



I.

Martin Fink, Konstanz*

Das Runde muss ins Eckige – Ende des absoluten Gebiets-

schutzes bei der Senderechtsvermarktung im Profifussball
(Football Association Premier League Ltd u.a. / QC Leisure u.a.
und Karen Murphy / Media Protection Services Ltd, EuGH
(Grosse Kammer), Urteil vom 4. Oktober 2011,
verb. Rs. C-403/08 und C-429/08)

Bisher war die Vermarktung von Senderechten im Profifussball durch die Vergabe absolut geschützter Lizenzgebiete geprägt, die sich weitgehend nach den nationalen Grenzen richteten. In zwei verbundenen Vorabentscheidungsverfahren hat der Europäische Gerichtshof nun wenig überraschend festgestellt, dass die der bisherigen Vermarktungspraxis zugrunde liegende Einschränkung der grenzüberschreitenden Erbringung von Rundfunkdiensten durch Abschottung der nationalen Märkte innerhalb der EU gegen das europäische Kartellrecht verstösst. Der Entscheidung kommt daneben eine grundfreiheitliche Bedeutung zu, weil das britische Recht derartige Lizenzbeschränkungen dem freien Dienstleistungsverkehr zuwider unter gesetzlichen Schutz gestellt hatte.

(1) Sachverhalt und Verfahren

Die Football Association Premier League (FAPL) betreibt die führende englische Profifussball-Liga **Premier League** und vergibt u.a. die Lizenzrechte für deren Fernsehausstrahlung. Die **Vergabe der Ausstrahlungsrechte** erfolgt gebietsweise und jeweils für drei Jahre auf Basis eines offenen Ausschreibungsverfahrens, wobei die Nachfrage durch die Fernsehveranstalter das geographische Gebiet bestimmt, auf dem die FAPL ihre Rechte vergibt. Aufgrund des üblicherweise nationalen Tätigkeitsgebiets der einzelnen Fernsehveranstalter und der damit verbundenen geringen Nachfrage nach europa- oder weltweiten Lizenzen erfolgt die Rechtevergabe **in der Regel auf nationaler Ebene**. Die erfolgreichen Bieter erhalten im jeweiligen Gebiet das ausschliessliche Recht zur Live-Ausstrahlung der Spiele der Premier League, wobei sie sich im Rahmen der Lizenzvereinbarung mit der FAPL zur Sicherung der **gebietsabhängigen Exklusivität** verpflichten, die Live-Ausstrahlung nur innerhalb ihres Sendegebiets zugänglich zu machen. Dazu haben sie eine sichere Verschlüsselung von über Satellit empfangbaren Sendungen zu gewährleisten und dafür Sorge zu tragen, dass die entsprechenden **Decodiervorrichtungen** (Satellitendecoder und Decoderkarten) **nur innerhalb des**

Lizenzgebiets zur Verfügung stehen. Im Fall der griechischen Lizenznehmerin NetMed Hellas, die ihre Sendungen über die NOVA-Satellitenplattform überträgt, sollte dies dadurch sichergestellt werden, dass der Abschluss eines privaten oder gewerblichen Abonnements zum Empfang der Premier League von der Angabe eines Namens sowie einer Adresse und Telefonnummer in Griechenland abhängig gemacht wurde. Private oder gewerbliche Abonnements für den Empfang innerhalb des Vereinigten Königreichs wurden dagegen ausschliesslich und zu höheren Preisen von der dortigen Lizenznehmerin BSkyB angeboten.

Aufgrund der **hohen Preisunterschiede** gingen einige Gastwirtschaften im Vereinigten Königreich dazu über, die bei ihnen gezeigten Live-Übertragungen der Premier League über ausländische Sender wie die griechische NOVA-Plattform zu beziehen. Dazu beschafften sie sich zumeist über spezialisierte Händler die entsprechenden **ausländischen Decodiervorrichtungen**, die zwar mit Zustimmung der jeweiligen Diensteanbieter hergestellt und in Verkehr gebracht worden waren, in der Folge aber von den Gastwirten aufgrund der bereits beschriebenen Lizenzbeschränkungen **vertragswidrig** im Vereinigten Königreich eingesetzt wurden. Die FAPL sah im Handel mit den ausländischen Decodiervorrichtungen, in deren Besitz zu gewerblichen Zwecken, sowie in der damit erfolgten öffentlichen Wiedergabe von Live-Übertragungen der Premier League eine **Verletzung** ihres **geistigen Eigentums** an den übertragenen Spielen. Sie ging deshalb aus dem **Copyright, Designs and Patents Act** und dem darin geregelten Verbot der Einfuhr, des Verkaufs und der Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen zum Empfang von im Inland geschützten Rundfunkdiensten aus dem Ausland **in drei zivilrechtlichen** (Rs. C-403/08) und einem strafrechtlichen Ausgangsverfahren (Rs. C-429/08) gegen die betreffenden Händler und Gastwirte vor.

