
Sport und Kartellrecht*

PETER W. HEERMANN**

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| Sport und Kartellrecht | 197 |
| 1. Einleitung..... | 198 |
| 2. Europäisches Kartellrecht..... | 198 |
| 2.1 Struktur des europäischen Kartellrechts | 199 |
| 2.1.1 Art. 81 EG | 199 |
| 2.1.2 Art. 82 EG | 199 |
| 2.1.3 Art. 87 EG | 200 |
| 2.2 Besonderheiten im Sport | 200 |
| 2.2.1 <i>Baseball Exemption</i> im US-Sport..... | 200 |
| 2.2.2 Europäischer Gerichtshof..... | 201 |
| 2.2.3 Sportimmanenz | 202 |
| 2.2.4 Arbeitsrechtliche Ausnahme | 203 |
| 2.2.5 Stellungnahme der EU-Kommission | 204 |
| 2.2.6 Erklärungen zum Sport..... | 205 |
| 2.3 Anwendungsfälle im Sport..... | 206 |
| 2.3.1 Verschiedene Beispiele aus der Kommissionspraxis..... | 206 |
| 2.3.2 Insbesondere Zentralvermarktung von Fernsehrechten | 207 |
| 3. Schweizer Kartellrecht..... | 213 |
| 3.1 Ausgangsfall: Zentralvermarktung von Fernsehrechten in der Schweiz | 213 |
| 3.2 Grundzüge des novellierten Schweizer Kartellrechts | 213 |
| 3.3 Anwendungsfälle im Sport..... | 214 |
| 3.4 Praktischer Hinweis..... | 218 |
| 4. Schluss und Zusammenfassung..... | 219 |
| Literaturverzeichnis: | 221 |

* Vortrag anlässlich einer am 28.5.2004 von der Universität St. Gallen in Zürich durchgeführten Tagung zum Thema „Sport und Recht“. Die Vortragsform ist im Wesentlichen beibehalten worden.

** Universitätsprofessor, Dr. iur., LL.M. (Univ. of Wisconsin), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg. Der Autor dankt Herrn MARK-E. ORTH, Wissenschaftlicher Assistent an vorgenanntem Lehrstuhl, herzlich für die wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung des Beitrags.

1. Einleitung

Was hat der durch das Kartellrecht zu schützende freie Wettbewerb mit Sport zu tun? Zahlreiche Funktionäre von Sportverbänden haben sich in der Vergangenheit diese Frage gestellt, als sie von Kartellbehörden oder Gerichten auf die Unvereinbarkeit bestimmter Verbandstätigkeiten mit dem Kartellrecht hingewiesen wurden. Auf Verbandsebene glaubt man – gestützt auf die in Art. 11 EMRK¹ sowie in den nationalen Verfassungen verankerte Verbandsautonomie – mitunter auch noch heute, dass man bei der Entfaltung sportlicher Aktivitäten weitgehend in einem gleichsam rechtsfreien Raum agiert. Sofern hierdurch jedoch zugleich wirtschaftliche Interessen betroffen sind, hat sich die dargestellte rechtliche Einschätzung regelmäßig als unzutreffend erwiesen. Dies soll nachfolgend am Beispiel des Spannungsverhältnisses zwischen Sport und Kartellrecht dargestellt werden.

Nach einem knappen Überblick über die Struktur des europäischen Kartellrechts sollen die Besonderheiten bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportbereich dargestellt und anhand einiger Entscheidungen veranschaulicht werden. Sodann werden die Grundzüge des novellierten Schweizer Kartellrechts erläutert und einige Anwendungsfälle aus dem Sportbereich besprochen.

2. Europäisches Kartellrecht

Bekanntlich ist die Schweiz kein Mitglied der Europäischen Union; somit entfaltet deren Rechtsordnung hierzulande auch keine unmittelbar verbindlichen Wirkungen. Allerdings hat das Bundesgericht der Schweiz in einem Urteil vom 25.3.2003² ausgeführt, dass nachvollzogenes Binnenrecht im Zweifel europarechtskonform auszulegen ist. Die Revision des Schweizer Kartellrechts hat die Anpassung an das europäische Recht bezweckt, so dass das zunächst zu beleuchtende europäische Kartellrecht

¹ 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. 1995, I-5040 Rz. 79 – Bosman; siehe auch Art. 12 Abs. 1 Halbsatz 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2000, C 364/1.

² Entscheidung des Bundesgerichts I. Zivilabteilung 4C.316/2002, abrufbar unter www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_4C_2002/4C.316__2002.html.

als Auslegungshilfe bei der Anwendung des hiesigen Kartellrechts heranzuziehen ist.

2.1 Struktur des europäischen Kartellrechts

2.1.1 Art. 81 EG

Die Wettbewerbsregelungen des EU-Vertrages gliedern sich im Wesentlichen in drei Vorschriften. Art. 81 Abs. 1 EG verbietet zunächst Vereinbarungen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken und sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken. Nach Abs. 2 der Vorschrift sind derartige verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig. Art. 81 Abs. 3 EG enthält einen Freistellungstatbestand. Danach ist das Kartellverbot des Abs. 1 unanwendbar auf Vereinbarungen und Beschlüsse, sofern die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind: Die Vereinbarungen oder Beschlüsse müssen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, die Verbraucher müssen an diesem Gewinn angemessen beteiligt werden, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder ohne dass den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Bislang bedurfte es nach der Verfahrensverordnung VO 17/62³ einer Kommissionsentscheidung, die feststellte, dass die vier materiellen Freistellungsvoraussetzungen vorliegen. Nach der am 1.5.2004 in Kraft getretenen VO 1/2003⁴ bedarf es dieser Kommissionsentscheidung nicht mehr. Sobald die materiellen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen, ist die Vereinbarung automatisch vom Kartellverbot freigestellt.

2.1.2 Art. 82 EG

Art. 82 EG erfasst dagegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen. Derartige Verhaltensweisen können nicht freigestellt werden.

³ ABl. 1962, Nr. 13, 204/62.

⁴ ABl. 2003, L 1/1.

2.1.3 Art. 87 EG

Während die Art. 81 und 82 EG sich an Unternehmen wenden, ist der Normadressat von Art. 87 EG der jeweilige Mitgliedstaat. Dieser Artikel verbietet den Mitgliedstaaten, durch Beihilfen den zwischenstaatlichen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Der Freistellungstatbestand vom Beihilfenverbot in Art. 87 Abs. 3 EG sieht – im Gegensatz zum Freistellungstatbestand nach Art. 81 Abs. 3 EG – weiterhin eine Kommissionsentscheidung vor. Danach können u.a. Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse oder Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes vom Beihilfenverbot freigestellt werden. Darüber hinaus kann der Rat durch Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit weitere Beihilfen vom Beihilfenverbot freistellen. Der EG-Vertrag kennt schließlich noch zusätzliche Ausnahmen vom Beihilfenverbot, die allerdings für den Sportbereich keine Rolle spielen.

Neben den dargestellten Wettbewerbsregeln des EU-Vertrages gibt es noch eine maßgebliche Wettbewerbsvorschrift im Sekundärrecht, die sich mit Unternehmenszusammenschlüssen beschäftigt. Dabei handelt es sich um die Fusionskontroll-VO, die zum 1.5.2004 novelliert worden ist. Zwar gibt es auch im Sportbereich einige Anwendungsfälle der Fusionskontroll-VO. Erinnerung sei an wiederholte Unternehmenszusammenschlüsse, an denen das Unternehmen „Sportfive“ beteiligt war, das sich u.a. mit dem Erwerb von Fernsehrechten beschäftigt⁵. Allerdings weisen diese Fälle gegenüber den normalen Unternehmenszusammenschlüssen außerhalb des Sportbereichs keine Besonderheiten auf, so dass von einer Vertiefung der Problematik abgesehen werden kann.

