

Sportkartellrecht im Wirtschaftskartellrecht

Von Dr. habil. Martin Stopper, München*

Kartellrecht und Sport stehen schon lange Zeit in rechtlicher Interaktion. Da Sport in den letzten 25 Jahren nicht nur durch die SpuRt immer stärker an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen hat, hat die Anwendung von Kartellrecht im Sport proportional zugenommen. Kartellrecht ist Teil des Sportrechts geworden. Dennoch gibt es kein normiertes Sportkartellrecht. Es hat sich in der Judikatur entwickelt, dies nicht immer mit dem Verständnis der Betroffenen. Der Beitrag wirbt für mehr Verständnis, erzeugt durch den Gesetzgeber.

I. Einleitung

1993 erschien die erste Zeitschrift für Sport und Recht, da wurde der erste Spross der Verbindung von Sport und Kartellrecht schon ausgetragen. Am 11. 12. 1997 erging die erste rechtskräftige Entscheidung mit dem Namen „Europapokalheimspiele“ durch die Mitglieder des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs. In dieser Zeit habe ich selbst eine Dissertation¹ zu diesem Fall der Zentralvermarktung von Fernsehübertragungsrechten und seiner kartellrechtlichen Beurteilung verfasst. Mit diesem Thema war ich damals recht einsam, das hat sich bis heute sehr geändert.² Kartellrecht und Sport sind in Rechtsprechung und Literatur eine Verbindung eingegangen, die sich dort in verschiedensten Ausprägungen wiederfindet. Man spricht dabei mittlerweile von Sportkartellrecht, wobei es eben das eigentlich nicht ist.

Es handelt sich tatsächlich um die Anwendung von Wirtschaftskartellrecht auf Entscheidungen und Gestaltungen im Zusammenhang mit der Ausübung von Sport. Dieser Umstand führt auch dazu, dass Juristen mitunter viel Freude daran haben, wenn man spitzbübisch zu Rechtsergebnissen gelangt, mit denen der Sport „wohl nicht gerechnet“ hätte, er ja jetzt „Teil des Wirtschaftslebens“ und damit nach mancher Äußerung „jetzt im richtigen Leben“ angekommen sei. Diese Hämme kommt für den Sport nicht unverdient, denn seine Protagonisten haben strukturell bedingt viele Gelegenheiten genutzt, sich so fehl zu verhalten, dass kartellrechtliche Begriffe wie Machtmissbrauch und unredliche Absprachen die passenden Assoziationen für unrühmliche Verhaltensweisen lieferten.

Bis heute wird in den verschiedensten Facetten, das heißt „rechtssystematisch“, „rechtsunsystematisch“ oder „politisch“ argumentiert, um Sport und Kartellrecht miteinander in eine besondere (Ausnahme-) Beziehung zu setzen. Rechtssystematische Argumentationen finden anhand kartellrechtlicher Instrumente statt, etwa über die kartellrechtliche Ausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV³, die Immanenztheorie⁴, die Rule of Reason⁵ oder die Single Entity Theory⁶ oder, zuletzt besonders bewährt⁷, über den 3 Stufen-Test nach der Meca-Medina Entscheidung des EuGH⁸. Eher rechtsunsystematisch gestaltet sich die Unternehmung, das Ein-Platz-Prinzip⁹ oder die Verbandsautonomie¹⁰ als Korrektiv kartellrechtlicher Wertungen bei der Prüfung der Rechtfertigungsfähigkeit von Machtmissbrauch und Wettbewerbsbeschränkungen im Sport heranzuziehen. Noch abstrakter werden das Weißbuch des Sports¹¹ der EU-Kommission oder die Heranziehung der gesellschaftspolitischen Verantwortung des Sports in die Debatte um die richtige Anwendung des Kartellrechts im Sport eingebracht.

Man soll nicht verkennen, dass alle Argumente, die im Rahmen der rechtlichen Diskurse geführt wurden, ihren inhaltlichen Beitrag geleistet haben. Aber das europäische Wirtschaftskartellrecht ist in seiner wettbewerbspolitischen Grundannahme nicht darauf angelegt, diese Argumente formell in das Prüfverfahren einzuführen, es sollen bestmöglich wenige wettbewerbsfremde Argumente bei der Anwendung von Kartellrecht herangezogen werden. Europäisches Kartellrecht will und soll auch kein Case Law schaffen, obwohl der zitierte 3 Stufen-Test fast schon einen solchen Rang eingenommen hat.

Kartellrecht ist Wirtschaftskartellrecht. Im Sport, vor allem im professionellen Sport, muss man Wirtschaftskartellrecht anwenden können, vor allem, wenn der Sport wirtschaftlich handelt. Aber die Beweggründe für das wirtschaftliche Handeln können im Sport andere sein als es für das bestehende Wirtschaftskartellrecht vorgedacht wurde. Das sollte man auch bei der Anwendung von Wirtschaftskartellrecht berücksichtigen können, und zwar so einheitlich wie konsequent. Warum und wie man das im Verhältnis von Sport und Kartellrecht noch besser umsetzen kann als bisher, soll im Folgenden angedacht werden.

* Verf. ist Partner der auf Sportrecht spezialisierten Kanzlei Lentze Stopper mit Sitz in München.

1 Stopper, Ligasport und Kartellrecht: Die Bündelung von Fernsehübertragungsrechten durch den deutschen Fußball-Bund im Konflikt mit deutschem und europäischem Kartellrecht unter besonderer Heranziehung des amerikanischen Antitrust-Rechts, 1996, Berlin.
2 Beispielhaft: Hannamann, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, 2001; Kuczera, Die Vermarktung von Übertragungsrechten nach deutschem Recht und europäischem Kartellrecht, 2004; Blask, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, 2005; Körber, Großereignisse und Übertragungsrechte – Sportberichterstattung im Vergleich mit Großbritannien und Spanien, 2007; Bagger, Die kartellrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Bundesligaaübertragungsrechten, 2010; Ballasch, Die Verpflichtungszusage des Ligaverbandes gegenüber der EU-Kommission. Die Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte im Lichte des europäischen Kartellrechts, unter besonderer Betrachtung der Inhaberschaft an den Übertragungsrechten, 2010; Esposito, Private Sportordnung und EU Kartellrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der 50+1 Regel und der Break-even Rule im Profi-Fußball, 2013.

3 Hellmann, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Sport, Rn. 117.
4 Stopper, aaO., S. 144 ff.; Bagger, aaO., S. 180 ff.
5 Hellmann, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Sport, Rn. 93; Esposito, aaO., S. 208 ff.
6 Blask, Entscheidung des U.S. Supreme Courts in der Sache American Needle, Inc. v. National Football League et al. und mögliche Implikationen für das europäische und deutsche Sportkartellrecht, in: KSzW 2011, S. 25 (29); Heermann, Keine kartellrechtliche Ausnahme für die Zentralvermarktung durch Sportligen aufgrund der Single Entity Defense, in: WRP 2011, S. 36 (43).
7 Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules.
8 EuGH, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina/Kommission.
9 Deutscher, 50 + 1-Regelung in der Fußball-Bundesliga – Zur Mehrheitsbeteiligung von Investoren an Fußballklubs, in: SpuRt 2009, S. 97 ff.; Fischer, Die Rolle des Ein-Platz-Prinzips in der Autonomie der Sportfachverbände, 2017, Augsburg, S. 141 ff.
10 Fischer, aaO., S. 89 ff.
11 Weissbuch Sport (Vorlage der Kommission), 2007, S. 15.

II. "What do we want competition to do for us?"¹²

Kartellrecht verfolgt mehr Ziele als die Verhinderung von Kartellen. Kartellrecht soll die wettbewerblich geprägte Wirtschaft auf einem Markt, also in einer Konkurrenz, ermöglichen, indem der Wettbewerb auf diesem Markt geschützt oder gar gefördert wird. Der Wettbewerb soll funktionieren¹³, er soll wirksam¹⁴ sein.

Wettbewerb ist kein Selbstzweck. Er muss in der Lage sein, anderen Zwecken zu dienen oder Funktionen zu erfüllen. *Jonathan Maurice Clark* hat dies so skizziert¹⁵, dass zum Beispiel eine Einkommensverteilung in angemessenem Verhältnis zur Marktleistung stehen soll, eine hohe Produktivität gesichert wird, die Erfüllung von Konsumentenpräferenzen oder die Stabilisierung der Vollbeschäftigung durch flexible Preisanpassung an die Nachfrage gewährleistet wird. Bei den zahlreichen wettbewerbstheoretischen Auseinandersetzungen um das passende wettbewerbliche Leitbild, das diese Funktionen erfüllen soll, wurde auch festgestellt, dass bestimmte Wettbewerbsfunktionen¹⁶ ohne staatliche Eingriffe nicht erreicht werden können, so etwa eine Verteilungsgerechtigkeit nach sozialen Bedürfnissen, der Erhalt bzw. Schutz höherer Ziele wie Produktsicherheit und Energieversorgung oder industriepolitisch motivierte Steuerungen. Das Streben nach funktionsfähigem Wettbewerb wird somit durch Gesetze, wettbewerbsfremde politische Einmischungen oder industriepolitische Lenkungen so vielfältig dynamisch vollzogen wie man sich den Wettbewerb selbst vorstellt, immer in Bewegung und nie ganz vollkommen.¹⁷

Die Frage von *Clark*, was Wettbewerb für uns tun kann, unterliegt der Grundannahme, dass der Wettbewerb wirtschaftlicher Natur ist. „Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden).“¹⁸ Der Vorteil des erfolgreicheren Wettbewerbers ist (im günstigsten Fall „kurzfristig“) der Nachteil des unterlegenen Wettbewerbers, der mittel- bis langfristig aber durch die Dynamik des Wettbewerbs Wachstum erzeugt, von dem Wettbewerber und Konsumenten profitieren.

III. What do we want sports to do for us?

Dass sportlicher Wettbewerb nicht mit wirtschaftlichem Wettbewerb gleichzusetzen ist, wird häufig angeführt,¹⁹ wenn man kartellrechtliche Diskussionen verfolgt. Das ist jedoch nicht das Dilemma, dem Wettbewerbsbehörden und Gerichte ahnungslos ausgesetzt sind, wenn sie Wirtschaftskartellrecht auf wirtschaftlich implizierte

Sachverhalte im Sport anwenden. Behörden und Gerichte verstehen und berücksichtigen schon, dass man zum Beispiel Rechte eines Ligabetriebs auch als Liga zentral vermarkten möchte, um den sportlichen Wettbewerb etwa durch Verteilungsgerechtigkeit zu fördern, oder dass man Geldflüsse kanalisieren oder beschränken möchte, um den sportlichen Wettbewerb zu stützen, oder dass man die Zulassungsregeln für Sportveranstaltungen einheitlich anwenden und durchsetzen möchte, oder dass man talentierte minderjährige Sportler vor geldgierigen Vermittlern schützen möchte. Diese und viele andere Gestaltungen, Regeln und ihnen innewohnende Beschränkungen im Sport sind die flankierenden Startbedingungen für den sportlichen Wettbewerb. Solche Startbedingungen gibt es ihrem Wesen nach aber nicht für den Wirtschaftswettbewerb, dessen Bestand das Kartellrecht dient – sie sind nicht nötig, beschränken gar die Wettbewerber im „selbständigen Streben“. Der Sport braucht diese Bedingungen, er soll den spannendsten und fairsten, also den sportlichen Wettbewerb als Erlebnis und Ereignis hervorbringen, sein Sieger ist „nur unvermeidlicher Zweck“.

IV. What do we want competition law to do for sports?

Dass Wettbewerb im Sport Zielbedingung und im Wirtschaftsleben erst Startbedingung ist, ist in verschiedenen Facetten angebracht und argumentiert worden, wenn die Akteure des Sports sich dem Vorwurf wettbewerbsbeschränkenden oder machtmisbräuchlichen Verhaltens ausgesetzt waren und diesen dann in dieser Lesart rechtfertigen wollten. Auch der EuGH hat in einer Rechtfertigungsprüfung in seiner *Meca-Medina* Entscheidung geprüft, ob die Zielsetzung eines Beschlusses in seinem Gesamtzusammenhang verhältnismäßig ist. Diese Rechtfertigungsprüfung nach anerkannten Verhältnismäßigkeitsprinzipien soll nicht kritisiert werden. Er findet in dieser Form in kartellrechtlichen Verfahren im Zusammenhang mit Sport nun häufig statt, zuletzt im ISU-Verfahren der Kommission.²⁰ Innerhalb dieser Prüfung werden auch die besonderen Interessen des Sports gewürdigt.

Dennoch unterliegt auch dieser Prüfungsmaßstab dem strikten Regel-Ausnahme-Prinzip, das das Wirtschaftskartellrecht in seiner bestehenden Form vorsieht. Die Regel schützt die Wettbewerbsfreiheit, die für die Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen steht. Die Ausnahme wird für dieser Freiheit abgeleitete Zwecke gewährt. Das ist grundsätzlich ein gutes Prinzip, das die freie Marktwirtschaft schützt und deshalb für das Wirtschaftskartellrecht richtig und wichtig ist.

Die Systematik des europäischen Kartellrechts hält jedoch noch andere spezifische Regel-Ausnahme-Instrumente bereit. So werden Notwendigkeiten und Spezifikationen im Ausnahmehereich von Kartellverboten oft ganz konstruktiv in Gruppenfreistellungsverordnungen (etwa im Bereich von Forschung und Entwicklung) auf Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV beschrieben, etwa um klarzustellen, unter welchen Voraussetzungen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen Effizienzgewinne erzeugen, die die Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen, mithin vom Kartellverbot freigestellt werden können. Gruppenfreistellungsverordnungen sind im legislativen Modell des europäischen Kartellrechts verbindlich. Sie haben den Status legitimen Sekundärrechts mit voller Bindungswirkung nach Art. 288

12 *Clark, J. M.*, Competition as a dynamic process, in: *Monopoly and Competition and their Regulation* (hrsg.: E. H. Chamberlin), London 1954.

13 Beispielhaft wie grundlegend: *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, 1967.

14 *Clark*, vgl. FN 3.

15 *Clark*, vgl. FN. 3.

16 So bei *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 51.

17 *Clark, J.M.*, Static Models and dynamic Aspects, in *AER* 45 (1955), S. 450, 456, zitiert bei *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 7: „This would reduce economic freedom to a paradox, since the meaning of freedom resides in a margin of discretion in choosing one's course of action.“

18 *Borchardt/Fikentscher*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 15.

19 *Stancke*, Pechstein und der aktuelle Stand des Sportkartellrechts, in: *Spur* 2015, 46: „Es besteht im Sportbereich also eine einzigartige ambivalente Reaktionsverbundenheit zwischen Wettbewerbsprinzip und Solidarität“; *Stopper*, Ligasportvermarktung: Verhaltenskoordination oder Gemeinschaftsproduktion?, in: *ZWeR* 2008, 412, 424.

20 Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules.

AEUV. Sie sind als wettbewerbsrechtliche Instrumente eingebettet in Art. 101 AEUV.²¹ Neben den Gruppenfreistellungsverordnungen, aber ohne diese Bindungswirkung zum Zwecke einer kohärenten Rechtsanwendung bedienen sich Rat und Kommission zudem der Veröffentlichung von Bekanntmachungen oder Mitteilungen hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Bereiche, etwa die de-minimis-Bekanntmachung für Freistellungen für Vereinbarungen von geringer Bedeutung.²²

Inhaltlich, nicht systematisch, bedeuten Gruppenfreistellungsverordnungen, Bekanntmachungen oder Mitteilungen jedoch auch immer etwas mehr als eine Ausnahme – in ihrer Ausformulierung handelt es sich mit hin um Regeln, vor allem in konkreter Beschreibung und Zielformulierung. Sie bieten also inhaltlich Greifbares, anders als eben die abstrakte Anleitung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Verhältnis von Sport und Kartellrecht bei Meca-Medina.

Was dem Sport im Kartellrecht helfen würde, wäre etwas Greifbares. Damit würde das Greifbare eine Regel für den Sport liefern und feststellen, dass der Wettbewerb im Sport Zielbedingung und keine Startbedingung ist und dass ihm dafür angemessene Gestaltungsinstrumente zur Verfügung stehen können, etwa zur Aufrechterhaltung der sportlichen Wettbewerbsintegrität durch die Regulierung von Geldflüssen bei Investoren, Clubs, Sportlern oder Vermittlern, oder die Bindung von Sportlern an Schiedsgerichte, die Festlegung von Bedingungen für die Zulassung von Sportlern zu Wettkämpfen und mehr.

Der Sport muss sich ob seiner Eigenart in der Systematik des Kartellrechts deskriptiv darstellen können,

21 Generell dazu s. *Fuchs*, Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme, in: ZWeR 2005, 3 ff.

22 Kommission, ABl. C (2014) 4136 vom 25. 6. 2014.

um als Adressat von Wirtschaftskartellrecht besser definiert zu sein. Eine Mitteilung der EU-Kommission für den Sport, die bei der Anwendung von Kartellrecht den Kartellbehörden und Gerichten Gerüst und Stütze bietet, würde die Systematik des Regel-Ausnahme-Prinzips beim Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen und des Missbrauchs von Marktmacht nicht verwässern, sondern inhaltlich auffüllen und sachnotwendig konkretisieren. Dafür ist der Sport ausreichend besonders, weil seine Organisation nicht der Grundannahme unterliegt, nach der die wettbewerblichen Leitbilder das Wirtschaftskartellrecht geprägt haben. Wettbewerbsbeschränkungen und der Missbrauch von Marktmacht müssen selbstverständlich auch im Sport unterbunden werden, aber auch nach den notwendigen anderen Maßstäben des Sports – das wäre dann Sportkartellrecht.

V. Thesen

- A. Die wettbewerbspolitischen Grundannahmen, die das Wirtschaftskartellrecht abbildet, treffen für den Sport nicht zu. Wettbewerb im Sport ist Zielbedingung, wirtschaftlicher Wettbewerb ist Startbedingung, um seine Zwecke zu erfüllen.
- B. Mit anderen Worten: Wo der Wirtschaftswettbewerb erst anfängt, ist der sportliche Wettbewerb schon am Ziel.
- C. Die Instrumente des Kartellrechts müssen das Verständnis des sportlichen Wettbewerbs deskriptiv aufnehmen, um eine Anwendung des Kartellrechts berechenbarer und „richtiger“ zu machen. Das schafft ein Sportkartellrecht.
- D. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Wettbewerbsbeschränkungen und der Missbrauch von Marktmacht im Sport ohne angemessene Rechtfertigung sind auch „sportkartellrechtswidrig“.

Die Befassung des Europarats mit dem Sport

Von Prof. Dr. Rudolf Streinz, München*

Seit dem Fall Bosman sind die nicht nur auf die 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) beschränkten Auswirkungen des Rechts der EU auf den Sport bekannt. Aber auch das Europarecht im weiteren Sinne, d. h. des im Rahmen des 47 Vertragsstaaten zählenden Europarats vereinbarten Rechts, betrifft wichtige Bereiche des Sports, vor allem die Bekämpfung von Doping, Zuschauerausschreitungen und Manipulationen von Sportwettkämpfen. Das wichtigste im Rahmen des Europarats vereinbarte Abkommen ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), deren Einhaltung der durch Individualbeschwerden angerufene Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sichert. Eine Reihe von dessen Urteilen betrafen den Sport, im Fall Pechstein ist ein Verfahren anhängig, ein weiteres bei Scheitern der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht zu erwarten.

* Verf. ist ordentlicher Professor an der Ludwig Maximilians Universität München und dort Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht.

I. Sport und Europarecht

Auch wenn einige Verbände dies noch nicht wahrhaben wollen: Sport ist kein rechtsfreier Raum. Dies gilt insbesondere für das Europarecht im engeren Sinne, das Recht der Europäischen Union, vor allem durch seine Vorgaben der Grundfreiheiten und des Kartellrechts, aber auch darüber hinaus.¹ Es entfaltet Wirkung nicht nur innerhalb der (noch) 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und der drei Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), sondern darüber hinaus und erfasst auch das Regelwerk weltweit agierender Verbände. Daher mussten nicht nur die Fußballverbände der EU-Mitgliedstaaten Konsequenzen aus

1 Vgl. dazu z. B. *Streinz*, Europarechtliche Grenzen der Verbandsgerichtsbarkeit. Sport ist kein europarechtsfreier Raum, in: Vieweg (Hrsg.) *Lex Sportiva*, 2015, S. 121; *ders.*, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, *SpuRt* 1998, 1-11, 45-50, 89-97. Die *SpuRt* behandelte von Anfang an und behandelt durchgehend europarechtliche Themen (vgl. bereits *SpuRt* 1994, 229-230: Aufstieg des Sports in die europäische „Vertragsliga“? Mögliche Verankerung im Europäischen Unionsvertrag) und Urteile des EuGH und berichtet über Aktivitäten auf EU-Ebene.