

Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), 2001, Seiten 1140-1145:

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

Können Sportligen über das Konzentrationsprivileg vom Kartellverbot freigestellt werden?

- zugleich eine Besprechung von

Hannamann, Isolde: Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport; Berlin, 2001 -

I. Einleitung

In den vergangenen Jahren ist eine deutliche Zunahme von Dissertationen zu aktuellen sportrechtlichen Problemstellungen zu konstatieren. Die Gründe hierfür sind sicherlich in der sich unaufhaltsam ausbreitenden Kommerzialisierung des Sportgeschehens sowie den damit einhergehenden oder neu entstehenden Rechtsproblemen zu sehen. Spätestens mit dem „Europapokalheimspiele“-Beschuß des BGH vom 11. Dezember 1997¹ ist einem breiten (Fach-)Publikum das kartellrechtliche Konfliktpotential offenkundig geworden, welches der typischen Koordination und Abstimmung des Verhaltens innerhalb der Sportverbände innewohnt. Die Problemfälle laufen zumeist nach dem gleichen Schema ab: Sportverbände sehen sich, gestützt auf die verfassungsrechtlich abgesicherte Verbandsautonomie, vielfach in einem rechtlichen Freiraum oder beanspruchen zumindest eine rechtliche Sonderstellung, während die Kartellbehörden von einer weitgehend unmodifizierten Anwendung der allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften auch auf Sportverbände und deren Mitglieder ausgehen. In den unterschiedlichen Bereichen des Sports stellen sich zahlreiche dogmatisch interessante und praktisch wichtige Rechtsfragen, deren sachgerechte Beantwortung nicht nur das Verbands- und Kartellrecht berührt, sondern auch - zumindest in gewissem Maße – eine Vertrautheit mit den ökonomischen und verwaltungstechnischen Besonderheiten des Sports voraussetzt.

* University of Wisconsin. Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth sowie Richter am OLG Nürnberg.

¹ BGHZ 137, 296 ff.

Ogleich bereits zuvor einige wissenschaftliche Arbeiten zu Fragen des Kartellrechts im Sport veröffentlicht worden sind, ist es *Hannamann* mit ihrer von *Vieweg* betreuten Dissertation gelungen, einen neuen Meilenstein zu setzen. Die Arbeit besticht durch die ebenso detaillierte wie umfassende Aufbereitung der kartellrechtlichen Problematik einschließlich der rechtstatsächlichen Grundlagen, das Einfühlungsvermögen in das europäische und US-amerikanische Kartellrecht sowie die zahlreichen eigenständigen Denk- und Lösungsansätze. Die vielfach anregenden rechtlichen Vorschläge und Ideen können nachfolgend naturgemäß nicht im Detail nachgezeichnet werden, stattdessen sollen die Grundstrukturen aufgezeigt sowie die Hauptlinien der Gedankenführung kritisch gewürdigt werden (II.). Einige Passagen der zu besprechenden Arbeit sind in der gerade im Bereich des Sportrechts schnelllebigen Zeit bereits überholt oder bedürfen der Modifikation. Diese Aspekte sollen abschließend in einem eigenen Abschnitt aufgegriffen und in die aktuellen Zusammenhänge eingeordnet werden (III.). Dabei wird sodann im Lichte von *Hannamanns* Thesen die im Titel dieses Besprechungsaufsatzes angedeutete Rechtsproblematik vertieft werden.

II. Aufbau und wesentliche Gedanken der Arbeit *Hannamanns*

1. Im einleitenden Abschnitt (S. 37 ff.) skizziert *Hannamann* zunächst die kartellrechtliche Problematik, um nach einem Überblick über den Gang der Untersuchung das Thema insbesondere durch Beschränkung auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen einzugrenzen. Dabei geht sie in der gebotenen Kürze auch auf die bereits vieldiskutierte Rechtsformenproblematik ein. Zutreffend stellt sie fest, daß den Vereinen der Fußball-Bundesliga angesichts der wirtschaftlichen Entwicklungen im Profifußball die Rechtsfähigkeit als Idealverein entzogen werden könnte und müßte². Sodann spricht sie der zuständigen Behörde bei einer unzulässigen Formenwahl nach § 43 Abs. 2 BGB eine *ermessensgebundene* Befugnis zu, dem Verein die Rechtsfähigkeit zu entziehen (S. 48). Hier übersieht *Hannamann*, daß sich das Bundesverwaltungsgericht mit überzeugenden Gründen in seinem „Scientology Church“-Urteil³ der gegenteiligen Auffassung angeschlossen hat; es sei angesichts der Bedeutung des § 43 Abs. 2 BGB als Vorschrift zur Abwehr der abstrakten Gefahr für die Gläubigerinteressen infolge Ausfalls der Normativbedingungen des Handelsvereinsrechts an sich kein Platz für Ermessenserwägungen. Den Abschluß der Einleitung

² Siehe stellvertretend *Reuter* in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 4. Aufl., 2001, §§ 21, 22 Rdn. 43 m.w.N.

