Zeitschrift für
Wettbewerbsrecht

Journal of Competition Law

ZWeR

6. Jahrgang
Heft 4
11. Dezember 2008

Sonderdruck

Martin Stopper

Ligasportvermarktung: Verhaltenskoordination oder Gemeinschaftsproduktion?

ZWeR 2008, 412

RWS

RWS Verlag
Kommunikationsforum GmbH
Köln

Martin Stopper[*)]

Ligasportvermarktung: Verhaltenskoordination oder Gemeinschaftsproduktion?

Die zentrale Vermarktung von Medienrechten durch Ligasportorganisationen ist häufig Gegenstand von kartellrechtlichen Auseinandersetzungen. Insbesondere die Kommission hat diese Sachverhalte in Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG geprüft. Dass diese Vermarktungspraxis jedoch überhaupt als Gegenstand einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise i. S. v. Art. 81 EG eingeordnet werden muss, kann mit guten Gründen infrage gestellt werden.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Fallsammlung
1. BGH: Europapokalheimspiele
2. Kommission: Zentralvermarktung Champions League
3. Kommission: Zentralvermarktung Bundesliga
4. Kommission: Zentralvermarktung Premier League
5. Restrictive Practices Court (RPC): Zentralvermarktung Premier League
6. U.S. Court of Appeals: Chicago Professional Sports Ltd. Partnership vs. NBA
7. Zusammenfassung dieser Fallbearbeitungen
III. Kartellrecht
1. Wettbewerbsrechtliche Basis
2. Kartellrechtsneutrale Rechtsinstitutionen
2.1 Konzerninterner Wettbewerb
2.2 Arbeitsgemeinschaft
2.3 Single Entity Theory
2.4 Fazit
IV. Zusammenfassung und Epilog
1. Zusammenfassung
2. Epilog
2.1 Wesensfremde Einzelvermarktung
2.2 Adressaten der Missbrauchsaufsicht
2.3 EU-einheitliche Rechtsanwendung

I. Einleitung

Das Bundeskartellamt stand wohl noch nie so im Fokus der öffentlichen medialen Wahrnehmung wie im Juli 2008, ohne dass es überhaupt eine formale Entscheidung erlassen hat. *Bernhard Heitzer*, Präsident des Bundeskartellamts, hatte zur Pressekonferenz geladen, um eine „nüchterne Bestandsaufnahme“[1)] zum Thema „Zentralvermarktung der Verwertungsrechte der Fußball Bundesliga ab dem 1. Juli 2009“ vorzunehmen. Der Begriff „Zentralvermarktung“ hat sich spätestens seit der Entscheidung Europapokalheimspiele des BGH[2)] aus dem Jahr 1998 in die kartellrechtliche Nomenklatur vorgearbeitet und impliziert bereits begrifflich seine wettbewerbsfeindliche Natur: Es wird etwas zentral, also gebündelt, vermarktet, was eigentlich auseinander gehört und somit potenziellem Wettbewerb zugänglich wäre – deshalb handele es sich, so *Heitzer*, „nüchtern betrachtet bei der Zentralvermarktung um eine Kartellvereinbarung“.[3)]

*) *Dr. habil., Rechtsanwalt, München*

1) Vgl. Statement zur Pressekonferenz v. 24. 7. 2008 zum Thema „Zentralvermarktung der Verwertungsrechte des Fußball Bundesliga ab dem 1. Juli 2009“, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

2) BGH SpuRt 1998, 28.

3) Vgl. Statement (Fußn. 1).

Der Sachverhalt hinter dieser Bestandsaufnahme ist der, dass die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) die Fernsehrechte an allen Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga an Fernsehsender verkauft und die Einnahmen dann an die teilnehmenden Clubs verteilt. Wegen möglicher kartellrechtlicher Implikationen hat die DFL das Bundeskartellamt vor der geplanten Ausschreibung dieser Rechte konsultiert, um spätere Auseinandersetzungen mit der Wettbewerbsbehörde wegen des geplanten Vermarktungsmodells zu vermeiden.

Im konkreten Fall hatte die Konsultation beim Bundeskartellamt fatale Folgen: Nach Einschätzung der Behörde wäre nämlich die grundsätzlich kartellrechtswidrige Zentralvermarktung durch die DFL bei Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG insbesondere nur dann zu rechtfertigen, wenn der Berücksichtigung der Verbraucherinteressen derart Genüge getan wäre, dass eine so genannte Highlight-Berichterstattung der Spiele vom Samstagnachmittag vor 20 Uhr im frei empfangbaren Fernsehen vorgesehen wäre. Ein solches Sendemodell stand jedoch nicht im ausschließlichen Interesse der DFL, sie wollte sich zusätzliche, andere Gestaltungsmodelle für die Vermarktung offen halten. In Ansehung der „Bestandsaufnahme" durch das Bundeskartellamt nahm die DFL von diesem Sendemodell Abstand, um rechtliche Risiken für seine Vermarktung zu vermeiden. Durch diese faktisch beschränkten Möglichkeiten in der Vermarktungsgestaltung hat die DFL erhebliche Einnahmeverluste hinnehmen.[4)]

Die Bestandsaufnahme des Bundeskartellamtes zur Zentralvermarktung von Fußball-Fernsehübertragungsrechten soll nicht im Vordergrund dieses Beitrags stehen; dort geht es darum, unter welchen Bedingungen eine Kartellvereinbarung rechtfertigungsfähig sein kann.[5)] In diesem Beitrag geht es viel mehr um die kartellrechtliche Vorfrage dieser Problematik, also darum, ob die zentrale Vermarktung von Ligasport überhaupt geeignet ist, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen auszulösen.[6)] Es geht darum, zu erörtern, ob die Vermarktung von Ligasport Gegenstand einer Verhaltenskoordination ist oder notwendige Gemeinschaftsproduktion, ob also ein an sich untrennbarer Wert in unnützer Weise zerlegt worden ist, um ihn dann in seinen zerlegten Bestandteilen zum Gegenstand einer kartellrechtlichen Auseinandersetzung zu machen. Diese Fragestellung drängt sich insbesondere auf, wenn man sich vor Augen führt, welche Effekte erzielt würden, wenn dieses vermeintliche Kartell denn einmal zerschlagen werden würde. Entstünden dann die ersehnten Marktstrukturen oder würde hier nicht ein ordnungspolitischer Pyrrhussieg errungen?

Im Ergebnis soll dieser Beitrag dafür plädieren, dass eine in Einzelrechte zerlegte Ligasportveranstaltung eine unnatürliche Trennung und eben nicht eine unnatürliche Zusammenführung von selbstständigen Rechten darstellt und ihre Vermarktung deshalb nicht Gegenstand von Art. 81 Abs. 1 EG sein kann. Dem folgt ein Vorschlag, wie diese hier vertretene Rechtsauffassung auch Einzug in die geübte Praxis finden kann.

II. Fallsammlung

Ligasport ist selbstverständlich kein nur deutsches, sondern ein internationales Geschäft. Vor allem wird professioneller Mannschaftssport weltweit in Ligen praktiziert. Ligasport wird in Saisonzyklen veranstaltet, die sich dem Jahresrhythmus anpassen; einmal pro Jahr wird ein Champion ermittelt, etwa der Deutsche Meister, der Champions-League-Sieger, der UEFA-Pokal-Sieger oder

4) Tatsächlich führte die Bestandsaufnahme des Bundeskartellamts dazu, dass die DFL den Vertrag mit einer Vermarktungsagentur beendete, der ihr Einnahmen von ca. 500 Mio. € pro Saison garantieren sollte. Nun hat die DFL Verträge geschlossen, die ihr durchschnittlich 412 Mio. € pro Saison einbringen; vgl. Süddeutsche Zeitung v. 29.11.2008, S. 23.

