

lang ersehnte und erhoffte⁹⁶ Grundsatzentscheidung zum überlange schwelenden Streit um die Rechtsnatur des Art. 5 EuInsVO 2000 zu fällen. Der EuGH übt insoweit judizielle Zurückhaltung,⁹⁷ während GA *Szpunar* vorpreschte.⁹⁸ Tendenziell formuliert der EuGH aber eher so, dass ihm ein kollisionsrechtliches Verständnis des Art. 5 Abs. 1 EuInsVO 2000 näher liegt.⁹⁹ Leider¹⁰⁰ hat sich – mannigfachen Anstößen zu einer eindeutig kollisionsrechtlichen Ausgestaltung¹⁰¹ zum Trotz – auch der europäische Gesetzgeber des Art. 8 EuInsVO 2015 nicht zu einer Klarstellung durchdringen können.¹⁰²

96 *Jessica Schmidt*, EWiR 2015, 151, 152.

97 Anders noch EuGH Slg. 2009, I-8421 Rn. 35 – German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schee, wo der parallele Art. 7 EuInsVO 2000 als materiellrechtliche Norm, also als Sachnorm bezeichnet wird. Das bewerten als (systematisches) Argument für das Verständnis auch des Art. 5 EuInsVO 2000 *J. Schmitz* (Fn. 31), S. 79; *Bornemann*, in: K. Wimmer/Bornemann/Lienau, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 289 Fn. 6; *Strickler*, EnZW 2016, 946, 947.

98 GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2016:369 Rn. 31.

99 EuGH RIW 2016, 839 = ECLI:EU:C:2016:804 Rn. 18 – SCI Senior Home/Gemeinde Wedemark u. Hannoversche Volksbank eG unter Hinweis auf EuGH ECLI:EU:C:2012:417 Rn. 40–42 – ERSTE Bank Hungary Nyrt/Magyar Ilam, BCL Trading GmbH u. ERSTE Befektetési zrt und EuGH ECLI:EU:C:2015:227 Rn. 27 – Hermann Lutz/Elke Bäuerle als Verwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der ECZ Autohandel GmbH.

100 Siehe auch *Fritz*, NZI 2015, 670, 671; *ders.*, NZI 2016, 793.

101 *Tollenaar*, IILR 2011, 252, 260 f.; *Kolmann*, IILR 2011, 272, 279 f.; *Velder*, IILR 2011, 285, 292; *INSOL Europe*, Revision of the European Insolvency Regulation, 2012, S. 50 f.

102 *Bornemann*, in: K. Wimmer/Bornemann/Lienau (Fn. 97), Rn. 289.

VI. Zusammenfassung

1. Die EuInsVO 2000 grenzt öffentliche Gläubiger auch bei hoheitlicher Tätigkeit nicht aus.
2. Öffentliche Lasten sind dingliche Rechte im Sinne von Art. 5 EuInsVO 2000.
3. Der Begriff des dinglichen Rechts ist ein europäisch-autonom auszufüllender Begriff. Verlangt sind direkte und unmittelbare Bindung an den betreffenden Gegenstand, absolute Wirkung mit Schutz gegen jedermann und Fortbestehen bei Weitererwerb des Gegenstandes. Art. 5 Abs. 1 EuInsVO 2000 ist nicht gezielt eng auszulegen.
4. Für den Untersatz erfolgt eine Qualifikationsverweisung auf die *lex rei sitae*, welche Charakteristika diese dem konkret zu beurteilenden Recht an einer Sache beimisst.
5. Art. 5 Abs. 1 EuInsVO 2000 ist eine positive Kollisionsnorm. Für den Umfang des Begriffs „dingliches Recht“, eine Qualifikationsfrage, ist die Rechtsnatur des Art. 5 Abs. 1 EuInsVO 2000 aber ohne Belang, da Letztere nur die Rechtsfolgenseite betrifft.



Professor Dr. Peter Mankowski

Direktor des Seminars für Internationales Privat- und Prozessrecht an der Universität Hamburg und Ständiger Mitarbeiter der RIW.

Professor Dr. Frank A. Immenga, LL.M. (Emory), Rechtsanwalt/Attorney at Law (NY), Frankfurt a. M., und Dr. habil. Martin Stopper, Rechtsanwalt, München

Die UEFA-Regeln zum finanziellen Fairplay im Fokus des Kartellrechts

Im europäische Profifußball beschreiben Regelungen, wann eine natürliche oder juristische Person Kontrolle über oder Einfluss auf einen an einem UEFA-Clubwettbewerb teilnehmenden Verein hat. Es stellt sich daher – bei der Lösung von wirtschaftlichen und sportlichen Konflikten – die Frage, wie diese Regelungen interpretiert werden müssen, damit sie nicht gegen das europäische Kartellrecht verstoßen.

I. Einführung

Der europäische Profifußball ist unzweifelhaft ein bedeutender Wirtschaftsfaktor. Für Geldgeber haben die großen nationalen Ligen in Europa, voran aus England, Spanien, Deutschland und Italien, und die parallel veranstalteten europäischen Clubwettbewerbe „UEFA Champions League“ und „UEFA Europa League“ eine große Anziehungskraft. Die UEFA ist Herrin über die europäischen Clubwettbewer-

be und unternimmt verschiedene regulatorische Eingriffe in die Handlungsfreiheit tatsächlicher und potenzieller Geldgeber. Diese Regularien sollen verhindern, dass ein Club durch Dritte unbeschränkt finanziell unterstützt wird und sie sollen sicherstellen, dass die Integrität des Wettbewerbs gewahrt bleibt.

