Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen aus kartellrechtlicher Sicht

Prof. Dr. iur. Peter W. Heermann, Bayreuth

1. Einleitung

Eine besondere Attraktivität erlangen Sponsoringvereinbarungen nicht nur im Sportbereich dadurch, dass zur Vermeidung einer Verwässerung des kommunikativen Auftritts[1] regelmässig ein vertragliches Verbot des Gesponserten von Abschlüssen vergleichbarer Verträge mit Konkurrenten des Sponsors vereinbart wird. Je nach Marktbedingungen und Verhandlungsmacht kann ein solches Verbot auch gleichsam mit umgekehrten Vorzeichen vereinbart werden. Denkbar ist damit der vertragliche Ausschluss des Abschlusses weiterer Sponsoringverträge des Sponsors mit Wettbewerbern des Gesponserten. Beide Formen solcher Exklusivitätsbindungen können schliesslich miteinander kombiniert werden.

Derartige Ausschliesslichkeitsbindungen haben im Sportbereich schon lange den Argwohn der Kartellbehörden geweckt. Erinnert sei etwa an die Verpflichtung der Spieler der deutschen Fussballnationalmannschaft, aufgrund eines vom Deutschen Fussball-Bund (DFB) abgeschlossenen exklusiven Ausrüstervertrages die Schuhe eines bestimmten Sportartikelherstellers zu tragen. Bereits zu Beginn der 1970er-Jahre[2] stufte das Kammergericht[3] diesen Sachverhalt – anders als zuvor noch das Bundeskartellamt (BKartA)[4] – aber nicht als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens des Fussballverbandes ein[5]. Mitte Dezember 2008 kündigte der Ausrüster des Deutschen Schwimm-Verbandes (DSV) den exklusiven Ausrüstungsvertrag fristlos, da – wie es in einer Pressemitteilung hiess – «*die Basis für eine weitere Zusammenarbeit [...] aufgrund der jüngsten Ereignisse nicht mehr gegeben*» gewesen sei[6]. Vorausgegangen waren öffentliche Ankündigungen einzelner Schwimmer des DSV, nicht länger in den Schwimmanzügen des Exklusiv-Ausstatters bei Wettkämpfen antreten zu wollen. Und nur einen Monat später kam es im Vorfeld der Weltmeisterschaften im Handball in Kroatien zu Unstimmigkeiten zwischen dem Deutschen Handballbund (DHB) und seinen Nationalspielern, weil Letztere vom DHB vorgelegte Spielervereinbarungen unterzeichnen sollten; darin sollten den Spielern verschiedene Pflichten im Umgang mit Verbandssponsoren und Ausrüstern auferlegt werden, die jeweils die Exklusivität der ihnen in den Sponsoringverträgen eingeräumten Rechte gefährdet sahen[7].

Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen stehen in ihrer Wirkung Wettbewerbsverboten gleich. Diese führen zwangsläufig je nach Umfang der Exklusivitätsbindung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht zu Wettbewerbsbeschränkungen. Damit liegt die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit derartiger Exklusivitätsklauseln in Sponsoringverträgen nahe. So wirtschaftlich bedeutsam Sponsoringverträge in den letzten Jahrzehnten nicht nur im Bereich des Sports geworden sind, so zurückhaltend ist die Auseinandersetzung mit den kartellrechtlichen Grenzen der für Sponsoringverträge typischen Ausschliesslichkeitsbindungen im Schrifttum sowie in der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und Gerichte. Nachfolgend sollen deshalb unter vorrangiger Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts die für die kartellrechtliche Bewertung solcher Klauseln wesentlichen Aspekte aufgezeigt und analysiert werden.

1 Vgl. hierzu Neil George Weiand/Ulrich Poser, Sponsoringvertrag, 3. Aufl., München 2005, 117.

2 In dem sog. Schuhkrieg, der in den Jahren 2006/2007 zwischen dem DFB und seinem bisherigen Sportartikelausstatter adidas aus Anlass der Verlängerung des seinerzeit bestehenden Ausrüstungsvertrags entbrannt war, spielten kartellrechtliche Fragen hingegen keine Rolle.

3 KG, WuW/E OLG 1429, 1438 – Deutscher Fussball-Bund.

4 BKartA, WuW/E BKartA 1433, 1438.

5 Ausführlich zur kartellrechtlichen Bewertung dieses Sachverhalts aus heutiger Perspektive Peter W. Heermann, Sportsponsoring und Kartellrecht, WRP 2009, 285, 286, 293, 294 f., 297 f.

6 Vgl. hierzu stellvertretend Bernd Steinle, Schwimmer sehen Leistungssport in Gefahr, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17. Dezember 2008, 30.

7 Vgl. stellvertretend Spiegel-Online vom 16. Januar 2009, «Handballer im Clinch mit dem Verband», abrufbar unter http://www.spiegel.de/sport/sonst/0,1518,601623,00.html (zuletzt besucht am 16. Juni 2009).

2. Meinungsstand

2.1 Schrifttum

Die Ausgangsproblematik wurde im deutschen Schrifttum bis vor Kurzem weitgehend vernachlässigt. In Praxishandbüchern werden die Vorzüge der Exklusivitätsklauseln in Sponsoringverträgen regelmässig aufgelistet, Ausführungen zur kartellrechtlichen Zulässigkeit fehlen indes zumeist[8]. In einem der gängigen Werke wurde zunächst darauf hingewiesen, derartige Regelungen seien dem Sponsoringvertrag aufgrund seiner Rechtsnatur immanent und stellten letztlich keine durch die Vereinbarung zustande gekommenen Wettbewerbsbeschränkungen dar, sodass die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Kartellbehörden nicht gegeben seien[9]. Diese pauschale kartellrechtliche Bewertung wurde in der Folgeauflage[10] fallengelassen. Indes sei von Fall zu Fall zu prüfen, ob eine Ausschliesslichkeitsbindung nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Diskriminierung oder – in besonders gelagerten Fällen – des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt[11].

Wesentlich zurückhaltender hat sich jüngst Renate Schaub[12] in ihrer Habilitationsschrift zur kartellrechtlichen Zulässigkeit der sponsoringtypischen Exklusivitätsbindungen geäussert. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots könne bereits nach § 1 GWB, der zugleich als gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB anzusehen sei, unzulässig sein, wenn Sponsor und Gesponserter – wie regelmässig – als Unternehmen i.S.d. § 1 GWB anzusehen seien und das Verbot eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt bezwecke oder bewirke[13]. Eine Anwendung des Kartellverbots komme in Betracht, sofern das Wettbewerbsverbot der einseitigen Stärkung der Marktposition des Gesponserten auf Kosten anderer Marktteilnehmer diene, wie es insbesondere bei professionellen Sportverbänden, aber auch bei sehr prominenten Einzelsportlern vorstellbar sei[14]. Berücksichtige man, dass Wettbewerbsverbote häufig neben dem Sponsoringobjekt auch die Marktposition von Sponsor und Gesponserten absichern sollen, würden derartige Absprachen ein relativ hohes Risiko für die Wirksamkeit des gesamten Vertrages darstellen, sofern nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, dass § 1 GWB aufgrund der Immanenztheorie ausnahmsweise nicht eingreife[15]. Sodann empfiehlt Renate Schaub, es solle stets geprüft werden, ob derartige Klauseln im Rahmen des konkreten Sponsoringvertrages wirklich erforderlich seien, insbesondere ob die Verwirklichung des mit dem Vertrag angestrebten überindividuellen Zwecks nicht auf andere Weise rechtlich abgesichert werden könne. Im Hinblick auf das europäische Kartellrecht rät Renate Schaub bei Sponsoringverträgen zu «einer möglichst weitgehenden Zurückhaltung bei der Aufnahme von Wettbewerbsverboten»[16]. Jedenfalls sollten diese «in gegenständlicher, zeitlicher und gegebenenfalls räumlicher Hinsicht auf ein Mindestmass beschränkt werden» [17].