2.2 Besonderheiten im Sport

2.2.1 *Baseball Exemption* im US-Sport

Nach diesem kurzen Überblick über die wesentlichen Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags ist nun die Frage zu klären, ob diese in unmodifizierter Art und Weise auf den Sportbereich anzuwenden sind. Sind also im Sportbereich Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder Beschlüsse von Un-

⁵ Vgl. nur die Anmeldung des Zusammenschlusses ADVENT/Sportfive in ABl. 2004, C 133.

ternehmensvereinigungen genauso zu behandeln wie beispielsweise den Wettbewerb beschränkende Preiskartelle zwischen Herstellern eines bestimmten Produkts (z.B. Vitamine)? Das US-amerikanische Kartellrecht, das wegen seiner schon über ein Jahrhundert währenden Tradition eine gewisse Vorbildfunktion genießt, entzieht zumindest den professionellen Baseball-Sport der Anwendung des Kartellrechts⁶. Der amerikanische Supreme Court entschied in dem berühmten Urteil *Federal Baseball Club of Baltimore v. National League of Professional Baseball Clubs*⁷, „the business of providing public baseball-games for profit between clubs of professional baseball-players is not business in the sense of the federal anti-trust laws“. Diese auf das Jahr 1922 zurückgehende so genannte *baseball exemption* wurde inzwischen durch einige gesetzliche Ausnahmen vom Kartellverbot erweitert⁸. Entsprechende gesetzliche Ausnahmen bestehen für die übrigen amerikanischen Major Leagues – d.h. die National Football League (NFL), die National Basketball Association (NBA) und die National Hockey League (NHL) – nur partiell im Sports Broadcasting Act aus dem Jahr 1961 im Hinblick auf die zentrale Vermarktung der Fernsehrechte für die überregionale Ausstrahlung⁹. Trotz hartnäckiger Lobbyistätigkeit ist es Verbandsfunktionären bislang nicht gelungen, für eine Verankerung vergleichbarer Ausnahmen des Sports von der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zu sorgen. Und das ist gut so – zumindest aus der Perspektive eines Wettbewerbs- und Kartellrechtlers!

2.2.2 Europäischer Gerichtshof

Im Gegensatz dazu haben sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) als auch die EU-Kommission mehrfach festgestellt, dass der Sportbereich grundsätzlich auch den Wettbewerbsregeln des EU-Vertrags unterfällt. Zum ersten Mal hat der EuGH in der Entscheidung *Walrave*¹⁰ aus dem Jahre 1974 ausgeführt, der Sportbereich sei Gegenstand des Gemeinschaftsrechts, soweit er eine wirtschaftliche Betätigung darstelle. Allerdings ist die Tragweite dieser grundlegenden Entscheidung seitens der

⁶ Vgl. hierzu HEERMANN, Sportligen, 111 ff. mit weiteren Nachw.

⁷ 259 U.S. 200 (1922).

⁸ Vgl. HEERMANN, Sportligen, 119.

⁹ Näher hierzu HEERMANN, Sportligen, 118 f. mit weiteren Nachw.

¹⁰ EuGH, Slg. 1974, 1405 Rz. 4 – Walrave; vgl. nachfolgend in diesem Sinne EuGH, Slg. 1976, 1333 Rz. 12-15 – Doná; Slg. 1995, I-5040 Rz. 73-76 – Bosman; Slg. 2000, I-2714 Rz. 32 – Lehtonen; Slg. 2000, I-2595 Rz. 41 – Deliège.

Sportverbände und ihrer Funktionäre lange Jahre unterschätzt worden. Dies hat sich allerdings schlagartig mit dem *Bosman*-Urteil¹¹ aus dem Jahre 1995 geändert. Grund hierfür war weniger die rechtliche Wertung des EuGH, die sich – zumindest für Kenner des EG-Rechts – als konsequente Fortsetzung der mit der Entscheidung *Walrave* begründeten Rechtsprechung zum Verhältnis von Sport und EG-Recht darstellte. Die Berühmtheit der *Bosman*-Entscheidung ist vielmehr auf den Umstand zurückzuführen, dass mit den Transferregelungen im professionellen Fußballsport ein Aspekt betroffen war, der für die Vereine einer medienwirksamen Massensportart in wirtschaftlicher Hinsicht von zentraler Bedeutung war und ist.

Somit besteht heutzutage kein Zweifel mehr, dass der Sportbereich, soweit er eine wirtschaftliche Betätigung darstellt, dem Gemeinschaftsrecht unterfällt. Da aber eine Vielzahl sportlicher Regeln auch wirtschaftliche Auswirkungen haben kann, ist die Anzahl der Vorschriften, die nicht unter das Gemeinschaftsrecht fällt, zumindest im so genannten Profisport eher gering. Der Court of Arbitration for Sport (CAS) gab am 20.8.1999 in seiner Entscheidung 98/200 *AEK Athen und Slavia Prague v. UEFA* zu bedenken, dass selbst Anti-Doping-Regeln wirtschaftliche Auswirkungen haben können, wenn sie den professionellen Athleten davon abhalten, seine sportlichen und zugleich wirtschaftlichen Aktivitäten weiter auszuüben¹². Dasselbe gilt beispielsweise auch für Regeln, die die Größe des Sportballs vorschreiben. Denn solche Regelungen sind von großer Bedeutung für die Hersteller der jeweiligen Bälle.

2.2.3 Sportimmanenz

Über diese Grundaussage zur Anwendung der Gemeinschaftsregeln und damit auch zur Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln hinaus hatte der Europäische Gerichtshof bisher noch keine Möglichkeit, zur speziellen Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Sportbereich Stellung zu nehmen. Allerdings hat der Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen im *Bosman*-Verfahren einige Ausführungen zur Anwendung des europäischen Kartellverbots i.S.d. Art. 81 EG gemacht¹³, auf die später die Generalanwälte in den Rechtssachen *Deliège*¹⁴ und *Lehtonen*¹⁵ Bezug genom-

¹¹ EuGH, Slg. 1995, I-5040 Rz. 73-76 – *Bosman*.

¹² A.A. zuletzt EuG, Rs. T-313/02, Urteil vom 30.9.2004, Rn 47.

¹³ GA Lenz, Slg. 1995, I-4921 Nr. 268 ff. – *Bosman*.

¹⁴ GA Cosmas, Slg. 2000, I-2595 Nr. 103 ff. – *Deliège*.

men haben. Darin hat Generalanwalt Lenz auf die vom EuGH entwickelte *ancillary restraints doctrine* und die arbeitsrechtliche Ausnahme vom Kartellverbot hingewiesen¹⁶. Nach der *ancillary restraints doctrine* stellen Klauseln, die zur Durchführung eines bestimmten, als solchen rechtlich unbedenklichen Vertrages objektiv erforderlich sind, keine Beschränkung des Wettbewerbs i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG dar. Diese Ausnahme gilt z.B. für angemessene Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen. Darüber hinaus hat der Gerichtshof mehrfach entschieden, dass auch solche Wettbewerbsbeschränkungen mit Art. 81 EG vereinbar sind, bei denen sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass ohne sie der zu schützende Wettbewerb gar nicht möglich wäre¹⁷. Zulässig sind mithin nur solche Wettbewerbsbeschränkungen, die – wie z.B. die Spielregeln – unentbehrlich sind, um die mit ihnen verfolgten legitimen (sportlichen) Ziele zu erreichen (vgl. auch nachfolgend 2.2.5).