Im Fall des finanziellen Fairplay beschreiben die Regularien, wann eine natürliche oder juristische Person Kontrolle über einen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Verein hat. Besondere Bedeutung kommt hier der Definition des „maßgeblichen Einflusses“ zu. Dieser Aufsatz widmet sich der Fragestellung, ob und inwieweit der Begriff des „maßgeblichen Einfluss“ auch den Bedingungen von Aktiengesetz, Fusionskontrolle, Handelsgesetz und Missbrauchsaufsicht standhält, ob er daneben etwa weitere sportsspezifische Rechtfertigungsgründe in sich trägt und somit einen verhältnismäßigen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit darstellt. Denn spätestens seit der EuGH-Entschei-

dung Meca-Medina und Majcen¹ ist es unbestritten, dass Regelungen sportlichen Charakters sich nicht zwangsläufig dem Anwendungsbereich des EU-Vertrags entziehen. Vielmehr bedarf es hier im Einzelfall einer rechtfertigenden und verhältnismäßigen Begründung.

II. Sachverhalt

Wenn eine natürliche oder juristische Person Kontrolle über oder maßgeblichen Einfluss auf einen an einem UEFA-Clubwettbewerb teilnehmenden Verein hat, kann dies verschiedene Folgen haben. Eine wesentliche Folge für solche natürlichen oder juristischen Personen im Rahmen des finanziellen Fairplay ist es, dass nur bestimmte Zahlungen in den für die UEFA relevanten Haushalt eines Clubs einfließen können. Die Definition des „maßgeblichen Einflusses“ findet sich in den Financial Fairplay Regulations in der Fassung aus dem Jahr 2015 (im Folgenden: FFP) in Art. 3 FFP:

„Maßgeblicher Einfluss bedeutet die Möglichkeit, die finanz- und geschäftspolitischen Entscheidungen eines Unternehmens zu beeinflussen, ohne sie jedoch beherrschen zu können. Ein maßgeblicher Einfluss kann durch Anteilsbesitz, Satzung oder durch vertragliche Vereinbarungen begründet werden. Eine Partei oder mehrere Parteien mit derselben obersten beherrschenden Partei zusammen (ausgeschlossen UEFA, ein UEFA-Mitgliedsverband und eine angeschlossene Liga) gelten als einen maßgeblichen Einfluss ausübend, wenn sie mit 30% oder mehr zu den Gesamteinnahmen des Lizenznehmers während einer Berichtsperiode beitragen.“

Was bedeutet es für einen Club, wenn er einem maßgeblichen Einfluss im Sinne dieser Definition unterliegt? Wer maßgeblichen Einfluss auf einen Club hat, ist sog. verbundene Partei des Clubs: Die „verbundene Partei“ wird in Anhang X F. FFP definiert.² Die Definition enthält zahlreiche Regelbeispiele. Dabei hat das Regelbeispiel in 2. lit. c („Ein Unternehmen übt einen maßgeblichen Einfluss auf das andere Unternehmen aus“) für die Annahme eines verbundenen Unternehmens eine besondere Bedeutung, da dieses Regelbeispiel mit dem Tatbestandsmerkmal „maßgeblicher Einfluss“ einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält. Dieser Rechtsbegriff ist nicht nur anderen gesetzlichen Sphären wie dem europäischen Recht der Fusionskontrolle oder dem deutschen Handels- sowie Aktienrecht entlehnt, sondern er ist als unbestimmter Rechtsbegriff auch der Gefahr ausgesetzt, willkürlich und damit unverhältnismäßig angewendet zu werden. Unter dieser Prämisse soll in diesem Beitrag erörtert werden, ob die Definition des maßgeblichen Einflusses, wie sie die UEFA vornimmt, den Maßstäben des Fusionskontroll-, des Aktienrechts und Handelsrechts und danach letztlich dem Kartellrecht standhält.

Der maßgebliche Einfluss macht eine Partei nach den UEFA-Regeln zur verbundenen Partei. Und eine verbundene Partei darf dem Club finanzielle Zuwendungen nur nach Maßgabe der für verbundene Parteien vorgesehenen FFP-Regeln gewähren. Diese Maßgabe verlangt, dass die Zuwendungen an den Club durch verbundene Parteien nur im Rahmen von Einkommenstransaktionen nach dem Zeitwert erfolgen dürfen. Unter Zeitwert ist der sog. „fair value“³ zu verstehen, wie es in der englischen Urfassung des FFP heißt. Wenn also ein verbundenes Unternehmen für eine Sponsoring-Leistung 10 Mio. Euro zahlt, obwohl der Zeitwert 1 Mio. Euro beträgt, kann der Club nur den Zeitwert von 1 Mio. Euro in die Einnahmen/Ausgaben-Berechnung

(„break-even-Berechnung“) einführen, deren Ausgeglichenheit u. a. die Voraussetzung für die Teilnahme an den UEFA-Wettbewerben sein soll. Für nicht verbundene Unternehmen gilt hingegen, dass jede Zahlung an den Club „zeitwertungsgeprüft“ in die Einnahmen-/Ausgaben-Berechnung eingeführt werden darf.