Die von Renate Schaub geäusserte Empfehlung zur weitgehenden Zurückhaltung beim Einsatz von Exklusivitätsklauseln in Sponsoringverträgen insbesondere im Sportbereich steht im Widerspruch zur Vertragspraxis. So wandten sich in den einleitend geschilderten Fällen die Sponsoren unter Hinweis auf die mit den Gesponserten vereinbarte Exklusivität gegen den Wunsch einzelner der Verbandsgewalt unterstehenden Sportler, Ausrüstungsgegenstände (Fussballschuhe, Schwimmanzüge, Handballschuhe) anderer Sportartikelhersteller in Sportwettkämpfen tragen zu dürfen. Es ist davon auszugehen, dass die vereinbarte Exklusivität sich zu einem erheblichen Teil in der Höhe der von den Sponsoren zu entrichtenden Beiträge widerspiegelt. Stark vereinfachend lässt sich feststellen: Je umfangreicher die einem Sponsor eingeräumte Exklusivität, desto höher die Vergütung durch den Sponsor. Zudem ist ein von Fall zu Fall zu bestimmendes Mindestmass an Exklusivität erforderlich, um überhaupt Sponsoren gewinnen oder signifikante Sponsorenvergütungen erzielen zu können.

Bei dieser von wenig Rechtssicherheit geprägten Ausgangslage bietet sich an, zur kartellrechtlichen Bewertung

8 Vgl. etwa Wolfgang Boochs, Sponsoring in der Praxis, Neuwied 2000, 231, 235; Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister, in: Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister/Thomas Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2. Aufl., München 2007, 3. Teil Rn. 98 f.; Andrea M. Partikel, Formularbuch für Sportverträge, München 2000, 270, 272; indes hat sich zuletzt Bettina Bergmann, Sportsponsoring und Kartellrecht – Was müssen Sponsoren, Verbände und Vereine beachten?, SpuRt 2009, 102, 104 f. der kartellrechtlichen Ausgangsfrage angenommen.

9 Neil George Weiand, Der Sponsoringvertrag, 2. Aufl., München 1999, 110 unter Bezugnahme auf § 16 Nr. 2 GWB a.F.; ähnlich jetzt Neil George Weiand/Steven A. Reich, in: Rolf A. Schütze/Lutz Weipert (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Band 3 – Wirtschaftsrecht II, 6. Aufl., München 2009, XIII. 1, 1396; so im Ergebnis weitgehend auch Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 104 f.

10 Neil George Weiand/Ulrich Poser, zit. in Fn. 1, 116 ff.

11 So Neil George Weiand/Steven A. Reich, zit. in Fn. 9, XIII. 1, 1396.

12 Renate Schaub, Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke, Tübingen 2008.

13 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 446 f.

14 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 447.

15 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 448.

16 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 449 f.

17 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 450.

der für Sponsoringverträge typischen Ausschliesslichkeitsbindungen zusätzliche Erkenntnisquellen heranzuziehen. Dies ist in der Vergangenheit vermutlich weitgehend unterblieben, weil sowohl der Gesetzgeber als auch Kartellbehörden und Judikatur bislang kaum Stellungnahmen zur kartellrechtlichen Bewertung von Wettbewerbsverboten in Sponsoringverträgen abgegeben haben[18]. Daher kann es nachfolgend nur darum gehen zu ermitteln, inwieweit sich Äusserungen zu ähnlich gelagerten Problemfeldern auf die Ausgangsfrage übertragen lassen.

2.2 VO (EG) Nr. 2790/1999 (Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen, GVO-VV)

In Sponsoringbeziehungen sind die Vertragspartner regelmässig auf unterschiedlichen Produktions- und Vertriebsstufen tätig, so dass vom Vorliegen einer Vertikalvereinbarung ausgegangen werden kann. Dennoch werden Sponsoringverträge mitunter nicht in den Anwendungsbereich der GVO-VV[19] fallen[20]. Nach Art. 2 Abs. 3 dieser Verordnung gilt die Freistellung nur für solche vertikalen Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer betreffen, sofern diese Bestimmungen nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen. Dieser Ansatz wird in Randnummer 32 der Leitlinien über vertikale Beschränkungen[21] erläutert: Die erste Voraussetzung stelle klar, dass die fraglichen Eigentumsrechte im Rahmen einer Vereinbarung über den Bezug oder Vertrieb von Waren bzw. über die Inanspruchnahme oder Erbringung von Dienstleistungen gewährt werden müssen, nicht jedoch im Rahmen einer Vereinbarung über die Übertragung von oder Lizenzvergabe an Rechten an geistigem Eigentum für die Herstellung von Waren und auch nicht im Rahmen reiner Lizenzvereinbarungen. Die Freistellung nach der GVO-VV gelte somit u.a. nicht für reine Lizenzverträge für die Nutzung eines Waren- oder sonstigen Zeichens zu Merchandising-Zwecken sowie für Sponsorenverträge über das Recht, sich selbst als offiziellen Sponsor einer Veranstaltung anzupreisen. Somit kommt eine Freistellung wettbewerbsbeschränkender Nebenklauseln bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 GVO-VV allein in Betracht, wenn der Vertragsgegenstand von Sponsoringvereinbarungen nicht in der reinen Lizenzvergabe besteht. Damit ist die GVO-VV zunächst einmal auf eine Vielzahl von Sportsponsoringverträgen im Grundsatz anwendbar[22].

Wenn damit durch entsprechende Vertragsgestaltung der Anwendungsbereich der GVO-VV eröffnet werden kann, ist im Hinblick auf die kartellrechtliche Bewertung sponsoringtypischer Exklusivitätsvereinbarungen sodann Art. 5 lit. a zu prüfen. Danach gilt die Freistellung nicht für «alle unmittelbaren oder mittelbaren Wettbewerbsverbote [i.S.d. Art. 1 lit. b GVO-VV], welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden; Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängert, gelten als für eine unbestimmte Dauer vereinbart. Nach Art. 1 lit. b) GVO-VV sind Wettbewerbsverbote alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Käufer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Fraglich ist, ob Exklusivitätsklauseln in Sponsoringverträgen überhaupt als Wettbewerbsverbote i.S.d. Art. 1 lit. b) GVO-VV eingestuft werden können. Hierzu ist die Ansicht vertreten worden, Käufer sei das Unternehmen, das für Geld oder Sachmittel eine Leistung erwerbe; dies sei beim Sponsoringvertrag der Sponsor, der durch die Exklusivität jedoch nicht verpflichtet, sondern berechtigt werde[23]. Es ist aber schon zweifelhaft, ob der Sponsor oder der Gesponserte, dem gleichfalls durch eine Exklusivitätsklausel ein (partielles) Wettbewerbsverbot auferlegt werden kann, überhaupt als Käufer eingestuft werden kann[24]. Die Rechtsnatur von Sponsoringverträgen ist nicht primär durch den Kaufvertrag bestimmt, grössere Ähnlichkeit besteht schon zu Miet- oder Pachtvereinba-

18 Vgl. aber bspw. *Kommission*, COMP/33.055 und 35.759, Press Release IP/98/355 vom 15. April 1998 – *Danish Tennis Federation* bezüglich eines Sponsoringvertrags zwischen dem Dänischen Tennisverband und einem Hersteller von Tennisbällen; vgl. hierzu auch Ludwig Buschmann, Ausrüsterverträge im Lichte des EU-Kartellrechts, Bayreuth 2006, 14 f., 42 ff., 57 ff., 63 f., 82 f.

19 VO (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom 22. Dezember 1999, ABl. L Nr. 336 vom 29. Dezember 1999, 21.

20 Für die Rechtslage in der Schweiz vgl. in diesem Zusammenhang die von der Wettbewerbskommission am 2. Juli 2007 erlassene Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, RPW 2007, 675 ff.

21 ABl. 2000, Nr. C 291 vom 13. Oktober 2000, 1.

22 So auch Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 104.

23 Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 104.

24 Diese Frage hat der Verf. zuvor offen gelassen, vgl. Peter W. Heermann, zit. in 5, 285, 290; ablehnend Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 449.

rungen, die jedoch nicht unter die GVO-VV fallen, weil der Lieferant keine Waren oder Dienstleistungen an den Käufer verkauft[25].

Soweit Exklusivitätsklauseln und die damit verbundenen Wettbewerbsverbote – wie oftmals in der Praxis – länger als fünf Jahre gelten, kommt eine Freistellung nach der GVO-VV ohnehin nicht in Betracht. Allerdings bedeutet dieser Umstand keineswegs, dass Sponsoringverträge mit Klauseln, die über fünf Jahre hinaus eine Exklusivität sichern sollen, automatisch gegen das Kartellrecht verstossen. Vielmehr kann es sich um kartellrechtlich unbedenkliche Nebenabreden handeln[26]. Oder aber die Annahme eines Verstosses gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot kann an anderen Voraussetzungen scheitern[27].

2.3 Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG vom 27. April 2004 (2004/C 101/08)

In den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG fasst die Kommission ihre Auffassung zur kartellrechtlichen Bewertung von notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen in vertraglichen Nebenabreden, die trotz einer Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit die wettbewerbliche Situation nicht wesentlich verändern[28], zusammen[29]. Dabei legt die Kommission ihre Massstäbe zur Auslegung des Begriffs der Nebenabrede auf der Basis ihrer praktischen Erfahrungen dar, erläutert den Adressaten des europäischen Kartellrechts ihre Interpretation vertraglicher Nebenabreden im Lichte des Art. 81 Abs. 1 EG und eröffnet ihnen auf diese Weise die Gelegenheit, sich in ihrem Wettbewerbsverhalten auf die Massstäbe der Kommission einzustellen. Anders als etwa die GVO-VV ist die Bekanntmachung von Leitlinien indes rechtlich nicht verbindlich. Gleichwohl haben Bekanntmachungen der Kommission grosse praktische Bedeutung einerseits für Unternehmen, andererseits bieten sie aber auch eine Orientierungshilfe für nationale Behörden und Gerichte. Letztlich geht von Bekanntmachungen der Kommission, deren Rechtsgrundlage in Art. 211 EG liegt, eine nicht zu unterschätzende faktische Bindungswirkung aus.

Nachfolgend soll die Rechtsauffassung der Kommission zu Nebenabreden, wie sie in den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG zum Ausdruck kommt, der kartellrechtlichen Bewertung von Ausschliesslichkeitsvereinbarungen in Sponsoringverträgen zugrunde gelegt werden. Da dieser Ansatz auf einer weitgehend gefestigten Praxis der Kommission, aber auch der europäischen Gerichte beruht, soll er hier nicht in Frage gestellt werden. Andere denkbare Ansätze und Theorien zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nebenabreden, die sich mitunter hinter den Begriffen «Wettbewerbseröffnungstheorie», «Markterschliessungsdoktrin», «Vertragsimmanenztheorie» oder der «ancillary restraints-doctrine» des U.S.-amerikanischen Kartellrechts verbergen, weichen zwar in der theoretischen Anknüpfung, jedoch weniger in ihren Ergebnissen und zentralen Fragestellungen vom Vorgehen der Kommission ab und sollen deshalb nachfolgend vernachlässigt werden.

Auf Sponsoringvereinbarungen gehen die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG nicht ausdrücklich ein, indes nimmt die Kommission auf eigene Entscheidungen sowie solche des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu Nebenabreden in Vertriebsvereinbarungen, Verträgen zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sowie Franchisevereinbarungen Bezug[30]. Die Voraussetzungen kartellrechtlich zulässiger Nebenabreden, auf die nachfolgend im Hinblick auf die Ausgangsproblematik noch im Detail einzugehen sein wird, lassen sich folgendermassen zusammenfassen: Zunächst darf der Hauptgegenstand der vertraglichen Vereinbarung den Wettbewerb nicht beschränken[31]. Sodann muss die Exklusivitätsvereinbarung, die wie ein partielles Wettbewerbsverbot wirkt, eine unmittelbar mit dem Hauptgegenstand der (Sponsoring-)Vereinbarung verbundene

25 So Randnummer 25 der Leitlinien über vertikale Beschränkungen, ABl. 2000, Nr. C 291 vom 13. Oktober 2000, 1; zur Rechtsnatur des Sponsoringvertrages vgl. auch nachfolgend 3.2.

26 Hierzu nachfolgend 2.3 sowie 3.1 bis 3.4.

27 Hierzu nachfolgend 3.6 bis 3.9.

28 Hierzu gehören neben Wettbewerbsverboten etwa Lizenzvereinbarungen, Bezugs- und Liefervereinbarungen, Service- und Dienstleistungsvereinbarungen sowie Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln; vgl. die Aufzählung in der Bekanntmachung der Kommission vom 5. März 2005 über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005 C 56/24, Rn. 17 ff.

29 Bekanntmachung der Kommission vom 27. April 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/08, Rn. 28 ff., 18. Speziell zu den praxisrelevanten Nebenabreden in Verbindung mit Unternehmenszusammenschlüssen vgl. Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen, zit. in Fn. 28; vgl. aus dem Schrifttum stellvertretend zu rechtlich unbedenklichen wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden Volker Emmerich, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG/Teil 1 und Teil 2, 4. Aufl., München 2007, Art. 81 Abs. 1 Rn. 178 ff., m.w.N. Zur inhaltlich weitgehend ähnlichen Rechtslage in der Schweiz vgl. stellvertretend Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 384 ff.

30 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 29, 31, m.w.N.

31 Nachfolgend 3.2.

Nebenabrede darstellen[32], die darüber hinaus für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich sowie verhältnismässig ist[33].

Den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG aus dem Jahr 2004 lässt sich entnehmen, dass die Kommission Nebenabreden nicht grundsätzlich anhand des Rechtfertigungstatbestandes Art. 81 Abs. 3 EG behandelt wissen möchte. Dies hätte man nach Einführung des Systems der Legalausnahme durch die VO 1/2003 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln zumindest erwarten können, da aufgrund der seither geltenden unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG wesentliche Gründe entfallen waren, die zuvor die Vorteilhaftigkeit der immanenten Tatbestandsausnahme von Art. 81 Abs. 1 EG gegenüber einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG dargestellt hatten[34]. Nach Auffassung der Kommission sind Nebenabreden also weiterhin kartellrechtlich primär dahingehend zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für tatbestandsimmanente Einschränkungen des Verbotstatbestandes Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt sind. Dabei sollte freilich nicht übersehen werden, dass ein solcher Ansatz in einem Spannungsverhältnis zur Systematik des Art. 81 EG steht, weil danach grundsätzlich alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen unter das im ersten Absatz verankerte Kartellverbot fallen sollen. Ausnahmen hiervon sind unter den in Art. 81 Abs. 3 EG aufgelisteten strengen Voraussetzungen sowie im Wege der Einzel- oder Gruppenfreistellung durch die Kommission möglich.

2.4 Deutsche und schweizerische Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Nebenabreden ähnelt im Wesentlichen dem in den vorangehend erwähnten Leitlinien niedergelegten Ansatz der Kommission, der seinerseits die Kommissionspraxis sowie die Rechtsprechung der europäischen Gerichte widerspiegelt. Die grundlegenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betrafen einen exklusiven Belieferungsvertrag für den für die Herstellung von Fertigbeton in einem bestimmten Werk benötigten Sand[35] sowie Wettbewerbsverbote im Rahmen eines Auseinandersetzungs- und Abfindungsvertrages von Erben[36], in einer gesellschaftsrechtlichen Ausscheidungsvereinbarung[37] und in einem Unternehmenskaufvertrag[38]. Das schweizerische Bundesgericht hatte sich mit einem Wettbewerbsverbot in einem Gesellschaftsvertrag auseinanderzusetzen[39].

3. Stellungnahme

3.1 Einzelfallentscheidung

Wie sich aus den Ausführungen zur kartellrechtlichen Bewertung von Nebenabreden in den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG[40] mittelbar ergibt, hängt die rechtliche Beurteilung stets von den Umständen des Einzelfalls ab. Diese bedeutet für Exklusivvereinbarungen in Sponsoringverträgen, dass deren kartellrechtliche Bewertung nur von Fall zu Fall entschieden werden kann. Selbst wenn eine Ausschliesslichkeitsklausel in einem bestimmten Sponsoringvertrag als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft werden sollte, so hat dies nur geringe Indizwirkung für andere Sponsoringverträge, weil bei diesen regelmässig zumindest die Bewertung der objektiven Erforderlichkeit sowie Verhältnismässigkeit des Wettbewerbsverbots von anderen tatsächlichen Umständen abhängen wird. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allenfalls geboten, wenn die betreffenden Sponsoringverträge dem gleichen sachlich und geographisch relevanten Markt zugeordnet werden können[41].

3.2 Keine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund des Hauptgegenstands der Sponsoringvereinbarung

Wie sich aus den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG ergibt[42], setzt die Annahme eines Wettbewerbsverbots als kartellrechtlich unbedenkliche Nebenabrede zunächst voraus, dass der Hauptgegenstand der Vereinbarung – vorliegend also des betreffenden Sponsoringvertrages – eine Wettbewerbsbeschränkung weder

32 S. hierzu 3.3.

33 Hierzu nachfolgend 3.4.

34 In diese Richtung tendierend etwa Christoph Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, Baden-Baden 2004, passim; Iris Vasbender, Das europäische Konzept der Nebenabreden im europäischen und deutschen Kartellrecht, Frankfurt 2006, 148.

35 BGHZ 68, 6, 7 ff. – Fertigbeton.

36 BGH, GRUR 1979, 650, 651 – Erbauseinandersetzung.

37 BGH, GRUR 1979, 657, 658 – Ausscheidungsvereinbarung.

38 BGH, NJW 1982, 2000 f. – Holzpaneele.

39 BGE 124 (1998) III, 496, 500.

40 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 28 ff.

41 Hierzu nachfolgend 3.6.

42 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 28 i.V.m. Rn. 18.

bezweckt[43] noch bewirkt[44]. Hierbei sind die Wertungen der GVO-VV[45] zu berücksichtigen. Wenn also der Vertragsgegenstand einer Sponsoringvereinbarung nicht in der reinen Lizenzvergabe besteht und das Wettbewerbsverbot nicht länger als fünf Jahre gilt, kommt eine Freistellung in Betracht, sodass eine Wettbewerbsbeschränkung schon aus diesem Grund ausscheidet. Im Übrigen ist der Hauptgegenstand des Sponsoringvertrages zu ermitteln, der angesichts des Facettenreichtums denkbarer Vertragsgestaltungen wiederum stark von den Umständen des Einzelfalls geprägt ist. Sämtliche Sponsoringverträge haben indes zumindest gemeinsam, dass der Gesponserte dem Sponsor gegen Entgelt (Geld, Sachzuwendungen oder Dienstleistungen)[46] das Recht einräumt[47], bestimmte Werberechte[48] zu eigenen Werbezwecken zu verwenden; zudem verpflichtet sich der Gesponserte regelmässig zu Dienstleistungen unterschiedlicher Art[49]. Der Hauptgegenstand des Vertrages ist damit auf die Erreichung kommunikativer Ziele des Sponsors gerichtet, wozu der Gesponserte durch die Entfaltung der vertraglich vereinbarten Aktivitäten beiträgt. Der derart umschriebene typische Hauptgegenstand einer Sponsoringvereinbarung als solcher bezweckt oder bewirkt aber keine Wettbewerbsbeschränkung, sondern ist auf einen bilateralen Leistungsaustausch gerichtet. Hier bestätigt sich der Grundsatz, dass der Abschluss eines zivilrechtlichen Austauschvertrages generell als zumindest wettbewerbsneutral, wenn nicht sogar als wettbewerbsförderlich zu qualifizieren ist[50]. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen gehen erst von den darüber hinaus getroffenen Ausschliesslichkeitsvereinbarungen aus, die als vertragliche Nebenpflichten im Rahmen eines Sponsoringvertrages einzuordnen sind[51].

43 Vgl. hierzu Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 22.

44 Vgl. hierzu Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 24.

45 Siehe hierzu bereits 2.2.

46 Vgl. hierzu PHB-SportR/Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister, zit. in Fn. 8, 3. Teil, Rn. 108 ff.; Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 399 ff.; Neil George Weiand/Ulrich Poser, zit. in Fn. 1, 57 ff.

47 Zur Rechtsnatur der Rechteübertragung PHB-SportR/Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister, zit. in Fn. 8, 3. Teil, Rn. 83 ff.; Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 426 ff.

48 Zu Arten und Rechtsnatur vgl. stellvertretend PHB-SportR/Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister, zit. in Fn. 8, 3. Teil, Rn. 78 ff.; Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 436 ff.; Neil George Weiand/Ulrich Poser, zit. in Fn. 1, 90 ff.

49 Vgl. hierzu PHB-SportR/Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister, zit. in Fn. 8, 3. Teil, Rn. 91 ff.; Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 406 ff.

50 Vgl. hierzu stellvertretend Ute Casper, Wettbewerbliche Gesamtwürdigung von Vereinbarungen im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EGV, Köln 2001, 22 f.

51 So auch Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 445 ff.

3.3 Ausschliesslichkeitsbindung als Nebenabrede

Sofern dem Sponsoringvertrag kein wettbewerbsbeschränkender Hauptgegenstand zugrunde liegt, ist zu klären, ob eine Ausschliesslichkeitsklausel die Voraussetzungen für eine kartellrechtlich privilegierte vertragliche Nebenabrede erfüllt. Dabei umfasst der Begriff der Nebenabreden nach den Leitlinien[52] vermutete Wettbewerbsbeschränkungen, die mit der Durchführung der den Wettbewerb nicht beschränkenden Hauptvereinbarung unmittelbar verbunden, dafür notwendig und angemessen sind. Eine Beschränkung ist unmittelbar mit dem Hauptgegenstand der Vereinbarung verbunden, wenn sie dessen Durchführung untergeordnet und untrennbar mit ihm verbunden ist.

Wettbewerbsverbote in Sponsoringverträgen ohne wettbewerbsbeschränkenden Hauptgegenstand erfüllen regelmässig diese Voraussetzungen. Sie sind als vertragliche Nebenpflichten[53] dem Vertragsgegenstand untergeordnet und zumeist untrennbar mit ihm verbunden. Zur Kontrolle mag man sich fragen, ob der Sponsoringvertrag in der gegebenen Form auch ohne die Exklusivitätsklausel abgeschlossen worden wäre.

3.4 Objektive Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit

Kartellrechtlich privilegierte Nebenabreden müssen für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich sein und dazu in einem angemessenen Verhältnis stehen[54]. Im Interesse eines möglichst umfassenden Wettbewerbsschutzes ist diesen Vorgaben in den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG zuzustimmen. Andernfalls könnten allein durch geschickte Vertragsgestaltung das Kartellverbot umgangen und die kartellrechtlichen Ziel- und Zwecksetzungen ausgehebelt werden[55]. Daher können Nebenabreden, die Wettbewerbsverbote umfassen, nur auf der Grundlage objektiver, von den Parteien unabhängiger Faktoren und nicht anhand der subjektiven Ansichten und besonderen Eigenschaften der Parteien als erforderlich angesehen werden[56].

52 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 29:

53 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 445 ff.

54 Vgl. zu diesen Voraussetzungen Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 29, 31 i.V.m. Rn. 18.

55 In diesem Sinne auch Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker/Volker Emmerich, zit. in Fn. 29, Art. 81 Abs. 1 Rn. 183.

56 Gleichfalls die Objektivität des anzulegenden Massstabs betonend Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen, zit. in Fn. 28, Rn. 11.

Die entscheidende Frage lautet, ob angesichts der Art der Vereinbarung und der Merkmale des Marktes eine weniger beschränkende Vereinbarung von Unternehmen unter ähnlichen Gegebenheiten nicht geschlossen worden wäre.

Hieran anknüpfend liesse sich nunmehr argumentieren, Ausschliesslichkeitsvereinbarungen in Sponsoringverträgen seien objektiv nicht erforderlich, weil andernfalls – wenngleich wegen der geringeren Attraktivität für Sponsoren finanziell auf einem niedrigeren Niveau – auch Sponsoringvereinbarungen abgeschlossen werden würden. In diesem Sinne will die Kommission ihre Leitlinien offensichtlich nicht interpretiert wissen. So veranschaulicht sie das Merkmal der objektiven Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden am Beispiel – kartellrechtlich zulässiger – Gebietsbeschränkungen in Vertriebshändlervereinbarungen[57]. Derartige Beschränkungen seien objektiv erforderlich, damit der Vertriebshändler in einen neuen Markt eintreten könne. Ferner könne ein sämtlichen Vertriebshändlern auferlegtes Verbot, an bestimmte Gruppen von Endabnehmern zu verkaufen, nicht wettbewerbsbeschränkend sein, wenn diese Beschränkung aus Gründen der Sicherheit oder der Gesundheit angesichts der Gefährlichkeit des Produkts objektiv erforderlich sei.

Wenn die Kommission bereits eine Gebietsbeschränkung, mithin eine sog. *Hard Core*-Kartellabsprachen vergleichbare wettbewerbsbeschränkende Nebenabrede, in Vertriebshändlervereinbarungen als objektiv erforderlich ansieht, liegt die Annahme nahe, dass man aus kartellrechtlicher Perspektive Ausschliesslichkeitsvereinbarungen in Sponsoringverträgen gleichfalls tendenziell wohlwollend gegenüberstehen würde. Denn auch Vertriebshändlervereinbarungen ohne Gebietsbeschränkung sind theoretisch vorstellbar, wobei sich dann freilich auf dem relevanten Markt ein anderes Preisniveau einstellen würde.

Bestätigt wird diese Einschätzung durch die weiteren Ausführungen der Kommission in ihren Leitlinien[58]. Wenn objektive Faktoren darauf schliessen liessen, dass ohne die Nebenabrede die nicht beschränkende Hauptvereinbarung nur schwer oder nicht durchführbar wäre, könne die Beschränkung als für deren Durchführung objektiv notwendig und angemessen angesehen werden. Wenn z.B. der Hauptzweck einer Franchisevereinbarung den Wettbewerb nicht beschränke, dann würden die für eine funktionierende Vertragsanwendung erforderlichen Beschränkungen wie z.B. Auflagen zur Gewährleistung der Einheitlichkeit und des Ansehens des Franchisesystems nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst. Einen vergleichbaren Ansatz verfolgt auch die Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind[59]. Hierin wir die Notwendigkeit einer Nebenabrede (bei Unternehmenszusammenschlüssen) dahingehend bestimmt, «dass ohne sie der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte»[60].

An dieser Stelle bedarf es einer Rückbesinnung auf die mit Ausschliesslichkeitsklauseln in Sponsoringverträgen verfolgten Ziel- und Zwecksetzungen. Sie dienen allgemein der Absicherung der Werbewirkung des Sponsoringvertrages für den Sponsor[61]. Aber was unterscheidet Sponsoringverträge gerade von den klassischen Kommunikationsinstrumenten wie etwa der Absatzwerbung? Wenn ein Sponsor, etwa ein Finanzinstitut, ein bestimmtes Fussballteam oder aber einen herausragenden Sportler als Gesponserten vertraglich an sich bindet, strebt er nicht nur einen gewissen Imagetransfer, sondern auch eine gewisse Alleinstellung in seiner werblichen Aussendarstellung an. So wird etwa in Deutschland aufgrund einer breit angelegten Werbekampagne ein bestimmtes Kreditinstitut mit einem seit Jahren herausragende Leistungen zeigenden deutschen Basketballspieler in Verbindung gebracht. Die Spitzenposition des Gesponserten soll auf den Sponsor ausstrahlen. Dieser Effekt liesse sich für ein Finanzinstitut durch Werbemassnahmen, die ohne sog. Testimonial mit einem Prominenten allein Preis und Qualität der eigenen Leistungen herausstellen, auf dem hart umkämpften Markt für Finanzdienstleistungen nicht in gleichem Masse erzielen. Vielmehr käme es bei vergleichbaren Werbemassnahmen der Wettbewerber zu einer Verwässerung des eigenen kommunikativen Auftritts[62]. Charakteristisch für das Sponsoring ist also ein gewisses Mass an Exklusivität, weil nur auf diese Weise auf der Seite der Werbeadressaten Verwechslungen mit Konkurrenten des Sponsors ausgeschlossen sowie dessen Glaubwürdigkeit und Zielgerichtetheit bei der Wahl der Gesponserten gewahrt werden können. Kurzum: Ohne ein Mindestmass an Exklusivität

57 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 18.

58 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 31.

59 Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen, zit. in Fn. 28, Rn. 13.

60 Ausführlich hierzu etwa Iris Vasbender, zit. in Fn. 34, 127 ff., m.w.N.

61 Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 448.

62 Neil George Weiand/Ulrich Poser, zit. in Fn. 1, 117.

wäre das Sponsoring wegen der Annäherung an klassische Formen der Absatzwerbung in weiten Bereichen des Wirtschaftsverkehrs seiner Attraktivität beraubt. Diese Einschätzung wird durch den Umstand belegt, dass bei bestimmten Sponsoringarten (etwa dem Sportsponsoring) mehr oder weniger weit gefasste Ausschliesslichkeitsbindungen regelmässig in die zugrunde liegenden Verträge aufgenommen werden.

Die vorangehenden Erwägungen verdeutlichen, dass objektive Faktoren – nämlich die Einzigartigkeit des Sponsorings im Werbemarkt – darauf schliessen lassen, dass eine den Wettbewerb nicht beschränkende sponsoringtypische Hauptvereinbarung ohne Ausschliesslichkeitsbindungen nur schwer oder aber überhaupt nicht durchführbar wäre[63]. Unter diesen Umständen ist zu erwarten, dass seitens der Kartellbehörden sowie der Judikatur Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen ähnlich wie in Vertriebshändlervereinbarungen behandelt und die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen tendenziell als für deren Durchführung objektiv notwendig und angemessen angesehen werden.

Etwas anderes gilt freilich, wenn Umfang und Dauer der Ausschliesslichkeitsbindung über das übliche Mass hinausgehen. Dem Gesponserten auferlegte Wettbewerbsverbote, die sich auch auf Unternehmen erstrecken, die nicht zu den Wettbewerbern des Sponsors zu zählen sind, werden mangels Gefahr der Verwässerung des Werbeeffekts bereits nicht erforderlich sein. Die Dauer der Ausschliesslichkeitsbindungen und Wettbewerbsverbote ist kartellrechtlich bedenklich, wenn sie über die Vertragslaufzeit hinausreicht. Aber auch bei einer langjährigen Vertragslaufzeit können Zweifel an deren Angemessenheit bestehen. Feste Richtwerte lassen sich kaum festlegen, einen Anhaltspunkt bietet die Fünfjahresfrist i.S.d. Art. 5 lit. a) GVO-VV. Aber in diesem Zusammenhang ist vor voreiligen Pauschalierungen zu warnen. Sachgerecht ist allein eine Prüfung anhand der Umstände des Einzelfalls, wobei dem Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder allenfalls mit deutlichem Verlust verwendet werden können, Rechnung zu tragen ist.

3.5 Zwischenfazit und weiteres Vorgehen

Wenn sich auf der Basis der vorangehenden Erwägungen wettbewerbsbeschränkende Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen als nicht erforderlich und/oder unangemessen erweisen, so bedeutet dies einerseits, dass die betreffenden vertraglichen Nebenabreden nicht als vertragsimmanent angesehen werden können und damit in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen; anderseits bedeutet dies aber nicht, dass sodann die betreffenden wettbewerbsbeschränkenden Ausschliesslichkeitsbindungen *per se* als Kartellverstoss einzuordnen sind. Ein solcher Rückschluss wäre voreilig. Denn in einem solchen Fall kann ein Verstoss gegen das Kartellverbot daran scheitern, dass die Wettbewerbsbeschränkung oder – so im Fall der Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EG – die Zwischenstaatlichkeit nicht spürbar ist. Beide Aspekte können erst nach Festlegung des sachlich und geographisch relevanten Marktes sachgerecht beurteilt werden[64]. Wenn sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt sein sollten, kann zudem eine wettbewerbsbeschränkende sponsoringvertragliche Ausschliesslichkeitsbindung bei Vorliegen der Voraussetzungen i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EG gerechtfertigt sein. Diese Aspekte sollen im Hinblick auf die kartellrechtliche Bewertung von Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen nachfolgend ebenso kurz beleuchtet werden wie die Frage, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen in derartigen Vertragskonstellationen der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angenommen werden kann.

3.6 Bestimmung des relevanten Marktes

3.6.1 Sachlich relevanter Markt

Den Ausgangspunkt für die Bestimmung des sachlich relevanten Sponsoringmarktes bildet üblicherweise das Bedarfsmarktkonzept. Dieses hat der EuGH jüngst in der Rechtssache *MOTOE* erstmalig im Rahmen der Prüfung des Missbrauchsverbots i.S.d. Art. 82 EG auf das unternehmerische Handeln eines Sportverbandes angewendet[65]. Danach erfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der relevante Produkt- oder Dienstleistungsmarkt für die Zwecke der Anwendung von Art. 82 EG diejenigen Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die mit dem fraglichen Erzeugnis oder der fraglichen Dienstleistung substituierbar oder hinreichend mit diesen austauschbar sind, und zwar nicht nur aufgrund ihrer objek-

63 So auch Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 105.

64 So auch Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 27.

65 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Rn. 32 – MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) = CaS 2008, 264, 267, m.w.N. der früheren Rechtsprechung.

tiven Merkmale, aufgrund deren sie sich zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs der Verbraucher besonders eignen, sondern auch aufgrund der Wettbewerbsbedingungen sowie der Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem betreffenden Markt. Dies sei nachfolgend am Beispiel des Sportsponsorings veranschaulicht.

Die bisherige Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und der Judikatur im Bereich des Sportsponsorings ist dadurch gekennzeichnet, dass vielfach ohne nähere Erwägungen zu den Marktgegebenheiten bestimmte Produktmärkte angenommen werden. Wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt[66], bietet sich folgende Differenzierung an:

- Zunächst ist zu ermitteln, ob Sponsoren das Sportsponsoring gegen andere Formen des Sponsorings (insbesondere Kunst- und Kultursponsoring; Medien-Sponsoring; Public-Sponsoring wie z.B. das Bildungssponsoring, Ökosponsoring oder Soziosponsoring) auszutauschen bereit wären. Hiervon wird man regelmässig nicht ausgehen können[67].
- In einem nächsten Schritt ist zu ermitteln, ob der sachlich relevante Sponsoringmarkt sportartspezifisch, d.h. beschränkt auf eine bestimmte Sportart, oder aber sportartübergreifend abzugrenzen ist. Zu fragen ist also, ob ein Sponsor sich nur in einer bestimmten Sportart engagiert oder daneben bzw. alternativ auch andere Sportarten für seine Vermarktungsaktivitäten in Betracht zieht. So hat etwa Generalanwältin *Juliane Kokott* in der Rechtssache *MOTOE* in ihren Schlussanträgen zu erkennen gegeben, dass je nach den Umständen des Einzelfalls sich ein vorgefertigtes Marketingkonzept nicht nur in einer bestimmten Sportart realisieren lässt[68]. Zudem ist zu prüfen, ob bestimmte Sportveranstaltungen und -serien solche Alleinstellungsmerkmale aufweisen, dass von vornherein eine Austauschbarkeit mit anderen Sportereignissen ausgeschlossen ist[69].
- Wenn es sich um einen sportartspezifischen Sponsoringmarkt handelt, ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob weitere Untergliederungen des relevanten Produktmarktes geboten sind[70]. So hat etwa auch Generalanwältin *Juliane Kokott* in der Rechtssache *MOTOE* angedeutet, dass zum einen die Organisation von Sportveranstaltungen und zum anderen deren Vermarktung zwei getrennten sachlich relevanten Märkten zuzuordnen seien[71]. Insoweit kommen im Hinblick auf einen sportartspezifischen Produktmarkt je nach den Umständen des Einzelfalls diverse Differenzierungen in Betracht: Erfassung des Amateur- und/oder Profisports? Erfassung internationaler oder nationaler Verbände, Vereine oder Klubs, einzelner Mannschaften oder sogar nur eines einzelnen Sportlers? Erfahrungsgemäss verfolgen Sponsoren im Bereich des Sportsponsorings selten nur eine einzige Vermarktungsstrategie, sondern kombinieren das Vereins- und Mannschaftssponsoring etwa mit Bandenwerbung, Hospitality-Services und VIP-Lounges, Titel-Sponsoring und/oder mit der Werbung mit einzelnen überdurchschnittlich bekannten Sportlern. Unter diesen Umständen mutet es voreilig an, den einzelnen Werbemassnahmen jeweils eigene relevante Produktmärkte zuzuordnen[72].