Betrachtet man nun die wirtschaftlichen Gegebenheiten etwa im Bereich des Profifußballs, so stellt man fest, dass sie sich von den sonstigen Märkten dadurch unterscheiden, dass die Vereine gegenseitig aufeinander angewiesen sind. Im normalen Wirtschaftsleben dagegen trachtet jedes einzelne Unternehmen danach, seine Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Aufgrund dieser Besonderheit im Sportbereich können bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs erforderlich sein, um das ordnungsgemäße Funktionieren dieses Sektors sicher zu stellen. Diese Beschränkungen unterfallen somit nicht dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG. Allerdings muss für jede Sportregel nachgewiesen werden, dass sie gerade zu diesem Zweck erforderlich und unverzichtbar ist. Gerade an diesem unabdingbaren Verhältnismäßigkeitserfordernis scheitern aber zahlreiche Verbandsregeln, die neben der Regelung sportlicher Aspekte auch die wirtschaftliche Betätigung der Vereine oder Sportkapitalgesellschaften betreffen.

2.2.4 Arbeitsrechtliche Ausnahme

Neben dieser auch als Sportimmanenz bekannten Ausnahme vom Kartellverbot hat der Generalanwalt Lenz in der Entscheidung *Bosman* noch eine weitere Ausnahme diskutiert¹⁸. Dabei geht es um die arbeitsrechtliche

¹⁵ GA Alber, Slg. 2000, I-2714 Nr. 101 ff. – Lehtonen.

¹⁶ GA Lenz, Slg. 1995, I-4921 Nr. 268 ff. – Bosman.

¹⁷ Vgl. stellvertretend EuGH, Slg. 1966, 281, 304 – Maschinenbau Ulm.

¹⁸ GA Lenz, Slg. 1995, I-4921 Nr. 268 ff. – Bosman.

Ausnahme vom Kartellverbot. Diese Ausnahme hat durch Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 1999 deutliche Konturen erhalten¹⁹. Danach sollen die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstandes nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen. Diese arbeitsrechtliche Ausnahme vom Kartellverbot²⁰ ist somit an zwei Bedingungen geknüpft. Erstens müssen die Vereinbarungen in Form eines Tarifvertrags als Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen Organisationen geschlossen werden, die Arbeitgeber einerseits und Arbeitnehmer andererseits vertreten. Zweitens müssen die entsprechenden Verträge im Hinblick auf sozialpolitische Ziele geschlossen werden.

Auf der Arbeitgeberseite müsste es sich also um tariffähige Sozialpartner handeln. Als Vertragspartner kommen in Betracht z.B. die UEFA, nationale Fußballverbände, einzelne Vereine oder Fußballkapitalgesellschaften sowie eine extra gegründete Arbeitgebervereinigung. Auf der Gegenseite müssten die Arbeitnehmerinteressen gleichfalls von einer tariffähigen Organisation vertreten werden. Als Vertreter im sozialen Dialog kommen auf der Arbeitnehmerseite die nationalen Spielergewerkschaften in Betracht, die in der *Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels* (FIFPro) als Dachverband zusammengeschlossen sind. Allerdings ist insbesondere auf der Arbeitnehmerseite fraglich, ob die Spielergewerkschaften die weiteren Voraussetzungen für die Anerkennung als tariffähiger Sozialpartner erfüllen²¹.

2.2.5 Stellungnahme der EU-Kommission

Anders als der EuGH und das Gericht erster Instanz hat die EU-Kommission bereits in einer Vielzahl von Fällen zu dem Spannungsverhältnis zwischen Sport und Kartellrecht Stellung genommen. In den vorläufigen Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports haben die Kommissare van Miert, Flynn und Oreja die Haltung der Kom-

¹⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1999, I-5751 – Albany; Slg. 1999, I-6025 – Brentjens; Slg. 1999, I-6121 – Drijvende Bokken; vgl. auch EuGH, Slg. 2000, I-6451 – Pavel Pavlov; Slg. 2000, I-7111 – van der Woude.

²⁰ In den USA werden arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen durch die so genannte *non-statutory labor exemption* dem Kartellrecht entzogen; vgl. hierzu FIKENTSCHER, 189 ff.

²¹ Näher hierzu HEERMANN, Salary Cap, 133 ff. mit weiteren Nachw.

mission zu diesem Problem niedergelegt²². Danach sollen sportsspezifische Regeln der Sportverbände, ohne die die einzelnen Sportarten nicht existieren könnten, sowie Regeln, die für den organisatorischen Aufbau der einzelnen Sportarten und die Austragung von Wettkämpfen erforderlich sind, nicht dem Art. 81 Abs. 1 EG unterfallen. Sportsspezifische Regeln müssen demnach so gestaltet werden, dass die Bedingungen für die Ausübung einer Sportart gewährleistet sind und zudem sichergestellt ist, dass diese ihren Reiz behält. Zu den sportsspezifischen Regeln gehören in erster Linie Spielregeln, aber auch die Bestimmung fester Transferfristen für den Vereinswechsel, soweit dadurch ein gewisses wirtschaftliches Gleichgewicht innerhalb der betreffenden Sportart gewährleistet wird²³.

2.2.6 Erklärungen zum Sport

Abschließend sind die Erklärung über die im Rahmen gemeinsamer Politiken zu berücksichtigenden besonderen Merkmale des Sports und seine gesellschaftliche Funktion²⁴ sowie die Erklärung zum Sport²⁵ zu erwähnen. Diese Erklärungen sind kein Bestandteil des Primärrechts, können aber bei der Auslegung des EG-Vertrags berücksichtigt werden. In beiden Erklärungen werden die Gemeinschaftsorgane aufgefordert, die Besonderheiten des Sports zu beachten. Allerdings sind die Aussagen der beiden Erklärungen dermaßen vage, dass sich keine konkreten Handlungsempfehlungen ableiten lassen. Die Erklärungen sind Ausdruck der massiven Lobbyarbeit der Sportverbände, denen es nicht gelungen ist, eine „Sporting-Exemption“ im Vertrag zu verankern.

²² EU-KOMMISSION, Vorläufige Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports.

²³ EuGH, Slg. 2000, I-2714 – Lehtonen.

²⁴ Europäischer Rat von Nizza, 7.-9.12.2000, Anhang IV der Schlussfolgerungen der Präsidentschaft: Erklärung über die spezifischen Merkmale des Sports und seine sozialen Funktionen in Europa, die bei der Umsetzung der gemeinsamen Politiken berücksichtigt werden müssen.

²⁵ ABl. 1997, C 340/1.

2.3 Anwendungsfälle im Sport

2.3.1 Verschiedene Beispiele aus der Kommissionspraxis

Nachfolgend werden einige Fälle aus der Kommissionspraxis zu den Art. 81 und 82 EG dargestellt:

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1992 beschäftigte sich die Kommission mit dem Vertrieb von Tennisbällen²⁶. Dabei bestätigte die Kommission, dass der Vertrieb von Sporterzeugnissen entsprechend den auf alle anderen Wirtschaftsgüter anzuwendenden Vorschriften zu erfolgen hat. Der Verstoß gegen Art. 81 EG bestand darin, dass zwei Tennisballhersteller von ihren Kunden ein generelles Exportverbot für ihre Erzeugnisse verlangten, um ihre exklusiven Vertriebsnetze zu schützen.

