

#### Anmerkung

Das Urteil selbst schreibt Geschichte, setzt es doch das bestehende System der Vermarktung von Sportübertragungsrechten außer Kraft. Die Überlegungen des BGH sind insofern absolut überzeugend; ihnen ist nichts mehr zuzufügen. Dies gibt dem Urteils-„Besprecher“ die Chance, einmal zu den Wurzeln zurückzugehen und tieferliegende Fragen zu stellen, die der BGH nicht klären, geschweige denn beantworten mußte. Der DFB und die UEFA nehmen für sich eine ausschließliche Befugnis in Anspruch, über Fernseh- und Rundfunkübertragungen von Fußballspielen mit Fernseh- und Rundfunkanstalten Verträge schließen zu dürfen. Doch so komisch die Frage auch klingen mag: Was sind das eigentlich für „Übertragungsrechte“? Und – wenn es sie gibt, sind sie übertragbar?

#### 1. Rechtsnatur der Übertragungsrechte

Das erste Problem läßt sich vielleicht einfach lösen. Veranstalterrechte im Sinne des § 81 UrhG stehen den Sportvereinen nicht zu, da diese Rechte auf die Veranstaltung von Musikkonzerten beschränkt sind.<sup>1</sup> Die angeblichen „Übertragungsrechte“ sind Ausfluß des Hausrechts des Sportvereins, soweit er Eigentümer des Stadiongeländes gem. § 903 und damit auch des Stadions selbst gem. §§ 93, 94 Abs. 1 ist.<sup>2</sup> Als Eigentümer kann er nämlich nach § 903 BGB andere von der Nutzung der Sache ausschließen. Dieses Ausschließlichkeitsrecht umfaßt auch das vom BGH<sup>3</sup> so bezeichnete „natürliche Vorrecht des Eigentümers“ darauf, „den gewerblichen Nutzen, der aus seinem nur gegen seine Erlaubnis zugänglichen Eigentum gezogen werden kann, für sich zu beanspruchen“. Ausfluß dessen ist der Unterlassungs-

<sup>1</sup> So auch OLG München, NJW-RR 1997, 1405, 1406.

<sup>2</sup> Ungenau die Formulierung des BGH, der vom Eigentum am „Veranstaltungsort“ spricht; siehe etwa BGH, NJW 1990, 2818. Vom Eigentumsrecht geht auch der niederländische Hoge Raad im KNVB/NOS-Urteil aus, siehe NJ 1988, Nr. 310 mit Anm. *Wichers Hoeth* = GRUR Int. 1988, 784 m. Besprechung von *Ruijschnars*, GRUR Int. 1988, 764 ff.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1975, 778 – JZ 1975, 491 mit Anm. *Baur*. Kritisch dazu allerdings *Gerauer*, GRUR 1988, 672.

anspruch nach § 1004 BGB und der Straftatbestand des § 123 StGB. Ähnliches gilt für das parallel zum Eigentum bestehende Besitzrecht (§§ 861, 862 BGB); der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft ist befugt, andere von einem eigenmächtigen Eingriff in seine Herrschaft abzuhalten. Demgegenüber sind von der Bedeutung her die Konstruktion eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, der über § 823 Abs. 1 BGB geschützt wäre,<sup>4</sup> und die Anwendung von § 1 UWG nachrangig. Die „Übertragungsrechte“ sind primär als Ausfluß von (Immobilien-)sachenrechten anzusehen. Würde sich ein Dritter von außerhalb einen Einblick in ein Stadion verschaffen, würde dies nicht gegen die Übertragungsrechte des Vereins verstoßen. So hat ein englisches Gericht es für unbedenklich erachtet, daß jemand vor dem Stadion Stehplätze mit Blick auf das Stadion vermietet.<sup>5</sup> Gleiches käme zur Geltung, wenn jemand aus einem Hubschrauber heraus ein Fußballspiel aufnehmen würde.<sup>6</sup>

Zu Recht resümiert der BGH<sup>7</sup> daher, daß die Erlaubnis des Veranstalters zur Fernsehübertragung einer Sportveranstaltung „im Rechtssinn keine Übertragung von Rechten, sondern eine Einwilligung in Eingriffe“ darstelle, „die der Veranstalter aufgrund der genannten Rechtspositionen verbieten könnte.“

## 2. Rechtsnatur der Überlassung von „Übertragungsrechten“

Bei den Übertragungsrechten geht es folglich gar nicht um die Einräumung von Nutzungsrechten im Sinne der klassischen Dogmatik des Immaterialgüterrechts. Vielmehr wird hier um die Reichweite sachenrechtlicher Herrschaftsbefugnisse gestritten. Dies verblüfft vordergründig insofern, als die Verträge, die der DFB mit den Fernsehanstalten schließen, in der Terminologie des Immaterialgüterrechts verfaßt sind und so tun, als ginge es um die Übertragung urheber- oder zumindest leistungsschutzrechtlich relevanter Befugnisse.

