

(Nr. 49) GWB § 1 (Europapokalheimspiele)

Zur Frage, ob die zentrale Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte an Europapokalheimspielen durch den Deutschen Fußballbund gegen das Kartellverbot verstößt.

Beschl. v. 11. 12. 1997 – KVR 7/96 (KG) – NJW 1998, 756

Zum Sachverhalt: Das *BKartA* hat dem Rechtsbeschwerdeführer zu 1 (im folgenden: DFB) durch Beschluß vom 2. 9. 1994 verboten, die Fernsehübertragungsrechte für die Heimspiele der am UEFA-Pokal und am Pokal der europäischen Pokalsieger teilnehmenden deutschen Fußballvereine zentral zu vermarkten. Durch Beschluß vom selben Tage hat es zugleich einen vorsorglich gestellten Antrag des DFB zurückgewiesen, die Erlaubnis für eine Rationalisierungskartell zu erteilen. Die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidungen ist, nachdem die hiergegen eingelegten Beschwerden ohne Erfolg geblieben sind, Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens. Der DFB ist ein eingetragener, als gemeinnützig anerkannter Verein, dem als ordentliche Mitglieder die deutschen Landes- und Regionalverbände des Fußballsports angehören und für die Dauer der Erteilung der Lizenz als außerordentliche Mit-

gliedert die Vereine der Lizenzligen (Bundesliga und Zweite Bundesliga); letztere bleiben jedoch Mitglieder der jeweiligen Verbände des DFB und stehen zu ihm insofern auch in einem mittelbaren Mitgliedschaftsverhältnis. Satzungsmäßige Aufgabe des DFB ist, die Ausübung des Amateurfußballsports zu fördern und zu schützen. Nach § 5 II lit. b der Satzung regelt er zugleich die Angelegenheiten des bezahlten Fußballs. Die entsprechenden Bestimmungen sind in dem Lizenzspielerstatut (LSpSt) niedergelegt. Dessen § 3 i. d. F. vom 22. 4. 1989 enthält u. a. in den Nrn. 2 und 6 folgende Regelungen über die Vergabe von Funk- und Fernsehübertragungsrechten:

2. Das Recht, über Fernseh- und Rundfunkübertragungen von Bundesspielen und internationalen Wettbewerbsspielen mit Lizenzligamannschaften Verträge zu schließen, besitzt der DFB ...

6. Die Verhandlungen führt der Liga-Ausschuß, sofern der Wettbewerb ausschließlich Lizenzligavereinen vorbehalten ist, im übrigen der DFB-Vorstand.

Über die Verteilung der von dem DFB vereinnahmten Vergütungen für die genannten Rechte entscheiden nach der Satzung der Liga-Ausschuß bzw. der DFB-Vorstand. Der DFB ist Mitglied der Union des Associations Européennes de Football (UEFA) und als solches deren Regelwerk unterworfen. Er hat in § 2 a Nr. 2 seiner Satzung u. a. deren Statuten sowie deren Reglements für die europäischen Wettbewerbsspiele zum Bestandteil seiner Satzung erklärt. Nach ihren Statuten (Art. 2) obliegt der UEFA die administrative Durchführung der europäischen Wettbewerbe. Dazu gehören u. a. die Spiele um den UEFA-Pokal und um den Pokal der europäischen Pokalsieger (Art. 13 I lit. b). Nach den Reglements beider Wettbewerbe hat der jeweilige Heimverein die organisatorische Verantwortung für das Spiel und die dadurch veranlaßten Kosten zu tragen, behält andererseits aber die Einnahmen aus einem solchen Fußballspiel. Die UEFA, die von sämtlichen Regreßansprüchen der teilnehmenden Vereine freigestellt ist, erhält für ihre administrativen Leistungen Beträge, die nicht unmittelbar die teilnehmenden Vereine, sondern die Mitgliedsverbände der UEFA entrichten, nämlich 10% aus der Vergütung für die Fernsehübertragungsrechte und 4% aus dem Kartenverkauf für die jeweiligen Spiele. Art. 14 der UEFA-Statuten (Fassung Juni 1993) bestimmt über die Rundfunk- und Fernsehübertragungsrechte:

1. Die UEFA und die Mitgliedsverbände besitzen das exklusive Recht, audiovisuelle und rundfunktechnische Ausstrahlungen oder Wiedergaben von Veranstaltungen zu bewilligen, die in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich fallen, sowie jede andere Nutzung und Verbreitung durch Bild- und Tonträger, sei es direkt oder zeitversetzt, ganz oder in Ausschnitten.

3. Die Ausführungsbestimmungen zu den oben erwähnten Grundsätzen sind Gegenstand eines ... Sonderreglements, welches insbesondere die Rechte und Pflichten in bezug auf die Nutzung und die internationale Ausstrahlung von Fernsehbildern zwischen den Eigentümern der Rechte und anderen Landesverbänden regelt.

In den genannten Ausführungsbestimmungen (Fassung September 1993) heißt es in Art. 1 Nr. 1:

Die UEFA, ihre Mitgliedsverbände, angeschlossenen Organisationen und Klubs sind die Inhaber der exklusiven Fernsehrechte an Fußballspielen, welche in ihren Wirkungskreis fallen.

Zunächst hatten in Deutschland die jeweiligen Heimvereine unter Einschaltung des DFB als Vertreter die Fernsehübertragungsrechte für Europapokalheimspiele vergeben und die Vergütungen dafür vereinbart. Aufgrund Beschlusses vom 19. 4. 1986 vermarktet der DFB die Fernsehübertragungsrechte für die Heimspiele des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger zentral; die entsprechenden Rechte für das Endspiel des letztgenannten Pokalwettbewerbs sowie diejenigen für die Spiele anderer europäischer Wettbewerbe vergibt dagegen die UEFA. Nachdem die Übertragungsrechte zunächst spieltagesweise oder in Rechtepaketen an Agenturen oder Fernsehunternehmen übertragen worden waren, hat der DFB für die insgesamt sechs Spielzeiten der Jahre 1992/93 bis 1997/98 die exklusiven Fernsehübertragungsrechte im Gesamtpaket und zwar im jährlichen Wechsel an die Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 (im folgenden: UFA) und die Rechtsbeschwerdeführerin zu 3 (im folgenden: ISPR) vergeben. Er hat sich anschließend auch an den zwischen UFA, ISPR, interessierten Fernsehsendern und den Wettbewerbsteilnehmern geführten Verhandlungen beteiligt, die der Koordinierung der verschiedenen Fußballspiele und der Vermeidung von Parallelübertragungen dienten.