3.6.2 Geographisch relevanter Markt

Bei der Bestimmung des geographisch relevanten Sponsoringmarktes greifen die allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze. In der Rechtssache *MOTOE* hat der EuGH jüngst erstmalig Art. 82 EG auf das unternehmerische Handeln eines Sportverbandes angewendet und dabei, anknüpfend an seine ständige Rechtsprechung, auch den räumlich relevanten Markt bestimmt[73]. Ebenso wie bei der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes bedarf es hierfür einer wirtschaftlichen Beurteilung. Danach wird der geographisch relevante Markt als das Gebiet definiert, in dem für alle Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf

66 Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 291 ff.

67 Grundlegend Daniel Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Wettbewerbsrechts, 2009, 222 ff.; vgl. auch Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 291 f.; zuletzt knapp zur Abgrenzung des relevanten Produktmarktes beim Sportsponsoring Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 105.

68 Generalanwältin Juliane Kokott, Schlussanträge vom 6. März 2008, Rs. C-49/07, Nr. 56 – MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

69 Ausführlich hierzu Daniel Grätz, zit. in Fn. 67, 226; Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 292, jeweils m.w.N.

70 Zuletzt hierzu ausführlich Daniel Grätz, Fn. 67, 224 ff., m.w.N.; vgl. auch Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 292.

71 Generalanwältin Juliane Kokott, Schlussanträge vom 6. März 2008, Rs. C-49/07, Nr. 55 – MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

72 A.A. Tobias Menzel, Werbebeschränkungen im Sport, Frankfurt a.M. 2002, 67 f. sowie im Hinblick auf das Titelsponsoring Isolde Hannamann, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, Berlin 2000, 321; dagegen Daniel Grätz, zit. in Fn. 67, 227–229, m.w.N.

73 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Rn. 34 – MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) = CaS 2008, 264, 267 f.

die betreffenden Produkte und Dienstleistungen Wettbewerbsbedingungen gelten, die einander gleichen. Es ist nicht erforderlich, dass die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die Wirtschaftsteilnehmer völlig homogen sind; vielmehr ist es ausreichend, wenn sie einander gleichen oder hinreichend homogen sind[74]. Zu beachten ist, dass der geographisch relevante Markt durchaus auf nur einen Mitgliedstaat beschränkt sein kann[75]. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist sodann zu ermitteln, ob ein ermittelter sachlich relevanter Sponsoringmarkt regional, national oder international abzugrenzen ist[76].

3.7 Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Zwischenstaatlichkeit

Die Kommission bringt in ihren Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, anknüpfend an die auch in Judikatur und Schrifttum[77] vorherrschende Auffassung, zum Ausdruck, dass die negativen Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung spürbar sein müssen[78]. Demnach ist das Verbot von Art. 81 Abs. 1 EG nicht anwendbar, wenn die festgestellten wettbewerbswidrigen Auswirkungen unbedeutend sind. Hierin kommt der von der Kommission verfolgte wirtschaftliche Ansatz zum Ausdruck. Das Verbot von Art. 81 Abs. 1 EG greift nur, wenn eine gründliche Marktuntersuchung den Schluss nahelegt, dass die Vereinbarung wahrscheinlich wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Markt hat. Um eine einfache und einheitliche Handhabung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit auf kartellrechtliche Sachverhalte zu gewährleisten, hat die Kommission eine sog. Bagatellbekanntmachung[79] erlassen. Da Sponsoren, wie bereits angedeutet[80], hinsichtlich ihrer Vermarktungsaktivitäten vielfach zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob eine sponsoringvertragliche Ausschliesslichkeitsbindung im konkreten Fall überhaupt eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Zwischenstaatlichkeit zu begründen vermag[81].

3.8 Art. 81 Abs. 3 EG

Das in der Kommissionspraxis sowie der Rechtsprechung der europäischen Gerichte entwickelte und den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG zugrunde gelegte Konzept der Nebenabreden ist – wie die Kommission zutreffend herausstellt[82] – von dem Nachweis gem. Art. 81 Abs. 3 EG zu unterscheiden. Dieser Rechtfertigungstatbestand enthält insgesamt vier materielle Voraussetzungen: (1) angemessene Verbraucherbeteiligung an dem entstehenden Gewinn; (2) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts; (3) Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Verwirklichung dieser Ziele; (4) keine Eröffnung der Möglichkeit zur Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren. Das Merkmal der Unerlässlichkeit weist zwar Parallelen zu dem in den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG niedergelegten Merkmal der objektiven Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit von Nebenabreden[83] auf. Indes ist die Voraussetzung der Unerlässlichkeit im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG in andere Tatbestandsvoraussetzungen eingebettet, sodass insoweit stets zu beachten ist, ob die durch die Vereinbarung (etwa einer Ausschliesslichkeitsbindung) hervorgerufene Wettbewerbsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verbundenen Beitrag des Vorhabens zum wirtschaftlichen und technischen Fortschritt als zweiter Tatbestandsvoraussetzung steht. Die

So bereits EuGH, Slg. 1978, 207, Rn. 44, 53 – United Brands.

75 Vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1979, 461, Rn. 28 – Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/ Kommission.

76 So hat etwa auch Generalanwältin Juliane Kokott, Schlussanträge vom 6. März 2008, Rs. C-49/07, Nr. 57 – MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) angenommen, es gebe einen griechischen Markt für die Vermarktung von Sportveranstaltungen; ausführlich zur Bestimmung eines geographisch relevanten Sponsoringmarktes Daniel Grätz, zit. in Fn. 67, 229 f.; Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 294 f.; zuletzt allerdings nur knapp zur Abgrenzung des relevanten Produktmarktes beim Sportsponsoring Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 105.

77 Vgl. hierzu stellvertretend Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker/Eckard Rehbinder, zit. in Fn. 29, Art. 81 Abs. 1 Rn. 276 ff.; Eric Gippini-Fournier, in: Ulrich Loewenheim/Karl M. Meessen/Alexander Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht, 2. Aufl., München 2009, Art. 81 Abs. 1 Rn. 184 ff.; Wolfgang Kirchhoff, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar – Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Art. 81 Rn. 605 ff.

78 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 24.

79 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001/C 368/13-15 Rn. 13 ff. vom 22. Dezember 2001.

80 Vgl. vorne 3.6.1.

81 Vgl. hierzu auch Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 291; i.E. ebenso Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 104.

82 Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, zit. in Fn. 29, Rn. 30.

83 Vgl. vorne 3.4.

Möglichkeit zur Rechtfertigung etwaiger Verstösse gegen Art. 81 Abs. 1 EG bezieht sich damit auf bestimmte wirtschaftliche Vorteile aufgrund der den Wettbewerb beschränkenden Vereinbarungen, die gegen die beschränkenden Auswirkungen der Vereinbarungen abzuwägen sind. Damit können etwa eine erfolgreiche Marktetablierung oder das Erreichen der Rentabilitätsgrenze bei dem erforderlichen Abwägungsvorgang berücksichtigt werden. Die Anwendung des zuvor dargestellten Konzepts der Nebenabreden erfordert hingegen keine Abwägung der wettbewerbsfördernden mit den wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung. Eine solche Abwägung ist Art. 81 Abs. 3 EG vorbehalten.

Übertragen auf die Ausgangsproblematik bedeutet dies, dass sponsoringvertragliche Ausschliesslichkeitsklauseln, die nicht die Voraussetzungen kartellrechtlich privilegierter Nebenabreden mit vertragsimmanenten Wettbewerbsbeschränkungen erfüllen, zwar gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstossen. Allerdings besteht die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 81 Abs. 3 EG. Sofern die wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Ausschliesslichkeitsbindung die wettbewerbswidrigen Auswirkungen nachweislich übertreffen, kann der Rechtfertigungstatbestand bei Vorliegen auch der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen eingreifen.

3.9 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch eine (oder beide) Vertragspartei(en)

In der Rechtssache *MOTOE* hat sich der EuGH jüngst erstmalig im Hinblick auf den Bereich des Sports zum Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EG geäussert[84]. Anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung[85], liege eine beherrschende Stellung i.S.d. Art. 82 EG vor, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtposition innehabe, die es in die Lage versetze, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschaffe, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten[86]. Ein Unternehmen könne eine solche Stellung erhalten, wenn ihm besondere oder ausschliessliche Rechte gewährt werden, die es ihm erlauben, zu bestimmen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen andere Unternehmen Zugang zum betreffenden Markt erhalten und dort tätig sein können.

Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt[87], sollten weder hierarchisch-monopolartig strukturierte Sportdachverbände als Gesponserte noch die als Sponsoren fungierenden Unternehmen voreilig als marktbeherrschend eingestuft werden. Selbst wenn eine Marktbeherrschung einmal sollte angenommen werden können, müsste in einem weiteren Schritt geklärt werden, ob Ausschliesslichkeitsklauseln in Sponsoringverträgen einen nicht zu rechtfertigenden Marktmachtmissbrauch darstellen, wovon man grundsätzlich nicht wird ausgehen können[88].

4. Fazit

Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen sind – nicht nur im Sportbereich – vertragstypisch. Ohne ein Mindestmass an Exklusivität wird das Sponsoring seiner Attraktivität beraubt, weil es andernfalls zu einer Verwässerung des Werbeeffekts gegenüber den üblichen Formen der Absatzwerbung käme. Allerdings geht mit sponsoringtypischen Ausschliesslichkeitsbindungen, die wie partielle Wettbewerbsverbote wirken, zwangsläufig eine Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten der Wettbewerber des Sponsors und des Gesponserten einher.

Die Rechtsprechung hat sich zu dieser kartellrechtlichen Problematik noch nicht geäussert, die wenigen Stellungnahmen im Schrifttum gelangen zu unterschied-

84 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Rn. 37 f.– MOTOE (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) = CaS 2008, 264, 268.

85 So zuvor bereits EuGH, Slg. 1978, 207, Rn. 65 – United Brands; EuGH, Slg. 1979, 461, Rn. 38 – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuGH, Slg. 1979, 461, Rn. 30 – Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission.

86 So zuletzt auch Mitteilung der Kommission vom 9. Februar 2009, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K (2009) 864 endgültig, Rn. 10.

87 Ausführlich hierzu Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 295 f., m.w.N.

88 Zur Vertiefung der Frage, ob und inwieweit das Handeln von Sportverbänden als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bewertet werden kann, vgl. Daniel Grätz, zit. in Fn. 67, 248 ff.; Peter W. Heermann, Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports – Rechtfertigen die Besonderheiten des Sports eine Sonderbehandlung?, WuW 2009, 489, 496 ff.; im Hinblick auf den Marktmachtmissbrauch im Zusammenhang mit Sponsoringverträgen im Sport vgl. Peter W. Heermann, zit. in Fn. 5, 285, 297 ff., m.w.N.; zuletzt auch Bettina Bergmann, zit. in Fn. 8, 102, 105 f. Zur Frage, inwieweit Ausschliesslichkeitsbindungen als Behinderungsmissbrauch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eingestuft werden können, vgl. schliesslich auch Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EG, zit. in Rn. 79, Rn. 32 ff.

lichen Ergebnissen. Entgegen einer jüngst vertretenen Auffassung[89] bedarf es bei Sponsoringverträgen keiner «möglichst weitgehenden Zurückhaltung bei der Aufnahme von Wettbewerbsverboten»; diese müssen auch nicht notwendigerweise «in gegenständlicher, zeitlicher und gegebenenfalls räumlicher Hinsicht auf ein Mindestmass beschränkt werden». Vorzugswürdig gegenüber derart pauschalen Wertungen ist eine kartellrechtliche Bewertung anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung folgender Punkte:

- Durch die VO (EG) Nr. 2790/1999 (GVO-VV) werden Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen allenfalls in Einzelfällen von der Anwendung des Kartellverbots freigestellt.
- Auf der Basis der von der Kommission erlassenen Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG vom 27. April 2004 (2004/C 101/08) sind die dort getroffenen Aussagen zur kartellrechtlichen Bewertung von Nebenabreden (Rn. 28–31 und 18) massgeblich.
- Zunächst darf der Hauptgegenstand der vertraglichen Vereinbarung den Wettbewerb nicht beschränken, wovon bei Sponsoringverträgen regelmässig auszugehen ist. Ebenso stellen derartige Ausschliesslichkeitsvereinbarungen üblicherweise unmittelbar mit dem Hauptgegenstand der Sponsoringvereinbarung verbundene Nebenabreden dar. Diese müssen darüber hinaus für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich sowie verhältnismässig sein.
- Sofern sich eine sponsoringvertragliche Ausschliesslichkeitsbindung als unverhältnismässig im Sinne der vorgenannten Leitlinien der Kommission erweist und sie damit keine kartellrechtlich privilegierte vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkung darstellt, kann die Annahme eines Verstosses gegen Art. 81 Abs. 1 EG noch an verschiedenen weiteren Tatbestandsmerkmalen scheitern: So kann es an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und/oder der Zwischenstaatlichkeit mangeln, auch eine Rechtfertigung nach Art. 81 Abs. 3 EG kommt in Betracht.
- Die Vereinbarung von Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen ist grundsätzlich nicht Resultat eines ungerechtfertigten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG.

89 Vgl. Renate Schaub, zit. in Fn. 12, 449 f.; vgl. hierzu ausserdem oben 2.1.