Kapitel 4 Competitive Balance und EU-Kartellrecht

Sofern europäische Sportverbände Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance einführen möchten, können sie in Konflikt mit dem europäischen Kartellrecht geraten.[790] Nachfolgend sollen daher die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartell- und Missbrauchsverbots gemäß Art. 101 und 102 AEUV dargestellt werden, wobei jeweils auf sportspezifische Besonderheiten eingegangen werden soll. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Frage, ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – der Competitive Balance rechtfertigende Wirkung, insbesondere im Rahmen der Kontextanalyse, zukommen kann.

A. Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Sportsachverhalte

Auch wenn die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Sportsachverhalte seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[791] kaum noch in Zweifel gezogen wird[792] und allenfalls verbandsseitig versucht wird, die Debatte am Leben zu erhalten,[793] war dies lange Zeit durchaus umstritten, sodass nachfolgend ein kurzer Überblick über die Entwicklung der Diskussion gegeben werden soll.

Wegweisend war bereits das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Walrave und Koch* aus dem Jahr 1974. In der Sache stritten die beiden Sportler *Walrave* und *Koch* mit der Union Cycliste Internationale (Internationaler Radsportverband) um eine Änderung der Statuten, wonach bei der Weltmeisterschaft im Steherrennen das Team aus Steher und Schrittmacher der gleichen Nation angehören muss.[794] *Walrave* und *Koch*, die Teams mit

790 Hier soll aufgrund der überragenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedeutung vom Fußballsport ausgegangen werden. Vorstellbar wäre es, dass derartige Maßnahmen auf Ebene eines nationalen (DFB und DFL) oder internationalen Sportverbandes (UEFA und FIFA) mittels Satzung oder Beschluss erlassen werden.

791 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593 – Meca-Medina und Majcen.

792 So etwa *Battis/Ingold/Kuhnert*, EuR 2010, 3, 22; *Hellmund*, SpuRt 2017, 145, 146.

793 Vgl. *Kornbeck*, SpuRt 2018, 22, 24.

794 Zu den Einzelheiten der Sportart *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sportlern anderer Nationen bildeten, sahen sich hierdurch im Diskriminierungsverbot des Artikel 7 EWG-Vertrag verletzt.[795] Der EuGH urteilte, dass sportliche Betätigungen dem Gemeinschaftsrecht insoweit unterfallen, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 EWG-Vertrag[796] ausmachen. Dies treffe aber auf die Aufstellung von Nationalmannschaften nicht zu, da diese Fragen ausschließlich von sportlichem Interesse seien und mit wirtschaftlicher Betätigung nichts zu tun hätten.[797] In der Rechtssache *Doná* bekräftigte der EuGH diesen Ansatz und stellte fest, dass die Tätigkeit von Fußballprofis und -halbprofis das Wirtschaftsleben betreffe, da diese Tätigkeit eine entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung darstelle.[798]

Im berühmten Urteil zum Fall *Bosman*,[799] in dem der EuGH die „europäische *Reserve Rule*", nach der ein Fußballspieler nach Ablauf seines Vertrages seinen Verein nicht ohne Zahlung einer Geldsumme verlassen darf,[800] sowie die „3+2"-Regel, die die Anzahl der ausländischen Spieler, die eingesetzt werden dürfen, begrenzt, für ungültig erklärt hat, erweiterte er nunmehr den Anwendungsbereich des europäischen Gemeinschaftsrechts auf Sportsachverhalte und prüfte nicht mehr nur – wie im Fall *Walrave und Koch* sowie *Doná* – den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, sondern eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten (hier der Arbeitnehmerfreizügigkeit).[801] Bezüglich der Frage der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten erinnerte der EuGH an sein früheres Urteil in der Rechtssache *Walrave und Koch*.[802] Da der EuGH bereits einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit erkannte, kam es auf die kartellrechtlichen Vorschriften schließlich nicht mehr an, sodass sich der EuGH zu deren Anwendbarkeit nicht mehr äußerte.[803]

795 Vorläufervorschrift zum heutigen Art. 18 AEUV, siehe *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 259.

796 Heute ohne Entsprechung. Dieser Prüfungspunkt wird heute teilweise für entbehrlich gehalten, *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 315 f. m.w.N. Der EuGH hält jedoch daran fest, siehe etwa EuGH, Urteil vom 25. April 2013, C-81/12, NZA 2013, 891, 893 Rn. 45 – Asociatia Accept.

797 EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1974 – Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 = NJW 1975, 1093, 1094 – Walrave und Koch.

798 EuGH, Urteil vom 14. Juli 1976 – Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333 = BeckRS 2004, 71499 Rn. 12/13 – Doná.

799 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 – Bosman.

800 In Form einer Transfer-, Ausbildungs- oder Förderungsentschädigung.

801 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 269.

802 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 508, Rn. 73 – Bosman.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schon zu diesem Zeitpunkt zeichnete sich also ab, dass der EuGH das Gemeinschaftsrecht – und damit auch das Kartellrecht – auch auf Sportsachverhalte anwenden wollte, sofern die sportliche Betätigung Teil des Wirtschaftslebens ist.[804] Auch hatte das Kartellrecht bereits vereinzelt Einzug in die Praxis des Sportrechts erhalten: So stellte die Europäische Kommission schon im Jahr 1992 fest, dass bestimmte Praktiken beim Vertrieb von Pauschalarrangements im Rahmen der Fußball-Weltmeisterschaft 1990 kartellrechtswidrig gewesen seien, wobei sie die FIFA als Unternehmen im Sinne von Art. 85 EWG-Vertrag qualifizierte.[805] Ferner klagte der schottische Fußballverband gegen ein an ihn gerichtetes Auskunftsersuchen der Europäischen Kommission im Rahmen eines möglichen Kartellverstoßes beim Versuch, die Fernsehübertragung von argentinischen Fußballspielen in Schottland zu verhindern, wobei die Anwendbarkeit des Kartellrechts nicht einmal thematisiert wurde.[806] Im Verfahren *ENIC/UEFA* im Jahr 2002 stellte die Europäischen Kommission letztlich keinen Kartellverstoß beim Verbot des Multi-Club Ownerships[807] durch die UEFA fest, prüfte die Regel gleichwohl am Maßstab des Art. 81 EG-Vertrag, wobei das Argument der UEFA, die Regel falle trotz ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen nicht unter das Kartellrecht, unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Walrave und Koch* zurückgewiesen wurde.[808]

Dennoch wurde teilweise gar die vollumfängliche Ausnahme des Sports vom Kartellrecht gefordert.[809] Die UEFA argumentierte in der Rechtssache *Bosman*, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts würde die Organisation

803 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 512, Rn. 138 – Bosman. *GA Lenz* setzte sich in seinen Schlussanträgen gleichwohl mit der Anwendbarkeit des Kartellrechts auseinander, welche er schließlich bejahte, *GA Lenz*, Schlussanträge vom 20. September 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4930 Rn. 253 ff. – Bosman.

804 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 285 f.

805 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Oktober 1992, ABl. L 326/31, Rn. 49 – FIFA Pauschalarrangements.

806 EuG, Urteil vom 9. November 1994 – T-46/92, Slg. 1994, II-01042 – The Scottish Football Association.

807 Kein Investor darf sich an mehreren Clubs beteiligen, die gleichzeitig in einem Wettbewerb der UEFA starten, siehe Kapitel 2 A. II.

808 Europäische Kommission, Entscheidung vom 25. Juni 2002 – COMP/37 806 Rn. 25 – ENIC/UEFA.

809 *Scholz/Aulehner*, SpuRt 1996, 44, 47; differenzierend zwischen angestellten und selbstständigen Sportlern *Klose*, Die Rolle des Sports bei der europäischen Einigung, S. 138 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Fußballs insgesamt in Frage stellen.[810] Andere dagegen sprachen sich für eine partielle Bereichsausnahme aus, die – im Einzelnen unterschiedlich – zwischen Spiel- und Rechtsregeln differenziert, wobei von der Kartellrechtsanwendung erstere ausgenommen werden sollten.[811]

Dem Ansatz einer partiellen Bereichsausnahme folgte auch das Gericht der Europäischen Union in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*.[812] Es entschied, anknüpfend an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Walrave und Koch*, dass rein sportliche Regelwerke – hier streitgegenständlich Dopingregelments – nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun hätten und dementsprechend nicht in den Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EG-Vertrag fielen.[813] Dabei vernachlässigte es jedoch, dass der EuGH bereits zuvor in der Rechtssache *Deliège* bei der Beurteilung der streitgegenständlichen Auswahlkriterien für die Teilnahme an internationalen Turnieren im Judo nicht mehr – wie noch in der Rechtssache *Walrave und Koch* – darauf abgestellt hatte, dass diese Kriterien mit dem Wirtschaftsleben nichts zu tun hätten, sondern ausgeführt hatte, dass derartige Regeln für die Durchführung von Wettkämpfen notwendig seien und daher nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit angenommen werden könne.[814] Schon hier hatte der EuGH also die Differenzierung zwischen wirtschaftlich motivierten und rein sportlichen Regelwerken aufgegeben und vielmehr einen Ansatz gewählt, der danach unterscheidet, ob die Beschränkung notwendig für die Durchführung der sportlichen Betätigung ist.[815]

Als sich der EuGH schließlich mit der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* befasste, stellte er klar, dass der Umstand, dass eine Regelung rein sportlichen Charakter habe, nicht dazu führe, dass sie von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausgenommen ist.[816] Vielmehr könnten auch Re-

810 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 508, Rn. 71 – Bosman; *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, S. 97.

811 Übersicht bei *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, S. 98 ff.

812 Hierzu ausführlich Kapitel 4 B. VIII. 1.

813 EuG, Urteil vom 30. September 2004 – T-313/02, Slg. 2004, II-3291 = SpuRt 2005, 20, 21, Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen.

814 EuGH, Urteil vom 11. April 2000 – C-191/97, Slg. 2000, I-2549 = NJW 2000, 2010, Rn. 64 – Deliège.

815 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 275 u. 295.

816 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595, Rn. 27 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geln, die allein von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben, durchaus in den Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EG-Vertrag fallen und deren Tatbestände erfüllen.[817] Die Differenzierung zwischen rein sportlichen Regelwerken und solchen mit Wirtschaftsbezug ist – jedenfalls für die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts – seitdem hinfällig.[818] Dies war nicht zuletzt praktischen Erwägungen geschuldet, da eine solche Differenzierung kaum zuverlässig und rechtssicher vorzunehmen ist.[819] Schließlich können selbst Spielregeln im engsten denkbaren Sinne – etwa die in diesem Kontext viel zitierte Abseitsregel – wirtschaftlich motiviert sein und entsprechende Auswirkungen haben.[820] Somit können selbst rein sportliche Regelwerke dem Kartellrecht unterfallen – ob sie auch den Tatbestand des Art. 101 oder Art. 102 AEUV erfüllen, ist damit jedoch noch nicht gesagt.[821] Sollte also behauptet werden, dass durch den im Urteil *Meca-Medina und Majcen* etablierten „Drei-Stufen-Test"[822] eine Bereichsausnahme für rein sportliche Regelwerke geschaffen werde,[823] so beruht dies auf einem Missverständnis. Vielmehr tritt der EuGH dieser Ansicht ausdrücklich entgegen und räumt allenfalls eine Rechtfertigungsmöglichkeit ein.[824]

Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Sportsachverhalte wurde in der Folge von Kommission[825] und EuG[826] anerkannt und ist auch herrschende Literaturmeinung.[827]

---

817 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595, Rn. 31 – Meca-Medina und Majcen.

818 Siehe aber zur Legitimität eigenwirtschaftlicher Ziele Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (iii).

819 *Eichel*, EuR 2010, 685, 689; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 177; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 300.

820 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 314.

821 *Heermann* meint sogar, dass sich diese vermeintliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des Kartellrechts auf Sportsachverhalte keinesfalls nachteilig auf die Verbände auswirken müsse – vielmehr könnten durch die Kontextanalyse auch die Besonderheiten des Sports angemessen berücksichtigt werden, *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 300.

822 Hierzu Kapitel 4 B. VIII.

823 Vgl. *Podszun*, NZKart 2021, 138, 141, der allerdings keine Nachweise für eine derartige Interpretation anführt.

824 *Podszun*, NZKart 2021, 138, 141 f., der insoweit vom „*Mythos Meca-Medina*" spricht.

825 Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 136 – ISU, wobei sich die Kommission zumindest missverständlich ausdrückt und den Eindruck erweckt, eine Ausnahme für rein sportliche Regelwerke könnte doch noch in Betracht kommen, vgl. Rn. 136–138: „*… not generally excluded …*"; „*… to the extent they themselves carry out activities of an economic nature …*"; „*In order to assess whether sporting rules adopted by an international sport association*

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Art. 101 Abs. 1 AEUV

Art. 101 Abs. 1 AEUV regelt das europäische Kartellverbot. Demnach sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

I. Sportverband als Adressat des Kartellverbots

Vom Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind als Adressaten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen erfasst.

Eine Legaldefinition des Unternehmens existiert nicht. Lediglich Art. 1 des Protokolls 22 zum EWR-Abkommen gibt an, dass als Unternehmen jedes Rechtssubjekt gilt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.[828] Da der Begriff unionsrechtlich zu verstehen ist, hängt er nicht davon ab, ob ein Unternehmen eine juristische Person im Sinne einer nationalen Rechtsordnung ist. Demgemäß wird der Begriff funktional verstanden. Da der Regelungsgegenstand des Kartellrechts das Wettbewerbsverhalten der auf dem Binnenmarkt tätigen Subjekte ist, ist vielmehr die wirtschaftliche Betätigung maßgeblich.[829] So definiert der EuGH das Unternehmen in ständiger Rechtsprechung als „*jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art*

---

come within the scope of Article 101(1) of the Treaty …", vgl. *Scherzinger*, NZKart 2020, 496. *Heermann* ist der Auffassung, die Kommission lehne eine derartige Ausnahme jedenfalls konkludent ab, *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 309. Tatsächlich bezieht sich die Kommission in Fn. 329 auf die insoweit eindeutige Rechtsprechung des EuGH in der Sache Meca-Medina und Majcen (dort Rn. 27 und 28): „*Sporting rules are not presumed to be lawful just by the mere fact that they were adopted by a sports federation.*" Dies geschieht allerdings erst im Rahmen der Kontextanalyse und nicht schon bei der Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts.

826 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, SpuRt 2021, 156 – ISU.

827 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 305; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 85 ff.; *Podszun*, NZKart 2021, 138, 142; *Varens*, Das „olympische" Werbeverbot, S. 40; *Scherzinger*, NZKart 2020, 496, jeweils m.w.N; zweifelnd *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 130.

828 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 96.

829 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Finanzierung".[830] Eine Tätigkeit ist wirtschaftlich, wenn sie „*darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten*".[831] Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.[832] Nicht erfasst sind dagegen Tätigkeiten, die „*nach ihrer Art, den für sie geltenden Regeln und ihrem Gegenstand keinen Bezug zum Wirtschaftsleben*" haben[833] oder wenn sie „*mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse*" zusammenhängen.[834] Unschädlich ist jedoch, wenn die Tätigkeit im öffentlichen Interesse kultureller[835] oder sozialer[836] Art liegt. Weiterhin besteht ein relativer Unternehmensbegriff, sodass ein Rechtsträger bezüglich der einen Tätigkeit als Unternehmen eingestuft werden kann, hinsichtlich einer anderen jedoch nicht.[837] Dies macht eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unentbehrlich.[838]

---

830 EuGH, Urteil vom 23. April 1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = NJW 1991, 2891 Rn. 21 – Höfner und Elser; EuGH, Urteil vom 5. März 2009 – C-350/07, Slg. 2009, I-1513 = NJW 2009, 1325, 1326, Rn. 34 – Kattner Stahlbau; EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 – C-327/12, EuZW 2014, 356, 357, Rn. 27 – SOA Nazionale Construttori; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 97 m.w.N.

831 EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96, Slg. 1998, I-3851 = EuZW 1999, 93, 95 Rn. 36 – Kommission/Italien; EuGH, Urteil vom 12. September 2000 – C-180/98, Slg. 2000, I-6451 = BeckRS 2004, 74737 Rn. 75 – Pavlov; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 – C-475/99, Slg. 2001, I-8089 = EuZW 2002, 25, 26 Rn. 19 – Ambulanz Glöckner.

832 EuGH, Urteil vom 29. Oktober 1980 – C-209/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 88 – Van Landewyck/Kommission; EuGH, Urteil vom 16. November 1995 – C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Rn. 21 – FFSA.

833 EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993 – C-159/91, Slg. 1993, I-637 = NJW 1993, 2597, 2598, Rn. 18 f. – Poucet und Pistre; EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 175, Rn. 57 – Wouters.

834 EuGH, Urteil vom 19. Januar 1994 – C-364/92, Slg. 1994, I-43 = NJW 1994, 2344, 2345, Rn. 30 – SAT Fluggesellschaften; EuGH, Urteil vom 13. März 1997 – Slg. 1997, I-1547 = C-343/95, BeckRS 2004, 76588 Rn. 23 – Diego Cali & Figli; EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 175, Rn. 57 – Wouters.

835 EuGH, Urteil vom 30. April 1974 – Rs. 155/73, Slg. 1974, 411 = GRUR Int 1974, 297, 299 – Telebiella; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 102.

836 EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 – C-475/99, Slg. 2001, I-8089 = EuZW 2002, 25, 26 Rn. 19–22 – Ambulanz Glöckner; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 102.

837 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193, 194 Rn. 25 – MOTOE; *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 149 m.w.N.

838 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 329.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Angesichts dieser Grundsätze wird der Begriff des Unternehmens folglich weit ausgelegt.[839]

Sportverbände und Athleten können demnach als Unternehmen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV eingestuft werden, soweit sie sich wirtschaftlich betätigen.[840] Insoweit hat der EuGH klargestellt, dass der Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht der Umstand entgegensteht, dass diese Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweist.[841]

Wann aber sind nun Sportverbände und deren Mitglieder wirtschaftlich tätig? In der Entscheidungspraxis wurden bislang etwa der Abschluss von Werbeverträgen, die kommerzielle Nutzung der Embleme der Weltmeisterschaft, der Abschluss von Verträgen über Fernsehübertragungsrechte, die Organisation der Fußballweltmeisterschaft sowie in diesem Zusammenhang der Ticketvertrieb,[842] die Organisation der und die Rechteverwertung an den Olympischen Spiele(n),[843] die Veranstaltung und kommerzielle Nutzung von Motorradrennen,[844] das Fußballspiel,[845] der Transfer von Spielern[846] und die Veranstaltung von Eisschnelllauf-Wettkämpfen[847] als wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen.

Wenn dagegen teilweise[848] die Aktivitäten von Sportverbänden pauschal als wirtschaftliche Tätigkeiten eingestuft werden, ist dies abzulehnen. Dies stünde nämlich nicht im Einklang mit dem relativen Unternehmensbegriff. Vielmehr ist an das konkrete Verhalten der Sportverbände anzuknüpfen.[849]

---

839 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 15; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 48.

840 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 329.

841 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193, 194 Rn. 22 – MOTOE.

842 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Oktober 1992, ABl. L 326/31 Rn. 47–57 – FIFA Pauschalarrangements.

843 Europäische Kommission, Entscheidung vom 1. August 2002 – COMP/38158 Rn. 37 – Meca Medina und Majcen.

844 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193, 194 Rn. 26 – MOTOE.

845 EuG, Urteil vom 26. Januar 2005 – T-193/02, Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102, 103 Rn. 69 – Piau.

846 Europäische Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005 – DG COMP/C-2/37.214 Rn. 21 – Bundesliga; Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Fn. 54 – UEFA Champions League.

847 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, BeckRS 2020, 35398 Rn. 3 – ISU.

848 Siehe insoweit die Nachweise bei *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 93.

849 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Teilweise wird in Bezug auf einzelne Tätigkeiten der Sportverbände argumentiert, sie seien nicht wirtschaftlicher Natur. Dies betrifft etwa die Verpflichtung zur unentgeltlichen Abstellung von ausländischen Nationalspielern durch Handballvereine, da der im vorliegenden Fall beklagte Deutsche Handballbund bei der Aufstellung entsprechender Verpflichtungen in seinen Statuten keine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt erbringe, sondern lediglich seiner Verpflichtung als Mitglied der Internationalen Handballföderation nachkomme.[850] Ebenso stelle die satzungsmäßige Normsetzung bezüglich Regeln der Anti-Doping- und Medikamentenkontrolle im Pferdesport keine Marktteilnahme dar, sondern diene allein der Verwirklichung des ideellen Vereinszwecks.[851] *Schlosser* differenziert zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten, wobei nur letztere wirtschaftlich seien und damit dem Kartellrecht unterfielen. Zu den Nebentätigkeiten zählten die Vermarktung von Fernsehrechten oder der Abschluss von Sponsoringverträgen, Haupttätigkeiten seien die Organisation von Wettkämpfen, einschließlich der Teilnehmerauswahl und der Aufstellung von Spielregeln.[852]

Derartige Differenzierungen sind jedoch problematisch. Dies resultiert aus der bereits angesprochenen Schwierigkeit, zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten zu differenzieren, wo doch selbst Spielregeln im engeren Sinne wirtschaftliche Auswirkungen haben können.[853] Das Fehlen eines geeigneten Differenzierungskriteriums würde nicht zuletzt die Gefahr von willkürlichen Entscheidungen bergen und zudem wettbewerbsschädliche Absprachen unter dem Deckmantel einer wie auch immer verstandenen Haupttätigkeit ermöglichen. Der Hinweis, dass Verbände beim Aufstellen von Satzungen keine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt erbringen, kann kaum überzeugen, trifft dies doch schließlich auch auf die Vereinbarung von Preisabsprachen zu.[854] Schlussendlich würde durch ein derart enges Verständnis doch noch eine Bereichsausnahme für „rein sportliche Regelwerke“ durch die Hintertür etabliert werden, der der EuGH in der

850 OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2015 – VI-U (Kart) 13/14, BeckRS 2015, 13307 Rn. 45.

851 OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Juli 2014 – VI-U (Kart) 40/13, SpuRt 2015, 212, 214 Rn. 44, zustimmend *Adolphsen*, SpuRt 2016, 46, 49.

852 *Schlosser*, SchiedsVZ 2015, 257, 258 f.

853 Siehe hierzu Kapitel 4 A.

854 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 151.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* eine Absage erteilt hat.[855] Sachgerecht ist es daher darauf abzustellen, ob die Tätigkeit des Verbandes zumindest mittelbar wirtschaftliche Auswirkungen entfaltet. Dies entspricht auch dem Ansatz des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*, der auf die berufsbeschränkende Auswirkung der dort streitgegenständlichen Dopingregeln auf die klagenden Schwimmer Bezug nimmt, sofern der Ausschluss vom Sportwettkampf ungerechtfertigt erfolgt.[856] Aufgrund der eher weiten Auslegung des Unternehmensbegriffs und des Umstands, dass selbst scheinbar rein sportbezogene Regeln wirtschaftliche Auswirkungen haben können, wird man bei beinahe jeder Regelaufstellung durch Sportverbände eine wirtschaftliche Tätigkeit annehmen müssen.

Neben den Unternehmen sind auch Unternehmensvereinigungen als Adressat des Kartellverbots erfasst: Wie der Name schon sagt, sind Unternehmensvereinigungen Vereinigungen von mindestens zwei Unternehmen.[857] Im Unterschied zu Unternehmen ist nicht erforderlich, dass sie selbst unternehmerisch tätig werden.[858] Ist die Unternehmensvereinigung selbst wirtschaftlich tätig, so ist sie insoweit auch selbst als Unternehmen anzusehen.[859] Dem Begriff der Unternehmensvereinigung kommt eine Auffangfunktion zu, um die Umgehung des Kartellverbots durch die Verlagerung von Absprachen zwischen Unternehmen auf Ebene einer Vereinigung zu verhindern.[860] In der Praxis findet oftmals keine genaue Abgrenzung zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinigung statt.[861]

Im Bereich des Sports wurden bereits folgende Verbände als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen eingestuft: Das IOC (Olympische

855 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595, Rn. 33 – Meca-Medina und Majcen; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 333.

856 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595, Rn. 47 – Meca-Medina und Majcen; *Heermann*, WRP 2016, 1053, 1055; *ders.*, Verbandsautonomie im Sport, S. 337; *Horn*, Meca-Medina, S. 282; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 94; *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, S. 288.

857 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 185.

858 Europäische Kommission, Entscheidung vom 30. Dezember 1994 – IV/33.126, ABl. L 343/1, 97 – Zement, *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 185.

859 EuG, Urteil vom 26. Januar 2005 – T-193/02, Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102, 103 Rn. 71 – Piau; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 185.

860 EuGH, Urteil vom 15. Mai 1975 – Rs. 71/74, Slg. 1975, 563 = BeckRS 2004, 73585 Rn. 30/31 – FRUBO.

861 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 184.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Spiele),[862] die ISU (Eisschnelllauf),[863] die ATP (Tennis),[864] die FIFA (Fußball) und angehörige nationale Fußballverbände (im konkreten Fall Italien)[865] sowie die UEFA (Fußball), die nationalen Fußballverbände und die ihnen angeschlossenen Vereine.[866]

Wenn Sportverbände Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance durch den Erlass von Satzung und Statuten einführen, sind sie nach den oben beschriebenen Grundsätzen also wirtschaftlich tätig, wenn diese Maßnahmen zumindest mittelbar wirtschaftliche Auswirkungen entfalten. Hiervon ist in jeder denkbaren Konstellation auszugehen. Am deutlichsten wird dies, wenn etwa Spielergehälter durch die Einführung von Gehaltsobergrenzen beschränkt werden. Aber auch Transferrestriktionen können wirtschaftliche Auswirkungen haben, etwa auf die Verdienstmöglichkeiten von Spielerberatern, die durch Bonuszahlungen am Transfer mitverdienen. Bei einer Umverteilung von Umsätzen sind die finanziellen Entfaltungsmöglichkeiten der jeweiligen Vereine betroffenen. Selbst bei Wettbewerbsdesignelementen, also der Entscheidung, ob beispielsweise Hin- und Rückrunde oder ein K.O.-System gespielt wird, ist von wirtschaftlichen Auswirkungen auszugehen, da eine attraktivere Turnierform mehr Zuschauer anziehen und somit Umsätze generieren soll.[867]

II. Relevanter Markt

Die Frage des relevanten Marktes stellt sich nicht nur bei der Frage der Marktbeherrschung im Rahmen des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV, sondern wird auch bei einigen Tatbestandsmerkmalen im Rahmen des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AUEV relevant. So hat die Beurteilung etwa Auswirkungen auf die Fragen der Spürbarkeit und der Zwi-

862 Europäische Kommission, Entscheidung vom 1. August 2002 – COMP/38158 Rn. 37 – Meca Medina und Majcen.

863 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, BeckRS 2020, 35398 Rn. 3 – ISU.

864 Europäische Kommission, Entscheidung vom 12. Oktober 2009 – COMP/39471 Rn. 24 – Certain joueur de tennis professionnel.

865 Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Oktober 1992, ABl. L 326/31 Rn. 47–53 – FIFA Pauschalarrangements.

866 Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Rn. 106 – UEFA Champions League.