5) Dazu *Stopper*, SpuRt 2008, 177.

6) Vgl. dazu grds. *Schürnbrand*, ZWER 2005, 396.

in den USA die Gewinner der Major League Baseball, der National Basketball Association, der National Football League oder der Major League Soccer. Jede gut funktionierende Liga speist sich aus „Favoriten", „Underdogs", aber vor allem durch die Aussicht auf sportliche Auseinandersetzungen mit ungewissem Ausgang. Man produziert einen Wettbewerb, der an keiner Stelle auf Verdrängung, sondern auf Erhalt desselben angelegt ist. An dieser Stelle fällt auch regelmäßig die begriffssystematische Einordnung von Wettbewerb im Sport und Wettbewerb in der sonstigen Wirtschaft auseinander. Im Ligasport ist der Wettbewerb das Ergebnis des wirtschaftlichen Erfolgs – in sonstigen Wirtschaftsstrukturen ist der wirtschaftliche Erfolg das Ergebnis des Wettbewerbs. Dieses Dilemma ist einer sinnvoll geführten kartellrechtlichen Auseinandersetzung schon häufig zum Verhängnis geworden, wie die folgenden Ausführungen noch darlegen sollen. Vorab werden einige beachtenswerte Fallbearbeitungen zum Thema Ligasport und Kartellrecht vorgestellt, soweit sie das Thema „Wettbewerb als Produkt" gestreift oder getroffen haben.

1. BGH: Europapokalheimspiele

Die Entscheidung des BGH betraf die Vermarktung der Europapokalheimspiele durch den DFB; die Europapokalheimspiele waren die Spiele der deutschen Teilnehmer des europäischen Wettbewerbs UEFA-Pokal, der durch die europäische Fußballunion UEFA ins Leben gerufen worden ist. Diese Konstellation war wenig geeignet, dem BGH konkrete Ausführungen über den Wettbewerb als Produkt zu entlocken, denn hier hatte der DFB einen Wettbewerb vermarktet, für deren Gelingen er eine nur indirekte Rolle spielen konnte. Insoweit hat der BGH zumindest erklärt, dass die „Vereine jedenfalls Mitveranstalter der auf ihrem Platz ausgetragenen Heimspiele"[7] seien. Der BGH führte weiter aus, dass die Vereine diejenigen seien, die „wesentliche wirtschaftliche Leistungen für die Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte erbringen".[8] „Ob die am Wettbewerb teilnehmenden Vereine jeweils die marktfähige Leistung alleine schaffen und ob sie demgemäß die alleinigen Inhaber der Vermarktungsrechte sind oder ob mit ihnen weitere Organisationen an der Schaffung dieser Leistung in einer Weise beteiligt sind, dass auch sie an der Vermarktung der Spiele aus eigenem Recht mitwirken können, bedarf für den vorliegenden Fall keiner Entscheidung", stellte der BGH letztlich fest. Diese Feststellung beruht zu Recht auf der Tatsache, dass in diesem Fall der DFB als Adressat der kartellrechtlichen Verfügung eine zu untergeordnete Rolle spielte, um als originärer Mitinhaber von Rechten infrage zu kommen.

DFB und Vereine würden nach der Ausgestaltung ihrer vereins- und lizenzvertraglichen Bindungen auch keine BGB-Gesellschaft darstellen, stellte der BGH fest. Der BGH streifte weitere Themenbereiche, die eine eingeschränkte Anwendung des Kartellverbots hätten ermöglichen könnten. So kommen so genannte Immanenzgesichtspunkte[9] und der Arbeitsgemeinschaftsgedanke[10] nicht zu abschließender Würdigung durch den BGH, da der DFB auch hier keine ausreichende Rolle als originärer Mitinhaber von Rechten spielte. Auch die Frage, ob das Konzentrationsprivileg, das für den Unterordnungskonzern eine Freistellung vom Kartellverbot bedeutet, auch für einen Gleichordnungskonzern gelten könne,[11] wird vom BGH zu diesem Sachverhalt nicht ver-

7) BGH SpuRt 1998, 26, Rz. 28.

8) BGH SpuRt 1998, 26, Rz. 29.

9) Dazu *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, 1997, S. 125 ff.; *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, 1999, S. 253 ff.

10) *Mestmäcker*, in: Festschrift Sandrock, 2000, S. 689 ff.; grds.: *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 GWB Rz. 144 ff. m. w. N.

11) Umstritten, dafür: *K. Schmidt*, in: Festschrift Rittner, 1991, S. 561, 574 ff.; *Heermann*, ZHR 161, 1997, 665, 704; dagegen: *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rz. 32 ff.; *Langen*, in: Langen/Bunte, GWB, 2000, § 1 Rz. 102 f.

tieft, da Vereine und DFB nach seiner Auffassung nicht die notwendige Gleichordnung aufweisen würden.

2. Kommission: Zentralvermarktung Champions League[12)]

Die Kommission stellte fest, dass die Vereinbarung zur gemeinsamen Verwertung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League auf Ausschließlichkeitsgrundlage durch eine gemeinsame Verkaufsagentur, der UEFA, dazu führe, dass die einzelnen Vereine daran gehindert würden, diese Rechte selbst zu vermarkten. Damit würde ein Wettbewerb zwischen ihnen und der UEFA beim Verkauf der Medienrechte an der Champions League verhindert. Kaufinteressen sähen sich dadurch einem Angebotsmonopol gegenüber.[13)]

Die Kommission setzte sich in ihrer Entscheidung mit dem Eigentum von Medienrechten auseinander. „Zwar trifft es zu, dass der Rechteverkauf durch die UEFA keine horizontale Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hätte, wenn die UEFA in einem Mitgliedstaat Alleineigentümerin der Rechte wäre. ... Die UEFA kann jedoch bestenfalls als Miteigentümerin angesehen werden...“[14)] Die Kommission legte dieser Würdigung die Annahme zugrunde, dass die Vereine und die UEFA als Miteigentümer der Rechte an den einzelnen Spielen zu betrachten seien, diese Miteigentümerschaft aber nicht horizontal alle aus einem Fußballwettbewerb erwachsenen Rechte betreffe.[15)] Diese Einschätzung führte zu folgendem Schluss: „Es reicht die Feststellung, dass die Medienrechte an der UEFA Champions League in den Händen mehrerer Eigentümer liegen. Eine Vereinbarung zwischen Eigentümern (den beiden Fußballvereinen und der UEFA), die zur Produktion eines Stückguts (der Lizenz zur Übertragung des Spiels) unerlässlich sind, würde nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst. Da die Regelung über die gemeinsame Vermarktung aber viel umfassender ist, fällt sie unter Art. 81 EG.“[16)]

Auch zu dem Thema, dass die Vereine sich in der Champions League nicht als wirtschaftliche Wettbewerber, sondern als sportliche Wettbewerber gegenüberstehen, hat sich die Kommission geäußert: „Der Kommission ist bewusst, dass eine gewisse Zusammenarbeit der Beteiligten zur Ausrichtung von Fußballligen notwendig ist und die Vereine in diesem Sinne voneinander abhängig sind. Diese Interdependenz erstreckt sich jedoch nicht auf sämtliche Tätigkeiten der Champions-League-Teilnehmer. Die Vereine konkurrieren bereits miteinander bei Sponsoren, Stadionwerbung und Fanartikeln. Sie konkurrieren auch um Spieler. Deswegen ist der Beschluss einer Vereinigung von Unternehmensvereinigungen, die gewerblichen Rechte im Namen ihrer Mitglieder gemeinsam zu vermarkten, obwohl die Vereine in diesem Bereich wirtschaftlich miteinander konkurrieren, nicht i. S. v. Art. 81 EG erforderlich, um eine Fußballliga auszurichten.“[17)] Letztlich seien solche Erwägungen bei der Würdigung nach Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen.[18)]

3. Kommission: Zentralvermarktung Bundesliga[19)]

Die Kommission stellte in Form einer „vorläufigen“ Beurteilung fest, dass die Vereinbarung zwischen Vereinen und Ligaverband, die Medienrechte zentral zu vermarkten, dazu führen würde,

12) Kommission, Entscheidung v. 23. 7. 2003, ABl. L291/25-55 – Champions League.
13) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 114 – Champions League.
14) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 122 – Champions League.
15) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 123 – Champions League.
16) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 124 – Champions League.
17) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 129 – Champions League.
18) Kommission ABl. L291/25-55, Rz. 129 – Champions League.
19) Kommission, Entscheidung v. 19. 7. 2005, ABl. L 134/46 – Bundesliga.

dass die Vereine daran gehindert würden, eigenständig mit Fernseh- und Radiobetreibern und/oder Sportrechteagenturen zu verhandeln und ihre Rechte eigenständig zu verwerten.

In den Erwägungen der Kommission wurde nicht mehr infrage gestellt, ob der Verband gegebenenfalls über (auch) eigene Rechte verfüge. Es hatte sich ganz unbezweifelt die Auffassung verfestigt, dass diese Vermarktungspraxis eine Bündelung von Fremdleistungen darstelle. Auf dieser Grundlage lassen sich die Konsequenzen der Kommission nachvollziehen, die zu der Verpflichtungszusage durch die DFL geführt haben, nämlich eine verknappte Angebotslage durch die Bereitstellung zahlreicher Angebotspakete für die Nachfrager zu verbessern, um auf diesem Wege die durchaus vorhandenen kartellrechtlich relevanten Vorteile (Art. 81 Abs. 3 EG) nicht ganz ohne Markt dynamisierenden „Ablass" als rechtfertigungsfähig gelten zu lassen.

4. Kommission: Zentralvermarktung Premier League[20)]

In der Entscheidung zur Zentralvermarktung in der englischen Premier League, in der die Rechte durch deren Dachorganisation Football Association Premier League Limited (FAPL) vermarktet werden, wurde die Frage, ob eventuell ein Wettbewerb vermarktet wird, der wegen seiner Natur nicht in einzelne Rechtspositionen zerlegt werden könne, nicht erörtert.

Die Kommission stellte pauschal fest, dass die Regelung, nach der die FAPL die Rechte der Premier League zentral vermarktet, gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoße. Die Zentralvermarktung führe dazu, dass die Clubs davon abgehalten würden, selbst Medienrechte auszuwerten. Dadurch würde das Angebot auf dem relevanten Markt künstlich verknappt. Auf diesem Weg gelangte die Kommission in ihrer Argumentation schnell von Art. 81 Abs. 1 EG zu Art. 81 Abs. 3 EG. An dieser Stelle wurde in Anwendung des Art. 9 VO 1/2003 eine Verpflichtungszusage der FAPL akzeptiert. Danach hatte die FAPL zugesagt, das Gesamtangebot der FAPL in sechs Pakete für den TV-Bereich, ein Paket für die Vermarktung so genannter Mobile-Rechte und die Anhebung der Paketanzahl für Audio-Rechte aufzuschnüren sowie verschiedene nachgelagerte Rechte bei den Clubs zu belassen.

5. Restrictive Practices Court (RPC): Zentralvermarktung Premier League

Anlass dieser letztinstanzlichen Entscheidung eines kartellrechtlichen Verfahrens in England aus dem Jahr 1999 war die Zentralvermarktung der Britischen Premier League durch die Football Association Premier League Limited (FAPL).[21)] Der RPC hatte sich nicht mit besonderem Aufwand an der Frage aufgehalten, wer nun Inhaber lizenzierter Rechte sei. Es wurde auf das Hausrecht des Vereins abgestellt, womit der gastgebende Verein grundsätzlich als Rechteinhaber zu qualifizieren sei. Hinsichtlich der Zentralvermarktung wurde die Premier League Ltd. als Dienstleistungsverband der Vereine definiert, der die ihm durch die Clubs anvertrauten Fernsehrechte vermarktet. Der RPC hat im Rahmen einer Gesamtabwägung festgestellt, dass die durch die Premier League Ltd. erbrachte Dienstleistung den Wettbewerb eher fördere als behindere.

Die Abwägungsentscheidung hatte sehr pragmatischen Charakter: Der RPC hatte festgestellt, dass die Premier League auf der Nachfrageseite, also bei den TV-Sendern, einen besonderen Wert darstelle, sofern die vermarkteten Rechte Exklusivität garantieren könnten.[22)] Der Schaffung solcher Exklusivitätsmodelle würde nur eine Zentralvermarktung aller Spiele gerecht werden. Zwar sei eine Einzelvermarktung theoretisch denkbar, jedoch stünde im Vordergrund, dass die Spiele

20) Kommission, Entscheidung v. 22. 3. 2006 – COMP/C-2/38 173 – FA Premier League.

21) British Office of Fair Trading vs. Football Association Premier League Ltd. (FAPL ltd.).

22) British Office of Fair Trading vs. Football Association Premier League Ltd. (FAPL ltd.), Rz. 258 ff.

ihren Wert vor allem in Verbindung zum Gesamtwettbewerb gewönnen. Und nach Auffassung des RPC sei das Interesse der Nachfrager insbesondere auf den Gesamtwettbewerb fokussiert, so dass dieser auch in entsprechender Gesamtaufbereitung durch die Medien wiedergegeben werden sollte. Eine Verteilung auf viele Sender und damit auch das mögliche Fehlen von Spielzusammenfassungen in einer Sendung seien eher Ausfluss einer Einzelvermarktung als einer Zentralvermarktung und dieses Szenario wäre auf allen Ebenen der Verwertungskette unerwünscht. Auch würde eine Einzelvermarktung dazu führen, dass populäre Clubs mehr und weniger populäre Clubs weniger einnehmen würden, was der Ausgeglichenheit der Liga schaden würde.

Zusammenfassend hat der RPC klargestellt, dass das für die Vermarktung entscheidende Produkt nicht die Fernsehrechte am einzelnen Spiel, sondern die Rechte am gesamten Wettbewerb seien.[23)]

6. U.S. Court of Appeals: Chicago Professional Sports Ltd. Partnership vs. NBA

Die amerikanische National Basketball Association (NBA) vermarktet die TV-Rechte der Basketball-Liga auch zentral. Wegen verschiedener Auffassungen zu den Inhalten der entsprechenden Verträge ging der NBA-Club Chicago Bulls gerichtlich gegen diese Praxis vor. Die Chicago Bulls brachten vor, die Zentralvermarktung verstoße als Kartellabsprache gegen Sec. 1 Sherman Act. Zur Verteidigung gegen dieses Vorbringen argumentierte die NBA, dass sie als wirtschaftliche Einheit (Single Entity) über diese Vermarktungsrechte verfüge und so nicht die Rechte Dritte in wettbewerbsbeschränkender Weise vermarkten würde. Dieser Auffassung folgte das urteilende Berufungsgericht jedoch nicht vorbehaltlos:[24)] Eine Single Entity könne sich dem Kartellverbot umso einfacher entziehen, je verwobener die Struktur von verschiedenen Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit ausgestaltet sei. In der NBA seien Ligaorganisation und Clubs jeweils selbstständige wirtschaftliche Einheiten.

