

Kapitel 1 Einleitung

A. Aktuelle Diskussion um Gehaltsobergrenzen und Competitive Balance

„Fußball ist deshalb spannend, weil niemand weiß, wie das Spiel ausgeht.“¹

Eine alte Fußballweisheit, die Josef „Sepp“ Herberger zugeschrieben wird, der 1954 als damaliger Bundestrainer im legendären „Wunder von Bern“ erstmals die Fußball-Weltmeisterschaft mit Westdeutschland gewinnen konnte, gewinnt unter anderem in der aktuellen Diskussion um Gehaltsobergrenzen für Profifußballer wieder an Aktualität. „Competitive Balance“ ist das Stichwort, zu Deutsch „Sportliche Ausgeglichenheit“. Dahinter verbirgt sich die Idee, dass die Attraktivität eines sportlichen Wettbewerbs maßgeblich davon abhänge, dass sich die Kontrahenten in ihrer Spielstärke möglichst auf Augenhöhe begegnen und so für einen spannenden, ergebnisoffenen Wettkampf sorgen. Würde das sportliche Ungleichgewicht zu groß werden, so wäre das Ergebnis vorhersehbar und der Wettkampf für die Zuschauer uninteressant.

Im Sommer 2020 erschienen beinahe zeitgleich zwei Gutachten des Deutschen Bundestages, die beide zum Ergebnis kamen, dass Gehaltsobergrenzen (englisch *Salary Cap*) für Profifußballer durchaus mit dem europäischen Kartellrecht zu vereinbaren seien.² Beide Gutachten argumentierten mit der Competitive Balance – gleichwohl ohne sie als solche zu bezeichnen, vielmehr sprachen sie von „Chancengleichheit“ –, die als legitimes Ziel eine grundsätzlich vorliegende Wettbewerbsbeschränkung durch die Vereine, die sich auf eine Gehaltsobergrenze einigen, rechtfertigen könne. So heißt es in einem der Gutachten:

„Die Variante der absoluten salary caps eignet sich außerdem dazu, die Chancengleichheit zwischen den Vereinen zu fördern, indem eine Konzentrierung der besten Spieler bei den reichsten Vereinen verhindert wird. Folge dieser nicht mehr durch das gegenseitige Überbieten mit Gehaltsversprechen beeinflussten Verteilung der besten Spieler ist außerdem, dass auch die Ungewissheit des Ausgangs eines Spieles gesteigert wird. So ist ein

1 Zitiert nach Spiller, Der Fluch der Megaclubs, S. 19.

2 Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa, Gehaltsobergrenzen; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Gehaltsobergrenzen.

weiteres Problem des aktuellen Profifußballs darin zu sehen, dass dieser an Spannung verliert. Stehen sich bei einem sportlichen Wettkampf diametral unterschiedlich gute Teams gegenüber, so leidet nicht nur die Fangemeinde des unterliegenden Teams unter diesem Umstand, sondern letztlich der gesamte sportliche Wettkampf. Die Einführung absoluter Gehaltsobergrenzen könnte verhindern, dass sich das ‚Kräftemessen‘ der Teams immer mehr auf die wirtschaftliche Seite des Sportes verlagert und so den Unterhaltungswert des Sportes steigern.³

Von da an nahm die Debatte um die Einführung von Gehaltsobergrenzen im Profifußball ihren Lauf. Während der damalige DFB-Präsident *Fritz Keller* die Ergebnisse begrüßte und auf die Sinnhaftigkeit von Gehaltsobergrenzen hinwies,⁴ wurde die europaweite Einführung einer Gehaltsobergrenze im Profifußball vom Manager des FC Augsburg, *Stefan Reuter*, als unrealistisch abgetan.⁵ Andere Stimmen nannten die Debatte um Gehaltsobergrenzen „irreführend“ und forderten die Vereine stattdessen auf, professioneller zu wirtschaften und ihre Eigenkapitalquote zu erhöhen.⁶

In der Folge wurde die „Taskforce Zukunft Profifußball“ – besetzt unter anderem mit Vertretern der Clubs, der Fans sowie der Politik – durch die Deutsche Fußball Liga (DFL) ins Leben gerufen, die wirtschaftliche, sportliche und gesellschaftliche Missstände im deutschen Profifußball angehen und insoweit Reformvorschläge machen sollte. Dabei waren Gehaltsobergrenzen von Anfang an – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Gutachten des Deutschen Bundestages – im Gespräch.⁷ Es konnte daher nicht überraschen, dass im Ergebnisbericht der Taskforce zur Stärkung der Wettbewerbsintegrität gefordert wurde, dass die Deutsche Fußballliga, ihre Clubs sowie die Politik auf europäischer Ebene für die Deckelung von Spielergehältern eintreten sollten.⁸

Neuen Antrieb gewann die öffentliche Diskussion im Spätsommer 2021, als der von katarischen Investoren kontrollierte Fußballverein Paris St. Germain die Verpflichtung des siebenfachen Weltfußballers („Ballon d’Or“) *Lionel Messi* bekanntgab. Neben dem geschätzten Nettogehalt von 30 Mil-

3 Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa, Gehaltsobergrenzen, S. 7.

