



54-0601: Einführung Financial Fairplay in der National League

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

I.1 Grobe Verortung der Ligastruktur

1. Die National League AG ist eine eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen BE. Im Zuge einiger Umstrukturierungen des Schweizer Eishockeysports im Juni 2020 gegründet, bezweckt die National League AG die Förderung und Entwicklung des auf höchster Ebene professionell ausgeübten Eishockeysports in der Schweiz, insbesondere durch Organisation, Gestaltung und Durchführung des Spielbetriebs und dies nach Massgabe der internationalen und nationalen Reglemente. Sie betreibt die National League.

2. Die National League AG ist Mitglied des Verbands Swiss Ice Hockey Federation (SIHF), welche als Dachorganisation des Schweizer Eishockeys den Zweck aufweist, «zusammen mit seinen Mitgliedern den Eishockeysport in der Schweiz (...) zu fördern». ¹ Die SIHF vereint den Leistungssport mit den Bereichen «National Teams» und «National League / Swiss League» sowie den Nachwuchs- und Amateursport mit den Abteilungen «Youth Sports & Development» und «Regio League» und ist ihrerseits Mitglied der International Ice Hockey Federation (IIHF) und der Swiss Olympic Association. ²

3. Bei der National League handelt es sich um die oberste Spielklasse im professionellen Schweizer Eishockeysport. Nach der organisatorischen Loslösung von der SIHF sollen die National League AG, resp. die derzeit zwölf Clubs als ihre Aktionäre ab der Saison 2022/2023 autonom über Regeln und Modus bestimmen und ebenfalls die Vermarktung des Wettbewerbs selbstständig wahrnehmen. Die Zuständigkeitsregelung und die Zusammenarbeit mit der SIHF, deren Mitglied die National League weiterhin bleibt, wird mittels eines Kooperationsvertrages geregelt. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich bei der National League innerhalb der Eishockeylandschaft in der Schweiz um den *Key-Player*, welche die höchste Attraktivität sämtlicher Ligen aufweist und bislang mit ca. $\frac{3}{4}$ des Gesamtumsatzes den mit Abstand höchsten Umsatzanteil innerhalb der SIHF erzielt, wovon Teile an den Verband fliessen.

I.2 Einführung eines Financial Fairplay-Konzepts

4. Im Zuge der Reorganisation im Schweizer Eishockey soll ein umfassendes Reformpaket verabschiedet werden, welches u. a. die Einführung eines Financial Fairplay-Konzepts in der National League vorsieht. Mit der Einführung dieses Konzepts sollen gemäss Grundsatz und Zielsetzung des «Reglements Financial Fair-Play» zwei Ziele verfolgt werden:

- Einerseits soll die wirtschaftliche Stabilität der Clubs gesteigert und als Folge die Glaubwürdigkeit und Transparenz des Eishockeysports in der Schweiz gestärkt werden. Über

¹ Art. 2 Ziff. 1 Swiss Ice Hockey Statuten 2020, <www.sihf_statuten_07092020.pdf> (4.3.2021).

² Art. 3 Ziff. 1 Statuten (Fn 1).

die letzten 25 Jahre betrachtet, mussten zehn der zwölf Liga-Clubs mindestens einmal saniert werden.³ Obwohl die Spiele in der obersten Spielklasse hohe Besucherzahlen verzeichnen, vermögen die generierten Einnahmen die Kosten kaum zu decken. Den Hauptkostenblock stellen dabei die seit Jahren steigenden Spielersaläre dar, welche gemäss der Beratungsanfrage nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einnahmen der Clubs stehen sollen. Gemäss den Ausführungen in der Anfrage bzw. dem vorerwähnten Zeitungsartikel betragen die durchschnittlichen Lohnkosten pro Spieler der zwölf Liga-Clubs rund CHF 200'000–300'000 und die Gesamtlohnkosten im Durchschnitt ca. [...] % der Gesamtkosten eines Clubs. Die Covid-19-Pandemie und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Sport haben diese prekären wirtschaftlichen Verhältnisse noch offener zutage treten lassen. So hat ein Grossteil der Clubs im vergangenen Jahr Darlehen beim Bund beantragt.⁴ In diesem Zusammenhang hat auch der Bundesrat die Problematik der überdurchschnittlich hohen Löhne im Sportbereich adressiert. So ist namentlich die Unterstützung durch den Bund mit À-fonds-perdu-Beiträgen für Clubs des professionellen und semiprofessionellen Mannschaftssports u. a. an eine durchschnittliche Lohnsenkung gebunden.⁵

- Andererseits soll damit ein Beitrag zur sportlichen Ausgeglichenheit der Liga geleistet werden. Laut Beratungsanfrage besteht innerhalb des Ligawettbewerbs ein Problem darin, dass die finanziellen Verhältnisse der Clubs sehr unterschiedlich sind. Während es einzelne Clubs mit beinahe unlimitierten Budgets gebe, die von Mäzenen unterstützt würden, kämen andere seit Jahren nur knapp über die Runden. Diese unterschiedliche finanzielle Situation der Clubs schlage sich sodann im sportlichen Erfolg nieder, wie die Meisterliste der National League beispielhaft zeige. Das Financial Fairplay könne dazu beitragen, die Chancengleichheit zwischen den Clubs zu verbessern, indem eine Konzentrierung der besten Spieler bei den wirtschaftlich stärksten Clubs verhindert werde. Eine dadurch geförderte sportliche Ungewissheit des Ausgangs des Liga-Wettbewerbs erhöhe im Interesse der Fans den Unterhaltungswert des Wettkampfs.

5. Das Financial Fairplay-Konzept soll über [...] eingeführt werden; [...]. Das Financial Fairplay bildet gemäss Reglement einen integrierenden Bestandteil des Reportingpackages für die Erlangung der Spielberechtigung in der National League.

I.3 Ausgestaltung Financial Fairplay-Konzept der National League

6. Die Ausgestaltung des Financial Fairplay wird umfassend im Reglement Financial Fair-Play geregelt, welches neben Grundsatz und Zielsetzung u. a. Richtlinien für die Datenermittlung, Prozessvorgaben und Verantwortlichkeiten, die anwendbaren Grenzwerte und die Sanktionen bei Nichterfüllen dieser Fairplay-Grenzwerte oder der Prozessvorgaben statuiert.

7. Nach dem Grundkonzept des Financial Fairplay-Systems definieren die an der Meisterschaft teilnehmenden Clubs eine sog. Fairplay-Schwelle für die Brutto-Gesamtlohnkosten⁶ einer Saison. Indes sieht das angedachte Financial Fairplay-System *keine* Vorgaben für die maximalen Lohnkosten eines einzelnen Spielers vor. Einem Club steht es zudem grundsätzlich frei, von der definierten Fairplay-Schwelle abzuweichen, wobei das Unter- resp. Überschreiten der Grenzwerte jeweils mit einer Sanktion bedroht ist.⁷ Bei der Überschreitung erhält ein Club eine reduzierte Entschädigung für die Überlassung der Marketing- und Medienrechte. Hinter

³ NZZ-Artikel vom 7.1.2021 «Im Schweizer Eishockey ist es Zeit, mit einem Tabu zu brechen», <www.nzz.ch/meinung/kommentar-im-schweizer-eishockey-ist-es-zeit-fuer-reformen-ld.1595044?reduced=true> (9.3.2021).

⁴ Vgl. NZZ-Artikel vom 7.1.2021 (Fn 3); in der Beratungsanfrage zitiert.

⁵ Vgl. Art. 12b Abs. 6 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

⁶ Diese bestehen aus einer Basis-Fairplay-Schwelle und einer Schwelle für allfällige Bonuszahlungen, bspw. für den Eintritt in die Playoffs und das Erreichen von weiteren Stufen in den Playoffs.

