

Bundesliga vs. Bundeskartellamt: „Alles auf Anfang“

Anmerkung zum Beschl. des OLG Düsseldorf v. 16. 9. 2009,
in diesem Heft, S. 259

Von Rechtsanwalt Dr. habil. Martin Stopper, München*

I. Lage

Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf (im folgenden „Senat“) hat in einem Beschluss vom 16. 9. 2009 die Maßstäbe beschrieben, nach denen das Bundeskartellamt rechtsmittelfähige Entscheidungen zu treffen hat. An einer rechtsmittelfähigen Entscheidung fehlte es Ligaverband und DFL (im folgenden „Liga“ genannt) im Jahr 2008, als sie im Verbund mit der Agentur Sirius Sportmedia die Rechte für die Fußball-Bundesliga vermarkten wollten. Auch aus diesen Gründen wurde dieser Verbund zwischen Liga und Sirius wieder gelöst, bevor es zu einer Ausschreibung kam.

Die Liga hatte im Verbund mit Sirius SportMedia beabsichtigt, nicht nur die Fernsehrechte für die Bundesligen für je zweimal drei Jahre zu vermarkten, sondern zusätzlich eine Angebotsplattform für die Live-Übertragungen der Bundesliga-Begegnungen zu schaffen, indem man diese Spiele selbst produzieren und dann lizenzieren wollte.

Dieses Gesamtkonzept ging einher mit wirtschaftlichen Kalkulationen, für die eine Ausschreibung von zwei Vermarktungskonzepten stattfinden sollte. Das eine Konzept sah unter anderem vor, dass Spielzusammenfassungen der Samstagsspiele im Free-TV nach 22 Uhr gesendet werden sollten. Das Bundeskartellamt stellte dazu fest, dass dieses

Vermarktungskonzept den Verbraucher nicht ausreichend an dem durch diese Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Gewinn beteiligen würde, wenn er erst nach 22 Uhr die Gelegenheit hätte, Spielzusammenfassungen der Bundesliga im Free-TV zu sehen. Diese Bewertungsmaßstäbe entnahm das Bundeskartellamt der Vorschrift des Art. 81 Abs. 3 EG, der die Bedingungen aufführt, nach denen eine nach Art. 81 Abs. 1 EG unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen wäre. Die zentrale Vermarktung der TV-Bundesligarechte durch die Liga wird vom Bundeskartellamt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eingestuft, da diese Rechte nach Auffassung des Amtes originär den Vereinen der Bundesliga zustünden und die Zentralvermarktung die Wirkung eines Preiskartells zeitigen würde¹.

Die Feststellungen des Bundeskartellamtes ergingen jedoch nicht per Beschluss, sondern im Rahmen einer Pressekonferenz und eines im Zusammenhang mit der Pressekonferenz erlassenen Statements auf dessen Homepage².

1 So in ähnlichen Fallkonstellationen auch BGH vom 11. 12. 1997, SpuRt 1998, 28 ff.; Kommission, Entscheidung vom 23. 7. 2003, ABl. L291/25-55 „Champions League“; Kommission, Entscheidung vom 19. 7. 2005, ABl. L 134/46 „Bundesliga“; Kommission, Entscheidung vom 22. 3. 2006, COMP/C-2/38.173 „FA Premier League“, dagegen: Stopper, ZWeR 2008, 412 ff.; Mestmäcker, Veranstalterrechte als Fernsehrechte, in FS Sandrock, S. 689 ff.

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

* Der Autor ist Partner in der Sozietät Lentze Stopper Rechtsanwälte, München

Die Liga wollte nun durch den Senat festgestellt wissen, dass das Bundeskartellamt die vorgelegten Konzepte nicht als kartellrechtswidrig hätte einstufen dürfen und dass das Bundeskartellamt eine rechtmittelfähige Entscheidung hätte treffen müssen. Diese Begehren fanden in verschiedenen Anträgen ihren Ausdruck und wurden vom Senat in mehr oder weniger ausführlichen Darlegungen beschieden.

II. Fehlendes Rechtsschutzinteresse?

Zuerst ist festzustellen, dass alle wesentlichen Anträge der Liga deshalb vom Senat als unzulässig abgewiesen worden sind, da die Liga nach Auffassung des Senats kein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse nachweisen konnten, das jedoch für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes vorliegen muss³. Ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse ist nur dargetan, wenn dem Antragsteller auf andere Weise nicht geholfen werden kann als über dieses Verfahren. So fehlt es am Rechtsschutzinteresse, wenn es dem Betroffenen zuzumuten ist, die befürchteten Maßnahmen der Behörde abzuwarten und er auf einen als ausreichend anzusehenden nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann⁴. Diese Zumutbarkeit hat der Senat ganz pragmatisch festgestellt: Es sei bereits eine erfolgreiche Ausschreibung erfolgt, die nächste Ausschreibung erfolge für die Zeit ab der Saison 2013/2014 – es bleibe also ausreichend Zeit.