867 Vgl. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport S. 314 f., wonach Verbandspolitiken ohne wirtschaftliche Auswirkung kaum vorstellbar sind.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schenstaatlichkeit.[868] Je enger der relevante Markt definiert wird, desto höher fallen die Marktanteile des untersuchten Unternehmens aus, sodass die Spürbarkeit und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels umso wahrscheinlicher werden.[869] Nicht zuletzt deshalb heißt es in der Praxis oft, an der Marktabgrenzung entscheide sich der Fall.[870]

Hinsichtlich der relevanten Märkte wird zwischen sachlich, räumlich und zeitlich relevantem Markt unterschieden. Der sachlich relevante Markt wird in der sportkartellrechtlichen Entscheidungspraxis aufgrund des sogenannten Bedarfsmarktkonzeptes bestimmt.[871] Er umfasst dabei sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.[872] Hierbei wird üblicherweise das Kriterium der Kreuz-Preis-Elastizität verwendet. Hierunter ist die Veränderung der Nachfrage nach einem Produkt infolge von Änderungen des Preises anderer Produkte zu verstehen. Weichen die Nachfrager infolge einer Preiserhöhung aus, ist davon auszugehen, dass Ausweichmöglichkeiten bestehen und somit zwischen den untersuchten Produkten ein gemeinsamer sachlicher Markt besteht.[873] Die Kommission wendet hierbei den sogenannten SSNIP-Test[874] an, der die Auswirkung einer geringen, aber signifikanten und nicht nur vorrübergehenden Preiserhöhung von 5–10% untersucht.[875] Probleme können allerdings auftreten, wenn eine hohe Marktmacht bereits zur Durchsetzung überhöhter Preise ausgenutzt wurde, sodass die Marktgegenseite bei einer weiteren Preiserhöhung auf weiter entfernte Produkte ausweicht, die unter gewöhnlichen Umständen nicht zum gleichen relevanten Markt gezählt werden würden (sog. *cellophane phallacy*). Daneben kann der relevante Markt auch durch

868 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 318.
869 *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 144.
870 *Podszun*, WWWWWW, SSNIPpets (33) vom 6. September 2019.
871 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 318 m.w.N; siehe zum Bedarfsmarktkonzept allgemein *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 38.
872 Europäische Kommission, Bekanntmachung vom 9. Dezember 1997 – ABl. C 372/5 Rn. 7.
873 EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 = BeckRS 2004, 72814 Rn. 22–33 – United Brands; *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 102, Rn. 41.
874 *Small but significant non-transitory increase in price.*
875 Europäische Kommission, Bekanntmachung vom 9. Dezember 1997 – ABl. C 372/5 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Marktstudien oder Verbraucher- und Wettbewerberbefragungen bestimmt werden.[876]

Der räumlich relevante Markt umfasst dasjenige Gebiet, in welchem sich die objektiven Wettbewerbsbedingungen bei dem relevanten Erzeugnis für alle Unternehmen gleichen.[877] Die Kommission verwendet folgende Definition:

> *„Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet."*[878]

Die Bestimmung vollzieht sich ebenso nach dem Kriterium der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite.[879] Dieses Gebiet kann den Weltmarkt, den Binnenmarkt, einen Mitgliedstaat oder auch nur einen abgegrenzten regionalen Bereich umfassen.[880]

Der zeitliche relevante Markt erlangt nur in Ausnahmefällen Bedeutung und soll nach einer Ansicht keine eigenständige Bedeutung haben, sondern Teil der sachlichen Marktabgrenzung sein.[881] Zu denken ist hierbei etwa an temporäre Ereignisse wie eine Fußball-Weltmeisterschaft[882] oder ein einzelnes Fußballspiel.[883]

Im Bereich des Profisports werden folgende sachlich relevanten Märkte unterschieden: Die Beschaffungsmärkte (Märkte für Arbeits- und Dienstleistungen von Sportlern und Spielervermittlern, Märkte für Sportgeräte und Sportbekleidungen),[884] die Absatzmärkte (Übertragungsrechte, Spon-

876 EuG, Urteil vom 11. Januar 2017 – T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 Rn. 82 – Topps Europe.
877 EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 = BeckRS 2004, 72814 Rn. 44 – United Brands.
878 Europäische Kommission, Bekanntmachung vom 9. Dezember 1997 – ABl. C 372/5 Rn. 8.
879 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rn. 66.
880 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 320.
881 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rn. 68 m.w.N.
882 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 320.
883 BGH, Urteil vom 26. Mai 1987 – KVR 4/86, BGHZ 101, 100 = NJW 1987, 3007, 3008 – Inter Mailand.
884 *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 144; *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, S. 175 ff., jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soring, Eintrittskarten),[885] der Markt für die Organisation und Veranstaltung von Sportwettbewerben (wobei jeweils ein gesonderter Markt für jede Sportart besteht)[886] sowie der Markt für die Beteiligung an Sportclubs.[887] Vereinzelt wird argumentiert, die Organisation und Vermarktung einer Sportveranstaltung könne angebotsseitig nicht isoliert betrachtet werden, sodass ein gemeinsamer Markt anzunehmen sei.[888] Eine solche Auffassung ist aber mit dem Bedarfsmarktkonzept nur schwer vereinbar: Sportler können nicht ohne Weiteres auf andere Sportveranstaltungen (insbesondere, wenn es in der jeweiligen Sportart nur einen Verband gibt) ausweichen, Zuschauer wollen oftmals nicht ausweichen, die Nachfrager von Medienrechten oder Sponsoren können dies hingegen schon.[889]

In Bezug auf Maßnahmen zur Steigerung der Competitive Balance ist jeweils zu unterscheiden, welcher Markt betroffen ist: Je nach entsprechender Maßnahme können die relevanten Märkte voneinander abweichen. So können Wettbewerbsdesign- und Umverteilungselemente etwa den Markt für die Organisation und Veranstaltung von Sportwettbewerben betreffen. Wird die Umverteilung dagegen im Rahmen einer zentralen Rechtevermarktung vorgenommen, so ist auch der Absatzmarkt betroffen. Elemente, die die Gehälter der Spieler, der Spielerberater oder die Transferierbarkeit von Spielern einschränken, betreffen die Beschaffungsmärkte.

III. Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise

Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst drei Verhaltensweisen: die Vereinbarung von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmtes Verhalten von Unternehmen. Es handelt sich dabei um unterschiedliche Formen der Kollusion. Die Kollusion steht dabei gerade im

885 *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 144; *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, S. 206 ff., jew. m.w.N.

886 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193, 194 Rn. 33 – MOTOE; Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 87 – ISU m.w.N.

887 CAS, Urteil vom 20. August 1999 – 98/200, ISLR 2001, 122 ff. Rn. 101 – ENIC/UEFA. Die EU-Kommission ging später nicht mehr auf die Marktabgrenzung ein, Europäische Kommission, Entscheidung vom 25. Juni 2002 – COMP/37 806 – ENIC/UEFA; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 285.

888 Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 99, 105 – ISU.

889 Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 89, 90, 92 – ISU; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 319.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gegensatz zum wettbewerblichen Leitbild des AEUV, dem Selbstständigkeitspostulat, wonach jedes Unternehmen sein Verhalten am Markt selbstständig bestimmen muss.[890]

Eine Vereinbarung liegt vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.[891] Eine rechtliche Bindung ist nicht erforderlich, sodass auch sogenannte *gentlemen`s agreements* als Vereinbarung angesehen werden.[892] Der Beschluss einer Unternehmensvereinigung wird weit ausgelegt. Ebenso wie die Adressierung von Unternehmensvereinigungen an sich kommt diesem Tatbestandsmerkmal nämlich eine Auffangfunktion zu, die eine Auslagerung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen auf solche Vereinigungen verhindern soll.[893] Ein Beschluss ist die Bildung eines Gesamtwillens einer Unternehmensvereinigung durch die zuständigen Organe.[894] Erfasst sind damit auch – soweit durch die jeweilige Satzung zulässig – Mehrheitsbeschlüsse,[895] ein Mitglied haftet kartellrechtlich selbst dann, wenn es dem fraglichen Beschluss nicht zustimmt, solange es sich dem Mehrheitsbeschluss unterwirft.[896] Eine Vereinbarung kann zugleich ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung sein.[897] Da der Beschluss – ebenso wie eine Vereinbarung – ein Marktverhalten seiner Mitglieder sein muss, sind Beschlüsse mit rein internem Bezug ausgenom-

890 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 192.

891 EuGH, Urteil vom 6. Januar 2004 – C-2/01, Slg. 2004, I-23 = EuZW 2004, 309, 314 Rn. 118 – Bayer.

892 EuGH, Urteil vom 15. Juli 1970 – Rs. 41/69, Slg. 1970, 661 = BeckRS 2004, 71129 Rn. 110/114 – Chemiefarma.

893 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 210; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 79.

894 Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 1984 – IV/30.307, ABl. L 35/20, Rn. 23 – Feuerversicherung.

895 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 79.

896 EuGH, Urteil vom 29. Oktober 1980 – C-209/78, Slg. 1980, 3125 Rn. 91 f. – Van Landewyck/Kommission; BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07, BeckRS 2008, 20019 Rn. 29 – Lottoblock; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 85.

897 *Roth/Ackermann*, in: Jaeger u.a., Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 140; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men, wie etwa die Erhöhung von Mitgliedsbeiträgen.[898] Bei einer abgestimmten Verhaltensweise handelt es sich um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.[899]

Soweit nationale oder internationale Sportverbände per Satzungsbeschluss Regeln (etwa bezüglich der Verbesserung der Competitive Balance) aufstellen, wird dies überwiegend als ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung eingestuft,[900] teilweise auch als eine Vereinbarung zwischen Unternehmen.[901] Auf die genaue Abgrenzung dürfte es ohnehin nicht ankommen, wo doch die Verhaltensweisen ein Kontinuum bilden.[902]

IV. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Weiterhin müssten die fraglichen Beschlüsse gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

898 BKartA, Beschluss vom 21. Dezember 2007 – B 3-6/05, BeckRS 2009, 8246 Rn. 25; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 80.

899 EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009 – C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = EuZW 2009, 505, 506 Rn. 26 – T-Mobile Netherlands.

900 EuG, Urteil vom 26. Januar 2005 – T-193/02, Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102, 103 Rn. 75 – Piau; Europäische Kommission, Entscheidung vom 25. Juni 2002 – COMP/37 806 Rn. 26 – ENIC/UEFA; Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Rn. 109 – UEFA Champions League; *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 158; *Haug*, SpoPrax 2021, 138, 141; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 97 f.; *Roth/Ackermann*, in: Jaeger u.a., Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 70.

901 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 156; *Hellenthal*, Zulässigkeit einer supranationalen Fußball-Europaliga nach den Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts, S. 74.

902 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 192 m.w.N; siehe insoweit auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Fn. 58 – UEFA Champions League.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Wettbewerbsbeschränkung

Die Tatbestandsmerkmale Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs werden untereinander nicht differenziert, sondern einheitlich unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung zusammengefasst.[903] Eine Wettbewerbsbeschränkung wird definiert als Entstehung von Wettbewerbsbedingungen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen.[904] Indizien sind folglich konkrete, „nicht normale" Wettbewerbsbedingungen wie einheitliche Preise oder Liefermengen. Dagegen lässt sich die Wettbewerbsbeschränkung abstrakt kaum bestimmen, da dies letztlich nur der Gegenbegriff zum Wettbewerb ist, dessen Definition ebenso Schwierigkeiten bereitet.[905]

In Anknüpfung an das Selbstständigkeitspostulat wird eine Wettbewerbsbeschränkung in der Rechtsprechungspraxis dann angenommen, wenn die Beteiligten sich im Hinblick auf ihr künftiges Marktverhalten binden.[906] Teilweise wird auch auf die Außenwirkung einer Vereinbarung abgestellt.[907] Es haben sich ferner zahlreiche Fallgruppen für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung herausgebildet.[908]

---

903 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 217; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 81; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 123; vgl. auch EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977 – Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Rn. 27 – Metro.

904 EuGH, Urteil vom 28. Mai 1998 – C-7/95, Slg. 1998, I-3111 Rn. 87 – Deere.

905 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 81; siehe zum Begriff des Wettbewerbs *dies*., Kartellrecht, S. 4 ff.

906 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975 – Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663 = BeckRS 2004, 71110 Rn. 173/174 – Suiker; EuGH, Urteil vom 31. März 1993 – Rs. 89/85, Slg. 1994, I-99 = BeckRS 2004, 73857 Rn. 63 – Zellstoff; EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = EuZW 2009, 505, 507 Rn. 33 – T-Mobile Netherlands.

907 EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977 – Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Rn. 40 – Metro; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593 Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen. Zu sogenannten Drittwettbewerbskonstellationen im Sport ausführlich *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 199 ff.

908 Stellvertretend *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, AEUV Nach Artikel 101 Rn. 1–902; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 208–329.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Bezwecken oder bewirken

Die fragliche Maßnahme muss eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, wobei es genügt, dass eine von beiden Alternativen verwirklicht ist.[909] Wenn also eine – vorrangig zu prüfende – bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist, können sich die Kartellanten nicht darauf berufen, dass sich die Maßnahme nicht auf den Wettbewerb ausgewirkt hätte.[910]

Die Unterscheidung zwischen bezweckten Verstößen und bewirkten Verstößen liegt nach der Rechtsprechung des EuGH darin begründet, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können.[911] Dies trifft insbesondere auf sogenannte Kernbeschränkungen zu, wie etwa Preisabsprachen, Mengenbeschränkungen oder Gebietsaufteilungen.[912] Daraus folgt, dass die wettbewerbsbeschränkende Absicht der beteiligten Unternehmen kein notwendiges Merkmal für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist, auch wenn sie hierfür Indiz sein kann.[913] Vielmehr ist entscheidend, ob die Vereinbarung objektiv geeignet ist, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs herbeizuführen.[914] Die englische Fassung des Tatbestands („*... have as their object...*") ist insoweit klarer.[915] Zur Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks können insbesondere der Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang einbezogen werden.[916] Der Begriff ist eher eng auszulegen, das wesentliche rechtliche Kriterium ist die Feststellung, dass die Koordinierung in sich selbst eine

909 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 83.

910 EuG, Urteil vom 8. Juli 2004 – T-44/00, Slg. 2003, II-2223 Rn. 130 – Mannesmannröhren-Werke; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 83.

911 EuGH, Urteil vom 20. November 2008 – C-209/07, Slg. 2008, I-8637 Rn. 17 – Beef Industry; EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009 – C-8/08, EuZW 2009, 505, 507 Rn. 29 – T-Mobile Netherlands; EuGH, Urteil vom 14. März 2013 – C-31/11, EuZW 2013, 716, 718 Rn. 35 – Allianz Hungaria.

912 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 83.

913 EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = GRUR Int 2010, 509, 513 Rn. 58 – GlaxoSmithKline.

914 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 85; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rn. 36.

915 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 85; Grave/Nyberg, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 228.

916 EuGH, Urteil vom 20. November 2008 – C-209/07, Slg. 2008, I-8637 Rn. 16, 21 – Beef Industry; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009,

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.[917] Es genügt, dass die Wettbewerbsbeschränkung einer von mehreren Zwecken ist, sie muss nicht notwendigerweise Hauptzweck der Vereinbarung sein. Im Übrigen schützt es nicht vor der Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, wenn daneben noch zulässige Zwecke verfolgt werden.[918]

Ist die Wettbewerbsbeschränkung nicht bezweckt, so ist mittels wirtschaftlicher Analyse zu prüfen, ob die Vereinbarung Auswirkungen auf den Wettbewerb entfaltet und somit die zweite Alternative, das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung, gegeben ist.[919] Hierbei werden die Marktverhältnisse mit und ohne die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, d.h. anhand einer fiktiven Wettbewerbssituation, beurteilt (Als-ob-Wettbewerb).[920]

V. Spürbarkeit

Die Frage der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal[921] und stellt sich nur bei einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, da die Spürbarkeit bei Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung unwiderlegbar vermutet wird.[922] In der Sache geht es um die Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung, unerhebliche und geringfügige Wettbewerbsbeschränkungen

---

I-9291 GRUR Int 2010, 509, 513 Rn. 58 – GlaxoSmithKline; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 85.

917 EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-56/13 P, NZKart 2014, 399, 401 Rn. 57 f. – Cartes Bancaires.

918 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 85.

919 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 226; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rn. 41; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 133.

920 EuGH, Urteil vom 28. Mai 1998 – C-7/95, Slg. 1998, I-3111 Rn. 76 – Deere; EuGH, Urteil vom 21. Januar 1999, C-215/96 u.a., Slg. 1999, I-135 = EuZW 1999, 212, 214 Rn. 33 – Bagnasco; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 85; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rn. 41.

921 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 226; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 131; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 138.

922 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 132; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rn. 72; vgl. auch EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 – C-226/11, GRUR Int 2013, 285, 288 Rn. 37 – Expedia.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sollen durch das Kriterium der Spürbarkeit ausgenommen werden.[923] Um die Spürbarkeit festzustellen, bedarf es einer Gesamtbetrachtung, d.h. einer Gesamtwürdigung der mit der Vereinbarung verfolgten Zwecke, der Wirkungen auf den Wettbewerb, der Marktstellung des Betroffenen, der Art und Menge der betroffenen Güter oder Dienstleistungen sowie des rechtlichen oder behördlichen Umfelds.[924] Die *de-minimis*-Bekanntmachung der Kommission, die für die europäischen Gerichte zwar nicht bindend ist, aber in der Praxis eine hohe Orientierungswirkung hat,[925] orientiert sich an den gemeinsamen Marktanteilen der an der Vereinbarung beteiligten Parteien. Für horizontale Vereinbarungen wird die Spürbarkeitsschwelle bei 10% angesetzt.[926]

VI. Zwischenstaatlichkeit

Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV müsste die Vereinbarung geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dieser sogenannten Zwischenstaatlichkeitsklausel kommt eine Doppelfunktion zu: Einerseits soll sie als Kollisionsnorm europäisches und mitgliedstaatliches Kartellrecht voneinander abgrenzen,[927] andererseits soll sie als Sachnorm den Tatbestand auf solche Sachverhalte eingrenzen, die die Verwirklichung des Binnenmarktes verhindern.[928]

Das Merkmal wird denkbar weit ausgelegt. Dabei umfasst der Begriff Handel das Angebot von und die Nachfrage nach Waren und Dienstleistun-

923 EuGH, Urteil vom 9. Juli 1969 – Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 = BeckRS 2004, 73207 Rn. 7 – Völk; EuGH, Urteil vom 28. Mai 1998 – C-7/95, Slg. 1998, I-3111 Rn. 77 – Deere; EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 – C-226/11, GRUR Int 2013, 285, 288 Rn. 16 f. – Expedia.

924 *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 97; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rn. 72; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, AEUV Art. 101 Rn. 169.

925 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 134.

926 Europäische Kommission, de-minimis-Bekanntmachung vom 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/1 Rn. 8.

927 EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-425/07 P, Slg. 2009, I-3205 = BeckRS 2009, 70429 Rn. 50 – AEPI.

928 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 136; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV Art. 101 Rn. 206.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen jeder Art.[929] Unter Beeinträchtigung wird jede – auch eine positive – Beeinflussung der Handelsströme verstanden, d.h. das Tatbestandsmerkmal kann auch im Fall einer Ausweitung der Handelsströme gegeben sein.[930] Eine Eignung wird dann angenommen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die die Verwirklichung eines einheitlichen Markts der Mitgliedstaaten hemmen könnte.[931]

Aufgrund der weiten Auslegung sind nicht nur solche Sachverhalte erfasst, die Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten betreffen, sondern auch wenn sämtliche beteiligten Unternehmen im gleichen Mitgliedstaat ansässig sind.[932] Denn auch wenn sich ein Kartell auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, hat es schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom AEUV gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert.[933] In diesem Fall besteht eine starke Vermutung für die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.[934] Selbst wenn sich die Vereinbarung nur auf regionale Teilmärkte erstreckt, steht dies der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht entgegen.[935]

929 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 134; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 5 Rn. 11.

930 EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966 – Rs. 56/64, Slg. 1966, 322, 389 – Consten und Grundig; EuGH, Urteil vom 23. November 2006 – C-238/05, Slg. 2006, I-11125 = EuZW 2006, 753, 755 Rn. 38 – Asnef-Equifax; vgl. auch die präzisere englische Fassung des Art. 101 Abs. 1 AEUV: „*which may affect trade between Member States*".

931 EuGH, Urteil vom 30. Juni 1966 – Rs. 56/65, Slg. 1996, 337 = BeckRS 2004, 73331 – Maschinenbau Ulm; EuGH, Urteil vom 29. Oktober 1980 – C-209/78, Slg. 1980, 3125 Rn. 170 – Van Landewyck/Kommission; Urteil vom 25. Oktober 2001 – C-475/99, EuZW 2002, 25, 28 Rn. 48 – Ambulanz Glöckner.

932 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 305; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 138.

933 EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1972 – 8/72, Slg. 1972, 977 = BeckRS 2004, 73729 Rn. 28/30 – Cementhandelaren; EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 177 Rn. 95 – Wouters.

934 EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006 – T-259/02 u.a., Slg. 2006, II-5169 = BeckRS 2006, 140069 Rn. 181 – Österreichische Banken.

935 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975 – Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663 = BeckRS 2004, 71110 Rn. 441/442 ff. – Suiker; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 138.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiterhin muss die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auch spürbar sein.[936] Die Leitlinien der Kommission zur Zwischenstaatlichkeit stellen bei der Beurteilung der Spürbarkeit nicht nur auf die Marktanteile, sondern auch auf die Umsätze der beteiligten Unternehmen ab. Insofern arbeitet sie mit negativen und positiven Vermutungsregeln.[937]

Im Bereich des professionellen Fußballsports dürfte das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllt sein, unabhängig davon, ob die jeweilige Maßnahme auf europäischer oder allein nationaler Ebene eingeführt wird. Denn selbst wenn eine Maßnahme allein auf nationaler Ebene eingeführt wird, erstreckt sich die Tätigkeit des Verbandes auf den gesamten Mitgliedstaat, sodass jedenfalls von einer Marktabschottung ausgegangen werden kann.[938]

VII. Diskutierte Tatbestandsrestriktionen

In der rechtswissenschaftlichen Literatur sind verschiedentlich Ansätze diskutiert worden, (behauptete) Besonderheiten des Sports im Allgemeinen und die Competitive Balance im Besonderen bereits auf tatbestandlicher Ebene mit rechtfertigender Wirkung zu berücksichtigen.

1. Rule of Reason

Vereinzelt wurde gefordert, eine europäische *Rule of Reason* anzuerkennen.[939] Diese aus dem amerikanischen *Antitrust*-Recht entlehnte Rechtsfigur sieht vor, bereits im Rahmen des Tatbestands wettbewerbsfördernde Aspekte zu berücksichtigen und diese mit den wettbewerbsbeschränkenden Aspekten der jeweiligen Vereinbarung abzuwägen. Sollten die wettbewerbs-

936 EuGH, Urteil vom 19. April 1988 – Rs. 27/87, Slg. 1988, 1919 = GRUR Int 1989, 663, 664 Rn. 17 – Erauw-Jacquery; zu den Kriterien siehe *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 181 ff.

937 Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags vom 27. April 2004, ABl. 2004 C 101/81.

938 So wohl auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005 – DG COMP/C-2/37.214 – Bundesliga, die ohne diesen Punkt näher zu prüfen von der Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts ausgegangen ist, obwohl der relevante Markt sich allein auf Deutschland bezog (Rn. 19).

939 *Gonzales Díaz*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 135 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fördernden Aspekte überwiegen, so würde die fragliche Vereinbarung nicht unter den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.[940] Neuen Auftrieb erhielt dieser Ansatz durch die Rechtsprechung des EuGH unter anderem in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*.[941] Die dort praktizierte Kontextanalyse[942] stelle nach Auffassung einiger Autoren der Sache nach eine Einführung einer *Rule of Reason* dar.[943] Die *Rule of Reason* wurde in der Literatur teilweise als Vehikel diskutiert, um die Competitive Balance in rechtfertigender Weise im Tatbestand des Kartellverbots zu berücksichtigen.[944]

Allerdings widerspricht die Anerkennung einer *Rule of Reason* der Systematik des europäischen Kartellrechts und wird daher vom EuGH,[945] der sich zuletzt noch mit einer eindeutigen Stellungnahme zurückhielt,[946] und von der überwiegenden Literaturauffassung[947] zu Recht abgelehnt. Es ist zwar zuzugeben, dass der Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung" im europäischen Kartellrecht nicht einer gewissen Unschärfe entbehrt.[948] Allerdings besteht im europäischen Kartellrecht – anders als im amerikanischen Recht –[949] die Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freizustellen. Es besteht daher keine Notwendigkeit, bereits den Tatbestand einzuschränken.[950] Daneben besteht die Gefahr, dass die Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV umgangen werden könnten.[951]

---

940 Vgl. zur *Rule of Reason* im amerikanischen Recht bereits Kapitel 3 A. II. 3.

941 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593 – Meca-Medina und Majcen.

942 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen.

943 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. a).

944 *Sauer*, SpuRt 2004, 93, 96.

945 EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966 – Rs. 56/64, Slg. 1966, 322, 389 – Consten und Grundig; EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020, C-307/18, NZKart 2020, 131, 134 Rn. 104 – Generics.

946 EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999 – C-235/92 P, Slg. 1999, 4539 Rn. 133 – Montecatini.

947 *Fuchs*, ZWeR 2007, 369, 378 f.; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, AEUV Art. 101 Rn. 91 m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 114; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Ar.t. 101 Abs. 1 Rn. 148 m.w.N.

948 Siehe hierzu Kapitel 4 B. IV. 1.

949 Siehe insoweit die Tatbestandsvoraussetzungen von Section 1 Sherman Act, Kapitel 3 A. II.

950 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 126.

951 *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Übrigen dürfte es sich ohnehin nur um eine rein begriffliche Streitigkeit handeln. Soweit ersichtlich, wird die Abwägung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbsschädigenden Aspekten nach amerikanischem Vorbild auch von den Vertretern der „unionsrechtlichen *Rule of Reason*" nicht gefordert.[952] Die Fallgruppen, in denen die *Rule of Reason* zum Tragen kommen soll, können entweder über Art. 101 Abs. 3 AEUV, die Gruppenfreistellungsverordnungen oder die noch näher zu beleuchtende Kontextanalyse gelöst werden.[953]

2. Single-Entity-Doktrin

Ebenso aus dem amerikanischen Recht entlehnt ist die sogenannte *Single-Entity*-Doktrin.[954] Nach diesem Rechtsgedanken bilde eine Sportliga gemeinsam mit ihren Mitgliedern nur ein einzelnes Unternehmen (*Single Entity*), sodass hier kein Wettbewerb bestehe, der in kartellrechtswidriger Weise beschränkt werden könnte.[955] Im europäischen Kartellrecht wird diese Doktrin unter dem Stichwort des Konzernprivilegs diskutiert, welches in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt ist. Demnach sind Konzernunternehmen im Innenverhältnis nicht als (verschiedene) Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen, da sie lediglich rechtlich, nicht aber wirtschaftlich unabhängig sind.[956] Konzeptioneller Hintergrund ist insoweit jedoch nicht die fehlende Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, die im Verhältnis zu Dritten sehr wohl existiert, sondern das Selbstständigkeitspostulat, wonach die Marktakteure ihr wettbewerbliches Verhalten eigenständig bestimmen sollen. Wo eine solche Autonomie aber

952 Vgl. *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 81; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 211 ff. Einzig *Gonzales Díaz*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 135 ff. wollte aus dem Wouters-Urteil auf die Einführung einer Rule of Reason nach amerikanischem Vorbild schließen. Diese Ansicht wird von den Autoren *Grave/Nyberg* in der aktuellen Auflage nicht mehr vertreten.

953 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 285; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 126. Vermittelnd *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 8 Rn. 64: „*Versteht man unter einer rule of reason die Notwendigkeit, den Verbotstatbestand in Übereinstimmung mit seinem Zweck auszulegen und ggf. seine Reichweite zu begrenzen, so gilt eine solche ‚Regel der Vernunft' auch im Unionsrecht.*"

954 Vgl. hierzu schon Kapitel 2 A. III. und Kapitel 3 A. II. 1.

955 Zur Entwicklung dieses Arguments *Heermann*, WRP 2011, 36, 37.

956 EuGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 – C-73/95 P, Slg. 1996, I-5482 Rn. 50 f. – Viho.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht besteht, kann sie auch nicht eingeschränkt werden.[957] In dieser Begründung besteht eine verblüffende Ähnlichkeit zur Entscheidung des Supreme Court in der Sache *American Needle, Inc. V. NFL,* der bei der Frage, ob eine *Single Entity* vorliegt, im Kern ebenso darauf abstellt, ob verschiedene wirtschaftliche Entscheidungsträger zusammengeführt werden (und damit Autonomie vorliegt oder nicht).[958]

Bei der Prüfung der Frage, ob eine Gesellschaft ihr Marktverhalten autonom bestimmt, sind sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zwischen dieser Gesellschaft und der Unternehmensgruppe relevant sind und die von Fall zu Fall variieren.[959] Neben der Kapitalbeteiligung wurden bislang etwa die personelle Verflechtung sowie der Einfluss der Muttergesellschaft auf das Tagesgeschäft der Tochtergesellschaft als relevant erachtet.[960]

Im Bereich des Sports wurde bisweilen behauptet, es könne sich bei der Bundesliga oder bei Sportligen im Allgemeinen um eine solche *Single Entity* handeln.[961] Ein Urteil, in dem der BGH in Bezug auf die Bundesliga diese These ablehnte,[962] sei aufgrund einer Strukturreform hinfällig.[963] Es wurde argumentiert, die fehlende Autonomie der Clubs ergebe sich aus den sportökonomischen Besonderheiten der Herstellung von Ligafußball[964] und der Unterwerfung unter die Satzungen von Ligaverband und DFL.[965] Dem

957 *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 120; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 35; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, AEUV Art. 101 Rn. 100.

958 Siehe Kapitel 3 A. II. 1.

959 EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08, Slg. 2009, I-8237 = EuZW 2009, 816, 822 Rn. 74 – 69 Akzo Nobel; EuGH, Urteil vom 1. Juli 2010, C-407/08 P, Slg. 2010, I-6375 = BeckRS 2010, 90817 Rn. 100 – Knauf Gips.

960 Für eine Übersicht siehe *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 133 m.w.N.

961 *Blask*, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, S. 198 ff.; *Stopper*, ZWeR 2008, 412, 422 f.; *Summerer*, SpuRt 2008, 234, 239; *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/ders., Praxishandbuch Sportrecht, S. 489.

962 BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1997 – KVR 7/96, BGHZ 137, 297 = NJW 1998, 756, 759 – Europapokalheimspiel.

963 *Blask*, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, S. 199.

964 Siehe hierzu schon oben die Theorie *Neales*, Kapitel 2 A. I.

965 *Summerer*, SpuRt 2009, 234, 239.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Zusammenschluss zu einer Liga noch keinen gemeinsamen Willen begründet, die Gewinne auf Ebene der Liga zu maximieren, sondern jeder einzelne Teilnehmer den Gewinn- oder Siegmaximierungswillen individuell für sich verfolgt.[966] Selbst bei einer gemeinsamen Vermarktung von Medienrechten verfolgen die einzelnen Clubs unterschiedliche Interessen, was spätestens dann deutlich wird, wenn es um die Verteilung der Vermarktungserlöse geht.[967] Würde zudem die Unterwerfung unter eine Satzung oder eine sonstige Vereinbarung von der kartellrechtlichen Haftung befreien, würde dies auf *jedes* Kartell zutreffen. Die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs auf Sportligen wird daher überwiegend abgelehnt.[968]

Eine Gestaltung der Bundesliga als *Single Entity*, die die Anforderungen des Konzernprivilegs erfüllen könnte, würde den gewachsenen Strukturen und vermutlich auch den Präferenzen der Zuschauer diametral entgegenstehen: So müssten die teilnehmenden Clubs der Bundesliga wirtschaftlich vollständig oder zumindest weit überwiegend von den Eigentümern des Ligaverbandes (Investoren) gelenkt werden. Es dürfte gerade keine Autonomie der Vereine mehr bestehen.[969] Dem stünden aber nicht nur die „50+1"-Regel, sondern auch – bei Teilnahme an europäischen Wettbewerben von mehr als zwei deutschen Mannschaften – die Regelung der UEFA zum Verbot von Multiclub-Ownerships entgegen, sodass eine derartige Organisation unrealistisch ist.