³ BVerwG NJW 1998, 1166.

bilden sodann die hilfreichen Definitionen der hernach verwendeten Arbeitsbegriffe (Liga, Verein, Club, Verband, Förder- und Treuepflicht).

2. Im ersten Teil der Arbeit wendet sich *Hannamann* den rechtstatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Sportverbandswesens zu. Breiter Raum wird der sporttypischen Monopolstruktur eingeräumt (S. 54 ff.), die auf die späteren kartellrechtlichen Fragestellungen ausstrahlt. Sorgfältig wird dargelegt, daß es sich insoweit in der Tat um eine für das Funktionieren des verbandsmäßig betriebenen Sports notwendige Beschränkung des Wettbewerbs handelt. Gleichfalls von grundlegender Bedeutung für die nachfolgenden Ausführungen ist das Herausarbeiten der Förderpflichten im Sport (S. 87 ff.), wobei die Parallelen zur Diskussion der mitgliedschaftlichen Treuepflichten im Kapitalgesellschaftsrecht offengelegt werden. Der anschließenden Bestimmung von Inhalt und Intensität der Förderpflichten im Sport (S. 97 ff.) kommt bereits vorentscheidende Bedeutung für zahlreiche kartellrechtliche Problemfälle zu. Aus den Förderpflichten leitet *Hannamann* in überzeugender Weise als „sportfunktionsnotwendige Maßnahmen und als Voraussetzungen langfristigen Ligabestands und Ligafunktionierens u.a. die Förderung eines gewissen Gleichgewichts unter den Ligateilnehmern im Interesse ungewisser Spielausgänge sowie die Gewährleistung der Nachwuchsausbildung“ ab (S. 100 f.).

In diesem Teil der Arbeit werden zwar keine grundlegend neuen Erkenntnisse zutage gefördert, allerdings wird man andernorts kaum eine derart fundierte und kompakte Darstellung finden. In den stets informativen Fußnoten kann sich der Leser nicht nur die deutschsprachige Rechtsprechung und Literatur umfassend erschließen, vielmehr sind auch US-amerikanische und englische Gerichtsentscheidungen sowie teils unveröffentlichte, teils nur schwer zugängliche Materialien etwa der EU-Kommission ausgewertet worden⁴.

3. Fast ein Drittel des rund 470-seitigen Textabschnitts der Arbeit nimmt der zweite Teil ein, in dem die rechtstatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Sportvermarktung vertieft werden (S. 104 ff.). Eine beeindruckende Fülle von Informationen und Daten zur Sportvermarktung wird anhand zahlreicher Beispiele veranschaulicht, wobei sich *Hannamann* nicht auf einige wenige

⁴ Wiederholt nimmt *Hannamann* auf „EU-Kommission, Vorläufige Leitlinien“ Bezug; leider läßt sich über das ansonsten vorzügliche Literaturverzeichnis eine Fundstelle für dieses offensichtlich grundlegende und richtungweisende Dokument nicht erschließen.

Sportarten beschränkt, sondern in mühsamer Fleißarbeit die Statuten zahlloser Sportverbände ausgewertet hat.

In Abschnitt D. des zweiten Teils wendet sie sich sodann den Vermarktungsbefugnissen im Sport zu (S. 154 ff.). Ein zentraler Punkt der aktuellen Diskussion sei herausgegriffen – die Vermarktungs(mit)berechtigung der rahmengebenden Sportverbände (S. 189 ff.). Diese Frage ist nicht nur im Hinblick auf die Inhaberschaft an den sog. Fernsehrechten an Fußballspielen von Bedeutung. Jüngst ist die Frage aufgetreten, gegen wen Fernsehsender, die zum Zweck der Ausübung des vom Bundesverfassungsgericht garantierten Rechts auf Kurzberichterstattung Einlaß in Fußballstadien begehren, ihren Anspruch durchzusetzen haben: Gegen den Heimverein als alleinigen Veranstalter des Sportereignisses? Oder aber gegen den Heimverein und die Deutsche Fußball Liga (DFL) als Mitveranstalter? Oder etwa allein gegen den Ligaverband? Der BGH hat sich hierzu in seinem „Europapokalheimspiele“-Beschuß nur beiläufig und indirekt geäußert. Er erkannte – freilich bezogen auf den UEFA-Pokal - in den jeweiligen Heimvereinen die „originären Mitinhaber der Vermarktungsrechte“, da sie „wesentliche wirtschaftliche Leistungen für die Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte“ erbringen würden und daher die „natürlichen Marktteilnehmer“ seien, die die im Zusammenwirken mit dem jeweiligen Gastverein erarbeitete Leistung auf der Grundlage abgesprochener Gegenseitigkeit vermarkten dürften⁵. Demgegenüber sei der DFB an der Schaffung dieser Leistung nicht in einer Weise beteiligt, daß auch er an der Vermarktung der Spiele aus eigenem Recht mitwirken könne, während die UEFA durch ihre Beteiligung eine „originäre Mitberechtigung“ an der Vermarktung der angesprochenen Europapokalspiele erlangt haben könnte. Was diese Passage für die ungeklärte Frage nach dem Veranstalter von Spielen der Fußball-Bundesligen bedeutet, ist nach wie vor umstritten. Hier spricht sich *Hannamann* in Übereinstimmung mit der inzwischen vorherrschenden Auffassung⁶ dafür aus, Heimverein und DFB (jetzt: DFL) als Mitveranstalter anzusehen, auf die sie die Regelungen über die Bruchteilsgemeinschaft analog §§ 741 ff. BGB anwendet. Sie schlußfolgert, daß dies zur zwingenden gemeinsamen Kostentragung gem. § 748 BGB führt, die von dem hierzu nicht bereiten Mitveranstalter – regelmäßig dem