⁷ Vgl. Ziff. 5.1. und 5.2. Reglement Financial Fair-Play.

diesem Mechanismus steht laut Beratungsanfrage der Solidaritätsgedanke: Ein Club, der über genügend Ressourcen verfüge, um die Fairplay-Schwelle nicht einzuhalten, sei weniger auf die Erlöse aus den Marketing- und Medienrechten angewiesen. Ab Saison 2025/2026 beträgt der Fairplay-Ausgleichsbetrag 50 % der allfälligen Überschreitung des Fairplay-Maximums,⁸ und der zur Auszahlung an die übrigen Clubs verbleibende Erlös aus den Marketing und Medienrechten fällt entsprechend um diesen überschreitenden Betrag höher aus.

8. Im Ergebnis dürfte es sich beim angedachten Financial Fairplay-Konzept der National League um eine Art *Salary Cap* handeln, mithin um eine Begrenzung, welche in direkter Weise Bezug auf die Gehälter (hier: Brutto-Gesamtlohnkosten des Kaders) nimmt. Solche Salary Caps existieren bereits seit langer Zeit in diversen internationalen Sportligen, wobei insbesondere die grossen amerikanischen Profisportligen aufgrund ihres Bekanntheitsgrades als Beispiele und gelegentlich auch als Vorbild dienen. Allerdings gilt es zu beachten, dass sich sowohl die Strukturen der verschiedenen Sportligen – als Paradebeispiel sind wiederum die als Franchising aufgebauten *Major Leagues* in den USA, verglichen mit der Sportorganisation in Europa, wo die Sportligen regelmässig vertikal in Verbandsstrukturen integriert sind, zu nennen –⁹ wie auch die diversen Ausgestaltungen von Salary Caps und die Art und die Mittel der Implementierung derselben stark voneinander unterscheiden, was eine tatsächliche und (kartell-) rechtliche Beurteilung erschwert und eine Differenzierung im Einzelfall notwendig macht.

9. Üblicherweise weisen die verschiedenen Ausgestaltungen der Gehaltsobergrenzen eine Teambezogenheit auf, was bedeutet, dass die Obergrenze jeweils für den gesamten Kader eines Teams und nicht für einzelne Spielerverträge festgesetzt wird. Schematisch lassen sich u. a. folgende verschiedene Ausgestaltungen unterscheiden, wobei diese wiederum miteinander kombiniert oder mit verschiedenen Ausnahmen versehen werden können:

- *Absolute und relative Salary Caps*: Bei einem absoluten Salary Cap gilt die die Begrenzung der kumulierten Gehälter eines Kaders für alle Teilnehmenden am Wettbewerb gleichermassen, während – im Gegensatz dazu – relative Salary Caps individuelle Summen, welche sich beispielsweise an den Jahresumsätzen der jeweiligen Vereine orientieren, vorsehen, die ein Ligamitglied für seine Spielergehälter aufwenden darf.¹⁰
- *Hard und Soft Salary Caps*: Während bei einem Hard Cap die vorgegebenen Begrenzungen ausnahmslos nicht überschritten werden dürfen, lässt ein als Soft Cap konstituiertes System gewisse Ausnahmen, sei dies beispielsweise in Bezug auf einzelne Spieler oder gewisse Lohnbestandteile, und somit eine Überschreitung des Caps zu.¹¹

10. Die verschiedenen Formen und Ausgestaltungen eines Salary Caps unterscheiden sich naturgemäss dann auch in ihrer Wirksamkeit und Eingriffsintensivität, was sich auch in den mit einer Gehaltsbegrenzung verfolgten Zielen niederschlägt. Sehr häufig werden mit der Einführung eines Salary Caps – wie im Übrigen auch im vorliegenden Fall – die Ziele verfolgt, einerseits für stabile finanzielle Verhältnisse zu sorgen und andererseits eine *competitive balance*, also eine wirtschaftliche und damit verbunden auch eine sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern zu erreichen.¹² Dabei erscheint es naheliegend, dass eine Gehaltsbegrenzung, die sich an den finanziellen Möglichkeiten eines einzelnen Teams orientiert (= relativer Cap), zwar das erste Ziel gleichermassen wie ein absoluter Salary Cap zu erreichen vermag,

⁸ Ziff. 5.2. Reglement Financial Fair-Play.

⁹ Statt vieler ausführlich PETER W. HEERMANN, Fussball-Bundesliga und U.S.-amerikanische Major Leagues – Ein Vergleich aus kartellrechtlicher Perspektive, *Causa Sport* 2017, 191–207, passim.

¹⁰ Gutachten des Deutschen Bundestags, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im europäischen Profifussball mit dem Unionsrecht vom 24.7.2020, 5 Ziff. 3.1 m. w. H., <www.bundestag.de/resource/blob/707916/df542d2244ccca08269bea3775ac79e1/PE-6-060-20-pdf-data.pdf> (3.3.2021).

¹¹ Vgl. z. B. die sog. *Designated Player Rule* der Major Soccer League, welche es Clubs erlaubt, bis zu drei Spieler zu erwerben, deren Gesamtvergütung das maximal zur Verfügung stehende Budget übersteigt, womit u. a. die Verpflichtung altgedienter Stars von hoher Strahlkraft ermöglicht wurde.

¹² HEERMANN (Fn 9), 198.

nicht aber die sportliche Ausgeglichenheit einer Liga. Dies führt zum Ergebnis, dass ein absoluter Salary Cap, welcher zweifellos die stärkere Einschränkung darstellt, eher im Lichte der Zielsetzung einer sportlichen Ausgeglichenheit begründet werden kann. Bei relativen Salary Caps, oder Gehaltsbegrenzungen, die viele Ausnahmen vorsehen, ist bereits *prima facie* fraglich, ob eine anvisierte Ausgeglichenheit überhaupt erreicht werden kann (vgl. Rz 56).

11. Im Sinne der obigen Ausführungen handelt es sich beim vorliegend angedachten Financial Fairplay-Konzept weitgehend um eine Ausgestaltung als absoluter Salary Cap. Das jeweils saisonweise festgelegte Fairplay-Maximum gilt grundsätzlich für sämtliche Ligamitglieder gleichermaßen, wobei das Reglement vier unterschiedliche Maximalbeträge im Verhältnis zur erreichten Qualifikationsstufe vorsieht.¹³ Die festgelegten Obergrenzen sollen sodann nicht absolut gelten; m. a. W. steht es jedem Club frei, die definierte Fairplay-Schwelle zu überschreiten, wobei ab diesem Moment ein Art System der begrenzten Umverteilung zum Tragen kommt (s. Rz 6). Damit ähnelt das angedachte Konzept einem sog. *Luxury Tax-System*, welches zumindest vorderhand ähnlich wie eine absolute Gehaltsobergrenze funktioniert.¹⁴

I.4 Rechtsauffassung des anfragenden Unternehmens

12. Die National League prüft das angedachte Konzept sowohl unter Art. 5 und Art. 7 KG und kommt zum Schluss, dass – sofern das Kartellgesetz überhaupt anwendbar sei – offengelassen werden könne, ob die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien, da das Financial Fairplay in seiner Ausgestaltung mit Blick auf die verfolgten Ziele ohnehin gerechtfertigt werden könne. Dabei stützt sich ihre Begründung u. a. auf die im Sportbereich speziell zu beachtenden Prinzipien, die bei anderen kommerziellen Märkten nicht gelten würden und (neben klassischen Effizienzgründen) auf sog. sportnotwendige Gründe.¹⁵

II. Kartellrechtliche Beurteilung

13. Nachfolgend folgt die kartellrechtliche Beurteilung des geplanten Financial Fairplay-Konzepts. Dabei sind die nachfolgenden Aspekte aus kartellrechtlicher Perspektive relevant:

- Die *Clubs* der National League sind auf derselben Marktstufe tätig und beabsichtigen, das Financial Fairplay-Reglement [...] zu verabschieden. Es stellt sich folglich die Frage, ob die dargestellte Gehaltsbegrenzung als unzulässige Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könnte.
- Zudem handelt es sich bei der National League wie eingangs dargestellt um die (einzige) oberste nationale *Spielklasse* im professionellen Eishockeysport, der u. a. die Organisation der Meisterschaft obliegt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Einführung des Financial Fairplay-Konzepts ein Verstoß gegen Art. 7 KG darstellen könnte.

14. Vorweg ist anzumerken, dass sich bei dieser Thematik einige grundsätzliche Fragen stellen, mit denen sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden bislang kaum oder nur am Rande befasst haben. Überhaupt hat es in der Schweiz gemessen an der wirtschaftlichen Bedeutung des professionellen Sportbetriebs – anders als in der Europäischen Union¹⁶ – relativ selten Beschwerden und Verfahren bei der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat gegeben.

¹³ Ziff. 4.2. Reglement Financial Fair-Play.

¹⁴ Vgl. JOHAN LINDHOLM, The Problem with Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play, Texas Review of Entertainment and Sports Law, Vol. 12.2, 189–213, 210. Ein solches (reines) Luxury Tax-System wird beispielsweise in der Major League Baseball angewandt und explizit als *Competitive Balance Tax* bezeichnet.

¹⁵ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 16 f.

¹⁶ Vor dem EuG/EuGH etwa die Entscheide i. S. Bosman, Piau, Meca-Medina, Motoc oder zuletzt ISU.

15. Während sich Salary Caps in den amerikanischen Sportligen in vielen Jahren etabliert haben (s. Rz 8 und 33), haben die Diskurse in Europa zumeist auf akademischer – die Meinungen sind freilich umstritten – oder aber medialer Ebene stattgefunden. Der Ruf nach Gehaltsobergrenzen ist angesichts der hohen Spielerlöhne insbesondere im hochklassigen Profifussball immer lauter geworden. Im letzten Jahr wurde schliesslich erstmals in der dritten und vierten englischen Fussballliga eine Gehaltsobergrenze eingeführt.¹⁷ Wettbewerbsbehörden in Europa haben sich soweit ersichtlich nicht oder nicht offiziell zu Gehaltsobergrenzen im Sport geäussert. Die wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags haben diese Thematik in einem Gutachten aufgegriffen und Salary Caps als grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar beurteilt, wobei es für die Beurteilung freilich auf den Einzelfall ankomme.¹⁸

16. Nach der Auffassung des Sekretariats steht aufgrund der vorliegenden Konstellation, eine mögliche horizontale Wettbewerbsabrede im Vordergrund.

II.1 Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG?

17. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, wobei sich eine solche daher durch folgende Tatbestandselemente definiert: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung¹⁹ und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

18. Vorliegend ist die Festlegung von Gehaltsobergrenzen, bei deren Überschreitung eine Art Luxussteuer fällig wird, durch die einzelnen Clubs als Aktionäre der National League, die sowohl sportlich innerhalb der Liga wie auch wirtschaftlich miteinander – nicht zuletzt auch nachfrageseitig mit Blick auf das geeignete «Spielermaterial» – im Wettbewerb stehen und darüber hinaus autonom die Organisation der Liga wahrnehmen (s. Rz 3), gewünscht und gewollt. [...]. Ohne an dieser Stelle näher auf die genaue Einarbeitung des Financial Fairplay-Reglements einzugehen, ist davon auszugehen, dass eine Vereinbarung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

19. Es stellt sich somit die Frage, ob die Implementierung des angedachten Fairplay-Konzepts (s. Rz 7) zur Einschränkung resp. Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter führen kann und damit eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen könnte.²⁰

20. Die Einführung von Gehaltsobergrenzen stellen grundsätzlich einen Eingriff in den freien Wettbewerb zwischen den einzelnen Clubs dar.²¹ Festgelegte Gehaltsobergrenzen können u. a. dazu führen, dass die einzelnen Clubs nur innerhalb eines bestimmten Grenzwerts frei in ihrer Kaderplanung sind, was mit einer gewissen Einschränkung der finanziellen Selbstbestimmung einhergeht. So könnten beispielsweise Clubs, welche die zulässige Ausgabenlimite bereits ausgeschöpft haben – je nach Ausgestaltung der jeweiligen Financial Fairplay oder Salary Cap-Regelung – einen Spieler nicht unter Vertrag nehmen, obwohl sie dies gerne würden. Umgekehrt ermöglichen Gehaltsobergrenzen kollusives Verhalten: Sie erlauben den beteiligten Clubs, ihre Einnahmen zu maximieren und die Spielergehälter (zum Nachteil der Spieler)

¹⁷ Deutschlandrundfunk vom 7.8.2020, «Englische Vereine stimmen für Gehaltsobergrenze», <www.deutschlandfunk.de/salary-cap-in-dritter-und-vierter-liga-englische-vereine.890.de.html?dram:article_id=481978> (9.3.2021).

¹⁸ Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 26 Ziff. 4; in der Beratungsanfrage erwähnt.

¹⁹ So etwa auch Urteil des BVerfG, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

²⁰ Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 142.

²¹ So etwa auch Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 21 Ziff. 3.2.3.1.4.

zu kontrollieren. Es ist davon auszugehen, dass die Spieler infolgedessen nicht mehr dieselben Verdienstmöglichkeiten erreichen können, wie sie ohne bestehende Gehaltsobergrenzen möglich wären und es somit zu einer Art künstlichen Preissenkung kommen kann.²²

21. Wie eingangs dargestellt, sieht das Financial Fairplay-Reglement der National League keine Vorgaben für maximale Lohnkosten eines einzelnen Spielers und ebenfalls keine absolute Begrenzung der Brutto-Gesamtlohnkosten vor. Überschreitet ein Club die festgelegte Gehaltsobergrenze, hat er nur (aber immerhin) eine Art Luxussteuer, die auf dem Gedanken der Solidarität fusst (s. Rz 7), zu entrichten, indem er einen reduzierten Anteil der ihm zustehenden Erträge erhält. Nach der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats ist das Financial Fairplay-Konzept der National League aufgrund ähnlich zugrundeliegender Mechanismen geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der obigen Ausführungen zumindest zu bezwecken, weshalb vorliegend von einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen ist.

II.2 Vermutungsbasis: Harte Abrede i. S. v. Art. 5 Abs. 3 KG?

22. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

23. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (sog. horizontale harte Kartelle):

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

24. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei harten Kartellen kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

25. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die angedachte kumulierte Gehaltsobergrenze, die zwischen den Mitgliedern der National League einseitig vereinbart werden soll, auf Arbeitgeberseite eine Preisabrede und somit eine harte Abrede im Sinne des Gesetzes darstellt. Dabei wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nach h. L. und Rechtsprechung weit ausgelegt und «umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder –komponenten».²³ Grundsätzlich wird unter einer Preisabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Abrede verstanden, die direkt oder indirekt die Preisgestaltung beeinflusst.²⁴ Unter einem Preis versteht man die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung monetärer Art.²⁵ Damit eine Abrede als Preisabrede i. S. v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gilt, kann sie beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis.²⁶

²² Vgl. etwa auch LINDHOLM (Fn 14), 200 m. w. H.

²³ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 380 m. w. H.

²⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 441 Rz 1287.

²⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 375.

²⁶ RPW 2019/3b, 957 Rz 2295 m. w. H., *Badezimmer (2. Teil)*, vgl. auch RPW 2008/4, 554 f. Rz 73 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. Luzern*.

26. Das angedachte Financial Fairplay-Konzept verfolgt erklärermassen u. a. das Ziel, die ausufernden Gehälter, welche die Clubs ihren Spielern bezahlen, auf ein sinnvolles und finanziell tragbares Mass zu reduzieren. Einigen sich Unternehmen über Gehaltsobergrenzen für ihr Personal, liegt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern (bei der Nachfrage nach Arbeit) vor, wobei es im Konkreten um «Preise beim Einkauf» von Arbeit, m. a. W. um die Preise für einen Produktionsfaktor, geht,²⁷ welche namentlich im Sportbereich besonders zentral sind.

27. Bei dieser Ausgangslage ist es denkbar, Gehaltsobergrenzen wie Salary Caps usw. – wiederum je nach Ausgestaltung – als Festlegung von Maximal- oder Höchstpreisen resp. von Preisrahmen, da beispielsweise Salary Cap-Modelle häufig mit der Festlegung eines sog. *Salary Floor* einhergehen, zu betrachten.

28. Vorliegend wird eine Gehaltsuntergrenze (Fairplay-Minimum) definiert, welche die Clubs nicht unterschreiten dürfen, da ansonsten Sanktionen bis hin zum Ligaausschluss drohen. Die stufenweise festgelegten Gehaltsobergrenzen lassen demgegenüber Abweichungen zu, was allerdings bedingt, dass der Club, welcher dies beabsichtigt, bereit ist, den festgelegten Ausgleichsmechanismus und eine finanzielle Einbusse in der Höhe von 50 % der allfälligen Überschreitung des Fairplay-Maximums auf sich zu nehmen (s. Rz 7). Zudem sind die Clubs frei in der Festlegung der Höhe des Gehalts eines einzelnen Spielers.

29. Nach der vorläufigen Ansicht des Sekretariats erscheint es als wahrscheinlich, dass auch teambezogene Gehaltsobergrenzen einen wesentlichen Einfluss auf den Faktor Preis zeitigen und entsprechend unter dem Aspekt der Preisabrede zu würdigen sind. Allerdings kann an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt werden und es kann auch offenbleiben, ob sich dies vorliegend bestätigt, oder ob das Modell der National League, welches Abweichungen grundsätzlich zulässt, für die individuelle Preisfestsetzung letztlich vernachlässigbar ist.

30. In der Beratungsanfrage wird zudem die Meinung vertreten, bei den Löhnen handle es sich nicht um Preise und der Arbeitsmarkt sei dem Kartellgesetz nur eingeschränkt unterstellt. So würden Gesamtarbeitsverträge, welche Mindestlöhne vorsehen und den Lohnwettbewerb beschränken, nicht dem Kartellgesetz unterstehen.²⁸ Während für die Frage, ob Löhne Preise darstellen, auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden kann, ist festzuhalten, dass es sich vorliegend gerade nicht um einen gemeinsam, d. h. zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, ausgehandelten Tarifvertrag handelt.

31. Die Clubs als Aktionäre der National League legen das Financial Fairplay und damit verbunden die definierte Gehaltsobergrenze einseitig und – soweit ersichtlich – ohne Beiziehen der Arbeitnehmerseite fest, anders als dies beispielsweise in den amerikanischen Sportligen üblich ist. Die zitierten Aussagen und die zugrundeliegende Textstelle in der Botschaft betreffen indes primär die Frage der Unterstellung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerorganisationen unter den Unternehmensbegriff und infolgedessen die (Nicht-)Anwendbarkeit des Kartellgesetzes.²⁹ Tatsächlich ist sodann unbestritten, dass aus kartellrechtlicher Sicht wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die sich ausschliesslich auf das Arbeitsverhältnis beziehen und insbesondere Gesamtarbeitsverträge, in denen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände etwa Mindestlöhne vereinbaren und damit den Lohnwettbewerb beschränken, nicht dem Kartellgesetz unterstehen, was materiell u. a. mit dem strukturellen Ungleichgewicht im Arbeitsmarkt und den Arbeitnehmern als schwächere Vertragspartei begründet wird.³⁰

32. Allerdings geht es vorliegend um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, also der Clubs, die ohne Einbezug der Arbeitnehmerseite getroffen wird. Die Arbeitnehmerseite ist lediglich insoweit betroffen, als dass sie die möglichen Auswirkungen

²⁷ ANDREAS HEINEMANN, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW, Wirtschaft und Wettbewerb 2020, Nr. 07-08, 371–382, 375.

²⁸ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 27.

²⁹ Vgl. RPW 2004/2, 346 Rz 5 f., *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

³⁰ DIKE KG-HEINZMANN/MAYER (Fn 20), Art. 2 N 41 f. m. w. H.

der Gehaltsobergrenze, namentlich eine etwaige künstliche Lohnsenkung, treffen. Folglich erscheint das Kartellgesetz auf die vorliegende Abrede ohne Weiteres anwendbar.

33. Demgegenüber erscheint nach Einschätzung des Sekretariats aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die Einführung des Financial Fairplay-Konzepts unter Einbezug der Arbeitnehmerseite im Sinne einer tarifvertraglichen Regelung auch in der Schweiz eine valable Alternative: Solche Kollektivverträge resp. *Collective Bargaining Agreements* werden in den USA regelmässig zwischen den Major Leagues und den entsprechenden Spielergewerkschaften ausgehandelt. Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt u. a. darin, dass aufgrund der Tarifautonomie der Vertragsparteien für verschiedene Vereinbarungen, die den jeweiligen Arbeitsmarkt der Sportler innerhalb der Liga betreffen und eigentlich wettbewerbsbeschränkenden Charakter aufweisen oder zumindest aufweisen könnten, eine weitgehende Ausnahme von der Anwendbarkeit des Kartellrechts ermöglicht wird, womit beispielsweise eine durch Salary Caps möglicherweise bewirkte Preisfestsetzung der kartellrechtlichen Prüfung entzogen wird.³¹ Abschliessend ist lediglich vollständigkeitshalber darauf hinzuweisen, dass auch bei dieser Vorgehensweise Grenzen existieren und selbstredend nicht jede beliebige Abrede unter dem Deckmantel eines Gesamtarbeitsvertrages legitimiert werden kann.

34. Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass die Qualifikation als mögliche Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beim angedachten Financial Fairplay-Konzept nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.³² Im Folgenden wird dargestellt, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, wofür zuerst die vorliegend relevanten Märkte abzugrenzen sind.

II.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

II.3.1 Relevanter Markt

35. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³³ umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

36. Das Sekretariat zog in der Stellungnahme Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20 im Rahmen einer Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG in Anlehnung an einen Entscheid der Europäischen Kommission einen Markt für die Organisation und Vermarktung der nationalen Sportliga in Betracht, wobei es die endgültige Abgrenzung letztlich offenliess.³⁴ Mit Blick auf die Literatur ist eine grobe Unterteilung der für den professionellen Sportbereich relevanten Märkte in drei Kategorien denkbar³⁵:

³¹ HEERMANN (Fn 9), 203 m. w. H.

³² Wird indes nicht von einer Preisabrede ausgegangen, stellt sich die Frage nach der Erheblichkeit der Abrede im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG, welche im Sinne der *Gaba*-Rechtsprechung eine Bagatellklausel darstellt. Nach der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats dürfte im Falle der Verneinung eines Vermutungstatbestands die potenzielle Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung mit Blick auf das Financial Fairplay-Reglement und die vorherigen resp. nachfolgenden Überlegungen zu bejahen sein. Die Einführung einer Gehaltsobergrenze stellt grundsätzlich einen Eingriff in den freien Wettbewerb zwischen den Clubs dar (vgl. Rz 20 f.), wobei sich in diesem Falle sämtliche Clubs der National League dieser Regelung unterwerfen, da sie zum integralen Bestandteil des Ligabetriebs erhoben werden soll. Mit Blick auf die bestehende Ausländerklausel ist davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung – trotz tendenziell weit abzugrenzender Spielermärkte – erheblich auf den Schweizer Markt im Besonderen auswirkt.

³³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse (SR 251.4).

³⁴ RPW 2020/4a, 1649 f. Rz 170 ff., *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

³⁵ RICHARD PARRISH, *Sports law and policy in the European Union*, 2003, 119; dazu näher DANIEL GRÄTZ, *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände*, 2009, 174 ff.

- **Verwertungsmärkte:** Sportvereine und/oder Verbände agieren als Unternehmen und verwerten die Sekundärgüter ihrer Leistungen, wie z. B. Übertragungsrechte für Spiele, Merchandising-Vereinbarungen oder exklusive Vertriebsysteme für den Kartenverkauf.
- **Märkte für Sportveranstaltungen:** Auf diesen Märkten produzieren die verschiedenen Mannschaften u. a. das eigentliche Produkt, nämlich den sportlichen Wettbewerb, indem sie gegeneinander spielen. Eine wichtige Eigenschaft dieses Marktes ist, dass er bis zu einem Punkt auf der Ungewissheit der Ergebnisse sowie der jeweiligen Qualität der Mannschaften beruht, was auf das Erfordernis einer gewissen Competitive Balance hinweisen kann. Die Sportmärkte leben u. a. vom kompetitiven Element und dementsprechend besitzen die einzelnen Teilnehmer ein Interesse daran, sich mit ähnlich leistungsfähigen Konkurrenten zu messen, da sich so eine attraktive Meisterschaft durchführen lässt.³⁶
- **Beschaffungsmärkte:** Hier kaufen und verkaufen die Sportvereine das Rohmaterial, das für das Produkt des sportlichen Wettbewerbs notwendig ist. Hierzu gehören beispielsweise der Markt für Spielervermittlung und insbesondere die Spielermärkte selbst.

37. Das Financial Fairplay-Konzept der National League reguliert die Möglichkeiten, Spieler zu akquirieren. Im Falle von Gehaltsobergrenzen ist aus den oben aufgelisteten Kategorien primär der Spielermarkt anzusehen, auf dem die verschiedenen Clubs (in der Regel) um die talentiertesten Spieler werben und andererseits die Spieler nach einem geeigneten Verein suchen. Wie auch der Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages anhand einer Gehaltsobergrenze im Profifussball ausführt, ist dabei in der Regel von der konkreten Sportart auszugehen:³⁷ Aus Sicht der nachfragenden Vereine sind die Eishockeyspieler nicht durch andere Sportler ersetzbar, aus Sicht der Spieler ebenso wenig ein Eishockeyverein durch einen anderen Sportverein, wobei auch die Qualität eine Rolle spielen dürfte.

38. Die Abrede wird vorliegend durch die Clubs der Liga getroffen und betrifft eine Art Gehaltsobergrenze für Eishockeyspieler, die in der National League spielen. Folglich bilden die Eishockeyspieler, die aktuell oder potenziell in der obersten Spielklasse der Schweiz Eishockey spielen, die Marktgegenseite, aus deren Sicht der Markt abzugrenzen ist. Aus ihrer Sicht bilden die angebotenen, offenen Stellen für Profieishockeyspieler den sachlich relevanten Markt oder – kurz gesagt – handelt es sich um den Arbeitsmarkt für Profieishockeyspieler.

39. Der räumlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

40. Während der eigentliche Ligawettbewerb der National League aufgrund der Organisation als Schweizer Eishockeyliga mit Schweizer Clubs national abzugrenzen sein dürfte, umfasst der räumlich relevante Markt bei der Akquise von Spielern ein breiteres Feld: Die Schweizer Clubs sind bei der Rekrutierung ihrer Spieler grundsätzlich nicht auf den Schweizer Markt beschränkt, sondern können auch ausländische Spieler verpflichten, während umgekehrt auch Schweizer Spieler von ausländischen Clubs verpflichtet werden können, weshalb der Markt im Grundsatz international abgegrenzt werden kann. Allerdings gilt es hierbei zu beachten, dass die geltenden Ausländerbestimmungen, welche nur den Einsatz einer begrenzten Anzahl an Ausländern je Club pro Match zulassen, diesen internationalen Charakter des Arbeitsmarkts von Profieishockeyspielern aus Sicht der Clubs zu einem gewissen Grad relativieren können.

41. Hierbei gilt es anzumerken, dass nicht nur die bestehenden Ausländerbestimmungen der National League das Tätigkeitsfeld für ausländische Spieler in der Schweiz beschränken, sondern umgekehrt auch möglicherweise bestehende Ausländerbestimmungen in ausländischen Ligen die Beschäftigungsmöglichkeiten von Schweizer Spielern. Daneben könnten nicht zuletzt auch teilweise gravierende Unterschiede *in puncto* Qualität und Attraktivität der ver-

³⁶ Vgl. RPW 2020/4a, 1654 Rz 210, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

³⁷ Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 20 f. Ziff. 3.2.3.1.3.

schiedenen Ligen eine Rolle spielen. Die Möglichkeit eines Spielers, sich bei Clubs einer ausländischen Liga beschäftigen zu lassen, hängen wiederum u. U. einerseits von seiner Nationalität und andererseits stark von seiner individuellen Klasse ab und es erscheint *prima facie* ungewiss, welche professionellen Eishockeyligen resp. die in den Ligen jeweils offenstehenden Beschäftigungsmöglichkeiten bei den Clubs tatsächlich Substitute für Eishockeyprofis in der National League darstellen.

42. Wie sich diese Besonderheiten in Bezug auf die Marktabgrenzung verhalten, kann letztlich offenbleiben und es wird im Rahmen dieser Beratung vom Grundsatz eines internationalen Arbeitsmarkts für Profieishockeyspieler ausgegangen.

II.3.2 Widerlegung der Vermutung

43. Vorliegend ist weder aus Spielersicht noch aus Sicht der Clubs von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen, wobei sich Gründe hierfür weitgehend ergänzen:

44. Es verbleibt weiterhin Innenwettbewerb, da es Clubs – unter Erdulden der festgelegten Sanktionierung finanzieller Natur – weiterhin möglich ist, die Gehaltsobergrenze zu überschreiten. Zudem werden durch das Financial Fairplay-Konzept für die einzelnen Spieler keine Vorgaben getroffen. Das führt dazu, dass die Clubs zumindest innerhalb des festgelegten Gehaltsrahmens, u. a. ihre Kaderplanung uneingeschränkt vornehmen können und auch weiterhin durch das Unterbreiten unterschiedlich hoher Angebote bei der Rekrutierung von Spielern mit anderen Clubs konkurrieren können. Umgekehrt besteht für die Spieler auch weiterhin die Möglichkeit, für sich ein möglichst gutes Angebot auszuhandeln und dafür auch mit mehreren Clubs zu verhandeln. Die Freiheit, sich für einen Club als Arbeitgeber zu entscheiden, wird wiederum zumindest dann grundsätzlich nicht eingeschränkt, sofern der entsprechende Club noch Kapazitäten innerhalb des Gehaltsrahmens aufweist. Bei internationaler Abgrenzung der Spielermärkte besitzt der Spieler zudem die Möglichkeit, sich bei Clubs zu bewerben und anstellen zu lassen, deren Liga keine Gehaltsobergrenze aufweisen. Mithin besteht auch Ausenwettbewerb.

45. Zudem dürften im Sportbereich gerade aus Sicht der Spieler noch andere Faktoren bei der Wahl des Clubs, wie beispielsweise das Renommee, die Aussicht auf sportlichen Erfolg oder die emotionale Verbundenheit und Identifizierung mit einem Club, eine gewisse Rolle spielen, die den Wettbewerb zwischen den Clubs um die Spieler beeinflussen.

46. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass die Festlegung der Gehaltsspannen im Sinne des angedachten Financial Fairplay-Konzepts nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt.

47. Im *Gaba*-Urteil hat das Bundesgericht festgehalten, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen,³⁸ dies ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.³⁹ Entsprechend ist nachfolgend direkt zu überprüfen, ob die Abrede im Falle der Bejahung einer harten horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.