Hintergründig stellt sich aber die viel wichtigere Frage, wieso gerade der DFB Inhaber der „Übertragungsrechte“ sein soll. Dies würde voraussetzen, daß die Einwilligung des einzelnen Sportvereins in einen Eingriff in das Hausrecht auf Dritte übertragbar ist. In der sportrechtlichen Literatur macht man sich das Leben leicht. Sofern überhaupt zur Frage der Übertragbarkeit Stellung genommen wird, heißt es dort lapidar: „Diese Position ist übertragbar und Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs; der Veranstalter erteilt eine Lizenz.“<sup>8</sup> Wie im weiteren zu zeigen sein wird, entspricht diese Aussage nicht der juristischen Wirklichkeit.

### a) Übertragung der Unterlassungsansprüche?

Vorab läßt sich einfach klären, daß nicht die Unterlassungsansprüche der §§ 862, 1004 auf den DFB bzw. die UEFA abgetreten werden können. Denn diese Ansprüche sind untrennbar mit dem Besitz bzw. Eigentum verbunden und daher nicht selbständig abtretbar. Der DFB ist auch nicht als mittelbarer Besitzer zur Geltendmachung von Besitzschutzansprüchen befugt. Denn dies würde nach § 868 BGB voraussetzen, daß der DFB mit den Fußballvereinen durch ein Besitzmittlungsverhältnis verbunden ist, das dem DFB einen Herausgabeanspruch gegenüber dem Verein und dem Verein ein der Leihe oder der Miete vergleichbares, zeitlich begrenztes Besitzrecht sichert. Die Sachlage ist jedoch allenfalls um-

gekehrt: Der DFB agiert zeitlich begrenzt; wenn überhaupt, dann steht dem Verein ein Herausgabeanspruch zu. Auch umgekehrt wird aus der Sache kein Schuh. Der DFB ist nicht als unmittelbarer Fremdbesitzer im Verhältnis zum Fußballverein zu sehen. Denn die unmittelbare Sachherrschaft über das Stadion verbleibt bei dem jeweiligen Verein.

### b) Übertragung der Einwilligung?

Die bislang genannten Anspruchsnormen zeichnen sich dadurch aus, daß sie auf die Möglichkeit einer Einwilligung als Rechtfertigungsgrund verweisen. Damit könnte auch die Einwilligung Gegenstand der Rechteübertragung zwischen DFB und Fußballverein sein, wie dies teilweise in der Literatur vertreten wird.<sup>9</sup> Die Einwilligung in dingliche Rechtsgüter ist nicht mit der in § 183 BGB erwähnten Einwilligung zu verwechseln.<sup>10</sup> Letztere ist ein Rechtsgeschäft, erstere nicht. Die Einwilligung in dingliche Rechtsgüter ist stets höchstpersönlich. Allenfalls bei Minderjährigen oder bei Organen juristischer Personen kommt eine Anwendung des Vertretungsrechts in Betracht.<sup>11</sup> Dies gilt auch für § 858 Abs. 1 BGB, wo ausschließlich auf den Willen des unmittelbaren Besitzers abgestellt wird.<sup>12</sup> Eine Stellvertretung kommt dort nur in Betracht, wenn der Besitzerwerb durch Rechtsgeschäft erfolgt (also im Falle von §§ 854 Abs. 2 und 870 BGB).<sup>13</sup> Im vorliegenden Fall kommt eine solche Konstruktion daher nicht in Betracht; die Einwilligung selbst kann nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein.

