

## IX. Flucht des Ligasports aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts mithilfe der *single entity doctrine* – Theorie und Praxis

### 1. Theorie: *single entity doctrine* als kartellrechtliches Konzernprivileg

Die seit vielen Jahrzehnten permanent zunehmende Kommerzialisierung des Sports wird beim Blick auf nationale oder kontinentale Ligawettbewerbe in populären Sportarten, welche von Land zu Land und Kontinent zu Kontinent variieren können, sowie auf die entsprechenden Kontinental- und Weltmeisterschaften besonders deutlich. Die Umsätze bei der Vermarktung der Medienrechte an den Sportevents, beim Sponsoring, beim Merchandising sowie zumeist auch beim Ticketing haben bislang nur eine Richtung gekannt: tendenziell bergauf in vielfach noch Jahre zuvor ungeahnte, ja schwindelerregende Höhen. Diese Entwicklung ist verbreitet zumindest vorübergehend umgekehrt worden. Denn die zu Beginn des Jahres 2020 weltweit ausgebrochene COVID-19-Pandemie hat binnen weniger Wochen die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen grundlegend verändert: Hatten zuvor im professionell betriebenen Ligasport – übrigens ebenso wie in (inter)nationalen Sportverbänden – wiederholt unvernünftiges und finanziell riskantes Handeln mancher Ligamitglieder oder diverse Skandale (Korruption, Untreue, Steuerhinterziehung, Geldwäsche etc.) in den Kreisen der Sportfunktionäre wiederholt die Schlagzeilen beherrscht, ist in der Folge ein Prozess des grundlegenden wirtschaftlichen Umdenkens erzwungen worden. Es soll hier nicht darüber sinniert werden, welche Veränderungen für den professionellen Ligasport sich hieraus ergeben werden. Denn er wird auch nach überstandener COVID-19-Pandemie – wengleich möglicherweise auf niedrigerem Niveau als zuvor – durch unternehmerisches Denken und Handeln eine Profitmaximierung verfolgen und damit im Grundsatz in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen.

Die Interdependenzen zwischen den Ligamitgliedern zählen zu den Besonderheiten des Ligasports, weil eine Sportliga mit nur einem Team *de facto* keine Sportliga wäre.<sup>1</sup> Vielmehr bedarf es zur Erstellung des Produkts Ligasport zwingend eines Zusammenwirkens der Ligamitglieder. Eine Heimmannschaft ohne Gastmannschaft könnte nur Trainingsspiele zwischen der ersten und zweiten Mannschaft durchführen. Aber noch ein weiterer Akteur muss hinzutreten, um Ligasport zu ermöglichen. Denn ohne die organisatorischen Vorleistungen des Ligaverbandes etwa hinsichtlich der Aufstellung und Durchsetzung eines einheit-

1 → II. Rn. 1–15.

lichen Regelkatalogs, der Erstellung der Spielpläne sowie des Schiedsrichterwesens wären Spiele zwischen zwei gegnerischen Teams keine Ligaspiele, sondern lediglich in wirtschaftlicher Hinsicht weit weniger attraktive Freundschaftsspiele.

- 3 Angesichts der beschriebenen Ausgangslage des professionellen Ligasports ist kartellrechtliches Konfliktpotential vorprogrammiert. Denn regelmäßig muss der Ligaverband mit den Ligamitgliedern zumindest hinsichtlich der Organisation und Durchführung des betreffenden Ligasports auf nationaler oder internationaler Ebene Vereinbarungen treffen, über denen das Damoklesschwert des Kartellverbots schwebt. Daneben hat der Ligaverband regelmäßig eine monopolartige Stellung auf den nationalen oder internationalen Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu offiziellen Ligawettbewerben in der betreffenden Sportart inne,<sup>2</sup> so dass die Gefahr eines kartellrechtlich relevanten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung latent ist. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der Ligasport seit jeher nach Ansätzen gesucht hat, um die – angeblich – vom Kartellrecht für den Sportbetrieb ausgehenden Gefahren von vornherein möglichst umfassend auszuschließen oder zumindest einzudämmen.<sup>3</sup> Dem U.S.-amerikanischen Kartellrecht kommt insoweit eine gewisse Vorreiterrolle zu, weil das Spannungsfeld von Sport und Kartellrecht jenseits des Atlantiks schon seit rund 100 Jahren Kartellbehörden und die Rechtsprechung beschäftigt hat und die dortigen Entwicklungen trotz der unterschiedlichen Kartellrechtssysteme mit zeitlicher Verzögerung einen gewissen Einfluss auf das europäische und damit auch deutsche Kartellrecht ausgeübt haben.<sup>4</sup>
- 4 Eine große Anziehungskraft ging für Ligasportverbände seit jeher von der im U.S.-amerikanischen Schrifttum zum Sportkartellrecht entwickelten und in der Folge kontrovers diskutierten *single entity doctrine*<sup>5</sup> aus. Der Grundgedanke dieses Ansatzes<sup>6</sup> ist ebenso simpel wie bestechend. Wenn eine Sportliga zusammen mit ihren Ligamitgliedern ein einzelnes Unternehmen (*single entity*) bildet, kann kein Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern als rechtlich unabhängigen Unternehmen angenommen werden, der sodann in kartellrechtlich relevanter Weise beschränkt werden könnte.<sup>7</sup> Eine entsprechende, gleichfalls kontrovers geführte Diskussion zu dieser Rechtsproblematik findet man im europäischen Kartellrecht.<sup>8</sup> Dabei geht es um die Frage, ob Konzernunternehmen auch dann

2 → VII. Rn. 8–11 m.w.N. zum Meinungsstand.