II.4 Wettbewerbsabrede: Rechtfertigungsgründe?

48. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a) notwendig sind, um Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu

³⁸ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1, *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2014 E. 4.3.1, *BMW*.

³⁹ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5, *Gaba*.

nutzen, und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

49. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁴⁰ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁴¹ Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

50. Damit die betroffene Abrede – unabhängig vom Typ des Rechtfertigungsgrundes – notwendig ist, muss die Abrede kumulativ drei Bedingungen erfüllen:

- 1) Sie muss geeignet sein, das Effizienzziel herbeizuführen (Eignung);
- 2) Es darf kein milderer Mittel zur Verfügung stehen, welches zur Zielerreichung geeignet ist, den Wettbewerb aber weniger intensiv beeinträchtigen würde (Erforderlichkeit);
- 3) Der Wettbewerb darf durch die Abrede im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt sein (Verhältnismässigkeit i. e. S.)⁴²

51. Die National League nennt in der Beratungsanfrage klassische Effizienzgründe wie auch sportnotwendige Rechtfertigungsgründe, und beruft sich dabei u. a. einerseits auf die Stellungnahme des Sekretariats i. S. Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20⁴³ und auf einen Entscheid der Europäischen Kommission, welcher sich im Grundsatz positiv hinsichtlich eines Prinzips der finanziellen Solidarität und eines gewissen Gleichgewichts zwischen den Vereinen innerhalb eines Ligawettbewerbs äussert.⁴⁴

52. Das Sekretariat hat sich in vorgenannter Stellungnahme bei der Prüfung allfälliger *legitimate business reasons* am Rande mit den Besonderheiten im Sportsektor auseinandergesetzt, und festgehalten, es sei fraglich, ob rein betriebswirtschaftliche Gründe den Besonderheiten des Sports genügend Rechnung tragen, da beim Marktverhalten der Sportverbände regelmässig auch der sportliche Wettbewerb zu berücksichtigen sei, da der sportliche Erfolg den wirtschaftlichen Erfolg massgeblich beeinflusse. Eine weitere Besonderheit liege darin, dass die Teilnehmer im Rahmen des sportlichen Wettbewerbs seltener ein Interesse daran haben dürften, die übrigen Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, resp. zu ihren Lasten einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Die Sportmärkte würden vom kompetitiven Element leben und dementsprechend würden die einzelnen Teilnehmer ein Interesse daran besitzen, sich mit ähnlich leistungsfähigen Konkurrenten zu messen, da sich nur in diesem Fall eine attraktive Meisterschaft durchführen lässt.⁴⁵

⁴⁰ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m. w. H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3, *Buchpreisbindung*.

⁴¹ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Buchpreisbindung*.

⁴² Vgl. BGE 129 II 18, 47 E 10.4, *Buchpreisbindung*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 319 m. w. H.

⁴³ RPW 2020/4a, 1628 ff., *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

⁴⁴ EU-KOMM, ABI. 2003 L 291/25, Rz 165, *Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League*, so lautend: «Die Kommission hat Verständnis für das Bedürfnis, ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Vereinen eines Ligawettbewerbs zu wahren, da das zu besseren und spannenderen Spielen führt, die wiederum den Wert der Medienrechte erhöhen können. Das Gleiche gilt für die Ausbildung und Einstellung neuer Spieler, da der gesamte Wettbewerb ohne die Spieler nicht existenzfähig wäre. Die Kommission erkennt an, dass eine Umverteilung von Geldern von den reicheren zu den ärmeren Vereinen dazu beitragen könnte. Die Kommission beurteilt das Prinzip der finanziellen Solidarität, das beispielsweise in der Erklärung des Europäischen Rates zum Sport in Nizza im Dezember 2000 unterstützt wurde, positiv».

⁴⁵ RPW 2020/4a, 1654 Rz 210, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*; so auch Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 22, Ziff. 3.2.3.1.5.

53. In der Konsequenz wurde das Vorhandensein sportnotwendiger Gründe neben klassischen legitime business reasons für diesen spezifischen Fall bejaht, wobei nicht weiter ausgeführt wurde, was generell unter sportnotwendigen Gründen zu erfassen ist.⁴⁶ Darunter sind gemäss Literatur namentlich die Chancengleichheit und Sicherheit im Wettbewerb, das Ansehen des Verbandes und der Sportart oder das Neutralitätsgebot des Verbandes denkbar.⁴⁷

54. Im Folgenden wird auf die vorgebrachten Effizienzgründe eingegangen, wobei die erwähnten sportlichen Besonderheiten mitberücksichtigt werden, soweit anhand der vorliegenden Informationen diesbezüglich überhaupt ökonomische Aussagen möglich sind. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass – während die Einschränkungen primär den Spielermarkt betreffen – die vorgebrachten Effizienzgründe zumindest mehrheitlich den sportlichen Wettbewerb an sich resp. die Attraktivität auf den Zuschauermärkten betreffen, wobei sich auch diesbezüglich im Rahmen dieser Beratung kaum repräsentative Aussagen treffen lassen.

55. Die National League bringt folgende Gründe vor, die im Rahmen der Effizienzrechtfertigung zu berücksichtigen sind:

- Verbesserung der Chancengleichheit zwischen den Clubs und damit eine Verbesserung des Produkts «National League»; sowie
- Gewährleistung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Clubs. Hierunter lassen sich auf die geltend gemachten Gründe «Nachwuchsförderung» und «Sicherung der regionalen Diversität» einordnen. Denn die finanzielle Stabilität ermögliche – so die Beratungsanfrage – die Förderung resp. Aufrechterhaltung dieser Interessen.

II.4.1 Verbesserung der Chancengleichheit zwischen den Clubs

56. Das Reglement Financial Fair-Play benennt u. a. die sportliche Ausgeglichenheit der Liga und damit die Attraktivität der National League als Grundprinzipien der Liga.⁴⁸ Die Verbesserung der Chancengleichheit würde – so die Beratungsanfrage – aufgrund einer stärkeren Ungewissheit des Ergebnisses zu attraktiveren Spielen führen, womit aus Sicht der Eishockeyfans der Unterhaltungswert erhöht und somit eine Produktverbesserung erzielt werde.

57. Das Bedürfnis nach einem Eingriff vor dem Hintergrund einer Competitive Balance erscheint relativ breit anerkannt, sofern denn das entsprechende Ligagebilde diesen Zweck *in ihrer Gesamtheit* auch tatsächlich anvisiert.⁴⁹ Nach vorläufiger Beurteilung des Sekretariats erscheint die Berücksichtigung eines solchen Grundes grundsätzlich denkbar, da zumindest *prima facie* der Schluss naheliegend ist, dass durch eine mit der Ausgeglichenheit der Liga angestrebte Unsicherheit über das sportliche Ergebnis (sog. *Unsicherheitshypothese*) letztlich auch das Produkt für den nachfragenden Zuschauer positiv beeinflusst wird. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es gerade in diesem Bereich eine Vielzahl offener Fragen gibt und abschliessende Ausführungen von Eingriffen in den sportlichen Wettbewerb unter ökonomischen Effizienzgesichtspunkten derzeit kaum möglich erscheinen.⁵⁰

58. Ohne an dieser Stelle allerdings noch vertiefter darauf einzugehen, hat das Sekretariat Bedenken bezüglich der Eignung und Notwendigkeit des angedachten Financial Fairplay-Konzepts mit Blick auf eine verfolgte Ausgeglichenheit in der Liga:

⁴⁶ RPW 2020/4a, 1654 Rz 211, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

⁴⁷ DANIEL THALER, Athletenvereinbarungen und Athletenerklärungen, in: Sport und Recht, 4. Tagungsband, Arter/Baddeley (Hrsg.), 2007, 19–77, 53 m. w. H.

⁴⁸ Grundsatz und Zielsetzung Reglement Financial Fair-Play.

⁴⁹ Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:1995:463, Rz 106, *Bosman*, wobei sich die Prüfung konkret auf die mögliche Einschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bezog.

⁵⁰ Dazu näher Monopolkommission, Hauptgutachten XXI Wettbewerb 2016 vom 20.9.2016, Kapitel 1, Zentralvermarktung in der Fussball-Bundesliga, Rz 404 ff., <www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Kap1_Zentralvermarktung.pdf> (15.3.2021); HEERMANN (Fn 9), 197 f.

59. Während harte Gehaltsobergrenzen, die gleichermassen für alle Ligateilnehmer absolut gelten, potenziell das Wettbewerbsgleichgewicht in einer Liga verbessern können, erscheint dies aus Sicht des Sekretariats im Falle von relativen Gehaltsobergrenzen oder solchen, die – wie das angedachte Konzept der National League – eine Überschreitung zulassen, fraglich.

60. Die Überschreitung des Fairplay-Maximums ist prohibitiv mit einer Sanktion bedroht, namentlich verlieren die Clubs, welche sich nicht an die Gehaltsobergrenze halten, einen grundsätzlich ihnen zustehenden Anteil der Erträge aus Vermarktung der zentralen Marketing- und Medienrechte (s. Rz 7). Dieser Anteil wird linear auf die Clubs verteilt, die sich an die Vorgaben halten. Es bestehen Zweifel, dass sich die Clubs, welche beispielsweise aufgrund eines zahlungskräftigen Mäzenen, weniger auf diese Einnahmen angewiesen sind, tatsächlich an die Vorgaben halten werden oder für eine Verstärkung ihrer Mannschaft und im Bestreben, das beste Team der Liga aufzustellen, nicht trotzdem diese Art Luxussteuer in Kauf nehmen. Ob dadurch also eine Konzentrierung der besten Spieler bei den wirtschaftlich stärksten Clubs verhindert werden kann, ist fraglich. Hinzu kommt, dass dieser Ausgleichsmechanismus nach dem Verständnis des Sekretariats beschränkt ist: Überschreitet ein Club potenziell die Gehaltsobergrenze in einem Umfang, der seinen Anteil an Erträgen – nach «Strafzahlung» übersteigt, droht der Effekt zu verpuffen. Ob dieses Szenario aktuell oder in naher Zukunft denkbar ist, kann mangels näherer Kenntnisse über die Gehaltsstrukturen der einzelnen Clubs nicht gesagt werden. Gleichermassen kann aus diesen Gründen auch nicht abgeschätzt werden, inwiefern die festgelegte Maximallohnsomme von rund CHF [...] Millionen tatsächlich einen wesentlichen Beitrag zu einem Gleichgewicht im Wettbewerb zu leisten vermag.

61. Es erscheint sogar denkbar, dass die Kluft zwischen den eher vermögenden, aber finanzsensitiven Clubs und den sog. «Superreichen» dadurch sogar noch verstärkt werden könnte, während die Clubs mit den kleinsten Mitteln nur insofern betroffen sind, als sie in einem begrenzten Umfang von den solidarischen Ausgleichszahlungen profitieren, wobei nicht klar ist, in welchem Umfang dadurch eine Steigerung der Chancengleichheit bewirkt würde.

62. Weiter stellt sich die Frage, ob eine Verteilung der Fairplay-Ausgleichsbeträge zu gleichen Teilen an diejenigen Clubs, welche in der massgebenden Saison u. a. die Fairplay-Regeln einhalten, in Bezug auf die finanzschwächsten Clubs tatsächlich zu einer Verbesserung der Chancengleichheit führt oder ob dafür nicht zumindest ein Verteilungsschlüssel zu Gunsten dieser Clubs installiert werden müsste. Da schliesslich die Chancengleichheit und Attraktivität der gesamten Liga gesteigert werden soll, erscheint es jedenfalls *prima facie* naheliegend, dass eher auf diese Weise die bestehende Kluft innerhalb der Liga vermindert würde.

63. Ob das Financial Fairplay-Konzept also in dieser Ausgestaltung – auch angesichts der unterschiedlichen finanziellen Voraussetzungen der Clubs – einen wesentlichen Beitrag zu leisten vermag, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Kommt man zum Schluss, die Eignung zu bejahen, stellt sich sogleich die Frage, ob nicht andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen und ob angesichts der bestehenden Zweifel, ob die Chancengleichheit tatsächlich in einem nennenswerten Umfang gesteigert wird, eine Gehaltsobergrenze als verhältnismässig im engeren Sinn erkannt werden kann. Als alternative Möglichkeiten kommen nach Ansicht des Sekretariats auf den ersten Blick beispielsweise eine – zumindest teilweise bereits angedachte – Lockerung der Ausländerbestimmungen oder ein anderer Verteilungsschlüssel für die in Frage stehenden Erträge in Betracht. Ob diese allerdings tatsächlich vorzuziehen wären, müsste in einem Verfahren beurteilt werden.

II.4.2 Gewährleistung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

64. Das Financial Fairplay-System soll sicherstellen, dass die Clubs ihren Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern, Sozialversicherungen usw. nachkommen können. Unter diesem Aspekt lassen sich auch die in der Beratungsanfrage vorgebrachten Interessen der Nachwuchsförderung und Sicherung der regionalen Diversität der Clubs einordnen, da die Verfolgung dieser Interessen voraussetzt, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der Clubs dafür gegeben ist. Diese Aspekte bedingen eine Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Sportmärkte, da grundsätzlich rein individuelle, subjektive Zugewinne an Leistungsfähigkeit

der Abredeteilnehmer nicht hinreichend sind,⁵¹ und auch jedes Unternehmen selber dafür verantwortlich ist, seriös zu wirtschaften, um die eigene Existenz nachhaltig zu sichern.

65. Mit Blick auf die Besonderheiten im Sportbereich ist zu beachten, dass die unternehmerische Ausrichtung der Clubs primär auf Generierung von sportlichen Erfolg ausgerichtet ist; nicht zuletzt bringt ein höherer sportlicher Erfolg zumeist u. a. auch das wesentlich höhere Preisgeld mit sich. Sportlicher Erfolg beruht auf guter sportlicher Leistung, welche wiederum stark von der vorhandenen Spielerqualität abhängt. Um diesen Erfolg immer wieder zu erreichen, werden die verfügbaren und mit Erfolg generierten Mittel laufend in Spielerqualität investiert, was zu einem permanenten Konkurrenzkampf zwischen den Clubs führt, der schliesslich in Überschuldung enden kann.⁵² Darunter kann das ganze Sportprodukt der Liga leiden.

66. Eine Mindestvoraussetzung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sind nicht zuletzt häufig bereits in den Lizenzbestimmungen der jeweiligen Liga angelegt. Die Europäische Kommission hat das Financial Fairplay-Konzept der UEFA, welches u. a. ebenfalls die Verbesserung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Clubs verbessern soll, in einem Statement als mit dem Unionsrecht vereinbar erklärt.⁵³

67. Es erscheint nach vorläufiger Beurteilung denkbar, diesen Aspekt im Rahmen der Effizienzrechtfertigung einfließen zulassen. Indes stellt sich auch hier wiederum die Frage der Verhältnismässigkeit: Geht man aufgrund der fraglichen Prognose davon aus, dass mit dem angedachten Fairplay-Konzept der National League keine hinreichende sportliche Ausgeglichenheit erreicht werden kann, wäre eine relative Gehaltsobergrenze, die nach einem bestimmten Muster individuell für die Vereine festgelegt wird, im Sinne dieser Zielsetzung eine weniger einschneidende Massnahme. Auch eine Limitierung der zulässigen Menge an aufgenommenem Fremdkapital sowie eine Umverteilung der gebündelten Einnahmen der Liga auf die finanzschwächeren Clubs erscheinen denkbare Alternativen, um die finanzielle Stabilität sicherzustellen und Überschuldung vorzubeugen. In Bezug auf die Wichtigkeit der Nachwuchsförderung erscheint sodann auch denkbar, beispielsweise den Einsatz von eigenen Jugendspielern bei den einzelnen Clubs im Rahmen der Verteilung der Erträge aus Vermarktung der zentralen Marketing- und Medienrechte positiv zu berücksichtigen.