966 So die Argumentation des Supreme Court, Urteil vom 24. Mai 2010 – American Needle, Inc. V. NFL, 130 S.Ct. 2201, 2213 (2010) in Bezug auf die gewinnmaximierenden amerikanischen Sportclubs. Es ließe sich ohnehin fragen, ob die im europäischen Sport vorherrschende Siegmaximierungsabsicht (siehe hierzu Kapitel 2 A. IV.) der Annahme einer *Single Entity* von vornherein entgegensteht, denn wenn nicht einmal individuell der Wille zur Gewinnmaximierung besteht, kann dieser auch nicht kollektiv bestehen. Ein kollektiver, d.h. nichtautonomer Wille zur Siegmaximierung ist aber nicht denkbar, da sportlicher Erfolg des einen stets den Misserfolg des anderen voraussetzt. Mithin dürfte der für die Ausschaltung des Selbstständigkeitspostulats erforderliche Gleichlauf der Interessen nicht gegeben sein.

967 *Heermann*, WRP 2011, 36, 43.

968 *Heermann*, ZweR 2009, 472, 488; *Putzier*, Kartellrechtliche Anforderungen an private Rechtssysteme im Sport, S. 79, jeweils m.w.N.

969 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 495.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Immanenztheorie und vergleichbare Ansätze

Weiterhin wird unter verschiedenen Stichworten der Gedanke diskutiert, solche Vereinbarungen vom Kartellverbot tatbestandlich auszunehmen, die eine wettbewerbseröffnende Wirkung haben. Es handelt sich um normzweckorientierte Tatbestandsrestriktionen, die bestimmte Vereinbarungen trotz einer formalen Beschränkung der Handlungsfreiheit als nicht wettbewerbsbeschränkend bewerten, weil sie vorteilhafte oder effizienzneutrale Markthandlungen ermöglichen, die sonst nicht oder nur bedingt durchführbar wären. Kennzeichnend ist, dass die fragliche Vereinbarung für die Funktion eines anderen, kartellrechtsneutralen Hauptzwecks notwendig ist. Da dieser Hauptzweck ohne die fragliche Absprache nicht existieren könnte, ist die Wettbewerbssituation folglich mit der Absprache zumindest nicht schlechter als vorher.[970] Diese Idee wird unter dem Stichwort „Immanenztheorie", „Nebenabrededoktrin", „ancillary restraints doctrine", „Arbeitsgemeinschaftsgedanke" oder „Markterschließungsdoktrin" diskutiert, wobei sich die Ansätze im Wesentlichen nicht voneinander unterscheiden. Es handelt sich um anerkannte, kartellrechtsneutrale Privatrechtsverhältnisse, die Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich machen.[971] Gemein haben sie die bei ihrer Beurteilung vorgenommene wertende Betrachtung.[972]

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung vor allem dann zweifelhaft sein, wenn sich die Vereinbarung gerade für das Eindringen eines Unternehmens in ein Gebiet, in dem es bisher nicht tätig war, als notwendig erweist.[973] Bei der Prüfung, ob eine Nebenabrede nicht vom Kartellverbot erfasst wird, wird ermittelt, ob die Durchführung der mit ihr verknüpften Hauptmaßnahme ohne die fragliche Beschränkung unmöglich wäre. Der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer „objektiv notwendigen" Beschrän-

970 *Fuchs*, ZweR 2007, 369, 379.

971 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 203; *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 64; *Fuchs*, ZweR 2007, 369, 379; *Schürnbrand*, ZweR 2005, 396, 406.

972 *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 70.

973 EuGH, Urteil vom 30. Juni 1966 – Rs. 56/65, Slg. 1966, 337 = BeckRS 2004, 73331 S. 304 – Maschinenbau Ulm.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kung.[974] Neben der objektiven Notwendigkeit muss die Nebenabrede ferner in einem angemessenen Verhältnis zur Hauptmaßnahme stehen.[975]

Es wurde vorgeschlagen, diese Fallgruppen in die noch zu besprechende Kontextanalyse einzubetten, da diese insoweit spezieller und somit vorrangig sei, zudem dürften deren zusätzliche Anforderungen nicht unterlaufen werden.[976] Allerdings hat der EuGH in der Rechtssache *MasterCard* bei der Beurteilung von Nebenabreden eine eigenständige Prüfung vorgenommen, ohne die Kontextanalyse aus den Urteilen *Wouters* oder *Meca-Medina und Majcen* auch nur zu erwähnen.[977] Es scheint also, als versteht der EuGH die Nebenabrededoktrin als eigenständiges Rechtsinstitut neben der Kontextanalyse. Dies ist konsequent, da im Rahmen der Kontextanalyse auch außerwettbewerbliche Zielsetzungen als legitim anerkannt werden und nicht nur solche, die für das Funktionieren des Wettbewerbs objektiv notwendig sind.[978]

Die Competitive Balance ist insbesondere vor dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* im Rahmen dieser Rechtsfiguren diskutiert worden.[979] Hierbei wurde argumentiert, dass die sportliche Ausgeglichenheit derart essenziell für das Bestehen des sportlichen Wettbewerbs sei, dass er ohne die Vereinbarung entsprechender Maßnahmen untergehen würde. Mithin wirke die Vereinbarung einer solchen Maßnahme wettbewerbseröffnend und könne daher vom Tatbestand des Kartellverbots

974 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 91 – MasterCard.

975 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 89 – MasterCard.

976 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 204; vgl. auch *Fuchs*, ZweR 2007, 369, 378.

977 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 89 – 95 – MasterCard.

978 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (ii); so auch *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 87–91 – European Super League Company S.L.

979 *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, S. 376; *dies.*, Kartellverbot und Abstimmungen auf den Spielermärkten, S. 174; *Möschel/Weihs*, Die zentrale Vermarktung von Sportübertragungen und das Kartellrecht, S. 28; *Schopf*, Salary Caps vs. Kartellrecht, S. 69; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 151; *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, S. 255; *Weihs*, Zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten, S. 121; *Schroeder*, SpuRt 2006, 1, 4; *Weiler*, Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften, S. 255; *Weng*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten durch nationale und internationale Fußballverbände im Lichte neuester Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgenommen werden.[980] Die These, dass sportliche Ausgeglichenheit zu mehr Zuschauerinteresse führt, wurde dabei nur vereinzelt hinterfragt.[981] Überhaupt wurde – soweit ersichtlich – in keinem Fall versucht zu differenzieren, welches Maß an Ausgeglichenheit im konkreten Fall erforderlich ist.

Tatsächlich dürften Maßnahmen zur Steigerung der Competitive Balance den strengen Anforderungen regelmäßig nicht genügen, um als notwendige Nebenabrede für das Bestehen eines Sportwettbewerbs anerkannt zu werden. Unabhängig von der Frage, ob die Unsicherheitshypothese uneingeschränkt gilt, also mehr Ausgeglichenheit immer zu mehr Zuschauern führt, dürften solche Maßnahmen jedenfalls nicht bestandsnotwendig in dem Sinne sein, dass ein (professioneller) Sportwettbewerb sonst nicht stattfinden könnte.[982] Das zeigt schon die Tatsache, dass etwa die Bundesliga, in der bislang nur zaghafte Versuche in diese Richtung unternommen wurden, bereits seit 1963 existiert.[983]

Wollte man derartige Maßnahmen dennoch als notwendige Nebenabrede anerkennen, müsste man argumentieren, dass das für den Bestand nötige Maß an sportlicher Ausgeglichenheit anfangs noch von sich aus gegeben war, ohne dass es dazu weitere Maßnahmen gebraucht hätte. Weiter müsste man geltend machen, dass dieses Maß nun unterschritten sei und die Liga ohne entsprechende Maßnahmen vor dem Zusammenbruch stehe. Schließlich kommt auch die sportökonomische Forschung zum Ergebnis, dass die Unsicherheitshypothese zumindest eingeschränkt Geltung beanspruchen kann und durchaus gewisse Schwellen bestehen können, bei deren Unterschreitung die Zuschauer besonders stark reagieren, sodass eine starke

980 *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, S. 376; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 151; vgl. auch *Trommer*, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils" im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, S. 241.

981 *Weihs*, Zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten, S. 130; vgl. auch *Körber*, Großereignisse und Übertragungsrechte, S. 62.

982 KG, Beschluss vom 8. November 1995 – Kart 21/94, WRP 1996, 547, 554; bestätigt von BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1997 – KVR 7/96, BGHZ 137, 297 = NJW 1998, 756, 759 – Europapokalheimspiel in Bezug auf die Zentralvermarktung von Medienrechten; *Sasdi*, Die Verbandsautonomie der Sportverbände im Korsett des Gemeinschaftsrechts, S. 142; *Schopf*, Salary Caps vs. Kartellrecht, S. 61; *Weng*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten durch nationale und internationale Fußballverbände im Lichte neuester Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 84; zweifelnd auch *Möschel/Weihs*, Die zentrale Vermarktung von Sportübertragungen und das Kartellrecht, S. 29; *Weihs*, Zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten, S. 130.

983 Vgl. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 730.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abnahme der Zuschauerzahlen zu befürchten ist, mit der potentiellen Folge, dass die Liga tatsächlich zusammenbricht.[984] Umgekehrt führt mehr Competitive Balance nicht immer zu mehr Zuschauern und damit Umsätzen. Die Ergebnisunsicherheit ist nämlich nur einer von vielen Faktoren, die die Zuschauernachfrage beeinflussen können. Manche die Zuschauernachfrage stimulierende Faktoren laufen der sportlichen Ausgeglichenheit sogar zuwider.[985] Es wäre daher unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus der Sportökonomie im Einzelfall zu differenzieren, ob – angesichts des Maßes an sportlicher Ausgeglichenheit und Zuschauerzahlen – eine Situation gegeben ist, in der ein Zusammenbruch droht. Ausgeschlossen ist es, Maßnahmen zur Steigerung der Competitive Balance pauschal als markteröffnend zu qualifizieren.

Eine derartige Argumentation ist aber gegenwärtig weit davon entfernt, praktisch nutzbar gemacht zu werden. Dies ist allerdings nicht nur aufgrund der Tatsache der Fall, dass tatsächliche Schwierigkeiten bestehen, etwaige Schwellenwerte auszumachen, sondern auch, weil ein Zusammenbruch einer Sportliga aufgrund fehlender sportlicher Ausgeglichenheit – soweit ersichtlich – in der Vergangenheit nie stattgefunden hat und – soweit ersichtlich – auch nirgendwo kurz bevorsteht. Die Behauptung, die Bundesliga stehe ohne die fraglichen Maßnahmen kurz vor ihrem Untergang, mutet angesichts der dort erwirtschafteten Milliardenumsätze skurril an.[986]

An dieser Stelle sei daran erinnert, dass sich selbst ohne oder nur mit kaum vorhandenen Maßnahmen ein gewisses Maß an Competitive Balance einstellt – die Competitive Balance ist ein Maß, kein Zustand.[987] Angesichts der Tatsache, dass Sportligen wie die Bundesliga, in der die Competitive Balance bislang kaum gefördert wird, existieren, ist zweifelhaft, ob das „natürliche" Maß an Competitive Balance überhaupt so niedrig fallen kann, dass die Liga in ihrem Bestand bedroht wäre und somit die Immanenztheo-

984 Siehe Kapitel 2 C. III. 2.

985 Siehe Kapitel 2 C. II.

986 Einige Beiträge, die die fehlende Stabilität der Bundesliga befürchteten, mögen im Zusammenhang mit der Insolvenz der Kirch-Gruppe Anfang der 2000er-Jahre entstanden sein, als Zahlungsausfälle des Inhabers der Medienrechte der Bundesliga drohten. In diesem Zusammenhang wurden beispielsweise Gehaltsobergrenzen diskutiert, allerdings nicht zur Verbesserung der Competitive Balance, sondern zur Wahrung der finanziellen Stabilität, siehe *Bahners*, SpuRt 2003, 142; *Rüth*, SpuRt 2003, 137, 140 f.

987 Siehe zum Vergleich der Bundesliga mit den amerikanischen Major Leagues Kapitel 2 E.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rie jemals zum Zuge kommen könnte. Ein solcher Fall ist bislang nicht bekannt.

Ob dieses „natürliche" Maß optimal zur Vermarktung der Sportliga ist, ist davon zu trennen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass Maßnahmen, die die Competitive Balance verbessern, die Zuschauereinnahmen steigern können. Wenn aber wegen zu hoher Unausgeglichenheit noch kein Untergang droht, ist dies keine existenzielle Frage, sondern vielmehr eine Frage der Produktoptimierung und somit nicht im Rahmen der Nebenabredeedoktrin fruchtbar zu machen. Denn – so der EuGH in der Rechtssache *MasterCard* – der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer „objektiv notwendigen" Beschränkung.[988]

VIII. Kontextanalyse

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[989] nicht nur erstmals das Kartellrecht auf Sportsachverhalte für anwendbar erklärt und damit Diskussionen über eine wie auch immer geartete Bereichsausnahme im Sport hinfällig gemacht,[990] sondern auch die im Urteil *Wouters*[991] etablierte Kontextanalyse auf sportliche Regelwerke angewendet. Das Urteil rief insbesondere seitens der Sportverbände heftige Reaktionen hervor[992] und ist bis heute Gegenstand der sportkartellrechtlichen Diskussion. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei stets der Frage, wie die Kriterien auszulegen sind, die der EuGH im Rahmen der Kontextanalyse[993] stellt.

Nachfolgend soll die für das Sportkartellrecht so zentrale *Meca-Medina*-Entscheidung des EuGH wiedergegeben werden, anschließend sollen die weiteren Entscheidungen des EuGH, in denen die Kontextanalyse zum

988 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 91 – MasterCard.

989 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593 – Meca-Medina und Majcen.

990 Siehe hierzu Kapitel 4 A.

991 EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172 – Wouters.

992 *Infantino*, SpuRt 2007, 12; dagegen *Pfister*, SpuRt 2007, 58.

993 Für die Kontextanalyse sind „Drei-Stufen-Test", „Wouters-Doktrin" und neuerdings auch „Meca-Medina-Test" sowie „regulatorische Nebenabrededoktrin" als Synonyme geläufig.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einsatz kam, skizziert werden. Sodann soll ein Überblick über die bisherigen Versuche der dogmatischen Einordnung gegeben werden, bevor im nächsten Schritt die Prüfungsschritte im Einzelnen untersucht werden.

I. Meca-Medina-Urteil

a) Sachverhalt

Dem Urteil des EuGH ging ein Beschwerdeverfahren vor der Europäischen Kommission bezüglich der Zulässigkeit einer gegen zwei Langstreckenschwimmer verhängten Dopingsperre voraus. Nachdem ein Dopingtest bei beiden Sportlern positiv ausgefallen war, wurden der Spanier *David Meca-Medina* und der Slowene *Igor Majcen*, zwei Berufssportler in der Disziplin des Langstreckenschwimmens, dem Gegenstück zum Marathon auf dem Gebiet des Wassersports, vom Doping-Ausschuss des Weltschwimmverbands FINA (heute: World Aquatics) für jeweils vier Jahre gesperrt. Bei *Meca-Medina* wurde ein Wert von 9,7 ng des anabolen Steroids Nandrolon pro ml Urin nachgewiesen, bei *Majcen* ein Wert von 3,9 ng/ml. Da Nandrolon auch vom menschlichen Körper selbst produziert wird, sahen die vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) erlassenen und von der FINA durchgesetzten Dopingkontrollregeln einen erlaubten Grenzwert von 2 ng/ml vor.

Hiergegen gingen die Kläger erfolglos vor dem Sportschiedsgericht CAS vor. Kurz vor dem Schiedsspruch hatten wissenschaftliche Versuche ergeben, dass durch den Verzehr von bestimmten Lebensmitteln wie dem Fleisch unkastrierter Keiler[994] die körpereigene Nandrolonproduktion derart erhöht werden kann, dass die zulässigen Grenzwerte überschritten werden. Ein neuerlicher Schiedsspruch durch den CAS reduzierte die Sperre daraufhin auf zwei Jahre. Zwischenzeitlich reichten die Kläger bei der Europäischen Kommission eine Beschwerde ein und rügten unter anderem die Verletzung der Wettbewerbsregeln. Die Festlegung der Toleranzschwelle sei eine abgestimmte Verhaltensweise, die Festlegung von 2 ng/ml zudem wissenschaftlich schlecht begründet.

Die Kommission wies die Beschwerde zurück, da die streitige Dopingregelung nicht unter die Art. 81 und 82 EG falle. In der Folge wies auch das

994 In Spanien, dem Heimatland des Klägers *Meca-Medina*, werden etwa 80% der Keiler unkastriert geschlachtet, *Bach*, fleischwirtschaft vom 25. September 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EuG eine hiergegen gerichtete Klage ab, da es sich bei den Dopingregeln um ein rein sportliches Regelwerk handele und Wettbewerbsregeln daher nicht anwendbar seien.[995] Hiergegen klagten die Schwimmer nun vor dem EuGH.

b) Entscheidung des EuGH

Zunächst stellte der EuGH klar, dass der bloße Umstand, dass eine Regelung rein sportlichen Charakters ist, nicht dazu führt, dass derjenige, der die dieser Regelung unterliegende sportliche Tätigkeit ausübt, oder die Institution, die diese Regelung erlassen hat, nicht in den Geltungsbereich des EG-Vertrags fällt und erklärte demnach auch die Wettbewerbsregeln für anwendbar.[996]

Bezüglich einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung durch den Erlass der Dopingregeln erklärte der EuGH:

> *„Außerdem kann die Vereinbarkeit eines Regelwerks mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln nicht abstrakt beurteilt werden (…) Nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluss einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, fällt zwangsläufig unter das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 EG. Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sind nämlich der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Weiter ist dann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen (…) und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.“*[997]

995 Vgl. Kapitel 4 A.

996 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595 Rn. 27 f. – Meca-Medina und Majcen.

997 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen. Hierbei nahm der EuGH Bezug auf EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 177 Rn. 97 – Wouters. Im Unterschied zur Rechtssache *Wouters* und den übrigen bisherigen Anwendungsfällen der Kontextanalyse kann die Rechtssetzungsbefugnis von Sportverbänden allerdings nicht aus staatlicher Delegation abgeleitet werden, sondern allein aus der Verbandsautonomie, siehe zu dieser Problematik Kapitel 4 B. VIII. 3. d).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinsichtlich des Gesamtzusammenhangs hätte die Kommission annehmen dürfen, dass der allgemeine Zweck dieser Regelung die Dopingbekämpfung mit dem Ziel eines fairen Ablaufs der Sportwettkämpfe war; dieser Zweck sollte zugleich die Chancengleichheit der Sportler, ihre Gesundheit, die Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports gewährleisten.[998]

Die Sanktionen wären zudem erforderlich, um die Einhaltung des Dopingverbots sicherzustellen, sodass auch ein notwendiger Zusammenhang zwischen der Anti-Doping-Regelung und der Auswirkung der Sanktionen auf die Handlungsfreiheit gegeben wäre. Eine derartige Regelung wäre nämlich untrennbar mit dem legitimen Zweck der Organisation und der Gewährleistung des ordnungsgemäßen Ablaufs eines sportlichen Wettkampfs verbunden und diente gerade dazu.[999]

Zudem stellte der EuGH fest, dass die mit diesem Regelwerk auferlegten Beschränkungen nur dann nicht unter das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 EG fielen, wenn sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind. Dies wäre vorliegend der Fall, da das Regelwerk nicht überzogen wäre.[1000] So deuteten zum Zeitpunkt des Erlasses und der Anwendung des Regelwerks alle wissenschaftlichen Studien darauf hin, dass die körpereigene Nandrolonproduktion den festgelegten Schwellenwert nicht überschreiten könne. Studien, die nach dem Erlass der Kommissionsentscheidung erschienen, hätten aber keinen Einfluss auf deren Rechtmäßigkeit.[1001]

Der EuGH wies die Klage daher letztlich ab.

2. Kontextanalyse in anderen Urteilen des EuGH

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* ist nicht isoliert zu betrachten. Die dort praktizierte Kontextanalyse, wonach der Gesamtzusammenhang einer fraglichen Vereinbarung zu berücksich-

998 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 43 – Meca-Medina und Majcen.

999 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 44 f. – Meca-Medina und Majcen.

1000 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 47 f. – Meca-Medina und Majcen.

1001 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 597 Rn. 52 f. – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigen ist, wurde vom EuGH bereits vor und auch nach dem Urteil in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* auf nicht-sportbezogene Sachverhalte angewendet.[1002] Die Kontextanalyse dürfte daher mittlerweile zur ständigen Rechtsprechung des EuGH zählen, auch wenn Anwendungsbereich und Voraussetzungen noch nicht abschließend geklärt sind.

Erstmals setzte der EuGH die Kontextanalyse in der Rechtssache *Wouters*[1003] ein. Hierbei ging es um Rechtsanwälte, die gemeinsame Sozietäten mit Wirtschaftsprüfern gründen wollten, was ihnen jedoch von den zuständigen Rechtsanwaltskammern in Hinblick auf das Standesrecht untersagt wurde. Demnach durfte ein Rechtsanwalt eine Sozietät nur mit anderen Rechtsanwälten oder Angehörigen einer hierzu anerkannten Berufsgruppe eingehen. Bezüglich einer Verletzung des Wettbewerbsrechts durch die einschlägigen standesrechtlichen Vorschriften nutzte der EuGH erstmals die Formel der Kontextanalyse, die er später auch in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* verwendete, und stellte auf den Gesamtzusammenhang ab. Ein legitimes Ziel erblickte der EuGH in der Notwendigkeit der Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten und mit den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege zusammenhängen.[1004] Die streitgegenständliche Verordnung wäre bei vernünftiger Betrachtung als erforderlich anzusehen, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs sicherzustellen.[1005] Insgesamt liege kein Verstoß gegen Art. 85 EGV vor.

Nach dem Urteil in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* wandte der EuGH die Kontextanalyse in der Rechtssache *OTOC* an. Nach einem Erlass des portugiesischen Berufsverbands für geprüfte Buchhalter (Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, OTOC), einer berufsständischen Vertretung, mussten Buchhalter regelmäßig eine bestimmte Anzahl von Fortbildungspunkten durch „institutionelle" und „berufliche" Fortbildungen erwerben. Ein Drittel der Punkte waren in der institutionellen Fortbildung zu erwerben, die laut Erlass nur von der OTOC selbst angeboten werden

1002 Siehe zur Entwicklung ausführlich *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 110 ff.

1003 EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172 – Wouters.

1004 EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 178 Rn. 97 – Wouters.

1005 EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 178 Rn. 107 – Wouters.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konnte. Die berufliche Fortbildung konnte auch in Einrichtungen absolviert werden, über deren Registrierung zuvor die OTOC nach Entrichtung einer Gebühr entschied. Die portugiesische Wettbewerbsbehörde sah darin eine Wettbewerbsverzerrung auf dem Markt der Pflichtfortbildungen der Buchhalter und verhängte ein Bußgeld gegen die OTOC. Das mit der Klage der OTOC befasste Gericht wollte vom EuGH wissen, ob das Wettbewerbsrecht der Union es verbietet, dass eine berufsständische Vertretung ihre Mitglieder verpflichtet, eine bestimmte Fortbildung zu absolvieren, die nur von ihr angeboten wird. Im Rahmen der Kontextanalyse führte der EuGH aus, dass der streitige Erlass die Qualität der von den geprüften Buchhaltern angebotenen Dienstleistungen sicherstellen sollte und auch tatsächlich zur Verfolgung dieses Ziels beitrüge.[1006] Allerdings wäre zur Erreichung dieses Ziels die Ausschaltung des Wettbewerbs bei den institutionellen Fortbildungen nicht erforderlich, vielmehr ließe sich dieses Ziel auch durch ein Kontrollsystem erreichen, das anderen Fortbildungseinrichtungen den Zugang zum Markt ermöglicht.[1007]

Ebenso hatte die Rechtssache *CNG* eine berufsständische Satzung zum Gegenstand, nämlich einen Verhaltenskodex eines Berufsverbands der Geologen. Jener legte fest, dass sich die Mitglieder bei der Bemessung ihrer Honorare unter anderem an der Würde des Berufs zu orientieren hatten. Die italienische Wettbewerbsbehörde meinte, dass dies zu einer Angleichung der Honorare führen könne. Auch hier wandte der EuGH bei der Beurteilung der fraglichen Satzung die Kontextanalyse an und stellte fest, dass es ein legitimer Zweck wäre, den Endverbrauchern der in Rede stehenden Dienstleistungen gewisse Garantien zu bieten. Ob das Kriterium der Würde des Berufs mit der Gewährleistung dieser Garantien notwendig zusammenhinge, könnte der EuGH anhand der Akten jedoch nicht beurteilen, sodass er die Rechtssache an das vorlegende Gericht zurückverwies.[1008]

In der Rechtssache *API* ging es um eine italienische Regelung für den Straßengüterverkehr, wonach das vom Auftraggeber geschuldete Entgelt nicht unter den Mindestbetriebskosten des Kraftverkehrsunternehmens liegen durfte. Die Mindestbetriebskosten wurden von Branchenvertretern

1006 EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 94 f. – OTOC.

1007 EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 98 f. – OTOC.

1008 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – C-136/12, EuZW 2013, 782, 785 Rn. 53–56 – CNG.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

festgelegt, falls diese keine Einigung erzielten vom Osservatorio, einer Beobachtungsstelle für den Straßenverkehr, die überwiegend aus Branchenvertretern bestand. Bei der Frage, ob dies eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, stellte der EuGH in der Kontextanalyse auf die Sicherheit des Straßenverkehrs als legitimes Ziel ab, wobei er die Legitimität letztlich offenließ.[1009] Jedenfalls wäre die Festlegung von Mindestpreisen hierzu weder geeignet noch verhältnismäßig. Denn die Regelung hätte sich nur ganz allgemein auf die Straßenverkehrssicherheit bezogen, ohne irgendeinen Zusammenhang zwischen den Mindestbetriebskosten und der Straßenverkehrssicherheit herzustellen.[1010] Zudem wäre eine Regelung nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Daran fehlte es hier jedoch, da die Regelung Ausnahmen von den Mindestpreisen zuließ.[1011] Zudem wären die fraglichen Maßnahmen über das erforderliche Maß hinausgegangen, weil die Anbieter von Transportdienstleistungen keine Möglichkeit hätten, nachzuweisen, dass sie die Sicherheitsvorschriften erfüllen und dabei die Mindestpreise dennoch unterbieten. Zudem hätte es wirksamere und weniger einschränkende Mittel gegeben, die die Sicherheit im Straßenverkehr gewährleisten, wie Ruhezeiten oder Höchstarbeitszeiten für Kraftfahrer.[1012]

Schließlich hatte das Urteil in der Rechtssache *CHEZ Elektro* eine von einem Berufsverband der Rechtsanwälte festgesetzte Mindestvergütung zum Gegenstand, welche es einem Rechtsanwalt und Mandanten nicht erlaubte, ein Honorar zu vereinbaren, das unter der festgelegten Summe lag. Hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkung wiederholte der EuGH die Ausführungen zur Kontextanalyse, konnte aber mangels Tatsachenfeststellungen keine Aussage treffen, ob die Voraussetzungen gegeben waren, und verwies die Rechtssache insoweit an das vorlegende Gericht zurück.[1013]

1009 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 50 f. – API.

1010 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 52 – API.

1011 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 53 f. – API.

1012 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 55 f. – API.

1013 EuGH, Urteil vom 23. November 2017 – C-427/16 u.a., NZKart 2018, 39, 40 Rn. 54–57 – CHEZ Elektro.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Dogmatische Einordnung der Kontextanalyse

Die Kontextanalyse, die der EuGH in den Urteilen *Wouters*, *Meca-Medina und Majcen*, *OTOC*, *CNG*, *API* und *CHEZ Elektro* angewendet hat, ist Gegenstand einer kontroversen Debatte. Insbesondere hinsichtlich des dogmatischen Ursprungs herrscht Uneinigkeit. Nachfolgend sollen die bisherigen Ansätze vorgestellt werden.

a) Rule of Reason

Teilweise wird die Kontextanalyse als Einführung einer europäischen *Rule of Reason* interpretiert.[1014] Dabei unterscheiden sich jedoch die Ansätze: Soweit ersichtlich, ist nur *Gonzales Díaz* der Ansicht, das Urteil *Wouters* begründe eine *Rule of Reason* nach amerikanischem Vorbild, bei dem wettbewerbsfördernde und wettbewerbswidrige Auswirkungen gegeneinander abgewogen werden.[1015] Andere sprechen von einer *Rule of Reason „im weitesten Sinne"*[1016] oder betonen, dass – anders bei der amerikanischen *Rule of Reason* – die europäische Variante sozial- und allgemeinwohlorientiert sei.[1017]

Gegen die Einführung einer *Rule of Reason* hat sich der EuGH in der Rechtssache *Generics* positioniert.[1018] Im Übrigen dürfte es sich um einen rein begrifflichen Vorschlag handeln, der über den dogmatischen Ursprung der Kontextanalyse noch keine Aussage trifft.[1019]

1014 *Emmerich*, JuS 2006, 1123, 1125; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 213; *Gonzales Díaz*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 139; *Heermann*, WuW 2009, 394, 404; *Klees*, EuZW 2008, 391, 393; *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze –, S. 435.

1015 *Gonzales Díaz*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 135 ff.

1016 *Klees*, EuZW 2008, 391, 393.

1017 *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze –, S. 434.

1018 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 – C-307/18, NZKart 2020, 131, 134 Rn. 104 – Generics.