Im Jahre 1992 musste sich die Kommission mit einer Vereinbarung über den Alleinvertrieb von Pauschalarrangements mit Eintrittskarten für die Fußballweltmeisterschaft 1990 in Italien auseinandersetzen²⁷. In den folgenden Jahren kam es immer wieder zu Kartellverfahren im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eintrittskarten für Sportgroßveranstaltungen, wie zuletzt beim Vertrieb der Karten für die Olympischen Spiele in Athen²⁸. Im erstgenannten Fall hatte sich das Organisationskomitee der Fußballweltmeisterschaft 1990 verpflichtet, die Eintrittskarten exklusiv und weltweit im Rahmen von Pauschalarrangements einem einzigen Reiseveranstalter zur Verfügung zu stellen, der damit die einzige Bezugsquelle für alle anderen Reiseveranstalter und Reisebüros war. Die Kommission stellte fest, dieses Alleinvertriebssystem verstoße gegen Art. 81 EG. Das zur Rechtfertigung der Vergabep Praxis vorgebrachte Argument der Sicherheit in den Stadien erachtete die Kommission als nicht ausreichend. Sie befand ferner, durch eine Beteiligung anderer Reiseveranstalter auf dem Markt werde die Sicherheit der Zuschauer nicht gefährdet.

Im Fall *Mouscron* musste die Kommission über eine Beschwerde der Stadt Lille entscheiden²⁹. Diese wollte ein Fußballspiel eines nicht in der Stadt ansässigen Vereins austragen. Allerdings wurde sie durch das Reglement der UEFA daran gehindert. Die Kommission vertrat in diesem Verfahren die Auffassung, dass die so genannte Heim- und Auswärtsregel der UEFA zur Wahrung der Chancengleichheit zwischen den Vereinen erfor-

²⁶ ABl. 1992, L 131/32; ABl. 1994, L 378/45.

²⁷ ABl. 1992, L326/31.

²⁸ Pressemitteilung der Kommission v. 23.5.2003, IP/03/738.

²⁹ Pressemitteilung der Kommission v. 9.12.1999, IP/99/965.

derlich sei und somit nicht vom Kartellverbot des Art. 81 EG erfasst werde.

In einem anderen Verfahren beschäftigte sich die Kommission mit dem so genannten *Multi-Ownership-Ban* der UEFA³⁰. Diese Regel sieht vor, dass Clubs, die ein und demselben Besitzer gehören, nicht an dem gleichen Wettbewerb teilnehmen dürfen. Da diese Regelung verhindert, dass es zu Absprachen über das Spielergebnis kommt, und somit die Unsicherheit über den Ausgang des Spiels gewahrt wird, nahm die Kommission an, dass diese Regel nicht vom Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst werde.

Nach der Aufzählung einiger Kommissionsfälle aus dem Bereich der Art. 81 und 82 EG sei ergänzend – weil nicht zum Kartellrecht im eigentlichen Sinne zählend – noch ein Fall zum Beihilfenrecht dargestellt. Die Autonome Gemeinschaft Madrid, die Stadt Madrid und der Fußballverein Real Madrid unterzeichneten am 7.5.2001 einen Vertrag zur städteplanerischen Erschließung eines Grundstücks, das sich im Eigentum des Fußballvereins Real Madrid befand. In diesem Vertrag verpflichteten sich die beteiligten Behörden, alle erforderlichen Verfahren durchzuführen, um die städtebauliche Einstufung des Grundstücks zu verändern. Durch den Verkauf bzw. die Nutzung dieser Fläche konnte Real Madrid hernach umfangreiche Einkünfte erzielen und die maroden Vereinsfinanzen sanieren. Dennoch vertrat Wettbewerbskommissar Monti die Auffassung, der erwähnte Vertrag stelle keine Beihilfe dar, weil die Vorteile von Real Madrid nicht unmittelbar aus staatlichen Mitteln stammten³¹. Die Annahme einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG scheiterte letztlich daran, dass es an einem Transfer von staatlichen Mitteln mangelte. Anders wäre der Fall allerdings zu beurteilen gewesen, wenn z.B. die Stadt Madrid die Grundstücke von Real Madrid deutlich über dem Marktpreis erworben hätte. Dann wären die Voraussetzungen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 EG erfüllt gewesen.

2.3.2 Insbesondere Zentralvermarktung von Fernsehrechten

Zum Ende dieser keineswegs abschließenden Aufzählung von Kommissionsfällen aus dem Sportbereich sei auf die Kommissionsverfahren zur Zentralvermarktung von verschiedenen Fernseh- und Medienrechten im

³⁰ Kommission, Entsch. v. 25.6.2002, Nr. 37806; vgl. hierzu auch HEERMANN, *Mehrheitsbeteiligungen*, 726 ff.

³¹ Parlamentarische Anfrage v. 2.9.2002, ABl. 2003, C137E/86.

Fußballbereich hingewiesen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um drei Verfahren. Sowohl die UEFA, der Deutsche Fußball-Bund (DFB) als auch die Premier League vermarkten die Rechte an ihren Veranstaltungen zentral. Das bedeutet, die Vermarktung insbesondere der Fernsehrechte an den jeweiligen Wettbewerben (Champions League, Fußball-Bundesliga, Premier League) erfolgt nicht durch die einzelnen spielenden Vereine oder Sportkapitalgesellschaften, sondern zentral durch einen übergeordneten Fußballverband. Die betreffenden Verbände bzw. Zentralvermarkter nehmen damit eine marktbeherrschende Stellung auf den jeweiligen Märkten ein. Damit liegt die Vermutung nahe, dass beim Verkauf der Fernsehrechte durch eine zentrale Instanz höhere Preise erzielt werden, als dies bei Einzelvermarktung im Wettbewerb der Fall wäre.

Rechtlicher Ausgangspunkt sämtlicher Fälle ist die Tatsache, dass ursprünglich den jeweils die Heimspiele veranstaltenden Vereinen oder Sportkapitalgesellschaften die Fernsehrechte zustehen. Darüber hinaus gehört ein Teil der Rechte möglicherweise auch den organisierenden Verbänden als so genannten Mitveranstaltern, was allerdings sehr umstritten ist³². Im Folgenden soll allein die Entscheidung der Kommission zur Zentralvermarktung der Fernsehrechte an der Champions League durch die UEFA dargestellt werden³³. Die beiden anderen Verfahren bezüglich der Zentralvermarktung in Deutschland und England sind noch nicht durch eine förmliche Entscheidung der Kommission abgeschlossen und werden sich vermutlich bis zum Ende 2004 hinziehen. Die erhebliche Verfahrensdauer ist darauf zurückzuführen, dass die Verfahrensverordnung VO 1/2003 für die Anwendung der Art. 81 und 82 EG mit Wirkung zum 1.5.2004 geändert worden ist.

Wie bereits angedeutet, steht zumindest ein Teil der Rechte den jeweils das Heimspiel durchführenden Clubs zu. Diese sind unabhängig von der Rechtsform (Verein oder Kapitalgesellschaft) auch Unternehmen, da sie

³² Grundsätzlich bejahend HANNAMANN, 188 f.; zweifelnd HEERMANN, Konzentrationsprivileg, 1141; vgl. auch OSTERWALDER, 71 ff., 90 ff. mit umfassenden Nachw. zum Streitstand. Vgl. auch die EU-Kommission, Vorläufige Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports, Rz. 44: „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.“

³³ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55); vgl. hierzu auch SpuRt 2003, 195 f.

durch den Verkauf der Rechte eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben könnten³⁴. Auf die Frage einer Gewinnerzielungsabsicht oder auf die Größe der Unternehmung kommt es beim Unternehmensbegriff des Art. 81 EG nicht an³⁵. Die Frage, ob auch Vereine Unternehmen sein können, hatte der EuGH bereits in der Entscheidung *Bosman* bejaht³⁶. Damit sind aber auch die nationalen Verbände Vereinigungen von Unternehmen i.S.d. Art. 81 EG, da ihnen die jeweiligen Vereine, die ihrerseits Unternehmen sind, angehören³⁷. Der UEFA gehören dagegen keine Vereine an, sondern die nationalen Verbände. Da diese jedoch wiederum Vereinigungen von Unternehmungen darstellen, ist es gerechtfertigt, die UEFA als Vereinigung von Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 81 EG anzusehen³⁸. Des Weiteren beeinträchtigt die Zentralvermarktung durch die UEFA den Wettbewerb um die Fernsehrechte, da hierdurch verhindert wird, dass die einzelnen Vereine oder Sportkapitalgesellschaften als Rechteinhaber sich eigene Käufer für ihre Fernsehrechte suchen³⁹. Da es sich bei der Champions League um einen internationalen und damit auch europaweiten Wettbewerb handelt, liegt ebenfalls eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor.