Die Richter wollten nun für diesen Einzelfall den Grad der Vereinheitlichung der Liga in Bezug auf die angegriffene wirtschaftliche Betätigung bewerten, also hinsichtlich der Zentralvermarktung von Fernsehrechten. Insoweit sei denkbar, dass die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Wettbewerb zu anderen Unterhaltungsformen – auf Grundlage einer weiten Marktdefinition – zur Betätigung der wirtschaftlichen Einheit gehöre, ganz im Unterschied zum Beispiel zum Spielertransfermarkt, in dem die Unternehmen miteinander konkurrierten. Nach pragmatischer Auffassung des Gerichts war die Zentralvermarktung von Fernsehrechten „closer to a single firm than to a group of independent firms".[25)]

7. Zusammenfassung dieser Fallbearbeitungen

Die Festlegung des United States Court of Appeals in der Chicago-Bulls-Entscheidung, dass die Zentralvermarktung von Fernsehrechten im Ligasport eher die wirtschaftliche Betätigung eines Einzelunternehmens als die einer Gruppe unabhängiger Einzelunternehmen sei, wird in einigen der obigen rechtlichen Erörterungen zum Thema Zentralvermarktung in ähnlicher Lesart angerissen und in anderen wiederum gänzlich ignoriert.

Der BGH hat in seiner Entscheidung Europapokalheimspiele darauf hingewiesen, dass eine marktfähige Leistung durch mehrere Beteiligte geschaffen würde, also etwa durch die Vereine und eine Ligaorganisation. Das ließe den Umkehrschluss zu, dass auch eine Einzelvermarktung,

23) British Office of Fair Trading vs. Football Association Premier League Ltd. (FAPL ltd.), Rz. 211 ff.

24) Chicago Professional Sports Ltd. Partnership vs. NBA, 95 F. 3d 593 ff. (1996).

25) Chicago Professional Sports Ltd. Partnership vs. NBA, 95 F. 3d 593, 600 (1996).

etwa ausschließlich durch den Heimverein, nicht ohne die Beeinträchtigung von Rechten Dritter, also des Gastvereins und der Ligaorganisation erfolgen würde.

Erkennt man diese Konstellation an, wird offensichtlich, dass der jeweilige Heimverein, der jeweilige Gastverein und die Ligaorganisation zusammenwirken müssen, um ein Bundesligaspiel zu veranstalten und somit auch vermarkten zu können. Das hatte auch die Kommission festgestellt, die ein solches Zusammenwirken für kartellrechtlich unbedenklich hielt.[26] Ein darüber hinaus gehendes Zusammenwirken, nämlich bezogen auf den gesamten Ligawettbewerb, konnte sich die Kommission jedoch nicht als rechtmäßig vorstellen. Das lag wohl vor allen Dingen daran, dass sich die Kommission auf dieser Ebene einen Leistungswettbewerb der Vereine untereinander innerhalb einer Liga viel besser vorstellen konnte. Dass dies praktische Probleme bereiten kann, wird hier weiter unten noch aufgezeigt.

Mit der Inhaberschaft von Rechten haben sich die Folgeentscheidungen der Kommission zur Bundesliga und Premier League nicht weiter befasst. Hier wurde ohne weitere Erörterungen festgestellt, dass die Zentralvermarktung das Ergebnis einer unnatürlichen Aufgabe originärer Rechtspositionen der Vereine und damit eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen würde.

Unmissverständlich nahe an die These vom „Wettbewerb als untrennbarem Produkt" kommt der englische RPC mit seinem Fazit, dass das für die Vermarktung entscheidende Produkt nicht die Fernsehrechte am einzelnen Spiel, sondern die Rechte am gesamten Wettbewerb seien.[27]

III. Kartellrecht

Im Folgenden sollen die kartellrechtlichen Instrumente noch einmal etwas abstrakter dargestellt werden, die einer Bewertung der Ligasportsport-Vermarktung dienlich sein können, und zwar soweit sie die Anwendung oder Nicht-Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG betreffen.

1. Wettbewerbsrechtliche Basis

Folgt man den Entscheidungen der Kommission, ist die Zentralvermarktung von Ligasport nicht mit Art. 81 Abs. 1 EG zu vereinbaren. Diese Auffassung findet sich auch in der jüngsten Bestandsaufnahme des Bundeskartellamts wieder.

Art. 81 EG ist Ausfluss der Tätigkeit der Gemeinschaft (Art. 2 EG), nach der ein System zu schaffen war, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützen soll, Art. 3 Abs. 1 lit. g EG. Art. 81 EG sanktioniert verbotene Verhaltensweisen – sie sind nichtig. Die Verbotsnorm orientiert sich am Marktverhalten, nicht an vermeintlich erwünschten Marktstrukturen oder gar Marktergebnissen.[28]

Betrachtet man in diesem Zusammenhang noch einmal die Bestandsaufnahme des Bundeskartellamts zum Thema Zentralvermarktung (s. oben I.), wurde die Verbotsnorm (mit Ausnahmevorbehalt) dort schon sehr entfernt von dem Grundverständnis angewendet, vermeintlich unzulässiges Marktverhalten zu rechtfertigen: Statt den Nutzen des „Verhaltens" zu erörtern, steuerte das Bundeskartellamt sehr schnell auf einen Bewertungskomplex zu, der sich sehr weit von einer Ver-

26) Kommission ABl. L 291/25-55, Rz. 124 – Champions League.

27) British Office of Fair Trading vs. Football Association Premier League Ltd. (FAPL ltd.), Rz. 211 ff.

28) *Dirlan/Kahn*, Fair Competition, The Law and Economic of Antitrust Policy, 1994, S. 39: „Die wesentliche Aufgabe der Wettbewerbspolitik in einem Wettbewerbssystem besteht darin, den Rahmen für faire Marktverhältnisse zu erhalten, was immer die Marktergebnisse sein mögen."; vgl. dazu auch *Stopper*, Instrumente europäischer Wettbewerbspolitik, 2006, S. 65 ff.

haltensbewertung entfernte, nämlich dem richtigen Ausstrahlungstermin von Highlight-Berichterstattungen im Free-TV am samstäglichen Vorabend.[29)]

Art. 81 Abs. 1 EG trifft die Aussage darüber, welches Marktverhalten den Wettbewerb „verhindert, einschränkt oder verfälscht". Der Begriff der Verfälschung beschreibt im Kanon dieser drei Verhaltensarten die Aufgabe des Wettbewerbsschutzes besonders treffend und ist wohl auch deshalb in der Formulierung des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG gewählt: Verfälschung weist nämlich im Unterschied zu „Einschränkung" und „Verhinderung" darauf hin, dass Wettbewerb nicht entgegen seines natürlichen Ursprung verändert werden soll. So lässt sich auch folgern, dass es natürliche Wettbewerbshemmnisse und künstliche Wettbewerbshemmnisse gibt, die in einer Kartellrechtsordnung ganz unterschiedlich zu behandeln sind: Künstliche Wettbewerbshemmnisse sind die, die durch wettbewerbshindernde Praktiken entstehen (exemplarisch in Art. 81 Abs. 1 lit. a – e EG genannt), natürliche Wettbewerbshemmnisse müssen hingenommen werden, da sie den Wettbewerb nicht beschränken, sondern Wettbewerb in diesen Ausnahmebereichen nicht besteht.[30)]

Deshalb ist die Frage zu stellen, ob die zentrale Vermarktung von Ligasport eine Wettbewerbsverfälschung darstellt, ob also tatsächlich ein Wettbewerb innerhalb des (sportlichen) Wettbewerbs besteht, den es kartellrechtlich zu schützen gilt. Wenn man davon ausgeht,[31)] dass ein Ligaspiel in jedem Fall eine Gemeinschaftsproduktion ist, an der die Clubs als Teilnehmer und die Ligaorganisation als „Ligaspiel-gebärende" Sammeleinheit gemeinschaftlich beteiligt sind, muss man am Ende die Frage beantworten können, welchen Einfluss diese Konstellation auf die Entscheidung hat, dass man eine Zentralvermarktung als Wettbewerbsverfälschung i. S. v. Art. 81 Abs. 1 EG zu verfolgen hat oder nicht. Vielleicht ist die Tatsache, dass ein Produkt immer nur durch sehr viele wirtschaftliche Einheiten (Vereine, Ligaorganisation) geschaffen werden kann, hinsichtlich seiner zentralen Vermarktung als natürliches Wettbewerbshemmnis zu dulden und damit als wettbewerbsneutral zu bewerten.

Die Kommission hat in ihrer Entscheidung Champions League dieses natürliche Phänomen erkannt, als sie erklärte, dass die notwendige Zusammenarbeit der Eigentümer zur Schaffung eines „Stückguts" nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst wäre (s.o. unter II.). Dass die Zentralvermarktung

29) Mit den Grundsätzen der Politik der Wettbewerbsfreiheit, wie *Hoppmann* sie proklamiert, hat eine solches Beurteilungsschema nicht mehr viel gemein. Er kritisierte solche Mustervorhersagen unmissverständlich: „Weil wir alle Tatsachen, die zur Bestimmung eines individuellen Ereignisses beitragen, nicht feststellen können, kann das theoretische Verständnis von der Funktionsweise marktwirtschaftlicher Systeme nicht in individuelle Aussagen darüber, was in einem konkreten Fall eintreten wird, umgesetzt werden. Es ist lediglich möglich, die allgemeine Struktur (das Muster) vorauszusagen, und diese Aussage ist eine falsifizierbare und deshalb empirische Aussage." *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1974, S. 296, 310 unter Verweis auf *F.A. von Hayek*, Die Theorie komplexer Phänomene, 1972, S. 22 ff.

30) Bekannte Beispiele sind der Hafen oder das Zuggleissystem, die einzige Marktzugangssysteme und damit natürliche Monopole sind und dadurch keinen Wettbewerb erlauben, da deren künstliche Vermehrung jedoch ökonomischer Irrsinn wäre. Zu natürlichen und künstlichen Wettbewerbshemmnissen s. *Hoppmann*, in: Schneider, Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 48, 1968, S. 9 ff.

31) Dass das Recht zur Herstellung und dem folgend die Verwertung bzw. Vermarktung von Ligasport als Lizenzrecht nicht aus dem klassischen Veranstalterrecht hergeleitet werden kann, wird in den Entscheidungen der Kommission und auch des BGH (s.o. II.) weitgehend nachvollzogen. Während das klassische Veranstalterrecht auf Grundlage des Hausrechts nach §§ 862, 859 und §§ 903, 1004 BGB (BGH GRUR 1956, 515, 516 – Tanzkurse; BGH NJW 1970, 2060 – Bubi Scholz) hergeleitet wurde, trifft §§ 1, 3 UWG als Abwehrrecht eher auf den Sachverhalt zu, bei dem die Beiträge zur Wertschöpfung einer Ligasportveranstaltung die maßgeblichen sind, die das wertvolle Lizenzrecht erst generieren. Diese Beiträge zur Wertschöpfung liefern Clubs und Ligaorganisation gemeinsam. Die Beiträge erzeugen Abwehrrechte zum Schutz eines „errungenen Arbeitsergebnisses" (BGH v. 19. 1. 1973, BGHZ 60, 163 ff. – Wettbewerblicher Schutz modischer Neuheiten), die in ihrer Zusammenfassung eine Rechtsgemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB darstellen, vgl. dazu *Stopper*, SpuRt 1999, 188, differenzierend *Waldhauser* (Fußn. 9), S. 179 ff., 194 f.

vieler Stückgüter einer Saison oder mehrerer Saisons von der Kommission als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bewertet wurde, ist nicht überzeugend. Man kann an der Stelle nämlich die umgekehrte Frage stellen, warum es ausgerechnet den Vereinen aus der Dreier-Gemeinschaftsproduktion gestattet sein sollte, die Spiele quantitativ unbeschränkt zu vermarkten?

Man erkennt an solchen argumentativen Ungereimtheiten, dass die Marktstruktur, die der Ligasport den Wettbewerbshütern vorsetzt, schwierig einzuordnen ist. Die Bemühungen, die (Zentral-)Vermarktung von Ligasport in einer strukturlogischen Begründungskette als die künstliche Verknappung verwertbarer und nachgefragter Einzelprodukte aufzudröseln, stoßen in ihrem „haftungsbegründenden" Subsumtionsteil an ihre Grenzen. Es geht bei diesem Sachverhalt nämlich nicht darum, bei einem auf der Hand liegenden Kartellrechtsverstoß eine auf vielen externen Faktoren beruhende Wertentscheidung treffen zu können. Es geht viel mehr um die Beantwortung der wichtigen strukturellen Vorfrage, ob Ligasport nicht ein eigenständiges Produkt ist. Auf Grundlage dieser Indikation haben sich Rechtsprechung und Wissenschaft auf verschiedenste Arten dieser Problematik angenähert – dazu im Folgenden.

2. Kartellrechtsneutrale Rechtsinstitutionen

Ligasport steht im Eigentum einer Rechtsgemeinschaft.[32] Bei der „Produktion" eines einzelnen Spiels besteht die Rechtsgemeinschaft aus zwei Vereinen und der Ligaorganisation. Bei einer gesamten Ligasportveranstaltung innerhalb einer Saison besteht die Rechtsgemeinschaft in der Bundesliga aus 18 Vereinen und der Ligaorganisation. Diese Ausgangslage soll hier unstreitig gestellt werden. Eine genaue Reflexion der Wertschöpfungsanteile der Rechtsgemeinschaft, die letztlich den Gesamtwert eines Spiels oder des ganzen Saisonwettbewerbs ausmacht, kann hier unterbleiben, vor allem, weil sie kaum wahrhaftig durchführbar ist.[33] Es wird davon ausgegangen, dass immer mehrere Parteien ein vermarktungsfähiges Produkt herstellen und es wird davon ausgegangen, dass in jeder Konstellation die Ligaorganisation als Urheberin des zu verwertenden Wettbewerbs ein Teil der Rechtsgemeinschaft ist. Dieses Verständnis spiegelt sich auch im Sprachgebrauch wider; es stehen regelmäßig „Bundesliga"-Rechte, nicht „Vereins"-Rechte zur Vermarktung an.

Das Vorliegen einer Rechtsgemeinschaft wird thematisch in verschiedenen zu diesem Phänomen entstandenen kartellprivilegierenden Modellen behandelt, beim „konzerninternen Wettbewerb", dem „Arbeitsgemeinschaftsgedanken" und der im U.S.-Recht geschaffenen Single Entity Theory.[34]

2.1 Konzerninterner Wettbewerb

Unternehmen i. S. v. Art. 81 Abs. 1 EG sind rechtlich selbstständige Einheiten. Schließen diese sich zusammen, indem sie einen Konzern bilden, ohne ihre rechtliche Selbstständigkeit aufzugeben, bleibt Art. 81 EG anwendbar, es sei denn, sie bilden eine wirtschaftliche Einheit.[35] Eine wirt-

32) Vgl. Fußn. 31.

33) Würde man darauf abstellen, könnte die Kombination zahlreicher Indexes die verschiedensten Wertbestimmungen von Einzel- oder Gesamtveranstaltungen ergeben: So könnten ein Saisoneröffnungsspiel und die Spiele des vorletzten und letzten Spieltags den Faktor X ausmachen, die beteiligten Mannschaften je nach aktuellem Tabellenplatz einen weiteren Faktor, verbunden mit einem generellen Beliebtheitsfaktor, der generelle und der konkrete Spannungsfaktor etc. pp. den Wert des jeweiligen vermarktungsgegenständlichen Produktes ausmachen. Für die Vermarktung in der Praxis ist eine solche Detailbewertung jedoch völlig unpraktikabel.

34) Es gibt noch weitere Rechtsinstitutionen, nach denen diese Problematik geprüft wurde, so die Immanenztheorie, Nachweise oben bei Fußn. 8; die Rule of Reason, z. B. bei *Waldhauser* (Fußn. 9), S. 252 f., grds.: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, S. 208 ff.

35) EuGH v. 12. 7. 1984, Slg. 1984, 2999, 3016 – Hydrotherm compact; EuG v. 12. 1. 1995, Slg. 1995, II-17, 33 – Viho; EuGH v. 24. 10. 1996, Slg. 1996, I-5457 – Viho; s. auch *Immenga/Schweizer*, Immenga/Mestmäcker, GWB, 2000, § 8 Rz. 46; *Bunte* (Fußn. 10), Art. 81 Generelle Prinzipien Rz. 139 ff.

schaftliche Einheit kann keine wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen treffen, wenn sie ihr Vorgehen auf dem Markt ohnehin nicht autonom bestimmen kann, sondern die Anweisungen des beherrschenden Mutterkonzerns befolgen muss.[36] Verbleibt den beteiligten Unternehmen jedoch noch ein Freiraum für selbstständige wirtschaftliche Entscheidungen, soll ein Kartellprivileg trotz partieller Verbundenheit der Unternehmen nicht greifen. Man kann daraus schließen, dass der „Lackmus-Test" für das Bestehen oder Nicht-Bestehen tatsächlicher Autonomie daran festzumachen ist, ob eine Vereinbarung verbundener Unternehmen in konstitutioneller Hinsicht auch durch eine Weisung des beherrschenden Unternehmens hätte ersetzt werden können.[37]

Die umfassende Auseinandersetzung mit dem Komplex des konzerninternen Wettbewerbs hat ihren Ursprung in der Betrachtung des formalen Unternehmensbegriffs. Solange selbstständige Unternehmen sich abgestimmt verhalten, liegt eine Anwendung von Art. 81 EG nahe. Dass dies bei der Gründung eines Unterordnungskonzerns mit weisungsabhängigen Strukturen nicht mehr der Fall sein soll, ist nachvollziehbar; die Konzernbeteiligten bleiben dann zwar selbstständige Unternehmen, schließen jedoch untereinander keine Verträge mehr.

Das Kartellprivileg wurde im deutschen Recht[38] auch zugunsten von so genannten Gleichordnungskonzernen (i. S. v. § 18 Abs. 2 AktG) diskutiert. Sie sind zwar gesellschaftsrechtlich gestattet (vgl. § 291 Abs. 2 AktG), damit aber nicht kartellrechtlich freigestellt. Es besteht jedoch Einigkeit, dass die vertragliche Errichtung von Gleichordnungskonzernen unter das Kartellrecht fällt. Die Anwendung kann eingeschränkt werden, wenn die Verbindung zwischen den Unternehmen über die vertragliche Errichtung einer gemeinsamen Leitung hinausgeht, indem eine umfassende Unternehmensleitung und eine dauerhafte Vermögensbindung eingegangen werden.[39]

Diese Argumentation über die kartellrechtlich privilegierte Beurteilung konzerninternen Wettbewerbs hat auch Anklang bei der Beurteilung der Vermarktung von Ligasport gefunden.[40] Die verdeutlicht, dass die Verbindung der Teilnehmer an einer Liga und der Ligaorganisation von Zwecken geleitet ist, die in wesentlichen Strukturen einer wirtschaftlichen Einheit nahe kommen. Dennoch passt diese Zuordnung nicht gut zum Thema „konzerninterner Wettbewerb", da Vereine und Ligaorganisation zwar gemeinschaftliche Werte schaffen können, jedoch in ihrer vertrags- und verbandsrechtlichen Verbindung weit davon entfernt sind, ihre Autonomie als Unternehmen aufgeben zu wollen. Bei der Vermarktung von Ligasport-Medienrechten geht es um die gemeinsame Herstellung eines Produktes, nicht um die Schaffung eines gemeinsamen Unternehmens als wirtschaftliche Einheit.

2.2 Arbeitsgemeinschaft

Nach den Leitlinien der Kommission über horizontale Zusammenarbeit[41] liegt keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG vor, wenn die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern vereinbart wird, die die von der Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit oder das Projekt nicht eigenständig durchführen können. Arbeitsgemeinschaften finden sich häufig in der Form von Bietergemeinschaf-

36) EuGH Slg. 1996, I-5457, 5494 – Viho.

37) EuGH v. 31. 10. 1974, Slg. 1974, 1147, 1168 – Centrapharm I.

38) *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2000, § 1 Rz. 23; *von Bar*, BB 1980, 1189; *Bunte* (Fußn. 10), § 1 Rz. 264.

39) *von Bar*, BB 1980, 1189, 1190 f.

40) Angedeutet in BGH v. 11. 12. 1997, WuW/E DE-R 17 – Europapokalheimspiele; s. auch *Heermann*, WRP 2001, 1140; *Heermann*, ZHR 161 (1997), 665; *Hannamann*, Verhaltenskoordinationen im Sport, 2001, S. 474 ff.

41) Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit; ABl. 2001, C 3/2, Rz. 24; zu den Leitlinien: *Stopper*, EuZW 2001, 426.

ten, die sich zusammenschließen, weil sie sich an einer Ausschreibung nicht alleine hätten beteiligen können.[42] In der deutschen Rechtsprechung zur Arbeitsgemeinschaft[43] wird dazu betont, dass, wenn die Unternehmen objektiv nicht in der Lage sind, eigene Angebote abzugeben, eine entsprechende Zusammenarbeit den Wettbewerb nicht beschränkt, sondern verstärkt.

Wenn man jetzt die Annahme zugrunde legt, dass die Vermarktung von Ligasport nur durch alle Beteiligten gemeinsam ermöglicht wird, also als Rechtsgemeinschaft bestehend aus den beteiligten Clubs und der Ligaorganisation,[44] geht diese Konstellation noch über die Idee einer kartellrechtsneutralen Arbeitsgemeinschaft hinaus. Denn wenn sich eine Arbeitsgemeinschaft bildet, kann als rechtfertigungsfähiger Hintergrund bereits ausreichen, dass ein Alleinauftritt auf dem Markt schon aus kaufmännischen Vernunftgründen nicht infrage kommt, weshalb sich dann die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft anbietet.[45] Für die Rechtsgemeinschaft, die den Medien Ligasport-Produkte anbieten möchte, ist ihr Zusammenwirken jedoch nicht nur notwendig, um eine bestimmte Qualität für einen Marktzutritt zu erreichen, sondern um überhaupt ein vermarktungsfähiges Produkt herstellen zu können.[46]

Die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft können eine Leistung theoretisch alleine erbringen, sich jedoch praktisch nur in der Gemeinschaft eine qualitative und/oder quantitative Marktzutrittsfähigkeit verschaffen. Die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft „Ligasport" können ihre Leistung nicht einmal theoretisch allein erbringen – ihre Leistungen müssen zusammengelegt werden, um die vermarktungsfähige Leistung überhaupt zu erzeugen. Man könnte deshalb behaupten, dass, wenn schon die Aktivitäten notwendiger Arbeitsgemeinschaften nicht unter das Kartellverbot fallen, dann die der Rechtsgemeinschaften erst recht nicht.