Unter diesen Umständen haben die befassten Gerichte die Verfahren ausgesetzt und dem EuGH





mehrere *Fragen zur Auslegung des Unionsrechts* vorgelegt, darunter:

«1. Sind die Art. 34, 36 und 56 AEUV dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wonach im Inland die Einfuhr, der Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die Zugang zu einem codierten Satellitenrundfunkdienst aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen, der nach der Regelung des erstgenannten Staates geschützte Gegenstände umfasst, rechtswidrig sind?»¹

2. Stellen die Klauseln eines Vertrags über eine ausschliessliche Lizenz zwischen einem Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums und einem Sendeunternehmen eine nach Art. 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung dar, sofern sie dem Sendeunternehmen die Pflicht auferlegen, ausserhalb des vom betreffenden Lizenzvertrag erfassten Gebiets keine Decodiervorrichtungen zur Verfügung zu stellen, die Zugang zu den Schutzgegenständen des Rechtsinhabers gewähren?»²»

Die vorliegende Darstellung beschränkt sich auf die das Primärrecht betreffenden Vorlagefragen. Eine Reihe weiterer Vorlagefragen in der Rechtssache *FAPL und Murphy* beschäftigte sich mit dem einschlägigen Sekundärrecht, auf das hier nicht eingegangen werden soll.

(2) Urteil

(a) Aspekt der Dienstleistungsfreiheit

Der EuGH bejahte die erste Frage im Hinblick auf die in *Art. 56 AEUV* niedergelegte Dienstleistungsfreiheit und kippte damit das in Rede stehende britische Verbot der Einfuhr, des Verkaufs und der Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen zum Empfang von im Inland geschützten Rundfunkdiensten aus dem Ausland.

Zum *Konkurrenzverhältnis zwischen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit* führte er dabei zunächst aus, dass eine nationale Massnahme, die sowohl den freien Warenverkehr als auch den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, grundsätzlich nur im Hinblick auf eine der beiden Grundfreiheiten zu prüfen sei, wenn die andere Freiheit ihr gegenüber völlig zweitrangig sei und ihr zugeordnet werden könne.³ Zwar seien beide Aspekte im Telekommunikationsbereich häufig so eng miteinander verknüpft, dass beide Grundfreiheiten gleichzeitig zu prüfen seien. In den Ausgangsverfahren ermögliche die Bereitstellung der Decodiervorrichtungen aber ausschliesslich die Inanspruchnahme der angebotenen Rundfunkdienste. Auch die nationale Verbotsnorm knüpfte an die Decodiervorrichtungen lediglich in ihrer Eigen-

schaft als Instrumente zum Empfang codierter Rundfunkdienste an, ohne nähere Anforderungen an die Geräte selbst zu stellen oder Voraussetzungen für ihr Inverkehrbringen festzulegen. Die fragliche Regelung betreffe somit vor allem den freien Dienstleistungsverkehr, während sich der *Aspekt des freien Warenverkehrs* demgegenüber als *völlig zweitrangig* erweise. Sie sei deshalb allein im Hinblick auf Art. 56 AEUV zu prüfen.⁴

Bei der *Prüfung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs* stellte der EuGH fest, dass die fragliche britische Regelung im Inland ansässige Personen vom Empfang codierter Satellitenrundfunkdienste aus anderen Mitgliedstaaten abhalte, indem sie die Einfuhr, den Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen verbiete. Zwar liege die Hauptursache für die Behinderung des Empfangs der betreffenden Sendungen in den Gebietsschutzklauseln, die in den Lizenzverträgen zwischen Rechteinhabern und Sendeunternehmen sowie in den Abonnementverträgen zwischen den Sendeunternehmen und ihren Kunden enthalten seien. Weil die britische Verbotsnorm diese Beschränkungen aber *unter rechtlichen Schutz* stelle und ihre Einhaltung unter Androhung von Sanktionen vorschreibe, beschränke sie selbst den freien Dienstleistungsverkehr.⁵

Bei der Frage der *Rechtfertigung* der festgestellten Beschränkung wiederholte der EuGH zunächst seine Rechtsprechung, nach der eine solche Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den *Schutz von Rechten des geistigen Eigentums* gerechtfertigt sein kann.⁶ Die *FAPL* könne an den Spielen der Premier League selbst aber kein Urheberrecht geltend machen, weil Fussballspiele, die Spielregeln unterliegen, für künstlerische Freiheit keinen Raum liessen und deshalb *nicht als geistige Schöpfungen (Werke) im Sinne des Urheberrechts* angesehen werden könnten. Auch sehe das Unionsrecht im Bereich des geistigen Eigentums keinen anderen Schutz für solche Sportereignisse vor. Gleichwohl komme Sportereignissen aufgrund ihrer Einzigartigkeit ein gewisser Originalcharakter zu, weshalb es den Mitgliedstaaten grundsätzlich freistehe, Sportereignisse ggf. unter dem Gesichtspunkt des geistigen Eigentums zu schützen. Sofern die britische Verbotsnorm also den Schutz von Sportereignissen zum Ziel habe, könne die mit ihr verbundene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt sein.⁷

In jedem Fall dürfe die Beschränkung aber nicht über das hinausgehen, was *zum Schutz des*





spezifischen Gegenstands des betreffenden geistigen Eigentums erforderlich sei. Der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums garantiere den Rechteinhabern allerdings nicht die höchstmögliche, sondern nur eine *angemessene Vergütung* für jede Nutzung der Schutzgegenstände. Eine angemessene Vergütung müsse in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen, wobei sich der wirtschaftliche Wert einer Fernsehsendung u.a. aus der tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote sowie der sprachlichen Fassung ergebe.⁸ Zu einer angemessenen Vergütung gehöre jedenfalls *nicht die Zahlung eines Preisaufschlags für eine absolute gebietsabhängige Exklusivität*, die geeignet ist, zu künstlichen Preisunterschieden zwischen den abgeschotteten nationalen Märkten zu führen, denn eine solche Marktabschottung und daraus resultierende künstliche Preisunterschiede seien mit dem europäischen Binnenmarkt nicht vereinbar. Der EuGH sah die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die britische Verbotsnorm somit im Ergebnis als nicht gerechtfertigt an.⁹

(b) Kartellrechtlicher Aspekt

Auch die Frage zur Auslegung von *Art. 101 AEUV* bejahte der EuGH. Dabei wies er zunächst noch einmal auf die alternative Verknüpfung des Zwecks und Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV hin und hob hervor, dass nach einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine bestimmte Vereinbarung erst dann zu fragen sei, wenn die Vereinbarung nach ihrem Inhalt nicht bereits eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke.¹⁰ Bei Lizenzverträgen über Rechte des geistigen Eigentums könne indes nicht allein aus dem Umstand, dass der Rechteinhaber einem einzigen Lizenznehmer *das ausschliessliche Recht* einräumt, einen Schutzgegenstand von einem Mitgliedstaat aus über Rundfunk auszustrahlen und somit dessen Ausstrahlung durch Dritte in einem bestimmten Zeitraum zu verbieten, *ein wettbewerbswidriger Zweck* gefolgert werden.¹¹ Solche Verträge dürften aber nicht die grenzüberschreitende Erbringung von Rundfunkdiensten einschränken und so die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte behindern, indem sie die Sendegebiete *an den nationalen Grenzen abschotten*. In solchen Fällen sei ein wettbewerbsbeschränkender Zweck der betreffenden Vereinbarungen zu vermuten, sofern nicht aus ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext etwas anderes folge.¹²

Die in den ausschliesslichen Lizenzverträgen zwischen der FAPL und den Rundfunkanstalten enthal-

tene Pflicht, keine Decodiervorrichtungen für den Empfang der lizenzierten Sendungen ausserhalb des Lizenzgebiets zur Verfügung zu stellen, untersage die grenzüberschreitende Erbringung der betroffenen Dienste, sodass jeder Rundfunkanstalt in ihrem Lizenzgebiet eine *absolute gebietsabhängige Exklusivität* eingeräumt und jeder Wettbewerb zwischen den Anstalten im Bereich dieser Dienste ausgeschaltet werde. Die Parteien hätten keine Umstände aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext der Vereinbarung dargelegt, aus denen etwas anderes gefolgert werden könne, weshalb von einem wettbewerbswidrigen Zweck der Klausel und damit von einer gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV *verbotenen Wettbewerbsbeschränkung* auszugehen sei.¹³

Eine *Rechtfertigung* der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV zog der EuGH nicht in Betracht.¹⁴ Insoweit verwies er lediglich auf seine Ausführungen zur fehlenden Verhältnismässigkeit der Beschränkung im Abschnitt zur Dienstleistungsfreiheit.

(3) Kommentar

Das Urteil des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *FAPL und Murphy* hat nicht nur aufseiten der Verantwortlichen im Profifussball, sondern auch und vor allem in der breiten Öffentlichkeit *besondere Beachtung* gefunden. Dabei ist die Aufmerksamkeit keineswegs bahnbrechenden Erkenntnissen geschuldet, die der EuGH erstmals in seinem Urteil formuliert hätte, sondern – im Falle der Funktionäre – dem Umstand, dass ein trotz rechtlicher Bedenken seit Jahrzehnten¹⁵ gelebtes und (im Vereinigten Königreich) gesetzlich geschütztes Vermarktungsmodell von Grund auf neu durchdacht werden muss, und – im Falle der Öffentlichkeit – der schlichten Hoffnung auf günstigeren Profifussball im Pay-TV,¹⁶ die aber wohl enttäuscht werden wird.¹⁷

(a) Aspekt der Dienstleistungsfreiheit

Insbesondere was die Antworten zur Auslegung der Dienstleistungsfreiheit betrifft, ist das Urteil nicht sonderlich überraschend. Unter diesem Aspekt sind lediglich zwei Gesichtspunkte herauszugreifen, die beachtenswert sind. Zum einen argumentiert der EuGH bei der Prüfung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ausschliesslich aus Sicht der Dienstleistungsempfänger, d.h. mithilfe der *passiven Dienstleistungsfreiheit*. Freilich beschränkt die in Rede stehende britische Verbotsnorm auch die *aktive Dienstleistungsfreiheit* der EU-ausländischen Rundfunkanbieter, indem sie neben der Verwendung auch die Einfuhr und den Verkauf ausländi-





scher Decodiervorrichtungen untersagt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Rundfunkanbieter ihrerseits angesichts der mit der FAPL getroffenen Lizenzvereinbarung samt absolutem Gebietsschutz überhaupt ein Interesse an der Erbringung ihrer Dienstleistungen ausserhalb ihres Lizenzgebiets hatten oder nicht. Wie der EuGH zutreffend festgestellt hat, genügt bereits die Tatsache, dass eine **privatvertragliche Beschränkung** der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen somit **unter rechtlichen Schutz** gestellt wird.

