
Aktuelle kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Spielertransfers

PETER W. HEERMANN

– dargestellt anhand der Voraussetzungen für die Tätigkeit als Spielervermittler und der Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern –

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Spielertransfers..	263
1. Einleitung	264
2. Voraussetzungen für die Tätigkeit als Spielervermittler	265
2.1 FIFA-Spielervermittler-Reglement vom 10.12.2000.....	265
2.2 EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02 – Laurent Piau/Kommission..	267
2.2.1 Verfahrensgang	267
2.2.2 Vorfrage: Berechtigung der FIFA zum Erlass eines Spielervermittler-Reglements	268
2.2.3 EG-Kartellrecht	269
2.2.3.1 Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts auf den Sport.....	269
2.2.3.2 Vereinbarkeit mit Art. 81 EG?	269
2.2.3.3 Vereinbarkeit mit Art. 82 EG?	272
2.2.3.4 Verhältnis von Art. 81 EG und Art. 82 EG	275
2.3 Fazit.....	276
3. Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern	277
3.1 Beispielsfall.....	277
3.2 Regeln der FAPL, der FIFA und anderer Sportverbände zu Abwerbeversuchen	279
3.2.1 FAPL-Regeln K 1.-6.	279
3.2.2 Art. 18 Abs. 3 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern 2005	280
3.2.3 Regelungen anderer Sportverbände.....	281
3.2.4 (Angebliche) Zwecksetzungen der FAPL-Transferregeln.....	282
3.3 Kartellrechtliche Würdigung der FAPL-Regel K 5.	283
3.3.1 Vorbemerkung: Beschränkung auf das europäische Kartellrecht.....	283
3.3.2 Anwendbarkeit des EG-Vertrags.....	283
3.3.3 Vereinbarkeit mit Art. 81 EG?	284
3.3.3.1 Tatbestandsvoraussetzungen	284
3.3.3.2 Tatbestandsrestriktionen.....	288
3.3.3.2.1 Sportimmanenztheorie	288

3.3.3.2.2	Wettbewerbseröffnungstheorie.....	290
3.3.3.2.3	Arbeitsrechtliche Ausnahme	291
3.3.3.3	Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	291
3.3.4	Vereinbarkeit mit Art. 82 EG?	293
3.4	Fazit.....	294
Literaturverzeichnis		295

1. Einleitung

Am 9. Juni 2006 wurde das Eröffnungsspiel der FIFA Fussball-Weltmeisterschaft in Deutschland angepfiffen, welches in den nachfolgenden Wochen die Spieler der erfolgreichsten Fussballnationen zum sportlichen Wettstreit zusammengeführt hat. Viele Elitekicker träumten sicherlich von einem Sieg im Endspiel am 9. Juli 2006, der sich allerdings nur für eine Mannschaft erfüllen konnte. Auf dem Weg zum Endspiel werden alle Spieler ihr Bestes gegeben haben, um zum einen der eigenen Mannschaft den grösstmöglichen Erfolg zu beschern und zum anderen die eigenen fussballerischen Qualitäten einem Millionenheer von Zuschauern weltweit zu präsentieren. Dies geschieht nicht ohne Eigennutz, können erfolgreiche Spieler ihren Marktwert doch bei sportlichen Grosseignissen in besonderem Masse steigern. Ein solcher sportlicher Erfolg mag ihnen zusätzliche Vermarktungsmöglichkeiten eröffnen. Zugleich bildet sich ein weiterer Marktwert von Profisportlern im wirtschaftlichen Wettbewerb heraus, der sich an der Höhe des jeweiligen Spielergehalts ablesen lässt.

Die alte Fussballerweisheit „Nach dem Spiel ist vor dem Spiel!“, die auf eine deutsche Trainerlegende zurückgeht, die vor 52 Jahren an einem regnerischen Tag zusammen mit elf schwarz-weiss gewandeten Spielern das „Wunder von Bern“ vollbringen durfte, lässt sich in leicht abgewandelter Form auf die heutige Generation von Fussballspielern, die monetären Reizen ganz und gar nicht abhold ist, übertragen: „Nach dem Vertrag ist vor dem Vertrag!“ Professionell tätige Fussballspieler, auf die sich diese Abhandlung beschränkt, schliessen regelmässig Spielerverträge mit einer Laufzeit von mehreren Jahren mit ihren Clubs. Da sie auf diese Weise im günstigsten Fall etwas länger als 15 Jahre Einkünfte aus ihren spielerischen Tätigkeiten erzielen können, ist es verständlich, dass sie nach Abschluss eines – in Relation zu den Einkünften durchschnittlicher Fussballkonsumenten – gut dotierten Vertrages nach oder auch vor Ende der Vertragslaufzeit nach einem Vertrag mit noch günstigeren Konditionen stre-

ben. Hierbei sind ihnen regelmässig so genannte Spielervermittler behilflich.

Dies ist das tatsächliche Umfeld, auf das wir regelmässig nur durch die Sportpresse aufmerksam werden. Allerdings sind hierbei für die Hauptakteure, d.h. wechselwillige Spieler und die für sie handelnden Spielervermittler, seit kurzem zwei (kartell-)rechtlich relevante Problemfelder zu beachten, die bei Spielertransfers fast unweigerlich berührt werden. Dabei handelt es sich zum einen um die vor wenigen Jahren modifizierten Voraussetzungen für die Tätigkeit als FIFA-Spielervermittler und zum anderen um die Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern.

2. Voraussetzungen für die Tätigkeit als Spielervermittler

2.1 FIFA-Spielervermittler-Reglement vom 10.12.2000

Aufgrund eines zuvor von der EG-Kommission eingeleiteten Verwaltungsverfahrens und nicht zuletzt auch wegen missbräuchlicher Praktiken von Spielervermittlern¹ erliess die FIFA am 10.12.2000 ein neues Spielervermittler-Reglement, das am 1.3.2001 in Kraft trat und wiederum am 3.4.2002 geändert wurde². In diesem neuen Reglement der FIFA wird die Verpflichtung aufrechterhalten, für die Ausübung des Berufes eines Spielervermittlers, der nach wie vor natürlichen Personen vorbehalten ist, im Besitz einer vom zuständigen nationalen Verband erteilten unbefristeten Lizenz zu sein (Art. 1, 2 und 10). Der Bewerber, der einen „tadellosen Leumund“ haben muss (Art. 2), hat eine schriftliche Prüfung abzulegen (Art. 4 und 5). Diese besteht aus einem Multiple-Choice-Test, mit dem die Kenntnisse des Bewerbers im Bereich Recht und Sport geprüft werden sollen (Anhang A). Der Spielervermittler hat ferner eine professionelle Haftpflichtversicherungspolice abzuschliessen oder in Ermangelung dessen eine Bankgarantie in Höhe von CHF 100'000 zu hinterlegen (Art. 6 und 7). Die Beziehungen zwischen dem Spielervermittler und dem Spieler

¹ VETTER, 235 m.w.N.

² Im Internet abrufbar unter: www.fifa.com/documents/static/regulations/Match_Agents_Regulations_EFSD_2003.pdf (zuletzt abgerufen am 10.4.2006); vgl. hierzu JUNGHEIM, passim; SCHERRER, FIFA-Spielervermittler-Regelung, 171 ff.; SCHERRER, Sportlervermittler, passim; zuletzt DROLET, 66 ff.

sind in einem Vertrag zu regeln, dessen Laufzeit auf zwei Jahre begrenzt ist, aber verlängert werden kann. Der Vertrag muss die Vergütung des Spielervermittlers regeln, die nach dem Bruttogrundgehalt des Spielers zu bemessen und, falls die Parteien zu keinem Einvernehmen gelangen, auf 5 % dieses Gehalts festzusetzen ist. Eine Ausfertigung des Vertrages ist dem nationalen Verband zu übermitteln, dessen Vertragsregister der FIFA zur Verfügung gestellt wird (Art. 12). Lizenzierte Spielervermittler sind u.a. verpflichtet, die Statuten und Reglemente der FIFA zu beachten und sich der Abwerbung eines bei einem Verein unter Vertrag stehenden Spielers zu enthalten (Art. 14). Vereine, Spieler und Spielervermittler werden einer Sanktionsregelung unterworfen. Gegen sie kann bei Verstössen gegen die genannten Vorschriften eine Ermahnung, ein Verweis oder eine Verwarnung ausgesprochen oder eine Geldstrafe verhängt werden (Art. 15, 17 und 19). Bei Spielervermittlern kann die Lizenz ausgesetzt oder entzogen werden (Art. 15). Spieler können bis zu zwölf Monate gesperrt werden (Art. 17). Vereinen können zudem Sperren und Spielertransferverbote für die Dauer von mindestens drei Monaten auferlegt werden (Art. 19). Gegen Spielervermittler, Spieler und Vereine können Geldstrafen verhängt werden. Bei Spielervermittlern wird – wie bereits im ursprünglichen Reglement – die Höhe der Geldstrafe nicht genannt; demgegenüber ist bei Spielern und Vereinen nunmehr eine Mindeststrafe von CHF 10'000 bzw. CHF 20'000 vorgesehen (Art. 15, 17 und 19). Alle diese Sanktionen können kumulativ verhängt werden. Für Streitigkeiten ist der betroffene nationale Verband oder die „Spielerstatut-Kommission“ zuständig (Art. 22). Übergangsbestimmungen erlauben die Fortgeltung von Lizenzen, die unter der bisherigen Regelung erteilt wurden (Art. 23). Dem geänderten Reglement sind zudem im Anhang ein Kodex der Berufsethik und ein Standard-Vermittlungsvertrag beigegeben worden (Anhänge B und C). Nach den Änderungen vom 3.4.2002 können Angehörige der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) einen Lizenzantrag an den nationalen Verband ihres Landes oder – ungeachtet der Wohnsitzdauer – ihres Wohnsitzes richten und den erforderlichen Versicherungsvertrag in einem beliebigen Land der Europäischen Union oder des EWR abschliessen.