4 Kneer, SZ vom 3. August 2020.

5 Wir müssen wieder gierig werden, Augsburger Allgemeine vom 8./9. August 2020, S. 18.

6 Fröhlich, Handelsblatt vom 4. August 2020.

7 Friebe, Deutschlandfunk vom 26. September 2020.

8 DFL, Ergebnisbericht Taskforce Zukunft Profifußball, S. 5.

lionen Euro jährlich⁹ war es die Tatsache, dass im gleichen Transferfenster auch andere Superstars wie der italienische Nationaltorhüter *Donnaruma* oder der spanische Abwehrspieler *Ramos* verpflichtet wurden, die für Aufregung sorgte. Diese Neuverpflichtungen reihten sich in das ohnehin schon bestehende Pariser Starensemble um *Mbappé* und *Neymar* ein.¹⁰

Vor diesem Hintergrund bekräftigte der damalige Manager des FC Bayern München, *Oliver Kahn*, die Forderungen nach Gehaltsobergrenzen und verwies in diesem Zusammenhang auf den US-Profisport, in dem solche Gehaltsobergrenzen bereits etabliert sind.¹¹

Auch die UEFA ist das Thema Gehaltsobergrenze angegangen. Seit Juni 2022 ist für die Teilnehmer der Champions League gemäß Artikel 93 der UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulations vorgesehen, dass die Ausgaben für die Mannschaft maximal 70 Prozent der Umsätze des Klubs ausmachen dürfen. Zu den relevanten Ausgaben werden unter anderem die Ausgaben für Spielergehälter gezählt.¹² Insoweit ist jedoch zu beachten, dass das Argument der Competitive Balance von der UEFA nicht als Begründung für die Einführung dieser neuen Regel angeführt wurde. Vielmehr wurden die Kostenkontrolle und finanzielle Nachhaltigkeit zur Begründung herangezogen.¹³

Aber es sind nicht nur die Gehaltsobergrenzen, bei denen das Argument der Competitive Balance zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen erscheint. Jüngst wurde im Rahmen der sogenannten „50+1“-Regel der DFL vom Bundeskartellamt die Competitive Balance als Rechtfertigungsgrund herangezogen. So heißt in der Pressemitteilung zur vorläufigen

9 Sportl vom 18. September 2021, abrufbar unter <https://www.sportl.de/news/internationale-fussball/ligue-1/2021/09/psg-lionel-messi-verdient-offenbar-mehr-als-neymar-gehalt-geleakt>, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

10 Kicker vom 10. August 2021, abrufbar unter <https://www.kicker.de/bis-2023-und-mit-der-nummer-30-messi-unterschreibt-bei-psg-867784/artikel>, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

11 Wolff, Welt vom 11. August 2021. Noch ein Jahr zuvor hatte sich *Kahn* gegen Gehaltsobergrenzen ausgesprochen hat, da diese dazu führten, dass der FC Bayern seine internationale Wettbewerbsfähigkeit verliere (SZ vom 25. Juli 2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-muenchen-bayern-bosse-financial-fair-play-muss-serioeser-werden-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200725-99-919261>, zuletzt abgerufen am 28. August 2023).

12 UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulations, abrufbar unter https://editorial.uefa.com/resources/0274-14dc03ef33b9-3e2caa872860-1000/20220408_club_licensing_and_financial_sustainability_regulations_2022-en.pdf, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

13 UEFA, Pressemitteilung vom 7. April 2022.

Einschätzung der Rechtmäßigkeit der „50+1“-Regel, dass die Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs in der Bundesliga ein kartellrechtlich anerkennenswertes Ziel sei, zu dem die „50+1“-Regel in ihrer Grundform beitragen könne.¹⁴

Weiterhin wird die Competitive Balance im Rahmen von finanziellen Umverteilungsmechanismen im Profisport diskutiert.¹⁵ Ausgehend von der Prämisse, dass „Geld Tore schießt“, soll zum Beispiel die Umverteilung von Erlösen aus der zentralen Vermarktung der Fernsehrechte von Sportveranstaltungen für mehr sportliche Ausgeglichenheit und damit attraktivere Wettkämpfe sorgen.¹⁶

Jüngst wurde die Competitive Balance auch bei der Diskussion um die Gründung und Untersagung einer europäischen Super League¹⁷ oder des DFB-Spielervermittlerreglements¹⁸ ins Spiel gebracht. Die FIFA begründet einige Verbandsstatuten, etwa die Begrenzung der Anzahl von Leihspielern oder die Regulierung des Spielervermittlerwesens, unter anderem mit dem Argument der Competitive Balance.¹⁹

All diese Beispiele zeigen: Das Thema der Competitive Balance als Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen ist in hohem Maße aktuell, nicht nur im Zusammenhang mit der Einführung von Gehaltsobergrenzen.

B. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung des Sports

Es ist nicht leicht, die wirtschaftliche Bedeutung des Sports sachgerecht zu erfassen, da es sich beim Sport um eine Querschnittsbranche handelt, in die eine Vielzahl von relevanten Umsätzen mit einfließen, etwa aus Medienerlösen, Sponsoring, dem Verkauf von Eintrittskarten oder Sportar-

14 BKartA, Pressemitteilung vom 31. Mai 2021, S. 2 f.; so zuletzt auch BKartA, Pressemitteilung vom 8. März 2023, S. 1.

15 Nachweise unten, S. 316, dort Fn. 1463; S. 322, dort Fn. 1496.

16 Kritisch hierzu *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 400 ff.

17 Zur Gründung *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 242-278, insb. 249 ff.; zur Untersagung *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 103 – European Super League Company S.L.

18 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 30. November 2021 – 11 U 172/19 (Kart), GRUR-RR 2022, 186 Rn. 133 – Spielervermittler-Reglement (Revision derzeit anhängig unter BGH KZR 71/21); *Podszun*, NZKart 2021, 138, 145.

19 Siehe Kapitel 5 B. II. und Kapitel 5 B. III.

tikeln.²⁰ Um die wirtschaftliche Bedeutung des Sportsektors europaweit einheitlich erfassen und somit die europäische Sportpolitik besser koordinieren zu können, hat die Europäische Kommission bereits 2007 im Weißbuch Sport angekündigt, eine Statistikmethode entwickeln zu wollen, auf deren Grundlage man ein Sportsatellitenkonto entwickeln könne.²¹ Hieraus ist später die Vilnius-Definition des Sports hervorgegangen, die für den Sport relevante Produkte und Dienstleistungen klassifiziert. Insoweit wird zwischen der statistischen Definition, der engen Definition und der weiten Definition des Sportsektors unterschieden. Während die statistische Definition solche Dienstleistungen des Sports umfasst, die in Ziffer 93.1 NACE Rev.2²² aufgeführt sind (etwa der Betrieb von Sportanlagen oder die Tätigkeit von Sportvereinen), umfasst die enge Definition darüber hinaus auch solche Produkte und Dienstleistungen, die der Sportausübung vorgelagert sind, beispielsweise die Herstellung von Sportgeräten oder den Handel mit Sportwaren. Demgegenüber umfasst die weite Definition alle Produkte und Dienstleistungen, die in der Engen Definition enthalten sind, und darüber hinaus auch solche Produkte und Dienstleistungen, die der Sportausübung nachgelagert sind, etwa Sportmedien.²³

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat erstmals für das Berichtsjahr 2008 Kennzahlen zum Sportsatellitenkonto für Deutschland veröffentlicht.²⁴ Dabei orientiert sich die Methodik an der weiten Definition des Sports.²⁵ In der jüngsten Veröffentlichung für das Berichtsjahr 2018 machen die sportbezogenen Waren und Dienstleistungen 76,1 Mrd. Euro aus, was einem Anteil von 2,3% am gesamten BIP entspricht. Im Jahr 2010 betrug die Summe noch 66,7 Mrd. Euro, mithin liegt seitdem ein Wachstum von 14,1% vor. Im gleichen Zeitraum ist das BIP allerdings um 30,1% gewachsen, folglich deutlich schneller.²⁶ Mit einem Anteil von 2,2% an der Gesamtwertschöpfung liegt der Sport in

20 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 4.

21 *Europäische Kommission*, Weißbuch Sport, Ziff. 3.1. Unter einem Satellitenkonto versteht man in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung (VGR) die isolierte Darstellung von Sektoren, deren wirtschaftliche Kennzahlen in der VGR sonst nicht, nur teilweise oder nur sehr verstreut geliefert werden, *Brümmerhoff/Grömling*, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, S. 343.

22 *Europäische Kommission*, NACE Rev. 2, S. 314 ff.

23 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 5.

24 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 4.

25 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 5.

26 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 8.

etwa gleichauf mit den Branchen Verkehr (ohne Fahrzeugbau, 2,1%) und Finanzdienstleistungen (2,3%).²⁷

Hinsichtlich der Beschäftigungszahlen verzeichnet die Sportbranche allerdings einen negativen Trend. Waren 2010 noch 1,372 Mio. Menschen im Sportsektor beschäftigt, waren es 2018 nur noch 1,186 Mio., was einem Minus von 13,5% entspricht.²⁸ Diesem Negativtrend konnte sich allerdings die Sportbranche im Sinne der statistischen Definition entziehen, hier steigerte sich die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten von 69.969 im Jahr 2010 auf 103.078 im Jahr 2018, was einem Zuwachs von 47,3% entspricht. Die Sportvereine verzeichneten eine Steigerung von 26.188 sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Jahr 2010 auf 32.950 im Jahr 2018, eine Steigerung von 25,8%.²⁹

