolgende Kritik der *Monopolkommission*, Hauptgutachten XII, Rdn. 101.

¹⁰³ SZ vom 7. 5. 1998, S. 39 und vom 22. 5. 1998, S. 56.

¹⁰⁴ Siehe hierzu etwa *Bunte* in: *Langen/Bunte* (Fußn. 101), § 31 Rdn. 14-16.

¹⁰⁵ Siehe hierzu *Bunte* in: *Langen/Bunte* (Fußn. 101), § 31 Rdn. 18 f.

¹⁰⁶ Siehe hierzu etwa *Hannamann* (Fußn. 1), S. 465 f.; *Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 79), § 31 Rdn. 3-6.

¹⁰⁷ Zu den Details siehe *Bunte* in: *Langen/Bunte* (Fußn. 101), § 31 Rdn. 20 ff.

Diese Vorschrift scheint für den DFB maßgeschneidert worden zu sein, gleichwohl werden andere Sportverbände bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen in gleicher Weise begünstigt. Angesichts der Regelungen, die in § 10 des zwischen DFB und Ligaverband abgeschlossenen Grundlagenvertrages zum Schutz des Amateurfußballs verankert worden sind, ist davon auszugehen, daß der Ligaverband in gleicher Weise wie zuvor bereits der DFB die gesetzlichen Voraussetzungen für die partielle Bereichsausnahme vom Kartellverbot erfüllt. Festzuhalten bleibt, daß sich der Ausnahmetatbestand nur auf den Fall der zentralen Vermarktung von Fernsehsenderechten beschränkt und nicht generell die wirtschaftliche Betätigung der Sportverbände von der Anwendung des Kartellverbots freistellt¹⁰⁸. Damit ist der Anwendungsbereich des § 31 GWB nicht zuletzt auch angesichts der gesetzgeberischen Zielsetzung eng auszulegen¹⁰⁹. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß § 31 GWB einen Systembruch darstellt, weil der Gesetzgeber ansonsten für Freistellungen vom Kartellverbot grundsätzlich ein behördliches Genehmigungs- oder zumindest Anzeigeverfahren vorgesehen hat. Was anderen Wirtschaftszweigen trotz langjähriger Aktivitäten der Lobbyisten verwehret blieb, vermochte der DFB mit dem erforderlichen sportlichen Ehrgeiz und – im Hinblick auf die günstige politische Konstellation – auch Glück innerhalb kürzester Zeit zu erreichen.

c) Rechtliche Bewertung

Bereits vor der Verabschiedung der deutschen Ausnahmenvorschrift hatte die EU-Kommission Bedenken geäußert¹¹⁰ und wiederholt auf die Unvereinbarkeit mit Art. 85 EGV (a.F.) hingewiesen. In einem Zeitungsbericht wird der damalige EG-Wettbewerbskommissar *Karel Van Miert* folgendermaßen zitiert¹¹¹: „Wenn man in Deutschland das Gesetz ändert, heißt das nicht, daß man die europäischen Verträge ändert und wir nicht mehr zuständig sind. Einige haben wohl gemeint, die Sache sei mit der Gesetzesänderung erledigt. Das stimmt nicht.“ Auch hernach ist die Kritik nicht verstummt¹¹² und hat sich sogar im zwölften Hauptgutachten der Monopolkommission niedergeschlagen¹¹³. Festzustellen bleibt indes, daß die EU-Kommission den verbalen Attacken bislang keine Taten folgen ließ¹¹⁴. Anlässlich einer Anhörung im Juni 2001 mahnte die EU-Kommission jedoch an, der DFB möge mit objektiven

¹⁰⁸ Eine derart weitgehende Freistellung war aber im ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates vorgesehen, vgl. Stellungnahme des Bundesrats, BT-Dr. 13/9720, S. 75.

¹⁰⁹ *Bunte* in: *Langen/Bunte* (Fußn. 101), § 31 Rdn. 17.

¹¹⁰ Vgl. FAZ vom 22. 1. 1998, S. 15 („Konflikt um Vermarktung von Fußballrechten - Kommission gegen Bonner Gesetzesplan“); FAZ vom 1. 4. 1998, S. 39.

¹¹¹ Vgl. *Stabenow* (Fußn. 94), FAZ vom 14. 7. 1998, S. 35.

¹¹² Siehe zuletzt *Petersen* (Fußn. 80), S. 80 ff.

¹¹³ BT-Dr. 13/11291, S. 62.