Man könnte sich nunmehr fragen, ob die Zentralvermarktung – wie Sportfunktionäre nicht müde werden zu betonen – im Hinblick auf sportimmanente Ziele erforderlich ist. Dabei könnte man vor allem an die für die Spannung des Spiels und die Ungewissheit über den Ausgang notwendige Vergleichbarkeit der Mannschaften denken. Die Gleichheit der Mannschaften wird maßgeblich auch durch die Finanzstärke der einzelnen Clubs bestimmt. Da die Zentralvermarktung zumindest zu einem Teil gewährleistet, dass den einzelnen Vereinen oder Sportkapitalgesellschaften etwa gleiche Einnahmen zustehen, könnte man sie als sportimmanente Regel und damit als nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst betrachten. Allerdings hat die Kommission diese Frage offen gelassen. Selbst wenn man unterstellt, dass die Ausgeglichenheit der Mannschaften maßgeblich für

³⁴ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 106.

³⁵ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 106 Fn. 54.

³⁶ EuGH, Slg. 1995, I-5040 Rz. 73 – *Bosman*.

³⁷ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 106.

³⁸ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 106 f.

³⁹ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 114.

das Spiel ist und die finanzielle Gleichgewichtslage wiederum maßgeblich für die Spielstärke ist, so handelt es sich dennoch nicht um eine sportimmanente Zielsetzung; denn die Zentralvermarktung als solche ist nicht das den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigende Mittel, um die finanzielle und damit letztlich spielerische Ausgeglichenheit der teilnehmenden Clubs zu gewährleisten. Ein gleiches Ergebnis könnte man auch durch einen so genannten Solidaritätsfonds erzielen. Dabei würden die Vereine ihre Rechte jeweils einzeln vermarkten und die so erzielten Einnahmen – zumindest teilweise – in einen Solidaritätsfonds einzahlen, der wiederum zum Ausgleich finanzieller Ungleichgewichte an die teilnehmenden Clubs ausgeschüttet werden könnte. Zu diesem Ansatz, der erstmals von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen im *Bosman*-Verfahren entwickelt wurde⁴⁰, äußerte sich der EuGH in seinen nachfolgenden Erwägungsgründen nicht, vielmehr konnte er seine Entscheidung auf allgemeine und nicht nur für den Sportbereich relevante Überlegungen stützen.

In dem Verfahren betreffend die Zentralvermarktung der Fernsehrechte an der Champions League durch die UEFA nahm die Kommission an, dass diese gegen Art. 81 Abs.1 EG verstoßende horizontale Wettbewerbsbeschränkung möglicherweise gem. Art. 81 Abs. 3 EG freistellungsfähig sei⁴¹. Hierfür müssen – wie bereits zuvor erwähnt – vier Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Zunächst muss die Vereinbarung spürbare objektive Vorteile mit sich bringen, die geeignet sind, die mit ihr verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen. Zweitens müssen die Verbraucher angemessen an dem mit der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme für die Kartellmitglieder verbundenen Gewinn beteiligt werden. Drittens darf den Beteiligten keine Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb vollständig auszuschalten. Schließlich muss viertens die Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf den damit verbundenen Gewinn unerlässlich sein.

Die gesamtökonomischen Vorteile der Zentralvermarktung sah die Kommission zunächst in der Schaffung einer zentralen Anlaufstelle für den Rechteerwerb, die mit Effizienzgewinnen für den Rechteerwerber verbunden sei, da sie zu geringeren Transaktionskosten im Vergleich zur Einzelvermarktung führe⁴². Einen weiteren Vorteil erblickte die Kommis-

⁴⁰ GA Lenz, Slg. 1995, I-4921 Nr. 268 ff. – *Bosman*.

⁴¹ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 136 ff.

⁴² Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 148.

sion in der Entlastung der Clubs, da diese sich den aufwändigen und kostenintensiven Aufbau eigener Vermarktungsabteilungen ersparen könnten⁴³. Diese Überlegung ist insbesondere für kleinere Vereine relevant. Schließlich wirkt sich die Zentralvermarktung aus der Sicht der Kommission auch positiv auf das Markenimage des sportlichen Wettbewerbs Champions League aus⁴⁴. Durch die Zentralvermarktung werde nämlich die Darstellung der Champions League als unverwechselbares Gesamtprodukt erreicht. Im Falle einer Einzelvermarktung hingegen wäre bereits die Bereitstellung einer spezifischen Sendung für diesen Wettbewerb mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Außerdem könne durch die Zentralvermarktung das Markenimage insoweit besser geschützt werden, weil eine objektive Berichterstattung sichergestellt sei und nicht die Gefahr bestehe, dass einzelne Vereine in ein besseres Licht gerückt werden als andere⁴⁵.

In einem zweiten Schritt prüfte die Kommission sodann, ob die Verbraucher angemessen an diesen Gewinnen beteiligt werden⁴⁶. Verbraucher sind sowohl die unmittelbaren Abnehmer der UEFA, d.h. die Medienunternehmen, als auch die Endverbraucher, mithin die Fernsehzuschauer. Für die Medienunternehmer besteht die Gewinnbeteiligung zum einen in den bereits erwähnten Effizienzgewinnen, d.h. in niedrigen Transaktionskosten beim Rechteerwerb, und zum anderen in der erhöhten Attraktivität von Fernsehsendungen, die mit dem Qualitätsmarkennamen UEFA Champions League werben können⁴⁷. Im Hinblick auf die Gewinnbeteiligung der Zuschauer fiel es der Kommission dagegen sehr schwer, unmittelbare Vorteile zu identifizieren. Notgedrungen erwähnte sie eine bessere Präsentation der Champions League in den Medien, die auf höhere Investitionen der Medienunternehmen in dieses Produkt zurückzuführen sei⁴⁸.

⁴³ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 153.

⁴⁴ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 154.

⁴⁵ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 157.

⁴⁶ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 167 ff.

⁴⁷ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 171.

⁴⁸ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 172.

In einem weiteren Schritt untersuchte die Kommission, ob durch die Zentralvermarktung der Wettbewerb ausgeschaltet wird⁴⁹. Voraussetzung für die Klärung der Frage ist zunächst die Abgrenzung des relevanten Marktes, auf den sich die Vereinbarungen bezüglich der Zentralvermarktung auswirken. Als sachlich relevanten Markt definierte die Kommission hierbei den Markt der Fernseh-Übertragungsrechte für ganzjährig regelmäßig ausgetragene Fußballwettbewerbe⁵⁰. Auf diesem Markt hat die UEFA aus nahe liegenden Gründen eine starke Position. Allerdings hat die UEFA inzwischen die ursprüngliche Form der Zentralvermarktung dadurch abgeschwächt, dass sie nun die Fernsehrechte nicht in einem einzelnen Paket vergibt, sondern in verschiedenen Rechtepaketen. Dadurch wird die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung gemildert. Somit kann nun nicht mehr davon gesprochen werden, dass der Wettbewerb auf dem vorher definierten Markt vollständig ausgeschaltet wird⁵¹. Schließlich musste die Kommission noch prüfen, ob die vorgenannten Wettbewerbsbeschränkungen für die Vorteile unerlässlich und damit nicht unverhältnismäßig sind⁵². Es darf also kein weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel geben, um die angesprochenen Vorteile zu erreichen. Bei der Prüfung dieses Punktes beschränkte sich die Kommission allerdings im Wesentlichen auf Hypothesen.

Damit ist festzuhalten, dass nach Auffassung der EU-Kommission eine Zentralvermarktung von Fernsehrechten in gewissem Umfang, so wie sie beispielsweise die UEFA für die Champions League vorsieht, vom Kartellverbot des Art. 81 EG freigestellt werden kann⁵³. Ob die Auffassung der Kommission sich allerdings vor dem EuGH durchsetzen könnte, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzung der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zweifelhaft. Die beiden noch offenen Verfahren zur zentralen Vermarktung der TV-Rechte in Deutschland und

⁴⁹ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 193 ff.

⁵⁰ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 63.

⁵¹ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 196.

⁵² Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 174 ff.

⁵³ Kommission, Entsch. v. 23.7.2003, COMP/C.2-37.398 (ABl. v. 8.11.2003, L291/25-55), Rz. 197.

in England⁵⁴ sollen nach verschiedenen Aussagen von Mitgliedern der Generaldirektion Wettbewerb nach ähnlichen Vorgaben gelöst werden⁵⁵.

3. Schweizer Kartellrecht

3.1 Ausgangsfall: Zentralvermarktung von Fernsehrechten in der Schweiz

Die Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Zentralvermarktung wurde allerdings lange vor der EU-Kommission bereits vom Appellationshof Bern in einem Urteil vom 14.11.1994 untersucht⁵⁶. Dabei ging es um ein Verfahren zwischen der CWL Sport AG und der UEFA. In dem Verfahren wandte sich die CWL zunächst an das Richteramt III und verlangte superprovisorisch einen Entscheid gegenüber der UEFA, wonach dieser verboten werden sollte, die kommerziellen Rechte im Pokal der Europäischen Meistervereine (Champions League) exklusiv zu vermarkten. Das Richteramt III hielt das Begehren der CWL zunächst im Rahmen einer vorsorglichen Maßnahme für begründet. Die Entscheidung des Richteramtes III wurde später vom Appellationshof des Kantons Bern gestützt, allerdings erzielten CWL und UEFA in der Folge eine außergerichtliche Einigung.

Bevor nun die Entscheidung des Appellationshofs Bern im Einzelnen vertieft werden soll, ist zunächst die Struktur des novellierten Schweizer Kartellrechts kurz darzustellen.

3.2 Grundzüge des novellierten Schweizer Kartellrechts

Eine wesentliche Zielsetzung bei der Novellierung des Schweizer Kartellrechts war die Anpassung des hohen Schweizer Preisniveaus an das niedrigere europäische Preisniveau. Dabei orientierte man sich stark am Vor-

⁵⁴ Vgl. ABl. 2003, C 26/13 und Pressemitteilung der Kommission vom 16.12.2003, IP/03/1748.

⁵⁵ Vgl. zuletzt Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 5.6.2004, 12 (Einigung über Bundesliga-Vermarktung – Mindestens zwei Sender sollen Rechte für Liveübertragung erwerben). Vgl. zuletzt Pressemitteilung der Kommission vom 17.9.2004, IP/04/1110 („Kommission liberalisiert Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte; bereitet erstmals Kompromissentscheidung vor“).

⁵⁶ Appellationshof Bern, SpuRt 1995, 30 ff.

bild des europäischen Kartellrechts. Zweck der Novellierung war somit auch eine Annäherung an das europäische Kartellrecht. Daraus folgt, dass Letzteres im Rahmen der Anwendung des neuen Schweizer Kartellrechts zu berücksichtigen ist.

Art. 5 KG verbietet zunächst – ähnlich wie Art. 81 EG – Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Wie das europäische Vorbild sieht auch Art. 5 KG die Möglichkeit einer Freistellung vom Kartellverbot vor. Voraussetzung ist, dass eine Wettbewerbsabrede sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, wenn sie notwendig ist, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkt oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; zudem dürfen den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet werden, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Art. 7 KG verbietet – ähnlich wie Art. 82 EG – marktbeherrschenden Unternehmen, sich unzulässig zu verhalten. Ein unzulässiges Verhalten liegt dabei vor, wenn die marktbeherrschenden Unternehmen durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Aus nahe liegenden Gründen enthält das Schweizer Kartellrecht allerdings keine dem europäischen Beihilfenverbot, das sich unmittelbar allein an die Mitgliedstaaten richtet, vergleichbare Regelung. Ebenso wie das europäische Kartellrecht enthält jedoch auch das Schweizer Kartellrecht Vorschriften für Unternehmenszusammenschlüsse, die allerdings im Sportbereich noch nicht relevant geworden sind.

3.3 Anwendungsfälle im Sport

Das Appellationsgericht Bern untersuchte in der bereits erwähnten Entscheidung zur Zentralvermarktung der Champions League Spiele durch die UEFA die zugrunde liegende Vereinbarung zunächst nach dem UWG⁵⁷. Dieser rechtliche Aspekt soll nachfolgend vernachlässigt werden. Der Appellationshof entschied, dass es sich bei den Fernsehrechten nicht um Urheberrechte handelt. Somit konnte die Ausnahmegesetzvorschrift des Art.

⁵⁷ Appellationshof Bern, SpuRt 1995, 30, 33.

44 Abs. 3 KG (alte Fassung) nicht eingreifen. Darüber hinaus bejahte das Appellationsgericht die Unternehmenseigenschaft von Profifußballclubs und Sportverbänden⁵⁸. Nach der alten Fassung des KG, welche dem Urteil zu Grunde lag, wurden auch Beschlüsse vom Kartellverbot erfasst. Nach der neuen Fassung werden diese zwar nicht mehr ausdrücklich erwähnt, allerdings sollen sie unter den Vereinbarungsbegriff fallen. Der Appellationshof nahm hier einen Beschluss nach der alten Fassung des KG an. Da die Vereine mit der Anmeldung zum Pokal der Europäischen Meistervereine automatisch darauf verzichteten, die kommerziellen Rechte für die Spiele der Endrunde selber zu vermarkten, lag offensichtlich eine Beschränkung des Wettbewerbs vor. Weiterhin untersuchte der Appellationshof, ob die Wettbewerbsbeschränkung geeignet war, den Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen. Für die Beantwortung dieser Frage grenzte das Gericht zunächst den relevanten Markt ab. Dazu führte es aus, dass „die Champions League unter den Fernseh-Übertragungsrechten das ist, was der Porsche unter den Autos, etwas Spezielles jedenfalls, und bildet deshalb einen separaten Markt“⁵⁹. Damit lag offensichtlich auch eine erhebliche Auswirkung auf dem relevanten Markt vor. Da der Appellationshof schließlich keine Rechtfertigungsgründe finden konnte, gelangte er zu dem Ergebnis eines Verstoßes der Zentralvermarktung gegen das Kartellverbot.

In einem weiteren Verfahren hat der Appellationshof des Kantons Bern⁶⁰ die Klage eines Gespannfahrers gegen den Schweizerischen Verband für Pferdesport abgewiesen. Der Fahrer war nach der Schweizer Meisterschaft wegen des Einsatzes eines Pferdes, in dessen Körperflüssigkeit eine unerlaubte Substanz nachgewiesen worden war, disqualifiziert und für drei Monate gesperrt worden. Der Appellationshof entschied: „Sowohl nach alt Art. 1 KG als auch neu Art. 2 Abs. 1 KG fallen der vorliegende Sachverhalt und die beteiligten Parteien vom persönlich-sachlichen Geltungsbereich her nicht unter das Kartellgesetz, denn die angefochtenen Entscheide wurden im Bereich des hobbymäßigen Fahrsports getroffen. Weder der Beklagte noch der Kläger sind hier Unternehmen i.S.d. KG.“

Die Weko hat sich in einer Bekanntmachung vom 15.12.1997 mit dem Thema „Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln“ beschäftigt. Darin benennt sie die Voraussetzungen, unter denen Homologation – also die Zulassung eines Sportartikels für den Einsatz in Turnieren und Wett-

⁵⁸ Appellationshof Bern, SpuRt 1995, 30, 37.

