

Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht

Band 58

Christian Strieder

Der Bestand von
Fußballübertragungsrechten
in der Insolvenz und deren
Ertragssicherung durch Hedging

1. Kapitel: Einleitung

A. Begriffserklärung und Wertentwicklung von Fußballübertragungsrechten

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die rechtliche Behandlung von Fußballübertragungsrechten. Unter Fußballübertragungsrechten sind audio-visuelle Aufnahmen, d.h. Bild- und Toninhalte von Bundesligaspielen, zu verstehen, die zum Teil auch als „Fernseh-“ und „Hörfunkrechte“ bezeichnet werden. Da sich i.R.d. medialen Verwertung der Bundesligaspiele kein einheitlicher Terminus technicus herausgebildet hat, wird im weiteren Verlauf der Untersuchungen die Bezeichnung „Fußballübertragungsrechte“ verwendet.¹ Inhalt der nachfolgenden Ausführungen sind ausschließlich Lizenzen für die Inlandsverwertung von audio-visuellem Sendematerial der 1. und 2. Fußball-Bundesliga. Nicht thematisiert werden dagegen Fragen, die die Auslandsvermarktung der Bundesliga sowie die Vermarktung von Länderspielen, der Champions League, Europa League, des DFB-Pokals oder Spielen der 3. Fußball-Bundesliga betreffen.

Die mediale Verwertung der Fußball-Bundesliga hat in der Vergangenheit einen gewaltigen Boom durchlebt und eine beeindruckende Wertentwicklung genommen.² In regelmäßigen Abständen wurden bei der Vergabe der Lizenzen

1 Mangels Etablierung eines allgemein gebräuchlichen Terminus technicus werden verschiedene Begrifflichkeiten verwendet. Zur uneinheitlichen Terminologie vgl. *Summerer*, in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, § 53, Rn. 31; *Elter*, S. 22. Die Bezeichnung des (Fernseh-) Übertragungsrechts ist bereits frühzeitig im Jahre 1990 in der Entscheidung „Sportübertragungen“ verwendet worden, vgl. BGH, Beschl.v. 14.03.1990 – KVR 4/88, NJW 1990, 2815, 2817 – Sportübertragungen.

2 Stellt man die aktuellen Lizenzerlöse in Relation zu den Erlösen i.H.v. 12 Mio DM, die im Jahre 1985 von ARD und ZDF als Erwerber der TV-Rechte gezahlt wurden, dann kann ein derartiges Preisgefälle nicht nur mit der allgemein vorangeschrittenen Technisierung und der gestiegenen Medialisierung von Sportgroßereignissen begründet werden, vgl. *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2625.

Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass der tatsächlich am Markt gezahlte Preis für die Übertragungsrechte zu keiner Zeit dem wirklichen Wert der Übertragungsrechte entsprochen habe, Vgl. *Kruse/Quitau*, S. 3; *Damm*, S. 33. Da die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ARD und ZDF bis Mitte der 80er Jahre als einzige

an Fußballübertragungsrechten neue Rekordsummen erzielt.³ Im April 2012 hat Sky Deutschland die Übertragungsrechte für TV-Live-Berichterstattungen der nächsten vier Bundesligaspielzeiten (Saison 2013/2014 bis 2016/2017) erworben und zahlt dafür durchschnittlich 486 Mio Euro pro Saison.⁴ Zusammen mit den Zahlungen der übrigen Rechteerwerber⁵ steigen damit die Einnahmen aus medialer Verwertung auf insgesamt 628 Mio Euro pro Spielzeit. Gegenüber den bisherigen durchschnittlichen Gesamteinnahmen i.H.v. 412 Mio Euro jährlich stellt dies abermals ein deutliches Plus i.H.v. ca. 52,43 Prozent dar.⁶

Abnehmer von Fußballübertragungsrechten die Preise auf Nachfragerseite de facto monopolistisch beherrschten, führte dies zu einem Rechteerwerb unter dem tatsächlichen Marktwert, *Damm*, S. 33; vgl. *Kruse/Quitau*, S. 3. Nach Einführung des dualen Rundfunksystems im Jahre 1984 und dem daraus entstandenen „Nebeneinander“ von öffentlich-rechtlichen und privaten Sendern, kam es in Bezug auf Bundesliga-TV-Rechte zu einer explosionsartigen Wertentwicklung. Im Jahre 1985 erzielten die Übertragungsrechte mit 12 Mio DM erstmalig einen Preis in zweistelliger Millionenhöhe. Drei Jahre danach wurden bereits 135 Mio DM für drei Spielzeiten gezahlt, *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2625. Diese Preisentwicklung hat sich durch den „Bieterwettkampf“ der einzelnen Sender, in den sich seit den 90er Jahren auch Sportrechteagenturen – insbesondere die Ufa Sports GmbH, sowie die Internationale Sportrechteverwertungsgesellschaft (ISPR) – einschalteten, stetig wiederholt, *Elter*, S. 16. Zu der sprunghaften Preisentwicklung hat daneben auch die Entwicklung des Pay-TV-Marktes in Deutschland beigetragen, *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2628.

- 3 Für eine übersichtliche Kurzzusammenstellung der Preisentwicklung bei Fußballübertragungsrechten vgl. *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2493, Fn. 1, der die Preisentwicklung in 4 Phasen untergliedert.
- 4 Bay, Die Bundesliga bleibt bei Sky und der „Sportschau“, Handelsblatt v. 17.04.2012, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/uebertragungsrechte-die-bundesliga-bleibt-bei-sky-und-der-sportschau/6519690.html>, Stand (Oktober 2013).
- 5 Die weiteren Erwerber sind die öffentlich-rechtlichen ARD und ZDF, Sport 1 und die Axel Springer AG.
- 6 Vgl. Ashelm, Ritterschlag für den Rekordpreis, FAZ v. 17.04.2012, abrufbar unter: <http://www.faz.net/frankfurter-allgemeine-zeitung/bundesliga-uebertragungsrechte-ritterschlag-fuer-den-rekordpreis-11721345.html>, Stand (Oktober 2013).

B. Vorhandenes Risiko beim Erwerb von Lizenzen an Fußballübertragungsrechten

Mit der Insolvenz des Kirch-Imperiums ist erstmals augenscheinlich geworden, dass die enorm hohen Preise für Bundesliga-TV-Rechte zu einem existentiellen Risiko auf Erwerberseite führen können.⁷ Die Folgen der Kirch-Insolvenz stellten auch einige Bundesliga-Vereine vor harte wirtschaftliche Herausforderungen.⁸ Nicht nur im Falle der KirchMedia GmbH & Co. KGaA lassen sich die Lizenzen angesichts der enormen Lizenzgebühren nicht immer kostendeckend, geschweige denn gewinnbringend vermarkten.⁹ Gleichwohl haben die aktuellen Marktpreise abermals ein höheres Level erreicht und einen Rekordwert erzielt,¹⁰ obwohl die Lizenzerwerber mittlerweile Beträge aufwenden müssen, deren Höhe sich nicht oder kaum durch den Verkauf von teuren Werbezeiten refinanzieren lässt.¹¹ Der Umstand, dass Fußballübertragungsrechte trotz ihrer – isoliert betrachtet – wirtschaftlich defizitären Wirkung weiterhin auf Erwerberseite stark gefragt sind, beruht auf der bildlich gesprochenen „Ausstrahlungswirkung“ eines solchen Rechtserwerbs.¹² Mit dem Erwerb der Fußballübertragungsrechte werden vielmehr weitergehende „strategische[] Ziele“¹³ verfolgt. Konkret zielt der Rechtserwerb mittelbar auf eine höhere Zuschauerbindung und einen generellen „Imagegewinn“ ab.¹⁴ Im Hinblick auf besagten Prestigewert erfolgt deshalb eine Querfinanzierung

7 Vgl. *Elter*, S. 18.

8 Ausführlich zu Ursachen und Folgen der Kirchkrise im Zusammenhang mit Fußballübertragungsrechten, vgl. *Elter*, S. 335 f.

9 *Damm*, S. 33; Vgl. *Elter*, S. 16.

10 Im Vergleich zu der eingangs geschilderten Konstellation, in der die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die TV-Rechte Anfang und Mitte der 80er Jahre – aufgrund ihrer monopolistischen Marktbeherrschung – unterhalb des tatsächlichen Wertes erwerben konnten, hat sich das Blatt seit längerem gewendet.

11 *Damm*, S. 33; *Elter*, S. 16, 207.

12 Für einen Überblick über die werttreibenden Faktoren bei Fußballübertragungsrechten vgl. *Elter*, S. 49 ff. Nach *Elter* kommt den Fußballübertragungsrechten im Sendeprogramm die Rolle eines „Zugpferd“[es] zu, *Elter*, S. 16.

13 *Damm*, S. 33; In diesem Sinne auch *Elter*, S. 16, 47.

14 *Elter*, S. 16. In diese Richtung auch *Jungheim*, die auf die Gewinnung von Neukunden durch das Produkt Fußball-Bundesliga abstellt, vgl. *Jungheim* SpuRt 2009, 13, 15. Ähnliche Ziele verfolgt Sky auch mit der Harald Schmidt Show. Der Sender verspricht sich durch den Erwerb der Harald Schmidt Show (trotz niedriger Einschaltquoten bei Sat 1) einen allgemeinen Imagegewinn. Vgl. hierzu: *Diekmann*, Der

der defizitären Bundesliga-Sparte durch andere Bereiche.¹⁵ Ungeachtet der unbestreitbaren Vorteile wohnt dem Erwerb von Fußballübertragungsrechten ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Gefahrenpotenzial inne, das aus unterschiedlichen Risikofaktoren herrührt.

C. Aktualitätsgebundenheit von Sportereignissen als Risikofaktor

Einen nicht zu vernachlässigenden Risikofaktor beim Erwerb von Bundesliga-TV-Rechten stellt vor allem die Aktualitätsgebundenheit von Sportereignissen dar.¹⁶ Denn für den Zuschauer sind sportliche Wettkämpfe gerade deshalb besonders reizvoll, weil ihr Ausgang im Vorhinein unbekannt ist.¹⁷ Dieses aktualitätsbezogene Moment, das Sportereignissen im Allgemeinen anhaftet, führt mit fortschreitender Dauer zu einer weitgehenden Entwertung der Rechte.¹⁸ Dies stellt etwa im Unterschied zu dem Erwerb von Spielfilmen, die über einen längeren Zeitraum hinweg einen relativ konstanten Gegenwert verkörpern können, einen erheblichen Nachteil dar.¹⁹

D. Medienkonvergenz als Risikofaktor

Aufgrund der immer weiter voranschreitenden Medienkonvergenz ist aus Erwerber-sicht ein Gefahrenpotenzial auch darin zu sehen, dass Dritte dieselben Lizenzrechte beanspruchen, die zuvor vermeintlich exklusiv erworben wurden.²⁰ Eine Auseinandersetzung dieser Art trugen die Deutsche Telekom AG und der Pay-TV-Anbieter Arena im Jahre 2006 um die Inhaberschaft der Bundesliga-Lizenzrechte für das

Entwicklungshelfer, Spiegel v. 02.05.2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/kultur/tv/0,1518,830897,00.html>, Stand (Oktober 2013).

15 Vgl. *Elter*, S. 335, 207.

16 Zu dem zeitlichen Faktor der Übertragungsrechte vgl. *Elter*, S. 48, 50; Zur „Kurzlebigkeit“ von Sportveranstaltungen *Waldhauser*, S. 122; *Lochmann*, S. 122; ders., in: *Prisma des Sportrechts*, S. 247, 279; *Maume*, MMR 2008, 797, 800.

17 Vgl. *Elter*, S. 47; *Damm*, S. 33 f.

18 Vgl. *Herr*, S. 129.

19 *Damm*, S. 33.

20 Vgl. zur Konkurrenz von Fernseh – und Internetrechten, *Körber*, in: *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger*, Rn. 2515.

Internet aus.²¹ Aber auch ohne den „Worst Case“ der Doppelvergabe identischer Lizenzrechte stellt sich für einen Erwerber die berechnigte Frage, inwieweit die von ihm erworbenen (Exklusiv-) Rechte durch zeitlich parallel bereitgestellte Angebote im Internet, Mobilfunk oder im Radio wirtschaftlich entwertet werden.²²

E. Kurzberichterstattungsrecht als Risikofaktor

Kein nennenswertes Risikopotenzial geht hingegen von dem Umstand aus, dass i.R.d. in § 5 RStV geregelten Kurzberichterstattungsrechts auch andere Sender – ohne mit dem Veranstalter einen Lizenzvertrag abgeschlossen zu haben – über die Bundesligaspiele berichten dürfen.²³ Da die Kurzberichte nach § 5 Abs. 4 S. 3 RStV²⁴ grundsätzlich auf einen zeitlichen Umfang von 90 Sekunden – im Ausnahmefall bis zu drei Minuten – begrenzt sind und keinen Unterhaltungswert sowie lediglich nachrichtenmäßigen Informationsgehalt aufweisen dürfen, findet hierdurch keine spürbare Entwertung des medialen Verwertungsproduktes Fußball-Bundesliga und der hieran eingeräumten Lizenzrechte statt.²⁵ Zudem gehen betreffende Sender regelmäßig – trotz ihres gesetzlichen Anspruches auf Kurzberichterstattung – mit dem Veranstalter vertragliche Vereinbarungen ein und erwerben Zweitverwertungsrechte an den Bundesligaspielen.²⁶ Aus diesem Grund dürften auch sie ein Interesse daran haben, die Kurzberichterstattung nicht zu extensiv auszugestalten, um nicht die eigenen Zweitverwertungsrechte zu entwerten.

21 Eine gelungene Aufarbeitung dieser Problematik ist bei Ory, K&R 2006, 303 ff. und Eilers, SpuRt 2006, 221 ff. zu finden.

22 Vgl. hierzu Eilers, SpuRt 2006, 221, 222; Elter, S. 50.

23 Zu den verfassungsrechtlichen Fragen des Rechts der Kurzberichterstattung vgl. Papier, FS für Lerche, 675 ff.

24 Zusammenfassend Körber, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2630 ff.

25 § 5 RStV soll lediglich die Bildung von „Informationsmonopolen“ verhindern und die Bevölkerung mit einem Mindestbestand von Informationen über bestimmte Sportgroßereignisse versorgen, Holznagel/Krone, in: Spindler/Schuster, § 5 RStV, Rn. 4.

26 Holznagel/Krone, in: Spindler/Schuster, § 5 RStV, Rn. 5; Körber, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2637.

F. Internationaler Wettbewerb der Sendeunternehmen als Risikofaktor

Daneben scheinen auch die – noch nicht endgültig absehbaren – wirtschaftlichen Auswirkungen, die von der EuGH-Entscheidung in Sachen FAPL – Murphy ausgehen, zumindest für Erwerber deutscher Lizenzrechte der Fußball-Bundesliga von eher untergeordneter Bedeutung zu sein. Besagte Entscheidung betraf den Erwerb bzw. die Nutzung von günstigen griechischen Decoderkarten innerhalb Englands für den Empfang von Spielen der englischen Premier League:

Der Entscheidung lagen zusammengefasst folgende Umstände zugrunde: Der englische Fußballverband (Football Association Premier League – im folgenden FAPL) vergab die Lizenzrechte für die Übertragung der Spiele der englischen Premier League räumlich begrenzt für bestimmte Staatsgebiete. Dieses sog. „Territorialprinzip“ gewährleistete die territoriale Exklusivität der Lizenzrechte. Um die Exklusivität der Rechte sicherzustellen, verpflichtete die FAPL die lizenznehmenden Fernsehsender vertraglich dazu, ihr Sendesignal zu verschlüsseln und die betreffenden Decoderkarten nur innerhalb des Staatsgebietes, für die die Lizenz erworben wurde, nicht aber im Ausland anzubieten.

Die englische Pub-Besitzerin Karen Murphy verstieß gegen das von der FAPL praktizierte Territorialprinzip und bezog eine Decoderkarte nicht vom britischen Sender BSkyB, der die Lizenzrechte für englisches Staatsgebiet erworben hatte, sondern von dem griechischen TV-Sender NOVA. Die hierdurch erzielte Kostenersparnis betrug im Jahr etwa 7.000 €.

Um derartige Umgehungsstrategien, die auf eine Ausbehebung des Territorialprinzips zielten, zu beenden, beschritt die FAPL den Rechtsweg. In den Rechtssachen (C-403/08) und (C-429/08) legte der englische High Court schließlich dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren mehrere Auslegungsfragen von Unionsrecht vor.

Der EuGH sah in der vom englischen Fußballverband gewählten Lizenzierungspraxis einen Verstoß gegen Unionsrecht. Dies begründete er im Wesentlichen mit einer Verletzung des freien Dienstleistungsverkehrs und europäischem Wettbewerbsrecht. Nach Auffassung des EuGH können nationale Rechtsvorschriften, die die Einfuhr, den Verkauf und den Gebrauch ausländischer Decoderkarten verbieten, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht dadurch rechtfertigen, dass besagte Regelungen dem Schutz geistigen Eigentums dienen und die Anwesenheit der Öffentlichkeit in den Fußballstadien fördern.²⁷ Einen Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht sah das Gericht darin verwirklicht, dass gebietsabhängige

27 Vgl. EuGH, Urt.v. 04.10.2011 – C-403/08 – Football Association Premier League u. a. ./ QC Leisure und C-429/08 – Karen Murphy u. a. ./ Media Protection Services, GRUR 2012, 156, 161, (Rn. 117 ff.).

*exklusive Lizenzen zu einer Marktabstottung führen und deshalb der Verwirklichung des Binnenmarktes zuwiderlaufen.*²⁸

Zwar führten Spekulationen um negative wirtschaftliche Auswirkungen am Folgetag der EuGH-Entscheidung zu einem Kursfall der Sky-Aktie um knapp 8 Prozent.²⁹ In der Folgezeit blieben jedoch die befürchteten negativen Folgen aus. Auch i.R.d. 12. Mainzer Mediengesprächs³⁰ gelangte man in einer vorläufigen Prognose unisono zu dem Ergebnis, dass die wirtschaftlichen Folgen für die Inhaber der deutschen Lizenzrechte der Fußball-Bundesliga wohl begrenzt bleiben dürften.³¹

Dies wurde zum einen mit der Erwägung begründet, dass sich der durch den EuGH intendierte Aspekt der Erhöhung des Wettbewerbs in der Praxis faktisch in sein Gegenteil verkehren könnte. Denn durch die Aufgabe des Territorialprinzips seien im Ergebnis nur noch große TV-Sendeunternehmen wirtschaftlich dazu in der Lage, teure staatsübergreifende Lizenzrechte zu erwerben. Die kleineren Sender könnten auf diesem Weg aus dem Wettbewerb gedrängt werden, so dass letzten Endes statt des anvisierten Mehr an Wettbewerb ein Weniger an Wettbewerb stehe. Zum andern zählten die in Deutschland angebotenen Pay-TV-Abopreise europaweit betrachtet eher zu den günstigeren Angeboten, so dass der wirtschaftliche Anreiz für Abonnenten als eher gering zu bewerten sei, zumal diese bei auftretenden Störungen bei ausländischen Anbietern mit erheblichen Service-Problemen rechnen müssten.

Letztlich wurde auch vorgebracht, dass die i.R.d. Auslandsvermarktung erzielten Erlöse der Fußball-Bundesliga wesentlich niedriger seien als etwa die der englischen Premier League. Aus diesem Grund seien – im Falle einer allzu starken

28 EuGH a.a.O., (Rn. 114 ff.).

29 FAZ vom 05.10.2011, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien-analyse-sky-aktie-nur-etwas-fuer-anleger-mit-starken-nerven-11483105.html>, Stand (Oktober 2013).