Aus dem oben Gesagten lässt sich demnach folgender Mechanismus darstellen: Wenn ein Unternehmen nach den Vorschriften der UEFA einen maßgeblichen Einfluss auf den Club hat, wird dieses Unternehmen zum sog. verbundenen Unternehmen. Die Zuwendungen von verbundenen Unternehmen werden nach der Arithmetik des UEFA-FFP einer Überprüfung nach dem Zeitwert unterzogen, so dass Zahlungen, die nicht dem Zeitwert entsprechen, einem Club insoweit nichts nutzen dürfen, um in die *break-even*-Berech-

1 EuGH vom 18. 7. 2006, Meca-Medina und Majcen, C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 Rn. 42 ff. Zuvor wurde in verschiedenen Urteilen des EuGH festgestellt, dass die Ausübung des Sports insoweit unter das Gemeinschaftsrecht fällt, als sie zum Wirtschaftsleben von Art. 2 EG gehört (vgl. Urteile vom 12. 12. 1974, 36/74, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405 Rn. 4; vom 14. 7. 1976, 13/76, Doná, Slg. 1976, 1333 Rn. 12; vom 15. 12. 1995, C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921 Rn. 73; vom 11. 4. 2000, C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg. 2000, I-2549, Rn. 41, und vom 13. 4. 2000 in der Rechtssache C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg. 2000, I-2681 Rn. 32).

2 In Anhang X F. FFP finden sich alle Kriterien, bei deren Vorliegen eine Partei als verbundene Partei zu verstehen ist:

1. Eine verbundene Partei ist eine Person oder ein Unternehmen, das mit dem Unternehmen, das seinen Jahresabschluss erstellt (dem „berichtenden Unternehmen“), verbunden ist. Bei der Betrachtung aller möglichen Beziehungen zu verbundenen Parteien wird auf die Substanz der Beziehung und nicht allein auf die Rechtsform abgestellt.

2. Eine Person oder ein naher Familienangehöriger dieser Person (d. h. diejenigen Familienangehörigen, von denen erwartet werden kann, dass sie die Person in ihren Geschäften mit dem Unternehmen beeinflussen oder von ihr beeinflusst werden, einschließlich der Kinder der Person und ihres Ehe- oder Lebenspartners, Kinder des Ehe- oder Lebenspartners der Person sowie abhängige Angehörige der Person oder ihres Ehe- oder Lebenspartners) ist mit einem berichtenden Unternehmen verbunden, wenn er/sie: a) das berichtende Unternehmen beherrscht oder an dessen gemeinschaftlicher Führung beteiligt ist; b) maßgeblichen Einfluss auf das berichtende Unternehmen hat; oder c) im Management des berichtenden Unternehmens oder eines Mutterunternehmens des berichtenden Unternehmens eine Schlüsselposition einnimmt.

3. Ein Unternehmen ist mit einem berichtenden Unternehmen verbunden, wenn eine der folgenden Bedingungen zutrifft: a) Das Unternehmen und das berichtende Unternehmen gehören zum gleichen Konzern (was bedeutet, dass jedes Mutterunternehmen, Tochterunternehmen und Schwesterunternehmen mit den anderen verbunden ist); b) Das Unternehmen und das berichtende Unternehmen werden von derselben Regierung beherrscht, gemeinschaftlich beherrscht oder maßgeblich beeinflusst; c) Ein Unternehmen übt einen maßgeblichen Einfluss auf das andere Unternehmen aus; d) Ein Unternehmen ist ein assoziiertes Unternehmen oder ein Joint Venture des anderen Unternehmens (oder ein assoziiertes Unternehmen oder ein Joint Venture einer Gesellschaft des Konzerns, zu der das andere Unternehmen gehört); e) Beide Unternehmen sind Joint Ventures der gleichen Drittpartei; f) Ein Unternehmen ist ein Joint Venture eines dritten Unternehmens und das andere Unternehmen ist ein assoziiertes Unternehmen dieses dritten Unternehmens; g) Das Unternehmen wird von einer in Abs. 2 genannten Person beherrscht oder steht unter gemeinschaftlicher Führung, an der eine in Abs. 2 genannte Person beteiligt ist; h) Eine in Abs. 2 a) genannte Person hat maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen oder nimmt im Management des Unternehmens (oder eines Mutterunternehmens des Unternehmens) eine Schlüsselposition ein; i) Das Unternehmen, oder eine Gesellschaft des Konzerns, zu der das Unternehmen gehört, leistet dem berichtenden Unternehmen Personaldienstleistungen auf Stufe Management in Schlüsselpositionen.

3 Der Zeitwert wird nach Anhang X, F. 5. wie folgt bestimmt: „Ein Geschäftsvorfall mit verbundenen Parteien kann zum Zeitwert erfolgt sein oder auch nicht. Der Zeitwert ist der Betrag, zu dem ein Vermögenswert zwischen sachkundigen, vertragswilligen Parteien in einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Parteien ausgetauscht oder eine Verbindlichkeit erfüllt werden könnte.“ Eine Vereinbarung oder ein Geschäftsvorfall wird als „nicht auf der Grundlage von Geschäftsfällen zwischen unabhängigen Parteien erfolgt“ angesehen, wenn die Bedingungen für eine Partei der Vereinbarung günstiger gewesen sind, als dies ohne Beziehung zwischen verbundenen Parteien möglich gewesen wäre.

nung der UEFA einzufließen. Und die *break-even*-Berechnung bestimmt letztlich auch darüber, ob ein Club an den europäischen Clubwettbewerben teilnehmen darf.

Der maßgebliche Einfluss im Financial Fairplay hat also über eine längere Kausalkette durchaus beschränkende Wirkung zur Gestaltung der finanziellen Möglichkeiten von Clubs, die an europäischen Clubwettbewerben teilnehmen wollen. Wenn man so will, sollen diese Regeln der Finanzintegrität der Clubs nach dem Verständnis der UEFA dienen.

III. Rechtliche Bewertung

1. Prüfungsmaßstab

Die fraglichen Regelungen der UEFA betreffen im Kern einen Regelungsbereich für professionelle Sportveranstaltungen. Spätestens seit der EuGH-Entscheidung *Meca-Medina* und *Majcen*⁴ ist es unbestritten, dass sich Regelungen sportlichen Charakters nicht zwangsläufig dem Anwendungsbereich des EU-Vertrags entziehen. In dieser Grundsatzentscheidung hat der EuGH für Art. 101 AEUV einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab entwickelt, der für Regelungen im Zusammenhang mit der Durchführung von professionellen Sportveranstaltungen anzuwenden ist. Zwar hat der EuGH diesen Prüfungsmaßstab noch nicht für Art. 102 AEUV herangezogen. Dennoch gibt es laut Dokumenten der Kommission klare Anzeichen dafür, dass dieser Prüfungsmaßstab für die Rechtfertigung von Missbrauchstatbeständen herangezogen werden kann. In diesem Sinne ist die Vereinbarkeit eines Regelwerks mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln nicht abstrakt zu beurteilen, sondern im jeweiligen Gesamtzusammenhang, in dem das fragliche Regelwerk zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Weiter ist dann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen (...) und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.⁵

Das Verbot eines maßgeblichen Einflusses, dessen rechtliche Wirksamkeit hier geprüft wird, muss also hinsichtlich legitimer Zielsetzung und Angemessenheit wettbewerbsbeschränkender Wirkungen im besonderen Zusammenhang mit seinen sportorganisatorischen Notwendigkeiten beurteilt werden. Für die folgenden rechtlichen Ausführungen bedeutet dies, dass die abstrakten Maßstäbe für die Feststellung eines maßgeblichen Einflusses aus der Fusionskontrolle, dem Aktienrecht und auch dem Handelsrecht nicht der Abschluss der rechtlichen Prüfung ist, sondern eben zuletzt der besondere Maßstab sportorganisatorischer Notwendigkeiten anzulegen ist.

2. Sinn und Zweck der Regelungen

In Art. 2 Nr. 2 FFP sind die Ziele des Financial Fairplay formuliert:

„Das Reglement soll außerdem die Erreichung eines finanziellen Fairplays in den UEFA Clubwettbewerben bezwecken und insbesondere:

- a) die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Klubs verbessern sowie ihre Transparenz und Glaubwürdigkeit erhöhen;
- b) für eine angemessene Berücksichtigung des Gläubigerschutzes sorgen und sicherstellen, dass die Klubs ihren Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern, Sozialversicherungs-

institutionen bzw. Steuerbehörden sowie anderen Vereinen fristgerecht nachkommen;

- c) für mehr Disziplin und Rationalität im finanziellen Bereich des Klubfußballs sorgen;
- d) Klubs dazu bringen, im Rahmen ihrer eigenen Einnahmen zu wirtschaften;
- e) verantwortungsvolle Ausgaben für den langfristigen Nutzen des Fußballs fördern;
- f) die Lebensfähigkeit und Nachhaltigkeit des europäischen Klubfußballs langfristig schützen.“

Bevor man zur Frage kommt, ob der maßgebliche Einfluss, der sich als Tatbestandsmerkmal am hinteren Ende einer langen Regelungskette im FFP findet, hinsichtlich der Zielsetzung von FFP überhaupt das Tatbestandsmerkmal ist, dass sich der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach *Meca-Medina* unterziehen muss, soll der Weg dorthin erläutert werden. Denn die Kausalkette zum maßgeblichen Einfluss ist diese: Bei Vorliegen eines maßgeblichen Einflusses werden nach den UEFA-Regeln aus unverbundenen Unternehmen verbundene Unternehmen. Verbundene Unternehmen können keine Zahlungen leisten, die in die *break-even*-Berechnung einfließen, wenn die Zahlungen nach dem Maßstab der UEFA über dem Zeitwert liegen. Über die *break-even*-Berechnung wird unter anderem der Zugang zur Teilnahme an den europäischen Club-Wettbewerben reguliert.

Bevor man also überprüft, ob „maßgeblicher Einfluss“ im FFP ein verhältnismäßiges Tatbestandsmerkmal ist, stellen sich zwei Vorfragen: Wie hilft das Zeitwert-Kriterium, die Ziele des FFP zu erreichen? Wie hilft die Unterscheidung von verbundenen und unverbundenen Unternehmen, die Ziele des FFP zu erreichen?

Die Konsequenz der Unterscheidung ist, dass ein unverbundenes Unternehmen einen Verein nach den eigenen Maßstäben und „Wertvorstellungen“ finanziell unterstützen darf. Zum Beispiel kann das Namensrecht am Spielerautoparkplatz mit 10 Mio. Euro vergütet werden, obwohl der Zeitwert vielleicht nur bei 10000 Euro liegt. Verbundene Unternehmen dürfen für das gleiche Recht nur diese 10000 Euro zahlen (Zeitwert!), unverbundene Unternehmen dürfen aber 10 Mio. Euro zahlen. Warum diese Differenzierung einen kausalen Beitrag für die selbstformulierten Ziele des FFP leistet, ist nicht ersichtlich und wird auch von der UEFA nicht dargelegt.