⁵ Siehe hierzu BGHZ 137, 296, 306 f. – Europapokalheimspiele.

⁶ *Ahrens/Jänich*, Vergabe von Fernsehübertragungsrechten für Basketballspiele durch den Deutschen Basketballbund (DBB), in: *Vieweg* (Hrsg.), Vermarktungsrechte im Sport – Rechtsgutachten, 2000, S. 9, 17 ff.; *Archner*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit der zentralen Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an Bundesligaspielen durch den DFB, 2000, S. 22, 54, 57 ff.; *Jänich*, GRUR 1998, 438, 441; *Mestmäcker*, Veranstalterrechte als Fernsehrechte, FS Sandrock, 2000, S. 689, 695 ff.

(gemeinnützigen) Sportverband – durch Verkauf seines Anteils an den anderen Teilhaber, d.h. den Heimverein, vermieden werden könne. An der Praktikabilität einer solchen Lösung mag man zweifeln. Wie soll der Anteil des Sportverbandes bemessen werden? Der Vorschlag einer „umfassenden Einzelfallwürdigung“ (S. 201 f.) wird den Betroffenen kaum weiterhelfen, mutet ein wenig hilflos an und entspricht kaum den Interessen der Beteiligten. Gleichwohl ist der Ansatz konsequent. Seine praktische Durchführung wird indes allenfalls durch pauschalierende Regelungen gewährleistet werden können⁷. Andernfalls droht permanenter Streit über die Angemessenheit des Kaufpreises.

4. Im dritten Teil gewährt *Hannamann* einen Überblick über die derzeit bestehenden Verhaltenskoordinationen im Sport sowie deren Vereinbarkeit mit den im ersten Teil herausgearbeiteten Förderpflichten (S. 250 ff.). Hier werden diejenigen Absprachen und sonstigen Koordinationen im Sport, die mit dem Kartellrecht in Konflikt geraten können, nahezu umfassend aufgelistet: zentrale, gemeinschaftliche und abgestimmte Vermarktung von Profiligen und sonstigen Sportveranstaltungen; Abstimmungen über Sportausrüstungen; örtliche und zeitliche Verhaltenskoordination; Standortrestriktionen in Ligen; Abstimmungen auf den Spielermärkten; Zulassungsbeschränkungen und Sanktionen für Sportler;

⁷ Siehe hierzu nachfolgend auch III. 2.

Homologation (Prüfung der Güte von Sportgeräten und Ausrüstung); sonstige Qualitäts- und Eignungsprüfungen. Sämtliche Verhaltensformen werden mittels prägnanter Beispiele veranschaulicht, fast alle aktuellen kartellrechtlichen Problemfelder werden angesprochen. Allerdings kann eine solche Auflistung nicht vollständig sein, immer neue Konstellationen veranlassen insbesondere die EU-Wettbewerbsbehörden zum Einschreiten. So hat die EU-Kommission zuletzt die langjährige Praxis beanstandet, die Rechte der Fernsehübertragung der Champions League ausschließlich und für mehrere Jahre nur an einen Sender je Land zu vermarkten⁸.