Andererseits darf diese Feststellung des EuGH, in deren Zusammenhang er ausführte, die «Hauptursache für die Behinderung des Empfangs (der Rundfunkdienste liege) in den zwischen den Sendeunternehmen und ihren Kunden geschlossenen Verträgen, in denen sich die Gebietsbeschränkungsklauseln (...) zwischen den Sendeunternehmen und den Inhabern der Rechte des geistigen Eigentums (widerspiegeln)»¹⁸, auch über eines nicht hinwegtäuschen: Durch die britische Verbotsnorm wurde eine bestehende vertragliche Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs nicht nur unter gesetzlichen Schutz gestellt; sie wurde **auch intensiviert**. Es liegt auf der Hand, dass ein **gesetzliches Verbot**, das noch dazu strafrechtliche Sanktionen vorsieht, für die Verbotsadressaten eine ganz andere Qualität aufweist und ein Zuwiderhandeln **deutlich effektiver** unterbindet als eine rein vertragliche Bestimmung.

(b) Kartellrechtlicher Aspekt

Die besondere Beachtung, die dem Urteil zuteil wird, ergibt sich ganz überwiegend aus dem kartellrechtlichen Aspekt der Entscheidung. Hier hat der EuGH trotz seiner anfänglichen Feststellung, dass es sich bei Sportereignissen nicht um geistige Schöpfungen im Sinne des Urheberrechts handelt, die Vermarktung von Senderechten an Sportereignissen der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten weitgehend gleichgestellt und die von ihm zum Lizenzkartellrecht entwickelte **Abgrenzung zwischen offenen ausschliesslichen Lizenzen und (geschlossenen) ausschliesslichen Lizenzen mit absolutem Gebietsschutz**¹⁹ übertragen. Für die Vergabe von Senderechten an Sportereignissen folgt daraus zweierlei:

Erstens begründet die Einräumung einer **ausschliesslichen Sendelizenz** an einen einzigen Lizenznehmer für das Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten **nicht per se eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung** im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV.²⁰ Im Gegenteil wird im

Rundfunkbereich regelmässig sogar von der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen auszugehen sein. Dies ergibt sich bereits, ohne dass dies vom EuGH ausdrücklich hervorgehoben werden musste, aus der noch immer ganz überwiegend durch nationale Sender und Anstalten geprägten Rundfunklandschaft und der Notwendigkeit verschiedener Sprachversionen für die übertragenen Sendungen.²¹ Im Übrigen kann insoweit eine **Parallele** zu den im Vertriebskartellrecht wegen ihrer typischerweise positiven Wirkungen auf den grenzüberschreitenden Waren- bzw. Dienstleistungsverkehr als solche regelmässig für zulässig erachteten **Alleinvertriebsvereinbarungen** gezogen werden.²²

Zweitens dürfen den Sendeunternehmen im Rahmen ausschliesslicher Sendelizenzen aber **keine Beschränkungen** auferlegt werden, **die darauf abzielen, innerhalb des Binnenmarkts nationale Märkte abzuschotten** oder die Durchdringung der nationalen Märkte zu erschweren, wie es der EuGH für die in den Ausgangsverfahren auferlegte Verpflichtung, keine Decodiervorrichtungen ausserhalb des jeweiligen Lizenzgebiets zur Verfügung zu stellen, festgestellt hat.²³

Gerade bei der zweiten Folgerung handelt es sich im Kartellrecht, das wie kaum ein anderes Rechtsgebiet das **Binnenmarktziel** fördert,²⁴ eigentlich um eine **Selbstverständlichkeit**: Wenn schon aus bestimmten Gründen ein schutzwürdiges Bedürfnis nach Ausschliesslichkeit besteht, so muss diese zumindest als **offene Ausschliesslichkeit**, d.h. **ohne absoluten Gebietsschutz**, ausgestaltet werden. Im Ergebnis darf sich der Rechteinhaber also zwar verpflichten, in einem bestimmten Gebiet nur eine Lizenz zu vergeben und dem Lizenznehmer selbst keine Konkurrenz zu machen.²⁵ Er darf jedoch nicht seinerseits den Lizenznehmer durch die Auferlegung absoluter Gebietsschutzklauseln an der grenzüberschreitenden Erbringung seiner Dienstleistungen im Binnenmarkt hindern. Es geht hier letztlich um eine der Verhinderung von Parallelimporten vergleichbare Problematik.