Freilich hat die Sportbranche durch die Corona-Pandemie ab dem Jahr 2020 einen Dämpfer erhalten. Während einige professionelle Sportwettbewerbe zunächst unterbrochen wurden (z.B. die Fußball-Bundesliga),³⁰ wurden andere auf das folgende Jahr verschoben (Olympische Sommerspiele 2020).³¹ Andere Wettbewerbe wurden gar ganz abgebrochen (Deutsche Eishockey-Liga).³² Auch der private Sportkonsum ist erheblich zurückgegangen, so sanken die Ausgaben in Deutschland für aktiven Sport von 61,8 Mrd. Euro im Jahr 2017 auf 48,3 Mrd. Euro im Jahr 2020. Dies entspricht einer Abnahme von 22%.³³ Es ist daher mit einer nicht unerheblichen Schwächung der Sportbranche zu rechnen. Eine abschließende Bewertung und die genaue Berechnung der eingetretenen Schäden sind aber frühestens in einigen Jahren möglich, da erst dann volkswirtschaftliche Kennzahlen vorliegen werden.³⁴

Aufschlussreich ist zudem ein Blick auf die Kennziffern der wichtigsten deutschen Profisportligen, die sich in der Initiative Profisport Deutschland zusammengeschlossen haben. Hierzu zählen die easyCredit Basketball Bundesliga GmbH, die Deutsche Eishockey Liga GmbH & Co. KG, die

27 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 16.

28 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 17.

29 GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 19.

30 Nestler, DW vom 6. Mai 2020.

31 Leopold, Tagesspiegel vom 24. März 2020.

32 Rbb24 vom 10. März 2020, abrufbar unter <https://www.rbb24.de/sport/thema/2020/coronavirus/beitraege/berlin-eishockey-eisbaeren-del-keine-playoffs-kein-meister-abbruch.html>, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

33 BMWK, Sportverhalten und Sportkonsum unter dem Brennglas der Covid-19-Pandemie, S. 20.

34 BMWE, Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Sportwirtschaft, S. 87.

DFL Deutsche Fußball Liga GmbH und die Handball-Bundesliga GmbH. Laut eigener Angaben beträgt der Umsatz pro Saison über 5,23 Mrd. Euro. Weiterhin hängen rund 91.000 Arbeitsplätze am Spielbetrieb der Profi-
gen.³⁵

In der wirtschaftlichen Bedeutung unangefochten auf dem ersten Rang ist in Deutschland die (Fußball-)Bundesliga. So betrug der kumulierte Umsatz der 18 Bundesliga-Clubs in der Saison 2017/2018 3,81 Mrd. Euro.³⁶ Für die Zweite Bundesliga betrug der Umsatz immerhin 608 Mio. Euro.³⁷ Demgegenüber betrugen die Umsätze der Basketball-Clubs 128 Mio. Euro, der Handball-Clubs 105 Mio. Euro und der Eishockey-Clubs 130 Mio. Euro.³⁸

Weit entfernt ist die Bundesliga dennoch von der kommerziell erfolgreichsten Sportliga der Welt, der National Football League (NFL). Deren Umsatz betrug in der Saison 2021 umgerechnet geschätzte 15,2 Mrd. Euro.³⁹ Ebenfalls umsatzstärker als die Bundesliga ist die englische Premier League, die in der Vor-Corona-Saison 2018/2019 5,8 Mrd. Euro umsetzen konnte.⁴⁰ Während die kumulierten Umsätze der amerikanischen Major Leagues, bestehend aus der NFL, der Major League Baseball (MLB), der National Basketball Association (NBA) sowie der National Hockey League (NHL) umgerechnet knapp über 30 Mrd. Euro betragen, beziffern sich die Umsätze der europäischen Fußball-Clubwettbewerbe zusammen auf 28,4 Mrd. Euro.⁴¹

Neben der wirtschaftlichen Komponente hat der Sport auch noch eine bedeutende soziale Komponente. Im Volksmund oftmals sogar als „Ersatz-

35 *Initiative Profisport Deutschland*, Stärkung Profisport in Deutschland – Eine Stütze für Staat & Gesellschaft, S. 2. Auffällig ist die deutlich höhere Zahl der Beschäftigten als in GWS, Sportsatellitenkonto 2018, S. 19 angegeben. Eine mögliche Erklärung ist, dass bei letzterem die nicht sozialversicherungspflichtig Beschäftigten nicht mit umfasst sind, zudem könnten von der Initiative Profisport Deutschland auch dritte Dienstleister (z.B. Sicherheitsdienst) miteinbezogen sein, die im Satellitenkonto nicht erfasst sind.