1019 So wählt etwa *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze –, S. 434, den Begriff „*Rule of Reason*", betont aber die Parallele zur Grundfreiheitendogmatik. *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Immanenztheorie

Andere Autoren sind der Ansicht, dass die Kontextanalyse eine Ausprägung der Immanenztheorie sei. Dabei stellen sie darauf ab, dass die vom EuGH als legitim anerkannten Zwecke wettbewerbseröffnend wirkten und für das Funktionieren des jeweiligen Wettbewerbs notwendig seien.[1020] So sei im Fall *Wouters* der Markt für die Dienstleistungen von Rechtsanwälten beeinträchtigt, da ohne die fragliche Regelung die Rechtsanwälte ihre Mandanten möglicherweise nicht mehr unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses vertreten würden, im Fall *Meca-Medina und Majcen* seien die fraglichen Doping-Regelungen untrennbar mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs verbunden und dienten gerade dazu, einen fairen Wettkampf zwischen den Sportlern zu gewährleisten.[1021] Bei der Integrität von Rechtsanwälten und dem Funktionieren des sportlichen Wettbewerbs handele es sich zwar grundsätzlich um außerwettbewerbliche Aspekte, sie seien jedoch notwendige Zwischenziele, um die Eröffnung nachgelagerter Märkte zu ermöglichen.[1022]

Im Ergebnis läuft dieser Ansatz auf eine rein wettbewerbliche Beurteilung hinaus, sodass letztlich nur solche Ziele als legitim anerkannt werden könnten, die für das Funktionieren des fraglichen Wettbewerbs essenziell sind oder diesen zumindest fördern. Außerwettbewerbliche Aspekte könnten nicht anerkannt werden. Hierfür sprechen einerseits der Sinn und Zweck von Art. 101 Abs. 1 AEUV, nämlich der effektive Schutz des Wettbewerbs, andererseits auch der Wille des Gesetzgebers, denn schließlich hat er in Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst definiert, unter welchen Voraussetzungen er eine Ausnahme vom Kartellverbot gestatten will. Dies würde jedoch unterlaufen werden, wollte man außerwettbewerbliche Ziele anerkennen.[1023]

---

und ihre praktische Umsetzung, S. 20 meinen, es sei zweifelhaft, ob solche Begrifflichkeiten in der Debatte wirklich weiterführen.

1020 *Dietz*, Das Kartellrecht der Sportregeln, S. 60 f.; *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, S. 305 ff.; *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 189; *Sasdi*, Die Verbandsautonomie der Sportverbände im Korsett des Gemeinschaftsrechts, S. 138; *Schroeder*, Spurt 2006, 1, 4; *Schürnbrand*, ZWeR 2005, 396, 406; *Weiler*, Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften, S. 185 ff.; *Fuchs*, ZWeR 2007, 369, 382 f. ist der Ansicht, das *Wouters*-Urteil unterfalle noch der Immanenztheorie, *Meca-Medina und Majcen* nicht mehr.

1021 *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, S. 305 f.

1022 *Dietz*, Das Kartellrecht der Sportregeln, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein solches Verständnis ist zwar wettbewerbspolitisch wünschenswert, allerdings lässt sich hinterfragen, ob es wirklich der Wettbewerbseröffnungsgedanke ist, der den EuGH zur Etablierung der Kontextanalyse angetrieben hat. Wenn in diesem Kontext also behauptet wird, Sportwettbewerbe könnten – wie der EuGH im Fall *Meca-Medina und Majcen* entschieden habe – nur bestehen, wenn Anti-Doping-Regeln existieren, ist dem zu entgegnen, dass sich durchaus beobachten lässt, dass sportliche Wettbewerbe auch dann stattfinden können, wenn Anti-Doping-Regeln entweder von einer nicht unerheblichen Teilnehmerzahl ignoriert werden (Radsport) oder gar nicht existieren (Bodybuilding).[1024] Auch die anderen vom EuGH genannten Aspekte – Gesundheit, die Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sport – weisen wohl kaum einen wettbewerblichen Aspekt auf.[1025] In den Fällen *Wouters* (Integrität der Rechtsanwälte), *OTOC* (Qualität der Buchhalter) und *CNG* (Garantien für Endverbraucher) klingt es zwar plausibel, dass diese Aspekte für das Funktionieren der jeweiligen Märkte notwendig seien, es käme aber jeweils auch der Verbraucherschutz als außerwettbewerbliches Alternativziel in Betracht. Dagegen ist es nur schwer zu begründen, dass die Sicherheit des Straßenverkehrs, die im Fall *API* als legitimes Ziel erwogen wurde, markteröffnend wirken soll. Auch wenn diese Frage letztlich offengelassen wurde, wäre es dem EuGH ein Leichtes gewesen, die Legitimität mit entsprechender Begründung abzulehnen. Gegen die Einordnung als Fall der Immanenztheorie spricht ferner, dass der EuGH im Fall *MasterCard* bereits eine selbstständige Prüfung zur Berücksichtigung markteröffnender Aspekte etabliert hat, ohne *Wouters* und *Meca-Medina und Majcen* auch nur anzusprechen.[1026] Ferner ist zu beobachten, dass die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele im Rahmen der Kontextanalyse in der Praxis anerkannt ist.[1027]

1023 *Fuchs*, ZWeR 2007, 269, 383 f.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 165 ff.

1024 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 209; *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, S. 314. *Opfermann* meint, es sei vielmehr die sozial erwünschte Form des sportlichen Wettkampfs, die den EuGH dazu veranlasst habe, die Anti-Doping-Regel als funktionsnotwendig einzustufen.

1025 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 92.

1026 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 89–95 – MasterCard.

1027 Siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Übertragung der Cassis-Formel

Einige Stimmen vertreten die Auffassung, dass der EuGH mit der Kontextanalyse die sogenannte Cassis-Formel aus der Grundfreiheitendogmatik auf das Kartellrecht übertragen habe.[1028] Im berühmten Urteil *Cassis de Dijon*, das die von der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein untersagte Einfuhr eines Johannisbeerlikörs aus Frankreich zum Gegenstand hatte, entschied der EuGH, dass Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit durch „*zwingende Erfordernisse*", namentlich durch eine wirksame steuerliche Kontrolle, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz, gerechtfertigt sein könnten.[1029] Damit erkennt der EuGH von ihm selbst geschaffene, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe an (Cassis-Formel).[1030] Dieser Katalog ist weder abschließend, noch ist die dogmatische Herkunft geklärt.[1031] Weiterhin muss die jeweilige Maßnahme, die den freien Warenverkehr behindert, geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.[1032]

Für eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Kartellrecht spreche erstens die Prüfungsstruktur, da eine Einschränkung der Grundfreiheiten oder des Wettbewerbs durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt sein könne, wenn die Verfolgung des legitimen Zwecks einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalte.[1033] Zweitens sei das Urteil in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* die Fortsetzung einer ganzen Reihe an Rechtsprechung

1028 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 554, 568; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 93 ff.; *Horn*, Meca-Medina, S. 296 ff.; *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze –, S. 434 Fn. 116; vgl. auch *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, S. 18.

1029 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979 – 120/78, Slg. 1979, 649 = BeckRS 2004, 71378 Rn. 8 – Cassis de Dijon.

1030 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 36, Rn. 82.

1031 *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 34 Rn. 108 f.

1032 EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2012 – C-385/10, EuZW 2013, 21, 22, Rn. 22 – Elenca.

1033 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 94. Siehe zu diesem Aspekt ausführlich *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 111 ff., 144 ff., 184 f.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Sportsektor, die sich bislang im Bereich der Grundfreiheiten abgespielt habe.[1034] Drittens habe der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Wouters*, in der entscheidenden Rn. 97, in der er die Kontextanalyse etablierte, auf ein früheres Urteil Bezug genommen, das die Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses zum Gegenstand hatte. Viertens habe der EuGH im Urteil *Wouters* keine eigenständige Prüfung der Grundfreiheiten vorgenommen, sondern insoweit schlicht auf die Argumente verwiesen, mit denen er zuvor einen Verstoß gegen das Kartellrecht ablehnte.[1035]

Hieraus wird geschlossen, sich bei der Prüfung der Legitimität der Ziele an der Verfolgung von Gemeinwohlinteressen zu orientieren.[1036] Diejenigen Rechtfertigungsgründe, die auch im Rahmen der Einschränkung der Grundfreiheiten herangezogen werden, sollten demnach auch bei der Einschränkung des Wettbewerbs beachtet werden.[1037] *Heermann* meint, die Besonderheiten des Sports seien insoweit ein „*wesensgleiches Minus*" zu den zwingenden Allgemeinwohlinteressen.[1038]

Gegen ein solches Verständnis der Kontextanalyse wurde vorgebracht, dass diese sonst ein Einfallstor für außerwettbewerbliche Erwägungen zur Legitimierung von Wettbewerbsbeschränkungen darstelle und die Effektivität der Wettbewerbsvorschriften erheblich schwächen würde.[1039]

In der Tat ist die strukturelle Nähe der Kontextanalyse zur Dogmatik der Grundfreiheiten nicht zu übersehen. Jedoch wirft das Urteil des EuGH in der Rechtssache *API* Fragen auf. Hier hatte der EuGH offengelassen, ob es sich bei der Sicherheit des Straßenverkehrs um ein legitimes Ziel im Sinne der Kontextanalyse handelt, und die Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung aus anderen Gründen abgelehnt.[1040] Allerdings ist zu beachten, dass es im Rahmen der Grundfreiheiten ständige Rechtsprechung des EuGH ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs als zwingendes Erfordernis

1034 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 95 ff. Ferner ergebe sich ein Bedürfnis nach einer stringenten und konsistenten Behandlung des Sports im Europarecht, *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 185.
1035 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 554.
1036 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 703.
1037 *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze –, S. 434.
1038 *Heermann*, WRP 2020, 1, 5.
1039 *Fuchs*, ZWeR 2007, 369, 384.
1040 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 50 f. – API.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anzuerkennen.[1041] Hieraus lässt sich schließen, dass der EuGH die im Rahmen der Grundfreiheiten anerkannten zwingenden Erfordernisse nicht ohne Weiteres auf die Kontextanalyse übertragen will. Denn indem er die Frage offenlässt, offenbart er zumindest diesbezügliche Vorbehalte. Dann aber erhält das Argument einer nahtlosen Fortführung der Cassis-Rechtsprechung Risse. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der EuGH die Sicherheit des Straßenverkehrs als legitimes Ziel nicht ausdrücklich ablehnt, sondern sich die Möglichkeit vorbehält, die Sicherheit als ein solches Ziel anzuerkennen. Denn sollte es wirklich einen Gleichlauf zwischen legitimen Zielen im Rahmen der Kontextanalyse und den zwingenden Erfordernissen im Sinne der Cassis-Formel geben, so hätte der EuGH die Sicherheit des Straßenverkehrs aufgrund der gefestigten Rechtsprechung als legitimes Ziel anerkennen *müssen*.[1042]

Möglich ist aber auch, dass der EuGH der Frage bewusst ausweicht, um sich in dogmatischer Hinsicht nicht festlegen zu müssen und sich somit für zukünftige Entscheidungen einen größeren Entscheidungsspielraum offenzuhalten, was jedoch zu kritisieren wäre, da es die Rechtsunsicherheit in der Praxis erhöht.

d) Verbandsinterne Sachverhalte

Eine weitere Lesart der Kontextanalyse ist, dass diese Ausfluss der Verbandsautonomie sei und dazu diene, verbandsinterne Sachverhalte kartellrechtlich zu privilegieren. Es gehe also in der Regel um Fälle, in denen ein Verband, eine Kammer oder eine sonstige vom Hoheitsträger privilegierte Institution verbandsinterne Regeln setzt.[1043]

1041 EuGH, Urteil vom 5. Oktober 1994 – C-55/93, Slg. 1994, I-4837 Rn. 19 – van Schaik; EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2000 – C-314/98, Slg. 2000, I-8633 Rn. 55 – Snellers; EuGH, Urteil vom 20. März 2014 – C-639/11, ECLI:EU:C:2014:173 Rn. 54 – Kommission/Polen.

1042 Der EuGH hat auch keine Änderung der Rechtsprechung vollzogen, sondern auch in späteren Urteilen unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung daran festgehalten, dass die Sicherheit des Straßenverkehrs ein dem Gemeinwohl dienendes Ziel ist, siehe zuletzt EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020 – C-112/19, ECLI:EU:C:2020:864 Rn. 42 – Kreis Heinsberg.

1043 *Podszun*, NZKart 2022, 181, 182. Zur Kompensation der fehlenden hoheitlichen Privilegierung von Sportverbänden siehe sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tatsächlich hatten beinahe alle Anwendungsfälle der Kontextanalyse die Gemeinsamkeit, dass jeweils ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung, der zumindest teilweise hoheitliche Befugnisse übertragen wurden, Streitgegenstand war. So hatte den fraglichen Beschluss im Fall *Wouters* die niederländische Rechtsanwaltskammer gefasst, im Fall *OTOC* die portugiesische berufsständische Vertretung der geprüften Buchhalter, im Fall *CNG* der italienische Nationalrat der Geologen, im Fall *API* die italienische Beobachtungsstelle für den Straßenverkehr und im Fall *CHEZ* Elektro der bulgarische Oberste Rat der Anwaltschaft.[1044] Zwar stellte der EuGH in den Fällen *Wouters* und *API* fest, dass gerade kein hoheitliches Handeln vorliege, dies sei allerdings für die Anwendung der Kontextanalyse nicht weiter schädlich, da der Staat die fragliche Unternehmensvereinigung gleichwohl mit der Regelsetzung und zugleich mit der Konkretisierung einschlägiger öffentlicher Interessen betraut habe.[1045] In der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*, in dem die fragliche Regelung vom IOC, einem privaten Sportverband, erlassen wurde, werde die Rechtssetzungsbefugnis[1046] dabei allerdings nicht von staatlicher Seite, sondern aus der grundrechtlich geschützten Verbandsautonomie (Art. 11 Abs. 1 EMRK, Art. 12 Abs. 1 GRCh, Art. 9 Abs. 1 GG) abgeleitet.[1047]

Gegen eine Herleitung der Kontextanalyse aus der Verbandsautonomie spricht zumindest im Bereich des Sports, dass in jüngerer Praxis die Anwendbarkeit der Kontextanalyse auf solche Sachverhalte anerkannt ist, bei denen sich die Maßnahmen der Sportverbände auch auf verbandsexterne Dritte auswirken.[1048] Wäre aber die Verbandsautonomie Grundlage der Kontextanalyse, so fände sie nach überzeugender Ansicht dort keine Anwendung mehr, wo die Verbandsautonomie überschritten wird und Dritte betroffen sind.[1049] Eine solche Abgrenzung zwischen verbandsexternen und -internen Sachverhalten bereitet zudem Schwierigkeiten, sodass eine widerspruchsfreie Anwendung kaum praktikabel ist.[1050] Überdies fehlte im Urteil *Meca-Medina und Majcen* die Bezugnahme auf die Passage zur Verbands-

1044 *Ackermann*, WuW 2022, 122, 125.
1045 *Schweitzer*, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsklauseln, S. 36.
1046 Notabene: In manchen Mitgliedstaaten, etwa in Italien, stehen Sportverbänden staatliche Rechtssetzungsbefugnisse zu, *Bien/Becker*, ZWeR 2021, 565, 574 Fn. 73.
1047 *Bien/Becker*, ZWeR 2021, 565, 574; *Soldner/Gastell*, SpoPrax 2022, 74, 76 f.
1048 Siehe hierzu *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 558 f.
1049 Str., siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. a) bb).
1050 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 560.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

autonomie im Urteil *Wouters*. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die Schutzhöhe der Verbandsautonomie in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet ist.[1051]

e) Sportspezifischer Ansatz

Es wird schließlich vertreten, das Urteil *Meca-Medina und Majcen* habe eine eigenständige Bedeutung für den Sportsektor und sei kein Anwendungsfall der Kontextanalyse im Sinne des *Wouters*-Urteils,[1052] andere Autoren sprechen auch von einer „*Fortentwicklung*" des *Wouters*-Tests[1053] oder von einem „*Spezialfall des Wouters-Tests für den Sport*".[1054] Zur Kompensation der fehlenden staatlich abgeleiteten Rechtssetzungsbefugnis, wie sie in den anderen Anwendungsfällen der Kontextanalyse bestand, wird zur Legitimation der Wettbewerbsbeschränkung weniger auf die Verbandsautonomie,[1055] sondern eher auf die Besonderheiten des Sports (wobei die Verbandsautonomie davon umfasst sei)[1056] oder eine Art Immanenztheorie[1057] abgestellt.

Diese Ansicht liefert einen naheliegenden Erklärungsansatz, der vor allem deshalb frei von Widersprüchen ist, weil sich der EuGH – wollte er einen selbstständigen Test für Sportsachverhalte etablieren – bislang nur im Urteil *Meca-Medina und Majcen* dazu geäußert hat. Indes bestehen Zweifel, ob mit dem *Meca-Medina*-Test tatsächlich eine eigenständige Rechtsfigur neben dem *Wouters*-Test entstanden ist. Denn schließlich zitiert der EuGH ausdrücklich auch das Urteil *Meca-Medina und Majcen*[1058] im Rahmen der Kontextanalyse in den Rechtssachen CNG,[1059] API[1060] und CHEZ

1051 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 355 f.
1052 Vgl. *Podszun*, NZKart 2022, 181 f. m.w.N.
1053 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 353 Fn. 327.
1054 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 188. Nach *Mürtz* übernehme der Test dogmatisch die Schrankensystematik der *Cassis de Dijon-/Gebhard*-Doktrin und stelle technisch eine besondere Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung dar.
1055 Siehe hierzu den vorherigen Ansatz, Kapitel 4 B. VIII. 3. d).
1056 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 561 f.
1057 *Schweitzer*, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsklauseln, S. 36.
1058 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen.
1059 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – C-136/12, EuZW 2013, 782, 785 Rn. 54 – CNG.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Elektro,[1061] was gegen eine solche Interpretation spricht und eher darauf hindeutet, dass der EuGH ein einheitliches Verständnis der Kontextanalyse an den Tag legt.

f) Regulatorische Nebenabrededoktrin

In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *European Super League S.L.* äußerte sich Generalanwalt *Rantos* zur dogmatischen Herkunft der Kontextanalyse.[1062] Diese entspringe der Nebenabrededoktrin,[1063] welche eine wettbewerbsbeschränkende Nebenabrede für zulässig erklärt, wenn diese einem wettbewerbsneutralen Hauptzweck dient. Mit der Kontextanalyse, die der Generalanwalt als „*regulatorische Nebenabrededoktrin*" bezeichnet, könne man darüber hinaus auch nicht-wettbewerbliche, öffentliche Interessen zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen heranziehen.[1064] Ebenso wie bei der Nebenabrededoktrin sei eine enge Auslegung erforderlich, um den Wettbewerbsschutz nicht aufzuweichen. Die Analyse müsse daher spezifisch und detailliert erfolgen.[1065] Auf diese Weise könnten die Besonderheiten des Sports in die wettbewerbliche Analyse integriert werden und eine Balance zwischen den kommerziellen und sportlichen Aspekten des Fußballsports hergestellt werden.[1066] An diesem Ansatz ist jedoch zu kritisieren, dass die Kontextanalyse letztlich nur noch wenig mit der ursprünglichen Nebenabrededoktrin zu tun hat, denn weder die Verfolgung wettbewerblicher Ziele noch die eines kartellrechtsneutralen Hauptzwecks sind nunmehr erforderlich.[1067]

1060 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 48 – API.

1061 EuGH, Urteil vom 23. November 2017 – C-427/16 u.a., NZKart 2018, 39, 40 Rn. 55 – CHEZ Elektro.

1062 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 87 ff. – European Super League Company S.L.

1063 Siehe hierzu Kapitel 4 B. VII. 3.

1064 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 88. – European Super League Company S.L.

1065 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 89 f. – European Super League Company S.L.

1066 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 91 – European Super League Company S.L.

1067 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 633; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 178 f.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

g) Rechtsnatur

Eine weitere Frage stellt sich weniger in Bezug auf die dogmatische Herleitung als auf die Rechtsnatur der Kontextanalyse. Es wird insoweit vertreten, dass es sich um eine Tatbestandsrestriktion beim Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung handele, nach anderer Ansicht liege ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund vor.[1068] Zuletzt wurde vertreten, dass die Einordnung auch bei der Frage der Beweislast keine praktische Auswirkung habe und daher letztlich offenbleiben könne.[1069]

h) Zwischenfazit

Der dogmatische Ursprung der Kontextanalyse ist bislang nicht abschließend geklärt. Einige der genannten Ansätze können gute Argumente vorweisen, haben jedoch auch Schwächen. Auch nach nun über 20-jähriger Existenz der Kontextanalyse kam diese in nur wenigen Entscheidungen des EuGH zum Einsatz, sodass es für gesicherte Erkenntnisse auch noch zu wenig Anschauungsmaterial gibt.

Möglich ist es auch, dass sich die Frage zum jetzigen Zeitpunkt noch gar nicht klären lässt, weil der EuGH offenbar selbst noch unentschlossen ist, in welche Richtung er mit der Kontextanalyse gehen will. In der Rechtssache *API* vermied es der EuGH, Farbe zu bekennen und sich klar zu positionieren, ob die dort vorgebrachte Sicherheit des Straßenverkehrs ein legitimes Ziel im Sinne der Kontextanalyse sein kann. Dies wäre aber in methodischer Hinsicht aufschlussreich gewesen. Denn die Sicherheit des Straßenverkehrs ist nach ständiger Rechtsprechung als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt, aber wirkt wohl kaum markteröffnend. Die Einordnung wäre eine wichtige Weichenstellung gewesen und hätte Aufschluss darüber gegeben, nach welchen Kriterien eine Zielsetzung als legitim anzusehen ist. Dies wiederum hätte einen Rückschluss auf die Intention und dogmatische Herkunft der Kontextanalyse zugelassen. Es wäre ein Leichtes gewesen, klar zu sagen, dass die Kontextanalyse eine Übertragung der Cassis-Rechtsprechung auf das Kartellrecht darstellt und

1068 Siehe zum Streitstand *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 351 ff.; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 191 ff.

1069 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 353, siehe zur Frage der Beweislast Kapitel 4 B. VIII. 4. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Sicherheit des Straßenverkehrs somit legitimes Ziel ist, oder dass die Kriterien der Markteröffnung entscheidend sind und die Sicherheit des Straßenverkehrs dem nicht genügt. Stattdessen wich der EuGH dieser Fragestellung aus und ließ Wissenschaft und Rechtsanwender im Unklaren. Dies wiederum wirft die Frage nach dem Warum auf. Es wäre insbesondere für die Praxis wünschenswert gewesen, die durch die Etablierung einer ungeschriebenen Ausnahme geschaffene Rechtsunsicherheit[1070] zumindest einzugrenzen. Stattdessen behält sich der EuGH für den Einzelfall eine erhebliche Flexibilität vor und erschwert damit eine verlässliche Einordnung zum gegenwärtigen Zeitpunkt. Es besteht jedoch die Hoffnung, dass die anstehenden Urteile des EuGH in den Rechtssachen *ISU* und *European Super League Company S.L.* ein wenig Licht ins dogmatische Dunkel der Kontextanalyse bringen.

Für die weitere Untersuchung dürfte die dogmatische Einordnung allerdings nicht entscheidend sein, da im Bereich des Sports bereits einige Kriterien für die Anwendung der Kontextanalyse im Einzelnen herausgearbeitet wurden und anerkannt sind, die nachfolgend dargestellt werden.

4. Kontextanalyse im Einzelnen

Anders als es der oft synonym verwendete Begriff „Drei-Stufen-Test" vermuten lässt, handelt es sich bei der Kontextanalyse nicht um ein festes Schema, welches in der Praxis sklavisch „heruntergeprüft" wird. Vielmehr lassen sich die einzelnen Stufen nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen und teilweise überschneiden sich die rechtlich relevanten Erwägungen.[1071] Wenn die Kontextanalyse daher auf den nachfolgenden Seiten dennoch in ihre einzelnen Stufen aufgespaltet wird, geschieht dies in ers-

1070 Zur Rezeption des *Meca-Medina*-Tests und insbesondere zur Frage der Rechtsunsicherheit siehe *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 427 ff. Der dort geübten Kritik an der These, durch die Einführung des Tests sei eine Rechtsunsicherheit entstanden, ist zumindest insoweit zuzustimmen, als dass durchaus ein engmaschiges Netz an Vorrausetzungen besteht und der Test weit mehr als nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt, wie bisweilen geäußert. Allerdings ändert dies nichts an den Schwierigkeiten, legitime außerwettbewerbliche Ziele überhaupt erst zu definieren. Für den Bereich des Sports mag dieses Problem durch die Formel der Kommission abgemildert sein, dass sich legitime Ziele in der Regel auf die Organisation und ordnungsgemäße Durchführung des Wettkampfsports beziehen, siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (ii).

1071 *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, S. 304; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 356.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter Linie zum Zwecke der Übersichtlichkeit, dennoch sollte berücksichtigt werden, dass dieses Vorgehen nicht unbedingt in der Praxis anzutreffen ist.

a) Anwendungsbereich im Sportwesen

Anwendungsvoraussetzung für die Kontextanalyse ist zunächst die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Sofern man die Kontextanalyse dogmatisch als tatbestandsimmanente Rechtfertigung einordnet, bedarf es einer wettbewerbsbeschränkenden Koordinierungshandlung zwischen Unternehmen oder eines entsprechenden Beschlusses einer Unternehmensvereinigung.[1072] Zuletzt wurden darüber hinaus einige Ansätze vertreten, die den Anwendungsbereich der Kontextanalyse im Bereich des Sports nicht unerheblich einschränken wollen.

aa) Untrennbare Verbindung mit der Sportorganisation

Heermann fordert eine vorgeschaltete Prüfung, ob die streitgegenständliche Verbandsvorschrift oder Maßnahme in irgendeinen sachbezogenen Zusammenhang mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs gebracht werden kann, bevor er die Kontextanalyse in Sportsachverhalten zur Anwendung bringen will. Falls dies nicht der Fall ist, sei der Anwendungsbereich der Kontextanalyse nicht eröffnet.[1073] Dies schließt er aus folgender Passage des Urteils in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*:

> *„Selbst unterstellt, dass die streitige Anti-Doping-Regelung eine die Handlungsfreiheit der Kläger einschränkende Entscheidung von Unternehmensverbänden wäre, wäre sie deshalb nicht unbedingt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 EG, da sie durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt ist. Eine solche Beschränkung ist nämlich mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden und dient*

1072 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 196 f.

1073 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 354 f. *Heermann* vertrat zuletzt in WuW 2022, 308, 311, dass diese Prüfung nicht notwendigerweise vorangeschaltet erfolgen müsse, sie könne auch auf der ersten oder zweiten Stufe der Kontextanalyse mitberücksichtigt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gerade dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten."[1074]

Heermann erkennt darin aber lediglich ein Grobraster, welches eher großzügig gehandhabt werden solle. Insbesondere im Fall von (eigen)wirtschaftlichen Zielen könne die Prüfung aber schon an dieser Stelle scheitern.[1075]

In der konkreten Anwendung entpuppt sich dieses Kriterium jedoch als überaus streng: Im Zusammenhang mit der Einführung von Gehaltsobergrenzen stellt *Heermann* darauf ab, dass europäische Sportligen auch ohne Gehaltsobergrenzen „*wie geschmiert*" funktioniert hätten, sodass bereits keine *untrennbare* Verbindung mit der Organisation und dem Ablauf des sportlichen Wettkampfs vorliege.[1076] Wenn man aber das Kriterium der Untrennbarkeit als Funktionsnotwendigkeit versteht und für die Anwendbarkeit der Kontextanalyse für erforderlich hält, so kommt dies der Einführung eines Immanenzkriteriums durch die Hintertür gleich, was aus genannten Gründen abgelehnt wird. Außerwettbewerbliche Aspekte könnten nicht mehr berücksichtigt werden. Im Übrigen könnten mit einer derartigen Argumentation wohl niemals neue Maßnahmen seitens der Sportverbände eingeführt werden, sofern nur die jeweilige Sportliga zuvor „*wie geschmiert*" funktioniert hat – es sei denn, sie steht kurz vor ihrem Untergang und könnte nur durch die jeweilige Maßnahme gerettet werden.[1077]

Es ist außerdem fraglich, ob ein solches Verständnis auch vom Wortlaut der Urteilsbegründung in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* gedeckt ist: Aus der oben zitierten Passage geht nicht hervor, dass *nur* solche Maßnahmen, die mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind, gerechtfertigt werden können, sondern *jedenfalls* solche Maßnahmen. Dies entspricht offenbar auch dem Verständnis der Kommission, die meint, dass sich legitime Ziele *gewöhnlich* („*normally*") – also nicht *ausschließlich* – auf die Organisation und ordnungsgemäße Durchführung des Wettkampfsports beziehen.[1078] Eine Prüfung, ob die legitimen Ziele sich auf die Organisati-

1074 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 45 – Meca-Medina und Majcen.

1075 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 355.

1076 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 730; ähnlich *Ianc/Bach*, NZKart 2021, 333, 336, die ebenso auf die Ermöglichung abstellen.

1077 Siehe Kapitel 4 B. VII. 3. und Kapitel 4 B. VIII. 3. b).

1078 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Annex I Ziff. 2.1.5.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

on und ordnungsgemäße Durchführung des Wettkampfsports beziehen, findet sich in der Rechtssache *ISU* weder in der Entscheidung der Kommission[1079] noch im Urteil des EuG.[1080] Auch Generalanwalt *Rantos* prüft dieses Merkmal nicht.[1081] Vielmehr bezieht sich nämlich der von *Heermann* angesprochene untrennbare Zusammenhang auf die Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen und den verfolgten legitimen Zweck, somit auf die Frage der Inhärenz.[1082]

Die praktischen Auswirkungen dürften jedoch marginal sein: Sofern sich nämlich eine Maßnahme nicht auf die Organisation und den ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs bezieht, sondern nur irgendeinen Bezug zum Sport hat, dürfte die Annahme eines legitimen Ziels ungleich schwerer fallen und im Falle einer eigenwirtschaftlichen Zielsetzung[1083] gar ausscheiden. Zudem wäre selbst bei Annahme eines legitimen Ziels noch nicht gesagt, dass die weiteren, strengen Voraussetzungen der Kontextanalyse erfüllt werden könnten.[1084]

bb) Verbandsinterne Sachverhalte

Eng in Zusammenhang mit der dogmatischen Herleitung der Kontextanalyse aus der Verbandsautonomie[1085] steht die Forderung, die Kontextanalyse nur auf verbandsinterne Sachverhalte anzuwenden. Dies folge aus dem Legitimationsdefizit,[1086] welches Sportverbände beim Erlass von Statuten mit Auswirkung auf verbandsexterne Dritte aufweisen. Dort wo die Verbandsautonomie überschritten sei, könne diese als Rechtfertigung von

1079 Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208 – ISU. Die Europäische Kommission scheint eher davon auszugehen, dass die Organisation und die ordnungsgemäße Durchführung des Wettkampfsports nur eines von mehreren legitimen Zielen ist, vgl. dort Rn. 212.