⁵⁹ Appellationshof Bern, SpuRt 1995, 30, 38.

⁶⁰ Appellationshof Bern, SpuRt 1997, 208 f.

bewerben unter qualitativen Gesichtspunkten – und Sponsoring – d.h. der Austausch von Werbeleistungen gegen eine Gegenleistung – zulässig sind. Von den vielfältigen Voraussetzungen sollen hier nur einige erwähnt werden. Die Homologation ist nur dann zulässig, wenn sie nicht von anderen Bedingungen als der Qualität der betreffenden Sportausrüstung abhängig gemacht wird. Insbesondere darf die Zulassung zu einem Wettbewerb nicht von einer Sponsorleistung seitens des Sportartikelherstellers abhängig gemacht werden. Für die Sponsoringabreden gilt vor allem, dass sie jedem Sportartikelhersteller zu gleichen Bedingungen offen stehen müssen. Während es 1997, im Jahr des Erlasses dieser Bekanntmachung, noch einige Fälle zu Homologation und Sponsoring gab, ist in den letzten Jahren kein Fall mehr bekannt geworden, in dem die Weko die Bekanntmachung angewendet hat.

Für Aufsehen gesorgt hat eine Entscheidung des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 20.10.2003 in einem Rechtsstreit zwischen dem FC Sion und Olympique des Alpes SA auf der einen Seite und der Swiss Football League (SFL) auf der anderen Seite⁶¹. Letztere hatte dem FC Sion im Jahr 2003 die Lizenz verweigert, wogegen sich der Club auch noch nach Beginn der Spielzeit gerichtlich zur Wehr setzte. Das Kantonsgericht stellte fest, der FC Sion habe sehr große Chancen, eine Lizenz zu erhalten, während die SFL ihre marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 7 KG durch verschiedene Vorgehensweisen missbraucht habe. Dem FC Sion wurde als vorsorgliche Maßnahme eine nachträgliche Zulassung zur Teilnahme an der Meisterschaft des „Challenge League“ gewährt.

Natürlich darf bei einem in Zürich gehaltenen Vortrag zum Thema Sport und Kartellrecht in diesen Tagen der Streit zwischen dem Internationalen Fußballverband (FIFA) und der so genannten „G-14“, einer Vereinigung von inzwischen 18 europäischen Spitzenfußballclubs, nicht unerwähnt bleiben. Streitpunkt ist die Abstellung von Profis für Länderspiele. Die „G-14“ hat gegen die Praxis der FIFA, wonach die Spieler für die Nationalmannschaften von den Vereinen kompensationsfrei zur Verfügung gestellt werden müssen, Beschwerde eingereicht. Die Weko hat Anfang April 2004 eine Voruntersuchung gegen die FIFA eingeleitet, nachdem die „G-14“ wegen Bedenken gegen die entsprechenden FIFA-Regularien Anzeige erstattet hatte. Damit greift die Organisation 18 großer europäischer Vereine den mächtigen Weltverband, der sein Hauptquartier in Zürich hat, auf heimischem Boden an. Der „G-14“-General-

⁶¹ Kantonsgericht Kanton Wallis, Causa Sport 2004, 37 ff.

direktor Thomas Kurth wird folgendermaßen zitiert⁶²: „Die FIFA hat sich stets auf Schweizer Recht und nicht auf EU-Recht bezogen. Daher ist es ein logischer Vorgang, dass wir in der Schweiz die Rechtmäßigkeit in Sachen Spielerabstellungen abklären lassen. Es kann nicht sein, dass UEFA und FIFA bei ihren Turnieren Millionen verdienen, das Geld nach Gutsherrenart verteilen und die Klubs nicht berücksichtigt werden.“ Demgegenüber will sich FIFA-Präsident Josef Blatter auf keine Diskussionen mit der „G-14“ einlassen, da es sich hierbei um keine anerkannte Organisation des europäischen Fußballs handele. Zudem hat er festgestellt: „Bei den Weltmeisterschaften bekommen unsere Verbände viel Geld von der FIFA. Diese Verbände können das Geld den Spielern oder auch einen Teil davon den Klubs geben. Was die Verbände in dieser Zeit für ihre Klubs tun könnten, ist soviel: mindestens die Versicherung für die bei den Turnieren eingesetzten Profis sicherstellen⁶³.“

In Unkenntnis sämtlicher Unterlagen, die für eine rechtliche Beurteilung relevant sind, sei auf der Basis der in den Medien mitgeteilten Sachverhaltsangaben eine vorsichtige Einschätzung gewagt: Auf den ersten Blick erscheint es ungerechtfertigt, dass der FIFA nach ihren Statuten die Einnahmen aus der Rechteverwertung der Spieler der Nationalmannschaften zustehen, während gem. Art. 36 des Regelwerks für Spielerstatut und Spielertransfer⁶⁴ die Vereine verpflichtet sind, die Spieler für die Nationalmannschaften freizustellen. Hierfür erhalten sie gem. Art. 37 dieses Regelwerks von der FIFA keine unmittelbare Kompensation und sind sogar noch für die Versicherung der Spieler verantwortlich. Möglicherweise ist dies ein Preiskartell für die Nachfrage nach Spielern, da ja die Nationalmannschaften und damit die Nationalverbände, die wiederum durch das Exekutivkomitee der FIFA das besagte Regelwerk beschlossen haben, Nachfrager auf dem Spielermarkt sind. Diese haben sich aber im Regelwerk geeinigt, dass eine Kompensation grundsätzlich nicht erfolgen soll.

Eine Besonderheit besteht nun darin, dass auch die „G-14“ durch die jeweiligen Nationalverbände sowie durch deren Repräsentanten im Exekutivkomitee der FIFA bei der Verabschiedung des nunmehr punktuell beanstandeten Regelwerks mittelbar vertreten worden sind. Damit könn-

⁶² Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3.4.2004, 32 („G-14“-Klubs erstatten Anzeige gegen FIFA).

⁶³ Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 15.5.2004, 35 („Ohne Streit wäre etwas nicht mehr in Ordnung“, Interview mit FIFA-Präsident Josef Blatter).

⁶⁴ FIFA Regelwerk für Spielerstatut und Spielertransfer v. 1.9.2001 abrufbar unter: www.fifa.com/fifa/handbook/regulations/player_transfer/2003/Status_Transfer_DE.pdf.

ten die in der „G-14“ zusammengeschlossenen Vereine und Sportkapitalgesellschaften auch auf dem verbandsrechtlichen Weg versuchen, eine Revision der Freistellungsregelung für Nationalspieler zu erreichen – hierdurch wäre jedoch eine einheitliche Vorgehensweise der zusammengeschlossenen Clubs gegenüber der FIFA zumindest deutlich erschwert, weil mit vielen Unwägbarkeiten behaftet. Zudem wird durch diese mittelbare Repräsentation die Einleitung eines Kartellverfahrens gegen die FIFA durch mittelbar vertretene Clubs keineswegs ausgeschlossen. Zudem besteht eine weitere Besonderheit darin, dass einige nationale Fußballverbände tatsächlich an die Vereine die von der FIFA vereinnahmten Gelder weiterleiten, worauf auch der FIFA-Präsident in dem vorgenannten Interview hingewiesen hat. Dieser Umstand ändert aber nichts an der Rechtsverbindlichkeit des Regelwerks. Im Übrigen müsste eine Freistellung vom Kartellverbot aus wirtschaftlichen Gründen ausscheiden, da es sich hierbei um ein Preiskartell – mithin ein so genanntes *hard core*-Kartell – handeln würde.