36 DFL, Wirtschaftsreport 2019, S. 34.

37 DFL, Wirtschaftsreport 2019, S. 42.

38 Eurosport vom 9. Oktober 2019, abrufbar unter https://www.eurosport.de/basketball/sponsors-del-bbl-und-hbl-steigern-umsatze_sto7481683/story.shtml, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

39 Der Spiegel vom 22. April 2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/sport/sportgrafik-der-woche-a-9cbd5fe5-d630-4e18-b4f2-84ffc19e890a>, zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

40 Deloitte, Annual Review of Football Finance 2021, S. 17.

41 Budzinski, Geleitwort in: Renz, Internationaler Wettbewerb europäischer Profifußballligen, S. IX. Hierbei wurde die Major League Soccer (MLS) nicht berücksichtigt.

religion“ bezeichnet, ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen, dass der Sport eine wichtige Stellung im gesellschaftlichen Miteinander einnimmt.

Dabei beginnt die Prägung oft schon in jungen Jahren, wenn Kinder und Jugendliche in Sportvereinen selbst aktiv werden. Zum Jahresbeginn 2020 war etwa die Hälfte aller Kinder und Jugendlichen in Deutschland unter 18 Jahren Mitglied in einem Sportverein. In der Gruppe der 7- bis unter 15-Jährigen betrug der Anteil gar 70%.⁴²

Auch wenn der Anteil der aktiven (Vereins-)Sportler mit zunehmendem Alter nachlässt, ist das gesellschaftliche Interesse an Sportwettkämpfen ungebrochen. Im privaten Bereich dienen Sportübertragungen vor dem heimischen Fernsehgerät oder in Gaststätten oft als Treffpunkt, am folgenden Tag wird das Ergebnis diskutiert. Sogar im geschäftlichen Verkehr wird empfohlen, den Sport als Anknüpfungspunkt für den berüchtigten Small Talk zu wählen.⁴³

C. Forschungsstand

Zwar nimmt die Competitive Balance als Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen zuletzt einen größeren Raum ein, allerdings ist das Argument im rechtswissenschaftlichen Diskurs auch im deutschsprachigen Raum an sich nicht sonderlich neu. Bereits 1995 tauchte in der Literatur das Argument der Competitive Balance im Zusammenhang mit Kartellrecht und Sport erstmals auf. *Fikentscher* schlug eine ökonomische Betrachtungsweise vor und fragte, ob Kartellabsprachen zwischen den Sportvereinen erforderlich seien, um die sportliche Ausgeglichenheit innerhalb der Liga zu gewährleisten und somit die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Vereine und der Liga zu sichern.⁴⁴

42 Statistisches Bundesamt, Zahl der Woche Nr. 08, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/Zahl-der-Woche/2021/PD21_08_p002.htm l#~:text=Zahl%20der%20Woche%20Nr.&text=Betroffen%20sind%20besonders%20Kinder%2D%20und,von%2000%20bis%2018%20Jahren., zuletzt abgerufen am 28. August 2023.

43 Kessel, Die Kunst des Smalltalks, S. 155.

44 *Fikentscher*, SpuRt 1995, 149. In diese Richtung gingen bereits zuvor schon Erwägungen des Bundeskartellamtes (im Ergebnis ablehnend), BKartA, Beschluss vom 2. September 1994 – B6-747000-A-105/92, WuW 1995, 160, 173 f. – Fußball-Fernsehübertragungsrechte I.

Ähnlich argumentierte wenig später *Stopper* im Zusammenhang mit der zentralen Rechtevermarktung von Sportübertragungen unter Verweis auf die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court.⁴⁵ So wurde im Zusammenhang mit der Immanenztheorie, nach der die prokompetitive Wirkung einer grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung bereits im Tatbestand des Kartellverbots berücksichtigt werden soll,⁴⁶ vorgeschlagen, die Ansätze der amerikanischen Rechtsprechung insoweit zu übertragen.⁴⁷ Eine solche prokompetitive Wirkung könnte in der Sicherung der Chancengleichheit der an einem Sportwettbewerb beteiligten Mannschaften gesehen werden, wenn sie der Erhaltung der Liga als solcher diene.⁴⁸ Zudem sei darin auch eine Verbesserung der Warenerzeugung i.S.d. Art. 85 Abs. 3 EGV (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) zu sehen.⁴⁹

Waldhauser schloss sich dieser Argumentation an und zog im Hinblick auf die mit der Zentralvermarktung von Medienrechten einhergehende Umverteilung der Erlöse ebenfalls die Immanenztheorie heran: Ohne Umverteilung der TV-Gelder würde sich die Kluft zwischen finanziestarken und -schwachen Vereinen immer weiter vergrößern, sodass daraus auch ein sportliches Leistungsgefälle resultiere, das den Ausgang einzelner Partien vorhersehbar und folglich für den Zuschauer unattraktiv mache.⁵⁰

Hinter diesen Ansätzen steckt der gemeinsame Gedanke, dass die Competitive Balance wettbewerbseröffnend wirke, das heißt, das Produkt Ligasport ohne eine gewisse Ausgeglichenheit zwischen den teilnehmenden Mannschaften vorhersehbar und damit für den Zuschauer langweilig werde. Auf lange Sicht führe dies zwangsläufig dazu, dass die Zuschauer auf andere Unterhaltungsmöglichkeiten ausweichen und die unausgeglichene Liga sich somit im Unterhaltungs-Wettbewerb nicht behaupten könne und schließlich vom Markt verdrängt werde und untergehe. Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance, wie etwa die von *Stopper* und *Waldhauser* diskutierte Zentralvermarktung von Medienrechten, könnten zwar tatbestandlich eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, seien jedoch

45 Supreme Court, Urteil vom 2. Juni 1984, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984), hierzu Kapitel 3 B. II.