Dieser Abschnitt der Arbeit dient als Grobraster für die nachfolgende kartellrechtliche Prüfung. Zahlreiche Verhaltenskoordinationen im kommerzialisierten Sport widersprechen - etwa wegen ihres Zwangscharakters, mangelnder Rücksichtnahme, fehlender organisatorischer oder finanzieller Beteiligung der Mitbetroffenen, Unausgewogenheit oder Diskriminierung - bereits den Förderpflichten im Sport. Demnach kann die Unwirksamkeit derartiger Koordinationen sowohl auf eine Verletzung der Förderpflichten als möglicherweise auch auf einen Verstoß gegen das Kartellverbot gestützt werden. Nach *Hannamann* kann es zu einer Kollision der Förderpflichten mit dem Kartellverbot also nur kommen, wenn die Verhaltenskoordination im Einzelfall für die wettkampfmäßige Sportausübung oder für den Bestand und die Funktionsfähigkeit einer Liga oder eines anderen Wettkampfes erforderlich ist. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit und der Ausgestaltung im einzelnen müsse dem Verband oder dem Verein allerdings wegen der Verbandsautonomie ein gewisser Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum verbleiben (S. 297).

5. Das Herzstück der Arbeit bildet sicherlich deren vierter Teil, der sich der Vereinbarkeit der zuvor herausgearbeiteten Verhaltenskoordinationen im Sport mit dem Kartellverbot widmet (S. 299 ff.). Hier können die stets gründlich das Für und Wider abwägenden Überlegungen *Hannamanns* nicht vollständig nachgezeichnet werden. Stattdessen sollen einige ihrer Gedanken und Thesen, die die Ausgangsfrage dieser Abhandlung betreffen, aufgrund nach der Drucklegung eingetretener Entwicklungen im nachfolgenden Abschnitt III. genauer analysiert werden.

Zuvor erscheint jedoch die Marktabgrenzung hervorhebenswert, die *Hannamann* im Hinblick auf Fernsehrechte an Fußballspielen unter Beteiligung deutscher Mannschaften vornimmt

⁸ Vgl. FAZ v. 21. 7. 2001, S. 13.

(S. 313 ff.). Hierbei handelt es sich um eine grundlegende Frage mit weitreichenden Konsequenzen, die auch für das Nebeneinander von deutschem und europäischem Kartellrecht bedeutsam sind. Überzeugend spricht sie sich dafür aus, angesichts der Rechtepreise und Einschaltquoten einen eigenen relevanten Markt für bundesweite Live-Übertragungen von Fußballspielen der Ersten Bundesliga und einen Markt für die entsprechenden Nachverwertungsrechte zu definieren. Einen eigenen – im Rahmen der Anwendung des europäischen Kartellverbots gemeinschaftsweiten – Markt müsse man aus denselben Gründen auch für die Rechte an Live-Übertragungen von Begegnungen in den UEFA-Wettbewerben Champions League und Europapokal und entsprechend für die Nachverwertungsrechte annehmen (S. 318 f.). Zudem hält *Hannamann* mit guten Gründen die Zwischenstaatlichkeitsklausel im Hinblick auf den deutschen Bundesligafußball für anwendbar, weil man in anderen Mitgliedstaaten an der Vermarktung der deutschen Liga im Hinblick auf Fernsehübertragungsrechte, Sponsoring, Werbung und Ausrüstung interessiert sei (S. 329). In der Tat werden nicht zuletzt wegen der zunehmenden Beteiligung ausländischer Spieler die Übertragungsrechte an Bundesligaspielen zunehmend auch im europäischen Ausland nachgefragt⁹. Wegen der weiten Auslegung, welche die Zwischenstaatlichkeitsklausel i.S.d. Art. 81 Abs. 1 und 82 Abs. 1 EGV inzwischen erfahren hat¹⁰, geht *Hannamann* davon aus, daß in den betreffenden Fällen § 31 GWB nicht mehr anwendbar sein wird (S. 43, 458 f., 466 f.)¹¹. Diese Konsequenz scheinen die Initiatoren der „lex DFB“ (§ 31 GWB) in der Eile des Gesetzgebungsverfahrens übersehen zu haben¹².

6. Der abschließende - mit nur neun Seiten leider vergleichsweise kurz geratene - fünfte Teil der Arbeit setzt sich mit alternativen Lösungsmodellen für die zuvor entwickelten sportpolitischen Anliegen auseinander (S. 508 ff.). Unter Anlehnung an Entwicklungen im US-amerikanischen Ligasport stellt *Hannamann* Modelle zur Aufteilung des Vermarktungserlöses zwischen Spielgegnern vor (S. 509-511). Dem Einwand des DFB, daß derartige Aufteilungs- und

⁹ Siehe hierzu auch *Archner* (Fußn. 6), S. 34, 203.

¹⁰ Siehe stellvertretend *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, § 36 4. (S. 374 ff.) m.w.N.; vgl. mit Bezug auf die einstige zentrale TV-Rechtevermarktung durch den DFB *Archner* (Fußn. 6), S. 205 ff.

¹¹ A.A. aber *Bechtold*, Kartellgesetz, 2. Aufl., 1999, § 31 Rdn. 6, nach dessen Auffassung das Bundeskartellamt sein vor der Anwendung des Art. 81 EGV auszuübendes Aufgreifermessen ausnahmsweise nur dann gegen Aktivitäten richten dürfe, die von § 31 GWB freigestellt sind, wenn besondere Umstände vorlägen.