1080 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, SpuRt 2021, 156 – ISU, dort allenfalls Rn. 91.

1081 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022, C-124/21 P, BeckRS 2022, 36245 Rn. 94 – ISU: *„In diesem Zusammenhang sind die Ermittlung des betreffenden Ziels und die Feststellung, dass dieses legitim ist, der erste Prüfungsschritt.*"

1082 *Jung*, Das internationale Sportverbandsrecht im Geltungsbereich des europäischen Unions- und Assoziierungsrechts, S. 215; so auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 201.

1083 Hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (iii).

1084 Vgl. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 355.

1085 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. d).

1086 Siehe hierzu *Heermann*, ZWeR 2017, 24, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr geltend gemacht werden.[1087] Ein anderer Ansatz dagegen erkennt zwar grundsätzlich das Problem der persönlichen Reichweite der Verbandsautonomie, will die Kontextanalyse aber auch in Sachverhalten mit Drittbezug anwenden, wobei dann nur öffentliche Interessen als legitim anerkannt werden könnten und den Sportverbänden keinerlei Beurteilungsspielraum zugestanden werden könne.[1088]

Sollte man die Verbandsautonomie als Legitimation von Wettbewerbsbeschränkungen und dogmatische Grundlage der Kontextanalyse anerkennen, so wäre es in der Tat folgerichtig, die Kontextanalyse auch nur auf verbandsinterne Sachverhalte anzuwenden. Denn im Außenverhältnis kann aus der – wenn auch durch Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GrCH geschützten – Verbandsautonomie allein keinerlei Privilegierung abgeleitet werden, sodass der Verbandsautonomie ein Vorrang gegenüber dem Kartellrecht einzuräumen wäre. Ein Sportverband tritt im Rechtsverkehr gegenüber Dritten wie jedermann auf, sodass ihm nicht mehr Rechte zustehen können als anderen Individuen.[1089] Sportverbände sind daher wie jeder andere Teilnehmer des Wirtschaftslebens den Wettbewerbsregeln vollumfänglich unterworfen.[1090]

Allerdings wird dieser einschränkende Ansatz – aus bereits dargelegten Gründen –[1091] hier nicht vertreten.[1092]

cc) Ausschluss von Kernbeschränkungen

Nach einer weiteren Ansicht soll die Kontextanalyse auf Kernbeschränkungen keine Anwendung finden.[1093] Dies wird damit begründet, dass eine durch die Anwendung der Kontextanalyse ungewollte Nivellierung zwi-

1087 *Bien/Becker*, ZWeR 2021, 565, 589.
1088 *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 146.
1089 *Heermann*, ZWeR 2017, 24, 35 im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 449/82 u.a., BVerfGE 70, 1 = NJW 1986, 772 – Kostendämpfung bei Heil- und Hilfsmitteln; so zuletzt auch BGH, Beschluss vom 13. Juni 2023 – KZR 71/21, GRUR-RS 2023, 13220 Rn. 27.
1090 *Bien/Becker*, ZWeR 2021, 565, 588 f.
1091 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. d).
1092 So im Ergebnis auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 206 ff., 212 ff.
1093 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 675 ff.; *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, S. 296 ff.; vgl. auch *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen den Rechtfertigungsmöglichkeiten für staatliche und private Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit durch eine mit ihr verknüpfte Per-se-Regel wieder eingefangen werden müsse.[1094] Andere stellen auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *MOTOE*[1095] und *Karen Murphy*[1096] ab, die beide solche Beschränkungen zum Gegenstand gehabt hätten, die eine Abschottung nationaler Märkte ermöglicht habe, sodass der EuGH in Anbetracht der Schwere und Offensichtlichkeit der Verstöße auf die Anwendung der Kontextanalyse verzichtet habe.[1097]

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der EuGH in den Rechtssachen *API*[1098] und *CHEZ Elektro,*[1099] die beide die Festlegung von Mindestpreisen, also den denkbar schwersten Wettbewerbsverstoß, zum Gegenstand hatten, die Kontextanalyse dennoch angewendet hat. Der EuGH scheint daher nicht von einer Per-se-Regel auszugehen, die die generelle Unanwendbarkeit der Kontextanalyse zur Folge hätte.[1100] Allerdings scheint es äußerst fraglich, ob eine Wettbewerbsbeschränkung in der Schwere eines Preiskartells jemals den Voraussetzungen der Kontextanalyse standhalten könnte.[1101]

dd) Rein sportbezogene Regelwerke

Zuletzt wurde vertreten, dass der Anwendungsbereich der Kontextanalyse auf solche Regelwerke beschränkt sei, die rein sportbezogen sind.[1102] Jedoch hat der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* bloß festge-

1094 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 675.
1095 EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – C-49/07, Slg. 2008, 4863 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.
1096 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011 – C-403/08 u.a., Slg. 2011, I-9083 = EuZW 2012, 466 – Karen Murphy.
1097 *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, S. 297.
1098 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 47 ff. – API.
1099 EuGH, Urteil vom 23. November 2017 – C-427/16 u.a., NZKart 2018, 39, 40 Rn. 53 ff. – CHEZ Elektro.
1100 So auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 206.
1101 So im Ergebnis auch *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 339.
1102 LG Dortmund, Urteil vom 24. Mai 2023 – 8 O 1/23 (Kart), GRUR-RS 2023, 11204 Rn. 98 f. – FIFA-Fußball-Spielervermittler-Reglements; *Ackermann*, WuW 2022, 122, 126; *Bien/Becker*, ZWeR 2021, 565, 568; vgl. auch *Podszun*, NZKart 138, 142. Der BGH hat mit Beschluss vom 13. Juni 2023 – KZR 71/21, GRUR 2023, 13220 diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, dort anhängig unter dem Az. C-428/23 – Rogon.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellt, dass Regelungen rein sportlichen Charakters in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts und somit auch der Kontextanalyse fallen, ohne diesen in irgendeiner Weise zu beschränken.[1103] Das Vorbringen der Kläger, das IOC könnte mit den Anti-Doping-Regeln auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen (sodass eben keine rein sportliche Regelung vorläge), wies der EuGH nur deshalb zurück, weil die Kläger nicht nachweisen konnten, dass die Regelungen überzogen waren,[1104] und nicht, weil die Kontextanalyse nicht anwendbar sei. Im Übrigen dürfte angesichts der fortgeschrittenen Kommerzialisierung des Profisports eine rein sportliche Regelung ohnehin Fiktion sein.[1105] Vermutlich auch aufgrund schwieriger Abgrenzungsfragen, die mit einer Trennung von wirtschaftsbezogenen und rein sportbezogenen Regeln einhergehen, hat der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* diesen Maßstab bezüglich der Anwendbarkeit des Kartellrechts aufgegeben.[1106] Die wirtschaftliche Tätigkeit des Sportverbands ist zudem gerade Anwendungsvoraussetzung für Art. 101 Abs. 1 AEUV,[1107] sodass eine Einschränkung auf rein sportbezogene Regelwerke letztlich dazu führen würde, dass kein Anwendungsbereich für die Kontextanalyse verbliebe.[1108]

ee) Zwischenfazit

Den hier dargestellten Ansätzen, die zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Kontextanalyse führen, ist nicht zu folgen.[1109] Dies bedeutet jedoch nicht, dass den ihnen zugrundeliegenden Wertungen keine

1103 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595 Rn. 27 f. – Meca-Medina und Majcen.

1104 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 46 ff. – Meca-Medina und Majcen.

1105 *Heermann*, WuW 2022, 308, 311 f.

1106 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 198 f.

1107 Siehe Kapitel 4 B. I.

1108 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 199. Im Ergebnis daher auch ablehnend CAS, Schiedsspruch vom 24. Juli 2023 – 2023/O/9370 Rn. 208 ff. – PROFAA v. FIFA, insb. Rn. 215 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 178 Rn. 97 – Wouters.

1109 Auch *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 85 ff. – European Super League Company S.L. scheint keine Einschränkung des Anwendungsbereichs anzunehmen; so auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 224, der die Kontextanalyse auf alle wettbewerbsbeschränkenden Regelungen im Kontext des Sports anwenden will. Für eine Übersicht weiterer

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bedeutung zukäme: Je näher etwa eine verbandsseitige Maßnahme mit der Organisation und ordnungsgemäßen Durchführung des Wettkampfsports, mit einer originären Verbandstätigkeit im Innenverhältnis oder sportlichen Regelungen im engeren Sinne zusammenhängt, desto eher wird man ein legitimes Ziel anerkennen können. Gleichzeitig ist kaum ein Fall vorstellbar, in dem man Kernbeschränkungen als erforderlich zur Erreichung legitimer Ziele einstufen mag.

Auch der Befürchtung, dass die Kontextanalyse ohne eine derartige Eingrenzung zu einer uferlosen Weite des Anwendungsbereichs und damit zu einer Aufweichung des Wettbewerbsschutzes führen würde, ist entgegenzutreten. Schließlich wird der sachliche Anwendungsbereich schon durch das Erfordernis der Verfolgung eines legitimen Ziels eingegrenzt, was im Sport umso unwahrscheinlicher ist, je weiter die Maßnahme von der Organisation und ordnungsgemäßen Durchführung des Wettkampfsports entfernt ist. Auch außerhalb des Sports ist nicht zu befürchten, dass sich nunmehr Kartelle bilden, die ihre Existenz mit der Verfolgung angeblich legitimer, außerwettbewerblicher Ziele rechtfertigen. Schließlich besteht aufgrund der dogmatischen Unklarheiten, die der EuGH verbleiben lässt,[1110] eine erhebliche Rechtsunsicherheit, was die Definition legitimer Ziele angeht. In Verbindung mit den weiteren strengen Voraussetzungen[1111] der Kontextanalyse und den hohen Geldbußen, die bei einem Kartellverstoß drohen, ist das Risiko daher überschaubar.

b) Feststellung der Tatsachengrundlage und Beurteilungsspielraum

Von hoher praktischer Relevanz sind die Feststellung der Tatsachengrundlage für die Prüfung der Voraussetzungen der Kontextanalyse und das Risiko der Unaufklärbarkeit. In diesem Zusammenhang stellt sich nicht nur die Frage der Beweislast, sondern auch, ob den Sportverbänden ein wie auch immer gearteter Beurteilungsspielraum zukommt. Daneben ist für diese Untersuchung von Bedeutung, wie wissenschaftliche Erkenntnisse –

denkbarer Ansätze zur Restriktion des Anwendungsbereichs der Kontextanalyse siehe *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 197 ff.

1110 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. h).

1111 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. Auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 226 spricht sich dafür aus, der gebotenen zurückhaltenden Anwendung der Kontextanalyse durch eine restriktive Handhabung der einzelnen Prüfungsschritte Rechnung zu tragen und nicht vorab durch eine pauschale Begrenzung des Anwendungsbereichs.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hier in Gestalt der sportökonomischen Forschung zur Competitive Balance – in die Beurteilung der Wettbewerbsrechtskonformität einfließen können.

aa) Einschätzungsprärogative und Beurteilungsspielraum

Die Frage der Einschätzungsprärogative und des Beurteilungsspielraums[1112] der Sportverbände im Rahmen der Kontextanalyse ist zuletzt kontrovers diskutiert worden.

Vertreten wird in diesem Kontext ein breites Spektrum an Meinungen: Nach einer Ansicht soll die Kontextanalyse streng objektiv Anwendung finden, sodass den Sportverbänden keinerlei Beurteilungsspielraum zustünde,[1113] nach anderer Ansicht hätten die Sportverbände eine Einschätzungsprärogative oder einen weiten Beurteilungsspielraum, der allenfalls einer Plausibilitätskontrolle unterliege.[1114] Eine vermittelnde Ansicht will die gerichtliche Kontrolldichte danach differenzieren, wie groß der Sportbezug und die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Maßnahme im Einzelfall sind.[1115]

Für die Annahme eines Beurteilungsspielraums oder einer Einschätzungsprärogative stützen sich die Vertreter dieser Ansicht im Wesentlichen auf zwei Argumente: Zum einen wird behauptet, die Ausstrahlungswirkung der grundrechtlich geschützten Verbandsautonomie müsse durch eine Einschätzungsprärogative oder einen Beurteilungsspielraum berücksichtigt

1112 Zu den Begrifflichkeiten siehe *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 419 ff.

1113 *Becker*, NZKart 2022, 379, 380; *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, S. 319; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 128; *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, S. 18 f.; *Orth*, SpuRt 2006, 195, 198; *Streinz*, Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht?, S. 20; wohl auch *Podszun*, NZKart 2022, 181, 184, der die subjektive Einschätzung des Verbands als „*Fehler im rechtlichen Maßstab*" bezeichnet.

1114 CAS, Schiedsspruch vom 24. Juli 2023 – 2023/O/9370 Rn. 221 ff. – PROFAA v. FIFA; Schiedsgericht DFL, Schiedsspruch vom 25. August 2011, SpuRt 2011, 259, 263; Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen, Urteil vom 14. Mai 2013, SpuRt 2013, 200, 203; *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 252 f.; *Schneider/Bischoff*, SpuRt 2021, 54, 58; *Verse*, CaS 2010, 28, 35.

1115 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 425; *ders.*, WuW 2022, 308, 310; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 233 ff.; *Schürnbrand*, ZWeR 2005, 396, 407; *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden.[1116] Dies ergebe sich auch aus der größeren Sachnähe der Sportverbände, die im Rahmen der Ausübung ihrer grundrechtlich gewährten Autonomie an die Stelle des Gesetzgebers treten, sodass ihnen im Wege der Analogie eine Einschätzungsprärogative zuzugestehen sei.[1117] Zum anderen beziehen sich die Vertreter auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Wouters*, in dem die dort streitgegenständliche Regelung „*bei vernünftiger Betrachtung als notwendig angesehen werden*" konnte.[1118] Diese Formel wurde später im Urteil *OTOC* wiederholt.[1119] Hieraus wird abgeleitet, dass Sportverbänden eine Einschätzungsprärogative oder ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukomme.[1120]

Beide Argumente können nicht überzeugen: Es wurde bereits an anderer Stelle dargelegt, dass die Verbandsautonomie als Grundlage der Kontextanalyse Schwächen hat.[1121] Dies muss entsprechend für die Ableitung eines Beurteilungsspielraums zugunsten der Verbände gelten.[1122] Andernfalls würde man Sportverbänden einen Freiraum zuerkennen, der – zumindest teilweise – der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen wäre. Privatautonome Ordnungen bergen jedoch immer das Risiko des Machtmissbrauchs, wenn Privaten eine quasigesetzgeberische Funktion zugestanden wird, und bedürfen daher der Kontrolle.[1123] Dies gilt erst recht, sobald sich Verbandsstatuten auch auf externe Dritte auswirken und es an jeglicher Legitimation fehlt. Sollte man Sportverbänden hier einen Freiraum zuerkennen, würde dies die Wertung des EuGH, selbst rein sportliche Regelwerke im

1116 Schiedsgericht DFL, Schiedsspruch vom 25. August 2011, SpuRt 2011, 259, 263; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 420; *Schneider/Bischoff*, SpuRt 2021, 54, 58; *Schürnbrand*, ZWeR 2005, 396, 407; *Verse*, CaS 2010, 28, 36; siehe zu diesem Argument auch ablehnend *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 126 ff. m.w.N. sowie *Streinz*, Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht?, S. 20.

1117 *Verse*, CaS 2010, 28, 36; einschränkend *Streinz*, Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht?, S. 20.

1118 EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 = EuZW 2002, 172, 178 Rn. 107 – Wouters.

1119 EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 96 – OTOC.

1120 *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 107; *Schürnbrand*, ZWeR 2005, 396, 407.

1121 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. d).

1122 So im Ansatz auch *Heermann*, Verbandsautonomie Sport, S. 423 in Bezug auf eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative. Einen objektiv überprüfbaren Beurteilungsspielraum hält *Heermann* jedoch für gegeben.

1123 *Podszun*, NZKart, 2021, 138, 145.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundsatz der gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen,[1124] konterkarieren und durch die Hintertür eben doch zur Anerkennung einer Bereichsausnahme für den Sport führen, sodass Sportverbände zumindest teilweise im kartellrechtsfreien Raum agierten und Richter in eigener Sache wären.[1125]

Auch die Bezugnahme auf die *Wouters*-Formel („*bei vernünftiger Betrachtung*") kann nicht durchgreifen. Denn hierbei wird verkannt, dass Sportverbände – anders als im Fall *Wouters* und *OTOC* – gerade keine mit staatlich abgeleiteter Rechtssetzungsbefugnis handelnden Akteure sind.[1126] Es fehlt also an einer Legitimation, die einen Beurteilungsspielraum rechtfertigen könnte, sodass diese Formel nicht übertragbar ist.[1127]

Für eine objektive Betrachtung sprechen auch die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, nach denen lediglich objektive Vorteile Berücksichtigung finden können und Effizienzgewinne nicht vom subjektiven Standpunkt der Parteien aus beurteilt werden dürfen.[1128] Wenn schon für eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ein objektiver Maßstab erforderlich ist, muss dies erst recht für eine Restriktion des Tatbestands gelten, da dies gravierendere Folgen für den Wettbewerbsschutz hat.[1129]

In Bezug auf die vermittelnde Ansicht, die die Kontrolldichte danach differenzieren will, wie groß der Sportbezug und die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Maßnahme im Einzelfall sind, lässt sich fragen, ob zu der hier präferierten objektiven Beurteilung überhaupt praktische Unterschiede bestehen. Zunächst setzt die Anwendbarkeit des Kartellrechts zumindest mittelbare wirtschaftliche Auswirkungen voraus, sodass Fälle der gerichtlichen Kontrolle von Spielregeln im engsten Sinne aus dem Kernbereich der Verbandsautonomie nur selten vorkommen werden.[1130] Aber auch nach der

1124 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 595 Rn. 27 f. – Meca-Medina und Majcen.

1125 Vgl. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 421.

1126 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 420 f.

1127 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 128; *Streinz*, Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht?, S. 20.

1128 Europäische Kommission, Bekanntmachung vom 27. April 2004, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 49, 52.

1129 *Podszun*, NZKart 2022, 181, 183.

1130 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 236, siehe auch schon Kapitel 4 B. I. Selbst wenn man annimmt, dass auch die Abseitsregel wirtschaftliche Auswirkungen entfaltet, so ist zwar der Anwendungsbereich des Kartellrechts eröffnet, gleichwohl liegt eine Wettbewerbsbeschränkung fern, die aber Anwendungsvoraussetzung für die Kontextanalyse ist, siehe oben S. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vermittelnden Ansicht bestehe selbst im Kernbereich sportlicher Autonomie keine rechts- und beurteilungsfreie Zone, die einer Einschätzungsprärogative gleichkäme.[1131] Vielmehr werde aufgrund starker wirtschaftlicher Auswirkungen der kartellrechtlich relevanten Regelungen der Sportverbände und der damit oftmals einhergehenden Beeinträchtigung von nicht verbandsgebundenen Dritten die gerichtliche Kontrolle auch nach den Vertretern der vermittelnden Ansicht umfassend und intensiv sein.[1132]

Im Ergebnis darf privaten Sportverbänden kein – auch nicht nur teilweise – wie auch immer gearteter Beurteilungsspielraum oder gar eine Einschätzungsprärogative zugestanden werden, welche zu einer lückenhaften kartellrechtlichen Kontrolle führen würden. Vielmehr sind sämtliche Merkmale der Kontextanalyse objektiv zu bewerten. Die Kontextanalyse lässt Sportverbänden ohnehin genügend Freiraum: Niemand oktroyiert Sportverbänden die von ihnen zu verfolgenden legitimen Ziele, dies können sie vielmehr frei und im Rahmen ihrer Autonomie selbst entscheiden. Ob und wie sie ein Thema nach ihren Vorstellungen regeln, ist ihnen überlassen.[1133] Dass sie hierbei im Einklang mit dem Kartellrecht handeln müssen und dies auch vollumfänglich der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, ist weder revolutionär noch eine unerträgliche Einschränkung der Verbandsautonomie, sondern schlicht eine Selbstverständlichkeit.

bb) Beweislast

Die Frage, wer das Vorliegen der Voraussetzungen der Kontextanalyse beweisen muss, wird beinahe einhellig damit beantwortet, dass die Beweislast grundsätzlich den Sportverbänden obliegt.[1134] Dies gilt unabhängig davon, ob man die Kontextanalyse als Tatbestandsrestriktion oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund ansieht.[1135] Begründet wird dies mit einer entsprechenden Anwendung des Art. 2 VO 1/2003, nach dem die Beweislast für einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV der Partei oder Behörde obliegt, die den Vorwurf erhebt. Eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3

1131 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 235.
1132 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 236.
1133 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 129.
1134 Siehe nur *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 225 f.; *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 103. Beide kommen jedoch mittels einer Beweislastumkehr unter Berücksichtigung des Sphärengedankens zum gleichen Ergebnis.
1135 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 352 f., 426.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

AEUV dagegen muss von demjenigen bewiesen werden, der sich darauf beruft. Dieser Grundsatz ist aufgrund einer planwidrigen Regelungslücke auch auf die Kontextanalyse zu übertragen. Schließlich konnte sich der Gesetzgeber zu einer von der Rechtsprechung geschaffenen ungeschriebenen Ausnahme nicht äußern, sodass eine planwidrige Lücke besteht, auch ist die Interessenlage gleich, da der Sportverband am ehesten dazu in der Lage ist, zu den Voraussetzungen vorzutragen, zumal die verfolgten Zielsetzungen nicht immer ausdrücklich aus den Verbandsregelungen hervorgehen müssen.[1136] Dabei geht die Beweislast jedoch nicht so weit, dass die Sportverbände auf Ebene der Verhältnismäßigkeit nach milderen Alternativmaßnahmen forschen müssten, um deren Fehlen positiv nachzuweisen. Vielmehr sollte hier eine Art sekundäre Darlegungslast greifen, sodass sich Sportverbände nur dann zu Alternativmaßnahmen äußern müssen, wenn diese von der Gegenseite substantiiert vorgetragen werden.[1137]

Etwas anderes gilt nur in der prozessualen Sondersituation des Beschwerdeverfahrens, wie es in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* der Fall war. Dort hatten die späteren Kläger bei der Kommission Beschwerde gegen eine Entscheidung eines Schiedsgerichts eingelegt.[1138] Der EuGH forderte in dieser Konstellation von den Klägern den Nachweis, dass die Doping-Regeln unverhältnismäßig waren.[1139]

cc) Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse

Soweit man der Ansicht folgt, dass die Voraussetzungen der Kontextanalyse objektiv zu bestimmen sind und den Sportverbänden kein wie auch immer gearteter Beurteilungsspielraum zukommt, kommt den Fragen nach der Verfügbarkeit und dem Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse besondere Bedeutung zu, schließlich lassen sich etwaige Lücken nicht durch einen Beurteilungsspielraum der Sportverbände schließen.[1140]

1136 *Becker*, NZKart 2022, 379, 382 f.; *Heermann*, WuW 2022, 308, 310; *Podszun*, NZKart 2022, 181, 184.

1137 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 760; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 427; *ders.*, WuW 2022, 308, 310.

1138 Siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 1.

1139 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 50–55 – Meca-Medina und Majcen; *Becker*, NZKart 2022, 379, 383; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 426 Rn. 635.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Breuer siedelt dieses Thema auf Ebene der Legitimität einer Zielsetzung an, wobei er zwischen qualitativer und quantitativer Legitimität unterscheidet. Während auf Ebene der qualitativen Legitimität geprüft werde, welche Themen überhaupt in Betracht kommen, um Wettbewerbsbeschränkungen zu rechtfertigen, gehe es auf Ebene der quantitativen Legitimität um die Frage des maximal zulässigen Schutzniveaus.[1141] Hinzu komme die Risikobewertung, also die Ermittlung, ob überhaupt ein Risiko für das Schutzgut vorliegt, wobei Schutzniveaubestimmung und Risikobewertung vom EuGH gemeinsam geprüft werden würden und daher die gleichen Kriterien maßgeblich seien.[1142] In der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* stellte der EuGH auf den ex-ante verfügbaren Stand wissenschaftlicher Erkenntnis und dort auf die herrschende Meinung ab.[1143] Dadurch komme zum Ausdruck, dass Risikobewertungen, die sich auf die herrschende Meinung in der Wissenschaft stützen, grundsätzlich legitim sind, das Urteil sage aber noch nichts dazu aus, wie mit wissenschaftlicher Unsicherheit umzugehen ist.[1144] *Breuer* befürwortet mit dem Argument, dass der EuGH die im Rahmen der Grundfreiheiten entwickelten Grundsätze zur Risikobewertung auf das Wettbewerbsrecht übertragen habe,[1145] einen strengen Maßstab und fordert im Fall von wissenschaftlichen Kontroversen oder Erkenntnislücken, dass Private die Herausbildung einer herrschenden Meinung abwarten. Denn anders als Mitgliedstaaten hätten Private keinen aus dem Vorsorgeprinzip abgeleiteten Spielraum, der es zulasse, zum Schutz höchster Rechtsgüter (etwa der Gesundheit) auch ohne sich auf eine herrschende Meinung in der Wissenschaft stützen zu können, die Grundfreiheiten zu beschränken. Eine Übertragung des Vorsorgeprinzips auf Private komme nur ausnahmsweise in Betracht.[1146] *Heermann* dagegen befürwortet im Falle fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse die Überprüfung auf

1140 So etwa *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 252 f. in Bezug auf Zweifel an der Legitimität der Competitive Balance als Ziel aufgrund des fehlenden empirischen Nachweises der Gültigkeit der Unsicherheitshypothese; *Verse*, CaS 2010, 28, 35 f. in Bezug auf die Eignung der „50+1"-Regel, das finanzielle Ungleichgewicht in der Bundesliga zu verringern.

1141 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 705 ff.

1142 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 725.

1143 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 52 f. – Meca-Medina und Majcen.

1144 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 725.

1145 So im Ansatz auch *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 396.

1146 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 725 f.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Evidenzkontrolle anhand eines objektiven Maßstabs zu beschränken. Dies begründet er mit teilweise bestehenden praktischen Problemen bei der Risikobewertung und dem Mangel an verfügbaren wissenschaftlichen Studien im Sport.[1147] Abzulehnen ist die Ansicht der Spruchkammer des Landessportbundes Nordrhein-Westfalen, wonach Sportverbände nicht an wissenschaftliche Grundsätze gebunden seien.[1148] Dies ginge nämlich deutlich zu weit und würde dazu führen, dass sich ein Sportverband sogar gegen die herrschende Meinung in der Wissenschaft stellen könnte, was mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* jedoch nicht vereinbar ist.[1149]

Auch wenn gute Argumente für *Breuers* strengeren Maßstab sprechen mögen, ist diesem nur teilweise zu folgen. Für *Breuers* Ansatz streitet in erster Linie der Wettbewerbsschutz: Wenn wirtschaftlich tätige Sportverbände durch Statuten den Wettbewerb beschränken, sollten sie dies überzeugend begründen können. Dagegen würde es sich als problematisch erweisen, wenn Sportverbände durch die schlichte Behauptung von abstrakten Risiken, die sich einer wissenschaftlichen Untersuchung entziehen oder bislang noch nicht zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht wurden, dem Wettbewerbsrecht entfliehen könnten.[1150] Im Rahmen der Grundfreiheiten hat der EuGH entschieden, dass die Risikobewertung nicht auf „*rein hypothetische Erwägungen*" gestützt werden darf.[1151] Allerdings hat der EuGH im Rahmen der Kontextanalyse eben auch außerwettbewerbliche Ziele – etwa die ethischen Werte des Sports –[1152] als legitim eingestuft, die sich einer quantitativen wissenschaftlichen Analyse von vornherein entziehen. Diese Wertung würde man durch einen allzu strengen Maßstab aber wieder zunichtemachten, sodass *Heermanns* Ansatz

1147 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 397.

1148 Spruchkammer des Landessportbundes Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13. Dezember 2022 – SprK 1/2022, SpuRt 2023, 166, 171 – Bogenschützen. Das ändert freilich nichts an der Tatsache, dass wissenschaftliche Grundsätze zu den relevanten Themen oftmals nicht bekannt sind, worauf auch die Spruchkammer zutreffend hinwies.

1149 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 52 f. – Meca-Medina und Majcen; so auch *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 716.