### c) Ermächtigung gem. § 185 Abs. 1 BGB analog?

Denkbar wäre allerdings die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung im eigenen Namen, sofern der Ermächtigte ein eigenes Interesse an der Geltendmachung nachweisen kann.<sup>14</sup> Insofern ließe sich die Einräumung von „Übertragungsrechten“ in die Ermächtigung umdeuten, Unterlassungsansprüche des einzelnen Fußballvereins etwa aus § 1 UWG geltend zu machen. Allerdings verkennt eine solche Auslegung die Reichweite der Verträge zwischen DFB und den einzelnen Fußballvereinen. Diese Vereinbarungen sind nicht darauf gerichtet, daß der DFB zur Geltendmachung von Ansprüchen im Klagewege ermächtigt werden soll. Vielmehr soll dem DFB eine materielle Befugnis eingeräumt werden, die auch und insbesondere die Vermarktung der sog. Sportrechte einschließt. Im übrigen gehen die derzeitigen Vereinbarungen nicht davon aus, daß der DFB fremde Rechte wahrnimmt, sondern bei der Weitervermarktung als Inhaber eigener, abgeleiteter Rechte auftritt. Von daher wird die Einordnung als Prozeß-

<sup>4</sup> So BGH, NJW 1970, 2060, der allerdings eng auf die Betriebsbezogenheit des Eingriffs abstellt und diese eng auf die organisatorische Arbeit beschränkt.

<sup>5</sup> Victoria Park Racing and Recreation Grounds Co. Ltd. v. Taylor (1937) 58 CLR 4798; siehe hierzu auch Kevin Gray, Property in Thin Air, in: Cambridge Law Journal 40 (2), Juli 1991, 252, 264 ff. Anders allerdings US District Court of Pennsylvania, 24 F. Supp. 490 (1938) in der Entscheidung Pittsburgh Athletic Co. v. KQV Broadcasting Co.

<sup>6</sup> Siehe dazu BGH, NJW 1989, 2251; OLG Hamburg, NJW 1987, 1420; OLG Oldenburg, NJW-RR 1988, 951; OLG Celle, MDR 1980, 311.

<sup>7</sup> NJW 1990, 2818.

<sup>8</sup> Martin Stopper, Ligasport und Kartellrecht, Berlin 1997, 78.

<sup>9</sup> Ohne nähere Begründung etwa von Rodehald, BB 1995, 2103, 2104: „Die Einwilligung im oben beschriebenen Sinne ist ein geeignetes Objekt eines Kaufvertrages (...).“

<sup>10</sup> Erman/Schiemann, § 823 Rdn. 147.

<sup>11</sup> BGH, NJW 1972, 335; 1974, 1947; Kobte, AcP 185 (1985), 105 ff.

<sup>12</sup> Soergel/Mühl, § 858 Rdn. 5.

<sup>13</sup> Staudinger/E. Bnd., § 854 Rdn. 52.

<sup>14</sup> RGZ 166, 283; BGHZ 5, 164.

standschaft dem Willen und den Interessen der Parteien nicht gerecht.

Mit anderer Begründung sieht *Hausmann*<sup>15</sup> eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB als gerechtfertigt an. Er verweist auf § 3 Nr. 2 des Lizenzspielerstatuts des DFB und sieht darin eine verbandsrechtlich bindende Ermächtigung zur Wahrnehmung der Erlaubnisrechte. Dies erscheint mir aus mehreren Gründen bedenklich: Bei der Erteilung der Einwilligung im Sinne von §§ 862, 1004 BGB geht es nicht um eine Verfügung. Im übrigen kann aber auch nicht auf die analoge Anwendbarkeit von § 185 BGB auf den Fall der Besitzüberlassung verwiesen werden. Zwar überträgt die herrschende Meinung § 185 BGB auch auf den Fall, daß ein Nichtberechtigter Besitz- und Gebrauchsrechte an Sachen einräumt.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall werden aber gerade keine Nutzungsrechte eingeräumt, sondern allenfalls auf die Geltendmachung von Verbotsansprüchen verzichtet. Diese Nicht-Handlung ist nicht der positiven Zuweisung von Gebrauchsrechten gleichzustellen. Im übrigen würde die Konstruktion von *Hausmann* darauf hinauslaufen, daß die Bindung des Besitzes an den Besitzwillen des Besitzers und parallel die des Eigentums an den Eigentumswillen des Eigentümers unterlaufen würde.