2.2 EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02 – Laurent Piau/Kommission

2.2.1 Verfahrensgang

Am 23.3.1998 hatte der Kläger bei der Kommission eine Beschwerde eingereicht, mit der er sich gegen das ursprüngliche Reglement wandte. Er rügte u.a. eine Verletzung der Art. 49 ff. EG über den freien Dienstleistungswettbewerb, eine Ungleichbehandlung der Angehörigen der Mitgliedstaaten sowie fehlende Rechtsbehelfsmöglichkeiten gegen Entscheidungen und Sanktionen³. Am 3.8.2001 teilte die Kommission dem Kläger mit, dass ihr Tätigwerden gegenüber der FIFA zur Beseitigung der wichtigsten beschränkenden Aspekte des Spielervermittler-Reglements geführt habe und dass kein Gemeinschaftsinteresse an einer Fortsetzung des Verfahrens mehr bestehe⁴. In der Folge hielt der Kläger seine Beschwerde gleichwohl aufrecht⁵. Er machte geltend, die Verstöße gegen Art. 81 Abs. 1 EG bestünden, was die Prüfung und die Berufsversicherung betreffe, im geänderten Reglement fort; daneben seien neue Beschränkungen in Form von berufsständischen Vorschriften und Musterverträgen sowie in Bezug auf die Festlegung der Vergütung aufgenommen worden. Diese Beschränkungen könnten keine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG rechtfertigen. Ausserdem habe die Kommission die fragliche Regelung nicht im Hinblick auf Art. 82 EG geprüft. Das EuG wies mit Urteil vom 26.1.2005 die Klage ab⁶. Das hiergegen vom Kläger eingelegte Rechtsmittel⁷ hat der EuGH kürzlich durch Beschluss vom 26.2.2006 zurückgewiesen⁸.

Das Urteil des EuG in dem Verfahren Laurent Piau/Kommission vom 26.1.2005 enthält einige rechtliche Feststellungen, die zunächst für die Stellung internationaler Sportverbände – insbesondere aber der FIFA – im europäischen Kartellrecht wegweisende Bedeutung haben. Zugleich

³ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 8 – Laurent Piau/Kommission.

⁴ Zu den Details vgl. EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 9 ff. – Laurent Piau/Kommission.

⁵ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 21 – Laurent Piau/Kommission.

⁶ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 68 ff. – Laurent Piau/Kommission; vgl. hierzu VETTER, 233 ff.; MURESAN, 243 ff.

⁷ Rs. C-171/05 P, eingereicht am 15.4.2005, vgl. ABl. v. 25.6.2005 C 155/5.

⁸ EuGH, Beschl. v. 23.2.2006, Rs. C-171/05 P 1 – Laurent Piau/Kommission; vgl. hierzu MURESAN, 247 ff.

scheint das EuG das Verhältnis der zentralen Kartellverbotstatbestände in Art. 81 und 82 EG zueinander neu bestimmen zu wollen.

2.2.2 Vorfrage: Berechtigung der FIFA zum Erlass eines Spielervermittler-Reglements

Vor den Erwägungen zur kartellrechtlichen Problematik wendet sich das EuG der nur auf den ersten Blick unscheinbaren Frage zu, ob der FIFA überhaupt eine Berechtigung zum Erlass eines Spielervermittler-Reglements zukommt⁹. Die Ausführungen des EuG haben für Sportdachverbände eine erhebliche Bedeutung:

Was die – vom Kläger verneinte – Befugnis der FIFA angehe, ein Spielervermittler-Reglement zu erlassen, bei dem es nicht um sportliche Belange gehe, sondern die eine wirtschaftliche Tätigkeit im Umfeld der fraglichen sportlichen Betätigung regele und Grundfreiheiten berühre, so stelle sich angesichts der den Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätze, auf die sich die Europäische Union gründe, tatsächlich die Frage nach der Rechtsetzungsbefugnis, die sich eine private Einrichtung wie die FIFA zumesse, deren Hauptzweck die Förderung des Fußballs sei. Es könne – so das EuG – nämlich nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Regelung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die weder den spezifischen Charakter des Sports noch die Organisationsfreiheit der Sportverbände betreffe, durch eine privatrechtliche Einrichtung wie die FIFA, der hierzu keinerlei hoheitliche Befugnisse übertragen worden seien, grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, besonders soweit es um die gebotene Beachtung der bürgerlichen und wirtschaftlichen Freiheiten gehe. Eine solche die Grundfreiheiten berührende Reglementierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit falle vielmehr grundsätzlich in die Zuständigkeit der Träger hoheitlicher Gewalt. Trotzdem könne im vorliegenden Fall die Rechtsetzungsbefugnis, die angesichts des fast völligen Fehlens nationaler Regelungen von der FIFA ausgeübt werde, nur insoweit nachgeprüft werden, als sie die Wettbewerbsregeln, nach denen die Rechtmässigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beurteilen sei, berühre. Demgegenüber könnten Erwägungen darüber, auf welcher Rechtsgrundlage die FIFA ein Recht setzende Tätigkeit ausüben könne, im konkreten Fall nicht Gegen-

⁹ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 76 ff. – Laurent Piau/Kommission; kritisch gegenüber einer Rechtsetzungsbefugnis der FIFA JUNGHEIM, *passim*. Allgemein zur Reglementierung der Tätigkeit von Spielervermittlern im internationalen Sport PINNA, 20 ff.

stand einer gerichtlichen Nachprüfung sein, so beachtlich sie auch sein mögen.

Das EuG konnte letztlich die Frage der Rechtsetzungsbefugnis der FIFA offen lassen, da sie nicht vom Prüfungsumfang erfasst war. In diesem Zusammenhang schlummert noch erhebliches Konfliktpotential. Im Grundsatz kommt allein den Trägern hoheitlicher Gewalt die Befugnis zu, eine zugleich die Grundfreiheiten tangierende Reglementierung wirtschaftlicher Tätigkeiten durchzuführen. Die Regelungsbefugnis der FIFA hinsichtlich einer Berufsgruppe wie der Spielervermittler, die nicht in mitgliederschaftlichen Verbindungen zu dem Verband stehen, war letztlich nur durch den besonderen Umstand fehlender einschlägiger nationaler (im konkreten Fall: französischer) Regelungen gerechtfertigt, der eine an sich gebotene Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf den Sportverband entbehrlich machte. Man mag sich fragen, wie – wenn nicht seitens der FIFA – in diesem mit dem Fussballsport mittelbar verknüpften Berufsfeld einheitliche Standards aufgestellt werden sollen, wenn bestehende Regelungen der Mitgliedstaaten erheblich voneinander abweichen sollten.

2.2.3 EG-Kartellrecht

2.2.3.1 Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts auf den Sport

Da im konkreten Fall zweifelsohne eine Reglementierung wirtschaftlicher Tätigkeiten seitens der FIFA den Streitgegenstand bildete¹⁰, musste sich das EuG nicht mit der schwierigen Frage auseinander setzen, inwieweit das EG-Kartellrecht auf die Regelsetzung durch Sportverbände angewendet werden kann (vgl. hierzu aber unten Abschnitte 3.3.2 und 3.3.3.2).

2.2.3.2 Vereinbarkeit mit Art. 81 EG?

Eine Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf das Spielervermittler-Reglement der FIFA setzt voraus, dass es sich zum einen bei dem Dachverband um eine Unternehmensvereinigung handelt und zum anderen sich das Reglement als Beschluss dieser Unternehmensvereinigung darstellt.

Sportverbände haben in der Vergangenheit in kartellrechtlichen Verfahren vielfach ihre Eigenschaft als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung in Zweifel gezogen. Insoweit sind die überzeugenden Ausführungen

¹⁰ Im Ergebnis ebenso, wenngleich zurückhaltender formulierend MURESAN, 253 ff.

rungen des EuG¹¹ hierzu zu begrüßen, die an die ständige Rechtsprechung des EuGH anknüpfen, sich freilich auf die Organisation des Fussballsports in Europa beschränken. Was den Begriff der Unternehmensvereinigung angehe, so stehe fest, dass Mitglieder der FIFA nationale Verbände seien, in denen wiederum Vereine zusammengeschlossen seien, für die das Fußballspiel eine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle. Diese Fussballvereine seien daher Unternehmen i.S.d. Art. 81 EG. Die nationalen Verbände, in denen sie zusammengeschlossen seien, seien Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 81 EG, ohne dass es darauf ankomme, dass in den nationalen Verbänden neben den sogenannten Profivereinen auch sogenannte Amateurvereine zusammengeschlossen seien. Sodann weist das EuG darauf hin, dass die nationalen Verbände nach den Statuten der FIFA an den von dieser veranstalteten Wettkämpfen teilzunehmen haben, an die FIFA einen Prozentsatz der Bruttoeinnahmen aus jedem internationalen Spiel abführen müssen und nach diesen Statuten zusammen mit der FIFA als Inhaber der Ausschliesslichkeitsrechte zur Verbreitung und Übertragung der betreffenden Sportveranstaltungen anerkannt sind. Insoweit würden die nationalen Verbände eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, so dass sie zugleich Unternehmen i.S.v. Art. 81 EG darstellen würden. Wegen dieser Unternehmenseigenschaft der nationalen Verbände würde die FIFA letztlich eine Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 81 EG darstellen. Diese Vorschrift gelte nämlich für Vereinigungen insoweit, als deren eigene Tätigkeit oder die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Wirkungen abziele, die diese Bestimmung unterbinden wolle. Der rechtliche Rahmen, in dem Beschlüsse von Unternehmen gefasst werden, und die rechtliche Einordnung dieses Rahmens durch die nationalen Rechtsordnungen seien für die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln unerheblich.

Sodann gelangt das EuG – gleichfalls auf der Basis der ständigen Rechtsprechung des EuGH – zu dem Ergebnis, dass das Spielervermittler-Reglement der FIFA als Beschluss einer Unternehmensvereinigung einzuordnen ist¹², denn bei der Tätigkeit eines Spielervermittlers handele es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand habe und nicht den spezifischen Charakter des

¹¹ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 69-72 – Laurent Piau/Kommission; zustimmend VETTER, 234; MURESAN, 254; vgl. auch SCHROEDER, 2 f.

¹² Vgl. hierzu EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 73-75 – Laurent Piau/Kommission; zustimmend VETTER, 234; MURESAN, 254.

Sports besitze, wie er in der Rechtsprechung¹³ definiert worden sei. Zum einen sei das Spielervermittler-Reglement von der FIFA aus eigener Machtbefugnis und nicht aufgrund von Rechtsetzungsbefugnissen erlassen worden, die ihr im Rahmen eines als im Allgemeininteresse liegend anerkannten Auftrags zur Regelung sportlicher Belange vom Staat übertragen worden wären¹⁴. Dieses Reglement falle auch nicht unter die Organisationsfreiheit der Sportverbände. Zum anderen komme in diesem Reglement, das für die der FIFA angehörenden nationalen Verbände, die eine entsprechende Regelung erlassen müssten, die anschliessend von der FIFA genehmigt werde, sowie für die Vereine, die Spieler und die Spielervermittler verbindlich sei, der Wille der FIFA zum Ausdruck, das Verhalten ihrer Mitglieder im Hinblick auf die Tätigkeit der Spielervermittler zu koordinieren. Es stelle daher einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG dar, der die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln beachten müsse, sobald er Wirkungen in der Gemeinschaft zeitige.

Letztlich gelangt das EuG zu der Überzeugung, dass das Spielervermittler-Reglement nach Art. 81 Abs. 3 EG gerechtfertigt ist¹⁵. Auffällig ist dabei, dass die Subsumtion nicht streng am Wortlaut erfolgt. Das EuG weist zunächst darauf hin, dass zur Rechtfertigung des Erlasses des Reglements und speziell des Grundsatzes einer Zwangslizenz, der im Mittelpunkt der fraglichen Regelung stehe, verschiedene rechtliche und tatsächliche Umstände angeführt worden seien. Zunächst habe in der Gemeinschaft offenbar nur Frankreich eine Regelung für den Berufsstand des Sportvermittlers erlassen. Sodann sei unstrittig, dass die Spielervermittler als Kollektiv gegenwärtig, d.h. Anfang 2005, keinen mit einer internen Organisation versehenen Berufsstand darstellen würden. Unstrittig sei ebenso, dass in der Vergangenheit Spieler und Vereine durch bestimmte Praktiken von Spielervermittlern in finanzieller oder beruflicher Hinsicht geschädigt worden seien. Die FIFA verfolge mit dem Erlass der fraglichen Regelung das doppelte Ziel einer Professionalisierung und einer Verbesserung der Ethik der Tätigkeit des Spielervermittlers, um die Spieler zu schützen, deren Karriere kurz sei. Durch das Lizenzsystem werde der Wettbewerb nicht ausgeschaltet. Dieses System scheine eher zu einer Se-

¹³ EuGH, Slg. 1976, 1333 Rz. 14 f. – Donà; Slg. 1995, I-4921 Rz. 127 – Bosman; Slg. 2000, I-2549 Rz. 64, 69 – Deliège; Slg. 2000, I-2681 Rz. 53 ff. – Lehtonen.

¹⁴ Es fragt sich allerdings, ob überhaupt ein Staat allein der FIFA eine entsprechende Befugnis übertragen könnte.

¹⁵ Vgl. hierzu EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 102-104 – Laurent Piau/Kommission; zustimmend VETTER, 234.

lektion in qualitativer Hinsicht, die geeignet erscheint, das Ziel der Professionalisierung der Tätigkeit des Spielervermittlers zu erreichen, als zu einer quantitativen Zugangsbeschränkung zu führen.

Sodann macht das EuG deutlich, dass die kartellrechtliche Billigung des FIFA-Reglements zunächst nur vorläufiger Natur ist¹⁶. Angesichts der vorgenannten Umstände und der gegenwärtigen Bedingungen der Ausübung der Tätigkeit der Spielervermittler, die durch ein fast völliges Fehlen nationaler Regelungen und das Fehlen einer berufsständischen Organisation der Spielervermittler gekennzeichnet seien, habe die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie gemeint habe, dass für die Beschränkungen, die sich aus dem zwingenden Charakter der Lizenz ergäben, eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht komme. Dabei habe sie sich im Übrigen zutreffend das Recht vorbehalten, die fragliche Regelung einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Für die Zukunft wird es also massgeblich darauf ankommen, ob und in welchem Umfang einzelne Staaten gesetzliche Regelungen für die Tätigkeit von Spielervermittlern einführen werden. Sollte diese Berufsgruppe künftig eine eigene Standesorganisation installieren, so ist je nach den Umständen des Einzelfalls nicht auszuschliessen, dass auf diese die bislang von der FIFA ausgeübte Befugnis zum Erlass berufsspezifischer Regelungen übergehen wird.

2.2.3.3 Vereinbarkeit mit Art. 82 EG?

Weit brisanter als die Ausführungen zu Art. 81 EG ist die Argumentation, mit der das EuG im Hinblick auf die FIFA deren marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 82 EG auf dem Spielerberatermarkt begründet, ohne dass der Dachverband selbst dessen Dienstleistungen nachfragt. Die Vorschrift des Art. 82 EG basiert auf der Vorstellung, dass ein Markt auch von einer Mehrheit von Unternehmen beherrscht werden kann¹⁷. Dieses Phänomen wird üblicherweise als kollektive marktbeherrschende Stellung bezeichnet. Hieran knüpft das EuG an¹⁸.

¹⁶ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 104 – Laurent Piau/Kommission.

¹⁷ EILMANSBERGER, Art. 82 Rz. 8; VETTER, 235; ausführlich hierzu „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ vom Dezember 2005, S. 15-17 (Rz. 43-50) m.w.N., im Internet abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html (zuletzt abgerufen am 11.4.2006).

¹⁸ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 111 ff. – Laurent Piau/Kommission; zustimmend VETTER, 235.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuG¹⁹ müssen für die Annahme einer kollektiven beherrschenden Stellung drei Voraussetzungen zusammen erfüllt sein: Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht; zweitens muss der Zustand der stillschweigenden Koordinierung auf Dauer aufrechterhalten werden können, d.h. es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; drittens darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen. Diese Voraussetzungen werden nach Auffassung des EuG durch die Fussballvereine erfüllt²⁰.

Die Marktabgrenzung des EuG ist überzeugend²¹, denn im konkreten Fall handelt es sich bei dem von der Streitgegenständlichen Regelung betroffenen Markt um einen Dienstleistungsmarkt, bei dem Dienstleistungsempfänger die Spieler und die Vereine und Dienstleistungserbringer die Spielervermittler sind. Neu und damit für künftige Fälle möglicherweise wegweisend ist in diesem Zusammenhang die gedankliche Brücke, die von den unmittelbaren Dienstleistungsempfängern zur FIFA, dem Urheber des Spielervermittler-Reglements, geschlagen wird²². Auf dem skizzierten relevanten Markt könne die FIFA als für die Fussballvereine handelnd angesehen werden, da sie eine von den Unternehmen, die die Vereine darstellen, geschaffene Struktur in der Form einer Vereinigung zweiten Grades sei. Als sei sich das EuG der Überzeugungskraft dieses Ansatzes nicht sicher, greift es diesen Aspekt in der Folge nochmals auf²³. Es wäre realitätsfern, anzunehmen, dass die FIFA, deren Leitungsmacht im Fussballsport und bezüglich der damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten, wie hier der Tätigkeit der Spielervermittler, ausser Frage stehe, keine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt der Dienstleistungen der Spielervermittler innehat, weil sie sich nicht auf diesem Markt betätigt. Der Umstand nämlich, dass die FIFA selbst kein Wirtschaftsteilnehmer sei, der die Dienstleistungen der Spielervermittler auf dem fraglichen Markt abnehme, und dass ihr Handeln in einer Rechtsetzungstätigkeit be-

¹⁹ EuG, Slg. 2002, II-2585 Rz. 62 - Airtours/Kommission; Slg. 2003, II-2275 Rz. 121 - Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission.

²⁰ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 112-114 - Laurent Piau/Kommission.

²¹ So im Grundsatz auch MURESAN, 256, der allerdings eine widersprüchliche Argumentation des EuG beanstandet.

²² EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 112 - Laurent Piau/Kommission.

²³ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 115 f. - Laurent Piau/Kommission.

stehe, für die sie sich selbst die Befugnis für den Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit der Spielervermittler zugemessen habe, sei für die Anwendung von Art. 82 EG unerheblich; denn die FIFA sei eine von den nationalen Verbänden und den Vereinen, die die tatsächlichen Abnehmer der Dienstleistungen der Spielervermittler seien, geschaffene Struktur und handele mithin auf diesem Markt durch ihre Mitglieder.

Diese Sichtweise ist aus rechtlicher und ökonomischer Sicht *prima facie* überzeugend. Indes handelt es sich bei der FIFA neben den Dienstleistungsempfängern, d.h. den Vereinen und Spielern, um eine weitere eigenständige juristische Person, auf die zumindest die Vereine, nicht jedoch die Spieler²⁴ als mittelbare Mitglieder vereinsrechtlichen Einfluss ausüben können. Es bleibt festzuhalten, dass es für die Anwendung des Art. 82 EG auf nationale oder internationale Sportverbände nach Auffassung des EuG nicht darauf ankommt, ob der jeweilige Verband selbst auf dem betreffenden Markt als Wirtschaftsteilnehmer tätig ist. Nach Ansicht des Gerichts fällt eine solche „kollektive Marktbeherrschung“ durch mehrere Unternehmen (vorliegend: nationale Fussballverbände und die darin organisierten Fussballvereine und -kapitalgesellschaften), die aufgrund institutioneller Verflechtungen in einem oder mehreren Verbänden rechtlich und wirtschaftlich garantiert wird (vorliegend: FIFA), gleichfalls in den Anwendungsbereich des Art. 82 EG. Es ist bereits auf die Konsequenz aus dem Begründungsansatz des EuG hingewiesen worden, dass damit letztlich sämtliche Rechtsregeln – nicht jedoch reine Sportregeln (vgl. dazu nachfolgend Abschnitte 3.3.2 und 3.3.3.2) – der Sportverbände an Art. 82 EG gemessen werden können²⁵.

Im Ergebnis überzeugend hat das EuG letztlich eine missbräuchliche Ausnutzung der der FIFA zugerechneten marktbeherrschenden Stellung abgelehnt²⁶. Wie sich aus dem geänderten Reglement und den Ausführungen zu der Freistellung, die für dieses nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht komme, ergebe, liege die vom Kläger behauptete missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nicht vor. Es sei festgestellt worden, dass mit diesem Reglement keine wettbewerbsschädigenden quantitativen Beschränkungen des Zugangs zur Tätigkeit der Spielervermittler vorgeschrieben worden seien, sondern lediglich Beschränkungen qualitativer

²⁴ Zumindest in Deutschland sind die in den Bundesligen tätigen Lizenzspieler nicht zwingend Mitglieder der Vereine, für die sie tätig sind, oder aber des Ligaverbandes e.V. bzw. des Deutschen Fußball Bundes e.V.

²⁵ SCHROEDER, 6.

²⁶ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 117 – Laurent Piau/Kommission.

Art, die unter den gegenwärtigen Umständen als gerechtfertigt angesehen werden könnten. Auch an dieser Stelle deutet das EuG an, dass seiner rechtlichen Bewertung kein endgültiger Charakter zukommt, sondern dass eine spätere kartellrechtliche Neubewertung der Vereinbarkeit des Spielervermittler-Reglements im Lichte des Art. 81 EG auch auf den Missbrauchstatbestand ausstrahlen könne.