¹² Allerdings wagte *Otto Graf Lambsdorff* seinerzeit bereits die Prognose, daß die neue Regelung dem DFB in Brüssel schlecht bekommen werde; vgl. FAZ vom 8. 5. 1998, S. 17.

Umverteilungsmodelle vor allem bei den vermarktungsstarken Mitgliedern nicht konsensfähig seien, begegnet sie mit dem Hinweis, daß entsprechende Regelungen von den Verbänden schlicht zur Voraussetzung für die Ligateilnahme gemacht werden können; zudem würde ein solches Vorgehen mit den verbandsrechtlichen Förderpflichten und dem Kartellverbot übereinstimmen (S. 511). Hier zeigt sich wiederum, daß bei Verhaltenskoordinationen im Sport mehrere, auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelte rechtliche Aspekte miteinander in Einklang zu bringen sind: die verbandsrechtlichen Förderpflichten, die kartellrechtlichen Verbote und – was *Hannamann* zu übersehen scheint¹³ – möglicherweise auch gesellschaftsrechtliche Loyalitäts- und Treuepflichten. Hier ergeben sich Probleme, soweit es sich bei den Ligamitgliedern um Kapitalgesellschaften handelt. Warum sollte ein am *shareholder value* orientierter Anleger einer erfolgreich geführten Fußball-Kapitalgesellschaft einer derartigen finanziellen Umverteilung zustimmen, die – zumindest kurzfristig – den auszuschüttenden Gewinn und damit die eigene Dividende mindert? Mögen die Förderpflichten eines Vereinsmitglieds auch den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten ähneln, so ist doch den unterschiedlichen Finanzverfassungen beider Verbände und den daraus resultierenden Interessen seiner Mitglieder Rechnung zu tragen. Denn Vereinsmitglieder sind im

¹³ S. 92 f.: „Es ist deshalb für die Förderpflichtgeltung unschädlich, daß Vereine in den Profiligen zunehmend die Rechtsform von Kapitalgesellschaften annehmen.“

Gegensatz zu Aktionären oder GmbH-Gesellschaftern regelmäßig nicht am unternehmerischen Risiko beteiligt und verfolgen mit ihrer Mitgliedschaft auch keine eigenen unmittelbaren finanziellen Interessen.

Ähnliche Bedenken begegnet die alternativ vorgeschlagene generelle Abgabe auf alle oder bestimmte Vermarktungserlöse an einen Umverteilungsfonds. An das Spielergehalt anknüpfenden Verteilungsmechanismen, vergleichbar dem US-amerikanischen Modell der *salary caps*, steht *Hannamann* zu Recht kritisch gegenüber, weil zur kartellrechtlichen Freistellung derartiger Regelungen eine tarifvertragliche Vereinbarung erforderlich wäre, mit der in Deutschland in naher Zukunft kaum zu rechnen ist (S. 513). Abschließend werden kurz alternative vertikale Ausgleichsmodelle vorgestellt.

7. Zweifelsohne ist *Hannamann* ein großer Wurf gelungen, der die wissenschaftliche Diskussion bereichern wird. Unendlich viele tatsächliche und rechtliche Detailinformationen sind zusammengetragen worden, ohne den Blick für die Gesamtproblematik zu verstellen. So konnte ein im wesentlichen kohärentes Lösungskonzept entwickelt werden, das auf dem Zusammenspiel vereinsrechtlicher Förderpflichten mit dem Kartellverbot basiert und die sachgerechte Einordnung neu auftretender kartellrechtlicher Probleme ermöglicht. Einen eher ungewöhnlichen Vorwurf muß der Rezensent *Hannamann* freilich machen: Die Arbeit ist im April 2000 und damit leider zu früh fertiggestellt worden! Gerne hätte man Ausführungen zu aktuellen Entwicklungen – insbesondere der US-amerikanischen kartellrechtlichen Entscheidung zur Major League Soccer oder zum Betrieb des deutschen Bundesligafußballs unter dem Dach des neu gegründeten Ligaverband e.V. – gelesen. Freilich kann man dies *Hannamann* nicht wirklich vorwerfen. Zudem kann man aufgrund der in sich geschlossenen stimmigen Konzeption der Arbeit ihren Standpunkt leicht erahnen – ein weiterer Vorzug, der der Arbeit im Sportrecht auf Jahre hinaus eine hervorgehobene Stellung sichern wird.