3 Zu einem Überblick hierzu vgl. stellvertr. Heermann ZWeR 2009, 472 (477 ff.) m.w.N.

4 Vgl. hierzu Heermann RabelsZ 67 (2003), 106 ff. m.w.N.

5 Goldman Tul. L. Rev. 1989, 751 ff.; Grauer Tul. L. Rev. 1989, 71 ff.; Jacobs Ind. L. J. 1991, 25 ff.; McChesney Sports Lawyers J. 1999, 125 ff.; Ross Univ. Ill. L. Rev. 1997, 519 (550); Sullivan Temple L. Rev. 2000, 865 ff.; Wright Set. Hall J. of Sport L. 2000, 357 (364).

6 S. im deutschsprachigen Schrifttum hierzu stellvertr. Heermann ZWeR 2009, 472 (486 ff.) m.w.N.

7 Heermann WRP 2011, 36 (37).

8 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 35–37 m.w.N.

als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen sind, wenn sie im Innenverhältnis mit anderen Unternehmen des Konzerns wettbewerbsbeschränkend zusammenwirken. Dies wird etwa vom EuGH unter Hinweis darauf verneint, dass Konzerntochtergesellschaften lediglich rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig seien (sog. Konzernprivileg).<sup>9</sup> Während Sportligen in den Vereinigten Staaten in kartellrechtlichen Verfahren vor staatlichen Gerichten wiederholt, wenngleich mit wechselndem Erfolg versucht haben, sich unter Bezugnahme auf die *single entity defense* der Anwendung des Kartellrechts insgesamt zu entziehen,<sup>10</sup> haben – soweit ersichtlich – deutsche und europäische Ligaverbände bislang weitgehend davon abgesehen, gegenüber Kartellbehörden oder in Kartellverfahren vor staatlichen Gerichten einen entsprechenden Weg durch Berufung auf das sog. Konzernprivileg zu beschreiten. Gleichwohl haben – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – insbesondere für deutsche Fußballverbände tätige Juristen die U.S.-amerikanischen Verfahren genau verfolgt und zu gegebener Zeit, d.h. insbesondere bei erfolgter Anwendung der *single entity defense* auf den Ligasport in einzelnen Verfahren, eine Übertragung dieses Ansatzes auf die Fußball-Bundesliga gefordert.

## 2. Praxis: Gescheiterte Fluchtversuche des U.S.-amerikanischen Ligasports

### a) Major League Soccer als *single entity*?

Den ersten der hier zu beleuchtenden Versuche, über die *single entity defense* der Anwendung des U.S.-amerikanischen Kartellrechts zu entfliehen, unternahm zur Jahrtausendwende die Major League Soccer (im Folgenden: MLS). Die für eine denkbare Einstufung der MLS als *single entity* relevanten Fakten lassen sich – wie schon andernorts dargelegt<sup>11</sup> – folgendermaßen zusammenfassen: Die MLS ist Eigentümerin aller Ligamitglieder, deren Geschäfte sie in wesentlichen Teilen zentral führt. So sind etwa die Fußballspieler Angestellte der MLS und nicht der jeweiligen Ligamitglieder. Diese werden aufgrund *operating agreements* von *operator-investors* geleitet. Daneben gibt es noch eine Reihe reiner Investoren, die keines der Teams betreiben. Die MLS verfügt über ein sog. *management committee*, welches sich aus Repräsentanten der jeweiligen Investoren, d.h. der jeweiligen Gesellschafter, zusammensetzt. Die *operator-investors* erhalten für den Be-

<sup>9</sup> EuGH Slg. 1996, I-5457, Rn. 50 f. = EuZW 1997, 84 – Viho; a.A. etwa Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 37.

<sup>10</sup> Zu zwei wegweisenden Rechtsverfahren → IX. Rn. 5–24.

<sup>11</sup> Heermann ZWeR 2009, 472 (486 f.), anknüpfend an den Tatbestand der Entscheidung Fraser v. MLS, 97 F. Supp. 2d 130 (132 f.) (D. Mass. 2000); ausf. zur rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung der MLS Blask 154 ff. m.w.N.; vgl. auch Mentzel 59–61; Heermann RabelsZ 67 (2003), 106 (130 ff.).

trieb ihrer jeweiligen Teams von der Liga eine *management fee*. Diese errechnet sich aus dem im Voraus festgelegten Anteil an den auf Ebene der Clubs erzielten Einnahmen, den sämtliche Ligamitglieder an die MLS abzuführen haben. Die *operator-investors* tragen aus den ihnen verbleibenden, d.h. nicht an die MLS abzuführenden, Einnahmen letztlich nur für wenige oder beschränkte Bereiche eine eigene finanzielle Verantwortlichkeit (etwa 50 % der Stadionmiete, die Kosten des von der MLS genehmigten regionalen Marketings sowie die allgemeinen Verwaltungskosten hinsichtlich ihrer jeweiligen Teams einschließlich der Gehälter für das Management und den Trainerstab). Die übrigen Gesellschafter, die kein Team leiten, nehmen nur an der allgemeinen Verteilung von Gewinnen und Verlusten aus dem Ligabetrieb teil.

- 6 Auffällig ist, dass die organisatorische Lenkung der MLS zwar weitgehend zentralisiert ist, den *operator-investors* aber eine durchaus erhebliche wirtschaftliche Eigenständigkeit verbleibt. Dennoch stufte das erstinstanzliche Gericht in einem gegen die die MLS geführten Kartellrechtsverfahren die Liga als *single entity* ein und wies in diesem Kontext auf Folgendes hin:<sup>12</sup>

„Indeed, the fact that there are passive investors in MLS is strong evidence that the payment of management fees [...] do not account for all economic risks and benefits associated with the league’s operation. Furthermore, successful local operation of a team benefits the entire league.“

- 7 An diesem Punkt unterscheiden sich die Strukturen der MLS wesentlich von den Beziehungen zwischen dem DFL e.V. und der DFL GmbH auf der einen und den Bundesligaclubs auf der anderen Seite.<sup>13</sup> Denn der DFL e.V. partizipiert nicht unmittelbar mit einem festgelegten prozentualen Anteil an individuellen Einnahmen der Ligamitglieder. In der Rechtssache *Fraser v. MLS* konnte hernach das Berufungsgericht<sup>14</sup> die Frage offenlassen, ob die MLS die Struktur einer *single entity* aufweist.<sup>15</sup> Wenn man diese Entscheidungen in dem Verfahren *Fraser v. MLS* in den Gesamtkontext der Möglichkeit zur rechtlichen Einstufung von Sportligen als *single entity* einordnet, könnte man wie im Schachsport von einer Hängepartie sprechen. Eine konkretere, möglicherweise gar abschließende Stellungnahme der U.S.-amerikanischen Judikatur zu der skizzierten Rechtsfrage ließ nach Abschluss des Rechtsstreits noch weiterhin auf sich warten. Befürworter einer Einstufung von Sportligen als *single entity*, die vorrangig auf Seiten der verbandsnahen Juristen zu suchen waren, konnten sich angesichts der richterlich nicht abschließend geklärten Rechtsfrage einstweilen bestätigt fühlen – die Gegenauffassung allerdings auch.

12 *Fraser v. MLS*, 97 F. Supp. 2d 130 (136) (D. Mass. 2000).

13 Vgl. hierzu ausf. *Blask* 36–39.

14 *Fraser v. MLS*, 284 F. 3d 47 (56) (2002 U.S. App.).

15 *Heermann ZWeR* 2009, 472 (486 f.).

b) Gemeinschaftsunternehmen sämtlicher Mitglieder der National Football League als *single entity*?

Ein Rechtsstreit, der gar nicht unmittelbar die Struktur der National Football League (im Folgenden: NFL) betraf, sondern eine von den Ligamitgliedern gemeinsam gegründete Vermarktungsgesellschaft, bot die Gelegenheit, in den Jahren 2007 bis 2010 die Hängepartie zur Einstufung von Sportligen als *single entity* fortzusetzen. Der Sportausrüster *American Needle, Inc.* hatte gegen die NFL sowie deren Tochtergesellschaft *NFL Properties, LLC (NFLP)* eine auf Kartellrechtsverletzungen gestützte Klage erhoben. Streitgegenstand war der Abschluss eines langfristigen Exklusivausrüstervertrages zwischen der *NFLP*, die die den jeweiligen Ligamitgliedern zustehenden Marken und Logos zentral u.a. für Kopfbedeckungen vermarktete, und dem Sportartikelhersteller Reebok. Hiergegen hatte sich die Klägerin, zuvor jahrelang Vertragspartnerin der beklagten NFL-Tochtergesellschaft, gewandt.

In zwei Instanzen hatten der United States District Court for the Northern District of Illinois<sup>16</sup> und hernach der United States Court of Appeals for the Seventh Circuit<sup>17</sup> der *single entity defense* stattgegeben, die seitens der beklagten Vermarktungsgesellschaft der NFL geltend gemacht worden war. Zugleich waren sowohl die zentrale Vermarktung gewerblicher Schutzrechte der Ligamitglieder als auch der Abschluss des zehnjährigen exklusiven Vermarktungsvertrages mit dem Sportartikelhersteller Reebok als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft worden.

Sportligen nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern weltweit schöpften Hoffnung. Plötzlich schien es, als müsse eine Sportliga zentral durchzuführende Vermarktungsaktivitäten nur auf eine Gesellschaft auslagern, an der sämtlich Ligamitglieder beteiligt sind, damit dieses Gemeinschaftsunternehmen (*joint venture*) als *single entity* eingestuft werden konnte. Damit wären sodann sämtliche innerhalb dieses Unternehmens gemeinsam getroffenen Vereinbarungen dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen gewesen. Als ein solches Gemeinschaftsunternehmen wickelte seinerzeit im deutschen Profifußball der Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.) mit der für das operative Geschäft zuständigen Tochtergesellschaft DFL GmbH bereits die gesamte Organisation und Durchführung der Bundesliga und der 2. Bundesliga ab. Sollte es für Sportligen wirklich so leicht sein, dem Angstgegner namens Kartellrecht ein Schnippchen schlagen zu können?

Wer über ein gewisses kartellrechtliches Grundverständnis verfügt (und das sollte auch für alle Leser gelten, die dieses Buch bis hierhin gelesen haben), mag

<sup>16</sup> American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 496 F.Supp.2d 941, 533 F.Supp.2d 7901 (2007).

<sup>17</sup> American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 538 F.3d 736 (2008).

sich wundern, was ein Gemeinschaftsunternehmen überhaupt mit dem ursprünglichen Gedanken und Anliegen der *single entity doctrine* zu tun haben soll. Es scheint, als hätten in dem beschriebenen Verfahren die NFL und das zum Zwecke abgestimmter Vermarktungsaktivitäten der Ligamitglieder gegründete Gemeinschaftsunternehmen *NFLP* in kartellrechtlicher Bedrängnis routinemäßig die *single entity defense* geltend gemacht und damit juristische Nebelkerzen geworfen, die zugleich das kartellrechtliche Beurteilungsvermögen der in der ersten und zweiten Instanz mit dem Verfahren befassten Richter trübten. Anders sind diese Entscheidungen kaum erklärlich.

- 12 Am Supreme Court zeigten die Nebelkerzen indes keinerlei Wirkung mehr, ganz im Gegenteil! Die im Hinblick auf die Anwendung der *single entity doctrine* zentralen Entscheidungsgründe sollen nachfolgend – anknüpfend an eine bereits früher erfolgte Urteilsanalyse<sup>18</sup> – im Wortlaut wiedergegeben und gewürdigt werden. Dabei werden nicht nur die Voraussetzungen dieses Ansatzes deutlich werden, sondern es werden sich auf der Rechtfertigungsebene<sup>19</sup> auch überraschende Parallelen zur Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports im europäischen und deutschen Sportkartellrecht ergeben.
- 13 Gleich zu Beginn der Entscheidungsgründe hat *Justice Stevens* klargestellt, dass nach Auffassung des Senats der streitgegenständliche exklusive Lizenzvertrag mit zehnjähriger Laufzeit zwischen *NFLP* und dem Sportartikelhersteller Reebok in den Anwendungsbereich des Kartellrechts falle.<sup>20</sup> Ausführlich hat sich der *Supreme Court* sodann mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen ein gemeinsames Handeln (*concerted action*) von Unternehmen im Sinne des Kartellverbotstatbestandes anzunehmen sei. Dabei ist unter Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung einer schematischen Orientierung an der Rechtsform eine Absage zugunsten einer funktionalen Betrachtungsweise erteilt worden, wobei die Parallelen zum funktionalen Unternehmensbegriff des europäischen und deutschen Kartellrechts<sup>21</sup> offensichtlich sind:<sup>22</sup>

„We have long held that concerted action under § 1 [Sherman Act] does not turn simply on whether the parties involved are legally distinct entities. Instead, we have eschewed such formalistic distinction in favour of a functional consideration of how the parties involved in the alleged anticompetitive conduct actually operate.“

„Conversely, there is not necessarily concerted action simply because more than one legally distinct entity is involved. Although, under a now-defunct doctrine known as the ‚intraenterprise conspiracy doctrine‘, we once treated cooperation between legally sep-

18 *Heermann* WRP 2011, 36 (39f.).

19 → IX. Rn. 20–24.

20 *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*, 130 S.Ct. 2201 (2206 f.), U.S. (2010).

21 → VI. Rn. 114–118 m.w.N.

22 *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*, 130 S.Ct. 2201 (2209 f.), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

arate entities as necessarily covered by § 1 [Sherman Act], we now embark on a more functional analysis.“

Nachfolgend hat der Senat eine Kontrollfrage entwickelt, anhand derer bestimmt werden kann, ob ein Gemeinschaftsunternehmen als kartellrechtlich privilegierte *single entity* eingestuft werden kann oder aber in den Anwendungsbereich des Kartellverbotsstatbestands fällt.<sup>23</sup> 14

„The key is whether the alleged ‚contract, combination ... , or conspiracy‘ is concerted action – that is, whether it joins together separate decisionmakers. The relevant inquiry, therefore, is whether there is a ‚contract, combination ... or conspiracy‘ amongst ‚separate economic actors pursuing separate economic interests‘ such that the agreement ‚deprives the marketplace of independent centers of decisionmaking‘ and therefore of ‚diversity of entrepreneurial interests‘ and thus of actual or potential competition.“

„The question is whether the agreement joins together ‚independent centers of decision-making.‘ If it does, the entities are capable of conspiring under § 1 [Sherman Act], and the court must decide whether the restraint of trade is an unreasonable and therefore illegal one.“

Nach diesen eher theoretischen Erwägungen hat der Senat die zuvor entwickelte Kontrollfrage auf den konkreten Sachverhalt angewendet.<sup>24</sup> 15

„The NFL teams do not possess either the unitary decisionmaking quality or the single aggregation of economic power characteristic of independent action. Each of the teams is a substantial, independently owned, and independently managed business. ‚[T]heir general corporate actions are guided or determined‘ by ‚separate corporate consciousnesses,‘ and ‚[t]heir objectives are‘ not ‚common.‘ The teams compete with one another, not only on the playing field, but to attract fans, for gate receipts and for contracts with managerial and playing personnel.“

„Directly relevant to this case, the teams compete in the market for intellectual property. [...] Decisions by NFL teams to license their separately owned trademarks collectively and to only one vendor are decisions that ‚depriv[e] the marketplace of independent centers of decisionmaking‘ and therefore of actual or potential competition.“

„The teams remain separately controlled, potential competitors with economic interests that are distinct from NFLP’s financial well-being. Unlike typical decisions by corporate shareholders, NFLP licensing decisions effectively require the assent of more than a mere majority of shareholders. And each team’s decision reflects not only an interest in NFLP’s profits but also an interest in the team’s individual profits.“

Mit deutlichen Worten hat der Senat damit den Mitgliedern der NFL vor Augen geführt, dass sie in sportlicher, insbesondere aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne waren (und bis heute sind). Diese hätten die Vermarktung der ihnen jeweils individuell an den Sportkappen zustehenden gewerblichen Schutzrechte nicht 16

23 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2012), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

24 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2012 f., 2213, 2215), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

zuletzt auch aus individuellem Profitstreben auf das Gemeinschaftsunternehmen *NFLP* übertragen und dadurch potentiellen Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern beschränkt. In einem nächsten Schritt ist der Senat dem Vorbringen der Beklagten, die von den Mitgliedern der *NFL* gegründete Vermarktungsgesellschaft *NFLP* sei als der Anwendung des Kartellrechts entzogene *single entity* einzustufen, mit deutlichen, teils behelrend anmutenden Worten entgegengetreten:<sup>25</sup>

„In defense, respondents argue that by forming *NFLP*, they have formed a single entity, akin to a merger, and market their *NFL* brands through a single outlet. But it is not dispositive that the teams have organized and own a legally separate entity that centralizes the management of their intellectual property. An ongoing § 1 [Sherman Act] violation cannot evade § 1 [Sherman Act] scrutiny simply by giving the ongoing violation a name and label. ‚Perhaps every agreement and combination in restraint of trade could be so labelled.‘“

„Although *NFL* teams have common interests such as promoting the *NFL* brand, they are still separate, profit-maximizing entities, and their interests in licensing team trademarks are not necessarily aligned.“

„It may be, as respondents argue, that *NFLP* ‚has served as the single driver of the teams‘ promotional vehicle‘, ‚pursu[ing] the common interests of the whole.‘ But illegal restraints often are in the common interests of the parties to the restraint, at the expense of those who are not parties. It is true, as respondents describe, that they have for some time marketed their trademarks jointly. But a history of concerted activity does not immunize conduct from § 1 [Sherman Act] scrutiny. ‚Absence of actual competition may simply be a manifestation of the anticompetitive agreement itself.‘“

- 17 Nach dieser schulmeisterlichen Reaktion des Supreme Court auf die von kartellrechtlichen Grundüberzeugungen losgelösten und rein zielorientierten rechtlichen Ausführungen der Beklagtenseite hat *Justice Stevens* mittels einer einprägsamen Metapher veranschaulicht, dass nicht die gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten eines Gemeinschaftsunternehmens (*joint venture*) von vornherein von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen werden können:<sup>26</sup>

„Any joint venture involves multiple sources of economic power cooperating to produce a product. And for many such ventures, the participation of others is necessary. But that does not mean that necessity of cooperation transforms concerted action into independent action; a nut and a bolt can only operate together, but an agreement between nut and bolt manufacturers is still subject to § 1 [Sherman Act] analysis. Nor does it mean that once a group of firms agree to produce a joint product, cooperation amongst those firms must be treated as independent conduct. The mere fact that the teams operate jointly in some sense does not mean that they are immune.“

25 *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*, 130 S.Ct. 2201 (2213 f.), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

26 *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*, 130 S.Ct. 2201 (2214), U.S. (2010). Diese für einen Kartellrechtler kaum revolutionären inhaltlichen Zusammenhänge erkennt PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 130, indem er stattdessen noch im Jahr 2020 die Auffassung vertreten hat, der DFL e.V. sowie dessen Mitglieder, die Fußballclubs der Bundesliga und 2. Bundesliga, könnten als Joint Venture bei der „Zentralvermarktung schon von vornherein nicht gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen“.

In den abschließenden Ausführungen zur kartellrechtlichen Privilegierung von Gemeinschaftsunternehmen in der Vorinstanz hat der Senat angedeutet, was er von dieser rechtlichen Einschätzung hielt: Nichts! In unmissverständlichen, fast schon spöttischen Worten hat man insoweit die rechtlichen Wertungen der Vorinstanz, die die kartellrechtlichen Grundlagen auf den Kopf zu stellen versucht hatten, als unhaltbar entlarvt:<sup>27</sup>

„The Court of Appeals carved out a zone of antitrust immunity for conduct arguably related to league operations by reasoning that coordinated team trademark sales are necessary to produce ‚NFL football‘, a single NFL brand that competes against other forms of entertainment. But defining the product as ‚NFL football‘ puts the cart before the horse: Of course the NFL produces NFL football; but that does not mean that cooperation amongst NFL teams is immune from § 1 [Sherman Act] scrutiny. Members of any cartel could insist that their cooperation is necessary to produce the ‚cartel product‘ and compete with other products.“

„If the fact that potential competitors shared in profits or losses from a venture meant that the venture was immune from § 1 [Sherman Act], then any cartel ‚could evade the antitrust law simply by creating a ‚joint venture‘ to serve as the exclusive seller of their competing products.“

Spätestens an dieser Stelle zerplatzten wie eine Seifenblase im Wind die Hoffnungen und Erwartungen der Sportverbände, im Wege der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen zu Vermarktungszwecken durch die Ligamitglieder den Fängen des Kartellrechts ebenso einfach wie effektiv entkommen zu können. Der Supreme Court hat hier angedeutet, dass Gemeinschaftsunternehmen in kartellrechtlicher Hinsicht einer differenzierten Bewertung bedürfen. Dies deckt sich im Ansatz mit der im europäischen Kartellrecht vorgenommenen Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen sowie Vollfunktions- und Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.<sup>28</sup>

### c) Exkurs: Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen im U.S.-amerikanischen Sportkartellrecht

Neben den Ausführungen des Supreme Court im Verfahren *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* zur Anwendung der *single entity doctrine* auf den Ligasport sind auch die Erwägungen zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen von besonderem Interesse, selbst wenn diese nicht entscheidungserheblich waren. Im U.S.-amerikanischen Kartellrecht existieren im Wesentlichen keine ausdrücklichen gesetzlichen Rechtfertigungstatbestände. Stattdessen können Verstöße gegen das Kartellverbot gem. § 1 Sherman Act sowie Verstöße gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs gem. § 2 Sherman Act durch An-

27 *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*, 130 S.Ct. 2201 (2214, 2213), U.S. (2010).

28 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Ellger, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 606–609 m.w.N.

wendung der von der Judikatur entwickelten *rule of reason* gerechtfertigt werden.

- 21 Zunächst hat sich *Justice Stevens* bemüht, die seitens verschiedener U.S.-amerikanischer Sportligen oftmals beklagten Gefahren, die von einer Anwendung des Kartellrechts auch auf den Sportsektor ausgehen, zu relativieren (Hervorhebungen durch *Verfasser*):<sup>29</sup>

„Football teams that need to cooperate are not trapped by antitrust law. ‚[T]he special characteristics of this industry may provide a justification‘ for many kinds of agreements. The fact that NFL teams share an interest in making the entire league successful and profitable, and that they must cooperate in the production and scheduling of games, provides a perfectly sensible justification for making a host of collective decisions. But the conduct at issue in this case is still concerted activity under the Sherman Act that is subject to § 1 [Sherman Act] analysis. When ‚restraints on competition are essential if the product is to be available at all,‘ per se rules of illegality are inapplicable, and instead the restraint must be judged according to the flexible Rule of Reason. ‚And depending upon the concerted activity in question, the Rule of Reason may not require a detailed analysis; it ‚can sometimes be applied in the twinkling of an eye.‘“

- 22 Hier zeigen sich unübersehbare Parallelen zum Ansatz des europäischen Sportkartellrechts. Auch im amerikanischen Rechtssystem kann den Besonderheiten des Sports bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung getragen werden.<sup>30</sup> Zudem hat der Supreme Court den Aspekt der Inhärenz einer Wettbewerbsbeschränkung angedeutet.<sup>31</sup> Schließlich muss auch der *Meca-Medina*-Test nicht stets vollumfänglich geprüft werden, sondern die Prüfung kann mitunter schon rasch abgebrochen werden. Dies gilt etwa

- bei reinen Spielregeln, deren wirtschaftliche Auswirkungen äußerst gering und eher theoretischer Natur sind,<sup>32</sup>
- bei fehlender Legitimität der verfolgten Verbandsziele<sup>33</sup> oder
- bei einer fehlenden stringenten und kohärenten Verfolgung legitimer Verbandsziele.<sup>34</sup>

- 23 Das Gericht hat die Fragen offengelassen, wie sich Wettbewerbsbeschränkungen bestimmen lassen, die für die Herstellung des Ligaprodukts – vorliegend: Spiele zwischen Profiteams im American Football – unabdingbar sind, und unter welchen Voraussetzungen derartige Wettbewerbsbeschränkungen durch Rückgriff auf die *rule of reason* gerechtfertigt werden können. Hierzu hat der Supreme

29 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2216 f.), U.S. (2010) m.w.N.; zu i.Erg. vergleichbaren Erwägungen im Hinblick auf das europäische Sportkartellrecht → VI. Rn. 337–361.

30 Im Ansatz ebenso, wengleich recht pauschal *Blask* KStW 2011, 25 (29); zum europäischen Sportkartellrecht → II. Rn. 1–15, VI. Rn. 337–361, VII. Rn. 67–71.

31 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 285–287, VII. Rn. 67–71.

32 → VI. Rn. 89.

33 → VI. Rn. 176–284, VII. Rn. 67–71.

34 → VI. Rn. 269–284, VII. Rn. 67–71.

Court indes unter Berücksichtigung seiner bisherigen Rechtsprechung folgende Leitlinien aufgestellt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):<sup>35</sup>

„The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the **court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied**; its condition before and after the restraint is imposed; the nature of the restraint and its effect, actual and probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, **the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained**, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.

Other features of the NFL may also save agreements amongst teams. We have recognized, for example, ‚that the **interest in maintaining a competitive balance**‘ among ‚athletic teams is **legitimate** and important‘. While the same interest applies to the teams in the NFL, it does not justify treating them as a single entity for § 1 [Sherman Act] purposes when it comes to the marketing of the teams’ individually owned intellectual property. It is, however, unquestionably an **interest that may well justify a variety of collective decisions made by the teams**. What role it properly plays in applying the Rule of Reason to the allegations in this case is a matter to be considered on remand.“

Auch in diesem Kontext offenbaren sich Parallelen zum Ansatz des europäischen Sportkartellrechts: So soll nach U.S.-amerikanischem Kartellrecht bei Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sportsektors die Legitimität einer von der Sportliga verfolgten Zielsetzung geprüft werden.<sup>36</sup> Dabei ist das Ziel der Aufrechterhaltung einer *competitive balance* als legitim einzustufen, wenn diese Zielsetzung etwa in den Major Leagues vom Ligaverband im Zusammenwirken mit den Ligamitgliedern tatsächlich verfolgt wird. Beim letzten Aspekt offenbart sich allerdings eine deutliche Diskrepanz etwa zum europäischen Ligafußball, weil dieser – wie etwa im deutschen Fußball in der Bundesliga und 2. Bundesliga – trotz der vielfach innerhalb der Ligen beschworenen Solidarität nach hier vertretener Auffassung nicht auf eine *competitive balance* im Sinne einer umfassenden langfristigen wirtschaftlichen und damit auch sportlichen Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern ausgerichtet ist.<sup>37</sup>

35 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2017), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

36 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 185–254, VII. Rn. 67–71.

37 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 213–236, VII. Rn. 67–71.

### 3. Rechtliche Würdigung

- 25 Noch vor Einleitung des Verfahrens *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* war *Blask* in seiner im Jahr 2005 veröffentlichten Dissertation zu dem Ergebnis gelangt, nach der wenige Jahre zuvor erfolgten Umstrukturierung des deutschen Profifußballs, d.h. nach der Ausgliederung der Fußball-Bundesligen aus dem DFB auf den neu gegründeten Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.) mit der für das operative Geschäft zuständigen DFL GmbH, lägen die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns und damit die Möglichkeit zur Anwendung des sog. Konzernprivilegs vor.<sup>38</sup> Nur kurze Zeit später war es in dem Verfahren *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* der NFL zusammen mit der Vermarktungsgesellschaft NFLP mit – wie dargelegt – kaum haltbarer juristischer Argumentation gelungen, durch zwei Instanzen der *single entity defense* zu einer gewissen Renaissance zu verhelfen. Diesen juristischen Rückenwind nutzten hierzulande Rechtsberater, die seinerzeit – wie zwischenzeitlich auch *Blask* – für die DFL GmbH tätig waren, um eine Übertragung des kartellrechtlichen Ansatzes insbesondere im Hinblick auf die bis heute umstrittene zentrale Vermarktung der Medienrechte an Fußballspielen der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga zu fordern.<sup>39</sup> Die Vermarktung durch den Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.), dessen Mitglieder sich aus den Clubs der beiden Bundesligen zusammensetzen und der damit einem Joint Venture ähnlich ist, sollte auf diesem Weg von vornherein von der Anwendung des Kartellrechts freigestellt werden. Der *Supreme Court* erstickte – wie in den beiden vorangehenden Abschnitten im Detail dargestellt – die erwartungsfrohen Hoffnungen der Sportligen und ihrer juristischen Berater im Keim. So forsch hierzulande zunächst eine kleine kartellrechtliche Revolution gefordert worden war, so leise ist es in der Folge hierum geworden.
- 26 Schließlich hat der *Supreme Court* mit überzeugender Begründung daran festgehalten, die *single entity doctrine* grundsätzlich nicht pauschal auf professionelle Sportligen und schon gar nicht auf ein von den Ligamitgliedern zu Vermarktungszwecken gegründetes Gemeinschaftsunternehmen anzuwenden. Damit hat das Gericht den Sportligen zugleich den Weg versperrt, sich durch Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (*joint ventures*) und unter gleichzeitiger Berufung auf die *single entity defense* der Anwendung des Kartellrechts weitgehend zu entziehen.

38 *Blask* 166 f., 183–190, 198–202, anknüpfend an rechtliche Erwägungen von *Heermann* ZHR 161 (1997), 665 (682 ff.); i.Erg. zust. *Summerer* SpuRt 2008, 234 (239) und PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 135; gegen diesen Ansatz unter gleichzeitiger Aufgabe des Gedankens, im deutschen Berufsfußball ließen sich die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns nachweisen, *Heermann* ZWeR 2009, 472 (493–495); i.Erg. ebenso *Kretschmer* 155–158; *Putzier* 79.

39 *Stopper* ZWeR 2008, 412 (423), nach dessen Auffassung die *single entity theory* als *antitrust defense* für den Ligasport das ökonomisch konsequenteste Denkmodell sein soll; *Summerer* SpuRt 2009, 89 („Ein Blick in die USA zeigt, wie es geht.“); dagegen *Heermann* ZWeR 2009, 472 (488 ff.).

Es bleibt festzuhalten, dass im U.S.-amerikanischen Ligasport, soweit er durch rechtlich voneinander unabhängige und zugleich wirtschaftlich selbstständig agierende Ligamitglieder geprägt ist, kein Anwendungsbereich für die *single entity doctrine* verbleibt. Dies entspricht der insoweit auch schon bislang äußert zurückhaltenden Grundeinstellung des *Supreme Court* in früheren Entscheidungen sowie vielfach geäußerten Vorbehalten im wissenschaftlichen Schrifttum.<sup>40</sup> Indes hat *Justice Stevens* die *single entity defense* in den von ihm formulierten Entscheidungsgründen nicht offiziell zu Grabe getragen. So verbleibt dem Bundesgericht noch Spielraum, wenn eine Sportliga ausnahmsweise in einer solchen rechtlichen Form strukturiert und betrieben werden sollte, dass den Ligamitgliedern als Tochterunternehmen der Liga keine wirtschaftliche Selbstständigkeit mehr verbleibt. 27

Da beispielsweise in Deutschland seitens der DFL GmbH und auf europäischer Ebene seitens der UEFA die jeweils verantworteten Fußballligen weniger zentralistisch als die U.S.-amerikanischen Major Leagues oder auch die MLS durch die jeweiligen Ligaorganisationen gesteuert werden, bleibt für die Anwendung der *single entity doctrine* in Europa derzeit kein Spielraum. Eine Fußballliga, die die Voraussetzungen einer *single entity* erfüllen würde oder aber klare Konzernstrukturen mit rechtlich und wirtschaftlich weitestgehend unselbstständigen, vom Ligaverband abhängigen Ligamitgliedern aufweisen würde, hätte mit den uns vertrauten, über Jahrzehnte gewachsenen Ligastrukturen etwa im Fußball nur noch wenig gemeinsam. Eine solche Fußballliga müsste man sich hierzulande vorstellen als eine Ansammlung allein durch Investoren gesteuerter, rechtlich voneinander unabhängiger Clubs (wie z.B. derzeit die Fußballclubs in Leverkusen, Wolfsburg, Leipzig und Hoffenheim), die aber ihrerseits vom Ligaverband – derzeit DFL e.V. und DFL GmbH – gleichsam als Konzernmutter vollumfänglich oder zumindest in wesentlichem Umfang wirtschaftlich gelenkt würden. Dies wäre eine sicherlich nicht nur für Fußballfans in den Stadien, die im deutschen Bundesliga-Fußball exzessiven Kommerzialisierungsbestrebungen im Allgemeinen und Investoren und den Fußballverbänden im Besonderen sehr kritisch, mitunter gar feindselig gegenüberstehen,<sup>41</sup> sondern auch für die große Mehrzahl der übrigen Fußballinteressierten grotesk und absurd anmutende Aussicht. 28

Was für die deutsche Fußball-Bundesliga und andere nationale Fußballligen in Europa also auf Jahrzehnte hinaus völlig undenkbar und unrealistisch erscheint, 29

40 Vgl. zur Diskussion umfassend *Blask* 138 ff. m.w.N.; *Heermann ZWeR* 2009, 472 (486–488).

41 erinnert sei etwa an die Abbildung des Konterfeis von *Dietmar Hopp*, Mehrheitseigner des Bundesligaclubs TSG 1899 Hoffenheim, im Fadenkreuz, an „Kind muss weg!“-Banner und -Rufe hinsichtlich des Investors und damaligen Vereinspräsidenten *Martin Kind* beim Bundesligaclub Hannover 96 sowie an ein Banner der gegen Kollektivstrafen aufbegehrende Fans mit der Aufschrift „2017 Kollektivstrafen abgeschafft, nun Hopp hofiert und zwei Schritte zurück gemacht! Fick dich, DFB“; s. hierzu aus rechtlicher Perspektive *Golz K&R* 2020, 245 ff.

könnte sich bei Neugründungen von Sportligen leichter umsetzen lassen. Ein Beispiel bietet die XFL, eine im Jahr 2001 vom U.S.-amerikanischen Unternehmer *Vince McMahon*s, Hauptanteilseigner und Chief Executive Officer (CEO) der World Wrestling Entertainment Inc. (WWE), gegründete American-Football-Liga. Die XFL, die von McMahon's Unternehmen Alpha Entertainment LLC organisiert und deren acht Teams von der XFL beherrscht worden waren, musste allerdings nach nur einem Jahr ihren Betrieb wieder einstellen.<sup>42</sup> Ein erneuter Start der XFL mit gleichen Strukturen im Februar 2020 endete aufgrund der weltweiten COVID-19-Pandemie nach nur fünf Spieltagen, danach stellte die Liga ihren Spielbetrieb wieder ein.<sup>43</sup> Im August 2020 erwarb der weltweit bekannte Schauspieler und ehemalige Wrestler *Dwayne „The Rock“ Johnson* die Rechte an der XFL. Der Spielbetrieb soll in der Saison 2023 aufgenommen werden.

- 30 Die bisherige Geschichte der XFL mit zwei kurzen Episoden des Ligaspielbetriebs veranschaulicht eindrucksvoll, dass mit einer als *single entity* gegründeten und unternehmerisch betriebenen Sportliga der Schwerpunkt von der einst reinen Sportausübung fast zwangsläufig noch deutlich weiter in den Bereich des klassischen Entertainments verlagert würde, als dies in den populärsten Sportligen weltweit ohnehin schon der Fall ist. Mit Spannung werden wir auch in Zukunft die seit Jahren immer wieder aufkommende Diskussion um die Gründung einer europa- oder weltweiten Fußball-Superliga verfolgen, die mit Investitionen in Milliardenhöhe insbesondere diejenigen europäischen Spitzenclubs lockt, die finanziell – sei es durch das zur Verfügung stehende Vermögen oder aber die aufgehäuften Schuldenberge – und sportlich den meisten Clubs in ihren nationalen Fußballligen ohnehin schon uneinholbar entrückt sind. Noch spannender wird indes die Frage sein, ob und – wenn ja – wann die finanziellen (und natürlich auch sportlichen) Anreize für die von finanzmächtigen Investoren angesprochenen Spitzenclubs so groß sein werden, dass sie mit dem nationalen und bislang schon einträglichen europäischen Ligaspielbetrieb endgültig zu brechen bereit sein werden.

42 [https://de.wikipedia.org/wiki/XFL\\_\(2001\)](https://de.wikipedia.org/wiki/XFL_(2001)) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

43 [https://de.wikipedia.org/wiki/XFL\\_\(2020\)](https://de.wikipedia.org/wiki/XFL_(2020)) (zuletzt besucht am 7.2.2022).