2.3 Single Entity Theory

Der Gedanke des Gemeinschaftsprodukts, das durch eine Rechtsgemeinschaft geschaffen wird, findet sich in der Single Entity Theory, die dem amerikanischen Antitrust-Recht entstammt, in besonders nahe liegender Würdigung wieder.[47]

Die Single Entity Theory setzt sich mit den wirtschaftlichen und somit kartellrechtlichen Implikationen von Ligasport auseinander. Sie besagt, dass nicht die einzelnen Clubs, sondern vielmehr die Liga die relevante wirtschaftliche Einheit darstellt, die das Produkt „Ligasport" herstellt.[48] In der U.S.-Literatur ist dieses Thema intensiv behandelt worden.[49] Die Single Entity Theory geht

42) Kommission v. 2. 1. 1973, ABl. 1973 L 140/17 – Zucker; Kommission v. 24. 10. 1988, ABl. 1988 L 311/36 – Eurotunnel; Kommission v. 27. 7. 1990, ABl. 1990 L 228/31 – Konsortium ECR 900.

43) BGH v. 13. 12. 1983, WuW/E BGH 2050 – Bauvorhaben Schramberg; BGH v. 5. 2. 2002, WRP 2002, 709 – Jugendnachtfahrten.

44) Die Ableitung eines Veranstalter- und somit Vermarktungsrechts über das Hausrecht des gastgebenden Vereins (so noch BGH WuW/E DE-R 17 – Europapokalheimspiele) gilt zumindest gemeinschaftsrechtlich als überholt; Kommission ABl. L291/25-55 – Champions League; siehe auch *Mestmäcker/Schweitzer* (Fußn. 34), § 11 Rz. 38; *Stopper*, Spurt 1999, 188; vgl. Fußn. 31.

45) BGH WuW/E BGH 2050 – Bauvorhaben Schramberg; BGH WRP 2002, 709 – Jugendnachtfahrten.

46) Vgl. *Mestmäcker*, in: Vieweg, Vermarktungsrechte im Sport, 2000, S. 53 ff.; *Ahrens//Jänich*, in: Beiträge zum Sportrecht, Bd. 6, 2000, S. 9 ff.

47) Ausführlich zu dem Themenkomplex s. *Blask*, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, 2005.

48) *Neale*, Quarterly Journal of Economics 1964, 1, 4. Die Theorie war bis zur Entscheidung Copperweld (Copperweld Corp. v. Independence Tube Corporation, 467 U.S. 752 (1984) umstritten, s. *Blecher/Daniels*, Whittier Law Review 1982, 217.

49) S. vor allem: *Grauer*, Michigan Law 1983, 1; *Roberts*, Tulane Law Review 1986, 535; *Weistart*, Duke Law Journal 1984, 1013.

davon aus, dass Vereine und Liga auf vielen Ebenen miteinander kooperieren müssen, um das Produkt „Ligasport" herstellen zu können. Dadurch soll der Status der Beteiligten als selbstständige Einheiten nicht infrage gestellt werden. Deutlich beschreibt *Roberts*[50] die wirtschaftlichen Gegebenheiten innerhalb der Single Entity: Die Ligamitglieder wären keine Wettbewerber im wirtschaftlichen Sinn. Ohne den Ligabetrieb könnten die Ligamitglieder so gut wie keine Einnahmen erzielen. Die kleinste denkbare Einheit zur Schaffung von Ligasport sei die Liga, nicht die Vereine. Dass dennoch nicht alle wirtschaftlichen Prozesse im Zusammenhang mit der Ligavermarktung durch die Ligaorganisation vollzogen werden, sei insoweit auch keine inkonsequente Abkehr von der Single Entity, sondern ausschließlich die Manifestation der gemeinschaftlichen Ligaentscheidung, innerhalb der eigenen Organisation die optimale Wirtschaftlichkeit des Ligabetriebs zu gewährleisten, dazu gehöre zum Beispiel, den Ticketverkauf sowie das Merchandising durch die Vereine durchführen zu lassen. Das Vorliegen von auch nicht zentralisierten wirtschaftlichen Betätigungen müsse deshalb nicht den Umkehrschluss bedeuten, dass die gemeinsamen Aktivitäten eine Wettbewerbsbeschränkung darstellten. Die Single Entity Theory sei also so lange anwendbar, wie die Vereinbarungen der Ligamitglieder und der Ligaorganisation der Schaffung des Ligasports dienten, ohne dabei das Verbraucherwohl zu vernachlässigen.

Man könnte behaupten, die Ausführungen von *Roberts* seien opportunistisch, da sie die gemeinsame Vermarktung nur dort zulassen, wo sie gerade passen. Andererseits ist dieser Ansatz auch pragmatisch, denn er lässt den Mitgliedern der Single Entity den bestmöglichen Gestaltungsspielraum für die Vermarktung von Ligasport. Solange solche Entscheidungen auch demokratisch legitimiert sind und nicht durch den Missbrauch von Machtpositionen herbeigeführt werden, muss das Kartellrecht demzufolge dann nicht einschreiten.

2.4 Fazit

Rechtsinstitutionen können kartellrechtsneutal sein, wenn sie ökonomisch schlüssig, also aus ökonomischer Konsequenz geschaffen wurden, sie vor allem nicht die Folge wettbewerbsbeschränkender Aktivitäten sind. So sind Privilegien für die kartellrechtliche Betrachtung in Konzernstrukturen konsequent. Dieses Privileg passt jedoch nicht in den Ligasport-Sachverhalt, da auf Grundlage der vielfältigen Strukturen im Ligasport zwar gemeinsame Produkte geschaffen werden können, aber nicht ein gemeinsames Unternehmen.

Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke rückt der Ligasport-Problematik schon näher. Danach sollen notwendig gemeinschaftliche Arbeitsergebnisse geschaffen, aber keine Konzerne gegründet werden. Die kartellrechtliche Privilegierung einer Arbeitsgemeinschaft muss erst recht für Rechtsgemeinschaften gelten, wenn deren Gemeinschaftlichkeit für die Herstellung eines Produkts notwendig ist.

Die Single Entity Theory als Antitrust Defense ist für den Ligasport das ökonomisch konsequenteste Denkmodell. Dort, wo die Gemeinschaft als Einheit zu vermarkten ist, weil es nur so wirtschaftlich Sinn macht, fällt sie nicht unter das Kartellverbot. Fernsehrechte können deshalb zentral durch eine Single Entity vermarktet werden und Tickets in den Stadien vor Ort durch Separate Entities dezentral vermarktet werden, ohne dass diese Abweichungen in der Vermarktungsstruktur den gesamten Status einer Single Entity infrage stellen müssen. Beide Vermarktungsstrukturen sind letztlich Ausfluss der Entscheidungsautonomie der Mitglieder der Entity – nur wenn die Entscheidungsautonomie in sich dem ungerechtfertigten Einfluss missbräuchlicher Aktivitäten marktmächtiger Mitglieder ausgesetzt ist, muss dieses Verhalten rechtlich sanktionsfähig sein.

50) *Roberts*, Tulane Law Review 1986, 535.

Diese Denkweise der Single Entity Theory ist im Übrigen nicht nur dienliches Instrument der Case-Law-Dogmatik, sondern auch Wesensmoment der europäischen freiheitlich geprägten Wettbewerbstheorie: „Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit sind zwei Aspekte desselben wettbewerblichen Prozesses, sie sind zwei Seiten derselben Medaille. Deshalb kann es keine Alternative, keinen Konflikt und kein Problem der Vorrangigkeit zwischen beiden Zielen geben. ... Die wirtschaftspolitische Zielsetzung, wettbewerbliche Marktprozesse zu realisieren, umfasst beides zugleich, Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit, in dem Sinne, dass sie reziproke individuelle Vorteile liefern. Das Problem der Zielkompatibilität taucht nicht auf. Denn es handelt sich um zwei Aspekte einer Wertgesamtheit und nicht um verschiedene Ziele."[51)]

IV. Zusammenfassung und Epilog

1. Zusammenfassung

Von Art. 81 Abs. 1 EG werden Verhaltenskoordinationen von Unternehmen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung erfasst. Ein Unternehmen kann sein Verhalten mit einem anderen Unternehmen in wettbewerbsbeschränkender Weise koordinieren, wenn die Inhalte der Koordination sich auch auf selbstständige unternehmensbezogene Rechtspositionen beziehen. Die Rechtspositionen, die für den Verkauf von Fernsehrechten an Ligasportveranstaltungen in Form von vermarktungsfähigen Lizenzen notwendig sind, können durch die beteiligten Unternehmen allein jedoch nicht erzeugt werden. Sie müssen sich wesensnotwendig zusammenschließen, um werthaltige Bundesligarechte zu erzeugen. Es geht also um die Schaffung eines Rechts, das einer Rechtsgemeinschaft zusteht, man kann „ohne einander" kein vermarktungsfähiges Produkt herstellen.