Umso deutlicher stellt sich deshalb die Frage, warum bei der Vermarktung von Senderechten im Profifussball über Jahrzehnte auf ein Vermarktungsmodell vertraut wurde, das derartige Beschränkungen vorsieht. Zum einen wurde versucht, die Zulässigkeit dieses Modells aus der mehr als 30 Jahre alten **Coditel I-Entscheidung** zu folgern,²⁶ in welcher der EuGH die gebietsabhängige Beschränkung von Vorführungsrechten an einem Kinofilm gebilligt und festgehalten hatte, «der blosser Umstand, dass diese räumlichen Begrenzun-





gen mit den Staatsgrenzen zusammenfallen können, führt nicht zu einer anderen Betrachtungsweise, wenn man bedenkt, dass die Veranstaltung von Fernsehsendungen in den Mitgliedstaaten gegenwärtig in hohem Masse auf gesetzlichen Monopolen beruht und demgemäss eine andere Abgrenzung des räumlichen Geltungsbereichs [...] häufig nicht praktikabel wäre». ²⁷ Diese Entscheidung ist durch die angesichts der **Öffnung des Rundfunkmarktes** in der Union inzwischen völlig veränderte rechtliche Ausgangssituation aber als überholt anzusehen. ²⁸

Zum anderen ist der Grund für das Festhalten am etablierten Vermarktungsmodell, abseits der wohl zu Recht vorgeworfenen Gewinnmaximierung, ²⁹ sicher auch darin zu sehen, dass dieses Vermarktungsmodell es erlaubte, die **unterschiedliche Zahlungsbereitschaft der Endkunden in den einzelnen Mitgliedstaaten** aufzufangen. Fraglos ist das Interesse an der Premier League und damit auch die Zahlungsbereitschaft ³⁰ für die entsprechenden Rundfunkdienste im Vereinigten Königreich um ein Vielfaches höher als im Ausland. Die mit dem Vermarktungsmodell verfolgte Abschottung der nationalen Märkte, genauer gesagt des britischen Marktes, ermöglichte die Aufrechterhaltung eines deutlich niedrigeren Preisniveaus ausserhalb des Vereinigten Königreichs. Mit dem absoluten Gebietsschutz entfällt nun auch diese einfache Differenzierungsmöglichkeit nach der Zahlungsbereitschaft in den einzelnen Mitgliedstaaten. Es ist deshalb nicht auszuschliessen, dass die Ausstrahlungsrechte künftig nur im jeweils lukrativsten Markt, im vorliegenden Fall also im Vereinigten Königreich, oder EU-weit an einen Lizenznehmer vergeben werden, um eine Beeinträchtigung des Preisniveaus durch günstige Abonnements aus anderen Mitgliedstaaten zu verhindern. ³¹ Damit würden Live-Übertragungen der Premier League ausserhalb des Vereinigten Königreichs teurer oder gar unzugänglich. ³² Etwas überspitzt formuliert, würde der Markt für die Rundfunkübertragung der Premier League, der von einer weitgehend an den nationalen Grenzen orientierten Anbieterstruktur (Rundfunkunternehmen) und einer ganz überwiegend in einem Mitgliedstaat (Vereinigtes Königreich) stattfindenden Nachfrage geprägt ist, gleichsam nach Europa getragen und so die mit der Übertragung von **Auslandsfussball** verbundene **kulturelle und sportliche Integration** auf Kosten einer kartellrechtlich bewirkten Binnenmarktintegration in Mitleidenschaft gezogen.

Angesichts dieser Gefahr wäre eine Auseinandersetzung des EuGH mit den Vorteilen des bisher-

gen Vermarktungsmodells wünschenswert gewesen. Neben einer **Rechtfertigung** der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung, die er mit dem lapidaren Hinweis ablehnte, dass die in den Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Lizenzvertragsklauseln den Erfordernissen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht genügten, zog der EuGH offenbar zwar auch eine «aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext solcher Klauseln» folgende **tatbestandliche Reduktion des Kartellverbots** (in der Variante des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung) in Betracht. ³³ Eine Antwort auf die Frage, welche konkreten Umstände **aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext** so bereits auf Tatbestandsebene in die Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung einzustellen sind, blieb der EuGH indes schuldig. Stattdessen gab er lediglich zu erkennen, dass er die Parteien auch hinsichtlich solcher Umstände in der Darlegungslast sieht. Ob allerdings auf diesem Wege ausserwettbewerbliche Gesichtspunkte, wie etwa die bereits angesprochene kulturelle und sportliche Integration, im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt werden können, erscheint äusserst fraglich. Bereits die Formulierung des EuGH, die auf den «rechtlichen und wirtschaftlichen» Kontext und die sich daraus ergebende fehlende Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung abstellt, lässt darauf schliessen, dass der EuGH hier **nur wettbewerbliche Faktoren** einbeziehen will. Auch auf Ebene der Rechtfertigung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist spätestens seit dem Übergang zum System der Legalausnahme (vgl. Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003) ein streng wettbewerbliches Verständnis zugrunde zu legen, das **keinen Raum für ausserwettbewerbliche Überlegungen** lässt. ³⁴ Aus der gem. **Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV** gebotenen Förderung der europäischen Dimension des Sports und der Berücksichtigung seiner Besonderheiten folgt im Übrigen nichts anderes. Zwar erwähnte der EuGH diese Vorschrift im Urteil bei der Frage nach dem urheberrechtlichen Schutz von Sportereignissen. ³⁵ Sie betrifft aber nur Angelegenheiten von rein sportlichem Interesse, während die **kommerzielle Seite des Sports uneingeschränkt an den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln zu messen** ist. ³⁶

Am Ende kann selbst das zugegebene wettbewerbliche Argument, ohne absoluten Gebietschutz verschwinde der «flourierende Markt» für Auslandsfussball, nicht überzeugen. Denn wie die Vorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV («ohne dass [...] Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind») verdeutlicht, sind selbst **wettbewerbsfördernde**





Gesichtspunkte, die mit einer Wettbewerbsbeschränkung einhergehen, **nur dann rechtfertigend** zu berücksichtigen, wenn die **Wettbewerbsbeschränkung** insoweit **alternativlos** ist.³⁸ Das muss erst recht für etwaige tatbestandliche Restriktionen des Kartellverbots gelten. Von einer solchen Alternativlosigkeit des bisherigen Vermarktungsmodells ist indes nicht auszugehen. Es wurden bereits **zahlreiche Gestaltungsvarianten** aufgezeigt.³⁹ Grosse Bedeutung kommt dabei m.E. der Zweitverwertung der nationalen Ligaspiele im europäischen Ausland zu. Ein **Ausbau der Zweitverwertung**, z.B. in Form von zeitverzögerten Übertragungen oder Spielzusammenfassungen, könnte etwaige Preissteigerungen oder Angebotseinschränkungen bei der Erstverwertung (Live-Übertragung) im Ausland kompensieren, ohne dass der Markt für Auslandsfußball und die damit verbundene kulturelle und sportliche Integration erheblich in Mitleidenschaft gezogen würden. Insofern handelt es sich bei der Wahl des neuen Vermarktungssystems nicht bloss, wie die Generalanwältin anmerkte, um eine **wirtschaftliche Entscheidung**,⁴⁰ sondern eben auch um eine Entscheidung, mit der die Rechteinhaber ihrer **gesellschaftlichen Verantwortung** für den europäischen Fussball gerecht werden müssen. Dabei hat sich das neue System nicht auf die vom EuGH-Urteil direkt betroffene Satellitenübertragung zu beschränken, denn das Urteil lässt sich auf andere Vermarktungswege mit ähnlichen Gebietsbeschränkungen übertragen. Dies betrifft etwa das sog. **Geo-Blocking**,⁴¹ d.h. die technische Limitierung des Zugriffs auf bestimmte geographische Gebiete bei der Vermarktung im Internet.

* Ass. iur. Martin Fink ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz.

¹ So die Zusammenfassung der Art. 101 AEUV betreffenden Vorlagefragen, Urteil, Rn. 76; für den vollständigen Wortlaut siehe Rn. 54, Vorlagefrage 8 lit. b und 9, Rn. 55, Vorlagefrage 6.

² So die Zusammenfassung der die Art. 34, 36 und 56 AEUV betreffenden Vorlagefragen, Urteil, Rn. 134; für den vollständigen Wortlaut siehe Rn. 54, Vorlagefrage 10, Rn. 55, Vorlagefrage 8.

³ EuGH Urteil, Rn. 78, mit Verweis auf EuGH vom 2. Dezember 2010, C-108/09 *Ker-Optika bt* v. *ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, Rn. 43.

⁴ Urteil, Rn. 79 ff.

⁵ Urteil, Rn. 86 ff.

⁶ Urteil, Rn. 94, mit Verweis auf EuGH Slg. 1980, 881 *Coditel u.a.* v. *Ciné Vog Films u.a.* (*Coditel I*), Rn. 15 f., sowie Slg. 1981, 147 *Musik-Vertrieb membran GmbH und K-tel International* v. *GEMA*, Rn. 9 und 12.

⁷ Urteil, Rn. 96 ff.

⁸ Urteil, Rn. 109 f., mit Verweis auf EuGH Slg. 2005, I-7199 *Lagardère Active Broadcast* v. *SPRE und GVL*, Rn. 51, sowie

Erwägungsgrund 17 der Satellitenrundfunkrichtlinie 93/83/EWG, ABl. 1993, L 248, S. 15.

⁹ Urteil, Rn. 114 ff.

¹⁰ Urteil, Rn. 135, mit Verweis auf EuGH Slg. 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands BV u.a.* v. *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Rn. 28, sowie Slg. 2009, I-9291 *GlaxoSmithKline Services u.a.* v. *Kommission u.a.*, Rn. 55.

¹¹ Urteil, Rn. 137, mit Verweis auf EuGH Slg. 1982, 3381 *Coditel SA u.a.* v. *Ciné Vog Films SA u.a.* (*Coditel II*), Rn. 15.

¹² Urteil, Rn. 139 f.

¹³ Urteil, Rn. 141 ff.

¹⁴ Urteil, Rn. 145.

¹⁵ *Heermann*, WRP 2012, 371 (378).

¹⁶ Vgl. etwa Spiegel Online vom 04. Oktober 2011, Urteil zu Pay-TV: Fußballschauen wird billiger, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,789752,00.html> (zuletzt besucht am 10. Juni 2012).

¹⁷ Dazu Zeit Online vom 05. Oktober 2011, EuGH-Urteil: Billiger wird Fußballschauen sicher nicht, abrufbar unter <http://www.zeit.de/sport/2011-10/eugh-murphy-paytv-urteil-2> (zuletzt besucht am 10. Juni 2012).

¹⁸ Urteil, Rn. 88.

¹⁹ Vgl. dazu EuGH Slg. 1982, 2015 *L.C. Nungesser KG und Kurt Eisele* v. *Kommission (Maissaatgut)*, Rn. 53.

²⁰ Urteil, Rn. 137 f.

²¹ Vgl. insoweit EuGH Slg. 1982, 3381 *Coditel II*, Rn. 16. In der bereits in Bezug genommenen Entscheidung *Maissaatgut*, die ein technisches Schutzrecht betraf, wurde beispielsweise die Verbreitung einer neuen Technologie für das Bedürfnis nach Ausschliesslichkeit ins Feld geführt, EuGH Slg. 1982, 2015 *Maissaatgut*, Rn. 55 ff.

²² Vgl. dazu EuGH Slg. 1966, 322 *Établissements Consten S.à.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH* v. *Kommission*, Leitsatz 8; *Wiedemann/Kirchhoff*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. (2008), § 10 Rn. 50; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 1, 4. Aufl. (2007), Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 357 f.

²³ Urteil, Rn. 139 ff.

²⁴ Dazu bereits *Fink*, ELR 2011, 326 (332); vgl. auch *Glöckner*, Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (2011), Rn. 407.

²⁵ *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 1, 4. Aufl. (2007), Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 367.

²⁶ Vgl. Urteil, Rn. 118.

²⁷ EuGH Slg. 1980, 881 *Coditel I*, Rn. 16. Die dortigen Feststellungen des EuGH bezogen sich allerdings auf die Dienstleistungsfreiheit, deren Anwendbarkeit auf die Tätigkeit der Kabelfernsehgesellschaften, die dem Ausgangsverfahren zugrunde lag, er unterstellte.

²⁸ Vgl. Urteil, Rn. 121. Im Übrigen ist die Entscheidung wegen des ihr zugrunde liegenden Sachverhalts nicht übertragbar, dazu Urteil, Rn. 119 f., sowie *Heermann*, WRP 2012, 371 (376).

²⁹ *Heermann*, WRP 2012, 371 (381).

³⁰ *Cording/Bagger*, SPONSORS 5/2011, 66 (67).

³¹ Schlussanträge Generalanwältin *Kokott* vom 3. Februar 2011, verb. Rs. C-403/08, C-429/08 *FAPL und Murphy*, Nr. 201.

³² *Cording/Bagger*, SPONSORS 5/2011, 66 (67).

³³ Vgl. Urteil, Rn. 140 ff.

³⁴ *Koch*, ZHR 169 (2005), 625 (647, passim).

³⁵ Urteil, Rn. 101.

³⁶ *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 165 AEUV, Rn. 16; vgl. EuGH Slg. 2006, I-6991 *David Meca-Medina und Igor Majcen* v. *Kommission*, Rn. 22 ff.

³⁷ *Cording/Bagger*, SPONSORS 5/2011, 66 (67).





³⁸ Ausführlich *Immenga/Mestmäcker/Ellger*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 1, 4. Aufl. (2007), Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 264 ff.

³⁹ Z.B. bei *Kreile*, ZUM 2011, 719 (720 ff.); *Heermann*, WRP 2012, 650 (654 ff.). Bei der Entwicklung von alternativen Vermarktungsmodellen wird indes sorgfältig darauf zu achten sein, dass nicht eine Wettbewerbsbeschränkung (absoluter Gebietsschutz) durch eine andere ersetzt wird. Vor diesem Hintergrund sind die vorgeschlagenen Adäquanzklauseln (Vergabe der Senderechte im Ausland unter der Bedingung, dass

die Endabnehmerpreise denjenigen im Liga-Inland entsprechen) und Koppelungsangebote (z.B. Verknüpfung des Abonnements der gewünschten ausländischen Liga mit einem Abonnement der inländischen Liga) kritisch zu betrachten.

⁴⁰ Schlussanträge, Nr. 202.

⁴¹ *Ranke/Roßnagel*, MMR 2012, 152 (154, 156); vgl. *Heermann*, WRP 2012, 650 (651).

II.