#### d) Vertrag zugunsten Dritter

Eine Lösung wird sich nur unter Beachtung der spezifischen Vorgaben des Besitz- und Eigentumsrechts finden. Im Hinblick auf eine Duldungspflicht im Rahmen von § 1004 BGB könnte auf die Vereinbarung von DFB und Fußballverein abgestellt werden. Dieser Vertrag schließt als schuldrechtlicher Duldungsvertrag die Rechtswidrigkeit künftiger Beeinträchtigungen aus (§ 1004 Abs. 2 BGB). Damit daraus allerdings aber ein Dritter, insbesondere eine Sendeanstalt, Rechte gegenüber dem Fußballverein ableiten kann, müßte es sich bei der Vereinbarung um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB handeln. Allerdings muß der Dritte in diesem Fall bei Abschluß des Vertrags zumindest bestimmbar sein.<sup>17</sup> Eine Festlegung aufgrund sachlicher Momente – etwa zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Grundstücks – ist zulässig<sup>18</sup>; hier wird eine auflösende Bedingung mit dem Vertrag zugunsten Dritter gekoppelt.<sup>19</sup> Zumindest die sachliche Kategorie als solche muß jedoch hinreichend bestimmt sein. Dies ist aber im derzeitigen Zeitpunkt nicht der Fall, da sämtliche Regelwerke des DFB lediglich vorsehen, daß dieser Inhaber der Übertragungsrechte sei, ohne Regelungen zu den Spezifika der Weiterübertragung dieses Rechts zu enthalten. Das Lizenzspielerstatut geht davon aus, daß der DFB originärer Inhaber der Übertragungsrechte ist und nicht bereits im Verhältnis zwischen Fußballverein und DFB ein Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird. Über diesen Parteiwillen kann man sich – auch im Rahmen einer Umdeutung – kaum hinwegsetzen. Im übrigen ist die Konstruktion des § 328 BGB hinsichtlich der besitzrechtlichen Ansprüche des Fußballvereins nicht anwendbar. Damit ist die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter wenig überzeugend.

#### e) Abtretung des Duldungsanspruchs

Eine Einzelrechtsnachfolge wird im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 BGB auch in der Form zugelassen, daß der vertraglich verankerte Duldungsan-

spruch an Dritte abgetreten wird.<sup>20</sup> Diese Konstruktion gilt allerdings nicht im Rahmen der Besitzschutzansprüche. Im übrigen würde sich die Zahl der Gläubiger des Duldungsanspruchs bei mehreren Rechteverwertungen vervielfachen. Es wäre für den einzelnen Fußballverein als Schuldner nicht mehr festzustellen, wer nun eigentlich Gläubiger des Duldungsanspruchs in welchem Umfang ist. Dies ist abtretungsrechtlich m. E. nicht begründbar.

#### f) Vorabereinwilligung

Für alle Anspruchsgrundlagen kommt die Konstruktion einer Vorabereinwilligung des Fußballvereins in Betracht. Dieser erklärt sich vorab bereit, die Übertragungshandlungen jeder Sendeanstalt, die vom DFB benannt wird, im Stadion zu dulden. So ist etwa im Rahmen von § 858 BGB der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht gegeben, wenn der Störer ohne den Willen des Besitzers handelt. Die insoweit erforderliche Einwilligung kann allerdings auch im voraus erteilt werden.<sup>21</sup> Gleiches gilt auch im Rahmen von § 1004<sup>22</sup> BGB, der schließt ein tatsächliches Einverständnis ebenfalls die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung aus. Sowohl die besitz- wie die eigentumsrechtliche Einwilligung ist jedoch jederzeit widerruflich. Allenfalls über § 242 BGB läßt sich eine Bindung bei Vorliegen besonderer Vertrauensstatbestände begründen.<sup>23</sup> Ähnliches gilt auch für die Einwilligung nach § 823 Abs. 1 BGB. Hier wird zumindest bei der Einwilligung in Verletzungen von Vermögensrechten eine analoge Anwendung von § 183 S. 1 BGB befürwortet.<sup>24</sup> Damit ist die Einwilligung bis zur Vornahme der Handlung frei widerruflich (§ 183 S. 1 BGB). Die Unwiderruflichkeit kann sich aber ausnahmsweise aus dem der Einwilligung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft oder aus einem ausdrücklichen und stillschweigenden Verzicht des Zustimmungenden auf den Widerruf ergeben.<sup>25</sup>