46 Siehe zur Immanenztheorie Kapitel 4 B. VII. 3.

47 *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 128.

48 *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 134.

49 *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 176. In *Stopper*, Mehr sportlicher Wettbewerb durch begrenzte Umverteilung, S. 158f., spricht er die Immanenztheorie nicht mehr an und prüft die „gerechteren Wettbewerbsbedingungen“ als Verbesserung der Waren-erzeugung i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EG.

50 *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, S. 255.

für den Erhalt des Produktes Ligasport zwingend erforderlich, sodass die prokompetitiven Wirkungen die negativen überwiegen würden. Diesem Grundgedanken schlossen sich weitere Autoren an, wobei sie diese Überlegung entweder bereits im Tatbestand des Kartellverbots oder im Rahmen der Effizienzerwägungen berücksichtigen wollten.⁵¹

Ebenfalls unter dem Aspekt des Immanenzgedankens bzw. der Markterschließungsdoktrin forderte *Hannamann* eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der im Rahmen des Ligasports die Erhaltung eines gewissen Gleichgewichts unter den Ligateilnehmern im Interesse ungewisser Spielausgänge ein legitimes Ziel darstellen könne.⁵² *Möschel/Weih* diskutierten die Competitive Balance unter dem Stichwort *true competition* im Rahmen des Arbeitsgemeinschaftsgedankens. Sie er hoben jedoch Zweifel, ob die steigende Finanzkraft (und damit die Spielstärke) einzelner Vereine tatsächlich dazu führen würde, dass der Wettbewerb als Ganzes ins Wan ken gerate.⁵³ Deutlicher formuliert es *Weng*, der die These ablehnt, dass die Bestandskraft einer Sportliga aufgrund von Leistungsunterschieden der Teilnehmer gefährdet sei. Vielmehr habe es solche Leistungsunterschiede schon immer gegeben. Eine Rechtfertigung komme daher weder durch die Immanenztheorie⁵⁴ noch im Rahmen von Art. 85 Abs. 3 EGV in Betracht.⁵⁵ *Schopf* ist der Ansicht, dass die Competitive Balance für den Bestand der

-
- 51 *Laier*, Die Berichterstattung über Sportereignisse, S. 487; *Mentzel*, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, S. 96; *Trommer*, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, S. 241; *Weiler*, Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften, S. 249.
- 52 *Hannamann*, Kartellverbot und Abstimmungen auf den Spielermärkten - Transfer-, Ausländer- und Salary-Cap-Vereinbarungen, S. 175. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass *Hannamann* eine Verhältnismäßigkeitsprüfung forderte, der dem erst sechs Jahre später vom EuGH entwickelten Drei-Stufen-Test des Meca-Medina-Urteils (hierzu: Kapitel 4 B. VIII.) durchaus nahekommt. Sie wiederholt ihre Argumentation später in *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, S. 376.
- 53 *Möschel/Weih*, Die zentrale Vermarktung von Sportübertragungen und das Kartellrecht, S. 28. Kritisch auch *Laier*, Die Berichterstattung über Sportereignisse, S. 328, der insoweit von einem „*Notnagel zur Rechtfertigung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen*“ spricht.
- 54 *Weng*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten durch nationale und internationale Fußballverbände im Lichte neuester Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 84.
- 55 *Weng*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten durch nationale und internationale Fußballverbände im Lichte neuester Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 150 f.

Liga zwar nicht erforderlich sei, aber als Verbesserung der Warenerzeugung durchaus in Art. 81 Abs. 3 EG (heute: Art. 101 Abs. 3 AEUV) berücksichtigt werden könne.⁵⁶