Ganz losgelöst von der Frage, ob eine Differenzierung von verbundenen Unternehmen und unverbundenen Unternehmen im Zusammenhang mit Clubeinnahmen notwendig ist, um die Ziele des FFP zu erreichen, ist auch das Tatbestandsmerkmal des Zeitwertes zu überprüfen. Wenn einem Unternehmen über diese Zeitwertbestimmung Grenzen für die freie Bestimmbarkeit seiner Zuwendungen gesetzt werden, wird es damit offensichtlich in wettbewerblich relevanter Weise in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt. Die einzige Wirkung der Regelung ist also, Zuwendungen an Clubs zu verhindern, die über dem Zeitwert liegen. Warum soll ein Mehr an Zuwendungen nicht geeignet sein, die Ziele von FFP zu erreichen, wenn doch auf diesem Wege die Einnahmen des Clubs steigen? Dafür gibt es keine Erklärung außer der, dass Investoren, die Über-Marktpreise zahlen, die etab-

⁴ EuGH vom 18. 7. 2006, *Meca-Medina* und *Majcen* (Fn. 1), Rn. 42 ff.

⁵ Ausführlich zum sog. Drei-Stufen-Test s. *Heermann*, WRP 2015, 1172, 1174.

lierten Clubs nicht gefährden sollen. Diese Konsequenz ist kein formuliertes Ziel des FFP. Wäre es ein formuliertes Ziel, wäre es mangels weiterer Rechtfertigung kartellrechtswidrig.

Die Regulierung und damit Eindämmung von Zahlungsströmen über den in den FFP-Regularien eingeführten Zeitwert ist nicht zu rechtfertigen, ungeachtet der Frage, ob diese Beschränkung gegenüber verbundenen oder unverbundenen Unternehmen geschehen soll. Deshalb ist das Tatbestandsmerkmal des maßgeblichen Einflusses in seiner Eignung für die Abgrenzung von verbundenen und unverbundenen Unternehmen im Rahmen des FFP und der Regulierung von finanziellen Zuwendungen nur dann von Bedeutung, wenn man annimmt, dass sowohl die Unterscheidung von verbundenen und unverbundenen Unternehmen sowie das Abstellen auf den Begriff des Zeitwertes grundsätzlich zweckmäßig sind, die Ziele des FFP zu erreichen. Daran lässt sich wie ausgeführt zweifeln, macht aber die folgende detaillierte Rechtsprüfung nicht obsolet.

3. Maßgeblicher Einfluss als tatbestandsausfüllendes Merkmal im Fokus der Verhältnismäßigkeit

Die Mitteilung der EU-Kommission zum Fall „Enic plc“, in der die Regeln der UEFA zur Wettbewerbsintegrität auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Kartellrecht geprüft wurden, hat sich jedoch nicht mit dem tatbestandsausfüllenden Merkmal des maßgeblichen Einflusses auseinandergesetzt.⁶ Dies aus dem einfachen Grund, dass dieses Kriterium noch nicht in der UEFA-Regel enthalten war.⁷ Die Auslegung und Anwendung dieses Kriteriums und die kartellrechtlichen Grenzen der Anwendung des Kriteriums sollen im Folgenden näher untersucht werden.

Der Begriff des maßgeblichen Einflusses ist einer besonderen Überprüfung zugänglich, da es sich bei dem Kriterium um ein auslegungsfähiges Kriterium handelt, das im Unterschied zu den anderen, eher starren Kriterien der Vorschrift am ehesten der Gefahr ausgesetzt ist, dass eine überzogene Anwendung des auslegungsfähigen Begriffs der kartellrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr standhalten kann.

a) Maßgeblicher Einfluss im Lichte des Konzernrechts

Die deutschen konzernrechtlichen Vorschriften dienen insoweit als aufschlussreicher Ausgangspunkt bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, da sie in § 16 Abs. 1 AktG den Begriff des „beherrschenden Einflusses“ ausdrücklich erwähnen, um hierdurch die konzernrechtliche Abhängigkeit von Unternehmen zu begründen. Die Rechtsfolge im deutschen Konzernrecht entspricht der im FFP. Denn dann werden das herrschende und das beherrschte Unternehmen als „verbundene Unternehmen“ betrachtet. Dies qualifiziert diese Unternehmen als Konzern, § 18 AktG.

Auch der dem Konzernrecht und FFP zugrunde liegende Grund- und Schutzgedanke ähnelt sich sehr. Im deutschen Konzernrecht steht der Schutz des beherrschten Unternehmens (insbesondere auch im Hinblick auf die Risiken für Aktionäre und Gläubiger) vor der gesellschaftsfremden Ausübung von Einzelinteressen des herrschenden Unternehmens im Vordergrund. Um die Gefahren für das abhängige Unternehmen aus dieser Machtkonzentration zu vermeiden, sind die konzernrechtlichen Regelungen geschaffen worden. Auf gleicher Linie spricht das FFP in Art. 2 Nr. 2 FFP von

den Zielen „Transparenz“, „Gläubigerschutz“ und Sicherstellung der Erfüllung der Verbindlichkeiten.⁸

Von besonderem Interesse ist jedoch die unterschiedliche Regelungsintensität auf der Rechtsfolgenseite. Während das Konzernrecht kürzer greift und vor allem lediglich Mitteilungspflichten (§§ 20 ff. AktG) und Regelungen zu Unternehmensverträgen (§§ 291 AktG) vorsieht, greift das FFP umfassender und weitergehend in die wirtschaftliche Eigenständigkeit der Vereine ein, z. B. durch die Berechnung von finanziellen Zuwendungen.