Die Liga könnte nun diesen Hinweis des Senats mit Gelassenheit entgegennehmen, wenn ihr der versprochene Rechtsschutz auch schon vor der bereits erfolgten Ausschreibung zugänglich gewesen wäre. Die Eröffnung des Rechtsweges, für die zuerst das Bundeskartellamt durch eine rechtmittelfähige Entscheidung zuständig gewesen wäre, ist der Liga jedoch verwehrt geblieben, zumindest gemäß den Vorstellungen, die die Liga für die Durchführung einer Ausschreibung gerne hätte. Zu diesen Vorstellungen gehört Rechtssicherheit hinsichtlich kartellrechtlicher Risiken – am besten herbeigeführt durch höchstinstanzliche gerichtliche Klärung.

Jedoch fehlte es bereits an einem rechtmittelfähigen Verwaltungsakt durch das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt hatte klargemacht, dass es erst Anlass sieht, im Wege einer Unterlassungsverfügung vorzugehen, wenn das kritisierte Ausschreibungsmodell (Free-TV-Zusammenfassungen nach 22 Uhr) ausgeschrieben und ihm der Zuschlag erteilt wurde.

Warum sollte es also an einem qualifizierten Rechtsschutzinteresse gefehlt haben, wenn die Liga dem Senat gerade besorgt darlegen konnte, dass man schon einmal versucht hatte, eine rechtmittelfähige Entscheidung herbeizuführen und mit diesem Anliegen gescheitert ist? Dass liegt aus Sicht des Senats wohl vor allem daran, dass die zentralen Anträge der Liga darauf gerichtet waren, dass dem Bundeskartellamt durch den Senat aufgegeben werde, eine Entscheidung zu erlassen, die feststellt, dass das umstrittene Vermarktungskonzept mit dem Kartellrecht in Einklang stehe. Hier wollte der Senat dem Bundeskartellamt einerseits nicht vorgreifen, da es in der Sache ja noch nicht rechtmittelfähig befunden hatte und andererseits auch nicht über ein Modell entscheiden, dass nun faktisch wirklich nicht mehr Gegenstand einer Ausschreibung ist, da die Rechte nun in anderer Struktur bereits abschließend vergeben worden sind. Über Ausschreibungsmodelle zu befinden, denen es an einer konkreten Umsetzungswahrscheinlichkeit fehlt, dafür fehlte es dem Senat an einem ausreichenden Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Das hätte man auch weniger restriktiv beurteilen können, wenn man die kartellrechtliche Prüfung nicht auf ein dezidiertes Ausschreibungsmodell, sondern grundsätzlich auf die Zentralvermarktung von Fernsehrechten bezogen hätte.

III. Pflicht zur Sanktionsfeststellung durch das Bundeskartellamt?

Losgelöst von der Frage nach der materiellen Kartellrechtswidrigkeit des gegenständlichen Ausschreibungsmodells hatte die Liga zusätzlich den Antrag gestellt, der Senat möge feststellen, dass das Bundeskartellamt grundsätzlich verpflichtet war, eine rechtmittelfähige Entscheidung zu fällen, nachdem die Liga angekündigt hatte, dass sie dieses Modell auch umzusetzen gedenkt. Hier hatte der Senat bereits die Statthaftigkeit des Antrags verneint, weil hier eine allgemeine Feststellung begehrt würde und die allgemeine Feststellungsklage keine statthafte Klageart für das Kartellverfahren sei. Das ist nicht leicht nachzuvollziehen: Die Liga bezieht sich bei ihrem Antrag doch auf einen konkreten erledigten Sachverhalt des „Nicht-Erlasses“, also auf ein Unterlassen, das in Zukunft nicht fortgesetzt werden soll.