Das Regelwerk stellt aber möglicherweise nicht nur ein Kartell, sondern auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, die die FIFA genießt. Soweit bekannt, hat die FIFA zu den Vorwürfen der „G-14“ gegenüber der Weko noch nicht schriftlich Stellung genommen⁶⁵. Das Verfahren kann sich übrigens durchaus noch einige Zeit hinziehen, da das Vorabklärungsverfahren, in dem sich die Anzeige befindet, keine starren Fristen kennt.

3.4 Praktischer Hinweis

Wie sich den vorhergehenden Ausführungen entnehmen lässt, ist im Sportbereich die kartellrechtliche Beurteilung einer Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht immer zweifelsfrei durchzuführen. Um diese Unsicherheiten zu beseitigen, steht den Unternehmen das so genannte Meldeverfahren zur Verfügung. Meldet das Unternehmen eine geplante Wettbewerbsbeschränkung an, bevor diese ihre Wirkung entfaltet, so entfällt das Risiko von direkten Sanktionen im Zeitpunkt des Eingangs des Meldeformulars⁶⁶. Durch die Meldung werden also die Risiken einer fehlerhaften kartellrechtlichen Bewertung minimiert. Allerdings greift diese Regelung nur ein, wenn der Sachverhalt vollständig gemeldet wurde und in der Fol-

⁶⁵ Stand: 1.6.2004.

⁶⁶ Art. 49 a Abs. 3 a KG.

ge kein Widerspruchsverfahren eingeleitet wird. Die Wettbewerbskommission hat die Möglichkeit, innerhalb von fünf Monaten seit der Meldung Widerspruch einzulegen.

4. Schluss und Zusammenfassung

Abschließend soll über einen Kartellrechtsfall mit Bezug zum Schisport berichtet werden. Dieser Fall hat allerdings im Hinblick auf das Thema der Abhandlung einen kleinen Schönheitsfehler: Der Sachverhalt hat sich nicht in der Schweiz, auch nicht in Deutschland, sondern in Österreich zugetragen! Der Fall ereignete sich unlängst im Umfeld eines österreichischen Schiverbundes. „Ski Amade“, der mit 270 Schiliften und Seilbahnen mit Abstand größte Schiverbund, basiert auf einer schriftlichen „Kooperations- und Umsatzverteilungsvereinbarung“ zwischen 24 Lift- und Seilbahngesellschaften. Der kartellrechtlich bedenkliche Teil dieser Vereinbarung besteht darin, dass die Gesellschaften sich verpflichtet hatten, keine Schipässe oder Liftkarten für die Einzelregionen anzubieten. Mit Beschluss vom 10.11.2003⁶⁷ stellte das zuständige österreichische Kartellgericht auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde fest, „dass die Absprache von Preisen durch die Mitglieder des Schiverbundes Amade, die Absprache über das örtliche Gebiet, für das die Karten Gültigkeit haben, und das Verbot der Ausgabe bzw. faktische Nichtangebot von Karten für die Lifte lediglich einzelner Regionen innerhalb des Schiverbundes Amade dem Kartellgesetz unterliegen.“ Im Rahmen des Verfahrens spielten einige Besonderheiten des österreichischen Gesetzes eine Rolle, die hier nicht dargestellt werden sollen. Nachdem „Ski Amade“ zunächst einen Rekurs eingelegt hatte, hat man sich nunmehr auf ein zulässiges System geeinigt. Im Rahmen dieser Einigung hat „Ski Amade“ vor allem das Verbot der Ausgabe von einzelnen Eintageskarten für die jeweiligen Schigebiete aufgehoben.

Die Vielzahl der aufgezählten Fälle mag zu einer Sensibilisierung für kartellrechtliche Probleme beigetragen haben. Dem einen oder anderen Verbandsvertreter oder Sportfunktionär mögen die von dem Kartellrecht ausgehenden Gefahren für die Tätigkeit von Sportverbänden nicht geheuer sein. Ein weiteres Entgegenkommen der Gesetzgeber in Brüssel und Bern durch Schaffung einer großzügigen Ausnahme vom Kartellrecht zugunsten des Sports ist nicht zu erwarten – und wäre auch nicht zu begrüßen. Es

⁶⁷ Noch nicht veröffentlicht, eine Kopie des Beschlusses liegt VERF. vor.

kann also nur darum gehen, sich mit den kartellrechtlichen Rahmenbedingungen zu arrangieren, indem man sie entweder befolgt oder aber zumindest teilweise im Rahmen des rechtlich Zulässigen umgeht – etwa durch Umstrukturierung der Sportligen nach dem Vorbild der amerikanischen Major League Soccer (MLS)⁶⁸. Derartige Umstrukturierungen sind aber in Ländern mit einer natürlich gewachsenen, langjährigen Verbandstradition – wie z.B. in der Schweiz oder Deutschland – kaum umsetzbar, kommen allerdings für neu zu gründende Sportligen in Betracht⁶⁹.

⁶⁸ Vgl. hierzu EGGENBERGER, *Causa Sport* 2004, 80 ff.; HEERMANN, *Sportligen*, 130 ff.; ausführlich hierzu auch zuletzt OSTERWALDER, 356 ff. mit umfassenden Nachw. zum Meinungsstand; siehe auch HEERMANN, *Kartell- und Konzernrecht*, 682 ff.

⁶⁹ Vgl. neben der MLS etwa die NFL Europe.

Literaturverzeichnis:

- EGGENBERGER, PETER: Rechtliche Besonderheiten der Major League Soccer, *causa sport* 1/2004, 80 ff.
- EU-KOMMISSION: Vorläufige Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports, Mitteilung an die Kommission vom 15.2.1999 durch Karel van Miert im Einvernehmen mit den Kommissionsmitgliedern Oreja und Flynn (Kopie des unveröffentlichten Dokuments liegt dem VERFASSEN vor).
- FIKENTSCHER, ADRIAN: Salary Cap im Sport, in: VIEWEG, KLAUS (Hrsg.): *Spektrum des Sportrechts*, Berlin 2003, 189 ff.
- HANNAMANN, ISOLDE: *Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport*, Diss., Berlin 2001.
- HEERMANN, PETER W. (Kartell- und Konzernrecht): Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht – Dargestellt anhand der Verwertung der Fernsehübertragungsrechte für Spiele des UEFA-Pokal- und des Pokalsieger-Wettbewerbs sowie der Bundesliga durch den DFB, *ZHR* 1997, 665 ff.
- HEERMANN, PETER W. (Konzentrationsprivileg): Können Sportligen über das Konzentrationsprivileg vom Kartellverbot freigestellt werden?, *WRP* 10/2001, 1140 ff.
- HEERMANN, PETER W. (Mehrheitsbeteiligungen): Mehrheitsbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften im Lichte des Europarechts, *WRP* 6/2003, 724 ff.
- HEERMANN, PETER W. (Sportligen): Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht, *RabelsZ* 1/2003, 106 ff.
- HEERMANN, PETER W. (Salary Cap): Salary Cap – Kartellrechtliche Grenzen, in: ZIESCHANG, KLAUS/KLIMMER, CHRISTIAN (Hrsg.): *Unternehmensführung im Profifußball – Symbiose von Sport, Wirtschaft und Recht*, Berlin 2004, 129 ff.
- OSTERWALDER, SIMON: *Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen*, Diss., Bern 2004.