Marco Bronckers* and Anne Vallery**, Brussels

Norway Post: The EFTA Court advances the debate on human rights and administrative competition law enforcement

(Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority, EFTA Court, Judgment of 18 April 2012, E-15/10)

(1) Facts, Procedure and Judgment

Posten Norge AS (hereinafter «Norway Post») is the national postal service operator in Norway. In 1999, Norway Post decided to reduce its network cost of providing *business-to-consumer parcel service* (hereinafter «B-to-C») with over the counter delivery, by creating a *Post-in-Shop network* (hereinafter «PiS»). The PiS system provides a range of postal and financial services in retail outlets such as supermarkets, grocery stores, kiosks and petrol chains. Following the presentation of the concept, agreements with NorgesGruppen/Shell, ICA Norges AS and COOP NKL BA were signed. From 2000 to 2006, all agreements contained an *exclusivity clause*, expressly mentioning the activity of «delivery of parcels» as subject to a non-compete clause. Norway Post's market share during that period remained close to or above 98%.

On 24th June 2002, the EFTA Surveillance Authority (hereinafter «ESA») received a *complaint* from Schenker North AB and Schenker Privpak AS (hereinafter «Privpak»), concerning the exclusive agreements between Norway Post and NorgesGruppen/Shell, ICA and COOP for the establishment of PiS in their retail outlets. Privpak claimed that Norway Post had engaged in anti-competitive practices in violation of Article 54 of the EEA Agreement and that, as a result of those exclusive agreements, it was prevented from developing a rival B-to-C parcel service network in Norway.

On 14th July 2010, ESA found in favour of Privpak, stating that Norway Post had *abused its dominant*

position in the B-to-C parcel market between 2000 and 2006. Norway Post was ordered to bring the infringement to an end, to refrain from further abusive conduct and was fined EUR 13.89 million. However, taking into account the duration of the administrative procedure, ESA reduced the total fine to EUR 12.89 million.

On 14 September 2010, Norway Post appealed before the EFTA Court seeking to annul ESA's decision or, alternately, annul or substantially reduce the fine. On 18 April 2012, the EFTA Court rendered its decision, denying Norway Post's appeal.

(2) Comment

A key issue raised by the *Norway Post* appeal was how closely (or how deferentially) the EFTA Court was supposed to *review the merits of ESA's decision*. If the EUR 12+ million fine is viewed as a *criminal sanction*, *fair trial principles* derived from the European Convention of Human rights come into play.

The following comments will focus on the EFTA Court's reflections regarding the *compatibility of the competition law proceedings* in this case with *fair trial rights principles*. Both the administrative proceedings before ESA, as well as the review proceedings before the EFTA Court, are identical to competition law proceedings before the European Commission and the EU Courts. The EFTA Court's judgment, therefore, is of particular interest to EU competition law practitioners. To assess this judgment's implications, we need to take a step back and recall the development of the debate in the EU.



GESCHÄFTSLEITUNG

Dr. rer. pol. Doris Baudenbacher-Tandler, Luxemburg

REDAKTION

Dr. Philipp Speitler (Chefredaktion)
Ref. iur. Moritz Am Ende (Staatliche Beihilfen)
Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (Immaterialgüterrecht)
RA Ferdinand Ochs/Univ.-Prof. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel (Steuerrecht)
RA Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn, Mag. iur. LL.M. (Bank- und Kapitalmarktrecht)
Dr. Henning Kahlert, LL.M. (Vergaberecht)
Dr. Vincent Kronenberger (Wettbewerbsrecht)
Ref. iur. Romen Link (Markenrecht)
Mag. Dr. Klaus Mayr, LL.M. (Arbeits- und Sozialrecht)
RA Markus Rübenstahl, Mag. iur. (Justiz und Inneres)
Cand. phil. Magnus Schmauch, LL.M. (Staatliche Beihilfen)
PD. Dr. Myriam Senn, LL.M. (Finanzdienstleistungsrecht)
Dr. Gabriel N. Toggenburg, LL.M. (Institutionen und Grundfreiheiten)
RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M. (Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht)
Dr. Christine Würfel

AUTOREN (INNEN) DIESER AUSGABE

RA Alexander Berstein, LL.M., München
Professor Marco Bronckers, LL.M., JD, Attorney-at-Law, Brüssel
Ass. iur. Martin Fink, Konstanz
RA Dr. iur. Arno Grohmann, Stuttgart
RA Dr. Arthur Stadler, Wien
Anne Vallery, LL.M., JD, Attorney-at-Law, Brüssel
Mag. Jeannine Weissel, LL.M., Wien
Constanze Zahm, LL.B., Dresden/Luxemburg

Impressum

in
Zusammenarbeit
mit dem



Institut
für
Europarecht
an der
Universität
St. Gallen HSG

ABONNEMENTS:

Verlag radical brain S.A.
L-1024 Luxemburg
Postfach 2455
info@elr.lu
www.elr.lu

ERSCHEINUNGSWEISE:

Monatlich

BEZUGSBEDINGUNGEN:

Der Jahresbezugspreis beträgt Euro 350,- plus MwSt. und anteilige Versandkosten.
Das Abonnement kann jederzeit ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.
Allfällige Guthaben werden in diesem Fall zurückerstattet.

© EUROPEAN LAW REPORTER ELR:

Vervielfältigungen, insbesondere Kopien und Nachdrucke, nur mit Genehmigung.
Weiterverbreitung in elektronischen Medien ist untersagt.

ZITIERWEISE: ELR

Der ELR im Internet: www.elr.lu