30 Der vollständige Titel der Veranstaltung vom 18.06.2012 lautete: „12. Mainzer Mediengespräch – Spiele ohne Grenzen – Die Zukunft der Fußballübertragungsrechte in Europa“.

31 Zu den Referenten und Teilnehmern an der anschließenden Podiumsdiskussion zählten: Prof. Dr. Fink (Stellvertretender Direktor des Mainzer Medieninstituts), Dr. Wiesner (Beisitzer der 6. Beschlussabteilung, Bundeskartellamt), Weber (Justitiar ZDF), Dr. Diesbach (Noerr LLP), Christmann, LL.M (Director Regulatory Affairs, Sky Deutschland AG), Grewenig (Geschäftsführer des Verbandes Privater Rundfunk und Telemedien e.V.), Moderation durch Prof. Dr. Cole (Fakultät für Rechts- und Finanzwissenschaften der Universität Luxemburg).

Entwertung der inländischen TV-Rechte durch Discount-Angebote ausländischer TV-Sender – die wirtschaftlichen Hemmnisse nicht allzu schwerwiegend, die Auslandsvermarktung der Fußball-Bundesliga gänzlich einzustellen, um hierdurch das Preisgefüge für die Inlandsvermarktung erhalten zu können. Nach alledem kann vom aktuellen Status quo aus festgestellt werden, dass sich die Auswirkungen durch den Verlust der territorialen Exklusivität der Lizenzrechte als eher gering darstellen.³²

G. Substituierbarkeit durch Stadionbesuch als Risikofaktor

Keine reale Gefahr einer wirtschaftlichen Entwertung folgt auch aus dem Nebeneinander von Fernsehübertragung und einem unmittelbaren Stadionbesuch.³³ Diesbezüglich bestehen bei Fernsehzuschauern und Stadiongängern unterschiedliche Konsumgewohnheiten, so dass auf Grundlage konkreter Zuschauerzahlen nicht zu befürchten ist, dass sich die verschiedenen Angebote in wirtschaftlicher Hinsicht gegenseitig „das Wasser abgraben“.³⁴

H. Rechtsunsicherheit als Risikofaktor

Neben den bislang angesprochenen Risikofaktoren birgt allerdings die im Zusammenhang mit Fußballübertragungsrechten insgesamt bestehende Rechtsunsicherheit das deutlich größte Konflikt- und Gefahrenpotenzial in sich. Da der Gesetzgeber bislang kein eigenständiges Leistungsschutzrecht zugunsten von Sportveranstaltern normiert hat, obwohl dies in einem eigens eingeholten Rechtsgutachten befürwortet wurde³⁵, muss sich die Rechtsprechung mit den

32 Der Bezahlssender Sky hat 2012 in Deutschland nach langer Zeit wieder schwarze Zahlen geschrieben, auch wenn dies weniger auf die Sportsparte, als vielmehr auf die erhöhte Zahl der HD-Angebote und eine erhöhte Kundenzufriedenheit zurückzuführen ist. Vgl. hierzu: Handelsblatt vom 14.08.2012, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/bezahlfernsehsender-sky-schreibt-ersten-gewinn-seit-vier-jahren/6997434.html>, Stand (Oktober 2013).

33 *Elter*, S. 296.

34 Ausführlich zu „Interdependenzen der Vermarktungsrechte“ an Fußball-Bundesligaspielen, *Elter*, S. 296 ff.

35 *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 87 ff.

traditionellen Rechtsinstrumentarien behelfen. In der Grundsatzentscheidung „Sportübertragungen“ hat sich der BGH erstmals näher mit der Materie der Fußballübertragungsrechte auseinandergesetzt. Ohne sich auf die genaue dogmatische Einordnung festzulegen, hat der Kartellsenat dabei einen Fundus unterschiedlicher Rechtsgrundlagen in den Raum gestellt, die „je nach Fallgestaltung“ einen Schutz zugunsten des Veranstalters von Sportveranstaltungen bieten können.³⁶ Nachdem die Rechtsprechung zunächst eine Reihe unterschiedlicher Anknüpfungspunkte zur rechtlichen Behandlung der audio-visuellen Aufnahmen ins Auge gefasst hat, deuten die einschlägigen aktuelleren Entscheidungen darauf hin, dass der BGH nunmehr den Rechtsrahmen ausgelotet und das Hausrecht zum dogmatischen Kern der Fußballübertragungsrechte auserkoren hat. Vor dem Hintergrund, dass die dogmatische Herleitung bislang weiterhin nicht letztverbindlich geklärt ist, bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit trotz allem bestehen. Solange sich die an der medialen Verwertung der Bundesligaspiele beteiligten Akteure vertragstreue verhalten, ergeben sich naturgemäß keine Probleme. Die im Hinblick auf die dogmatische Einordnung angesprochene Rechtsunsicherheit bereitet jedoch dann massive Schwierigkeiten, wenn es zur Insolvenz einer Vertragspartei kommt. In diesem Fall wird der Rechtsanwender neben der dogmatischen Verortung der Fußballübertragungsrechte mit den seit langem umstrittenen Fragen der Wirksamkeit sog. insolvenzabhängiger Lösungsklauseln und der Gültigkeit des Abstraktionsprinzips konfrontiert. Da im Zuge dessen gleich drei „offene Baustellen“ bearbeitet werden müssen, erhöht sich die ohnehin vorhandene Rechtsunsicherheit enorm.

I. Ziel der vorliegenden Arbeit

Ziel der nachfolgenden Untersuchungen ist es, im Bereich der Fußballübertragungsrechte zur Beseitigung der angesprochenen Rechtsunsicherheit beizutragen und die rechtliche Behandlung dieser Materie auf eine tragfähige Grundlage zu stellen. Hierzu wird der in Rechtsprechung und Schrifttum vorhandene aktuelle Stand zum dogmatischen Ursprung der Fußballübertragungsrechte wiedergegeben (2. Kap. A. – E.), bevor ein eigener modifizierter hausrechtlicher Ansatz vorgestellt wird (3. Kap. C.). Dieser beruht im Kern auf der Heranziehung von Rechtsprechungsgrundsätzen, mit Hilfe deren der BGH unter bestimmten Voraussetzungen die wirtschaftliche Verwertung von Bildaufnahmen dem Grundstückseigentümer

36 BGH, Beschl.v. 14.03.1990 – KVR 4/88, NJW 1990, 2815, 2817 – Sportübertragungen.

zuweist (3. Kap. B. und F.), und führt zu einer signifikanten Erhöhung der Rechtssicherheit (3. Kap. G.).

Unklar sind ebenso Gesichtspunkte, die die Bestandsfähigkeit von Lizenzen über Fußballübertragungsrechte im Insolvenzfall betreffen. Dies gilt einerseits insoweit, als umstritten ist, ob eine vertraglich eingeräumte Lösungsmöglichkeit, die an den Insolvenzeintritt der Gegenseite geknüpft ist, nach den einschlägigen Vorschriften der Insolvenzordnung wirksam ist (4. Kap. A.). Andererseits betrifft dies die Frage, ob erteilte Lizenzen und Sublizenzen bei Beendigung des schuldrechtlichen Lizenzvertrages erlöschen oder nach den Grundsätzen des Abstraktionsprinzips weiterhin bestehen bleiben (4. Kap. C I., II.).

Das letzte Kapitel setzt sich im Unterschied zu den vorangegangenen Ausführungen nicht mit Aspekten auseinander, die in rechtlicher Hinsicht Unsicherheit verursachen. Vielmehr wird eine Thematik erörtert, die aus wirtschaftlichem Blickwinkel zu einem Risiko auf Seiten der Vereine führt. In diesem Zusammenhang soll ein Beitrag zur Fortentwicklung innovativer Finanzierungsansätze geleistet werden, mit Hilfe deren die einzelnen Vereine ihr wirtschaftliches Wohl und Wehe unabhängiger von den Unwägbarkeiten sportlichen Erfolgs gestalten können. Die Arbeit konzentriert sich dabei ausschließlich auf die Einnahmen aus der medialen Inlandsverwertung der Fußballübertragungsrechte. Die Höhe dieser Einnahmen bemisst sich maßgeblich nach der durchschnittlich erreichten Saisonplatzierung des jeweiligen Vereins und ist damit unmittelbar von dessen sportlichem Erfolg abhängig. Eine Reduzierung des wirtschaftlichen Risikos soll diesbezüglich durch den Abschluss einer Hedgingvereinbarung ermöglicht werden. Konkret veräußert der Verein hierbei die Medienerlöse, die er zukünftig durch sein sportliches Abschneiden erzielt, vorab zu einem Festpreis an einen oder mehrere Investoren (5. Kap. C. II 2.). Nach Erhalt des vereinbarten Festbetrages werden die wirtschaftlichen Chancen und Risiken, die mit der zukünftig erreichten Durchschnittsplatzierung einhergehen, nicht mehr vom Verein, sondern fortan auf Investorenseite getragen.

J. Gang der Untersuchung

Im Rahmen der nachfolgenden Untersuchungen wird zunächst im zweiten Kapitel der Arbeit der bislang unklar gebliebene dogmatische Ursprung der Fußballübertragungsrechte erörtert. Angesichts der immensen ökonomischen Bedeutung dieser Rechte ist erstaunlich, dass bislang keine exakte rechtliche Aufarbeitung der Materie durch die Rechtsprechung erfolgt ist. Zwar neigt die Rechtsprechung