68. Auch erscheint in Bezug auf die Nachwuchsförderung und die Sicherung der regionalen Diversität nicht gänzlich klar, inwiefern die finanzschwächeren Clubs besonders stark vom Financial Fairplay profitieren: Geht man angesichts des Arguments der Verbesserung der Chancengleichheit davon aus, dass die Gehaltsobergrenze so angesetzt ist, dass sie vor allem die finanzstarken Clubs trifft, so ist – selbst im Falle einer begrenzten Umverteilung wegen Überschreitung des Caps durch andere Clubs und dem Vorhandensein zusätzlicher Mittel – nicht gewiss, dass diese tatsächlich für diese Zwecke aufgewendet werden und nicht für die Akquisition weiterer und besserer Spieler unterhalb der Gehaltsobergrenze. Wird die Gehaltsobergrenze demgegenüber nicht überschritten, stehen zumindest für die finanzschwächeren Clubs auch gar keine zusätzlichen Mittel zur Verfügung. Es handelt sich somit aus Sicht des Sekretariats *prima facie* eher um eine Frage der Prioritätensetzung jedes einzelnen Clubs.

69. Nach dem Gesagten erscheint es zumindest denkbar, auch alternative, weniger einschneidende Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, die nicht einseitig – und ohne Einbezug der Spieler – in erster Linie potenziell zu deren Lasten gehen.

⁵¹ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 256 m. w. H.

⁵² Vgl. HENNING VÖPEL, Is Financial Fair Play Really Justified?, HWWI Policy Paper Nr. 79, 2013, 15, <www.hwwi.org/uploads/tx_wilpubdb/HWWI_Policy_Paper_79.pdf> (15.3.2021).

⁵³ Joint statement by vice-president Joaquin Almunia and president Michel Platini vom 21.3.2012, <www.ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf> (15.3.2021).

II.4.3 Drei-Stufen-Test i. S. von Meca Medina

70. Die National League AG bezieht sich in der Beratungsanfrage im Rahmen ihrer rechtlichen Vorbringen zudem auf die Rechtsprechung des EuGH, welche die Prüfung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen von Sportregeln betrifft.⁵⁴

71. Während der EuGH in früheren Entscheiden im Sportbereich noch mit dem Begriff der Regelungen rein sportlichen Charakters/von rein sportlichem Interesse operierte, welche nicht in den Geltungsbereich des EU-Rechts und somit ebenfalls des Kartellrechts fallen, hat er sich in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen/Kommission* von diesem Ansatz gelöst.⁵⁵ Das Gericht hielt fest, dass sofern die fragliche sportliche Betätigung in den Geltungsbereich des EG-Vertrags falle, die Bedingungen ihrer Ausübung sämtlichen sich aus den einzelnen Vorschriften des EG-Vertrags ergebenden Verpflichtungen unterliegen würden,⁵⁶ womit grundsätzlich auch Regelungen sportlicher Natur nicht der kartellrechtlichen Prüfung entzogen sind. Zur weiteren Überprüfung der fraglichen Sportregel auf ihre Rechtmässigkeit hat der EuGH in der Folge ein dreistufiges Prüfmuster angewendet, der die sportlichen Besonderheiten bei der Auslegung und Anwendung der kartellrechtlichen Tatbestände berücksichtigt.⁵⁷ Demnach gilt in einem *ersten Prüfschritt* der Gesamtzusammenhang im jeweiligen Einzelfall, in dem die Vereinbarung oder der Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkung entfaltet hat, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Anschliessend ist als *zweiter Prüfschritt* zu untersuchen, ob die mit dem Beschluss zusammenhängenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit diesen Zielen zusammenhängen. Zuletzt ist als *dritter Prüfschritt* festzustellen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Hinblick auf diese Ziele verhältnismässig sind.⁵⁸ Bezüglich Gesamtzusammenhang wird in der konkreten Sachlage festgehalten, dass mit der Dopingbekämpfung u. a. die Chancengleichheit der Sportler, die Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports gewährleistet werden sollen.⁵⁹

72. Ein solches Vorgehen existiert in der Schweizer Kartellrechtspraxis (zumindest bislang) nicht und erscheint *prima facie* ungewiss, inwiefern sich ein solches Prüfmuster rein dogmatisch ins Schweizer Kartellrecht einordnen lässt. Auch im Europäischen Raum erscheint die Rechtsprechung diesbezüglich und die genaue Implementierung nicht restlos geklärt.

73. Doch selbst bei einer analogen Prüfung anhand des gezeichneten Drei-Stufen-Tests stellen sich dem Sekretariat ungefähr die gleichen Fragen wie zuvor bei der Beurteilung der Effizienzgründe in Berücksichtigung sportlicher Eigenheiten insbesondere was die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs betreffen.

II.4.4 Missbräuchliche Verhaltensweise i. S. von Art. 7 KG

74. Aufgrund der bestehenden Zweifel im Rahmen der Prüfung nach Art. 5 KG kann eine weitere Prüfung grundsätzlich unterbleiben, zumal für das Sekretariat angesichts der vorliegenden Konstellation eine mögliche Wettbewerbsabrede im Zentrum steht. Es sind die Clubs, die das Aktionariat der Liga bilden und das Financial Fairplay [...] einführen wollen, wobei sie abgesehen davon miteinander im Wettbewerb stehen. Damit unterscheidet sich die Situation seit der Loslösung vom Verband zumindest teilweise von den typischen Verbandsstrukturen, bei denen die Beschlüsse grundsätzlich über die einzelnen Verbandseinheiten erfolgen. Allerdings ändert sich dadurch nichts an der Tatsache, dass die National League AG die einzige

⁵⁴ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 21 ff.

⁵⁵ Statt vieler PETER W. HEERMANN, Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports, WuW Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 394–407, 399; Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 26 Ziff. 3.2.3.

⁵⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 27, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

⁵⁷ Vgl. HEERMANN (Fn 55), 399.

⁵⁸ MARTIN STOPPER, Der Kartellrechtliche Prüfungsstab im Sport, SpuRt 5/2020, 216–220, 220; EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 42, *Meca-Medina und Majcen/Kommission* mit Verweis auf die Rechtssache Wouters u. a.

⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 43, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

oberste Spielklasse im Schweizer Eishockey betreibt und infolgedessen eine marktbeherrschende Stellung wahrscheinlich ist, jedenfalls was die Organisation (und Vermarktung) der Liga betrifft. Sollte sodann eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegen, würde es bei der Prüfung der *legitimate business reasons* wiederum auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung hinauslaufen, mit denselben Bedenken, die sich bereits im Rahmen von Art. 5 KG gestellt haben.

III. Fazit

75. Als Gesamtfazit kann festgehalten werden, dass das angedachte Financial Fairplay-Konzept der National League nach der Einschätzung des Sekretariats nicht von vornherein als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft werden kann. Es stellen sich einige Fragen rechtlicher und tatsächlicher Natur und es erscheint fraglich, ob mit diesem Konstrukt die Voraussetzung der Notwendigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erfüllt ist und ob tatsächlich eine sportliche Ausgeglichenheit in der Liga in einem einigermaßen wesentlichen Umfang erreicht werden kann, resp. diese wesentlich gefördert werden kann. Aus Sicht des Sekretariats erscheinen sodann einige Alternativen prüfenswert, die *prima facie* ein milderer Mittel darstellen, um die vorgebrachten Ziele zu erreichen, den Wettbewerb aber weniger intensiv beeinträchtigen.