Von den Einnahmen aus der Rechteübertragung an UFA und ISPR hat der DFB zunächst die Anteile an die internationalen Verbände abgeführt und den Rest unter den Teilnehmern der Wettbewerbe und den übrigen Vereinen der Bundesliga und der Zweiten Bundesliga nach einem bestimmten Schlüssel verteilt. Für die Spielzeit 1995/96 war beispielsweise folgende Verteilung vorgesehen: Von den Honoraren i. H. von 55 Mio. DM sollten 6,5 Mio. DM an internationale Verbände – 5,5 Mio. DM an die UEFA sowie 1 Mio. DM an die Fußballverbände Österreichs und der Schweiz – gezahlt werden; von den weiteren 48,5 Mio. DM sollten mindestens 17,5 Mio. DM in den sog. „Live-Pool“ fließen, von denen 14,53 Mio. DM an die an den Wettbewerben nicht teilnehmenden Vereine der Bundesliga und weitere 2,97 Mio. DM an die Vereine der Bundesliga ausgeschüttet werden sollten. Von den übrigen 31 Mio. DM sollten die Wettbewerbsteilnehmer 2 Mio. DM für die erste und jeweils 1 Mio. DM für jede weitere Runde des Pokalwettbewerbs erhalten, die sie erreichten. Beim Ausscheiden einer Mannschaft aus dem Wettbewerb sollten die nicht verbrauchten Beträge dem „Live-Pool“ zugeführt und nach dessen Regeln verteilt werden. Während des von dem *BKartA* eingeleiteten, gegen die zentrale Vermarktung der Fernsehrechte aus den genannten Europapokalheimspielen gerichteten Untersagungsverfahrens hat der DFB vorsorglich beantragt, die § 3 Nr. 2 und 6 LSpSt und den zugrundeliegenden Beschluß des Beirats des DFB nach § 5 II und III i. V. mit § 11 I GWB zu genehmigen. Das *BKartA* hat durch zwei Beschlüsse vom 2. 9. 1994 den Antrag auf Genehmigung eines Rationalisierungskartelles zurückgewiesen. (WuW/E BKartA 2696) und dem DFB untersagt (Spurt 1995, 118 = WuW/E BKartA 2682), § 3 Nrn. 2 und 6 des LSpSt und den zugrundeliegenden Beschluß des Beirats durchzuführen, nach denen der DFB unter Ausschluß der Heimvereine berechtigt ist, Verträge über Fernsehübertragungen von Europapokalheimspielen deutscher Lizenzligavereine für den deutschen Markt auszuhandeln und abzuschließen. Die gegen beide Beschlüsse gerichteten

Beschwerden des DFB, der UFA und der ISPR hat das KG (NJWE-WettbR 1996, 187 = WuW/E OLG 5565) nach Verfahrensverbindung zurückgewiesen.

Die gegen diese Entscheidung gerichteten Rechtsbeschwerden blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Zu Unrecht greifen die Rechtsbeschwerdeführer die Untersagungsverfügung als formell und materiell rechtswidrig an.

1. Der Tenor der Untersagungsverfügung ist hinreichend bestimmt und kann – auch im Hinblick auf die Möglichkeit, Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeit zu ahnden – bei dem DFB keinen Zweifel daran aufkommen lassen, welche Verhaltensweisen ihm verboten worden sind. Dabei ist es unschädlich, daß nach dem Tenor der Verfügung die Rechtevergabe für Fernsehübertragungen „von Europapokalheimspielen deutscher Lizenzligavereine“ schlechthin untersagt worden ist, während sich aus der Begründung des Beschlusses des *BKartA* ergibt, daß nur die Heimspiele von zwei der Klubmannschafts-Wettbewerbe, nämlich diejenigen des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger betroffen sein sollen. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats* (vgl. zuletzt *BGHZ* 130, 390 [394] = *NJW* 1996, 193 = *LM H. 2/1996* § 22 *GWB* Nr. 24 = *WuW/E* 3021 [3023f.] – Stadtgaspreise) ist den allgemein für Verwaltungsakte geltenden Anforderungen an die Bestimmtheit genügt, wenn sich der Regelungsgehalt aus dem Tenor in Verbindung mit der von der Behörde gegebenen, nach Treu und Glauben auszulegenden Begründung ergibt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Denn aus den Ausführungen des Beschlusses des *BKartA*, nach denen die UEFA die beiden anderen europäischen Fußballwettbewerbe vermarktet, ist zweifelsfrei ersichtlich, daß ausschließlich die Übertragung der Fernsehrechte für die Heimspiele des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger Gegenstand des Untersagungsverfahrens ist.

2. Gegenstand der Verbotsverfügung ist der Beschluß des Beirats des DFB vom 22. 4. 1989, durch den dieser als das nach der Satzung zuständige Vereinsorgan die Regelungen der § 3 Nrn. 2 und 6 *LSpSt* geschaffen hat, aus denen der DFB seine Befugnis zur zentralen Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte für die betroffenen Fußballspiele herleitet. Wird dem DFB die Durchführung dieses Beiratsbeschlusses, d.h. die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des *LSpSt* verboten, dann wird damit das in der Beschlußfassung liegende – wie noch auszuführen sein wird – wettbewerbsbeschränkende Verhalten für die Zukunft unterbunden. Dadurch werden die einzelnen am Wettbewerb teilnehmenden Vereine wieder in die Lage versetzt, an der Vermarktung ihrer Heimspiele mitzuwirken.

Daß der Beschluß eines solchen Vereinsgremiums Gegenstand einer Verbotsverfügung sein kann, ziehen die Rechtsbeschwerden zutreffend nicht in Zweifel. Aus § 1 II *GWB*, der ausdrücklich nur die Mitglie-

derversammlung einer juristischen Person anspricht, gegenüber § 1 I GWB jedoch nur klarstellenden Charakter hat, ist zu entnehmen, daß nicht nur Beschlüsse der Mitgliederversammlung als des höchsten Beschlußorgans der Gesellschaft selbst, sondern auch ähnlich wirkende wettbewerbsbeschränkende Entschließungen von zwar nachgeordneten, nach der Satzung aber zuständigen Organen eines Vereins dem Kartellverbot unterliegen können (vgl. auch *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 139; ferner *BGHZ* 56, 327 = *NJW* 1971, 2027 = *LM* § 1 UWG Nr. 234 – Feld und Wald I).

3. Der DFB stellt – bezogen auf die Gruppe der Lizenzligavereine – eine Vereinigung von Unternehmen i.S. von § 1 GWB dar. In Widerspruch zu dem von ihm vorgelegten Rechtsgutachten will der DFB dies mit der Erwägung in Abrede stellen, daß in seinen nach der Satzung gebildeten Gremien die Landes- und Regionalverbände als die ordentlichen Mitglieder eine ganz überragende Stellung einnehmen, während die Lizenzligavereine als außerordentliche Mitglieder mit einer nur geringen Stimmenzahl in einer Minderheitsposition sind. Dieser – die satzungsrechtlichen Stärkeverhältnisse zutreffend beschreibenden – Auffassung ist nicht zu folgen.

a) Schon die bereits erwähnte Vorschrift des § 1 II GWB zeigt, daß nicht auf die gesellschaftsrechtliche Situation abzuheben, sondern eine funktionale Betrachtung der Tatbestandselemente des § 1 GWB angezeigt ist: „Soweit“ Mitglieder einer juristischen Person Unternehmen sind, erfaßt das Gesetz auch Beschlüsse ihrer Mitgliederversammlung (vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* § 1 Rdnr. 139; *Bechtold*, GWB, § 1 Rdnr. 4; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, KartellR, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 30). Der Umstand, daß diese Beschlüsse für die Mitglieder, welche nicht Unternehmen sind, unbeanstandet bleiben, kann entgegen der Ansicht des DFB nicht zur Folge haben, daß sie auch hinsichtlich derjenigen Mitglieder nicht kartellrechtlich untersagt wären, die Unternehmen sind und für die der Beschluß einen den Wettbewerb beschränkenden Inhalt hat (vgl. auch *BGH*, BB 1974, 1221 = *WuW/E* 1313 [1315] – Stromversorgungsgenossenschaft). Auf diese Weise wird nach dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet, daß das mit dem Gesetz verfolgte Ziel der Wahrung der Wettbewerbsfreiheit nicht dadurch umgangen werden kann, daß sich Unternehmen mit einer größeren Zahl von Mitgliedern ohne Unternehmenseigenschaft umgeben und unter dem Dach einer juristischen Person wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse fassen, die der behördlichen Kontrolle entzogen sind (vgl. *Hausmann*, BB 1994, 1089 [1092f.]).

b) Die Lizenzligavereine sind Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, ist bei der Auslegung dieses Begriffs eine funktionale Betrachtungsweise

geboten. Danach genügt zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr (vgl. z. B. BGHZ 67, 81 [84] = NJW 1975, 1941 = LM § 13 GVG Nr. 144 – Auto-Analyzer; BGHZ 110, 371 [380] = NJW 1990, 2815 = LM § 18 GWB Nr. 14 = WuW/E 2627 [2632] – Sportübertragungen). Diese Voraussetzung ist bei den Lizenzligavereinen erfüllt. Sie nehmen in vielfältiger Weise – besonders durch den Verkauf von Eintrittskarten, den Transfer von Spielern oder den Vertrieb von Fan-Artikeln und den Abschluß von Werbeverträgen – am Wettbewerb teil. Ohne die durch den Beiratsbeschluß vom 22. 4. 1989 neu geschaffenen Satzungsbestimmungen des DFB würden sie auch – wie in der Vergangenheit – als Anbieter von Fernseh-“Übertragungsrechten“ geschäftlich tätig werden. Unerheblich ist demgegenüber, ob und inwieweit diese Klubs als Vereine für Amateursportler eine gewerbliche Tätigkeit entfalten und daß sie als solche über die jeweiligen Landes- oder Regionalverbände auch mittelbar Mitglieder des DFB sind. Denn die kartellrechtliche Beurteilung beschränkt sich auf denjenigen Teil der Aktivitäten, der geschäftlicher Art ist, dieser ist von Wettbewerbsbeschränkungen frei zu halten. Insofern ergibt sich auf der Ebene des einzelnen Vereins dieselbe Fragestellung und Antwort, wie für die juristische Person, die unterschiedliche Mitglieder, nämlich solche mit und ohne Unternehmenseigenschaft, hat.

c) Bezogen auf diese Gruppe der Lizenzligavereine ist der DFB eine Vereinigung von Unternehmen. Die Lizenzligaklubs haben schon nach der Satzung des DFB eine Sonderstellung, insofern sie abweichend von dem Grundsatz, daß die einzelnen Vereine nur über die Regional- und Landesverbände eine mittelbare Mitgliedschaft im DFB besitzen, für die Dauer ihrer Zugehörigkeit unmittelbare – außerordentliche – Mitglieder des DFB sind. Für sie gilt – nur – in dieser Eigenschaft ein besonderes Regelwerk, das LSpSt, das auch die Einrichtung besonderer Organe dieser Gruppe von außerordentlichen Mitgliedern des DFB, wie z. B. den Ligaausschuß oder die Versammlung der Lizenzligavereine, vorsieht. Nach § 1 Nr. 3 LSpSt sind die beiden Ligen, denen die Lizenzligavereine angehören, „Vereinseinrichtungen“ des DFB. Es liegt danach eine gemeinschaftliche Organisation vor (vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 Rdnr. 102; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1 Rdnrn. 17f.), kraft deren der DFB Einfluß auf das Verhalten der genannten Vereine – hier: betreffend die entgeltliche Gestaltung von Fernsehaufnahmen – nehmen und insbesondere eine gleichmäßige Verhaltensweise gegenüber den Nachfragern derartiger „Übertragungsrechte“ sicherstellen kann.

4. Die gegen Entgelt gewährte Erlaubnis, ein Fußballspiel für das Fernsehen aufzunehmen und diese Bilder zu übertragen, ist eine gewerbliche Leistung i. S. des § 1 I 1 GWB (BGHZ 110, 371 [386f.] = NJW 1990, 2815 = LM § 18 GWB Nr. 14 = WuW/E 2627 [2634] – Sportübertragungen).

5. a) Der Beiratsbeschluß und die durch ihn geschaffenen Bestimmungen des § 3 Nr. 2 und Nr. 6 LSpSt haben wettbewerbsbeschränkenden Charakter i. S. von § 1 I 1 GWB. Sie legen das Vermarktungsrecht für das Aushandeln und den Abschluß der Verträge über die Erlaubnis, Heimspiele der deutschen Teilnehmer am UEFA-Pokal und am Pokal der Pokalsieger für das Fernsehen aufzunehmen und die Aufnahmen auszustrahlen, in die Hand des DFB und seiner Unterorganisationen. Indem die einzelnen Vereine als Anbieter derartiger „Übertragungsrechte“ ausgeschaltet werden, wird der Markt für die Gestattung von Fernsehübertragungen von Europapokalspielen in Deutschland spürbar beschränkt. Denn bei zwei der vier auf europäischer Ebene ausgetragenen Wettbewerbe bleibt allein der DFB als Rechteanbieter übrig. Gegen diese auch dem angefochtenen Beschluß des KG zugrundeliegende Auffassung wenden sich die Rechtsbeschwerden letztlich nicht. Ihre Angriffe richten sich vielmehr gegen die Annahme, daß mit dem Beiratsbeschluß und den genannten Bestimmungen des LSpSt der Wettbewerb um Preise und Konditionen für die Übertragung von Befugnissen ausgeschlossen werde, die originär ausschließlich den Heimvereinen zuständen, weil sie die alleinigen Veranstalter der im Fernsehen zu übertragenden Begegnung seien. Diese Rügen greifen im Ergebnis nicht durch.

b) Die Vereine, welche sich am UEFA-Pokal und am Pokal der Pokalsieger mit ihren Mannschaften beteiligen, sind jedenfalls Mitveranstalter der auf ihrem Platz ausgetragenen Heimspiele, selbst wenn man deren Einbindung in den Gesamtwettbewerb nicht als nebensächlich ansieht.

aa) Auch wenn DFB und UEFA einen organisatorischen Rahmen für den Wettbewerbsfußball schaffen, bleiben die die Fußballspiele austragenden Vereine diejenigen, welche wesentliche wirtschaftliche Leistungen für die Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte erbringen. Sie stellen vor allem – zusammen mit dem jeweiligen Wettbewerbspartner – die Spieler, deren von den vereinsinternen Betreuern vorbereiteter und begleiteter Wettkampf gegeneinander das Produkt schafft, das auf das Interesse der Zuschauer stößt. Darüber hinaus leistet der jeweilige Heimverein die notwendige organisatorische Arbeit vor Ort: Er hat vor allem das Stadion mit allen seinen Einrichtungen bereitzustellen und herzurichten, den Kartenverkauf und die Werbung hierfür durchzuführen, sowie beim Zu- und Abgang der Zuschauer in Absprache mit der Polizei und den örtlichen Verkehrsunternehmen organisatorisch mitzuwirken. Dadurch wird erst das Fußballspiel als Veranstaltung zu einer gewerblichen Leistung, die eine Vermarktung in umfassender Weise ermöglicht. Der Heimverein ist der natürliche Marktteilnehmer, der die von ihm im Zusammenwirken mit dem anderen Verein erarbeitete Leistung auf der Grundlage abgespro-

chener Gegenseitigkeit vermarkten darf. Für den Kartenverkauf, für die Veräußerung der Stadionzeitung, von Fan-Artikeln oder Speisen und Getränken im Stadion oder für die Vermietung von Werbeflächen und ähnlichen kommerziellen Aktivitäten besteht daran kein Zweifel. Für die Gestattung von Film- oder Fernsehaufnahmen im Stadion gilt grundsätzlich nichts anderes. Dieser Beteiligung des Vereins an der Schaffung des Markts für die „Übertragung“ von Fernsehrechten für Fußballspiele entsprechen die besonderen aus § 1 UWG und den Deliktsvorschriften folgenden Abwehrrechte, kraft deren der Heimverein Mitschnitte und Übertragungen verhindern kann (BGHZ 110, 371 = NJW 1990, 2815 = LM § 18 GWB Nr. 14 = WuW/E 2627, 2634 – Sportübertragungen; so schon BGHZ 39, 352 [354] = NJW 1963, 1742 = LM § 1 UWG Nr. 125 – Vortragsabend; vgl. ferner *Lerche/Ulmer*, Kurzberichterstattung im Fernsehen, 1989, S. 70 ff.; *Kübler*, ZUM 1989, 326). Ohne daß der Senat auf die unterschiedliche von den Verfahrensbeteiligten vorgetragene Interpretation der verschiedenen zum „Veranstalter“-Begriff ergangenen Entscheidungen des I. und des Ib.-Zivilsenats (vgl. BGHZ 27, 264 [266] = NJW 1958, 1486 = LM § 1 UWG Nr. 86 – Boxprogrammheft; BGHZ 39, 352 [354] = NJW 1963, 1742 = LM § 1 UWG Nr. 125 – Vortragsabend; BGH, NJW 1956, 1553 = LM § 11 LitUrhG Nr. 16 = GRUR 1956, 515 [516] – Tanzkurse; BGH, LM § 27 LitUrhG Nr. 3a = GRUR 1960, 253 [254] – Auto-Skooter; BGH, NJW 1960, 1902 = LM § 13 LitUrhG Nr. 5 = GRUR 1960, 606 – Eisrevue II; BGH, NJW 1962, 629 = LM § 1 UWG Nr. 112 = GRUR 1962, 254 – Fußball-Programmheft; BGH, NJW 1970, 2060 = LM § 823 [Ai] BGB Nr. 40 – Bubi Scholz; vgl. auch *v. Westerholt*, ZIP 1996, 264 [265]; *Hausmann*, BB 1994, 1089 [1091]; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, 1997, S. 79 ff., 86 f.) eingehen müßte, steht damit aus kartellrechtlicher Sicht fest, daß die Heimvereine zumindest originäre Mitinhaber der Vermarktungsrechte sind.

bb) Ob die am Wettbewerb teilnehmenden Vereine jeweils die marktfähige Leistung allein 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. Denn der DFB, gegen den sich die angegriffenen Untersagungsverfügung des BKartA richtet, nimmt bei den Europapokalheimspielen keine Aufgaben wahr, aus denen sich eine derartige Rechtsposition herleiten ließe. Seine Mitwirkung beschränkt sich auf eine Koordinierungsaufgabe, die nicht die Fernsehübertragung der Fußballspiele überhaupt erst ermöglicht, sondern nur ihrer besseren und gleichmäßigeren Vermarktung dient.

Der Senat braucht auch nicht zu entscheiden, ob die UEFA, indem sie die beiden hier betroffenen europäischen Wettbewerbe ins

Leben gerufen, über Jahre durch zahlreiche Einzelmaßnahmen organisiert und geleitet und ihnen ein hohes Ansehen bei den Zuschauern verschafft hat, an der von den teilnehmenden Vereinen geschaffenen marktfähigen Leistung derart mitbeteiligt ist, daß – was in Betracht stehen könnte – jedenfalls sie eine originäre Mitberechtigung an der Vermarktung der im Wettbewerb ausgetragenen Fußballspiele erlangt hat. Denn sie ist nicht Betroffene der Untersagungsverfügung, und auf Art. 14 der UEFA-Statuten kann der DFB – wie noch auszuführen ist – das von ihm in Anspruch genommene Recht zur zentralen Vermarktung der Fernsehrechte nicht stützen. Aus diesem Grund ist für die hier allein zu beurteilenden Europapokalheimspiele auch eine Stellungnahme des *Senats* zu der Frage nicht veranlaßt, wie bei einer denkbaren Mitberechtigung die Vermarktung der Fernsehrechte gestaltet sein müßte, um nicht gegen das Kartellverbot zu verstoßen.

c) Den Erwägungen, auf die die Rechtsbeschwerden demgegenüber die kartellrechtliche Unbedenklichkeit der zentralen Vermarktung der Fernsehrechte für die Heimspiele deutscher Mannschaften in den beiden hier betroffenen europäischen Wettbewerben stützen, folgt der *Senat* nicht.

aa) Die Einbindung des einzelnen Heimspiels in den Gesamtwettbewerb nimmt ihm nicht den Charakter einer Veranstaltung, die auch als solche Gegenstand der Vermarktung sein kann. Für den Kartenverkauf und die übrigen kommerziellen Aktivitäten des jeweiligen Heimvereins ist dies offensichtlich. Es gilt aber ebenso für die „Übertragung“ von Fernsehrechten. Daran ändert auch nichts, daß Fußballspiele im Rahmen eines internationalen Wettbewerbs auf weitaus größeres Interesse beim Zuschauer stoßen, als wenn dieselben Mannschaften nur im Rahmen eines Freundschaftsspiels aufeinandertreffen.

bb) Es trifft auch nicht zu, daß die im Rahmen des Wettbewerbs ausgetragenen Spiele ausschließlich im Paket vermarktet werden könnten. Das eigene Verhalten der Rechtsbeschwerdeführerinnen zu 2 und zu 3, welche die von dem DFB als Gesamtpaket erworbenen Fernsehübertragungsrechte auch isoliert für einzelne Fußballspiele des Wettbewerbs weiter vermarkten, belegt das Gegenteil.

cc) In dem von dem DFB vorgelegten Rechtsgutachten ist die These vertreten worden, die Lizenzligaklubs und der DFB seien Mitgesellschafter einer BGB-Gesellschaft, deren Zweck – u. a. – die Austragung der europäischen Wettbewerbsspiele sei und bei der deswegen die Veranstalterrechte originär entstünden. Dem sind das *BKartA* und das *KG* mit Recht nicht gefolgt. Dem Gutachten ist schon in seinem gesellschaftsrechtlichen Ansatz nicht zuzustimmen. Das Verhältnis zwischen dem DFB und den Lizenzligavereinen ist eingehend und abschließend vereinsrechtlich geregelt, für eine daneben bestehende gesellschaftsrechtliche Bindung bleibt kein Raum.

Aus dem Umstand, daß die Lizenz in Form eines Vertrags „erteilt“ wird, läßt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Der Inhalt dieses Vertrags erschöpft sich in dem Aufnahmeantrag und seine Annahme, wobei aus Gründen der Klarstellung eine umfassende Unterwerfung des Ligaklubs unter das gesamte vereinsrechtliche Regelwerk aufgenommen ist. Dazu gehört auch die mitgliedschaftliche Förder- und Rücksichtnahmepflicht gegenüber den anderen Vereinsmitgliedern. Die Rechte und Pflichten des DFB einerseits und der Lizenligaklubs andererseits sind abschließend in den umfangreichen vereinsrechtlichen Regelwerken des DFB zusammengestellt. Durch die Befolgung derselben werden die Vereinszwecke – hier besonders: die Angelegenheiten des bezahlten Fußballs (§ 5 Nr. 2 lit. b der DFB-Satzung) – verwirklicht. Sie umfassen auch das gemeinsame Auftreten der Ligamannschaften gegenüber den Fernsehveranstaltern und Agenturen, so daß neben dem vereinsrechtlich geregelten und beim DFB mit umfangreichen Sanktionsmöglichkeiten flankierten Bereich kein Raum für weitergehende Anordnungen in dem hier interessierenden Zusammenhang bleibt. Aus der Entscheidung des *II. Zivilsenats* vom 2. 4. 1979 (NJW 1979, 2304 = LM § 39 BGB Nr. 11) können die Rechtsbeschwerdeführer für ihre gegenteilige Ansicht nichts herleiten. Denn in jenem Fall waren nicht die Verhältnisse eines rechtsfähigen Vereins zu beurteilen; es ging vor dem Hintergrund der grundsätzlich inzwischen als überholt angesehenen Verweisung des § 54 BGB auf die §§ 705 ff. BGB vielmehr um die Frage, ob bei unklarer Gründung und Durchführung einer Werbegemeinschaft für die Frage des Auftritts das Vereins- oder das BGB-Gesellschaftsrecht anzuwenden war. Die praktische Handhabung schließlich – darauf weist das KG mit Recht hin – spricht ebenfalls dagegen, daß der DFB die Vorstellung gehabt hätte, mit den Lizenzligavereinen eine BGB-Gesellschaft zu begründen. Vielmehr deuten der Wortlaut von § 3 Nr. 2 LSpSt, § 54 der Durchführungsbestimmungen für die Bundesligaspiele und auch die Übertragungsverträge mit UFA (dort vor allem § 4 I) und ISPR (dort § 4 II, wortgleich mit dem UFA-Vertrag) darauf hin, daß der DFB selbst davon ausgegangen ist, nur für die Vereine als die originären Rechteinhaber tätig sein zu dürfen.

dd) Das KG hat zutreffend entschieden, daß im gegebenen Fall weder Immanenzgesichtspunkte noch der Arbeitsgemeinschaftsgedanke die zentrale Vermarktung der Fernsehrechte für die Heimspiele der beiden europäischen Fußballwettbewerbe rechtfertigen können, weil jedenfalls der DFB an der Entstehung des marktfähigen Gutes nicht in einer Weise beteiligt ist, die ihn neben den am Wettbewerb teilnehmenden Vereinen als natürlichen Marktteilnehmer ausweist. Die im Rahmen der beiden europäischen Wettbewerbe von dem DFB vorgenommene Koordinierung der verschiedenen Spielertermine dient nicht dazu, die Übertragung von Fußballspielen im Fernsehen überhaupt zu gewährleisten; ihr Sinn

besteht vielmehr darin, die gleichzeitige Übertragung und damit eine Zersplitterung des Zuschauerinteresses und infolgedessen eine Erlösminderung für die Gestattung der Übertragung zu verhindern.

d) Nach dem geltenden nationalen Recht ist der bezahlte Fußball in Deutschland auch nicht aus anderen Gründen von der Beachtung des Kartellverbots freigestellt.

aa) Der *Senat* verkennt nicht, daß der DFB als nach § 4 seiner Satzung gemeinnütziger Verein die zentrale Vermarktung der hier zu beurteilenden Europapokalheimspiele nicht aus eigenem Gewinninteresse vornimmt, sondern auf diese Weise Mittel für die Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben – hier der Erhaltung einer hinreichend großen Zahl von nicht nur sportlich, sondern auch wirtschaftlich leistungsfähigen Vereinen der Bundesliga und der Zweiten Bundesliga – erzielen will. Dieses vornehmlich sportpolitische Ziel rechtfertigt indessen nach dem nationalen Recht – anders als dies etwa in den USA für den Ligasport gilt (vgl. *Stopper*, S. 66 ff., 129 ff.) – keine Freistellung vom Kartellverbot. Soweit der DFB und seine Mitglieder als Unternehmen am Markt teilnehmen und die berufsmäßig durchgeführten Fußballspiele auch durch die gegen eine hohes Entgelt gewährte Gestattung von Fernsehübertragungen vermarkten, haben sie ungeachtet der damit verfolgten weitergehenden sportpolitischen und vom Kartellverbot an sich nicht berührten Zielsetzungen die von dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gezogenen Grenzen zu beachten. Anderenfalls würde das Ziel des Gesetzes weitgehend verfehlt werden, das darin besteht zu verhindern, daß die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinflußt werden. Wenn es also in erster Linie um den Schutz des Wettbewerbs als Institution geht und mittelbar darum, die Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer zu sichern (vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 Rdnr. 11), kann die Verletzung dieser Ziele nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß mit den auf diese Weise auf Kosten von Marktteilnehmern erzielten höheren Gewinnen sozial erwünschte Verhaltensweisen finanziert werden. Für die gegen Entgelt erteilte Erlaubnis zur Übertragung von Europapokalheimspielen, die – wie ausgeführt – eine gewerbliche Leistung i. S. des § 1 I GWB darstellt, hätte die gegenteilige Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer zur Folge, daß der DFB als Marktteilnehmer berechtigt wäre, zur Deckung seiner Vereinsaufgaben unter Verstoß gegen das Kartellrecht den Wettbewerb zu beschränken und dadurch überhöhte Übertragungsentgelte zu erzielen, welche die Käufer von Leistungen, für die im Fernsehen gegen Zahlung hoher Gebühren erworben wird, mit dem von ihnen entrichteten Entgelt mitbezahlen müssen.

bb) Auch aus konzernrechtlichen Gründen besteht keine Freistellung vom Kartellverbot (a. A. *Heermann*, ZHR 161 [1997], 665

[704 ff.]). Dabei bedarf es keines Eingehens auf die bisher nicht geklärte Frage, unter welchen Voraussetzungen vom Vorhandensein eines Gleichordnungskonzerns ausgegangen werden kann (vgl. einerseits *Karsten Schmidt*, ZHR 155 [1991], 417; andererseits *Hüffer*, AktG, 3. Aufl. § 18 Rdnrn. 20 f.; *Koppensteiner*, in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 10; *Gromann*, Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1979, S. 3, 47 ff.; *Jacob*, Die Behandlung von Gleichordnungskonzernen im Wettbewerbsrecht, 1995, S. 13 f.) und ob u. U. auch für einen Gleichordnungskonzern das für den Unterordnungskonzern anerkannte sog. Konzentrationsprivileg – die Freistellung der konzernintern getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen vom Kartellverbot – gelten kann (dafür *Karsten Schmidt*, in: Festschr. f. Rittner, 1991, S. 561 [574 ff.]; *Heermann*, ZHR 161 [1997], 665 [704 ff.]; differenzierend *Huber/Baums*, in: Frankf. Komm. z. GWB, 3. Aufl., § 1 Rdnrn. 236 f., 248; dagegen z. B. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 Rdnrn. 32 f.; *Langen*, in: *Langen/Bunte*, § 1 Rdnrn. 102 f.; *Gromann*, S. 95 ff.; *Jacob*, S. 109 ff. i. V. mit S. 82). Gegen die Annahme, es liege ein Gleichordnungskonzern zwischen dem DFB und den Ligaklubs vor, spricht bereits, daß die bindenden Entscheidungen auf der Leitungsebene nicht, wie dies für diese Form des Unternehmenszusammenschlusses bestimmend ist, von den gleichgeordneten Unternehmen getroffen werden (a. A. zu Unrecht *Heermann*, ZHR 161 [1997], 665 [690, 714]), sondern letztlich in den Händen der Organe des DFB liegen, die nicht von den Ligavereinen gestellt werden. Denn sowohl im Bundestag als auch im Beirat des DFB, die nach dem Satzungswerk des deutschen Fußballs die maßgebenden Entscheidungen treffen, nehmen die Vertreter der Lizenzligavereine nur eine Minderheitsposition ein, wie der DFB mit der Rechtsbeschwerde selbst im einzelnen ausgeführt hat.

6. Zu Unrecht machen die Rechtsbeschwerdeführer hilfsweise geltend, aus Art. 14 I der UEFA-Statuten folge, daß die „Übertragungsrechte“ originär der UEFA zustünden und in deren Auftrag durch die Mitgliedsverbände wahrgenommen würden. Mit zutreffenden Erwägungen hat diese Ansicht bereits das KG zurückgewiesen. Art. 14 I UEFA-Statut enthält – wie die UEFA im übrigen selbst gegenüber der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Ausdruck gebracht hat – keine Regelung darüber, wer Inhaber der genannten Rechte hinsichtlich des einzelnen Fußballspiels ist. Insbesondere besagt die Vorschrift nichts darüber, wer im Einzelfall die nach nationalem Recht bestehenden Abwehrrechte gegen eine unbefugte Aufzeichnung oder Übertragung eines im Rahmen des Pokalwettbewerbs ausgetragenen Fußballspiels wahrzunehmen hat. Bestätigt wird dies durch die Ausführungsbestimmungen, nach denen als Rechteinhaber nebeneinander die UEFA, die Mitgliedsverbände, die angeschlossenen Organisationen und die Klubs genannt sind. Schließlich hat das KG zutreffend auf die Reglements der Wettbewerbe verwiesen, nach denen ausdrücklich die Heimvereine das Vermarktungsrecht für Rundfunk- und Fernsehübertragungen haben sollen. Eben nach dieser Regel wird in mehreren anderen Ländern verfahren, die ebenfalls am europäischen

Fußballwettbewerb teilnehmen und für die gleichermaßen das UEFA-Statut gilt.

7. Für eine Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf das seit längerer Zeit bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften schwebende Prüfverfahren zu Art. 14 II der UEFA-Satzung ist kein Raum. Eine etwaige Freistellungsentscheidung der Kommission betreffe allein die Wettbewerbe, welche bereits jetzt von der UEFA zentral vermarktet werden; zu ihnen gehören nach den bisherigen Reglements der UEFA-Cup und der Pokal der Pokalsieger nicht.

II. Hinsichtlich des Antrags auf Genehmigung eines Rationalisierungskartells nach § 5 II und III GWB haben die Rechtsbeschwerden ebenfalls keinen Erfolg. Das KG hat festgestellt, daß die zentrale Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte nicht freistellungsfähig ist, weil diese Maßnahme keine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses zur Folge hat, sondern allein geeignet ist, den aus der Gestattung der TV-Übertragung erzielten Erlös zu steigern. Diese vom DFB nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Anmerkung: 1. *Problembeschreibung:* Der Deutsche Fußballbund (DFB) vermarktet exklusiv und zentral die Fernsehübertragungsrechte an den Heimspielen der deutschen Teilnehmer des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger. Von den Einnahmen werden 20–30% nach einem bestimmten Schlüssel über einen sog. „Live-Pool“ an nicht teilnehmende Vereine der 1. und 2. Bundesliga verteilt. Rechtsgrundlage für diese Vermarktung der Übertragungsrechte ist der 1989 durch Beschluß des DFB-Beirats geschaffene § 3 des Lizenzspielerstatuts (LSpSt). Bis zum Ende der Spielzeit 1988/89 wurden die Übertragungsrechte von den Vereinen selbst vermarktet. Das *BKartA* hat die zentrale Vermarktung durch den DFB als Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB) untersagt (WuW/E BKartA 2682) und auch nicht als Rationalisierungskartell (§ 5 II und III GWB) erlaubt (WuW/E BKartA 2696). Die gegen diese beiden Beschlüsse gerichteten Beschwerden hat das KG nach Verfahrensverbinding zurückgewiesen (KG, WuW/E OLG 5565). Der *Kartellsenat* des BGH hat die Auffassung des KG mit Beschluß vom 11. 12. 1997 bestätigt.

2. *Rechtliche Wertung:* Zu Recht sieht der *Kartellsenat* die Lizenzligavereine als Unternehmen und den DFB als Vereinigung von Unternehmen an, deren Beschlüsse an § 1 GWB zu messen sind, soweit die Wettbewerbsfreiheit ihrer Mitglieder einschränken. Besondere Beachtung verdienen zwei Wertungen. Zum einen stellt der *Kartellsenat* heraus, daß nicht der DFB, sondern der jeweilige Heimatverein originärer Inhaber der Übertragungsrechte sei, da dieser die für die Vermarktung wesentlichen sportlichen Leistungen erbringe und auch die organisatorische Arbeit vor Ort leiste, während DFB und UEFA nur den organisatorischen Rahmen für die

Veranstaltungen bereitstellten. Als originärer Rechtsinhaber sei der Verein auch „natürlicher Marktteilnehmer“ in bezug auf die Übertragungsrechte. Dem ist zuzustimmen. Der Umstand, daß die Vereine die Übertragungsrechte bis zur Spielzeit 1988/89 selbst vermarktet haben, belegt darüber hinaus, daß eine Koordination durch den DFB nicht zwingend erforderlich ist, um die Fernsehübertragung zu ermöglichen. Vor allem aber nimmt der *Kartellsenat* eine rein wettbewerbliche Beurteilung vor und weist eine Rechtfertigung von Wettbewerbsverstößen durch sport- oder sozialpolitische Ziele zurück indem er betont, die Verletzung der auf den Schutz des Wettbewerb gerichteten Ziele des GWB könne nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß die dadurch erlangten höheren Gewinne der Finanzierung sozial erwünschter Verhaltensweisen dienen. Der *Kartellsenat* tritt damit zu Recht der Einführung einer (weit verstandenen) *Rule of Reason* entgegen.

3. *Praktische Folgen*: Eine zentrale Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte an den Heimspielen der deutschen Teilnehmer des UEFA-Pokals und des Pokals der Pokalsieger ist auf der Grundlage des geltenden deutschen Rechts unzulässig. Daher sind Stimmen nach Einführung einer Bereichsausnahme für den Sport im Zuge der anstehenden 6. GWB-Novelle laut geworden (vgl. F.A.Z. v. 29. 1. 1988, S. 29). Eine solche Bereichsausnahme wäre nicht ohne Vorbild. In den USA ist die zentrale Vermarktung der nationalen Fernsehübertragungsrechte für Veranstaltungen bestimmter Profiligen durch den *Sports Broadcasting Act* von 1961 grds. vom Kartellverbot freigestellt (vgl. dazu *Heermann*, ZHR 161 [1997], 665 [671 f.]). Gleichwohl scheidet dieser Weg für das deutsche Recht aus. Die Einführung einer Bereichsausnahme für den Sport wäre nicht nur rechtspolitisch verfehlt. Andere Beweisausnahmen sollen im Zuge der Novelle zu Recht abgeschafft werden. Sie wäre auch nicht geeignet, die Vergabepaxis des DFB für die europäischen Wettbewerbe zu legalisieren, da der deutsche Gesetzgeber nur eine Anwendung des nationalen Kartellrechts ausschließen kann, nicht aber eine solche des Art. 85 EGV. In den Fällen „Ruhrgas – Thyssengas III“ (WuW/E BKartA 2778) und „Konzessionsvertrag Nordhorn“ (WuW/E BKartA 2859) hat das *BKartA* das Kartellverbot des Art. 85 I EGV auf Sachverhalte angewendet, die nach § 103 GWB vom deutschen Kartellverbot freigestellt waren.

Das sportpolitische Ziel des DFB, finanzschwächere Vereine zu fördern, ließe sich auch weitgehend wettbewerbsneutral – entsprechend einem Vorschlag des *BKartA* (vgl. F.A.Z. v. 5. 12. 1998, S. 39) – durch die Einführung eines Fonds erreichen, in den die Wettbewerbsteilnehmer einen bestimmten Teil ihrer Einnahmen aus den (dezentral von ihnen selbst vermarkteten) Fernsehübertragungen abführen. Will der DFB die Fernsehübertragungsrechte weiterhin zentral vermarkten, so kommt nur eine – bisher nicht erfolgte – Anmeldung bei der Europäischen Kommission zwecks Freistellung nach Art. 85 III EGV in Betracht. Einer solchen Frei-

stellung würde grds. Vorrang von dem deutschen Kartellverbot zukommen. Erfolg wäre diesem Vorgehen aus wettbewerblicher Sicht nicht zu wünschen. Doch erscheint es nicht ausgeschlossen, daß die Kommission sich (anders als der *BGH*) auch von wirtschafts- oder gar sportpolitischen Erwägungen zu einer positiven Entscheidung verleiten ließe (vgl. *Heermann*, S. 677 ff. m. w. Nachw.). Über die Freistellung der bei ihr schon vor längerer Zeit angemeldeten zentralen Vermarktung der Champions-League-Spiele durch die UEFA nach Art. 85 III EGV hat die Kommission bisher zwar nicht entschieden. Doch erwartet die UEFA aufgrund ihrer Gespräche mit der Kommission eine positive Entscheidung (vgl. *Wertenbruch*, F.A.Z. v. 5. 12. 1998, S. 39).

Ausdrücklich nicht entschieden hat der *Kartellsenat* über die Frage der Mitberechtigung von Verbänden, die bestimmte Wettbewerbe ins Leben gerufen haben, an den entsprechenden Übertragungsrechten. Ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens war die zentrale Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte an den Spielen der Fußballbundesliga. Obwohl die kartellrechtliche Bewertung nicht von derjenigen im vorliegenden Fall abweichen dürfte (vgl. auch *Hausmann*, BB 1994, 1089 [1092 ff.]; *Heermann*, S. 675 f. m. w. Nachw.), scheint das *BKartA* insoweit bisher keinen Handlungsbedarf zu sehen.

Dr. Torsten Körber, LL.M., Göttingen