Zweifel an der These, dass eine zu unausgeglichene Liga zu weniger Spannung und damit (aufgrund abnehmenden Zuschauerinteresses) zu finanziellen Einbußen führe, erhebt unter Verweis auf sportökonomische Studien erstmals *Weihs*. In der Folge untersucht sie auch den Zusammenhang zwischen Finanzkraft und sportlichem Erfolg.⁵⁷ Sie kommt zum Ergebnis, dass das Argument der Unerlässlichkeit der Zentralvermarktung zur Gewährleistung von *true competition* Brüche aufweise und trotz der großen finanziellen Unterschiede der Clubs die Bundesliga boome. Die Notwendigkeit eines Erlösausgleichs zwischen den Clubs zur Erhaltung des sportlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichts einer Liga werde überschätzt.⁵⁸ *Körber* erkennt zwar an, dass die Spannung einer Begegnung, die aus der sportlichen Ausgeglichenheit resultiert, ein wichtiger Faktor für das Zuschauerinteresse sei, allerdings nicht der einzige. So führt er etwa den „Glamour“ an, der durch die Verpflichtung erstklassiger Spieler gefördert werde. Da dies aber voraussetze, dass einzelne Vereine auf internationaler Ebene finanziell konkurrenzfähig sind, laufe der Glamour-Effekt dem Spannungs-Effekt direkt entgegen, sodass die negativen Auswirkungen fehlender Ausgeglichenheit bestritten werden müssten.⁵⁹

Neu an Fahrt gewann die Diskussion nach dem für das Sportkartellrecht zentralen *Meca-Medina*-Urteil des EuGH. Demnach sei aufgrund wertender Gesamtbetrachtung zu beurteilen, ob eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Die Verfolgung legitimer Ziele könne bereits auf Tatbestandsebene berücksichtigt werden.⁶⁰ Insoweit wird im Schrifttum überwiegend vertreten, dass die Verfolgung einer gewissen sportlichen Ausgeglichenheit ein legitimes Ziel sei.⁶¹

Indes gehen die Begründungen auseinander, warum die Competitive Balance als legitimes Ziel anzuerkennen sei. Teilweise wird die Rechtspre-

56 *Schopf*, Salary Caps vs. Kartellrecht, S. 61 u. 69.

57 *Weihs*, Zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten, S. 122 ff.

58 *Weihs*, Zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten, S. 130.

59 *Körber*, Großereignisse und Übertragungsrechte, S. 62.

60 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593 – *Meca-Medina* und *Majcen*; hierzu Kapitel 4 B. VIII. 1.

61 Nachweise unten, S. 251, dort Fn. 1221.

chung des EuGH in der Rechtssache *Bosman*⁶² bemüht;⁶³ andere stufen die Competitive Balance als zu berücksichtigende Besonderheit des Sports ein, teilweise unter Verweis auf Art. 165 AEUV, teilweise unter Verweis auf das Weißbuch Sport.⁶⁴

Oftmals wird bei der rechtlichen Beurteilung der Competitive Balance die Gültigkeit der Grundannahme, dass sportliche Ausgeglichenheit zu mehr Zuschauerinteresse führt, entweder unterstellt⁶⁵ oder nicht weiter hinterfragt.⁶⁶ Soweit überhaupt thematisiert wird, dass diese Grundannahme unter Sportökonomien nicht unumstritten ist,⁶⁷ wird dies teilweise mit Hinweis auf die Einschätzungsprärogative der Sportverbände abgetan.⁶⁸ Ausnahmen hiervon gibt es aber auch.⁶⁹

In der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis spielt die Competitive Balance bislang nur eine untergeordnete Rolle. Es trifft zu, dass der EuGH im Fall *Bosman* die Competitive Balance als legitimes Ziel anerkannt hat, dies jedoch im Rahmen der Einschränkung von Grundfreiheiten und nicht des Kartellrechts.⁷⁰ Jüngst hat Generalanwalt *Rantos* in der Rechtssache *European Super League Company S.L.* jedoch vorgeschlagen, diese Wertung auf das Kartellrecht zu übertragen.⁷¹ Die Europäische Kommission zeigt sich für die Berücksichtigung offen.⁷² Mit der Competitive Balance als Argument zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen, welches im Rahmen der Immanenztheorie geltend gemacht wurde, war das Kammergericht erstmals als deutsches Gericht konfrontiert. Ob die Immanenztheorie anwendbar sei, wurde jedoch offengelassen, da die dort streitgegen-

62 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 – *Bosman*.

63 Nachweise unten, S. 245, dort Fn. 1192.

64 Nachweise unten, S. 252, dort Fn. 1222.

65 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 64.

66 So etwa *Henneberg*, Gehaltsobergrenzen im Sport, S. 19.

67 Hierzu Kapitel 2 C.

68 *Rothammer*, Die „50+1“-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 252 f.

69 Z.B. *Haug/Funck*, SpuRt 2022, 91, 93; *Heermann*, ZWeR 2009, 472, 476; *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 517; *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 311; *Weber*, DB 2022, 2493, 2499.

70 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 510 Rn. 106 – *Bosman*.