Zahlen belegen, warum die ursprünglich von ihm und inzwischen vom Ligaverband e.V. praktizierte zentrale Vermarktung genehmigt werden soll¹¹⁵. Mit einer Entscheidung ist nicht vor Herbst 2002 zu rechnen. Schließlich dürfte die mit § 31 GWB verbundene Problematik zukünftig an Bedeutung verlieren. Denn wegen der zunehmenden Beteiligung ausländischer Spieler insbesondere auch aus anderen Mitgliedstaaten werden die Übertragungsrechte an Bundesligaspielen zunehmend auch im Ausland nachgefragt¹¹⁶. Wegen der weiten Auslegung, welche die Zwischenstaatlichkeitsklausel i.S.d. Art. 81 Abs. 1 und 82 Abs. 1 EGV inzwischen erfahren hat¹¹⁷, wird in den betreffenden Fällen § 31 GWB nicht mehr für anwendbar gehalten¹¹⁸. Es stellen sich hierbei komplizierte Konkurrenzprobleme, die die Kommission zu entschärfen plant. Denn sie beabsichtigt, in die von ihr angestrebte neue Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 EG unter Berufung auf Art. 83 Abs. 2 lit. e) EG eine Bestimmung aufzunehmen, nach der diese Wettbewerbsregeln im Anwendungsbereich des Vertrags ausschließlich anwendbar sein sollen¹¹⁹. Wenn sich – womit derzeit zu rechnen ist – diese Entwicklung durchsetzen sollte, wird sich der Anwendungsbereich des § 31 GWB auf Wettbewerbe beschränken, die anders als der Bundesligafußball nicht von grenzüberschreitender Bedeutung sind.

¹¹⁴ Die Voraussage *Otto Graf Lambsdorffs* im Gesetzgebungsverfahren, die neue Regelung werde dem DFB in Brüssel schlecht bekommen (vgl. FAZ vom 8. 5. 1998, S. 17), scheint sich (noch?) nicht bewahrheitet zu haben.

¹¹⁵ Vgl. FAZ vom 2. 6. 2001, S. 40 („Fußballverbände überzeugen EU nicht“). Zudem hat die EU-Kommission am 20. 7. 2001 an die Europäische Fußball-Union (UEFA) eine Beschwerde gegen die zentrale Vermarktung der Fernsehrechte für die Champions-League übermittelt sowie um Stellungnahme und Änderung gebeten; vgl. FAZ vom 21. 7. 2001, S. 13 („Streit um Fußballrechte spitzt sich zu“) und S. 39 („EU leitet Verfahren gegen die UEFA ein“). Die Kommission erblickt einen Verstoß gegen Art. 81 EGV darin, daß die Rechte für freien Empfang und Pay-TV pro Land jeweils nur an einen einzigen Sender und für mehrere Jahre vergeben werden. Nach der Überarbeitung der Vermarktungsregeln durch die UEFA hat die Kommission der Zentralvermarktungsregelung zunächst vorläufig zugestimmt. Eine endgültige Stellungnahme wird erst nach den Stellungnahmen der sonstigen Beteiligten erfolgen. Die neue Vermarktungsregelung wird erst mit der Spielzeit 2003/2004 in Kraft treten und sieht die folgenden Neuerungen vor (so die Pressemitteilung der Kommission vom 3.6.2002 IP/02/806):

- Die UEFA verkauft das jeweilige Spitzenspiel (Dienstag und Mittwoch) der Hauptrunde an Rundfunkanstalten der beteiligten Länder. Wenn es der UEFA nicht gelingt, die übrigen Spiele des Tages zu verkaufen, können die Vereine ihre Spiele selbst vermarkten.
- Es sollen künftig alle Medienrechte gehandelt werden, einschließlich der Rechte für Internet und UMTS
- Ab Donnerstag 24:00 Uhr können die Vereine die Rechte an Fernseh-Aufzeichnungen für ihre Fanggemeinde nutzen
- Die Rechte werden für höchstens 3 Jahre in Form von öffentlichen Ausschreibungen vergeben.

¹¹⁶ Siehe hierzu auch *Archner* (Fußn. 79), S. 34, 203; *Petersen* (Fußn. 80), S. 62.

¹¹⁷ Siehe stellvertretend *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, § 36 4. (S. 374 f.) m.w.N.; vgl. mit Bezug auf die einstige zentrale TV-Rechtevermarktung durch den DFB *Archner* (Fußn. 79), S. 205 ff.

¹¹⁸ So auch *Hannamann* (Fußn. 1), S. 43, 458 f., 466 f.; *Petersen* (Fußn. 80), S. 62; a.A. aber *Bechtold* (Fußn. 96), § 31 Rdn. 6, nach dessen Auffassung das Bundeskartellamt sein vor der Anwendung des Art. 81 EGV ausübendes Aufgreifermessen ausnahmsweise nur dann gegen Aktivitäten richten dürfe, die von § 31 GWB freigestellt sind, wenn besondere Umstände vorlägen.

IV. Die Major League Soccer als *Single Entity* (Fraser et al. v. Major League Soccer et al.)

1. Die Major League Soccer¹²⁰

Die Major League Soccer (MLS) wurde im Jahr 1995 nach dem Recht des Bundesstaates Delaware in der Rechtsform einer *Limited Liability Company* (LLC) gegründet, die im deutschen Recht am ehesten mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verglichen werden kann. Inzwischen spielen zwölf Mannschaften in der noch jungen professionellen Fußball-Liga, die Eigentumsrechte liegen indes – anders als bei den anderen vier großen amerikanischen Ligen oder der Fußball-Bundesliga – bei der Major League Soccer LLC. Die meisten Teams werden aber aufgrund sog. *operating agreements* nicht von der MLS, sondern von sog. *operator-investors* geleitet, jeder von ihnen „a capital-contributing member of the MLS that has contracted with MLS to operate one or more of MLS’s teams“¹²¹. Daneben gibt es noch eine Reihe reiner Investoren, die keines der Teams betreiben. Die MLS verfügt über ein sog. *Management Committee*, das sich aus Repräsentanten der jeweiligen Investoren, d.h. der jeweiligen Gesellschafter, zusammensetzt.

Die *operator-investors* schließen keine Arbeitsverträge mit den Spielern ihres jeweiligen Teams ab. Vielmehr sind die Spieler Angestellte der MLS und werden von dieser den einzelnen Teams zugeordnet. Dieses Verfahren erfolgt nach Regeln, die vom *Management Committee* der MLS aufgestellt worden sind. Dabei wird auch eine Obergrenze für die von jedem Team insgesamt zu zahlenden Spielergehälter festgelegt. Zur Aufrechterhaltung einer vergleichbaren Spielstärke innerhalb der MLS werden die Spitzenspieler zentral auf die einzelnen Teams verteilt, es sei denn, ein Unterausschuß des *Management Committee* widerspricht mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen. Die übrigen Spieler werden von den *operator-investors* ausgewählt, sind jedoch – wie bereits erwähnt – Angestellte der MLS. Mit Zustimmung der MLS können die Teams untereinander Spieler tauschen, allerdings dürfen die einzelnen *operator-investors* Spieler nicht veräußern.

Die MLS teilt Gewinne und Verluste mit ihren Gesellschaftern nach den in der Gesellschaftssatzung festgelegten Regeln. Die durch den Ligabetrieb erzielten Gewinne gehören der MLS, insbesondere auch ein Großteil der durch Kartenverkäufe erzielten Einnahmen. Daneben stehen der Liga sämtliche gewerblichen Schutzrechte mit Bezug zur Liga oder deren

¹¹⁹ Art. 3. des Verordnungsentwurfs, KOM (2000) 582 endg.

¹²⁰ Die folgenden Ausführungen sind dem Tatbestand der Entscheidung *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 132 f. entnommen.

Teams zu, wobei diese Rechte zentral verwaltet werden. Den *operator-investors* verbleiben nur in geringem Umfang unternehmerische Freiheiten. Als Stellvertreter der MLS können sie Verträge mit lediglich regionalem Bezug abschließen. Hierbei kommt eine Vermarktung regionaler Übertragungsrechte in Betracht, zulässig sind auch regionale Sponsorenverträge, allerdings nur hinsichtlich von der MLS vertraglich vorgegebener Waren und Dienstleistungen.

Nach den bereits erwähnten *operating agreements* hat jeder Gesellschafter, der ein Team leitet, gegenüber der MLS einen Anspruch auf Zahlung einer Gebühr für den Geschäftsbetrieb (*management fee*). Im Jahr 1997 setzte sich diese Gebühr folgendermaßen zusammen:

- die ersten 1,24 Mio. \$ an Einnahmen aus den regionalen Vermarktungsaktivitäten (Übertragungsrecht, Sponsoringverträge) und darüber hinaus 30% der weiteren entsprechenden Einnahmen, wobei der Prozentsatz jährlich steigt;
- 50% der Einnahmen aus dem Verkauf von Karten für Heimspiele, wobei der Prozentsatz im sechsten Jahr des Ligabetriebs auf 55% steigt;
- schließlich 50% der im Stadion mittels Konzessionen oder auf andere Weise erzielten Einnahmen.

Die Ausgaben werden in vergleichbarer Weise wie die Einnahmen verteilt. Demzufolge trägt die MLS die meisten Ausgaben, die unmittelbar mit dem Ligabetrieb zusammenhängen. So trägt die MLS etwa die Kosten für den Erwerb von Spielern, zahlt den Spielern Gehälter und sonstige Prämien und zahlt darüber hinaus die Gehälter des gesamten Personals der Liga (einschließlich Schiedsrichtern). Zudem übernimmt die MLS die auf einzelne Ligaspiele bezogenen Reisekosten der jeweiligen Teams, Versicherungskosten, bei von der Liga innerhalb der USA organisierten Freundschaftsspielen mit auswärtigen Mannschaften die damit verbundenen Kosten, die Ausgaben für ligaweite Werbemaßnahmen sowie 50% der auf jedes Team entfallenden Stadionmiete.

Die *operator-investors* tragen damit nur für wenige Punkte die finanzielle Verantwortlichkeit, wie etwa 50% der Stadionmiete, die Kosten des von der MLS genehmigten regionalen Marketings sowie die allgemeinen Verwaltungskosten hinsichtlich ihrer jeweiligen Teams einschließlich der Gehälter für das Management und den Trainerstab. Die übrigen Gesellschafter, die kein Team betreiben, nehmen nur an der allgemeinen Verteilung von Gewinnen und Verlusten aus dem Ligabetrieb teil.

Schließlich können die eine Mannschaft betreibenden Gesellschafter ihren Gesellschaftsanteil und die damit verbundenen Rechte ohne Zustimmung des *Management Committee* der

¹²¹ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 131.

MLS nicht auf Dritte übertragen. Im Fall der Zustimmungsverweigerung, die keiner Begründung bedarf, ist die MLS jedoch verpflichtet, den Gesellschaftsanteil zum Marktpreis zurückzuerwerben.

2. Der Fall

Am 13. 2. 1997 reichte Iain Fraser gemeinsam mit neun weiteren MLS-Spielern, die jeweils einen anderen der damals existierenden zehn MLS-Clubs repräsentierten, eine auf die Verletzung des Kartellrechts gestützte Klage gegen die MLS ein. Die Kläger behaupteten¹²², daß die MLS und ihre *operator-investors* eine verbotene Kartellvereinbarung getroffen hätten, indem sie Spieler zentral allein über die MLS einstellten und ein zentrales System der Spielerteilung errichtet hätten, wodurch gleichzeitig der ansonsten bestehende Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern unterbunden würde. Die weiteren Punkte der Klage (etwa Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die MLS) bedürfen im Hinblick auf das begrenzte Thema dieser Untersuchung keiner Vertiefung.

3. Die Entscheidung des United States District Court for the District of Massachusetts vom 19. April 2000

Die Urteilsgründe sollen hier nur insoweit zusammenfassend wiedergegeben werden, als sie für die rechtliche Beurteilung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot sowie zur Beurteilung der Frage maßgeblich sind, ob es sich bei der MLS um eine sog. *single entity* handelt.

Zunächst weist das Gericht unter Bezugnahme auf die *Copperweld*-Entscheidung¹²³ darauf hin, daß sich das Kartellrecht nur gegen Vereinbarungen richtet, die von einer Mehrzahl von Unternehmen abgeschlossen werden und die zu nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsbeschränkungen führen¹²⁴. Sodann werden die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der MLS unter Hinweis darauf herausgearbeitet, daß es sich bei einer Limited Liability Company um eine von den Gesellschaftern zu unterscheidende juristische Person (*separate legal entity*) handelt. Deshalb sei die Geschäftstätigkeit der MLS dieser juristischen Person zuzuordnen, während die *operator-investors* als deren Geschäftsführer und Gesellschafter anzusehen seien¹²⁵. Solange diese kein eigenes, von der Gesellschaft unabhängiges wirtschaftliches Interesse verfolgten (*independent personal stake exception*), sei für die Anwendung des Kartellverbots kein Raum.

¹²² Siehe zum Vortrag der Kläger *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 131.

¹²³ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 769 (1984).

¹²⁴ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 134.

Nachfolgend werden die den *operator-investors* verbliebenen unternehmerischen Entscheidungsbefugnisse detailliert referiert, die nach Auffassung der Kläger ein von der MLS unabhängiges wirtschaftliches Interesse begründen¹²⁶. Dieser Auffassung folgt das Gericht nicht und weist darauf hin, allein der Umstand, daß die *operator-investors* die MLS leiten und von den getroffenen Entscheidungen mittelbar profitieren, könne nicht zur Anwendung der *independent personal stake exception* führen. Der klägerische Vortrag reiche nicht aus, um auf Seiten der Gesellschafter ein von den Interessen der MLS unabhängiges eigenes wirtschaftliches Interesse zu begründen. Entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung sei die *Copperweld*-Entscheidung, die zur Aufhebung der *intra-enterprise-conspiracy-doctrine* geführt hatte¹²⁷, nicht auf die MLS übertragbar. In jener Entscheidung sei es um Vereinbarungen zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer 100%igen Tochtergesellschaft gegangen. Bei der MLS handele es sich jedoch um eine einzige Gesellschaft in der Rechtsform der LLC, an der die Ligamitglieder als Gesellschafter beteiligt seien. Man könne nicht – wie von den Klägern gefordert – die MLS in die Bestandteile Gesellschaft und Gesellschafter auflösen, um sodann hypothetisch zu prüfen, ob die zwischen diesen Beteiligten getroffenen Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben und gegen das allgemeine Kartellverbot verstoßen¹²⁸.

Zusammenfassend stellt das Gericht fest: „*In sum, the plaintiffs’ deconstruction efforts are unavailing. MLS is what it is. As a single entity, it cannot conspire or combine with its investors in violation of § 1 [Sherman Act], and its investors do not combine or conspire with each other in pursuing the economic interests of the entity. MLS’s policy of contracting centrally for player services is unilateral activity of a single firm. Since § 1 [Sherman Act] does not apply to unilateral activity – even unilateral activity that tends to restrain trade – the claim [...] cannot succeed as a matter of law.*“

4. Die Entscheidung des United States Court of Appeals for the First Circuit vom 20. März 2002

Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil zwar im Ergebnis bestätigt, darüber hinaus aber die Ausführungen des District Court zum *single-entity*-Status der MLS in Zweifel

¹²⁵ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 135.

¹²⁶ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 136 f.

¹²⁷ Siehe oben Abschnitt II. 1. a) bb).

¹²⁸ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 139.

gezogen¹²⁹. Angesichts des den *operator investors* in wirtschaftlicher Hinsicht verbleibenden Entscheidungsspielraums sowie ihrer Stimmenmehrheit in der Geschäftsleitung der MLS umfasse die Liga eher „*a hybrid arrangement, somewhere between a single company (with or without wholly owned subsidiaries) and a cooperative arrangement between existing competitors*“. Letztlich brauchte der Court of Appeals diese komplexe Rechtsfrage aber nicht zu entscheiden, weil die Berufung bereits aufgrund anderer rechtlicher Erwägungen als unbegründet abzuweisen war; denn die Kläger hatten versäumt, die von ihnen vorgetragene Abgrenzung des relevanten Marktes substantiiert darzulegen und unter Beweis zu stellen.

5. Auswirkungen der Entscheidungen

a) Soweit ersichtlich sind bislang (Stand: Juli 2001) in Fachzeitschriften noch keine Besprechungsaufsätze zu der aufsehenerregenden Entscheidungen erschienen. Allerdings sind zum erstinstanzlichen Urteil Stellungnahmen des sportrechtlichen Schrifttums im Internet veröffentlicht worden. So wird es trotz der Entscheidung nach wie vor für möglich gehalten, daß eine Sportliga, die als *single entity* einzustufen sei, eine *combination in restraint of trade* darstelle; zudem sei zweifelhaft, ob diese Ligastruktur tatsächlich das bestmögliche Produkt, d.h. den attraktivsten und erfolgreichsten Fußball, auf das Spielfeld bringe¹³⁰. Von anderer Seite werden Nachteile für die Sportfans befürchtet; selbst wenn das Urteil rechtskräftig werden sollte, sei die Struktur der MLS nicht als Schlüssel zum Erfolg zu betrachten, da die attraktivsten Spieler aufgrund der manipulierten Gehälter in andere Länder mit besser zahlenden Ligen abwandern würden¹³¹. Schließlich ist darauf hingewiesen worden, für den Betrieb einer professionellen Sportliga seien den Ligamitgliedern getrennt zustehende Eigentumsrechte nicht länger erforderlich¹³².

b) Insbesondere in den letzten Jahren gegründete U.S.-amerikanische (Profi-)Sportligen¹³³ streben danach, sich durch Begründung einer *single entity* der Anwendung der Kartellgesetze

¹²⁹ Die Entscheidung kann auf der Website des United States Court of Appeals for the First Circuit sowie auf der Seite www.sportrecht.org abgerufen werden.

¹³⁰ So Ross, "Sport and Law"-Professor an der University of Illinois in Chicago, IL; vgl. CNN/Sports Illustrated, Titel: Players' Suit TKO'd, http://channel.cnn.com/soccer/mls/news/2000/04/27/mls_lawsuit_ap/ (Stand: 27. 4. 2000).

¹³¹ In diesem Sinne Zimbalist, Professor am Smith College in Northhampton, MA; vgl. CNN/Sports Illustrated, Titel: Court back "Single Entity", http://channel.cnn.com/soccer/mls/news/2000/05/05/mls_ruling_ap/ (Stand: 5. 5. 2000).

¹³² Weistart, Co-Direktor am Duke-Center "Sports Law and policy" in Durham, NC; vgl. CNN/Sports Illustrated, Titel: Players' Suit TKO'd, http://channel.cnn.com/soccer/mls/news/2000/04/27/mls_lawsuit_ap/ (Stand: 27. 4. 2000).