Ungeachtet der fehlenden Statthaftigkeit dieses Antrags wurde der Liga vom Senat zusätzlich ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis attestiert, da das Bundeskartellamt während der Verhandlung vor dem Senat zum „Ausdruck gebracht hat“, dass es zukünftig die begehrten Verfügungen aussprechen werde. Mit einem stattgebenden Beschluss wäre der Liga hier mehr gedient gewesen. Stattdessen erläutert der Senat lediglich in einem „Obiter Dictum“, wie sich das Bundeskartellamt im Sinne von § 32 GWB hinsichtlich seiner Sanktionsfeststellungspflicht hätte verhalten müssen. Das Amt sei zum Einschreiten per Verfügung nämlich schon dann verpflichtet, wenn die ernste Besorgnis einer drohenden Gesetzesverletzung bestehe, also eine Erstbegehungsgefahr bestehe⁵. Es komme nicht auf den Zeitpunkt der Verwirklichung eines Kartellverstößes an, also auf den Zeitpunkt der Wiederholungsgefahr. Dem Bundeskartellamt wurde somit durch den Senat für die Zukunft aufgegeben, per Verfügung einzuschreiten, wenn es die Liga mit einem Ausschreibungsmodell wirklich ernst meint und dieses Ausschreibungsmodell aus Sicht des Bundeskartellamtes kartellrechtswidrig ist. Damit ist für die Liga viel gewonnen, das Bundeskartellamt kann sich nach Auffassung des Senats in vergleichbaren Situationen also keiner Ohnmacht mehr rühmen.

IV. Materielles Kartellrecht

Artikel 81 EG wurde in diesem Verfahren nicht angetastet. Durch das Attest fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses hat der Senat unmissverständlich zum Ausdruck gegeben, dass er hier in der Sache nicht vor dem Bundeskartellamt entscheiden möchte. Dieser Umstand kann der Rechtsfindung vielleicht noch dienlich sein, denn bisher vermisst man bei dieser komplexen wie spannenden Rechtsfrage eine maßgerechte Auseinandersetzung von Zentralvermarktung und der Anwendbarkeit des Kartellverbots nach Art. 81 Abs. 1 EG, was den dankbaren Effekt haben kann, keine rechtsferne und populistische Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG betreiben zu müssen⁶.

V. Fazit

Dass der Senat in seinem Beschluss alle Anträge mit Argumenten fehlender Statthaftigkeit und Zulässigkeit zurückweist, lässt sich nicht ganz ohne Vorbehalte nachvollziehen. Vor allem die Ausführungen über die Pflicht des Bundeskartellamtes, eine Verfügung zu erlassen, wären als Begründung im Rahmen eines stattgegebenen Antrags besser auf-

³ Hier für die Klagearten der vorbeugenden Unterlassungsklage und der Fortsetzungsfeststellungsklage, die im Kartellverfahren grundsätzlich statthaft sind, vgl. Langen/Bunte-Kollmorgen, GWB, § 63, Rz. 38 ff.

⁴ BVerwG vom 7. 5. 1987 NVwZ 1988, 430/431; vom 8. 9. 1972 BVerwGE 40, 323/326.

⁵ BGH, 18. 11. 1986 WuW/E BGH 2313, 2314 „Baumarkt-Statistik“; BGH 8. 5. 2001 BGHZ 147, 325, 341 f. „Ost-Fleisch“; Langen/Bunte-Bornkamm, GWB, § 32, Rz. 18.

⁶ Vergleiche zu diesem Thema Stopper, SpuRt 2008, 177 ff.

gehoben als „zwischen den Zeilen“. Und es bleibt die Unsicherheit bestehen, hinsichtlich eines Anspruchs auf Erlass einer Verfügung zwischen Erstbegehungsgefahr auf der einen Seite und dem unzulässigen Negativattest⁷ auf der

7 Der Negativattest ist ein unzulässiges Rechtsmittel, da dabei in unzulässiger Weise die Beurteilung einer Rechtslage verlangt wird, nur weil eine Untersagungs- oder Missbrauchsgründung drohe, weil ein bestimmtes Verhalten mit dem Kartellrecht unvereinbar sei; OLG Düsseldorf 28. 9. 2005 WuW/E DE-R 1585 „Sabacorp/Anzag“.

anderen Seite zu unterscheiden, vor allem, wenn der Liga nun aufgegeben ist, ihre künftigen Ausschreibungsmodelle mit langem zeitlichen Vorlauf zur Überprüfung vorzulegen.

Dass der Senat auf materielle Ausführungen verzichtet hat, war prozessual zwar nicht zwingend, gibt dem Bundeskartellamt aber die Chance, eine transparentere und dezidiere kartellrechtliche Auseinandersetzung zum Thema Zentralvermarktung zu betreiben – insofern heißt es: „Alles auf Anfang“.