1150 Vgl. *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 720.

1151 EuGH, Urteil vom 5. Februar 2004 - C-95/01, Slg. 2004, I-1333 = EuZW 2004, 442, 444, Rn. 43 – John Greenham.

1152 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 43 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Grundsatz interessengerechter ist. Einschränkend wird hier jedoch vertreten, dass wissenschaftliche Erkenntnisse zwingend zu berücksichtigen sind, sofern diese vorliegen. In diesem Fall ist das behauptete Risiko einer wissenschaftlichen Betrachtungsweise nämlich zugänglich und es wäre aus Gründen des Wettbewerbsschutzes dann auch zumutbar, die wissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen und ggf. die Herausbildung einer herrschenden Meinung abzuwarten.[1153]

Während sich die bis hier skizzierten Grundsätze auf die Frage der Schutzhöhe und Risikobewertung einer grundsätzlich als legitim erkannten Zwecksetzung beziehen, müssen diese, zumindest in dem Umfang, in dem die jeweilige Fragestellung wissenschaftlicher Analyse zugänglich ist und wissenschaftliche Erkenntnisse verfügbar sind, auch für die Frage gelten, ob ein Ziel an sich als legitim gelten kann. Dies folgt aus einem Erst-recht-Schluss, da die Frage, ob ein Ziel überhaupt als legitim anerkannt werden kann, einer etwaigen Schutzniveaubestimmung und Risikobewertung vorangeht und insofern eine fundamentalere Fragestellung ist. Freilich wird man im Rahmen der Kontextanalyse, bei der auch die Verfolgung außerwettbewerblicher Zielsetzungen legitim sein kann, nicht immer mit wissenschaftlicher Präzision und ökonomischer Exaktheit arbeiten können, sodass sich in den meisten Fällen die Prüfung, ob ein Ziel als legitim eingestuft werden kann, in einer qualitativen Analyse erschöpft.[1154] Wenn und soweit wissenschaftliche Erkenntnisse allerdings vorliegen, so spricht nichts dagegen, diese auch zur Beurteilung heranzuziehen. Insbesondere im Fall von angeblichen und behaupteten „Besonderheiten des Sports" – so etwa der Competitive Balance –, deren Diskussion ohne Faktenbasis müßig erscheint, können und sollten wissenschaftliche Erkenntnisse auch fruchtbar gemacht werden, wenn diese schon vorliegen.[1155]

1153 Ähnlich *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 323, der sich bezüglich des Schutzniveaus grundsätzlich für eine Evidenzkontrolle ausspricht, im Ausnahmefall aber auch wissenschaftliche Erkenntnisse heranziehen will. Die Risikobewertung betreffe jedoch nicht die Frage der Legitimität des Ziels, sondern vielmehr die Inhärenz und insbesondere die Erforderlichkeit, *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 325 f., 386 f., zum Prüfungsmaßstab S. 368 ff.

1154 Vgl. *Podszun*, NZKart 2022, 181, 183 f.

1155 Das betrifft insbesondere die Forschung zur Unsicherheitshypothese, dazu Kapitel 2 C., und die Analysis of Competitive Balance, dazu Kapitel 2 D. Auch *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 323 deutet den Ausnahmecharakter der Competitive Balance an.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Zwischenfazit

Die Kontextanalyse ist anhand objektiver Maßstäbe zu prüfen, wobei den Sportverbänden kein Beurteilungsspielraum oder gar eine Einschätzungsprärogative zukommt. Das Vorliegen ihrer Voraussetzungen ist von den Sportverbänden darzulegen und ggf. zu beweisen. Wissenschaftliche Erkenntnisse sind bei der Beurteilung zu berücksichtigen, wobei man sich im Rahmen der Legitimität des Ziels mangels wissenschaftlicher Erkenntnisse regelmäßig auf eine qualitative Analyse beschränken muss. Eine Ausnahme bildet insoweit die Competitive Balance, die einer wissenschaftlichen Betrachtungsweise zugänglich ist, welche zugunsten des Wettbewerbsschutzes zu berücksichtigen ist. Sofern noch wissenschaftliche Kontroversen oder Erkenntnislücken bestehen, haben Sportverbände die Herausbildung einer herrschenden Meinung abzuwarten, da ihnen anders als Mitgliedstaaten kein aus dem Vorsorgeprinzip abgeleiteter Spielraum zusteht.

c) Erste Stufe: Legitimes Ziel

Steigt man nun in die genauere Prüfung der Kontextanalyse ein, stellt sich zunächst die Frage, welche Ziele als legitim gelten können. Für diese Untersuchung ist nachfolgend insbesondere relevant, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gewährleistung einer gewissen Competitive Balance ein legitimes Ziel sein kann.

aa) Kriterien

(i) Die Besonderheiten des Sports als Ausgangspunkt

Aufgrund verbleibender dogmatischer Unklarheiten[1156] kommen eine ganze Reihe an legitimen Zielen im Rahmen der Kontextanalyse in Betracht,[1157] deren Identifizierung für diese Untersuchung jedoch nicht erforderlich ist. Schließlich dürfte allgemein anerkannt sein, dass die Besonderheiten des

1156 Siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 3. h).
1157 Siehe für eine Übersicht *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 702 ff.; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 268 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sports berücksichtigungsfähig sind.[1158] Dies gilt insbesondere seit der Einführung des Art. 165 Abs. 1 S. 2 AEUV, wonach die Union zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale berücksichtigt.[1159] Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht jede behauptete Besonderheit des Sports als legitim anerkannt werden kann. Es bedarf vielmehr im Einzelfall einer objektiven Kontrolle, um zu verhindern, dass mit Entscheidungsmacht ausgestattete Gruppen ihre Partikularinteressen durchsetzen können.[1160]

(ii) Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele

In Zusammenhang mit der dogmatischen Herleitung der Kontextanalyse aus der Immanenztheorie und mit dem Argument der Stärkung des Wettbewerbsschutzes wird vertreten, es könnten allenfalls die ökonomischen Besonderheiten des Sports, mithin rein wettbewerbliche Zielsetzungen Berücksichtigung finden. Hierbei handelt es sich um solche, die für den Bestand und das Funktionieren des sportlichen Wettbewerbs essenziell sind. Dagegen seien außerwettbewerbliche Zielsetzungen nicht als legitim einzustufen.[1161]

1158 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, SpuRt 2021, 156, 158 Rn. 78 f. – ISU; *Europäische Kommission*, Weißbuch Sport, Ziff. 4.1; *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 42 – European Super League Company S.L.; *GA Szpunar*, Schlussanträge vom 9. März 2023 – C-680/21, ECLI:EU:C:2023:188 Fn. 39 – SA Royal Antwerp Football Club, *Becker*, CaS 2022, 162, 166; *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 704; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 357 ff. m.w.N.; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 113; *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, S. 18; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 265 f.

1159 *Heermann*, WuW 2022, 308, 310. *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 42 – European Super League Company S.L. sieht in Art. 165 AEUV eine *„‚verfassungsrechtliche Anerkennung' des ‚europäischen Sportmodells'"*, hierzu *Schiffbauer*, SpuRt 2023, 2–10; a.A. *GA Szpunar*, Schlussanträge vom 9. März 2023 – C-680/21, ECLI:EU:C:2023:188 Rn. 48 ff. – SA Royal Antwerp Football Club; *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, S. 106 f. Auch *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 113 sieht in Art. 165 AEUV eine normative Grundlage; ablehnend *Becker*, CaS 2022, 162, 166; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 359.

1160 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 113; vgl. auch *Podszun*, NZKart 2022, 181, 184.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Argumente gegen die Herleitung der Kontextanalyse aus der Immanenztheorie wurden bereits an anderer Stelle dargestellt.[1162] Zudem ist dieses Verständnis mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* kaum in Einklang zu bringen. Dort erkannte er etwa Gesundheit der Sportler, die Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports als legitim an.[1163] Hierbei handelt es sich aber nicht nur um sportorganisatorische, sondern auch um gesellschaftspolitische Zielsetzungen und um solche zum Athletenschutz.[1164] Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Zielsetzungen ist darüber hinaus in Praxis[1165] und Literatur[1166] anerkannt.[1167]

(iii) Keine eigenwirtschaftliche Zielsetzung

Nach einhelliger Auffassung sollen Zielsetzungen, die primär oder ausschließlich eigenwirtschaftlich sind, nicht legitim sein.[1168] Eine Zielsetzung ist aber nicht bereits dann illegitim, wenn sie wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt. Wie das EuG feststellte, ist die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen ein Merkmal jedes Unternehmens, einschließlich eines Sportver-

1161 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 189 f.; *Hail*, Spitzensport im Lichte des Europäischen Kartellrechts, S. 306.

1162 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 3. b).

1163 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 43 – Meca-Medina und Majcen.

1164 *Becker*, CaS 2022, 162, 163 f.

1165 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, SpuRt 2021, 156, 159 Rn. 102 – ISU (Integrität des Eisschnelllaufs, Schutz vor Manipulation durch Sportwetten); zuvor Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 219; *BKartA*, Pressemitteilung vom 31. Mai 2021, S. 2 (Organisation eines vereinsgeprägten Wettbewerbs); OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30. November 2021 – 11 U 172/19 (Kart), GRUR-RR 2022, 186, 194 Rn. 130 – Spielervermittler-Reglement (Transferautonomie), Rn. 168 (Minderjährigenschutz), Rn. 188 (Transparenz von Spielervermittlungen).

1166 *Ackermann*, WuW 2022, 122, 125; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 345 ff.; *Kokott/Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, S. 17 f.; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 105 ff.; *Podszun*, NZKart 2022, 181, 184.

1167 Siehe auch *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 88 – European Super League Company S.L., der ausdrücklich von nicht-wettbewerblichen Zielen spricht.

1168 *Becker*, NZKart, 379, 380; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 388 f.; *ders.*, NZKart 2022, 432, 434, *ders.*, WuW 2022, 308, 309; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 298 ff.; *Podszun*, NZKart 2021, 138, 142; *Stopper*, SpuRt 2020, 216, 220.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bands, wenn er eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.[1169] Somit können wirtschaftliche Zielsetzungen der Verfolgung anderer legitimer Verbandsziele dienen. Die Grenze zur Illegitimität ist erst dann überschritten, wenn die wirtschaftlichen Ziele allein oder überwiegend Eigeninteressen dienen, wobei eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist.[1170] Die Abgrenzung im Einzelfall kann sich jedoch schwierig gestalten, da wirtschaftliche Eigeninteressen von tatsächlich verfolgten legitimen Zielsetzungen überlagert oder verdrängt werden[1171] und umgekehrt legitime Zielsetzungen vom wirtschaftlichen Interesse restlos überdeckt sein können.[1172] Um der Gefahr von nur vorgeschobenen, angeblich verfolgten legitimen Zielen, die die Verfolgung von rein wirtschaftlichen Eigeninteressen verschleiern sollen, zu begegnen, kommt dem Kriterium der kohärenten und systematischen Zielverfolgung[1173] besondere Bedeutung zu. Denn hiermit lässt sich ein derartiges Vorbringen oftmals als Schutzbehauptung entlarven. Sollte sich herausstellen, dass es an einer kohärenten und systematischen Verfolgung des angeblichen Zwecks fehlt, liegt die primäre oder gar ausschließliche Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen nahe.[1174]

(iv) Kohärenz und systematische Verfolgung

Der EuGH verlangt im Rahmen der Kontextanalyse, dass das legitime Ziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird. Dieses ursprünglich aus der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten[1175] – und dort insbesonde-

1169 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, SpuRt 2021, 156, 159 Rn. 109 – ISU. Für Verwirrung sorgte die vorangegangene Entscheidung der Europäischen Kommission vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 220, die isoliert betrachtet den Eindruck erweckte, wirtschaftliche Zielsetzungen seien per se illegitim. Dort hieß es: „*the protection of economic and/or financial interests does not, however, constitute a legitimate objective that can justify a restriction of competition*." Siehe hierzu *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 387 f.

1170 *Heermann*, NZKart 2022, 432, 434; *Becker*, NZKart 2022, 379, 380.

1171 *Heermann*, WuW 2018, 550, 553.

1172 *Podszun*, NZKart 2021, 138, 144.

1173 Siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (iv).

1174 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 390 f.

1175 EuGH, Urteil vom 10. März 2009 – C-169/07, Slg. 2009, I-1721 Rn. 55 – Hartlauer; EuGH, Urteil vom 11. März 2010 – C-384/08, Slg. 2010, I-2055 Rn. 51 – Attanasio.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

re im Bereich des Glücksspiels –[1176] stammende Kriterium wurde in der Rechtssache *API* erstmals auf die Kontextanalyse übertragen. Dort verweigerte der EuGH die kartellrechtliche Rechtfertigung von Mindestpreisen, da das Ziel der Sicherung des Straßenverkehrs jedenfalls nicht kohärent und systematisch verfolgt wurde. Denn aufgrund von Ausnahmeregelungen konnten die festgelegten Mindestpreise – die angeblich zum Schutz der Straßenverkehrssicherheit erforderlich waren – unterschritten werden.[1177] In der Folge wurde das Erfordernis kohärenter und systematischer Zielverfolgung in der Praxis – wenn auch nicht ausdrücklich so bezeichnet – auf Sportsachverhalte angewandt,[1178] fand in der kartellrechtlichen Literatur jedoch bislang nur vereinzelt Beachtung.[1179]

Das Kriterium der Kohärenz verlangt, dass das anvisierte Ziel stringent, konsistent, systematisch und widerspruchsfrei verfolgt wird. Eine Verletzung liegt vor bei nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlungen, bei verschiedenen Regelungen grundsätzlich gleichgelagerter Alternativsituationen, bei der Gewährung nicht nachvollziehbarer Ausnahmen und bei Widersprüchlichkeiten im gesamten Regelungssystem.[1180]

Heermann sieht im Kohärenzkriterium eine verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, die dogmatisch auf Ebene der Legitimität der Zielsetzung zu verorten sei.[1181] Er befürwortet einen nicht allzu strengen Maßstab, nach

1176 *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, 522. In diesem Bereich verhielten sich Mitgliedstaaten oftmals widersprüchlich, indem sie das Glücksspiel für private Betreiber streng reglementierten, gleichzeitig aber staatlich monopolisiertes Glücksspiel förderten.

1177 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 53 f. – API.

1178 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, BeckRS 2020, 35398 Rn. 94, 97 – ISU; Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Rn. 224, 230 – ISU; BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019 – B2-26/17, BeckRS 2019, 4347 Rn. 103 – Rule 40 Bye-Law 3 OC unter ausdrücklicher Bezugnahme auf EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 16. November 2018 – E-8/17, (2018) EFTA Ct. Rep. 383 Rn. 118 – Kristoffersen, der dort im Rahmen der Grundfreiheiten das Kohärenzkriterium prüfte.

1179 Siehe aber *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 730 f.; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 398 ff.; *ders.*, NZKart 2022, 432, 435; *ders.*, WuW 2022, 308, 310; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 332 ff.; *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, S. 320 ff.

1180 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 336 ff.

1181 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 402; so auch BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019 – B2-26/17, BeckRS 2019, 4347 Rn. 103 – Rule 40 Bye-Law 3 OC. Im Rahmen der Grundfreiheiten prüft der EuGH das Kriterium auf Stufe der Geeignetheit, so etwa EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – C-28/09, Slg. 2011, I-13525 = BeckRS 2011, 81937 Rn. 126 – Kommission/Österreich m.w.N.; *Mürtz*,

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem nur dann ein Verstoß gegen die Kohärenz und Stringenz angenommen werden soll, wenn diese Aspekte offensichtlich sind, allgemeine Regeln der Logik verletzt werden und sich dies dem fachkundigen Betrachter geradezu aufdrängt.[1182] Auch *Breuer* möchte nur im Fall von besonders groben Wertungsdiskrepanzen auf das Kriterium der Kohärenz zurückgreifen.[1183] *Mürtz* differenziert danach, welches Schutzniveau dem jeweiligen Ziel gewährt wird. Je wichtiger die legitime Zielstellung, desto höher müssten auch die Anforderungen an die Kohärenz sein.[1184]

Heermann und *Breuer* sehen beide die Anfälligkeit von sportlichen Regelwerken für Wertungswidersprüche. Dies folge aus der mitunter hohen Regelungsdichte und -tiefe, die Sportverbänden aufgrund der Verbandsautonomie zugesprochen werde. Sie vertreten daher die Auffassung, dass der Anspruch einer steril-perfektionistischen Widerspruchsfreiheit überzogen wäre.[1185]

Dem ist zuzustimmen, das beantwortet allerdings noch nicht die Frage, wie mit der offensichtlichen Widersprüchlichkeit mehrerer Maßnahmen umzugehen ist, die jeweils auf legitimen Zielen beruhen. Sportverbände können nämlich unterschiedliche Ziele verfolgen, die für sich genommen legitim sind, jedoch im offensichtlichen Widerspruch zu anderen, gleichzeitig verfolgten Zielen stehen. Zu denken ist etwa an das Ziel eines vereinsgeprägten Wettbewerbs[1186] im Rahmen der „50+1"-Regel oder der Sicherstellung der finanziellen Stabilität[1187] im Rahmen der UEFA Financial Sustainability Regulations auf der einen und der Competitive Balance auf der anderen Seite. Denn während die „50+1"-Regel den vereinsgeprägten Wettbewerb stärkt und die UEFA Financial Sustainability Regulations die finanzielle Stabilität der Clubs fördern, stehen beide Regularien im Widerspruch zur Gewährleistung einer Competitive Balance.[1188] Wollten die Sportverbände nun Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance einführen, liefen sie Gefahr, dass dieses Ziel allein deshalb nicht als

---

Meca-Medina-Test des EuGH, S. 332 prüft die Kohärenz auf der zweiten Stufe gemeinsam mit der Inhärenz.

1182 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 403 f.

1183 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 730 f.

1184 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 340.

1185 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 730; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 403.

1186 *BKartA*, Pressemitteilung vom 31. Mai 2021, S. 2.

1187 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Annex I Ziff. 2.1.5.

1188 Siehe zu diesem Aspekt Kapitel 2 D. V. und Kapitel 2 D. VI.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

legitim anerkannt werden könnte, weil es im Widerspruch zu anderen verfolgten Zielen stünde und daher nicht kohärent und systematisch verfolgt werden würde.

Die Lösung dieses Dilemmas kann nun nicht darin liegen, eines der Ziele für höherwertig zu erklären und diesem damit pauschal Vorrang einzuräumen. Dies würde nämlich in die Verbandsautonomie eingreifen, wonach die Sportverbände frei darin sind zu entscheiden, welche legitimen Ziele sie in welchem Umfang verfolgen wollen. Es kann daher nicht Aufgabe von Gerichten oder Behörden sein, den Sportverbänden ein Rangverhältnis der von ihnen verfolgten legitimen Ziele zu oktroyieren. Vielmehr ist bei einem Konflikt gleichwertiger Ziele auf das bewährte Prinzip der praktischen Konkordanz zurückzugreifen. Soweit kollidierende Ziele schonend in Ausgleich gebracht werden, ist kein Verstoß gegen das Kohärenzprinzip anzunehmen.[1189] In den Fällen der „50+1"-Regel oder der UEFA Financial Sustainability Regulations ließe sich den Elementen, die der Competitive Balance zuwiderlaufen, durch eine erweiterte Umverteilung der finanziellen Ressourcen oder – theoretisch – die Einführung von Gehaltsobergrenzen[1190] begegnen, sodass letztlich beide Ziele (vereinsgeprägter Wettbewerb und finanzielle Stabilität einerseits und Competitive Balance andererseits) gefördert werden.

Dem entspricht auch die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs im Rahmen der Grundfreiheiten in der Rechtssache *Ladbrokes*. Dort hatte er über ein staatliches Glücksspiel-Monopol zu entscheiden, welches sowohl die Spielsuchtbekämpfung als auch die Bekämpfung des illegalen Glücksspiels (durch Kanalisierung, d.h. durch die Schaffung legaler Alternativen) zum Ziel hatte. Er stellte fest, dass die moderate Expansion des staatlichen Glücksspiels nicht – wie es auf den ersten Blick scheint – gegen die kohärente und systematische Verfolgung des Ziels der Spielsuchtbekämpfung verstößt, vorausgesetzt, dass das andere Ziel – die Bekämpfung des illegalen Glücksspiels – dadurch gefördert wird.[1191]

1189 *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 41 f.

1190 Aufgrund der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung dürfte es sich bei Gehaltsobergrenzen um eine eher theoretische Möglichkeit handeln, siehe Kapitel 5 B. I.

1191 EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 30. Mai 2007 – E-3/06, (2007) EFTA ct. Rep. 86, Rn. 54 – Ladbrokes; hierzu *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 41 f.; *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, 522, 524.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Competitive Balance als legitimes Ziel

Nachfolgend soll anhand der bis hierhin herausgearbeiteten Kriterien untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gewährleistung einer Competitive Balance als legitimes Ziel im Rahmen der Kontextanalyse Berücksichtigung finden kann.

(i) Bosman als Vorläufer

Teilweise wird vertreten, aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Bosman* lasse sich ableiten, dass die Competitive Balance als legitimes Ziel im Sinne der Kontextanalyse einzustufen sei.[1192] Im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten urteilte er:

> „*Angesichts der beträchtlichen sozialen Bedeutung, die der sportlichen Tätigkeit und insbesondere dem Fußball in der Gemeinschaft zukommt, ist anzuerkennen, daß die Zwecke berechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen den Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewißheit der Ergebnisse zu gewährleisten*".[1193]

In der Tat liegt es nahe, hierin die Anerkennung der Competitive Balance als zwingendes Erfordernis zu sehen. Hierfür sprechen nicht nur die in der englischen Urteilsfassung gefallenen Schlagwörter „*maintaining a balance*" und „*uncertainty*", sondern auch der Gesamtkontext, in dem das Urteil ergangen ist. Bereits in den Schlussanträgen hatte sich nämlich Generalanwalt *Lenz* intensiv mit dem Argument der Competitive Balance auseinandergesetzt und dabei auch Bezug auf die einschlägige sportökonomische Literatur genommen.[1194] Erblickt man in der Kontextanalyse die Übertragung der Grundfreiheitendogmatik auf das Kartellrecht, so ließe

1192 *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 93 – European Super League Company S.L.; *Beisenherz*; Der professionelle Sport und das europäische Kartellrecht, S. 27, 144; *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 684 Fn. 2422; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 116; *Henneberg*, Gehaltsobergrenzen im Sport, S. 233; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 272.

1193 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 510, Rn. 106 – Bosman.

1194 *GA Lenz*, Schlussanträge vom 20. September 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4930 Rn. 218 ff. – Bosman, insbesondere Fn. 298 und 299.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich das Ergebnis auch dogmatisch gut begründen. Wie das Urteil in der Rechtssache *API* zeigt, will der EuGH die im Rahmen der Grundfreiheiten anerkannten zwingenden Erfordernisse jedoch nicht vorbehaltlos auf die Kontextanalyse übertragen.[1195] Erblickt man dagegen in der Kontextanalyse bzw. im *Meca-Medina*-Test eine erst später entwickelte, eigenständige Rechtsfigur, so lässt sich freilich auch argumentieren, dass sich der EuGH zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht dazu äußern konnte.[1196]

Keinesfalls lässt sich aus dem Urteil in der Rechtssache *Bosman* ableiten, dass der EuGH die Competitive Balance pauschal und ohne jedwede Differenzierung als legitimes Ziel eingestuft hätte. Denn der EuGH hat eben nicht *jede* Chancengleichheit und *jede* Ungewissheit als legitim eingestuft, sondern jeweils nur eine *bestimmte* Chancengleichheit und Ungewissheit.[1197] Offenbar hat auch der EuGH erkannt, dass ein absolutes Gleichgewicht, bei dem der Ausgang des sportlichen Wettbewerbs allein vom Zufall abhängt, nicht wünschenswert ist. Dies deckt sich mit der sportökonomischen Erkenntnis, wonach das optimale, d.h. das die Zuschauernachfrage maximierende, Gleichgewicht irgendwo zwischen absoluter Unausgeglichenheit und perfekter Ausgeglichenheit angesiedelt ist.[1198] Hiernach wäre also – selbst wenn man im *Bosman*-Urteil grundsätzlich die Anerkennung der Competitive Balance als legitimes Ziel durch den EuGH erblicken will – eine weitere Konkretisierung erforderlich.[1199] Auf eine solche Differenzierung kam es jedoch im Urteil nicht an, da die streitgegenständlichen Regelungen nach Auffassung des EuGH zur Aufrechterhaltung des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts nicht geeignet waren.[1200]

1195 Zu diesem Aspekt Kapitel 4 B. VIII. 3. c).

1196 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 377.

1197 In der englischen Urteilsfassung kommt dies besser zum Ausdruck. Dort heißt es in Rn. 106: *„… by preserving a certain degree of equality and uncertainty as to results (…).“*

1198 Dazu Kapitel 2 F.

1199 Dazu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (iv). Diesen Aspekt lässt *GA Rantos* in seinen Schlussanträgen außer Acht, *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 93, 103, 166 – European Super League Company S.L.

1200 EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505, 510, Rn. 107 – Bosman.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(ii) Ansatz der Kommission

Im Weißbuch Sport der Europäischen Kommission heißt es, dass die Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts zu berücksichtigen seien. Besonderheiten des Sports seien

> *„… im Hinblick auf die Besonderheit sportlicher Aktivitäten und sportlicher Regeln (…) ergebnisoffene Wettkämpfe (…) und die Chancengleichheit der an Wettkämpfen teilnehmenden Clubs …"*

In der englischen Fassung heißt es:

> *„… **uncertainty** concerning **outcomes** and (…) a **competitive balance** between clubs taking part in the same competitions …"*[1201]

Im begleitenden Arbeitspapier zum Weißbuch Sport heißt es bezüglich der Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts auf sportorganisatorische Regeln und den Besonderheiten des Sports:

> *„The Community Courts and the Commission have consistently taken into consideration the particular characteristics of sport setting it apart from other economic activities that are frequently referred to as the 'specificity of sport'. Although no such legal concept has been developed or formally recognized by the Community Courts, it has become apparent that the following distinctive features may be of relevance when assessing the compliance of organisational sporting rules with Community law: (…)*
>
> *- If sport events are to be of interest to the spectator, they must involve **uncertainty as to the result**. There must therefore be a **certain degree of equality** in competitions. This sets the sport sector apart from other industry or service sectors, where competition between firms serves the purpose of eliminating inefficient firms from the market. Sport teams, clubs and athletes have a direct interest not only in there being other teams, clubs and athletes, but also in their economic viability as competitors."*[1202]

1201 *Europäische Kommission*, Weißbuch Sport, Ziff. 4.1 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

1202 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Ziff. 3.4.a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Und weiter heißt es unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*:

> „*Legitimate objectives of sporting rules will normally relate to the 'organisation and proper conduct of competitive sport' (…) and may include, e.g., the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes,* ***the ensuring of uncertainty of results****, (…). The specificity of sport, i.e. the distinctive features setting sport apart from other economic activities, such as the interdependence between competing adversaries, will be taken into consideration when assessing the existence of a legitimate objective.*"[1203]

Nicht nachvollziehbar ist es allerdings, dass die Kommission die Rechtssache *Lehtonen* als Anwendungsfall der Competitive Balance betrachtet.[1204] Dort hatte der EuGH die Vereinbarkeit von Transferfristen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beurteilen. Dies betraf allerdings eher den Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit der Ergebnisse, die durch Spielerwechsel innerhalb der Saison beeinträchtigt wird, und weniger die Herstellung eines Wettbewerbsgleichgewichts.[1205]

In ihrer Fallpraxis erwog die Kommission das Argument der Competitive Balance erstmals in der Entscheidung *UEFA Champions League* im Jahr 2003, also noch bevor das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* ergangen ist. Die UEFA argumentierte, dass die streitgegenständliche Zentralvermarktung der Medienrechte und die damit verbundene Umverteilung der Erlöse unerlässlich sei, um den Wettbewerb Champions League anbieten zu können. Die UEFA verfolge dabei das vom EuGH in der Rechtssache *Bosman* anerkannte Ziel, ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Clubs zu erhalten. Die Kommission zeigte zwar Verständnis für die Besonderheiten des Sports, allerdings habe die UEFA nicht gezeigt, dass die Erhaltung des Gleichgewichts erforderlich sei, um den Wettbewerb anbieten zu können. Schließlich existierten auch andere Wettbewerbe ohne Umverteilung, im Übrigen sei eine Umverteilung auch ohne Zentralvermarktung möglich. Mithin sei das Wettbewerbsrecht

1203 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Annex I Ziff. 2.1.5 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

1204 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Annex I Ziff. 2.2.1.6.

1205 EuGH, Urteil vom 13. April 2000 – C-176/96, Slg. 2000, I-2681 = NZA 2000, 645, 648 Rn. 53–55 – Lehtonen.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anwendbar.[1206] Im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG kam es schließlich nicht mehr auf das Argument der Competitive Balance an, da die Zentralvermarktung aus anderen Gründen gerechtfertigt war.[1207]

In der Rechtssache *BRV/FIA*[1208] hatte sich die Kommission mit einer Beschwerde eines Herstellers von Drehventilen gegen u.a. den internationalen Automobilverband FIA aufgrund einer Regeländerung für die Rennsportserien Formel 1 und Moto GP zu befassen, wonach Drehventile nicht mehr in den Motoren der teilnehmenden Fahrzeuge verbaut werden durften. Dies sollte zu geringeren Motorleistungen führen. Der Beschwerdeführer sah hierin unter anderem eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Kommission nahm in ihrer Entscheidung Bezug auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* und betrachtete unter Bezugnahme auf das Arbeitspapier zum Weißbuch Sport die Erhöhung der sportlichen Ausgeglichenheit (*sporting equality*) *prima facie* als ein legitimes Ziel. Zudem sei die entsprechende Regel *prima facie* der Erreichung dieses Ziels inhärent und auch verhältnismäßig.[1209] Der Beschwerdeführer konnte jeweils keinen Beweis des Gegenteils führen.[1210] Unter anderem aus diesem Grund sei eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV sehr unwahrscheinlich.[1211]

In der Entscheidung *ISU* betonte die Kommission noch einmal, dass die Competitive Balance zu den Besonderheiten des Sports gehöre, ohne dass es in diesem Verfahren darauf angekommen wäre.[1212]

Angesichts der Tatsache, dass die Kommission – jedenfalls in der englischen Fassung – wiederholt und ausdrücklich die Competitive Balance als Besonderheit des Sports qualifiziert, die in der Kontextanalyse zu berücksichtigen sei, und das Argument in dem Verfahren *UEFA Champions*

1206 Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Rn. 130 f. – UEFA Champions League.
1207 Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Rn. 164–167 – UEFA Champions League.
1208 Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2011 – COMP/39732 – BRV/FIA.
1209 Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2011 – COMP/39732 Rn. 35, 39 – BRV/FIA.
1210 Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2011 – COMP/39732 Rn. 36, 39 – BRV/FIA.
1211 Europäische Kommission, Entscheidung vom 4. August 2011 – COMP/39732 Rn. 40 – BRV/FIA.
1212 Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2017 – AT-40208, Fn. 54, 200 – ISU.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

League bereits der Sache nach erwogen hat und später in *BRV/FIA* immerhin aufgrund summarischer Prüfung als legitim eingestuft hat, sollte kein Zweifel mehr daran bestehen, dass die Kommission dahin tendiert, die Competitive Balance grundsätzlich als legitimes Ziel anzuerkennen.[1213] Wenn *Heermann* dagegen meint, der Gesamtkontext im Weißbuch Sport lege es nicht nahe, dass die Competitive Balance im sportökonomischen Sinne gemeint sei,[1214] so ist dem zu entgegnen, dass sich die Kommission im oben zitierten Arbeitspapier zum Weißbuch Sport unter Ziff. 3.4.a) mit der Theorie der assoziativen Konkurrenz („*Sport teams, clubs and athletes have a direct interest not only in there being other teams, clubs and athletes, but also in their economic viability as competitors*") auseinandersetzt, aus der die Unsicherheitshypothese und damit die Idee der Competitive Balance abgeleitet wird. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass sich die Kommission mit der einschlägigen sportökonomischen Theorie vertraut gemacht hat und diese auch berücksichtigen wollte, als sie das Weißbuch Sport verfasste.

Nichtsdestotrotz ist aus den Verlautbarungen der Kommission nicht abzuleiten, dass die Competitive Balance immer und unbedingt ein legitimes Ziel darstellt. Dies legt die oben zitierte Passage unter Ziff. 3.4.a) im Arbeitspapier zum Weißbuch Sport nahe. Dort heißt es (Hervorhebung durch den Verfasser):

„*There must therefore be **a certain degree** of equality in competitions.*"

Offenbar erkennt auch die Kommission, dass maximale Ausgeglichenheit nicht wünschenswert ist. Gleichzeitig lässt sie aber offen, was unter einem *gewissen Grad* an Ausgeglichenheit zu verstehen ist oder wie sich dieser bestimmen lässt. Jedenfalls liegt es nahe, dass die Kommission nicht bereit ist, sportliche Ausgeglichenheit bis zu jedem Ausmaß als legitimes Ziel anzuerkennen. Daraus folgt, dass ein bereits gegebenes Maß an sportlicher Ausgeglichenheit auch als ausreichend erachtet werden kann. Es bedarf mithin einer weiteren Konkretisierung dieses Merkmals.[1215]

1213 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 174, a.A. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 378; siehe auch *ders.*, WuW 2017, 312, 314; *ders.*, NZKart, 2022, 432, 433.

1214 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 378.

1215 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (iv).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(iii) Meinungsstand im Übrigen

In der Entscheidungspraxis haben jüngst das Bundeskartellamt – vorläufig –[1216],das OLG Frankfurt a.M[1217] und der CAS[1218] die Gewährleistung einer Competitive Balance der Sache nach als legitimes Ziel anerkannt. Die Monopolkommission hat das Argument in ihrem XXI. Hauptgutachten näher beleuchtet und dabei auf Zweifel in der sportökonomischen Forschung hingewiesen.[1219] Zwei Gutachten des Deutschen Bundestages kamen zum Ergebnis, dass die Gewährleistung der Competitive Balance ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen sei.[1220]

In der Literatur wird die Gewährleistung einer Competitive Balance überwiegend als legitimes Ziel eingestuft.[1221] Dies wird oftmals damit be-

1216 *BKartA*, Pressemitteilung vom 31. Mai 2021, S. 2; *dass.*, Pressemiteilung vom 8. März 2023, S. 1.

1217 OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30. November 2021 – 11 U 172/19 (Kart), GRUR-RR 2022, 186, 194 Rn. 133 f. – Spielervermittler-Reglement.

1218 CAS, Schiedsspruch vom 24. Juli 2023 – 2023/O/9370 Rn. 286 – PROFAA v. FIFA mit zweifelhaftem Verweis auf EuGH, Urteil vom 13. April 2000 – C-176/96, Slg. 2000, I-2681 = NZA 2000, 645, 648 Rn. 54 – Lehtonen, siehe hierzu bereits S. 248.

1219 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXI, Rn. 404 ff.

1220 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, S. 7; *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, S. 15, 22.

1221 *Bagger*, Die kartellrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Bundesligaübertragungsrechten, S. 204; *Beisenherz*; Der professionelle Sport und das europäische Kartellrecht, S. 27, 144; *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 684 Fn. 2422; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 309; *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fußballsport, S. 305; *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, S. 162 f.; *Heermann*, ZWeR 2009, 472, 481; *ders.*, NZKart 2015, Heft 12, Editorial; *ders.*, Verbandsautonomie im Sport, S. 379; *Henneberg*, Gehaltsobergrenzen im Sport, S. 233; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 115 f.; *Ianc/Bach*, NZKart 2021, 333, 336; *Klees*, EuZW 2008, 391, 394; *Kretschmer*, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport, S, 174; *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 511 f.; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 272; *Preetz*, Wettbewerbsbeschränkendes Arbeitgeberverhalten, S. 253; *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 310 f.; *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 251 f.; *Stopper*, WRP 2009, 413, 420; *Verse*, CaS 2010, 28, 33; a.A. *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 196; *Dietz*, Das Kartellrecht der Sportregeln, S. 145 ff.; *Putzier*, Kartellrechtliche Anforderungen an private Rechtssysteme im Sport, S. 236; *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 162; zweifelnd *Fischinger/Kainer*, SpoPrax 2021, 56, 58. *Heermann*, CaS 2017, 191,

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gründet, dass das Erfordernis einer Competitive Balance eine Besonderheit des Sports sei.[1222] Hierbei wird auch auf die Theorie der assoziativen Konkurrenz[1223] und die Unsicherheitshypothese[1224] Bezug genommen. Andere Autoren stellen auch auf die Verbandsautonomie ab.[1225]

Einige verweisen auf die zweifelhafte Studienlage zur Unsicherheitshypothese.[1226] Diesem Einwand wird einerseits mit einem Verweis auf eine Einschätzungsprärogative der Sportverbände begegnet,[1227] andererseits damit, dass es darauf nicht mehr ankomme, da der EuGH die Competitive Balance bereits als legitimes Ziel anerkannt habe.[1228] Andere wollen differenzieren und je nach individueller Präferenz des Publikums ein legitimes Ziel anerkennen.[1229]

Es wird weiterhin vertreten, dass die Competitive Balance für den Bestand der Liga nicht erforderlich sei, sondern allenfalls die Vermarktungsfähigkeit verbessere, sodass kein legitimes Ziel vorliege.[1230] Im Einzelfall wird

---

199 und *ders.*, WuW 2017, 312, 314 lehnt es im Fall der Zentralvermarktung von Medienrechten ab, die Kontextanalyse anzuwenden und somit die Competitive Balance als legitimes Ziel anzuerkennen.

1222 *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 115 in Anknüpfung an Art. 165 AEUV; *Kretschmer*, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport, S, 174 in Anknüpfung an *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document.

1223 *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fußballsport, S. 305; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, S. 115; *Kretschmer*, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport, S, 174.

1224 *Bagger*, Die kartellrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Bundesligaübertragungsrechten, S. 204; *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 251 f.

1225 *Heermann*, NZKart 2015, Heft 12, Editorial.

1226 *Hail*, Spitzensport im Lichte des Europäischen Kartellrechts, S. 105 ff.; *Heermann*, WRP 2018, 7, 10; *ders.*, NZKart 2022, 432, 434; *Putzier*, Kartellrechtliche Anforderungen an private Rechtssysteme im Sport, S. 63; *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 251 f.; *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 311.

1227 *Rothammer*, Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, S. 252 f.; siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. b) aa).

1228 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 684 Fn. 2422; siehe hierzu Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (i).

1229 *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 311. Dies entspricht im Ansatz auch der hier vertretenen Auffassung, siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (iv).

1230 *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 196; *Dietz*, Das Kartellrecht der Sportregeln, S. 145 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Legitimität auch dann abgesprochen, wenn wirtschaftliche Zwecke gegenüber Dritten verfolgt werden[1231] oder keine kohärente und systematische Zielverfolgung vorliegt.[1232]

Dass das Merkmal eines *gewissen* wirtschaftlichen und sportlichen Gleichgewichts weiterer Konkretisierung bedarf, wird nur vereinzelt thematisiert.[1233]

(iv) Eigener Ansatz

Ausgangspunkt ist eine objektive Bewertung ohne Beurteilungsspielraum der Sportverbände und unter Berücksichtigung der vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse aus der Sportökonomie. In juristischer Hinsicht ist entscheidend, ob die Competitive Balance eine Besonderheit des Sports ist. Dies wäre der Fall, wenn die sportliche Ausgeglichenheit tatsächlich ein relevanter Nachfragefaktor ist. Dass die Theorie der assoziativen Konkurrenz und daraus abgeleitet die Idee der Competitive Balance im Grundsatz ihre Berechtigung haben, dürfte sich kaum abstreiten lassen. Allerdings legt die theoretische Forschung zum Thema nahe, dass es Aspekte gibt, die das Zuschauerinteresse fördern, dabei aber dem Prinzip der sportlichen Ausgeglichenheit zuwiderlaufen, sodass das Optimum nicht bei vollständiger Ausgeglichenheit liegt.[1234] Auch die Auswertung der empirischen Studien zeigt, dass sich die Unsicherheitshypothese nicht ganz von der Hand weisen, aber eben auch nicht uneingeschränkt bestätigen lässt.[1235] Es ist also im Grundsatz durchaus möglich, dass ein positiver Zusammenhang zwischen sportlicher Ausgeglichenheit und dem Zuschauerinteresse besteht, dies muss jedoch nicht für jede Zuschauergruppe, jeden Betrachtungszeitraum, jede Sportart und jedes bereits vorhandenes Level an Competitive Balance zutreffen. Unter diesen ökonomischen Gesichtspunkten muss auch die rechtliche Frage der Legitimität bewertet werden: Die Gewährleistung

1231 *Heermann*, CaS 2017, 191, 199, 204; *ders.*, WuW 2017, 312, 314; *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, S. 162; siehe auch *Heermann*, NZKart 2022, 432, 434.

1232 *Heermann*, NZKart 2022, 432, 436.

1233 *Heermann*, ZWeR 2009, 472, 476; *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 517; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 268; *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 311.

1234 Hierzu Kapitel 2 C. II.

1235 Hierzu Kapitel 2 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Competitive Balance kommt demnach grundsätzlich als Besonderheit des Sports und damit legitimes Ziel in Betracht, allerdings nicht uneingeschränkt und in jeder Situation. Es lässt sich kein pauschales[1236] Urteil fällen, vielmehr ist die Legitimität jeweils im konkreten Einzelfall individuell zu bewerten. Dafür sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

Erstens muss der Sportverband darlegen, dass die Zuschauer eine Sensibilität bezüglich der sportlichen Ausgeglichenheit aufweisen, die sich in den Zuschauerzahlen niederschlägt, mithin dass die Unsicherheitshypothese gilt. Dies hat – da sich insoweit Unterschiede ergeben können – individuell nach Sportart und Region zu erfolgen, es müssen also die konkreten Zuschauer des jeweiligen Sportwettbewerbs eine solche Sensibilität aufweisen.[1237] Dieses Kriterium gilt unabhängig davon, ob man die Kontextanalyse dogmatisch als Ausprägung der Immanenztheorie oder Übertragung der Cassis-Formel einordnet: Schließlich wird man – wenn Zuschauer auf eine Änderung der sportlichen Ausgeglichenheit keine Reaktion zeigen, es sie mithin nicht interessiert – weder annehmen können, dass die Gewährleistung einer Competitive Balance in irgendeiner Weise funktionsnotwendig wäre, noch, dass sie ein zwingendes Gemeinwohlinteresse oder zumindest ein wesensgleiches Minus darstellen könnte. Es kommt also auch nicht darauf an, ob man nur wettbewerbliche Aspekte oder auch außerwettbewerbliche Aspekte berücksichtigen möchte: Wenn sich die Gültigkeit der Unsicherheitshypothese nicht bestätigen lässt, wird man in der Gewährleistung der Competitive Balance noch nicht einmal ein legitimes außerwettbewerbliches Ziel erblicken können, da – bei ausbleibender Reaktion der Fans – noch nicht einmal angenommen werden könnte, dass sportliche Ausgeglichenheit ein sozial wünschenswerter Aspekt des Sports wäre. Aber auch unabhängig von dogmatischen Überlegungen wäre es nur schwer zu erklären, ein Merkmal zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen heranziehen zu wollen, welches keinen Nutzen stiftet, nicht einmal ideeller

1236 So aber *GA Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-333/21, BeckRS 2022, 36501 Rn. 166 – European Super League Company S.L.: „*… the financial success of a competition is primarily dependent on a degree of equality between the clubs*."

1237 *Ross*, Advanced Introduction to Global Sports Law, S. 89, der diese Kriterien aber nicht dogmatisch auf der Stufe der Legitimität der Zielsetzung verortet, sondern allgemein heranzieht, um die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot zu prüfen. Ähnlich auch *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, S. 311. Auch *Heermann*, NZKart 2022, 432, 434 deutet Zweifel an, ob eine Berücksichtigung als legitimes Ziel in Betracht kommt, wenn die Unsicherheitshypothese nicht gilt.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Natur. Wird dagegen die Unsicherheitshypothese bestätigt, wird man in der Gewährleistung der Competitive Balance auch einen wettbewerblichen Aspekt sehen können, da hierdurch ein Konsumnutzen für die Zuschauer geschaffen wird und somit eine prokompetitive Wirkung vorliegt.

Wollte die UEFA, der DFB oder die DFL Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance einführen, so müssten sie nachweisen, dass die sportliche Ausgeglichenheit ein relevanter Nachfragefaktor für die europäischen Fußballzuschauer ist. Aufgrund der strukturellen Ähnlichkeiten der europäischen Fußballligen[1238] dürfte nichts dagegensprechen, zu unterstellen, dass die Präferenzen der Fußballzuschauer innerhalb von Europa ähnlich sind, sodass auch auf die Studien über die Gültigkeit der Unsicherheitshypothese in anderen europäischen Ländern zurückgegriffen werden kann. Die Studien zur Gültigkeit der Unsicherheitshypothese in Bezug auf die *mid-term* Competitive Balance im europäischen Fußball kommen zu folgendem Ergebnis: 14 Studien können die Unsicherheitshypothese bestätigen, 10 Studien können dies nicht, 11 Studien kommen zu gemischten Ergebnissen. Rechnet man diejenigen Studien heraus, die nicht nur die sportliche Ausgeglichenheit, sondern auch die Qualität berücksichtigen, kommen noch 7 Studien zu einem positiven Ergebnis, 10 Studien zu einem negativen, 6 Studien zu gemischten Ergebnissen.[1239] Auf Grundlage dieser Ergebnisse ist es ausgehend vom obigen Maßstab[1240] äußerst zweifelhaft, dass im Streitfall ein Gericht die Competitive Balance als legitimes Ziel anerkennen wird, sofern sie von einem Sportverband zur Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Praktiken herangezogen wird.[1241] Da die Sportver-

1238 Siehe aber zum problematischen Begriff des „europäischen Sportmodells" *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 575 ff.; *ders.*, SpoPrax 2022, 401; dagegen *Jakob*, SpoPrax 2023, 2.

1239 Zu den Studien siehe Kapitel 2 C. I. 2. b). Da in den Studien mit gemischten Ergebnissen *Rottmann/Seitz* (2008) und *Martins/Cró* (2018) nur diejenigen Competitive Balance-Maße ein positives Ergebnis hatten, die eine Qualitätskomponente berücksichtigten, wurden diese Studien bei Herausrechnung der Qualitätskomponente bei den Studien mit negativem Ergebnis berücksichtigt.

1240 Kapitel 4 B. VIII. 4. b) cc).

1241 Eine abschließende Bewertung bezüglich der Frage der Gültigkeit der Unsicherheitshypothese sollte den Sportökonomen überlassen werden. Allerdings ist äußerst fraglich, ob im fiktiven Fall eines Rechtsstreits (vor einem deutschen Gericht) mit der UEFA als Beklagte auch unter Zuhilfenahme eines Sachverständigengutachtens das nötige Beweismaß im Sinne des § 286 ZPO erreicht werden könnte, vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2019 – V ZR 255/17, NJW 2019, 3147, 3149, Rn. 27 – Ersitzung gestohlener Kunstwerke: *„Vielmehr darf und muss sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben*

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bände hier als Private handeln, steht ihnen kein aus dem Vorsorgeprinzip abgeleiteter Spielraum zu. Vielmehr müssten sie sich auf eine herrschende Meinung in der Wissenschaft zugunsten der Gültigkeit der Unsicherheitshypothese stützen können, die hier aber in weiter Ferne liegt. Soweit noch Unsicherheiten vorliegen, gehen diese schließlich zulasten des Privatunternehmens, welches eine Ausnahme vom Wettbewerbsrecht begehrt.[1242]

Zweitens – und das gilt unabhängig davon, ob man anders als an dieser Stelle vertreten den ersten Schritt für entbehrlich hält –[1243] muss der Sportverband darlegen, dass das gegenwärtige Niveau an Competitive Balance unterhalb dessen liegt, was zu einer Steigerung der Zuschauerzahlen erforderlich wäre. Mit anderen Worten: Es muss ausgeschlossen sein, dass das Maß an sportlicher Ausgeglichenheit bereits zur ausreichenden Befriedigung der Zuschauer ist, sondern sich die Zuschauerzahlen durch ein höheres Gleichgewicht noch steigern ließen. Denn auch wenn die Zuschauer grundsätzlich eine Affinität zur sportlichen Ausgeglichenheit aufweisen, ist damit noch nicht gesagt, dass sie immer mehr Ausgeglichenheit stets goutieren. Zum einen besteht nämlich die Möglichkeit einer Sättigung, wenn ein bestimmter Schwellenwert an Ausgeglichenheit erreicht ist, sodass sich das Zuschauerinteresse nicht mehr nennenswert steigern lässt,[1244] zum anderen drohen Kipppunkte, bei deren Überschreitung mehr Ausgeglichenheit gar zu weniger Zuschauerinteresse führt. Dies entspricht im Ansatz

brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen." Es ließe sich zwar auch argumentieren, dass die nicht unerhebliche Anzahl an Studien mit einem positiven Ergebnis zeige, dass die Unsicherheitshypothese einen wahren Kern haben müsse und sich die Studien mit einem negativen Ergebnis mit dem theoretischen Befund erklären ließen, dass ab einem gewissen Grad an Ausgeglichenheit eine Sättigung bei den Zuschauern eintritt und sich Veränderungen der Competitive Balance dann nicht in den Zuschauerzahlen niederschlagen. Dann würde allerdings viel dafür sprechen, dass die Sättigung bereits eingetreten ist und eine Steigerung der Competitive Balance keinen zusätzlichen Nutzen stiftet (zu diesem Aspekt sogleich).

1242 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. b) bb).

1243 Selbst wenn man sich auf eine qualitative Analyse beschränken, die Competitive Balance grundsätzlich als legitimes Ziel anerkennen und sich insoweit über die zweifelhafte Studienlage zur Unsicherheitshypothese hinwegsetzen wollte, so dürfte doch allgemein anerkannt sein, dass nicht jede, sondern nur eine *gewisse* sportliche Ausgeglichenheit schützenswert ist. So kommt es bereits im Urteil des EuGH in der Rechtssache Bosman zum Ausdruck, siehe insoweit Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (i). Dann gilt es aber zu klären, wie genau sich dieses *gewisse* Maß konkretisiert.

1244 Zu diesem Aspekt Kapitel 2 C. III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Rechtsprechung des District Court of Northern California in der Sache *O'Bannon v. NCAA*.[1245] In diesem Kriterium schlägt sich letztlich auch die erforderliche Konkretisierung einer *gewissen* sportlichen Ausgeglichenheit nieder.

Zugegebenermaßen dürfte sich auch dieses Kriterium in der Praxis als nicht unwesentliche Hürde erweisen, allerdings ist es letztlich unmittelbare Folge der konsequenten Berücksichtigung sportökonomischer Forschung, was schließlich dem Schutz des Wettbewerbs dient, der durch die fragliche Maßnahme eingeschränkt werden soll. Sofern Sportverbände dieses Kriterium als nicht erfüllbar ansehen oder ein zu hohes Risiko fürchten, ist es ihnen anheimgestellt, ihre Ziele in einer Weise anzustreben, die nicht den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung erfüllt, sodass ein Rückgriff auf die Kontextanalyse gar nicht erst erforderlich wäre.

Dennoch soll an dieser Stelle ein praktischer Vorschlag gemacht werden: Eine Möglichkeit wäre es, anhand der vorhandenen Daten über die Competitive Balance und der Zuschauerzahlen einen zuschauerzahlmaximierenden Optimalwert an Competitive Balance zu berechnen, der mit dem tatsächlichen Wert abgeglichen wird.[1246] Ist der letztere Wert niedriger, so wäre dieses Kriterium erfüllt. Eine andere Möglichkeit liegt in der Erstellung von Verbraucherumfragen. Dieses Mittel ist dem Wettbewerbsrecht nicht fremd, sondern wird bei der Abgrenzung des relevanten Marktes bereits eingesetzt.[1247] Es müsste durch geeignete Fragen ermittelt werden, ob das Interesse der Zuschauer bei mehr Ausgeglichenheit zunähme, hierzu kann etwa auf Fragen zur Zahlungsbereitschaft für mehr Spannung zurückgegriffen werden.[1248] Beide Ansätze weisen freilich Schwächen auf: Der berechnete Optimalwert ist anfällig für methodische Fehler, etwa wenn nicht alle relevanten Kriterien berücksichtigt werden, sodass er nicht zwangsläufig mit der Realität übereinstimmen muss. Umfragen dagegen

1245 Siehe hierzu Kapitel 3 B. IV. So auch *Ross*, Advanced Introduction to Global Sports Law, S. 89; ähnlich *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 517, der diesen Aspekt allerdings bei der Frage der Geeignetheit prüft.

1246 So etwa *Knowles/Sherony/Haupert*, The American Economist 1992, 72, 77; *Rascher*, A Test of the Optimal Positive Production Network Externality in Major League Baseball, S. 42, jeweils in Bezug auf *short-term* Competitive Balance-Maße.

1247 Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5 Rn. 41.

1248 *Pawlowski/Budzinski*, Competitive Balance and Attention Level Effects: Theoretical Considerations and Preliminary Evidence, S. 149; siehe auch den Fragebogen in *Pawlowski*, Wettbewerbsintensität im Profifußball, S. 142 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind anfällig für Manipulation – etwa durch die Auswahl der gestellten Fragen – und auch der geäußerte Wille muss nicht zwangsläufig mit dem zu beobachtenden Verhalten übereinstimmen, zudem muss die Repräsentativität sichergestellt sein. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei beiden im Grundsatz um geeignete Methoden, sich diesem Kriterium zu nähern, auch wenn sie ihre Robustheit in der Praxis noch unter Beweis stellen müssen.

In Zusammenhang mit den vorgenannten Kriterien muss auch eine Konkretisierung bezüglich des Zeitfensters (*short-*, *mid-* oder *long-term*) der angestrebten Competitive Balance erfolgen. Dies dient nicht nur der besseren Überprüfbarkeit und insoweit der Vorbeugung einer argumentativen Flexibilität,[1249] sondern bereits der Beurteilung, ob überhaupt ein legitimes Ziel verfolgt wird. Denn wie im sportökonomischen Teil dieser Untersuchung dargestellt wurde, reagieren die Zuschauer unterschiedlich auf die verschiedenen Zeithorizonte. Unter Berücksichtigung der empirischen Studien dürfte – wenn überhaupt – ohnehin nur die Verfolgung einer *mid-term* Competitive Balance erfolgversprechend sein.[1250] Bei der Frage, welche Methodik bei der Messung der Competitive Balance den Vorzug erhalten soll, sollte weniger auf eine isolierte Betrachtung durch nur ein Maß gesetzt werden, stattdessen sollte auf eine Gesamtschau zurückgegriffen werden, bei der mehrere Methoden zum Einsatz kommen, wobei die jeweiligen Schwächen angemessen zu berücksichtigen sind.[1251]

Weiterhin ist zu prüfen, ob das Ziel der Förderung der Competitive Balance auch kohärent und systematisch verfolgt wird. Hierbei sind jedoch keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn die jeweiligen Maßnahmen in sich widerspruchsfrei sind und die Regeln der Logik nicht verletzen.[1252] Ein besonderes Risiko bergen in diesem Zusammenhang Ausnahmeregelungen.[1253] Soweit andere legitime Ziele verfolgt werden, die sich nachteilig auf die Competitive Balance auswirken, führt dies

1249 *Heermann*, NZKart 2022, 432, 434. Die Gefahr, dass Betrachtungszeiträume beliebig ausgetauscht werden, dürfte allerdings überschaubar sein, da – wenn überhaupt – ohnehin nur die Verfolgung einer *mid-term* Competitive Balance erfolgversprechend ist. Das von *Heermann* gebrachte Beispiel bezieht sich auf die *long-term* Competitive Balance, deren Einfluss auf die Zuschauernachfrage gering ist und daher ohnehin eher nicht als legitimes Ziel in Betracht kommt, siehe Kapitel 2 C. I. 3. b).

1250 Siehe zu den Ergebnissen der empirischen Studien Kapitel 2 C. I. 2. b).

1251 Siehe zu den verschieden Competitive Balance-Maßen Kapitel 2 B.

1252 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (iv).

1253 EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 53 f. – API; siehe zur Problematik bei der „50+1"-Regel Kapitel 5 C. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht notwendigerweise dazu, dass ein Verstoß gegen das Kohärenzprinzip vorliegt, solange die anderen legitimen Ziele auch tatsächlich gefördert werden.[1254] Ebenso muss nicht notwendigerweise ein Verstoß gegen das Kohärenzprinzip vorliegen, wenn durch die angestrebte Maßnahme keine tatsächliche Verbesserung der Competitive Balance eintritt, auch wenn dies dann durchaus naheliegt. Denn die Competitive Balance wird durch eine Vielzahl von Faktoren beeinflusst, sodass die jeweilige Maßnahme gegebenenfalls ein weiteres Absinken verhindert. Allerdings wird in so einem Fall die Eignung der Maßnahme infrage zu stellen sein, zudem ist zu prüfen, welche Faktoren das Absinken der sportlichen Ausgeglichenheit verursachen und – soweit diese auf einer verbandsseitigen Maßnahme beruhen – welche legitimen Ziele mit ihnen verfolgt werden, um die praktische Konkordanz prüfen zu können.[1255]

Bezüglich der Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen gilt, dass es eine Maßnahme zur Förderung der Competitive Balance nicht bereits illegitim macht, dass sich der Sportverband durch das mit der höheren sportlichen Ausgeglichenheit einhergehende gesteigerte Zuschauerinteresse eine bessere Vermarktbarkeit des Sportwettkampfs erhofft. In der Gewinnsteigerung ist vielmehr ein legitimes wirtschaftliches Interesse zu sehen, wie es ein am Markt tätiges Wirtschaftsunternehmen üblicherweise aufweist.[1256] Ein unzulässiges wirtschaftliches Eigeninteresse kann dagegen dann angenommen werden, wenn die Maßnahme zur Verbesserung der Competitive Balance entweder nur vorgeschoben ist und in Wirklichkeit eigenwirtschaftliche Ziele verfolgt werden oder die eigenwirtschaftlichen Zwecke das Ziel der Steigerung der Competitive Balance überlagern.[1257] Dies kann insbesondere bei Gehaltsobergrenzen oder der Zentralvermarktung von Medienrechten problematisch sein.[1258] Wenn ein Sportverband nicht bereits ein gesamtheitliches Konzept zur Förderung der Competitive Balance verfolgt, das sich aus verschiedenen Maßnahmen zusammensetzt, und nur singulär Maßnahmen zur Steigerung der Competitive Balance einführt, liegt zwar der Verdacht einer wirtschaftlichen Zielsetzung nahe, schließt es aber gleichwohl nicht aus, dass tatsächlich legitime Zielsetzungen verfolgt werden.[1259]

1254 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) aa) (iv).
1255 A.A. wohl *Heermann*, NZKart 2022, 432, 436, der das Einsetzen einer Gegenbewegung fordert; *ders.*, Verbandsautonomie im Sport, S. 382 f.
1256 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, BeckRS 2020, 35398 Rn. 109 – ISU.
1257 *Heermann*, NZKart 2022, 432, 434.
1258 Siehe Kapitel 5 B. I. und Kapitel 5 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(v) Zwischenfazit

Die Gewährleistung einer gewissen Competitive Balance kommt grundsätzlich als eine Besonderheit des Sports als ein legitimes Ziel im Rahmen der Kontextanalyse in Betracht. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die jeweiligen Zuschauer in ihrem Nachfrageverhalten auch positiv auf eine höhere sportliche Ausgeglichenheit reagieren, zudem muss das gegenwärtige Maß an sportlicher Ausgeglichenheit unterhalb des Optimums liegen. Diese Anforderungen resultieren aus der sportökonomischen Forschung, die kein einheitliches Bild ergibt und keine pauschalen Schlüsse zulässt. Ob im europäischen Fußballsport eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Competitive Balance gegenwärtig in Betracht kommt, ist zweifelhaft.

d) Zweite Stufe: Inhärenz

Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung notwendig mit der Verfolgung des legitimen Ziels zusammenhängt (Inhärenz).[1260] Das Kriterium ist dann erfüllt, wenn ein notwendiger, natürlicher oder zwingender, untrennbarer Zusammenhang zwischen dem legitimen Ziel und der Beschränkung besteht.[1261] Die Inhärenz ist demnach eng auszulegen. Dies entspricht auch dem Verständnis des EuG in der Rechtssache *ISU*, das einen „*direct link*" zwischen legitimem Ziel und Wettbewerbsbeschränkung forderte.[1262]

In Abgrenzung zum Kriterium der Geeignetheit ist die Inhärenz deutlich strenger. Denn während für die Geeignetheit regelmäßig nur eine minimale Wirksamkeit genügt, die bereits bei einer Förderung der Zielstellung gegeben ist, muss für das Kriterium der Inhärenz ein untrennbarer, enger Notwendigkeitszusammenhang zwischen legitimem Ziel und wettbewerbsbeschränkender Maßnahme bestehen. Folglich fließt der Prüfungsschritt der Geeignetheit vollständig in die Inhärenz ein und muss nicht mehr ge-

1259 A.A *Heermann*, CaS 2017, 191, 204.

1260 EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = EuZW 2006, 593, 596 Rn. 44 f. – Meca-Medina und Majcen; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – C-136/12, EuZW 2013, 782, 785 Rn. 53 – CNG; EuGH, Urteil vom 4. September 2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864, 867 Rn. 47 – API.