2.2.3.4 Verhältnis von Art. 81 EG und Art. 82 EG

Weitreichende Konsequenzen können von dem Urteil Laurent Piau/Kommission nicht nur hinsichtlich der (kartell-)rechtlichen Bewertung des Spielervermittler-Reglements der FIFA, sondern auch in rechtsdogmatischer Hinsicht ausgehen, denn die EG-Kommission hat sich im Dezember 2005 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieses Urteil zum (Konkurrenz-)Verhältnis von Art. 81 EG zu Art. 82 EG in einer Art und Weise geäußert, die von der bislang vorherrschenden Auffassung abweicht.

Die relevante Urteilspassage hat folgenden Wortlaut²⁷:

Auch wenn die Kommission zu Unrecht angenommen hat, dass die FIFA keine beherrschende Stellung auf dem Markt der Dienstleistungen der Spielervermittler innehat, lassen daher die weiteren in der angefochtenen Entscheidung gezogenen Schlussfolgerungen, wonach die restriktivsten Bestimmungen der fraglichen Regelung aufgehoben worden seien und für das Lizenzsystem eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG in Betracht komme, den Schluss zu, dass ein Verstoß gegen Artikel 82 EG nicht vorliegt und dass das Vorbringen des Klägers dazu zurückzuweisen ist. Mithin hätte die Anwendung von Artikel 82 EG trotz der rechtlich fehlerhaften Annahme der Kommission, dass diese Bestimmung nicht anwendbar sei, wegen der übrigen, zutreffenden Ergebnisse der Prüfung des Reglements ohnehin nicht zur Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung führen können. Die Rechtmässigkeit der Zurückweisung der Beschwerde mit der Begründung, dass ein Gemeinschaftsinteresse an der Fortsetzung des Verfahrens nicht bestehe, wird also hierdurch nicht berührt.

Im Dezember 2005 hat die EG-Kommission, anknüpfend an vorgenannte Urteilspassage, in einem Diskussionspapier²⁸ zu der Rechtsproblematik Stellung bezogen:

²⁷ EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Rz. 119 – Laurent Piau/Kommission.

Articles 81 and 82 of the Treaty both pursue, with regard to exclusionary practices, the aim of maintaining effective competition on the market and, according to settled case law, can be applied simultaneously. Consistency requires that Article 81 (3) be interpreted as precluding any application of this provision to restrictive agreements that constitute an abuse of a dominant position. However, a company holding a dominant position may also benefit from an exemption under Article 81 (3) of the EC Treaty when its conditions are fulfilled. Therefore, if the conduct of a dominant company generates efficiencies and provided that all the other conditions of Article 81 (3) are satisfied (...), such conduct should not be classified as an abuse under Article 82 of the EC Treaty.

Es scheint, als werde hier eine Aufweichung der bisherigen Rechtspraxis eingeleitet. Nach der bislang ständigen Rechtsprechung kann die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG nicht die Anwendung von Art. 82 EG verhindern²⁹. Da sowohl Art. 81 EG als auch Art. 82 EG das Ziel der Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs verfolgen, erfordert nach bisheriger Ansicht des EuGH der Grundsatz der Kohärenz, Art. 81 Abs. 3 EG dahingehend auszulegen, dass eine Anwendung dieser Bestimmung auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ausgeschlossen ist, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen³⁰.

2.3 Fazit

Dem Urteil des EuG vom 26.1.2005, Rs. T-193/02 – Laurent Piau/Kommission, das inzwischen rechtskräftig ist, lassen sich einige Aussagen von weitreichender Bedeutung für europäische Sportdachverbände im Allgemeinen und die FIFA im Besonderen entnehmen:

- Die Rechtsetzungsbefugnis hinsichtlich der Spielervermittler war letztlich allein durch den besonderen Umstand fehlender einschlägiger nationaler Regelungen gerechtfertigt, der eine an sich gebotene Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf den Sportverband entbehrlich machte.

²⁸ „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ vom Dezember 2005, 5 (Rz. 8).

²⁹ Vgl. stellvertretend EuGH, Slg. 1979, 461 Rz. 116 – Hoffmann-La Roche; Slg. 2000, I-1365 Rz. 130 – Compagnie Maritime Belge; EuG, Slg. 1990, II-309 Rz. 21 – Tetra Pak I; JUNG, Art. 82 Rz. 16.

³⁰ Vgl. etwa EuG, Slg. 1990, II-309 – Tetra Pak I; Slg. 2000, II-2551 – TACA.

- Bei den nationalen Mitgliedsverbänden der FIFA handelt es sich um Unternehmen und zugleich auch Unternehmensvereinigungen i.S.v. Art. 81 EG. Die FIFA stellt eine Unternehmensvereinigung i.S.d. Art. 81 EG dar.
- Das Spielervermittler-Reglement der FIFA vom 10.12.2000 stellt den Beschluss einer Unternehmensvereinigung dar, der nach Art. 81 Abs. 3 EG zumindest zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung gerechtfertigt war. Eine zukünftig andere Beurteilung der Kommission könnte sich ergeben, sofern mehrere Staaten gesetzliche Regelungen für die Tätigkeit von Spielervermittlern einführen und/oder diese Berufsgruppe eine eigene Standesorganisation installieren sollte.
- Die FIFA übt als eine von den nationalen Verbänden und Vereinen geschaffene Struktur auf dem Dienstleistungsmarkt der Spielervermittler, auf dem Spieler und Vereine als Dienstleistungsempfänger fungieren, eine marktbeherrschende Stellung aus, ohne diese jedoch missbräuchlich i.S.v. Art. 82 EG auszunutzen.
- Die bislang vorherrschende Rechtsauffassung, wonach die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG nicht die Anwendung von Art. 82 EG verhindern kann, wird durch das EuG in dem Verfahren „Laurent Piau/Kommission“ sowie – darauf aufbauend – durch ein Diskussionspapier der Kommission vom Dezember 2005 in Frage gestellt.

3. Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern

3.1 Beispielsfall

Ashley Cole, Linksverteidiger, stand seit seinem 17. Lebensjahr beim FC Arsenal London unter Vertrag. Im Juni 2002 schloss Cole bei Arsenal einen Fünfjahresvertrag zu einem geschätzten wöchentlichen Gehalt von GBP 25'000-30'000 ab, wobei er sich eines Spielervermittlers, Jonathan Barnett von der Stellar Group, bediente. Um einem Wechsel des Spielers zuvorzukommen, trat der Vice Chairman des FC Arsenal London, David Dein, im Mai 2004 an Cole mit der Absicht heran, den Vertrag zu wesentlich besseren Bezügen um zwei Jahre zu verlängern. Die Verhandlungen zogen sich hin, weil über das Honorar für den Spielervermittler keine Einigung erzielt werden konnte. Im Verlaufe der Verhandlungen verwies Barnett im Dezember 2004 auf eine SMS, in der Arsenal Kapitän Patrick

Vieira dem umworbenen Cole geraten haben sollte, den Vertrag nicht unter GBP 80'000 pro Woche anzunehmen. Zudem sollte ein anderer Verein bereit sein, eine Ablösesumme in Höhe von GBP 20 Mio. für den Spieler Cole zu zahlen.

Einige Tage später traf Cole mit seinem Spielervermittler in einem Londoner Hotel – angeblich – zufällig auf den Spielervermittler Pini Zahavi, der in Begleitung seiner Klienten Peter Kenyon, Chief Executive des FC Chelsea, und José Mourinho, Trainer ebendort, war. Die Disziplinarkommission der Football Association Premier League Ltd. (FAPL) schenkte der Behauptung, dass es sich um ein zufälliges Zusammentreffen gehandelt habe, keinen Glauben, sondern ging aufgrund der vorgelegten Beweise von einer Zusammenkunft zwecks Vertragsverhandlungen aus. Die Kommission nahm eine Verletzung der Verbandsstatuten an und verhängte Strafen über GBP 300'000 für den FC Chelsea, GBP 200'000 für den Trainer Mourinho und GBP 100'000 für den Spieler Cole. Für den erneuten Verstoss des FC Chelsea gegen die Verbandsregeln wurde ein Punkteabzug von drei Punkten für die kommende Saison in Aussicht gestellt. Nach einem Einspruch von Cole und Mourinho wurden deren Strafen auf jeweils GBP 75'000 herabgesetzt. Der Trainer akzeptierte das Urteil, während Coles Anwalt ankündigte, weitere Schritte gegen die Sanktion zu unternehmen und vor dem Court of Arbitration for Sports (CAS) oder dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) gegen die FAPL-Regel K 5. zu klagen, da diese – entgegen der Auffassung der Disziplinarkommission – eine Wettbewerbsbeschränkung darstelle.

Der CAS hat am 25.1.2006 eine Entscheidung über die Rechtmässigkeit der von der FAPL-Disziplinarkommission gegen Cole verhängten Strafe mangels Zuständigkeit abgelehnt³¹. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist es zu bedauern, dass Coles Anwalt in der Folge seine Ankündigung, den EuGH anzurufen, nicht in die Tat umgesetzt zu haben scheint, da – wie nachfolgend darzulegen sein wird – tatsächlich kaum auszuräumende (kartell-)rechtliche Zweifel an der Zulässigkeit der einschlägigen FAPL-Regeln bestehen.

Im September 2006 wechselte Cole schliesslich vom FC Arsenal London zum FC Chelsea.

³¹ Vgl. Presseveröffentlichung des CAS vom 25.1.2006, <http://www.tas-cas.org/en/medias/media2.htm> (abgerufen am 5.2.2006).

3.2 Regeln der FAPL, der FIFA und anderer Sportverbände zu Abwerbeversuchen

3.2.1 FAPL-Regeln K 1.-6.

Die einschlägigen Regeln K 1.-6. der FAPL haben folgenden Wortlaut:

Approaches to players

1. *A Club shall be at liberty at any time to make an approach to a Player with a view to negotiating a contract with such Player*
 - 1.1 *if he is an Out of Contract Player, or,*
 - 1.2 *in the case of a Contract Player, with the prior written consent of the Club³² (or club³³) to which he is contracted.*
2. *A Club shall be at liberty after the third Saturday in May in any year and before the 1st July next following to make such an approach to a Contract Player*
 - 2.1 *who will become an Out of Contract Player on that 1st July; and*
 - 2.2 *who has received no offer from his Club under rule M.15.2*
or
 - 2.3 *who has received but has declined such offer.*
3. *Any Club which by itself, by any of its Officials, by any of its Players, by its Agent, by any other Person on its behalf or by any other means whatsoever makes an approach either directly or indirectly to a Contract Player except as permitted by either Rule K.1.2 or Rule K.2 shall be in breach of these Rules and may be dealt with under the provisions of Section R.*

Approaches by players

4. *An Out of Contract Player, or any Person on his behalf, shall be at liberty at any time to make an approach to a Club (or club) with a view to negotiating a contract with such Club (or club).*
5. *Subject to Rule K.6, a Contract Player, either by himself or by any Person on his behalf, shall not either directly or indirectly*

³² Section A, Definitions: "Club" means an association football club in membership of the League and for the purposes of Rules C.58 to C.68 inclusive includes any club which is entitled to be promoted from the Football League to the League.

³³ Section A, Definitions: "club" means an association football club not in membership of the League.

make such approach as is referred to in Rule K.4 without having obtained the prior written consent of his Club.

6. *After the third Saturday in May in any year and before the 1st July next following a Contract Player to whom Rule K.2 applies or any Person on his behalf may make such an approach as is referred to in Rule K.4.*

3.2.2 Art. 18 Abs. 3 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern 2005

Eine vergleichbare Vorschrift ist in Art. 18 Abs. 3 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern 2005 enthalten:

Beabsichtigt ein Verein, einen Berufsspieler zu verpflichten, so muss dieser Verein vor der Aufnahme von Verhandlungen mit dem Spieler dessen aktuellen Verein schriftlich von seiner Absicht in Kenntnis setzen. Ein Berufsspieler darf einen Vertrag mit einem anderen Verein nur abschliessen, wenn sein Vertrag mit dem bisherigen Verein abgelaufen ist oder in den folgenden sechs Monaten ablaufen wird. Ein Verstoss gegen diese Bestimmung zieht angemessene Sanktionen nach sich.

Nach Art. 1 Abs. 1 FIFA-Reglement enthält dieses Regelwerk die allgemein gültigen und verbindlichen Bestimmungen bezüglich des Status von Spielern, deren Spielberechtigung im Rahmen des organisierten Fussballs und deren Transfer zwischen Vereinen unterschiedlicher Verbände. Jeder Verband regelt den Transfer von Spielern zwischen den eigenen Vereinen in einem verbandsinternen Reglement, das Art. 1 Abs. 3 entsprechen und von der FIFA genehmigt werden muss (Art. 1 Abs. 2). Nach Art. 1 Abs. 3 lit. a) ist Art. 18 auf nationaler Ebene verbindlich und ohne jegliche Änderung ins Verbandsreglement zu integrieren.

Im Vergleich zu den Regeln der Premier League verbleibt Vereinen, Spielern und deren Spielervermittlern unter Geltung des FIFA-Reglements, d.h. bei internationalen Transfers, wesentlich mehr Freiraum. Letzteres fordert lediglich die schriftliche Benachrichtigung an den aktuellen Arbeitgeber des umworbenen Spielers, nicht hingegen eine schriftliche Zustimmung zu den Verhandlungen. Darüber hinaus kann der Spieler einen Vertrag mit einem neuen Verein abschliessen, wenn sein aktueller Vertrag eine Laufzeit von maximal sechs Monaten aufweist. Hieraus folgt, dass nach dem FIFA-Reglement Verhandlungen zu keinem Zeitpunkt grundsätzlich verboten sind, vielmehr stellt nur ein Vertragsab-

schluss vor der genannten sechsmonatigen Frist eine Regelverletzung dar. Demgegenüber ist das Zeitfenster für Verhandlungen nach den FAPL-Regelungen wesentlich enger. Verhandlungen sind für den Fall einer nicht vorliegenden Genehmigung durch den Verein des umworbenen Spielers auf die Zeit nach dem dritten Samstag im Mai beschränkt, so dass hierfür nur noch rund fünf Wochen bis zum Ablauf des Vertrags bleiben. Ausserhalb des Zeitraums vom dritten Samstag im Mai bis zum 1. Juli sind nicht nur Vertragsabschlüsse, sondern auch Verhandlungen verboten.

Die FAPL hat ihre Transferregelungen bislang (Stand: 12.4.2006) nicht der FIFA zur Genehmigung vorgelegt. Diesbezüglich besteht aber eine Frist bis zum 30.6.2007³⁴.

3.2.3 Regelungen anderer Sportverbände

Andere Sportverbände haben bezüglich der Modifikationen bei der Abwerbung von Sportlern vergleichbare Regelungen aufgestellt:

England: National Volleyball League (NVL) Rules, Rule H 5 „Illegal Approaches”

- i. No official from any other club shall approach a player with a view to inducing them to leave that club, unless permission has been granted in writing by a duly authorised representative of the club for which the player is currently contracted or licensed.*
- ii. This restriction applies to all club Officials, including coaches and players or other persons acting on behalf of or purporting to act on behalf of a club. Infringements of this rule will be referred to the Disciplinary Sub-Committee as being liable to bring the game into disrepute and may be dealt as misconduct.*

International Rugby Board (IRB) Regulations Relating to the Game, Reg. 4.9.1

No Union, Rugby Body, Club, Agent or any other Person or entity, whether acting on its own account or on behalf of any third party, shall induce or attempt to induce any Contract Player or other Person who has a written agreement with a Union, Rugby Body or Club to leave his Union, Rugby Body or Club unless the prior written consent of that Union, Rugby Body or Club has been obtained.

³⁴ Schriftliche Auskunft der FIFA vom 12.4.2006.

Im Gegensatz zur Regel des englischen Volleyballverbandes wird hier bereits auf höchster internationaler Ebene das Herantreten an Spieler ohne schriftliche Genehmigung verboten. Rugby ist – soweit ersichtlich – die einzige Sportart, bei der dies der Fall ist.

England: Rugby Football Union (RFU) Regulations, Agents and Approaches to Players, 4

No Club, Constituent Body, Union or other person or entity whether acting on its own account or on behalf of a third party shall, directly or indirectly, induce or attempt to induce any player or other person who is under contract with a Club, Constituent Body, Union or other person or entity to leave that Club, Constituent Body, Union or other person or entity unless the written consent of the other Club, Constituent Body, Union or other person or entity has been obtained (provided always that such written consent shall not be required in the final three months or six months in the case of players playing for Premiership clubs of the term of any contract). Any public statements by any Club, Constituent Body, Union or other person or entity of their interest in such player or other person shall be regarded as prima facie breach of this Regulation.

Ohne auf die Details näher einzugehen, ist zusammenfassend festzustellen, dass diese Regelung der RFU den Regeln der FAPL am nächsten kommt.

3.2.4 (Angebliche) Zwecksetzungen der FAPL-Transferregeln

Sinn und Zweck der FAPL-Transferregeln lassen sich in fünf Punkten zusammenfassen³⁵: Stärkung der Spielerloyalität; Stärkung der Fanloyalität; Vermeidung vorzeitiger Vertragsbeendigungen; Vermeidung eines Eingriffs in die Mannschaftsmoral; Schutz des sportlichen Gleichgewichts.

Es ist fraglich, ob diese Zwecksetzungen die restriktiven Regelungen der FAPL zu rechtfertigen vermögen. So lässt sich die Spielerloyalität etwa auch durch die Schaffung von Anreizsystemen und den Aufbau eines harmonischen beruflichen Umfelds stärken. Die Fanloyalität wird im Wesentlichen durch regionale Präferenzen sowie durch den Erfolg einer Mannschaft beeinflusst, nicht jedoch durch eine möglichst lange Bindung bestimmter Spieler an den Verein. Die Vertragsstabilität wird beispielsweise auch durch die grosszügigeren Transferperioden und weniger res-

³⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden ausführlich WITTMANN, 26 ff. m.w.N.

triktiven Transfermodalitäten des FIFA-Reglements gesichert. Hierdurch wird zugleich Eingriffen in die Mannschaftsmoral vorgebeugt. Schliesslich wird das sportliche Gleichgewicht in erster Linie durch die finanzielle Ausstattung der Ligamitglieder bestimmt. Eine vielfach beschworene Gefahr der Ausbeutung kleinerer Vereine durch finanzstarke Clubs kann durch restriktive Transferregeln der zuvor beschriebenen Art letztlich nur verzögert, aber nicht verhindert werden. Letztlich ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die restriktiven FAPL-Regeln durch die Einschaltung Dritter leicht umgangen werden können (und vermutlich auch umgangen werden), dass sich etwaige Verstösse nur in Ausnahmefällen beweisen lassen und die drohenden Sanktionen – bislang – kaum eine abschreckende Wirkung entfaltet haben dürften. So wurden im Fall Cole von der FAPL-Disziplinarkommission Strafen in Höhe von jeweils GBP 75'000 oder mehr verhängt. Die gegen den FC Chelsea verhängte Strafe ist in Relation zu setzen zu den Erlösen des Clubs in der Saison 2003/2004 in Höhe von GBP 144 Mio., auch für Cole und Murinho dürfte die Strafe ein monatliches Gehalt kaum überstiegen haben. Und wenn es tatsächlich trotz Verletzung der Transferregelungen zu einem Vereinswechsel kommen sollte, dürften die Strafen für den wechselnden Spieler regelmässig direkt oder indirekt vom aufnehmenden Club übernommen werden.

3.3 Kartellrechtliche Würdigung der FAPL-Regel K 5.

3.3.1 Vorbemerkung: Beschränkung auf das europäische Kartellrecht

Aus Gründen der Vereinfachung wird nachfolgend eine Beschränkung auf die kartellrechtliche Bewertung nach den Art. 81, 82 EG erfolgen, ohne dass geprüft wird, ob daneben oder stattdessen die Regeln des englischen Kartellrechts Anwendung finden.

3.3.2 Anwendbarkeit des EG-Vertrags

Der EuGH hat sich bereits mehrfach mit der Anwendbarkeit des EG-Vertrags auf Verbandsregeln auseinandergesetzt. So fallen nach Ansicht des Gerichtshofs Transferklauseln³⁶, Regeln über die Zusammensetzung von

³⁶ EuGH, Slg. 1995, I-4921 Rz. 114, 137 – Bosman.

Vereinsmannschaften³⁷ oder Klauseln über Transferstichtage³⁸ als sportliche Regelungen mit wirtschaftlichen Auswirkungen in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages. Demgegenüber hat der EuGH wiederholt festgestellt, dass Verbandsregelungen, die mit der Organisation oder dem ordnungsgemässen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind (Regeln über die Aufstellung von Nationalmannschaften³⁹, Regelungen zur Auswahl von Teilnehmern an internationalen Wettkämpfen⁴⁰), nicht als Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit einzustufen sind. Derartige rein sportliche Regelungen dürfen aber – wie der EuGH wiederholt festgestellt hat⁴¹ – nicht weiter gehen, als ihr Zweck dies erfordert.

An dieser Stelle wird man es bei der Feststellung belassen können, dass die in verschiedenen Verbandsstatuten nachgewiesenen Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern sportliche Regeln mit wirtschaftlichen Auswirkungen darstellen. Denn die Voraussetzungen für die Ansprache potentiell wechselwilliger Spieler (lediglich Anzeige beim bisherigen Arbeitgeber oder gar Genehmigungserfordernis) sowie insbesondere die für Vertragsverhandlungen zur Verfügung stehenden – zumal innerhalb einer Sportart uneinheitlichen – Zeitfenster haben erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Erfolgsaussichten eines beabsichtigten Spielertransfers.

3.3.3 Vereinbarkeit mit Art. 81 EG?

3.3.3.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Zunächst müsste eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegen⁴². Bei der FAPL handelt es sich um eine Unternehmensvereinigung. In ihr sind die Ligamitglieder, die ihrerseits als Unternehmen i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG einzustufen sind, zusammenge-

³⁷ EuGH, Slg. 1995, I-4921 Rz. 114, 137 – Bosman; Slg. 2003, I-413 Rz. 56-58 – Kolpak.

³⁸ EuGH, Slg. 2000, I-2681 Rz. 60 – Lehtonen.

³⁹ EuGH, Slg. 1974, 1405 Rz. 8 – Walrave; Slg. 1976, 1333 Rz. 14 – Donà.

⁴⁰ EuGH, Slg. 2000, I-2549 Rz. 64 – Deliège.

⁴¹ EuGH, Slg. 1974, 1405 Rz. 9 – Walrave; Slg. 1976, 1333 Rz. 15 – Donà; Slg. 1995, I-4921 Rz. 76, 127 – Bosman; Slg. 2000, I-2549 Rz. 43 – Deliège; Slg. 2000, I-2681 Rz. 34 – Lehtonen.

⁴² Vgl. hierzu auch WITTMANN, 39-41.

geschlossen. Sofern die FAPL sich selbst wirtschaftlich betätigt, könnte sie zugleich als Unternehmen eingestuft werden⁴³.

Verbandsregelwerke im Ligasport stellen regelmässig Vereinbarungen i.S.v. Art. 81 EG dar, weil eine Willensübereinstimmung zwischen allen Ligamitgliedern besteht, die sich den gemeinsamen Regeln verpflichten und damit ihren gemeinsamen Willen über ein bestimmtes Marktverhalten ausdrücken. Zudem stellen Regelwerke von Sportdachverbänden auch den Beschluss einer Unternehmensvereinigung dar, da die betreffenden Statuten von dem gemeinsamen Dachverband der wirtschaftlich tätigen Ligamitglieder aufgestellt und durchgesetzt werden sowie für die Verbandsmitglieder verbindlich sind.

Die FAPL-Regel K 5. bewirkt darüber hinaus eine Beeinträchtigung des freien, unverfälschten Wettbewerbs, denn es wird dadurch der Wettbewerb um die Verpflichtung von Spielern beschränkt, da die Möglichkeiten für Verhandlungen zwischen Spielern und potentiellen neuen Vereinen in jedem Fall zeitlich eingegrenzt und in besonderen Konstellationen noch an zusätzliche Anzeige- oder gar Genehmigungspflichten geknüpft werden⁴⁴. Eine Wettbewerbsbeschränkung wird durch die genannten Regeln bewirkt, weil die Beteiligten in ihrer Entscheidungsfreiheit auf dem Markt beeinträchtigt werden und dadurch die Marktstellung Dritter verändert wird. Durch die Transferregelungen werden Spieler und interessierte Vereine bei ihren Entscheidungen auf dem Spieler(transfers)markt eingeschränkt. Damit wird auch die Marktstellung der Spieler und der Spielervermittler verändert. Da in jedem Fall eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt wird, kann dahinstehen, ob eine solche von den Beteiligten auch bezweckt wurde.

Zur Bestimmung der Frage, ob eine Spürbarkeit der Auswirkungen auf die Marktverhältnisse vorliegt⁴⁵, bedarf es zunächst einer Bestimmung des relevanten Marktes. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für Profifussballer in Betracht, es handelt sich gleichsam um einen Beschaffungsmarkt für Personal⁴⁶. Denkbar ist auch ein Absatzmarkt, auf dem die

⁴³ Eine Unternehmenseigenschaft der FAPL ablehnend WITTMANN, 41, da die FAPL auf dem Spielermarkt wirtschaftlich nicht in Erscheinung trete und nur die Reglementierung und Organisation des Ligenbetriebs übernehme; hinsichtlich der Vermarktung von Übertragungsrechten könne jedoch eine Unternehmenseigenschaft der FAPL angenommen werden.

⁴⁴ Vgl. auch WITTMANN, 44 ff.

⁴⁵ Vgl. hierzu ausführlich WITTMANN, 50 ff.

⁴⁶ FLEISCHER, 475.

Vereine sowohl als Anbieter als auch als Abnehmer tätig sind⁴⁷. Der sachlich relevante Markt wird im Hinblick auf die Ausgangsproblematik primär nach dem Bedarfsmarktkonzept abzugrenzen sein. Der auch von der Kommission verfolgte Ansatz der sogenannten Kreuzpreiselastizität scheint weniger geeignet zu sein, da Fussballspieler keine „homogenen Güter“ darstellen⁴⁸. Die Leistungen einzelner Spieler sind kaum miteinander vergleichbar. Wie auch immer ermittelte (oder auch nur vermutete) Leistungsdifferenzen geringen Ausmasses können auf der Einkommenseite bereits zu erheblichen Unterschieden führen. Es ist zweifelhaft, ob eine Aufteilung des Marktes für Fussballspieler nach der Qualität (Spitzenspieler, Nationalspieler, Ergänzungsspieler etc.), nach der Spielposition (Torwart, Verteidiger, Mittelfeldspieler, Stürmer) oder nach dem Alter (Jungspieler, erfahrener Spieler, Spieler vor dem Ende ihrer Karriere) sinnvoll ist, zumal die Grenzen kaum zuverlässig bestimmt werden können.

Der räumlich relevante Markt umfasst – zumindest – den europaweiten Beschaffungsmarkt für Spieler mit den finanzkräftigsten Ligen und Vereinen⁴⁹. Es fragt sich jedoch, ob nicht auch andere Nationen wie USA, Katar und Japan in die Betrachtung mit einbezogen werden sollten, weil in den genannten Ländern Fussballspieler insbesondere im „Herbst“ ihrer sportlichen Laufbahn noch überaus attraktive Gehälter erzielen können. Demgegenüber wechseln die meisten der südamerikanischen (anders als etwa südkoreanische oder japanische) Spitzenfussballspieler in europäische Ligen.

Wenn man sich nunmehr auf den englischen Beschaffungsmarkt für Profifussballspieler beschränkt, so wird man – vermutlich sogar unabhängig von der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes – eine Spürbarkeit der Auswirkungen auf die Marktverhältnisse annehmen können. Eine Orientierung an den Transferausgaben erscheint insoweit nicht sachgerecht, weil Spieler am Ende ihrer Vertragslaufzeit regelmässig ablösefrei wechseln können, so dass entsprechende Kennzahlen wenig aussagekräftig wären. Näher liegend erscheint es, sich an der Gehaltsstruktur der Vereine und Ligen zu orientieren, weil diese über einen längeren Zeitraum weniger Schwankungen unterliegt⁵⁰. Es kann trotz Fehlens belastbarer Da-

⁴⁷ WITTMANN, 54.

⁴⁸ WITTMANN, 55.

⁴⁹ Für eine Beschränkung auf den europäischen Spielermarkt BOYES, 75; WITTMANN, 56 f., beschränkt den relevanten Markt auf die erfolgreichsten europäischen Fussballnationen.

⁵⁰ SZYMANSKI, 141.

ten letztlich als wahrscheinlich angesehen werden, dass die Clubs der Premier League die Schwelle von 10 % des relevanten Marktes überschreiten. Ob dies freilich auch allein für die Wechsel innerhalb der Liga – nur diese unterfallen den strengen FAPL-Regeln⁵¹ – gilt, mag bezweifelt werden. Dies kann hier nicht abschliessend beurteilt werden, soll aber für die weiteren Erwägungen unterstellt werden.

Weitere Voraussetzung einer Verletzung von Art. 81 Abs. 1 EG ist das Vorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Das Gemeinschaftsrecht ist anwendbar, wenn sich unter Berücksichtigung der gesamten Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussagen lässt, dass der Waren- oder Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einer für die Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes negativen Weise beeinflusst werden kann⁵². Prima facie erscheint es zweifelhaft, ob eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels überhaupt vorliegt⁵³, weil – wie bereits zuvor dargelegt – nur Clubs der Premier League an die im Vergleich zum FIFA-Reglement verhältnismässig strengen FAPL-Regeln bei Spielertransfers gebunden sind. Sofern man auf den Beschaffungsmarkt für professionelle Fussballspieler abstellt, könnte der Umstand, dass auch nicht-englische Fussballspieler, die in der Premier League tätig sind, von den FAPL-Regeln betroffen sind, einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels entgegenstehen. Bei einer solchen Betrachtungsweise würde jedoch die den englischen Markt abschottende Wirkung der FAPL-Regeln vernachlässigt. So hat der EuGH in dem Verfahren „Wouters“ festgestellt, was die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels angehe, so habe ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Ver-

⁵¹ Vgl. Abschnitt 3.2.1 sowie insbesondere FAPL-Regel K 5., die nur für „Clubs“, also Mitglieder der FAPL gilt. Für die übrigen Spielertransfers findet Art. 18 Abs. 3 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern 2005 Anwendung, vgl. Abschnitt 3.2.2.

⁵² Kommission, Entsch. v. 20.7.1978, ABl. 1978, L 224, S. 29 Rz. 91 – FEDETAB.

⁵³ A.A. WITTMANN, 60 f.

flechtung behindert⁵⁴. Dieser Ansatz ist von der Kommission ausdrücklich übernommen worden⁵⁵.

Aufgrund der vorgenannten Erwägungen kann man also durchaus zu dem Ergebnis gelangen, dass die FAPL-Regel K 5. die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt. Eine Kartellrechtswidrigkeit kann indes nur angenommen werden, wenn insoweit weder eine Tatbestandsrestriktion eingreift (vgl. hierzu Abschnitt 3.3.3.2) noch eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht kommt (vgl. Abschnitt 3.3.3.3).

3.3.3.2 *Tatbestandsrestriktionen*

In Rechtsprechung und Schrifttum sind bereits verschiedene Ansätze entwickelt worden, die im Ergebnis darin übereinstimmen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Regelwerke von Sportverbänden nicht von den Tatbeständen des Kartellverbots (Art. 81 EG) sowie des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG) erfasst werden. Die verschiedenen Ansätze lassen sich jedoch – wie nunmehr darzulegen sein wird – nicht auf die Ausgangsproblematik übertragen.

3.3.3.2.1 Sportimmanenztheorie

Besondere Bedeutung ist insbesondere im Schrifttum wiederholt dem Aspekt der Sportimmanenz eingeräumt worden⁵⁶. Bestimmte Vereinbarungen werden geduldet, die zwar sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 81 Abs. 1 EG erfüllen, aber zum Erreichen des Zwecks der Gesamtvereinbarung, dem Funktionieren der Liga, notwendig sind⁵⁷. Wenn also Transferregeln dem Sport immanente Vorschriften darstellen, ohne die das Funktionieren der betroffenen Sportliga in Frage gestellt wäre, käme eine Anwendung des Art. 81 EG nicht in Betracht. In diesem Zusammenhang ist freilich zu berücksichtigen, dass es kein Urteil des EuGH gibt, in dem

⁵⁴ EuGH, Slg. 2002, I-1577 Rz. 95 – Wouters unter Bezugnahme auf EuGH, Slg. 1972, 977 Rz. 29 – Vereiniging van Cementhandelaren/Kommission; Slg. 1985, 2545 Rz. 22 – Remia u.a./Kommission; Slg. 1998, I-3851 Rz. 48 – Kommission/Italien.

⁵⁵ Vgl. Bekanntmachung der Kommission vom 27.4.2004, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 EG, ABl. C 101/90 Rz. 78.

⁵⁶ Vgl. hierzu bereits HEERMANN, Sport und Kartellrecht, 202 f., m.w.N.; siehe zuletzt auch WITTMANN, 62 f.

⁵⁷ Vgl. stellvertretend FLEISCHER/KÖRBER, 9.

derartige sportimmanente Beschränkungen des Wettbewerbs anerkannt worden wären⁵⁸. Allerdings hat die Kommission in einem Fall zur Beschränkung der Mehrfachbeteiligung an Fussballvereinen und -kapitalgesellschaften Erwägungen angestellt, die Parallelen zur Sportimmanenztheorie erkennen lassen⁵⁹.

Es liegt auf der Hand, dass der Reiz einer Sportliga u.a. auch von der wechselnden Zusammensetzung der Mannschaften, die an dem Ligawettbewerb teilnehmen, ausgeht. Transferregelungen sind dem Ligasport also durchaus immanent. Mit derartigen einheitlichen Regeln werden verschiedene Zwecke verfolgt⁶⁰: Die Chancengleichheit soll im Sinne einer Vergleichbarkeit der erzielten Spielergebnisse innerhalb eines relevanten Zeitabschnitts, d.h. zumindest während einer Spielsaison, aufrechterhalten werden. Andernfalls würden die wirtschaftlich stärkeren Ligamitglieder während einer laufenden Saison je nach Tabellenrang den schwächeren Mitgliedern die Leistungsträger entziehen können. Zumindest innerhalb einer Saison muss also der sportliche Wettbewerb funktionsnotwendig davor geschützt werden, in einen primär wirtschaftlichen Wettbewerb überzugehen⁶¹. Wie Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen zum „Lehtonen“-Verfahren zutreffend festgestellt hat, sind Transferfristen insoweit grundsätzlich geeignet, erforderlich und angemessen⁶². Dadurch darf freilich nicht der Spielerwechsel ausserhalb der Saison behindert werden. In diesem Zusammenhang ist zudem auf die Vereinbarkeit der Transferregelungen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.v. Art. 39 EG zu achten. In dem konkreten Verfahren traf der EuGH keine abschliessende Entscheidung hinsichtlich der Streitgegenständlichen zeitlichen Staffelung der Transferfristen für den nationalen, europäischen und weltweiten Wechsel im Basketball, sondern verwies für die noch fehlenden Feststellungen zum Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Staffelung an das Vorlagegericht zurück. Generalanwalt Alber äusserte Zweifel, ob die gestaffelte

⁵⁸ Vgl. dagegen bezüglich Satzungen von beruflichen Standesorganisationen EuGH, Slg. 2002, I-1577 Rz. 97 ff., 110 – Wouters; der Gerichtshof stellte fest, dass die Standesregeln trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen für die ordnungsgemäße Ausübung des Berufs erforderlich sind und daher nicht gegen Art. 81 EG verstießen.

⁵⁹ Kommission, Entsch. v. 25.6.2002, COMP/37806 – ENIC/UEFA; ausführlich zu dieser Entscheidung sowie zur (europa-)rechtlichen Problematik der Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften HEERMANN, WRP 2003, 724 ff.

⁶⁰ Vgl. stellvertretend HANNAMANN, 176 f.

⁶¹ PARLASCA, 174 f.

⁶² GA ALBER, Slg. I-2000, 2685 Nr. 72 – Lehtonen.

Fristenregelung geeignet sei, die Vergleichbarkeit der Ergebnisse zu gewährleisten⁶³.

Wenn man diesen Ansatz auf die Ausgangsproblematik der in verschiedenen Verbandsstatuten nachgewiesenen Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern überträgt, so wird man derartige Verbandsregelungen zwar als funktionsnotwendig und damit sportimmanent ansehen können. Eine Anwendbarkeit des Kartellrechts scheidet indes nur aus, wenn die betreffenden Regeln nicht weiter gehen, als ihr Zweck dies erfordert, wenn sie also – mit anderen Worten – verhältnismässig sind⁶⁴. Zweifel an der Verhältnismässigkeit der FAPL-Regelungen bestehen insoweit, als diese im Gegensatz zum FIFA-Reglement nur ein begrenztes Zeitfenster für Vertragsverhandlungen lassen und deren Zulässigkeit insbesondere von einer Zustimmung des aktuellen Arbeitgebers abhängig machen.

3.3.3.2.2 Wettbewerbsöffnungstheorie

Die sogenannte Wettbewerbsöffnungstheorie⁶⁵, die eine gewisse inhaltliche Nähe zur Immanenztheorie aufweist, besagt Folgendes: Wenn eine Absprache objektiv das einzig mögliche Mittel darstellt, um Wettbewerb überhaupt erst zu schaffen, fällt sie nicht unter das Kartellverbot von Art. 81 Abs. 1 EG⁶⁶. Neben der Wettbewerbsöffnung kann nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht auch eine Markterschliessung oder Wettbewerbsbelebung eine Nichtanwendbarkeit von Art. 81 EG rechtfertigen⁶⁷. Anders als bei dem unter dem Schlagwort Sportimmanenz diskutierten Ansatz muss es sich nicht um Verhaltensabsprachen mit sportspezifischem Charakter handeln. Es ist ein Vergleich mit der Situation anzustellen, die ohne die Absprache bestände, um zu überprüfen, ob die betreffende Absprache tatsächlich die Ursache für die Wettbewerbsöffnung ist oder ob entsprechender Wettbewerb auch mit weniger restriktiven Mitteln erreichbar wäre. Wenn man Transferregelungen hinwegdenkt, so würde gleichwohl Ligasport stattfinden, so dass die Annahme, entsprechende Statuten würden den Wettbewerb erst eröffnen, fern liegt.

⁶³ GA ALBER, Slg. I-2000, 2685 Nr. 82 – Lehtonen.

⁶⁴ Vgl. die Nachw. in Fn. 41.

⁶⁵ Vgl. hierzu auch WITTMANN, 64 f., m.w.N.

⁶⁶ GRILL, Art. 81 Rz. 21.

⁶⁷ FRITZSCHE, 53 f.

3.3.3.2.3 Arbeitsrechtliche Ausnahme

Generalanwalt Lenz hat in seinen Schlussanträgen zum „Bosman“-Verfahren eine arbeitsrechtliche Ausnahme vom Kartellverbot diskutiert⁶⁸. Dieser Ansatz hat durch Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 1999 deutliche Konturen erhalten⁶⁹. 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 Kartellverbot⁷⁰ 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 vertreten⁷¹. Zweitens müssen die entsprechenden Verträge im Hinblick auf sozialpolitische Ziele geschlossen werden. Es ist fraglich, ob Transferregelungen überhaupt in den Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Ausnahme fallen können, weil Absprachen über Transfersysteme nicht einen Kernbereich wie Arbeitsbedingungen festlegen, sondern den Austausch von Arbeitnehmern begrenzen⁷².

3.3.3.3 Rechtfertigungsmöglichkeiten

Seit der Einführung der VO Nr. 1/2003 fungiert Art. 81 Abs. 3 EG als Legalausnahme, die eine Freistellung kraft Gesetzes bewirkt, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Damit Transferregelungen über Art. 81 Abs. 3 EG von der Anwendung des Kartellverbotstatbestandes i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen werden können, müssen sie zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. zur Förderung

⁶⁸ GA LENZ, Slg. 1995, I-4921 Nr. 268 ff. – Bosman; vgl. hierzu auch HANNAMANN, 170; HEERMANN, Salary Cap, 133 ff.; WITTMANN, 65 ff., jeweils m.w.N.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ In den USA werden arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen durch die sogenannte *non-statutory labor exemption* dem Kartellrecht entzogen; vgl. hierzu FIKENTSCHER, 189 ff.

⁷¹ Vgl. zuletzt zustimmend zu der Frage, ob in England die Football Association Premier League Ltd. (FAPL) auf der Arbeitgeberseite und die Professional Footballers' Association (PFA) auf der Arbeitnehmerseite als tariffähige Parteien angesehen werden können, WITTMANN, 67 ff.

⁷² WEISS, 98; a.A. WITTMANN, 66 f., (einschränkend jedoch) 70 f.

des wirtschaftlichen oder technischen Fortschritts beitragen und die Verbraucher zudem an der Verbesserung des daraus entstehenden Gewinns angemessen beteiligen. Dabei dürfen den beteiligten Unternehmen jedoch keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind. Zudem darf den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten⁷³.

Wenn man diese Voraussetzungen nunmehr auf die FAPL-Regeln K 1.-6. anwendet, ergibt sich folgendes Bild⁷⁴: Auf Seiten der Vereine sind Effizienzgewinne denkbar, die sich aus Kostenvorteilen ergeben, weil die unter Vertrag stehenden Spieler ihren Marktwert nach den genannten Regeln nicht oder zumindest in zeitlicher Hinsicht nur sehr eingeschränkt testen können. Damit korrespondieren freilich Informationsdefizite der Spieler. Eine grössere Planungssicherheit der Vereine ist wahrscheinlich, weil Spitzenspieler vermutlich länger im Kader verbleiben. Allerdings kann diese die Wettbewerbsfreiheit beschränkende Massnahme kaum als unerlässlich angesehen werden, denn eine zu vermutende grössere Konstanz eingespielter Spielerkader muss nicht notwendigerweise durch eine über das FIFA-Reglement hinausgehende Beschränkung der Verhandlungsmöglichkeiten für die Spieler herbeigeführt werden. Als milderes Mittel kämen von den aktuellen Vereinen zu installierende Anreizsysteme in Betracht, die den aktuellen Spielern einen Verbleib im Verein nahe legen. Dies müssen nicht zwingend finanzielle Anreize sein, auch das Spieler- und Vereinsumfeld (etwa In-Aussicht-Stellen eines Wechsels in das Vereinsmanagement oder den vereinseigenen Trainerstab sowie sonstiger beruflicher Perspektiven) spielen eine nicht zu unterschätzende Rolle. Schliesslich dürfte es an einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an den Effizienzgewinnen fehlen. Es ist davon auszugehen, dass die Kostensenkungen der Vereine durch niedrigere Gehaltskosten und Transferzahlungen üblicherweise nicht an die verbleibenden Spieler weitergegeben werden. Auch die Zuschauer scheinen nicht zu profitieren, weil die Eintrittspreise in den Stadien der Premier League in den vergangenen Jahren gestiegen sind⁷⁵. Weitergegeben an Verbraucher wird allenfalls ein längerer Verbleib der Spitzenspieler im Team, wodurch freilich die Mög-

⁷³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, Bekanntmachung der Kommission (2004/C 101/08), ABl. C 101/97 v. 27.4.2004.

⁷⁴ Vgl. hierzu auch WITTMANN, 72 ff.

⁷⁵ WITTMANN, 77 m.w.N.

lichkeiten zur Ergänzung bzw. zum Austausch des Spielerkaders eingeschränkt werden. Die grössere Konstanz der Spielerkader geht letztlich aber zu Lasten der Spieler, deren Verhandlungsmöglichkeiten während der Laufzeit des Vertrages stark eingeschränkt werden. Da die FAPL-Regeln letztlich – wie die Praxis zeigt – zudem den Wettbewerb für einen erheblichen Zeitraum ausschliessen, kommt eine Freistellung der betreffenden Verbandsstatuten nach Art. 81 Abs. 3 EG nicht in Betracht.

3.3.4 Vereinbarkeit mit Art. 82 EG?

Zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG besteht Idealkonkurrenz, d.h. beide Bestimmungen können durch dasselbe Verhalten verletzt werden. Eine Anwendung von Art. 82 EG auf den Ausgangsfall setzt eine beherrschende Stellung der FAPL auf dem relevanten Markt voraus. Wie bereits zuvor festgestellt (vgl. Abschnitt 3.3.3.1), ist von einem – zumindest – europaweiten Beschaffungsmarkt für Spieler mit den finanzkräftigsten Ligen und Vereinen auszugehen. Eine beherrschende Stellung ist „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schliesslich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁷⁶ Vorliegend bedarf es keiner abschliessenden Prüfung, ob hinsichtlich der Vereine der Premier League durch Einschaltung der FAPL die Voraussetzungen für eine kollektive Marktbeherrschung vorliegen und ob das Verhalten der Vereine der FAPL zugerechnet werden kann (zu den Voraussetzungen vgl. bereits zuvor Abschnitt 2.2.3.3), denn trotz der überaus hohen Grundgehälter, die in der englischen Premier League gezahlt werden⁷⁷, ist eine marktbeherrschende Stellung der Vereine der Premier League und/oder der FAPL auf dem – zumindest – europaweiten Beschaffungsmarkt für Fussballspieler nahezu ausgeschlossen.

⁷⁶ EuGH, Slg. 1978, 207 Rz. 63, 66 – United Brands.

⁷⁷ Vgl. FAZ v. 12.4.2005, 36: „Das Grundgehalt der Fußballprofis in der englischen Premier League liegt nach einer am Dienstag veröffentlichten Untersuchung der Profigewerkschaft und der Tageszeitung ‚The Independent‘ bei umgerechnet knapp einer Million Euro pro Jahr. Das bedeutet eine Steigerung von 65 Prozent seit 2000. Großverdiener sind die Stürmer mit umgerechnet EUR 1,15 Millionen. Am wenigsten verdienen laut der Erhebung die Torhüter mit durchschnittlich EUR 750'000.“

Ein wichtiger Indikator ist bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung – neben der Struktur des relevanten Marktes – der Marktanteil. So können besonders hohe Marktanteile als Beweis für eine marktbeherrschende Stellung angesehen werden, sofern keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen⁷⁸. EuGH und EuG haben wiederholt festgestellt, dass dazu bereits ein Marktanteil von mehr als 50 % ausreichen soll⁷⁹. Demgegenüber werden Marktanteile zwischen 40 % und 50 % als Hinweis auf eine beherrschende Stellung angesehen. Das Vorliegen einer solchen ist indes äusserst unwahrscheinlich, wenn der Marktanteil nur bei 25 % bis 40 % liegt⁸⁰, und gar praktisch ausgeschlossen bei einem unter dieser Marke liegenden Marktanteil⁸¹. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Marktanteil der Vereine der Premier League auf dem Beschaffungsmarkt neben den etablierten und teilweise gleichfalls überaus finanzkräftigen Ligen z.B. in Spanien, Frankreich, Italien, Deutschland, Holland, Belgien und Schottland über 25 % liegt. Insofern bedarf es keiner Prüfung mehr, ob der Erlass der FAPL-Regel K 5. überhaupt eine missbräuchliche Verhaltensweise i.S.v. Art. 82 EG darstellt.

3.4 Fazit

Eine Unvereinbarkeit der FAPL-Regel K 5. mit Art. 81 EG liegt nahe, eine Tatbestandsrestriktion kommt ebenso wenig in Betracht wie eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG. Demgegenüber kann insoweit der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die FAPL bzw. die Vereine der Premier League ausgeschlossen werden.

Bis zum 30.6.2007 hat die FAPL ihre Transferregelungen der FIFA zur Genehmigung vorzulegen. Angesichts der vorangehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass die FAPL-Regel K 5. in der gegenwärtigen Fassung nicht genehmigungsfähig ist, sondern zuvor der Anpassung an Art. 18 Abs. 3 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern 2005 bedarf.

⁷⁸ EuGH, Slg. 1991, I-3359 Rz. 60 – AKZO.

⁷⁹ EuGH, Slg. 1979, 461 Rz. 28 – Hoffmann-La Roche; EuG, Slg. 1999, II-2969 Rz. 70 – Irish Sugar.

⁸⁰ EILMANSBERGER, Art. 82 Rz. 13.

⁸¹ JUNG, Art. 82 Rz. 85.

Literaturverzeichnis

- BOYES, SIMON: Globalisation, Europe and Re-regulation of Sport, in: CAIGER, ANDREW/ GARDINER, SIMON (Hrsg.): Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-regulation, Den Haag 2000, 65.
- DROLET, JEAN-CHRISTIAN: Extra Time: Are the New FIFA Transfer Rules Doomed?, *International Sports Law Journal (ISLJ)* 2006, 66.
- EILMANSBERGER, THOMAS: Kommentierung zu Art. 82 EG, in: STREINZ, RUDOLF (Hrsg.): EUV/EGV Kommentar, München 2003.
- FIKENTSCHER, ADRIAN: Salary Cap im Sport, in: VIEWEG, KLAUS (Hrsg.): Spektrum des Sportrechts, Berlin 2003, 189.
- FLEISCHER, HOLGER: Absprachen im Profisport und Art. 85 EGV, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1996, 473.
- FLEISCHER, HOLGER/KÖRBER, TORSTEN: Der Einfluß des amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2001, 6.
- FRITZSCHE, JÖRG: Notwendige Wettbewerbsbeschränkung im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 1996, 31.
- GRILL, GERHARD: Kommentierung zu Art. 81 EG, in: LENZ, CARL OTTO (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag, Kommentar, Köln u.a. 2003.
- HANNAMANN, ISOLDE: Kartellverbot und Abstimmungen auf den Spielermärkten – Transfer-, Ausländer- und Salary-Cap-Vereinbarungen, in: VIEWEG, KLAUS (Hrsg.): Spektrum des Sportrechts, Berlin 2003, 159.
- HEERMANN, PETER W. (WRP 2003): Mehrheitsbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften im Lichte des Europarechts, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2003, 724.
- HEERMANN, PETER W. (Salary Cap): Salary Cap – Kartellrechtliche Grenzen, in: ZIESCHANG/KLIMMER (Hrsg.): Unternehmensführung im Profifußball – Symbiose von Sport, *Wirtschaft und Recht*, Bayreuth 2004, 123.
- HEERMANN, PETER W. (Sport und Kartellrecht): Sport und Kartellrecht, in: ARTER, OLIVER (Hrsg.): Sport und Recht – 2. Tagungsband, Bern 2005, 197.
- JUNG, CHRISTIAN: Kommentierung zu Art. 82 EG (Stand: Januar 2001), in: GRABITZ, EBERHARD/HILF, MEINHARD (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 27. Ergänzungslieferung, München 2005.
- JUNGHEIM, STEPHANIE: Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, Berlin 2002.
- MURESAN, REMUS: Anmerkungen zum Urteil des EuGEI und zum Beschluss des EuGH i.S. Piau / Europäische Kommission, *Causa Sport (CaS)* 2006, 243.
- PARLASCA, SUSANNE: Kartelle im Profisport, Ludwigsburg u.a. 1993.
- PINNA, ANDREA: The International Supply of Sports Agent Services, *International Sports Law Journal (ISLJ)* 2006, 20.
- SCHERRER, URS (FIFA-Spielervermittler-Regelung): Die revidierte FIFA-Spielervermittler-Regelung, *Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt)* 2001, 171.
- SCHERRER, URS (Sportlervermittler): Sportlervermittlung & Sportlermanagement, Bern/ München 2003.

- SCHROEDER, WERNER: Sportrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht – Zu neueren Entwicklungen in der Praxis der Kommission und des EuGH, *Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt)* 2006, 1.
- SZYMANSKI, STEFAN: The Market for Football Players in England after Bosman: Winners and Losers, in: JEANRENAUD, CALUDE/KÉSENNE, STEFAN (Hrsg.): *Competition Policy in Professional Sports*, Antwerpen 1999, 141.
- VETTER, RAINER: Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht – zugleich Besprechung von EuG, T-193/02, *Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt)* 2005, 233.
- WEISS, WOLFGANG: Transfersystem und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt)* 1998, 97.
- WITTMANN, MARC: EU-kartellrechtliche Untersuchung der Regeln der Englischen Football Association Premier League Ltd. bezüglich Vertragsverhandlungen zwischen Spielern und Vereinen, *Diplomarbeit im Studiengang Sportökonomie an der Universität Bayreuth* 2006.