Die Rechtsgemeinschaft kann ihr gemeinsames Recht gemeinsam vermarkten. Ihr Verhandlungsführer ist die Ligaorganisation, die über Satzungsrecht durch die Vereine als Mitglieder des Ligaverbands für diese Aufgabe bestimmt worden ist. Diese Bestimmung ist keine wettbewerbsbeschränkende Absprache, sondern dient der praktikablen Vermarktung des Gemeinschaftsprodukts. Die Ligaorganisation ist vor allem durch ihre neutrale Stellung innerhalb der Rechtsgemeinschaft „Vereine und Ligaorganisation" im Hinblick auf die notwendige Herstellung gleichartiger sportlicher Wettbewerbsbebdingungen besonders geeignet, die Rechte der Rechtsgemeinschaft zu veräußern.

Das Produkt Ligasport betrifft nicht ein Einzelspiel eines Gesamtwettbewerbs, sondern den Gesamtwettbewerb. Deshalb ist nicht nur die Vermarktung eines Einzelspiels durch eine Ligaorganisation legitim (so die Kommission in ihrer Entscheidung Champions League, s.o. II 2), sondern auch die Vermarktung des Gesamtwettbewerbs. Die Vermarktung vieler Einzelspiele ist nicht der Ausfluss einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern eines Vermarktungsmodells, das den Nachfragepräferenzen und der Verminderung von Transaktionskosten gerecht werden soll.

Bestimmte andere Vermarktungsgegenstände innerhalb des Ligasports, wie z. B. der Ticketverkauf oder die Vermarktung von Werbebanden im Stadion, verdanken ihren Wert auch dem Vorliegen der wertschöpfenden Rechtsgemeinschaft. Dass diese Rechte nicht durch die Ligaorganisation vermarktet werden, sondern durch die Vereine, ist Ausfluss einer autonomen Entscheidung innerhalb der Rechtsgemeinschaft. Diese Entscheidung lässt deshalb nicht den Umkehrschluss zu, dass auch die Vermarktungsrechte für das Fernsehen dezentral vermarktet werden müssen.

Das Produkt Ligasport entsteht aus einer wesensnotwendigen Rechtsgemeinschaft unselbstständiger Eigentums- und Rechtspositionen. Die zentrale Vermarktung dieses Gemeinschaftsrechts ist

51) *Hoppmann* (Fußn. 30), S. 9 ff.

nicht das Resultat einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache, sondern die natürliche wie praktische Konsequenz seiner Entstehung.

2. Epilog

2.1 Wesensfremde Einzelvermarktung

Angenommen, die Vermarktung der Fernsehrechte würde durch die einzelnen Clubs erfolgen, dann würden die verschiedensten Angebots- und Nachfragemärkte entstehen, die dem Ligasport wesensfremd wären. Es würde ein Wettbewerb entstehen, der die Vermarktung von Ligasport, der auch immer der Herstellung adäquater, annähernd gleichartiger Wettbewerbsbedingungen dienen soll, praktisch undurchführbar macht. Es würden der Sache wenig dienliche Einzelinteressen aufeinander stoßen. So entstünde ein Wettbewerb um attraktive Anstoßzeiten oder attraktive Einzelkonditionen in Bezug auf den bestmöglichen Verwertungspartner (TV-Anstalten), der dem Hauptinteresse des Ligasports, der Schaffung möglichst fairer Wettbewerbsbedingungen für die Teilnehmer am sportlichen Wettbewerb, zuwiderlaufen würde. Diese potenziellen Konflikte machen die Entstehung und den Erhalt von Ligasport nicht durchführbar. Ein solcher Wettbewerb, der von den Befürwortern der Einzelvermarktung herbeigesehnt wird, wäre der verfälschte, nicht die Zentralvermarktung.

2.2 Adressaten der Missbrauchsaufsicht

Man kann annehmen, dass der Vermarkter von Ligasport auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Missbraucht er diese marktbeherrschende Stellung, ist Art. 82 EG anwendbar.

2.3 EU-einheitliche Rechtsanwendung

Gerade die jüngste „Bestandsaufnahme" des Bundeskartellamts macht deutlich, dass die Anwendung von Art. 81 EG auf die Vermarktung von Ligasport die verschiedensten Ergebnisse hervorbringen kann. Auch die Bearbeitung dieser Problematik durch die Kommission ist nicht nach der hier vertretenen Rechtsauffassung erfolgt. Die Kommission verortete die Gründe für eine „kartellrechtsmilde" Behandlung von Ligasport bei Art. 81 Abs. 3 EG, nicht wegen der Nichtanwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG.

Man muss dem Umstand Rechnung tragen, dass verschiedene Ligasport-Veranstalter zahlreicher EU-Mitgliedstaaten in einem europaweiten (sportlichen) Wettbewerb zueinander stehen, wenn diese ihre Mitglieder zum Beispiel in den europäischen Ligasport-Wettbewerb Champions League entsenden. Deshalb besteht im Sinne einer notwendig einheitlichen Rechtsanwendung Handlungsbedarf auf europäischer Ebene. Die Kommission sollte eine Bekanntmachung nach Art. 83 EG verabschieden, die festlegt, unter welchen Bedingungen die Vermarktung von Ligasport durch eine Ligasportorganisation von der Anwendung des Art. 81 EG ausgenommen werden kann.

Abstract

Joint selling of media rights and Art. 81 of the Treaty

Joint selling of media rights to professional football league matches very often becomes a subject of proceedings by European and national antitrust authorities. After three rulings of the European Commission, which set out clear conditions for the joint selling, the German Bundeskartellamt – based on Council

Regulation (EC) No 1/2003 – now dealt with the a new media rights exploitation concept for the joint selling by the German Bundesliga. Even without an issued decision by the Bundeskartellamt and with only a statement of the authority, the discussion about joint selling of sports leagues' media rights and Antitrust Law came into focus again.

The article intends to suggest a new approach in this discussion. The European Commission as well as the Bundeskartellamt have always discussed this matter under Art. 81 (3) of the Treaty by applying Art. 81 (1) of the Treaty: „Joint selling prevents clubs from taking independent commercial action regarding the exploitation of the media rights pertaining to Premier League Matches" (Commission Decision of 22/3/2006, C (2006) 868). In contradiction to this thesis, the article states that the clubs have no legal right to conduct these independent commercial actions as referred to by the Commission. The media rights which are the subject of the joint selling by nature not belong to the individual clubs, but rather to a joint holding consisting of parties considered to be inseparable and interdependent parts of a unitary whole. The clubs and the league organizer are the indispensable parties creating together the value of a sports league media right.

Taking this argumentation into consideration, the joint selling of media rights is not the result of an agreement of (independent) undertakings or a decision of associations of undertakings with the object of the distortion of competition, but rather a joint exploitation of media rights which have been jointly created. Consequently, any potentially anti-competitive behavior by joint selling of media rights shall not be treated under Art. 81 of the Treaty but under Art. 82 of the Treaty.