¹³³ Z.B. Women's National Basketball Association (WNBA), X-treme Football League (XFL) sowie zuletzt Women's United Soccer Association (WUSA); vgl. aber auch die ältere Continental Basketball Association (CBA).

weitgehend zu entziehen. Dadurch kann freilich nur eine Freistellung vom allgemeinen Kartellverbot erreicht werden, nicht hingegen eine Freistellung vom Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Aber auch die bereits seit Jahrzehnten bestehenden U.S.-Sportligen können durch Umstrukturierungen eine Freistellung vom Kartellverbot verfolgen¹³⁴. Fraglich ist aber, ob einem solchen Vorhaben die strengen Vorschriften der Zusammenschlußkontrolle entgegenstehen¹³⁵. Zudem mag bezweifelt werden, ob sich in den traditionsbehafteten Ligen die Eigentümer der einzelnen Teams, die ihre Investitionen mitunter zur medienwirksamen Selbstdarstellung nutzen, zur Umstrukturierung bereit erklären und ihre unternehmerischen Leitungs- und Entscheidungsbefugnisse dem Ligaverband übertragen würden.

6. Abschließende Würdigung

Die entscheidende Frage für die Anwendbarkeit der *single entity-doctrine* auf eine Sportliga lautet: Verfolgen die Ligamitglieder neben ihrer Gesellschafterstellung innerhalb der Liga abweichende wirtschaftliche Interessen? In der MLS übernehmen die *operator-investors* 50% der Stadionmiete und tragen die allgemeinen Verwaltungskosten hinsichtlich ihrer jeweiligen Teams einschließlich der Gehälter für das Management und den Trainerstab. Daneben erhalten die Ligamitglieder Anteile der Einnahmen aus dem Verkauf ihrer Eintrittskarten, aus dem von der Liga genehmigten regionalen Marketing sowie aus den innerhalb des Stadions vergebenen Konzessionen. Letztlich dienen aber neben den Verwaltungskosten alle übrigen der eigenständig zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen unmittelbar den Interessen der gesamten Liga, mithin den Interessen der Major League Soccer LLC. Denn diese partizipiert in jedem Fall an den von den Ligamitgliedern erzielten Einnahmesteigerungen oder dem Abschluß eines günstigen Stadionmietvertrages, aber natürlich auch an etwaigen Verlusten. Diesen Aspekt hat das Berufungsgericht vernachlässigt, so daß der erstinstanzlichen Entscheidung *Fraser v. MLS* sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen. Da bereits keine spürbar abweichenden wirtschaftlichen Eigeninteressen der Ligamitglieder feststellbar waren, brauchte das Gericht auf die sich sodann aufdrängende Frage, wann derartige abweichende wirtschaftliche Interessen die Erheblichkeitsschwelle überschreiten, nicht einzugehen.

¹³⁴ Siehe hierzu *Mathias* (Fußn. 32), 148 U. Pa. L. Rev. 203, 231 ff. (1999); *Rosenthal*, *The Football Answer to the Baseball Problem: Can Revenue Sharing Work?*, 5 *Seton Hall J. Sport Law* 419, 466 f. (1995).

¹³⁵ Siehe *Mathias* (Fußn. 32), 148 U. Pa. L. Rev. 203, 236 (1999), der diese Hürde für zumindest überwindbar erachtet.

V. (Rechtsvergleichender) Ausblick: Die Folgerungen für den deutschen Ligasport

Die bisherigen Analysen haben gezeigt, daß sowohl in den USA als auch in Deutschland die professionellen Sportligen große Anstrengungen unternommen haben, um nicht dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Kartellabsprachen zu unterfallen. Hierbei konnten zahlreiche Parallelentwicklungen offengelegt werden, beginnend mit dem Einschreiten der Judikatur gegen Kartellabsprachen von Ligamitgliedern, sodann über die Verflechtung von Sport und Politik bis hin zum Einschreiten des Gesetzgebers. Ein gravierender Unterschied wurde gleichfalls deutlich: Die einzelnen amerikanischen Entwicklungsstadien gehen den entsprechenden Phasen in Deutschland jeweils um mindestens zwei bis drei Dekaden voraus.

Reicht damit ein Blick über den Atlantik, um das rechtliche Umfeld des deutschen Ligasports in den kommenden Jahren zu antizipieren? Die Frage kann weder mit einem klaren „ja“ noch mit einem eindeutigen „nein“ beantwortet werden. Denn die bis heute fortwirkenden unterschiedlichen Ursprünge der amerikanischen und deutschen Sportligen stehen einer solchen vorbehaltlosen Übertragung entgegen. Die Major Leagues waren von vornherein wesentlich stärker auf Gewinnerzielung ausgerichtet und dementsprechend eher gesellschaftsrechtlich und damit flexibel strukturiert, während die Fußball-Bundesligen aus Vereinsstrukturen, geprägt durch den Gedanken der Gemeinnützigkeit, hervorgegangen sind. Erst die jüngsten Entwicklungen – insbesondere die Zulassung von Sportkapitalgesellschaften sowie die Einrichtung eines Ligaverbandes – lassen eine Annäherung an amerikanische Strukturen erkennen. Damit ist in Deutschland eine begrüßenswerte Entwicklung angestoßen worden, die den auf der Flucht vor dem Kartellrecht befindlichen Sportligen letztlich sogar einen sicheren Hafen zu bieten vermag. Deshalb sei ein Blick in die Zukunft gewagt! Derzeit sprechen zahlreiche Indizien dafür, daß das nunmehr anzudeutende Szenario in den folgenden Jahren zumindest teilweise Wirklichkeit wird:

- Der Anwendungsbereich des § 31 GWB ist sehr begrenzt, zudem ist die Vorschrift restriktiv anzuwenden. Aufgrund des in Kollisionsfällen demnächst vorrangigen europäischen Kartellrechts ist die Norm in weiten Bereichen sogar obsolet. Mit einer Abschaffung des wettbewerbspolitisch bedenklichen Ausnahmetatbestandes ist zwar nicht zu rechnen, allerdings wird er auf Dauer im Abseits stehen.
- Zur Aufrechterhaltung eines annähernd gleichen sportlichen und wirtschaftlichen Niveaus unter den Ligamitgliedern werden neben der Verteilung der Einnahmen aus der Vermark-

tung der Fernsehrechte¹³⁶ andere finanzielle Ausgleichsmechanismen (insbesondere *salary cap*¹³⁷, Aufteilung der Einnahmen aus dem Verkauf von Eintrittskarten zwischen Heim- und Gastmannschaft¹³⁸, möglicherweise auch *drafting*) an Bedeutung gewinnen. Damit steigt auch das kartellrechtliche Konfliktpotential an. Ob und inwieweit Kartellbehörden die zugrundeliegenden Kartellabsprachen freistellen werden, läßt sich nicht zuverlässig prognostizieren, zumal insoweit auch politische Einflüsse eine Rolle spielen.

- Die zunehmende Kommerzialisierung des Ligasports läßt die vorhandenen vereinsrechtlichen Strukturen an ihre Grenzen stoßen. Die bereits eingeleitete Annäherung an U.S.-amerikanische Ligastrukturen (Sportkapitalgesellschaften, Ligaverband) wird sich fortsetzen. Mit der Einführung gesellschaftsrechtlicher Strukturen wird im Interesse des langfristigen Erfolgs einer Sportliga auch das Bedürfnis nach Planungssicherheit in kartellrechtlicher Hinsicht zunehmen.
- Eine vom Ermessen der Kartellbehörden unabhängige Befreiung des Ligasports vom Kartellverbot läßt sich angesichts der vorangehenden Erwägungen auf zwei Wegen erzielen: Zum einen könnte auch in das EG-Kartellrecht eine (partielle) gesetzliche Bereichsausnahme eingeführt werden, was wettbewerbspolitisch nicht wünschenswert ist und auch zukünftig unrealistisch erscheint. Zum anderen könnte die Zahl der miteinander konkurrierenden Ligaunternehmen in einer Weise reduziert werden, daß nur noch ein Unternehmen übrigbleibt, in dem die unternehmerischen Entscheidungsbefugnisse gebündelt werden. So könnte man die Ligamitglieder zu einem Unternehmen, etwa einer Liga-Kapitalgesellschaft, zusammenfassen. Die Gesellschafter dieses Ligaverbandes würden so dann keine eigenen wirtschaftlichen Interessen mehr verfolgen. Die früheren Ligamitglieder wären nur noch sportlich, aber nicht mehr wirtschaftlich miteinander konkurrierende Gesellschafter des gleichen Unternehmens. Damit können zwischen diesen Gesellschaftern getroffene Vereinbarungen letztlich auch nicht als verbotene Kartellabsprachen eingestuft werden. So weit die Theorie! Es bleiben rechtliche und praktische Bedenken: Ein solcher Zusammenschluß müßte den kartellrechtlichen Vorschriften der Zusammenschlußkontrolle genügen, weil er möglicherweise zu einer marktbeherrschenden Stellung führt. Dieses Pro-

¹³⁶ Die deutschen Teilnehmer an Europapokalspielen haben sich bspw. verpflichtet, 30% der Einnahmen in einen Pool zu zahlen, der zwischen den nicht am UEFA-Pokal teilnehmenden Bundesligisten aufgeteilt wird; vgl. SZ vom 22. 5. 1998, S. 56; SZ vom 12. 11. 1999, S. 41.

¹³⁷ Ausführlich hierzu *Trommer*, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, S. 101 ff.; einer Übertragbarkeit dieses Systems auf den deutschen und europäischen Ligasport kritisch gegenüberstehend *Hannamann* (Fußn. 1), S. 283 f., 342, 426 f., 446.

¹³⁸ Siehe hierzu *Parlasca*, Kartelle im Profisport, 1993, S. 116 m.w.N., wonach in der NFL 40% und in der MLB 15% der entsprechenden Einnahmen an die Gastmannschaft gehen.

blem kann aber ebenso wie die schwierige Frage nach dem einschlägigen relevanten Markt in diesem Zusammenhang offenbleiben. Denn eine derart einschneidende Umstrukturierung deutscher Profiligen, die ihrerseits jahrzehntelang im Vereinsrecht verwurzelt waren, würde mit Traditionen brechen und vermutlich weder von den Verbänden noch den Ligamitgliedern unterstützt werden.

- Allerdings eröffnet die letztgenannte (gesellschaftsrechtliche) Problemannäherung weitere Perspektiven: Eine automatische Befreiung vom Verbot der Kartellabsprachen läßt sich nämlich gleichfalls erzielen, wenn die Ligamitglieder zwar einerseits Gesellschafter einer Liga(kapital)gesellschaft werden, andererseits aber weiterhin eigenständige wirtschaftliche Interessen verfolgen und entsprechende unternehmerische Entscheidungen treffen. Sofern es sich bei der Liga(kapital)gesellschaft um ein sog. konzentratives Gemeinschaftsunternehmen handeln würde¹³⁹, könnte unter freilich sehr umstrittenen Voraussetzungen eine Anwendung des allgemeinen Kartellverbotstatbestandes ausscheiden¹⁴⁰.
- Ein weiterer Ansatz weist in die gleiche Richtung: Die Ligamitglieder könnten als wirtschaftlich unabhängige Unternehmen etwa durch Einrichtung eines gemeinsamen Leitungsorgans konzernrechtliche Strukturen in der Form eines Gleichordnungskonzerns schaffen, um dadurch in den Genuß des sog. Konzentrationsprivilegs zu gelangen. Dabei könnten sogar die vereinsrechtlichen Strukturen beibehalten werden (Vereinskonzern). Allerdings ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Wettbewerb zwischen Konzernunternehmen vom Kartellverbot ausgenommen ist, überaus umstritten und noch nicht abschließend geklärt¹⁴¹. Somit ist der konzernrechtliche Ansatz mit rechtlichen Restrisiken verbunden.
- Unabhängig davon, ob der gesellschafts- oder aber der konzernrechtliche Ansatz gewählt wird, ergeben sich zwei positive Auswirkungen: Einerseits wird die politisch motivierte und vielfach wettbewerbspolitisch bedenkliche Einflußnahme auf das Sportrecht überflüssig; andererseits kann sich der sportliche Ligawettbewerb unter weitgehender Befreiung

¹³⁹ Zur Unterscheidung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen siehe stellvertretend *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 79), § 1 Rdn. 401 ff., insbesondere Rdn. 407 ff. Zur rechtlichen Beurteilung solcher Kooperationen nach europäischem Kartellrecht siehe *Stockenhuber* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Band 1, Stand: Juli 2000, Art. 81 EGV Rdn. 155 ff.; *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, Kommentar zum EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Art. 85 Rdn. 270 ff., insbesondere 282 ff. jeweils m.w.N.

¹⁴⁰ Siehe hierzu *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 79), § 1 Rdn. 414 ff. sowie *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 139), Art. 85 Rdn. 282 ff. jeweils m.w.N.

¹⁴¹ Siehe hierzu bereits oben Abschnitt III. 1. a) cc) m.w.N. Zur rechtlichen Beurteilung solcher Kooperationen nach europäischem Kartellrecht siehe *Stockenhuber* in: *Grabitz/Hilf* (Fußn. 139), Art. 81 EGV Rdn. 164 ff.

von kartellrechtlichen Zwängen entfalten; das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bliebe indes weiterhin bestehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich eine Befreiung des Ligasports vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Kartellabsprachen auch durch eine Neugestaltung der Ligastrukturen erreichen läßt, ohne daß es zweifelbehafteter legislativer Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit oder aber der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens mit ungewissem Ausgang bedarf. Die Strukturen der *Major League Soccer* eignen sich jedoch allenfalls als Modell für neu entstehende Sportligen. Die bestehenden deutschen Sportligen können indes weitgehend vergleichbare kartellrechtliche Effekte durch gesellschafts- und/oder konzernrechtliche Umstrukturierungen erreichen.

Wer ständig auf der Flucht ist, kann sich nicht auf das Wesentliche – das ist im heutigen Ligasport eine wirtschaftliche Unternehmensführung, die mit sportlichem Erfolg einhergeht – konzentrieren. Wie die aktuellen Ereignisse zeigen, ist die Flucht des Ligasports vor dem Kartellrecht noch lange nicht beendet. Die Sportligen selbst haben es aber in der Hand, ihrer Flucht ein Ende zu bereiten. Erste Schritte in diese Richtung sind bereits getan.