in jüngeren einschlägigen Entscheidungen dem hausrechtlichen Ansatz zu.³⁷ Im Schrifttum wird jedoch weiterhin in Bezug auf Fußballübertragungsrechte die unscharfe Leerformel des „Konglomerat[s] verschiedener Rechte“³⁸ verwendet. Im Einzelnen werden dabei unterschiedliche Erklärungsansätze vertreten und zur dogmatischen Herkunft bislang kein allgemeiner Grundkonsens erzielt (2. Kap. A. – E.). Einigkeit herrscht dagegen darüber, dass der Veranstalter der Bundesligaspiele Inhaber der Fußballübertragungsrechte ist. Dem Veranstalterbegriff kommt somit zentrale Bedeutung zu. Ob die Vereine oder aber der Verband – der nach den Vorschriften des GWB zur zentralen Vermarktung berechtigt ist³⁹ – für sich genommen als Veranstalter anzusehen ist oder ob beide gemeinsam als Mitveranstalter einzustufen sind, wird zweckmäßigerweise erst nach Klärung der dogmatischen Herkunft der Übertragungsrechte untersucht (2. Kap. F.). Denn wählte man die umgekehrte Reihenfolge, so würde man bildlich gesprochen „das Pferd von hinten aufzäumen“ bzw. den Reiter nennen, bevor festgestellt ist, welches Ross der Sache nach betroffen ist. Aus diesem Grund kann der Frage der Rechtsinhaberschaft erst dann fundiert nachgegangen werden, wenn Klarheit darüber besteht, auf welcher Rechtsgrundlage die Fußballübertragungsrechte beruhen.

Im dritten Kapitel wird sodann der Grundüberlegung nachgegangen, den bisherigen hausrechtlichen Ansatz in modifizierter Form als dogmatisches Fundament der Fußballübertragungsrechte fruchtbar zu machen. Ausgehend vom bislang vorherrschenden Hausrechtsverständnis wird die Möglichkeit beleuchtet, die Rechtsprechungsgrundsätze, die der BGH i.R.d. „Schloss Tegel“- und „Schlösser und Gärten“-Entscheidung zur kommerziellen Verwertung von Bildmaterial erarbeitet hat, auch auf den Bereich der Fußballübertragungsrechte zu übertragen (3. Kap. F.). Da die besagten Rechtsprechungsgrundsätze dogmatisch an das Grundstückseigentum anknüpfen, würde hierdurch bei konsequenter Fortführung der bestehenden Leitlinien die Möglichkeit eröffnet, am Stadiongrundstück eine Dienstbarkeit zur Anfertigung und Verwertung von audio-visuellem Sendematerial zu bestellen. Hierdurch könnte Lizenznehmern – im Unterschied zur bisherigen Rechtslage, nach der Lizenznehmer nach h.M. ausschließlich auf schuldrechtliche Ansprüche verwiesen bleiben – erstmals eine dingliche Rechtsposition eingeräumt werden. Ein derartiges Vorgehen wurde bereits vereinzelt im Schrifttum diskutiert,

37 BGH, Urt.v. 08.11.2005 – KZR 37/03, NJW 2006, 377 ff. – Hörfunkrechte; BGH, Urt.v. 28.10.2010 – I ZR 60/09, NJW 2011, 1811 ff. – Hartplatzhelden.de.

38 Wegner, S. 18; Strauß, S. 128; Christensen, JuS 1996, 873 m.w.N.

39 Aufschlussreich hierzu die Ausführungen des Bundeskartellamtes: BKartA, Entsch.v. 12.01.2012 – B 6-114/10.

jedoch im Ergebnis verworfen. Die Bezugnahme der „Schlösser und Gärten“-Entscheidung auf die sportrechtliche „Hörfunkrechte“-Entscheidung lässt sich aber richtungsweisend dahin deuten, dass der BGH eine Übertragbarkeit für möglich hält. Bevor eine Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze erfolgen kann, ist jedoch zu klären, ob der sachenrechtliche Grundsatz des Numerus Clausus sowie etwaig vorrangige urheberrechtliche Wertungen einer entsprechenden Anwendung entgegenstehen (3. Kap. D., E.).

Das vierte Kapitel der Arbeit behandelt sodann die Verhaltensweise der Fußballübertragungsrechte bzw. die der Lizenzen an diesen in der Insolvenz. Da die Insolvenz des Vertragspartners mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden ist, besteht auf Seiten der solventen Vertragspartei regelmäßig ein besonderes Interesse daran, sich im Insolvenzfall möglichst frühzeitig von dem Vertragsverhältnis zu lösen. Die Untersuchungen betreffen deshalb zunächst im Allgemeinen die Frage der Zulässigkeit sogenannter insolvenzabhängiger Lösungsklauseln (4. Kap. A.), bevor sodann speziell für den Bereich der Lizenzen an Fußballübertragungsrechten eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesem Themenkomplex erfolgt (4. Kap. B.). Keine Berücksichtigung finden dagegen solche Lösungsklauseln, die die Insolvenz eines Fußballvereins und die hiermit verbundenen Auswirkungen auf dessen zur Teilnahme am Spielbetrieb berechtigende Sportlizenz betreffen.⁴⁰ Konstellationen, die die Insolvenz eines Sportvereins zum Gegenstand haben, fallen nach h.M. – mangels Vorliegens eines gegenseitigen Vertrages⁴¹ – nicht in den Anwendungsbereich der §§ 103 ff. InsO, sondern richten sich vornehmlich nach den Bestimmungen des Verbandsrechts.⁴²