71 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 93 – *European Super League Company S.L.*

72 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (ii).

ständliche Zentralvermarktung jedenfalls nicht für den Bestand der Liga erforderlich sei. Im Übrigen wäre mit der Umverteilung von Einnahmen an schwächere Vereine ein mildereres Mittel vorhanden.⁷³ Das Bundeskartellamt stufte die Competitive Balance vorläufig als kartellrechtlich anerkennenswertes Ziel ein.⁷⁴ Jüngst hat das OLG Frankfurt a.M. bei der Beurteilung des DFB-Spielervermittlerreglements auf die zur Gewährleistung der Chancengleichheit erforderliche Vertragsstabilität von Lizenzspielern abgestellt, die ein notwendiger Bestandteil der sportlichen Integrität sei.⁷⁵

D. Forschungsfrage und Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist es, einen umfassenden und ganzheitlichen Blick auf die Competitive Balance als Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen zu werfen. So soll die Competitive Balance nicht nur aus juristischer, sondern zunächst auch aus ökonomischer Perspektive betrachtet werden, wobei versucht werden soll, die ökonomischen Aspekte in die juristischen Wertungen miteinzubeziehen. Es soll geklärt werden, welchen Stellenwert die Competitive Balance für das Zuschauerinteresse und damit die wirtschaftliche Prosperität einer Sportliga hat. Stimmt die oft behauptete Gleichung, dass mehr Spannung zu mehr Zuschauereinnahmen führt oder eine Sportliga gar untergeht, wenn die Spielstärke zu ungleich wird? Mit welchen Maßnahmen lässt sich mehr Spannung erreichen? Und welche Konsequenzen leiten sich aus den Antworten auf diese ökonomischen Vorfragen für die juristische Bewertung einer Maßnahme ab? Insbesondere: Ist die Competitive Balance ein legitimes Ziel im Sinne des *Meca-Medina*-Tests und welches Gewicht kann ihr insoweit beigemessen werden? Nicht zuletzt interessiert hier auch, inwieweit das Argument in Bezug auf konkrete Einzelmaßnahmen berechtigt ist, zu deren kartellrechtlicher Rechtfertigung die Competitive Balance bislang herangezogen wurde.

73 KG, Beschluss vom 8. November 1995 – Kart 21/94, WRP 1996, 547, 554; bestätigt von BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1997 – KVR 7/96, BGHZ 137, 297 = NJW 1998, 756, 759 – Europapokalheimspiel.

74 BKartA, Pressemitteilung vom 31. Mai 2021, S. 2; *dass.*, Pressemitteilung vom 8. März 2023, S. 1.; anders noch im Ergebnis *dass.*, Beschluss vom 2. September 1994 – B6-747000-A-105/92, WuW 1995, 160, 172 f. – Fußball-Fernsehübertragungsrechte I.

75 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 30. November 2021 – 11 U 172/19 (Kart), GRUR-RR 2022, 186 Rn. 129 ff. – Spielervermittler-Reglement. Revision derzeit anhängig unter BGH KZR 71/21.

Wie oben⁷⁶ gesehen, wurde die sportökonomische Forschung zur Competitive Balance bislang im juristischen Schrifttum nur vereinzelt aufgegriffen, sodass teilweise unklar bleibt, was unter Competitive Balance im Detail zu verstehen ist und wie diese erreicht oder verbessert werden kann. Da die Competitive Balance jedoch mitunter heftige Wettbewerbsbeschränkungen mit erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen (so ist etwa die Gehaltsobergrenze letztlich ein Preiskartell) rechtfertigen soll, lohnt es sich, einen genaueren Blick auf die ökonomischen Grundlagen zu werfen. Es soll daher zunächst die Competitive Balance aus Sicht der sportökonomischen Forschung beleuchtet und dargestellt werden, was unter ihr zu verstehen ist, wie man sie erfassen kann, welche Maßnahmen zu ihrer Verbesserung beitragen und ob sie auch tatsächlich zu mehr Zuschauerinteresse führt.

Da wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance oftmals unter Verweis auf die amerikanischen Major Leagues gefordert werden, die dort schon seit geraumer Zeit etabliert sind, soll im nächsten Kapitel ein Überblick über das amerikanische Kartellrecht gegeben und untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen derartige Maßnahmen dort mit dem Kartellrecht zu vereinbaren sind.

Anschließend werden die Tatbestandsvoraussetzungen des europäischen Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV) sowie der Freistellung (Art. 101 Abs. 3 AEUV) und des Missbrauchsverbots (Art. 102 AEUV) dargestellt, an denen sich sportverbandsseitige Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance messen lassen müssen, wenn man sie in Europa einführen wollte. Hierbei soll insbesondere das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* betrachtet und untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Competitive Balance ein legitimes Ziel im Sinne der dort für den Sportbereich etablierten Kontextanalyse sein kann. Dabei sollen die im zweiten Kapitel gewonnenen Erkenntnisse aus der Sportökonomie auch an geeigneter Stelle miteinbezogen werden.

Die bis dorthin gezogenen Schlüsse sollen sodann auf den konkreten Einzelfall angewendet werden. Es werden aktuelle Beispiele des europäischen Fußballsports aufgegriffen, in denen die Competitive Balance als Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen wird. Unter Berücksichtigung der bis dorthin erzielten Ergebnisse soll sodann untersucht werden, ob sich diese Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Competitive Balance kartellrechtlich rechtfertigen lassen.

76 Kapitel 1 C.