Auf beiden Seiten gilt es festzustellen, wann ein Anteilseigner einen „beherrschenden“ oder „maßgeblichen“ Einfluss besitzt. Dass der beherrschende Einfluss weitergehend sein soll als der maßgebliche, ergibt sich aus Art. 3 FFP („zu beeinflussen, ohne sie jedoch beherrschen zu können“). Ein beherrschender Einfluss liegt grundsätzlich vor, wenn der Einfluss seiner Art nach dem Einflusspotential einer Mehrheitsbeteiligung entspricht.⁹ Literatur und Rechtsprechung konkretisieren dies insoweit, „dass *maßgeblicher Einfluss* auf personelle Besetzung der Verwaltungsorgane und daraus folgende Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens der Organmitglieder für Annahme beherrschenden Einflusses erforderlich und auch genügend ist“.¹⁰ In diesem Blick auf das deutsche Konzernrecht spiegelt sich schon die Problematik dieses unbestimmten Rechtsbegriffes wider. Worauf kommt es nun an und wie kann man überhaupt unterscheiden zwischen maßgeblichen und beherrschenden Einfluss? Zumindest muss man der UEFA attestieren, dass ihr der juristische Weitblick bei der Formulierung gefehlt hat. Denn der maßgebliche Einfluss führt im Regelfall zur Beherrschung.

Das deutsche Konzernrecht bietet insoweit wichtige Ansatzpunkte im Hinblick auf die Auslegung und verhältnismäßige Anwendung der Regelung. Zunächst ist sicherlich zu fordern, dass die Regelung erst bei tatsächlicher „Beherrschung“ greift. Denn die Quantität oder Qualität der „Maßgeblichkeit“ ist nicht bestimmbar und daher zu unbestimmt. Jegliche Rechtfertigung einer weitgehenden wirtschaftlichen Beschränkung eines Vereins unterhalb der „Beherrschungsschwelle“ ist insoweit auch unangemessen und daher nicht mehr verhältnismäßig. Denn dieses beinhaltet auf der Rechtsfolgenseite erhebliche Eingriffe in das wirtschaftliche Selbstständigkeitspostulat.

b) Maßgeblicher Einfluss im Lichte der Fusionskontrolle

Weiterhin gibt auch das deutsche Fusionskontrollrecht interessante Hinweise zur Auslegung und Bewertung des Begriffes des maßgeblichen Einflusses. Der Begriff des maßgeblichen Einflusses wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch ergeben sich Hinweise im Rahmen der Zusammenschlusstatbestände des Kontrollerwerbs¹¹ und der Herbeiführung einer sonstigen Verbindung mit wettbewerblich erheblichem Einfluss.

Gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegt ein Zusammenschluss vor „bei dem Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren

6 S. den Fall COMP/37 806: ENIC/UEFA.

7 Aktuelle Fassung der UEFA-Regel zur Wettbewerbsintegrität (Fn. 2), Rn. 3.

8 Zum Sinn und Zweck s. bereits oben III. 2.

9 MüKo-AktG/Bayer, 4. Aufl. 2016, § 17 Rn. 25.

10 Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 17 Rn. 5.

11 Der Zusammenschlusstatbestand des „Kontrollerwerbs“ entspricht im Wesentlichen dem Wortlaut der sinngemäßen Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 lit. b der Europäischen Fusionskontrollverordnung.

Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrere anderer Unternehmen⁴. Unter Kontrolle ist die Möglichkeit zu verstehen, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Der Sache nach stimmt das überein mit dem in § 17 AktG verwendeten Begriff der Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses.¹² Insoweit gelten die obigen Ausführungen zum Konzernrecht entsprechend.¹³ Der relevanteste Fall des Kontrollerwerbs ist insoweit immer die Mehrheitsbeteiligung. Denn sie vermittelt im Regelfall die Alleinkontrolle über das Unternehmen, an dem die Mehrheitsbeteiligung besteht.¹⁴

Von besonderem Interesse ist darüber hinaus der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Ähnlich wie in Art. 3 FFP reicht es aus, wenn die „Möglichkeit“ besteht, einen Einfluss auszuüben.¹⁵ Hierzu zählt fast jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf vermittelt eine Unternehmensverbindung einen wettbewerblich erheblichen Einfluss immer, „wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden gesamten Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen so wesentlich eingeschränkt wird dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten können“.¹⁶

Nach der Rechtsprechung ist der Einfluss erheblich, wenn nach Art der Vertragsgestaltung mit der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, dass die Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem Raum lässt, auch wenn dies nur geschieht, soweit es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft.¹⁷ Erfasst werden jedoch nur „gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindungen“¹⁸, welche insoweit mehr als bloße Information, aber weniger als Beherrschung gewährleisten.¹⁹

Entscheidend ist jedoch – insbesondere im Hinblick auf die (verhältnismäßige) Auslegung des FFP – dass erforderlich ist, dass der Einfluss auch „wettbewerblich“ erheblich ist.²⁰ Mit dieser Voraussetzung wird ein Bezug zu dem Schutzgedanken des GWB gezogen, welcher eine besondere Bedeutung für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs erlangt.