Unabhängig davon, ob insolvenzabhängige Lösungsklauseln als wirksam eingestuft werden oder ob man hierin eine unzulässige Umgehung des Insolvenzverwalterwahlrechts erblickt, werden im weiteren Verlauf der Untersuchungen die Rechtsfolgen dargestellt, die bei Beendigung des Lizenzvertrages über

40 Vgl. hierzu *Herr*, S. 156 ff.; konkret für den Zwangsabstieg von Alemannia Aachen *Korff*, ZInsO 2013, 1277 ff.

41 Zwischen den Vereinen und dem Sportverband wird nach h.M. kein gegenseitiger Vertrag, sondern ein Vertrag mit größerer Ähnlichkeit zum Gesellschaftsvertrag geschlossen, vgl. *Walker*, KTS 2003, 169, 176; *Korff*, ZInsO 2013, 1277, 1278. „Gesellschaftsverträge sind keine „gegenseitigen Verträge“ und unterfallen damit nach der Gesetzesbegründung nicht dem Anwendungsbereich der §§ 103 ff. InsO (§ 137 RegE), BT-Drs. 12/2443, S. 152; *Walker*, KTS 2003, 169, 176.

42 *Haas*, NZI 2003, 177, 179; *Walker*, KTS 2003, 169, 176; *Marotzke*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 112 Rn. 24. A.A.: *Adolphsen*, der auch in diesem Fall die §§ 103 ff. InsO für anwendbar hält, KTS 2005, 53, 65 ff.

Fußballübertragungsrechte eintreten (4. Kap. C.). In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob die Lizenzen automatisch mit Vertragsbeendigung an den Lizenzgeber zurückfallen oder aber nach den Grundsätzen des Abstraktionsprinzips weiterhin Bestand haben. Diese Frage betrifft Lizenzgeber, Lizenznehmer und Sublizenznehmer gleichermaßen, da ein gutgläubiger Erwerb von Lizenzrechten nach allgemeiner Überzeugung nicht möglich ist⁴³ und Sublizenznehmer regelmäßig keinen Einfluss auf das ihrem Vertragsverhältnis vorgelagerte Rechtsverhältnis haben oder ausüben können.⁴⁴

Ganz andere Überlegungen stehen im Fokus des letzten Kapitels. Dieser Teil der Untersuchungen ist einem Teilaspekt des Risikomanagements gewidmet, mit Hilfe dessen von Vereinsseite aus ein gewichtiger Teil des sportlichen bzw. wirtschaftlichen Risikos auf Dritte übergewälzt werden soll. Den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden hierbei die Einnahmen der Bundesligavereine, die aus der medialen Inlandsvermarktung der Fußballübertragungsrechte erzielt werden. Diese bemessen sich in Gestalt des geltenden Verteilungsschlüssels, der für die Verteilung der Medienerlöse maßgeblich ist, unmittelbar nach den jeweils von Vereinsseite erreichten sportlichen Resultaten. Maßgeblich für den jeweils auf den einzelnen Verein entfallenden Erlösanteil sind die erzielte Durchschnittsplatzierung der laufenden Saison sowie – mit abnehmender Gewichtung – die Endplatzierungen der vorangegangenen drei Spielzeiten (5. Kap. C. I.). Von Vereinsseite ist man bestrebt, die unmittelbare wirtschaftliche Abhängigkeit vom sportlichen Gelingen zu verringern. Da die bislang in dieser Richtung unternommenen Anstrengungen der Vereine nicht die gewünschten Erfolge erzielten, soll die Möglichkeit einer Risikoverlagerung durch Abschluss einer Hedgingvereinbarung erörtert werden. Im Rahmen dessen soll der zukünftige Erlösanteil vorab zu einem festen Preis an einen oder mehrere Investoren veräußert werden, um auf diesem Weg einen Teil des sportlichen Risikos von den Vereinen auf Dritte zu verlagern (5 Kap. C. II.). Im Anschluss hieran wird sodann die praktische Umsetzung der Hedgingvereinbarung durch Emission von Genussscheinen beleuchtet (5. Kap. D.), bevor abschließend Vorschläge zum organisatorischen Rahmen eines solchen Vorhabens gemacht werden (5. Kap. E.).

43 Vgl. statt aller: *Herr*, S. 167 m.w.N.

44 Vgl. *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2617. Auch liegt es in der Entscheidungsmacht des Lizenzgebers, ob dem Lizenznehmer die Befugnis zur weiteren Sublizenzierung gewährt wird. Im Falle der Rechtevermarktung durch Sportrechteagenturen ist die Befugnis zur Sublizenzierung dagegen erforderlich, *Körber*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Rn. 2570. Zu den Vor- und Nachteilen der Einschaltung von Sportrechteagenturen vgl. *Elter*, S. 165 ff.