#### g) Schuldrechtliche Lösung

Bislang standen nur die dingliche Lösungsmodelle im Vordergrund. Denkbar wäre allerdings auch eine rein schuldrechtliche Betrachtung. Hiernach würde sich der Verein gegenüber dem DFB schuldrechtlich dazu verpflichten, die Besitz- bzw. Eigentumsstörung durch den DFB und jeden vom DFB Benannten zu dulden. Der DFB hätte damit einen Duldungsanspruch des Inhalts, daß der Verein verpflichtet ist, von seinen an sich bestehenden Abwehrrechten keinen Gebrauch zu machen. Dem Verein wäre es dann nicht verwehrt, weiterhin gegenüber jedem seine Abwehrrechte auszuüben. Allerdings verhielte er sich dann gegenüber dem DFB vertragsbrüchig und würde wegen dieser Vertragsverletzung dessen Schaden ersetzen müssen.

<sup>15</sup> BB 1994, 1089, 1092.

<sup>16</sup> Vgl. RGZ 80, 395, 399; 124, 28; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1278; MünchKomm/Schramm, § 185 Rdn. 10; Soergel/Leptien, § 185 Rdn. 10; Gursky, JR 1983, 265; Reimelt, NJW 1984, 2869.

<sup>17</sup> RGZ 106, 126; 117, 149; BGHZ 93, 274.

<sup>18</sup> BGHZ 87, 78 f.; ähnlich bereits RGZ 128, 246; 162, 349. Siehe hierzu auch *Erman/Westermann*, § 328 Rdn. 6.

<sup>19</sup> RGZ 128, 346.

<sup>20</sup> *Erman/W. Hefermehl*, § 1004 Rdn. 36.

<sup>21</sup> *Soergel/Mühl*, § 858 Rdn. 6.

<sup>22</sup> *Erman/W. Hefermehl*, § 1004 Rdn. 35.

<sup>23</sup> *Erman/W. Hefermehl*, § 1004 Rdn. 36.

<sup>24</sup> *Erman/Schiemann*, § 823 Rdn. 147; *Staudinger/Schäfer*, § 823 Rdn. 457.

<sup>25</sup> *Erman/H. Brox*, § 183 Rdn. 4. Ähnlich auch *MünchKomm/Mertens*, § 823 Rdn. 39.

### 3. Konsequenzen für die kartellrechtliche Praxis

Diese dogmatischen Überlegungen erweisen ihre Bedeutung erst bei der Frage, wie denn künftig die Vermarktung von Übertragungsrechten in einer den kartellrechtlichen Vorgaben entsprechenden Weise organisiert werden soll. Der BGH hat in seiner Entscheidung der schuldrechtlichen Betrachtung, wie sie oben unter g) vorgenommen worden ist, den kartellrechtlichen Gar aus gemacht. Es wäre daher zu prüfen, ob die anderen – sachenrechtlich orientierten – Denksätze kartellrechtlich weiterhelfen. Der BGH geht in seiner Entscheidung, ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, davon aus, daß eine Vermarktung der „Übertragungsrechte“ durch die Fußballvereine im Interesse der „Käufer“ geboten sei. Im Vordergrund der kartellrechtlichen Überlegungen steht daher die Überlegung, daß eine dezentrale Vermarktung durch die Fußballvereine im Interesse des Marktes geboten sei. Ein System, daß die Freiheit der Vermarktung durch den Verein unangetastet läßt und gleichzeitig eine zentrale, treuhänderische Koordination durch den DFB gewährleistet, wäre somit für alle Beteiligten das Ideal. Zur Realisierung dieses Ziels könnte sich nun § 183 S. 1 BGB als zentrale Weichenstellung erweisen. Denn diese Vorschrift erlaubt eine Einwilligung des Vereins in die Vermarktung der „Übertragungsrechte“ über den DFB, gewährleistet aber gleichzeitig durch das Element des freien Widerrufs die Autonomie der Vereine. Die Regelwerke des DFB könnten daher dahingehend geändert werden, daß der einzelne Verein den DFB zur Geltendmachung von „Übertragungsrechten“ ermächtigt, bis zum Abschluß eines entsprechenden Vertrages aber das Recht zum Widerruf behält. Man wird abwarten müssen, ob der DFB und die deutschen Fußballvereine solche Alternativen in Betracht ziehen. Auf jeden Fall ist juristische Kreativität gefordert, um die Vermarktung von Fußballrechten im Interesse aller Beteiligten so effizient und gleichzeitig so wettbewerbsneutral wie möglich zu organisieren.

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster