

Patrik Eckstein

Exklusivverträge und Pay-TV

– Verfassungs- und kartellrechtliche Probleme der
Vergabe von exklusiven Fernsehrechten an Pay-TV-
Veranstalter am Beispiel der Fußball-Bundesliga –



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Frank Schöler

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich

Zugleich: Dissertation, Saarbrücken, Univ., 2000

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2000

ISBN 3-89675-788-1

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

Tel.: 089/277791-00 – Fax: 089/277791-01

Inhaltsverzeichnis

<u>Vorbemerkungen</u>	1
I. Einführung	4
1. Der Wandel der Fernsehlandschaft und seine Auswirkungen auf die Sportrechte	4
a. Die Entwicklung der Fernsehlandschaft hin zur dualen Rundfunkordnung	4
b. Entwicklungen im Bereich Pay- TV	5
c. Auswirkungen auf die Sportrechte	6
d. Die Kostenexplosion bei den Rechten für die Fußball Bundesliga	7
2. Die besondere Rolle des Fernsehens gegenüber Printmedien und Hörfunk	7
3. Der Exklusivvertrag - Arten und Rechtsnatur	8
a. Arten	9
b. Rechtsnatur der Verträge über Senderechte	11
4. Gesetzessuche	13
5. Zusammenfassung	14

II. Verfassungsrechtliche Komponente

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Rundfunkberichterstattung	15
a. Art. 5 GG	15
aa. Meinungs- und Informationsfreiheit des Art. 5 I 1 GG	15
bb. Die Rundfunkfreiheit des Art. 5 I 2 GG	16
cc. Grundgesetzliche Schranken des Art. 5 I GG	17
b. Art. 2 I GG	18
c. weitere Grundrechte	18
2. Die Bedeutung der Grundversorgung	19
a. Entwicklung des Begriffs	19
b Die Grundversorgung in den Urteilen des BVerfG	20
aa. FRAG Urteil, BVerfGE 57, 295	20
bb Niedersachsen Urteil, BVerfGE 73, 118	22
cc. Baden- Würtemberg Beschluß, BVerfGE 74, 297	23
dd. Nordrhein- Westfalen Urteil, BVerfGE 83, 238	24
c. Definition und dogmatische Grundlagen	25
aa. Demokratieprinzip	26
bb. Sozialstaatsprinzip	27
cc. Prinzip der kommunikativen Versorgungsgerechtigkeit	28
dd. Kulturstaaatsprinzip	28
ee. Ableitung aus Art. 5 I 2 GG	29
d. Fazit	29
3. Das Recht auf freie Kurzberichterstattung	30
a. Der Begriff der Kurzberichterstattung	30
aa. Entwicklung	30
bb. Zielsetzung	31

cc. Amtliche Begründung	32
dd. Definition	34
ee. Die Überprüfung des Rechts auf freie Kurzberichterstattung und dessen praktische Relevanz	35
4. Verfassungs- und zivilrechtliche Schranken der Rundfunkfreiheit	40
a. Grundrechte und Privatrecht	40
aa. „Lüth Urteil“	42
bb. „Blinkflur Urteil“	42
cc. Entscheidungen der Instanzgerichte	42
b. Schutzpflichten des Staates	43
c. Auswirkungen dieser Phänomene auf die vorliegenden Exklusivverträge	43
aa. Sittenwidrigkeit der Exklusivverträge	44
aaa. Die Norm des § 138 BGB und die Privatautonomie	44
bbb. Vergleich mit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts	45
ccc. Abwägungskriterien auf Seiten der ausgeschlossenen Unternehmen	45
ddd. Abwägungskriterien auf Seiten der sonstigen an Exklusivverträgen Beteiligten	47
eee. Abwägung der widerstreitenden Interessen	51
fff. Ergebnis	53
bb. Verpflichtungen der Legislative aus den ihr obliegenden Schutzpflichten	54
cc. Exkurs: Wirtschaftliche Überlegungen	56

III. Wettbewerbsrechtliche Komponente	57
1. Wettbewerb im Rundfunkbereich	57
a. Begriff und Zielsetzung des Wettbewerbs	57
b. Entwicklung des Wettbewerbs im Rundfunkbereich	59
c. Das Verhältnis des Rundfunkrechts zum Kartellrecht	60
2. Arten des Wettbewerbs im Rundfunkbereich	62
a. Ökonomischer Wettbewerb	63
aa. Programmbeschaffung	63
bb. Programmverbreitung und Programmfinanzierung	63
cc. Gefahren des ökonomischen Wettbewerbs	64
b. Publizistischer Wettbewerb	66
3. Nationale Maßnahmen zur Regulierung des Wettbewerbes im Rundfunkbereich	68
a. Rundfunkrechtliche Regulierung	69
aa. Der Funktionsbereich der öffentlich rechtlichen Rundfunkanstalten	69
bb. Die Regelung der Betätigung privater Rundfunkunternehmen	71
cc. Rundfunkrechtliche Schranken von Exklusivvereinbarungen	73
b. Wettbewerbsrechtliche Regulierung	74
aa. Überblick über Regelungstatbestände und Rechtsfolgen	74
bb. Die Unwirksamkeit von Exklusivverträgen nach § 1 GWB	76
cc. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 16 GWB	77
aaa. Tatbestandsvoraussetzungen	78
bbb. Eingriffsvoraussetzungen	83
ccc. Ergebnis	89
dd. Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung § 20 GWB	90

aaa. Normadressaten und geschützte Unternehmen	90
bbb. Marktbeherrschung bzw. relative Marktstärke	90
ccc. Unbillige Behinderung bzw. ungerechtfertigte Ungleichbehandlung	91
ddd. Rechtsfolgen	93
4. Europäisches Kartellrecht	95
a. Das Verhältnis der Art 81 ff EGV zu nationalem Recht	95
b. Art 81 EGV	96
aa. Normadressaten	96
bb. Formen wettbewerbsbeschränkenden Zusammenwirkens	96
cc. Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes	97
dd. Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel	100
ee. Freistellung vom Kartellverbot	100
c. Art 82 EGV	102
aa. Der Unternehmensbegriff	102
bb. Die Marktbeherrschung	103
cc. Mißbrauch	103
5. Zusammenfassung der kartellrechtlichen Problematik	105
III. Die internationale Ebene	106
1. Einleitung	106
2. Die Entwicklungen auf europäischer Ebene	107
a. Maßnahmen der EU	107
b. Maßnahmen des Europarates	108
c. Das Kompetenzproblem	109
aa. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	110
bb. Kompetenztitel Dienstleistungsfreiheit	111
cc. Kompetenztitel Kultur	112

dd. EG Kompetenz für § 3 a Richtlinie 97/36	113
d. Art 3a Richtlinie 97/36	115
3. Die Umsetzung der europäischen Vorgaben in Deutschland	116
a. Der Entwurf eines neuen § 5a Rundfunkstaatsvertrag	116
b. Rechtmäßigkeit der geplanten Änderung des Rundfunkstaatsvertrages	117
aa. Beurteilung nach Gemeinschaftsrecht	118
bb. Vereinbarkeit des § 5a RfStV - E mit Art 3a- Fernsehrichtlinie	119
cc. Vereinbarkeit des § 5a RfStV - E mit dem Grundgesetz	120
aaa. Formell	120
bbb. Materiell	120
ccc. Die Rückwirkungsproblematik	123
4. Die Exklusivitätsklausel und deren Durchsetzbarkeit über die Grenzen der EU und des FSÜ hinaus	125
a. Problemstellung	125
b. Die begrenzte Hoheitsgewalt der nationalen und der europäischen Exekutive und Legislative	126
c. Folgen für die Wirksamkeit der Listen und die Ausgestaltung des Schutzes	127
d. Mögliche Maßnahmen	127
aa. Vertragliche Vereinbarungen mit den Rechteinhabern	128
bb. Maßnahmen des nationalen und des europäischen Gesetzgebers	128
cc. Völkerrechtliche Verträge	129
5. Stand der Verwirklichung	129
a. Belgien	130
aa. Flämische Gemeinschaft	130
bb. Französischsprachige Gemeinschaft	130

b. Dänemark	130
c. Frankreich	131
d. Großbritannien	131
e. Italien	131
f. Niederlande	132
g. Portugal	132
h. Spanien	132
 6. Die Fußball Bundesliga und die Richtlinie	 133
 IV. <u>Zusammenfassung und Thesen</u>	 134
 V. <u>Schlußwort</u>	 141

nicht wert

erste Vorsitzende

symmetrisch gleich

Diese Anforderungen haben

bestimmten Parameter, die

in der Regel gewöhnlich in dieser Art

beachtet mit dem Charakteristika

überprüft werden soll, die

von nicht überprüfbar, sondern

nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

von nicht überprüfbar, sondern

II. Einführung

1. Der Wandel der Fernsehlandschaft und seine Auswirkungen auf die Sportrechte

a. Die Entwicklung der Fernsehlandschaft hin zur dualen Rundfunkordnung

Über mehr als 30 Jahre war der Rundfunk fest in den Händen von ARD und ZDF. Die öffentlich-rechtlichen Anstalten waren die einzigen Rundfunkanbieter. Andere Anbieter wurden mangels gesetzlicher Grundlage zunächst nicht zugelassen.⁹ Der Grund für die Wahl der Organisationsform "öffentlich-rechtliche Anstalt" liegt in der Historie begründet. Die öffentlich-rechtlichen Anstalten wurden als zwischen den Extremen Privat- und Staatsrundfunk liegende Zwischenform aufgrund der negativen Erfahrungen im Dritten Reich als sinnvolles Rundfunkorganisationsinstrument angesehen.¹⁰

Nachdem bereits in der Weimarer Republik die privaten Beteiligungen an dem neu entstehenden Medium Rundfunk sowie föderale Elemente mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt wurden, entwickelte sich der Rundfunk zur Zeit des Dritten Reichs "zum zentralen Instrument der Massenlenkung und der gesteuerten politischen und später auch militärischen Hysterie."¹¹ Der damalige Propagandaminister Goebbels verstand es, letzte föderale Strukturen zu zerschlagen, die exekutiven Kompetenzen auf das Propagandaministerium zu übertragen und das Management auf die Ideologie einzuschwören. Der Rundfunk wurde in den Dienst des nationalsozialistischen Regimes gestellt. Andere Ideen und Meinungen durften nicht zu Wort kommen.¹²

Im Nachkriegsdeutschland bestimmten die Siegermächte Organisation und Programminhalt des Rundfunks. Ziel der westlichen Siegermächte war es, einen demokratischen Rundfunk zu schaffen, der weder dem Staat noch privaten Kapitalgebern, sondern der Allgemeinheit gehören sollte. Finanziert werden sollte der Rundfunk aus Gebühren der Teilnehmer. Als Kontrollinstitute waren nicht der Staat, sondern unabhängigen Aufsichtsgremien vorgesehen.¹³

Ein weiterer zentraler Punkt war die Dezentralisierung. Deren Hintergrund war das Ziel, verschiedene Meinungen und Standpunkte zu Wort kommen zu lassen.

⁹ Herrmann, Rundfunkrecht § 7 Rn.96

¹⁰ Herrmann, Rundfunkrecht § 4 Rn.24 ff

¹¹ Buchwald S.258

¹² Buchwald S.258.

¹³ Buchwald S.259

Die Aufteilung der verschiedenen Rundfunkstationen war durch die Besatzungszonen und später durch die Bundesländer vorgegeben. Im Fernsehbereich erfolgte 1950 ein Zusammenschluß der verschiedenen Anstalten in einer Arbeitsgemeinschaft (ARD). Ziel dieser Kooperation war es auch, Angriffe auf die föderale Rundfunkstruktur von seiten des Bundes abzuwehren.¹⁴

Neben der Angst vor einem unkontrollierten Privatrundfunk lag ein Grund für die besondere Rolle der öffentlich-rechtlichen Anstalten darin, daß die Übertragungskapazitäten seinerzeit außergewöhnlich knapp waren und daher nur wenige Rundfunkunternehmen zugelassen werden konnten. Dazu trat die wirtschaftliche Überlegung, daß die Veranstaltung von Rundfunksendungen so hohe finanzielle Mittel erfordere, daß diese von Privaten nicht aufgebracht werden könnten.¹⁵

Noch im sogenannten "FRAG"- Urteil nahm das BVerfG gegenüber privaten Rundfunkanbietern eine reservierte Haltung ein.¹⁶ Allerdings wurde die Veranstaltung privaten Rundfunks grundsätzlich für zulässig erklärt. Dies führte bei den Befürwortern privaten Rundfunks dazu, die technische Entwicklung zu fördern, damit der Frequenzmangel überwunden werden kann, um so das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol zu brechen.¹⁷

Erst als Anfang der 80er Jahre durch neue Techniken wie Kabel und Satellit die vorher bestehende Frequenzknappheit obsolet wurde, setzten sich zunehmend diejenigen politischen Strömungen durch, die für einen privaten Rundfunk neben dem öffentlich-rechtlichen plädierten.¹⁸ Um die technischen und programmlichen Möglichkeiten einer Rundfunkausstrahlung per Kabel zu testen, wurde am 1.1.1984 in Ludwigshafen ein Kabelpilotprojekt gestartet.¹⁹

Mit dem Start von RTL am 2.1.1984 war es endgültig mit dem Monopol von ARD und ZDF vorbei. Die Ausstrahlung erfolgte von Luxemburg aus. Zunächst beschränkte sich der Empfang auf das Saarland sowie Teile von Nordrhein - Westfalen und Rheinland - Pfalz.²⁰ Es folgte am 1.1.1985 der Start von Sat 1. Auch etablierten sich zahlreiche private Hörfunksender. Die duale Rundfunkord-

¹⁴ Dörr, Programmvvielfalt S.118

¹⁵ Maunz, Dürig, Herzog § 5 Rn.218

¹⁶ BVerfGE 57, 295

¹⁷ Fromm S.31

¹⁸ Herrmann, Rundfunkrecht § 4 Rn.95 ff

¹⁹ Vom 1.1.1984 bis zum 31.12.1986; daneben gab es Pilotprojekte in München, Berlin und Dortmund Fromm S.31

²⁰ Herrmann, Rundfunkrecht § 4 Rn.98

nung war geboren.²¹ Diese setzt begriffsnotwendig die Verfassungsmäßigkeit des privaten Rundfunks voraus. Diese lange Zeit heftig umstrittene Frage wird heute allgemein bejaht.²² Darüber hinaus hat die Wirklichkeit Tatsachen geschaffen, die nicht mehr verändert werden können. Die Entwicklung der Streitfrage läßt sich am besten an den verschiedenen Rundfunkurteilen des BVerfG ersehen.²³

Die duale Rundfunkordnung umfaßt neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der den bisherigen Auftrag, die gesamte Bevölkerung zu versorgen, weiterführt und überwiegend durch Gebühren finanziert wird, außerdem private Veranstalter, die sich hauptsächlich aus Werbeeinnahmen finanzieren und weit mehr den Gesetzen des Marktes ausgesetzt sind.²⁴

Dem öffentlich - rechtlichen Rundfunk ist dabei die Grundversorgung zugewiesen. Dieser Begriff wird später umfassend erläutert.²⁵ Programme sollen nicht vornehmlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgestrahlt, sondern am Gemeinwohl orientiert werden. Auch Partikularinteressen sind zu befriedigen. Dies wird abgesichert durch eine binnenplurale Aufsicht sowie die Gebührenfinanzierung.²⁶

Ziel der Zulassung privater Anbieter war und ist, durch die Kräfte des Wettbewerbs die Vielfalt der Meinungen zu erhöhen und dem einzelnen Bürger eine größere Auswahlmöglichkeit zu eröffnen. Mittelbar erwartet man sich positive Aspekte für die Meinungsbildung. Die Anforderungen an das Programm sind von Verfassung wegen geringer als diejenigen des öffentlich - rechtlichen Rundfunks. Wie sie im einzelnen ausgestaltet werden, ist Sache des Landesgesetzgebers.²⁷