Trotz der Ähnlichkeit der Begrifflichkeiten ist der Grund- und Schutzgedanke des Fusionskontrollrechts naturgemäß sehr unterschiedlich. Die Fusionskontrolle dient der Prävention von Wettbewerbsbehinderungen. Die Zusammenschlusstatbestände dienen hier – im Rahmen der formellen Fusionskontrolle²¹ – lediglich dazu, die Anmeldepflichtigkeit eines Zusammenschlussvorhabens zu bestimmen. Demzufolge gibt es – im Gegensatz zum FFP – keine automatische Rechtsfolge. Vielmehr unterliegt dann das Zusammenschlussvorhaben der (materiellen) Fusionskontrolle, in welcher geprüft wird, ob das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb behindern wird und daher untersagt werden muss, § 36 Abs. 1 GWB.

Auch das deutsche Fusionskontrollrecht bietet insoweit wichtige Ansatzpunkte im Hinblick auf die Auslegung und verhältnismäßige Anwendung des FFP. Dabei ist wiederum zu unterstreichen, dass das Fusionskontrollrecht und die hier untersuchten Zusammenschlusstatbestände keine direkte bzw. unmittelbare Rechtsfolge für das Unternehmen vor-

sieht, welches auf der Rechtsfolgenseite (wie das FFP) einen direkten erheblichen Eingriff in das wirtschaftliche Selbstständigkeitspostulat bedeutet.

c) Maßgeblicher Einfluss im Lichte des Handelsrechts

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der Begriff des maßgeblichen Einflusses ausdrücklich in § 311 HGB Erwähnung findet:

„Wird von einem in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäfts- und Finanzpolitik eines nicht einbezogenen Unternehmens, an dem das Unternehmen nach § 271 Abs. 1 beteiligt ist, ausgeübt (assoziiertes Unternehmen), so ist diese Beteiligung in der Konzernbilanz unter einem besonderen Posten mit entsprechender Bezeichnung auszuweisen. Ein maßgeblicher Einfluss wird vermutet, wenn ein Unternehmen bei einem anderen Unternehmen mindestens den fünften Teil der Stimmrechte der Gesellschafter innehat.“

Ungeachtet der Vermutungswirkung in § 311 Abs. 1 Satz 2 HGB, wonach mindestens 20% der Stimmrechte ausreichen, werden im Schrifttum Tatbestandsmerkmale genannt, welche bei entsprechender Ausgestaltung einen maßgeblichen Einfluss begründen.²² Hierzu gehören die nicht-mehrheitliche Stimmrechtsausübung in der Haupt- und Gesellschafterversammlung, die Vertretung in Aufsichts- und Leitungsorganen ohne Kontrollmöglichkeit, erhebliche Liefer- und Leistungsverflechtungen mit dem Unternehmen und eine erhebliche finanzielle und technologische Beziehung zum Unternehmen.²³

Rechtsfolge für die hierdurch „assoziierten“ Unternehmen ist lediglich, dass die Beteiligung an einem assoziierten Unternehmen in der Konzernbilanz ausgewiesen werden muss, wenn das den Einfluss ausübende Unternehmen selbst in die Konzernbilanz einbezogen ist. Auch hier besteht demzufolge auf der Rechtsfolgenseite also lediglich eine Deklarationspflicht. Andere Rechtsfolgen gibt es nicht.

4. Verhältnismäßigkeit im Sinne von Art. 102 AEUV

Ungeachtet der oben (unter III. 2.) getroffenen Feststellungen, ob die Unterscheidung von verbundenen und unverbundenen Unternehmen überhaupt eine notwendige Regel ist, um die an europäischen Fußballwettbewerben teilnehmenden Clubs dazu zu bewegen, ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Klubs verbessern, kann man mit guten Gründen in Frage stellen, ob die Definition der UEFA, wann eine Partei einen maßgeblichen Einfluss ausübt, notwendig ist, um ihre Ziele zu erreichen.

12 *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 37 Rn. 10.

13 S. oben III. 3. a.

14 *Bechtold/Bosch* (Fn. 12), § 37 Rn. 11.

15 Hierin unterscheidet sich dieser Zusammenschlusstatbestand von der „Ausübung „maßgeblichen Einflusses“ in § 311 Abs. 1 HGB. S. unten III. 3. c.

16 BT-Drs. 11/4610, 20.

17 BGH, WuW/E DE-R 607 – Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel, 1419, 1420.

18 BGH, WuW/E DE-R 607 – Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel, 1419, 1420.

19 *Bechtold/Bosch* (Fn. 12), § 37 Rn. 41.

20 *Bechtold/Bosch* (Fn. 12), § 37 Rn. 40.

21 Die Anmeldepflichtigkeit wird bestimmt anhand der Eingreifskriterien – der Umsatzschwellen des § 35 GWB und der Zusammenschlusstatbestände des § 37 GWB.

22 Vgl. *Haag/Löffler*, HGB, 2. Aufl. 2014, § 311 Rn. 10.

23 *IDW/Schruff*, WP-Handbuch, 2012, Kap. M Rn. 542 ff.

Obwohl es eigentlich schon keinen Sinn macht, sog. verbundene Unternehmen zu definieren und so deren wirtschaftliches Selbstständigkeitspostulat zu beschränken, ist auch keine Rechtfertigung dafür erkennbar, warum die Definition des maßgeblichen Einflusses unterhalb der Beherrschungsschwelle liegen muss, um so die Zwecke des FFP zu erreichen („Maßgeblicher Einfluss bedeutet die Möglichkeit, die finanz- und geschäftspolitischen Entscheidungen eines Unternehmens zu beeinflussen, ohne sie jedoch beherrschen zu können...“). Auch die Festlegung der 30%-Schwelle („... gelten als einen maßgeblichen Einfluss ausübend, wenn sie mit 30% oder mehr zu den Gesamteinnahmen des Lizenznehmers während einer Berichtsperiode beitragen“) bleibt in diesem Zusammenhang ohne sachliche Rechtfertigung.

Es handelt sich damit um ein überzogenes, weil unverhältnismäßiges Regelwerk. Die Beschränkung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten für ein Unternehmen, das z. B. 30% zu den Gesamteinnahmen eines Clubs während eines Jahres beiträgt, ist willkürlich. Rechtliche Wirkungen (welchen Inhalts auch immer) entfaltet ein maßgeblicher Einfluss frühestens, wenn er eine Beherrschung herbeiführt.

Für die Regeln im Fußball zum finanziellen Fairplay lassen sich keine sachlichen Zusammenhänge herstellen, die ein Unternehmen, das 30% der Einnahmen eines Clubs leistet, zu einem verbundenen Unternehmen nach UEFA-Lesart macht, und dieses Unternehmen damit in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt.

Besondere sportspezifische Gründe sind auch nicht ersichtlich. Sollte man mutmaßen, dass die Regelungen die bestehenden Machtverhältnisse bei den europäischen Fußballwettbewerben auf diesem Wege schützen bzw. erhalten sollen, wären sie *per se* kartellrechtswidrig.

Ohne sachliche Rechtfertigung wären solche Regeln durch die UEFA missbräuchlich im Sinne des europäischen Kartellrechts aufgestellt worden. Denn nach Art. 102 AEUV sind der Erlass und die Durchsetzung dieser Regeln z. B. gegenüber einem Club-Investor als ungerechtfertigte Absatzeinschränkung mit dem Binnenmarkt unvereinbar und damit verboten.

IV. Ergebnis

Das FFP stellt einen unmittelbaren sowie weitgehenden Eingriff in das wirtschaftliche Selbstständigkeitspostulat dar und ist insoweit kaum zu rechtfertigen. Insbesondere im Hinblick auf die EuGH-Entscheidung Meca-Medina und Majcen²⁴ ist zu bezweifeln, ob der FFP dem in Art. 102 AEUV festgelegten Verhältnismäßigkeitsmaßstab standhält. Denn Art. 3 FFP beinhaltet weitgehende wirtschaftliche Eingriffe. Im Gegensatz zu den hier untersuchten Begrifflichkeiten und den damit verbundenen Rechtsfolgen im Konzern-, Fusionskontroll- und Handelsrecht ist mit der Inhabung eines maßgeblichen Einflusses ein weitgehender

und unmittelbarer Einschnitt in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen verbunden.

Es stellt sich schon die Frage, ob der unbestimmte Rechtsbegriff des „maßgeblichen Einflusses“ die abstrakte Angemessenheitsschwelle überschreitet, da er prinzipiell schon unterhalb der „Beherrschung“ aufgreift. Angesichts des erheblichen Eingriffs ist jedoch schon ein Automatismus abzulehnen, welcher unterhalb der tatsächlichen Beherrschung greift. Der Vergleich mit den Begrifflichkeiten im Konzern-, Fusionskontroll- und Handelsrecht hat dies unterstrichen. Die Regelungsintensität ist ansonsten unverhältnismäßig.

Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Regelungen des FFP auch tatsächlich „erforderlich“ sind. Denn es gibt durchaus alternative Regelungen, um das Problem der finanziellen Integrität zu regulieren (salary cap etc.). Verhältnismäßig wäre das FFP insoweit auch nur, wenn – wie in den oben durchleuchteten Vorschriften – sich nach der Feststellung eines maßgeblichen Einflusses eine weitere Prüfung anschließen würde, in welcher beispielsweise die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb noch geprüft wird. Hier müsste dann im Einzelfall festgestellt werden, ob dieser Eingriff auch „angemessen“ ist.

Festzuhalten ist: Die hier untersuchten Regelungen zum finanziellen Fairplay verstoßen gegen Art. 102 AEUV. Es geht im Kern nicht mehr um Regelungen mit (rein) sportlichem Charakter, sondern vielmehr um weitgehende Eingriffe in die Handlungsfreiheit von Wirtschaftsunternehmen. Die wirtschaftlichen Auswirkungen sind nicht begrenzt auf den relevanten „Fußballmarkt“, sondern haben erhebliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf zahlreichen (angrenzenden) Drittmärkten (z. B. Werbung, Sponsoring, Übertragungsrechte etc.). Diese weitgehenden Eingriffe können nicht als verhältnismäßig zur Erreichung eines sich begrenzt auswirkenden Zweckes (*financial fairplay*) qualifiziert werden.



Prof. Dr. Frank A. Immenga, LL.M. (Amory)

Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. und Attorney at Law (New York). Studium der Rechtswissenschaften in Konstanz, Lausanne und Atlanta. Inhaber einer Professur an der Hochschule

Trier am Umwelt-Campus Birkenfeld und Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum deutschen und europäischen Kartellrecht.



Dr. habil. Martin Stopper

Gründungspartner der auf Sportrecht spezialisierten Kanzlei Lentze Stopper Rechtsanwälte in München. Daneben ist er Lehrbeauftragter an der Universität Bayreuth für den Weiterbildungsstudiengang LL.M. Sportrecht. Nach Promotion im Kartellrecht hat er sich mit einer Schrift zur europäischen Wettbewerbspolitik habilitiert.

24 EuGH vom 18. 7. 2006, Meca-Medina und Majcen (Fn. 1), Rn. 42 ff.