Damit soll an dieser Stelle die Würdigung des zu besprechenden Werkes beendet und die Diskussion im Lichte aktueller sportrechtlicher Entwicklungen eröffnet werden:

III. Sportligen und Konzentrationsprivileg

1. Die Major League Soccer

Wiederholt spricht *Hannamann* die im Jahr 1996 in den USA gegründete Major League Soccer (MLS) im allgemeinen und ein diesbezügliches Kartellrechtsverfahren im besonderen an (S. 353, 358, 362, 366 f.). Leider konnte sie den Umstand, daß dieses Verfahren in wesentlichen Teilen am 19. April 2000 erstinstanzlich abgeschlossen wurde¹⁴, in ihrer Arbeit nicht mehr berücksichtigen. Dies ist umso bedauerlicher, als die amerikanische Judikatur überraschend – aber im Ergebnis zutreffend - erstmalig die sog. *Single-Entity*-Theorie auf eine Sportliga anwendete¹⁵. Typischerweise übt bei einer *single entity* ein Unternehmen über ein anderes oder mehrere andere Unternehmen eine völlige Kontrolle aus, wobei sämtliche Unternehmen einen gemeinsamen übergeordneten Unternehmenszweck und ein entsprechendes Unternehmensinteresse verfolgen. Wenn nunmehr eine Sportliga – wie die MLS - als *single entity* eingestuft wird, fehlt es bei ligainternen und potentiell wettbewerbsbeschränkenden Abreden an einer Mehrzahl von Marktteilnehmern, die für die Annahme einer verbotenen Kartellabsprache vorausgesetzt werden.

Zunächst wies das Gericht unter Bezugnahme auf die berühmte *Copperweld*-Entscheidung¹⁶ darauf hin, daß das Kartellrecht sich nur gegen Vereinbarungen richtet, die von einer Mehrzahl von Unternehmen abgeschlossen werden und die zu nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsbeschränkungen führen¹⁷. Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der MLS stellten die Richter fest, daß es sich hierbei um eine *Limited Liability Company* (LLC), mithin um eine von den Gesellschaftern zu unterscheidende juristische Person (*separate legal entity*) handelt. Deshalb sei die Geschäftstätigkeit der MLS dieser juristischen Person zuzuordnen, während die einzelnen Ligamitglieder (*operator-investors*) als deren Geschäftsführer und Gesellschafter anzusehen seien¹⁸. Solange diese kein eigenes, von der Gesellschaft unabhängiges wirtschaftliches Interesse verfolgten (*independent personal stake exception*), sei für die Anwendung des Kartellverbots kein Raum¹⁹. Diese Voraussetzungen sahen die Richter sodann als erfüllt an.

Damit bedarf die ablehnende Haltung *Hannamanns* gegenüber der Anwendbarkeit der *Single-Entity*-Theorie auf Sportligen (S. 354 f.) zumindest der Modifikation. Insbesondere in neueren

¹⁴ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130.

¹⁵ Siehe hierzu demnächst ausführlich *Verf.*, Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht - Rechtsvergleichende Beobachtungen zum Umspielen unliebsamer Rechtsvorschriften, *RabelsZ* 2002.

¹⁶ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 769 (1984).

¹⁷ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 134.

¹⁸ *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130, 135.

¹⁹ Zu weiteren Details siehe demnächst *Verf.* (Fußn. 15).

amerikanischen Sportligen²⁰ ist der wirtschaftliche Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern – wie etwa zwischen den Mitgliedern der MLS, bei denen es sich um Gesellschafter der MLS

handelt – weitgehend ausgeschlossen. Eine Sportliga kann damit durchaus als *single entity* strukturiert sein und sich auf diesem Weg der Anwendung des Kartellverbots entziehen, wenn die wirtschaftliche Eigenständigkeit ganz oder weitestgehend aufgehoben ist. Indirekt geht auch *Hannamann* von dieser Auffassung aus. Denn nach ihrer zutreffenden Auffassung steht einer direkten Anwendung konzernrechtlicher Grundsätze einschließlich des sog. Konzentrationsprivilegs dann nichts entgegen, wenn die Mitglieder zugleich Töchter des Verbandes sind, der beherrschende Einfluß also über die beherrschende Beteiligung vermittelt wird (S. 477). Ob und inwieweit dieser Ansatz auf die deutsche Rechtslage übertragbar ist, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

2. DFB, Ligaverband e.V., Deutsche Fußball-Liga GmbH (DFL)

Die Schnellebigkeit der kartellrechtlichen Entwicklungen im Sport zeigt sich aber nicht nur im Hinblick auf die US-amerikanische, sondern auf die deutsche Situation.

²⁰ Z.B. Women's National Basketball Association (WNBA), X-treme Football League (XFL) sowie zuletzt Women's United Soccer Association (WUSA); vgl. aber auch die ältere Continental Basketball Association (CBA).

Hier geht *Hannamann* noch von den alten Strukturen innerhalb des Deutschen Fußballbundes (DFB) aus (etwa auf S. 510) und vernachlässigt die grundlegenden Umstrukturierungen im deutschen Verbandsfußball, die bereits im Jahr 2001 absehbar waren und eingeleitet wurden.

Diese Entwicklungen seien hier kurz skizziert: Zunächst wurde der Ligaverband e.V. gegründet, dessen Mitglieder die lizenzierten Vereine und Kapitalgesellschaften – einschließlich der in sie ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen bzw. weiteren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben - der Ersten und Zweiten Bundesliga sind (§ 16c Nr. 1 DFB-Satzung). Der Ligaverband wird geführt von einem zwölfköpfigen Vorstand, dem neben dem Liga-Präsidenten und dem Vizepräsidenten jeweils fünf weitere Vertreter der beiden Bundesligen angehören. Das operative Geschäft wird von der Deutschen Fußball-Liga GmbH (DFL), einem 100%igen Tochterunternehmen des Ligaverbandes, wahrgenommen. Der Ligaverband ermittelt in Wettbewerben der Lizenzligen des DFB den Deutschen Fußballmeister und die Teilnehmer an den europäischen Wettbewerben aus den Lizenzligen, indem er die ihm zur Nutzung überlassene Vereinseinrichtung des DFB betreibt (§ 16a Abs. 1 Nr. 1 DFB-Satzung). Daneben ist der Ligaverband berechtigt, die sich aus den Wettbewerben in den Lizenzligen ergebenden Vermarktungsrechte ebenso wie das Ligalogo exklusiv im eigenen Namen zu verwerten (§ 16a Abs. 1 Nr. 2 DFB-Satzung). Für die durch die DFB-Satzung dem Ligaverband überlassenen Rechte hat dieser zusammen mit seinen Mitgliedern einen jährlichen Pachtzins in Höhe von 3% der daraus erzielten Gesamteinnahmen zu entrichten. Zu den Gesamteinnahmen gehören insbesondere die Einnahmen aus dem Eintrittskartenverkauf und der Verwertung der Medienrechte sowie die Eintrittsgelder der Mitglieder des Ligaverbandes; mindestens beträgt die pro Spieljahr zu entrichtende Pacht 25 Mio. DM (§ 6 Abs. 1 Grundlagenvertrag). Auf diese Weise koordinieren und zentralisieren die Ligamitglieder, die zumindest als Mitveranstalter ihrer jeweiligen Bundesligaheimspiele anzusehen sind, die Vermarktung der TV-Rechte. Als Koordinationsstelle fungiert nicht mehr der DFB, sondern die DFL-GmbH als Leitungsorgan des Ligaverbandes e.V., mithin ein für zunächst fünf Jahre allein von den Mitgliedern der Ersten und Zweiten Fußballbundesliga abhängiges Leitungsorgan.

3. Konzentrationsprivileg im Ligasport?

Die in den vorangehenden Abschnitten dargelegten Entwicklungen konnten in *Hannamanns* Erwägungen nicht einfließen. Deshalb soll hier ihre ablehnende Haltung gegenüber der vom

Verf. zumindest für möglich erachteten Konzernbegründung unter dem Dach des DFB²¹ einschließlich Anwendbarkeit des sog. Konzentrationsprivilegs, d.h. der Befreiung vom Kartellverbotstatbestand, überdacht werden. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, daß sich nunmehr zwischen der die Vermarktung durchführenden Stelle (Ligaverband e.V. und DFL) und den Bundesligisten die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns nachweisen lassen. Inzwischen werden die bindenden Entscheidungen auf der Leitungsebene, wie dies für diese Form des Unternehmenszusammenschlusses bestimmend ist, allein von den gleichgeordneten Unternehmen getroffen und liegen nicht länger in der Hand von DFB-Organen, die nicht von den Ligaklubs bestellt werden oder in denen sie nur eine Minderheit bilden. Mit ebendieser Argumentation lehnte der BGH seinerzeit die Annahme konzernrechtlicher Strukturen ab²². Damit könnte unter schon in anderem Zusammenhang dargestellten – freilich sehr umstrittenen – Voraussetzungen²³ die zentrale Rechteverwertung durch den Ligaverband unabhängig von etwaigen gesetzlichen Bereichsausnahmen aufgrund des Konzentrationsprivilegs vom Kartellverbot ausgenommen sein.

Aber auch unter den neuen Gegebenheiten würde *Hannamann* der angedeuteten Lösungsmöglichkeit vermutlich skeptisch gegenüberstehen. Denn nach ihrer Auffassung muß „die kartellrechtliche Privilegierung daran scheitern, daß bereits die Zuweisung der Entscheidungsbefugnisse an eine zentrale Stelle und damit die Konzernbegründung gegen das Kartellverbot verstößt, da sie jedenfalls potentiellen Wettbewerb zwischen den Clubs als Anbieter der Fernsehrechte an ihren Heimspielen aufhebt“ (S. 479, ebenfalls S. 480 f.). Hier macht es sich *Hannamann* indes zu einfach. Denkt man diesen Ansatz konsequent weiter, müßten sämtliche Konzernbildungen zwischen Wettbewerbern von vornherein an § 1 GWB scheitern – ein fürwahr erstaunliches Ergebnis!

Zunächst einmal ist festzuhalten, daß nach allgemeiner Überzeugung bei Zusammenschlüssen i.S.d. § 37 GWB, die zu einer Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines der Beteiligten führen, § 1 GWB unanwendbar ist²⁴. Dieser Gedanke mag auf die Strukturen der MLS²⁵ übertragbar sein, könnte sich aber auch im Hinblick auf die Neustrukturierung des deutschen Verbandsfußballs²⁶ als tragfähig erweisen. Hiergegen könnten jedoch folgende Erwägungen

²¹ *Verf.*, ZHR 161 (1997), 665, 704 ff.

²² Vgl. BGHZ 137, 296, 312 f. – Europapokalheimspiele.

²³ *Verf.* (Fußn. 21) m.w.N.

²⁴ BGHZ 31, 105 – Glasglühkörper; EuGH Slg. 1996, I-5482 – Viho/Parker Pen; aus dem Schrifttum siehe stellvertretend *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., 2001, § 1 Rdn. 19 m.w.N.

²⁵ Siehe Abschnitt III. 1.

²⁶ Siehe Abschnitt III. 2.

Hannamanns sprechen: „Denn hierfür *fehlt* es an der für Konzerne und für das Konzentrationsprivileg *typischen strukturellen Eingliederung zwischen den Sportunternehmen*. Im Bereich *sonstiger, nicht notwendig einheitlich ergehender, insbesondere wirtschaftlicher Entscheidung*, sind die Sportbeteiligten autonom“ (S. 478).

Dieser Einschätzung ist insoweit zuzustimmen, als den Mitgliedern der deutschen Fußball-Bundesligen im Vergleich zu den Mitgliedern der MLS noch eine weitgehende wirtschaftliche Autonomie verbleibt. Allerdings haben die Bundesligisten auf den relevanten Märkten für Live-Übertragungen und Nachverwertungsrechte für Spiele der Fußball-Bundesligen²⁷ ihre Vermarktungsaktivitäten vollständig und nicht nur vorübergehend auf den Ligaverband e.V. übertragen. Dieser könnte mit der DFL als Leitungsorgan als Gleichordnungskonzern oder aber als „konzentratives“ Gemeinschaftsunternehmen

²⁷ Siehe hierzu Abschnitt II. 5.

anzusehen sein, auf das unter bestimmten, nicht abschließend geklärten Voraussetzungen – etwa lange oder unbefristete Dauer, weitgehende Eigenständigkeit gegenüber den Gründern in technischer, produktions- und absatzmäßiger Hinsicht, Freiheit in der Wahl der Märkte, Ausübung der Geschäftsführung im wesentlichen durch das Gemeinschaftsunternehmen und nicht durch die Gründerunternehmen²⁸ - § 1 GWB keine Anwendung findet²⁹. Der BGH fordert insoweit die Entstehung einer neuen selbständigen Planungseinheit³⁰. Ob der Ligaverband e.V. die Voraussetzungen eines solchen „konzentrativen“ Gemeinschaftsunternehmens oder aber eines Gleichordnungskonzerns erfüllt, soll hier jedoch nicht vertieft werden.

IV. Fazit

Festzuhalten bleibt, daß Verhaltenskoordinationen innerhalb von Sportligen nicht notwendigerweise vom Verbot der Kartellabsprachen erfaßt werden. Insbesondere neuere Sportligen können zu diesem Zweck - ebenso wie die Major League Soccer - als ein einheitliches Unternehmen strukturiert werden, wobei die Ligamitglieder zwar sportliche Wettbewerber sind, als Gesellschafter der Ligaorganisation jedoch keine oder nur zu vernachlässigende eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen. Dieser gesellschaftsrechtliche Ansatz läßt sich freilich auf die hierzulande noch überwiegend vereinsrechtlich strukturierten Sportverbände kurzfristig kaum übertragen, sondern kommt zunächst insbesondere für Liganeugründungen in Betracht. Allerdings können sich Sportligen konzernrechtliche Strukturen geben oder als konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen organisieren, um auf diese Weise unter nach wie vor umstrittenen Voraussetzungen in den Genuß des sog. Konzentrationsprivilegs zu kommen.

²⁸ So Zimmer in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 24), § 1 Rdn. 408 im Anschluß an *Ulmer* WuW 1979, 440.

²⁹ Siehe hierzu stellvertretend Zimmer in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 24), § 1 Rdn. 407-409, 414-418.

³⁰ BGHZ 96, 69 – Mischwerke.