Demzufolge verabschiedeten die Länder parallel zu der Ausstrahlung der ersten privaten Programme nach und nach Privatrundfunkgesetze.²⁸ Auf eine erste Welle im Jahre 1984 folgten die anderen Bundesländer nach. Die Gründe hierfür lagen einmal in der Befürchtung, interessierte Unternehmen könnten in ein anderes Bundesland abwandern und andererseits in der Erkenntnis, daß es politisch nicht haltbar sei, den Bürgern eine zusätzliche Informationsquelle zu verschließen.²⁹

²¹ Herrmann, Rundfunkrecht § 7 Rn. 101

²² Herrmann, Rundfunkrecht § 7 Rn.103

²³ Vgl. III 2 b

²⁴ Maunz Dürig § 5 Rn. 237 b mit Verweis auf BVerfGE 73, 118, 125

²⁵ vgl. III 2

²⁶ Hesse Kap.4 Rn.1

²⁷ Hesse Kap.5 Rn.2ff

²⁸ Hesse Kap.1 Rn.86

²⁹ Hesse Kap.1 Rn.86

Allerdings können sich private Rundfunkanbieter nicht nur am Markt orientieren. Auch für sie gilt die Prämisse, daß ein gewisser Grad an Meinungsvielfalt gewahrt werden muß.³⁰ Wie dies geschieht, steht im Ermessen des jeweiligen Landesgesetzgebers.³¹ Das BVerfG stellt jedoch Mindestanforderungen an den Gesetzgeber:³²

- Gewährung eines Mindestmaßes an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung
- Verhinderung, daß private Veranstaltergemeinschaften eine Aushöhlung des öffentlichen Programmauftrages bewirken
- begrenzte Staatsaufsicht durch die Länder
- Eröffnung des gleichen Zugangs zur Veranstaltung privater Rundfunksendungen

b. Entwicklungen im Bereich Pay-TV³³

Gerade im Bereich "Sport" gewinnt eine neue Erscheinungsform zunehmend an Bedeutung: "Pay-TV".

Der Begriff Pay-TV beschreibt keine besondere Organisationsform des Rundfunks wie etwa die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Auch ist hiermit keine neue Übertragungstechnik verbunden. Vielmehr stellt Pay-TV eine dritte Finanzierungsform neben Werbung und Gebühren dar.³⁴

Pay-TV kann sowohl terrestrisch als auch über Kabel und Satellit übertragen werden. Zur Absicherung der Entgeltzahlungen durch den Kunden wird das ankommende Signal verschlüsselt. Diese Verschlüsselung kann decodiert werden. Dies geschieht durch einen Decoder, den der Kunde entweder kaufen oder mieten kann. Bei der Abrechnung ist zwischen zwei Systemen zu unterscheiden: Pay-per-view und Pay-per-channel. Letztere ist diejenige Form, unter der im allgemeinen Pay-TV verstanden wird. Der Kunde bezahlt unabhängig davon, ob er tatsächlich den Kanal einschaltet, eine Abonnementgebühr.

Als weitere - insbesondere für den Sport interessante - Erscheinungsform hat sich zunächst vor allem in den USA das sogenannte Pay-per-view entwickelt. Der Kunde zahlt, abgesehen von einer Grundgebühr, für die tatsächliche Nutzung.

In Deutschland gibt es derzeit zwei Sender, die sich über Abonnenten finanzieren: Premiere und DF 1. Diese sind nach dem Erwerb von Premiere durch die Kirch-

³⁰ Wenn auch nicht in gleichem Maße wie bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten

³¹ Pieroth/Schlink Rn.632

³² Pieroth/Schlink Rn.632 mit Verweis auf BVerfGE 57, 295, 324 f; 73, 118, 153; 83, 238, 296 f

³³ Ausführlich hierzu Diesbach S.19 ff

³⁴ Diesbach S.19