1261 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 344.

1262 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 – T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610 Rn. 89, 97 – ISU.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sondert geprüft werden, die Geeignetheit stellt vielmehr ein in der Inhärenz enthaltenes „Minus" dar.[1263] In Abgrenzung zur Erforderlichkeitsprüfung geht es nicht darum, mildere Mittel zu identifizieren, mit denen sich das legitime Ziel gleichermaßen erreichen lässt. Vielmehr setzt das Kriterium voraus, dass sich das legitime Ziel nicht (und nicht „nur" gleich effektiv) erreichen lässt, ohne dass hierzu der Wettbewerb beschränkt wird.[1264] Mithin stehen das „Ob" der Verbindung sowie die Enge der Verknüpfung im Vordergrund, wobei auch hier Überschneidungen nicht auszuschließen sind.[1265]

Bei der Prüfung der Inhärenz ist die Forschung zur Analysis of Competitive Balance heranzuziehen.[1266] Nur wenn ein positiver Effekt auf die Competitive Balance durch die jeweilige Maßnahme nachgewiesen ist, kann ein untrennbarer Zusammenhang (*direct link*) zwischen Maßnahme und Wettbewerbsbeschränkung bestehen.[1267] Dabei ist der theoretischen und empirischen Forschung grundsätzlich der gleiche Stellenwert einzuräumen, da andernfalls die Einführung neuartiger Maßnahmen niemals in Betracht käme, wenn man eine empirische Untersuchung für zwingend erforderlich hielte. Alternativ müsste die Erprobung neuer Maßnahmen außerhalb des Geltungsbereichs des AEUV stattfinden. Bei der Auswertung der Studien zur Analysis of Competitive Balance ist unbedingt darauf zu achten, ob die jeweilige Maßnahme in einer Sportliga eingeführt werden soll, deren Teilnehmer sich gewinn- oder siegmaximierend verhalten. Ein Unterschied an dieser Stelle kann erhebliche Auswirkungen auf die Eignung einer Maßnahme zur Verbesserung der Competitive Balance haben.[1268]

1263 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 348. *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 406 ist ebenfalls der Ansicht, dass die Inhärenz denklogisch die Geeignetheit einer Maßnahme zur Erreichung eines legitimen Ziels voraussetze und insofern eine Überschneidung vorliege, belässt es jedoch bei einer Geeignetheitsprüfung als erste Stufe der Verhältnismäßigkeit.

1264 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 405; *Jung*, Das internationale Sportverbandsrecht im Geltungsbereich des europäischen Unions- und Assoziierungsrechts, S. 214 f.; *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, S. 316 f.

1265 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 349.

1266 Siehe hierzu Kapitel 2 D.

1267 Vgl. *Ross*, Advanced Introduction to Global Sports Law, S. 89 in Bezug auf die Geeignetheit.

1268 Zu diesem Aspekt Kapitel 2 A. IV. Diesen Aspekt vernachlässigt beispielsweise *Henneberg*, Gehaltsobergrenzen im Sport, S. 134, wenn er meint, die Umverteilung von finanziellen Ressourcen leiste keinen entscheidenden Beitrag zur Chancengleichheit, dabei auf die amerikanischen Major Leagues abstellt, die aus profitma-

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie ist aber damit umzugehen, dass es mehrere Möglichkeiten gibt, die Competitive Balance zu beeinflussen? Wenn sich die Competitive Balance aus Wettbewerbsdesign und Spielstärke zusammensetzt, wobei sich letztere wiederum aus Spielermarkt und Finanzstärke speist, so wird deutlich, dass ein Sportverband mehrere Stellschrauben hat, um auf die sportliche Ausgeglichenheit Einfluss zu nehmen.[1269] Dabei haben die Eingriffe jedoch eine unterschiedliche Intensität: Während man bei einigen Maßnahmen (insbesondere im Bereich des Wettbewerbsdesigns, etwa bei der Einführung von Playoffs) noch nicht einmal eine tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung annehmen kann,[1270] haben andere Maßnahmen (wie Gehaltsobergrenzen) besonders starke Auswirkungen auf den Wettbewerb. Daraus lässt sich jedoch nicht in jedem Fall ein Verstoß gegen das Prinzip der Inhärenz ableiten: Die verschiedenen Maßnahmen unterscheiden sich nämlich nicht nur hinsichtlich ihrer Intensität, mit der sie in den Wettbewerb eingreifen, sondern auch in ihrer Wirkungsweise auf die Competitive Balance: Maßnahmen, die auf das Wettbewerbsdesign abzielen, bewirken nämlich keine Angleichung der spielerischen Qualität, sondern erhöhen die Competitive Balance, indem sie sportliche Unterlegenheit durch einen Heimvorteil (DFB-Pokal) oder ein Zufallselement (z.B. Playoffs) ausgleichen oder durch Strukturreformen schwächere Mannschaften aus dem Wettbewerb ausschließen (oder bei Neugründungen nur die stärkeren Teams aufgenommen werden). Mithin können Wettbewerbe immer noch durch ein hohes Ausmaß an sportlicher Unausgeglichenheit geprägt sein, auch wenn – je nach Maß – die gemessene Competitive Balance steigt. Wenn beispielsweise die Bundesliga um ein Playoff-System ergänzt würde, in dem nach Ablauf der regulären Saison die besten vier Mannschaften im Turniermodus die Meisterschaft ausspielen, würde dies zwar aufgrund des höheren Zufallsfaktors die Unsicherheit über den Ausgang der Meisterschaft vergrößern, allerdings änderte sich nichts an der Dominanz des FC Bayern in der regulären Saison.[1271] Auch eine Neustrukturierung bringt Probleme mit sich, da – um in der Bundesliga zu bleiben – der FC Bayern die letzten Jahre bereits „in seiner eigenen Liga" spielte, also den Konkurrenten in sportlicher Hinsicht weit enteilt ist. Eine Reduzierung der Bundesliga auf 10 Teilnehmer

ximierenden Teams bestehen, und diese Wertung auf europäische Sportligen, die aus siegmaximierenden Teams bestehen, übertragen möchte.

1269 Siehe hierzu Kapitel 2 D. VIII.

1270 Siehe hierzu Kapitel 5 A.

1271 Vgl. *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fußballsport, S. 341.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würde daran nichts ändern und das Titelrennen nicht spannender gestalten, sondern allenfalls die ligaweite Gesamtausgeglichenheit erhöhen.[1272] Aus diesem Grund sollte daher die Konsequenz lauten, dass Maßnahmen zur Steigerung der Competitive Balance, die auf das Wettbewerbsdesign abzielen, aus Gründen der Inhärenz nicht prinzipiell Vorrang eingeräumt werden muss, auch wenn diese Maßnahmen tendenziell wettbewerbsschonender sind. Vielmehr ist nach der jeweiligen Komponente der Competitive Balance zu differenzieren: Maßnahmen, die auf das Wettbewerbsdesign abzielen, müssen sich an anderen Maßnahmen messen lassen, die ebenfalls auf das Wettbewerbsdesign abzielen. Gleiches gilt für Maßnahmen, die bei der Spielstärke ansetzen, sei es durch Regulierung des Spielermarktes oder durch die Zuweisung finanzieller Ressourcen.

Während bei Maßnahmen zum Wettbewerbsdesign nur im Ausnahmefall eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen ist, wird dies bei Maßnahmen, die an die sportliche Qualität anknüpfen, stets der Fall sein, sodass das Inhärenzkriterium dort erfüllt wäre. Das muss gleichwohl nicht bedeuten, dass die Inhärenz bei wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Maßnahme, die an das Wettbewerbsdesign anknüpft, entfiele, da sich die Qualität und Wirkungsweise solcher Maßnahmen durchaus voneinander unterscheiden können.

e) Dritte Stufe: Verhältnismäßigkeit

Die dritte Stufe, die Verhältnismäßigkeitsprüfung, lässt sich in drei Unterkategorien unterteilen: Die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[1273] Wenn man dagegen die Geeignetheit als „Minus" zur Inhärenz betrachtet, verbleibt es bei der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[1274]

Die Erforderlichkeitsprüfung, d.h. die Prüfung auf mildere, gleich effektive Mittel, kann unterteilt werden in die Suche nach möglichen Alternativmaßnahmen, die Geeignetheit der vorgeschlagenen Alternativmaßnahme, den Vergleich der Wirkungsgrade und den Vergleich der Eingriffsintensi-

1272 Zur Bedeutung eines spannenden Meisterschaftsrennens und sogenannten *Attention Level Effects* siehe Kapitel 2 C. III. 3.

1273 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 407 ff.; *Podszun*, NZKart 2022, 181, 185.

1274 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 358 f.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tät.[1275] Bei einer multipolaren Interessenlage, die vorliegt, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung auf nicht verbandsgebundene Dritte auswirkt, ist das öffentliche Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb stellvertretend für die Gesamtbelastung aller Marktteilnehmer zur Beurteilung der Eingriffsintensität heranzuziehen. Auf diese Weise kann die Eingriffsintensität anhand eines Merkmals strukturiert erfasst werden, anstatt eine unbestimmte Anzahl an Einzelinteressen einander gegenüberzustellen.[1276]

Als mildere Mittel kommen grundsätzlich alle bekannten Maßnahmen zur Förderung der Competitive Balance in Betracht, sofern die Maßnahmen auch – unter Berücksichtigung der Maxime (Gewinn- oder Siegmaximierung) der jeweiligen Ligateilnehmer – dazu geeignet sind. Bei dem Vergleich der Wirkungsgrade ist jedoch zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Maßnahmen nur auf zwei Komponenten Einfluss nehmen können, aus der sich die Competitive Balance zusammensetzt: Das Wettbewerbsdesign und die sportliche Qualität. Wie bereits dargelegt sind zwar beide Komponenten dazu geeignet, die Competitive Balance zu beeinflussen, tun dies jedoch auf sehr unterschiedliche Weise, sodass nicht von einem Gleichlauf der Wirkungsgrade gesprochen werden kann. Deshalb wird auch an dieser Stelle dafür plädiert, zwischen Maßnahmen, die sich auf das Wettbewerbsdesign einerseits und auf die sportliche Qualität andererseits auswirken, zu trennen.[1277] Ein Vergleich zwischen Maßnahmen, die beide auf die gleiche Komponente der Competitive Balance einwirken, ist dagegen nicht ohne weiteres möglich, sodass von der gleichen Effektivität auszugehen ist, sofern die prinzipielle Eignung zur Verbesserung der Competitive Balance feststeht. Bei dem Vergleich der Eingriffsintensität ist zu berücksichtigen, dass je nach Maßnahme unterschiedliche Märkte betroffen sein können (bspw. Betrifft eine Gehaltsobergrenze den Markt für die Arbeitsleistung von Profifußballern, die „50+1"-Regel dagegen den Markt für die Beteiligung an professionellen Fußballclubs), was schwierige Abwägungsfragen mit sich bringen kann.[1278]

Zuletzt wird die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) geprüft. Hierbei werden die legitimen Ziele zur Wettbewerbsbeschrän-

1275 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 756 ff.; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 409; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 359 ff.

1276 *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 363 f.

1277 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. d).

1278 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 413.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kung ins Verhältnis gesetzt und gegeneinander abgewogen. Es ist zu prüfen, ob der durch die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme entstehende Nachteil für das Unionsinteresse an einem unverfälschten Wettbewerb außer Verhältnis steht zu dem Vorteil, der hierdurch bei der Verfolgung der legitimen Verbandsinteressen entsteht.[1279] Hierbei ist auf die Je-Desto-Formel zurückzugreifen: Je stärker die Auswirkungen auf den Wettbewerb, desto stärker müssen sie durch die mit der Verfolgung der legitimen Ziele einhergehenden Vorteile kompensiert werden.[1280] Dabei kann speziell in Bezug auf die Gewährleistung einer Competitive Balance berücksichtigt werden, wie ausgeprägt das Verlangen der Zuschauer an ausgeglichenen Wettbewerben ist (erste Stufe des legitimen Ziels), mit anderen Worten wie deutlich die jeweiligen Studien einen Zusammenhang zwischen Competitive Balance und Zuschauerinteresse attestieren können. Dies betrifft einerseits das statistische Signifikanzniveau des jeweiligen Competitive-Balance-Maßes, andererseits dessen Einfluss im Vergleich zu anderen Faktoren auf die abhängige Variable des Zuschauerinteresses.[1281] Hinsichtlich der zweiten Stufe des legitimen Ziels gilt, dass eine Maßnahme eher verhältnismäßig ist, je weiter die tatsächlich vorhandene Competitive Balance unterhalb des Optimums liegt, und wie hoch etwa die Zahlungsbereitschaft der Zuschauer für eine höhere Spannung ist.

5. Zwischenfazit

Die Kontextanalyse bietet einen Rahmen, den sportlichen Besonderheiten im Kartellrecht angemessen Rechnung zu tragen, wobei auch außerwettbewerbliche Zielsetzungen zu berücksichtigen sind. Die Kontextanalyse wurde vom EuGH in der Rechtssache *Wouters* erstmals angewandt und gehört nunmehr zur ständigen Rechtsprechung, wobei sich der dogmatische Ursprung noch nicht zweifelsfrei bestimmen lässt. Daraus resultieren Schwierigkeiten, legitime Zielsetzungen zu bestimmen. Im Bereich des Sports, wo der EuGH die Kontextanalyse in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* zur Anwendung gebracht hat, gilt dies nur eingeschränkt, da legitime Zielsetzungen regelmäßig in den Besonderheiten des Sports wurzeln.

1279 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 777 f.; *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 418. Zum methodischen Vorgehen bei der Angemessenheitsprüfung siehe *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 376 ff.

1280 *Becker*, NZKart 2022, 379, 381; *Podszun*, NZKart 2022, 181, 185.

1281 Siehe zum methodischen Vorgehen bei den Studien zur Unsicherheitshypothese S. 60 f.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Voraussetzungen der Kontextanalyse sind zum Schutze des Wettbewerbs eng auszulegen, die Bestimmung hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Ein Beurteilungsspielraum oder gar eine Einschätzungsprärogative zugunsten der Sportverbände besteht nicht. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt den Sportverbänden. Wissenschaftliche Erkenntnisse sind – soweit vorhanden – auch bei der Bestimmung des legitimen Ziels heranzuziehen.

Die Gewährleistung einer gewissen Competitive Balance kommt grundsätzlich als legitimes Ziel im Rahmen der Kontextanalyse in Betracht, mit der sich Wettbewerbsbeschränkungen durch Sportverbände rechtfertigen lassen. Dabei ist der sportökonomischen Forschung zum Thema jedoch angemessen Rechnung zu tragen. Insbesondere muss erstens die Unsicherheitshypothese in Bezug auf das konkrete Publikum gelten, zweitens muss das tatsächliche Level an Competitive Balance unterhalb des Optimums liegen, sodass auch tatsächlich mit einer Erhöhung der Zuschauerzahlen zu rechnen ist. Drittens muss die jeweilige Maßnahme nachgewiesenermaßen dazu geeignet sein, die Competitive Balance in dem jeweiligen Wettbewerb zu erhöhen. Es ist ferner bei der Prüfung der Inhärenz und Erforderlichkeit zu beachten, dass sich die Competitive Balance aus zwei Komponenten (Wettbewerbsdesign und sportliche Qualität) zusammensetzt, die unterschiedlich wirken. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist schließlich zu berücksichtigen, wie stark das Verlangen der Zuschauer nach ausgeglicheneren Wettbewerben im Verhältnis zur Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist.

Die bis hierhin gemachten Vorschläge geben den Rahmen vor, in dem die sportökonomischen Forschungsergebnisse zum Thema Competitive Balance bei der juristischen Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt und dogmatisch verortet werden können. Ob in der Praxis aber tatsächlich jemals allen Prüfungsstufen standgehalten und die Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer Verbesserung der Competitive Balance letztlich gebilligt werden könnte, ist fraglich: Das Beispiel des europäischen Fußballsports zeigt, dass bereits der zweifelsfreie Nachweis der Gültigkeit der Unsicherheitshypothese die Sportverbände vor eine nicht unerhebliche Herausforderung stellt, sodass dort noch nicht einmal ein legitimes Ziel angenommen werden könnte.[1282] Auch im weiteren Prüfungsverlauf werden hohe Maßstäbe an die Konkretisierung der angestrebten

1282 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (iv).

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Competitive Balance gestellt. Dieses Beispiel zeigt, dass die Kontextanalyse weit mehr ist als eine bloße Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern vielmehr ein engmaschiges Netz an mitunter hohen Voraussetzungen darstellt.[1283] Dies entkräftet zugleich auch die Befürchtung, der Wettbewerbsschutz werde durch die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange in bedenklicher Weise aufgeweicht.[1284]

C. Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

Eine Ausnahme vom Kartellverbot kommt freilich nicht nur unter den ungeschriebenen Voraussetzungen der Kontextanalyse in Betracht, sondern auch aufgrund der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV.

I. Verhältnis der Kontextanalyse zur Freistellung

Bezüglich der parallelen Anwendbarkeit von Kontextanalyse und Freistellung wurden zuletzt in Rechtsprechung und Literatur Zweifel erhoben.[1285] Allerdings hat der EuGH in der Rechtssache *OTOC* ohne Weiteres beide Figuren herangezogen, ohne solche Zweifel auch nur anzusprechen. Dabei hat er die Kontextanalyse zuerst geprüft und sodann im Rahmen der Freistellung auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen, wobei er die Freistellung aus den gleichen Gründen ablehnte: Da die streitgegenständliche Vereinbarung die Möglichkeit eröffne, für einen wesentlichen Teil der Fortbildungsdienstleistungen für geprüfte Buchhalter den Wettbewerb auszuschalten und dies nicht erforderlich sei, um die Qualität der von den geprüften Buchhaltern angebotenen Dienstleistungen sicherzustellen, komme auch keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.[1286] Auch die Kommission geht von der parallelen Anwendbarkeit aus.[1287] Ebenso hat sich kürzlich Generalanwalt *Rantos* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *ISU* dafür ausgesprochen.[1288]

1283 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 432.
1284 *Fuchs*, ZWeR 2007, 269, 383 f.
1285 Siehe zum Streitstand *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 436 ff. m.w.N.; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH, S. 403 ff. m.w.N.
1286 EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 102 f. – OTOC.
1287 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Annex I Ziff. 2.1.6.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Verbesserung der Warenerzeugung

Die erste Voraussetzung ist die Verbesserung der Warenerzeugung oder der Warenverteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts. Dies meint unter dem Blickwinkel des Gemeinwohls tatsächlich spürbare objektive Vorteile, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen.[1289] Diese Frage ist anhand der von dem Unternehmen vorgebrachten Sachargumente und Beweise zu prüfen, wobei eine solche Prüfung eine Berücksichtigung der Merkmale und etwaigen Besonderheiten der von der Vereinbarung betroffenen Branche erfordern kann, wenn diese Merkmale und Besonderheiten für das Ergebnis der Prüfung entscheidend sind.[1290] Die Vorteile müssen wirtschaftlicher Art sein.[1291] Anerkannt ist, dass die Verbesserung der Warenerzeugung qualitativer Art sein kann, etwa durch eine Verbesserung des Produktes.[1292]

Die Kommission zeigte in der Entscheidung *UEFA Champions League* Verständnis für das Bedürfnis nach einer Competitive Balance, da sie zu besseren und spannenderen Spielen führe und dadurch den Wert der Medienrechte erhöhe. Allerdings war dieses Argument nicht mehr entscheidungserheblich, sodass die Frage schließlich offengelassen wurde.[1293] Im Weißbuch Sport vertritt die Kommission die Auffassung, dass die Beson-

1288 GA *Rantos*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 – C-124/21 P, BeckRS 2022, 36245 Rn. 43 u. Fn. 12 – ISU unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 101–103 – OTOC.

1289 EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966 – Rs. 56/64, Slg. 1966, 322, 396 f. – Consten und Grundig; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = GRUR Int 2010, 509, 515 Rn. 92 – GlaxoSmithKline; EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 234 – MasterCard.

1290 EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = GRUR Int 2010, 509, 516 Rn. 102 f. – GlaxoSmithKline; EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 235 f. – MasterCard.

1291 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 59; zum Meinungsstand bezüglich der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele siehe *Nordemann/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 55 ff.

1292 *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 153; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 14 Rn. 44 mit Nachweisen aus der Kommissionspraxis; *Nordemann/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 25.

1293 Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003 – COMP/C.2-37/398, ABl. L 291/25 Rn. 164–167 – UEFA Champions League.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

derheiten des Sports bei der Anwendung des EU-Rechts zu berücksichtigen seien.[1294] In der Literatur wird in der Förderung der Competitive Balance überwiegend eine Verbesserung der Warenerzeugung gesehen oder zumindest erwogen.[1295] *Breuer* will die Berücksichtigung davon abhängig machen, dass sich die Vermarktungsmöglichkeiten verbessern.[1296]

Unter Berücksichtigung der sportspezifischen Besonderheiten wirtschaftlicher[1297] Art wird ein objektiver Vorteil für die Warenerzeugung aufgrund verbesserter Competitive Balance nur unter den gleichen Voraussetzungen in Betracht kommen, die schon im Rahmen der Kontextanalyse

1294 *Europäische Kommission*, Weißbuch Sport, Ziff. 4.1.

1295 *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, S. 355; *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fußballsport, S. 212 Fn. 992; *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, S. 446; *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, S. 163; *Heermann*, CaS 2017, 191, 204; *ders.*, WRP 2018, 7, 11 Rn. 31; *ders.*, Verbandsautonomie im Sport, S. 914; *Henneberg*, Gehaltsobergrenzen im Sport, S. 235; *Mentzel*, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, S. 226; *Podszun*, NZKart 2021, 138, 145; *Schaefer*, Die Vereinbarkeit der ‚50+1'-Regel mit dem Europarecht, S. 142; *Schopf*, Salary Caps vs. Kartellrecht, S. 69; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht, S. 176; *ders.*, Mehr sportlicher Wettbewerb durch begrenzte Umverteilung, S. 159; *Schürnbrand*, ZWeR 2005, 396, 410; wohl auch *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 489; a.A. *Fischinger/Kainer*, SpoPrax 2021, 56, 60; *Preetz*, Wettbewerbsbeschränkendes Arbeitgeberverhalten, S. 243; *Putzier*, Kartellrechtliche Anforderungen an private Rechtssysteme im Sport, S. 112; *Sauer*, SpurRt 2004, 93, 96; *Weng*, Die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten durch nationale und internationale Fußballverbände im Lichte neuester Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 150. Die portugiesische Kartellbehörde sieht in der Competitive Balance gar eine Verschlechterung des Produkts, da durch den geringeren Grad der sportlichen Differenzierung die Qualität des Wettbewerbs sinke, Autoridade de Concorrência, Empfehlung vom 26. Juni 2020 – EPR/2020/19 Rn. 12. Im Einklang mit der überwiegenden Literaturmeinung vertrat zuletzt auch das LG Dortmund, dass die Competitive Balance im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV anzuerkennen sei, LG Dortmund, Urteil vom 24. Mai 2023 – 8 O 1/23 (Kart), GRUR-RS 2023, 11204 Rn. 121 – FIFA-Fußball-Spielervermittler-Reglements.

1296 *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 429; so auch *Dietz*, Das Kartellrecht der Sportregeln, S. 217; ähnlich *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 249 f., der auf die verbesserte Spannung abstellt.

1297 Auch wenn man nicht-wirtschaftliche Ziele als Effizienzgewinn anerkennen möchte, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Denn wenn die Unsicherheitshypothese nicht gilt, Zuschauer mithin kein Interesse an ausgeglicheneren Wettbewerben haben, kann noch nicht einmal von einer sozial erwünschten Form des Sportwettbewerbs gesprochen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gelten: Erstens muss das jeweilige Publikum überhaupt eine Sensibilität bezüglich sportlicher Ausgeglichenheit aufweisen, mithin muss die Unsicherheitshypothese gelten, zweitens muss das gegenwärtige Niveau an Competitive Balance unterhalb des Optimums liegen, sodass sich das Zuschauerinteresse überhaupt noch steigern lässt, und drittens muss die jeweilige Maßnahme auch geeignet sein, die Competitive Balance zu erhöhen. Die sportökonomische Forschung zur Unsicherheitshypothese und zur Analysis of Competitive Balance ist in diesem Prüfungspunkt also gleichermaßen heranzuziehen.[1298] Zusammengefasst wäre der objektive wirtschaftliche Vorteil darin zu sehen, dass durch die konkrete Maßnahme die sportliche Ausgeglichenheit und damit die Spannung auf ein Maß erhöht werden, das sich positiv auf die Zuschauernachfrage auswirkt und somit eine Produktverbesserung darstellt. Ob diese strengen Voraussetzungen jedoch in der Praxis erfüllt werden können, ist zweifelhaft.

III. Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Weiter setzt Art. 101 Abs. 3 AEUV voraus, dass die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt werden. Der Verbraucherbegriff wird weit verstanden und meint nicht nur den Endverbraucher, sondern Abnehmer auf allen Handelsstufen, mithin die gesamte Marktgegenseite.[1299]

Nach der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union soll es nicht erforderlich sein, dass sich die Vorteile auch in demjenigen Markt einstellen, in dem die Beschränkung wirkt, es sollen vielmehr auch die Vorteile berücksichtigt werden, die in anderen Märkten realisiert werden, da eine Verknüpfung der Vorteile zum relevanten Markt nicht vom Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorausgesetzt werde.[1300] Allerdings hatten beide

1298 Siehe Kapitel 4 B. VIII. 4. c) bb) (iv) und Kapitel 4 B. VIII. 4. e). A.A. offenbar *Cukurov*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball, S. 249 ff. der nur prüft, ob durch die jeweilige Maßnahme eine Verbesserung der Competitive Balance eintritt. Die vorgelagerte Frage, ob und wie diese das Zuschauerinteresse beeinflusst, bleibt dabei außenvor. Vielmehr wird in seiner Untersuchung (S. 64) die Gültigkeit der Unsicherheitshypothese unterstellt.

1299 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 84; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 231; *Nordemann/Nyberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 46.

1300 EuG, Urteil vom 28. Februar 2002 – T-86/95, Slg. 2002, II-1011 Rn. 343 – Compagnie générale maritime; EuG, Urteil vom 19. März 2003 – T-213/00, Slg. 2003, II-913 = BeckRS 2003, 70135 Rn. 227 – CMA CGM.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Urteile des EuG die Besonderheit, dass zwar verschiedene Märkte, letztlich jedoch die gleichen Verbraucher betroffen waren.[1301] Es spricht daher viel für den Ansatz der Kommission, dass die Vor- und Nachteile regelmäßig auf demselben relevanten Markt vorliegen müssen.[1302] In der Rechtssache *MasterCard*[1303] verlangte der EuGH „*spürbare objektive Vorteile auf dem relevanten Markt*". Vorteile, die allein auf dem Markt der Karteninhaber entstanden, während auf dem Händlermarkt keine Vorteile gesehen wurden, genügten demnach nicht.[1304]

Die Vorteile müssen indes unmittelbar aus der Vereinbarung herrühren. Es genügt nicht, dass allein die Möglichkeit besteht, dass aufgrund höherer Gewinne mehr Ressourcen für Investitionen zur Verfügung stehen. Stattdessen muss ein direkter Zusammenhang bestehen.[1305] Der Begriff des Gewinns umfasst alle quantitativen wie qualitativen Vorteile, wobei die Vorteile und Nachteile der jeweiligen Vereinbarung in einer Gesamtbilanz gegenüberzustellen sind. Die Beteiligung der Verbraucher ist dann angemessen, wenn zumindest die Nachteile aufgewogen werden.[1306]

In Bezug auf Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance ist zu beachten, dass die Restriktionen regelmäßig auf anderen Märkten stattfinden als den Märkten, auf denen die Verbesserung eintritt. So wird beispielsweise der Spielermarkt durch Transferrestriktionen oder eine Ge-

1301 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Fn. 57.

1302 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 43 u. Fn. 57; so auch *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 494. *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 232 meint, der Meinungsunterschied zwischen EuG und Kommission dürfe nicht überschätzt werden.

1303 EuGH, Urteil vom 11. September 2014 – C-382/12 P, BeckRS 2014, 81847 Rn. 242 – MasterCard.

1304 *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEUV Art. 101 Abs. 3, Rn. 233. Zur Kritik an der Rechtsprechung des EuGH siehe *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, S. 391 ff. Der Kritik ist insoweit zuzustimmen, dass das enge Verständnis des EuGH nicht dazu führen darf, dass die Marktabgrenzung unangemessen weit vorgenommen wird, um sachgerechte Ergebnisse herbeizuführen, siehe hierzu bereits Kapitel 4 B. II. In der Regel ist der Ansatz des EuGH jedoch interessengerecht.

1305 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 54.

1306 *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEHV Art. 101 Abs. 3, Rn. 235, 247, 254; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV Art. 101 Rn. 314, 316.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haltsobergrenze beschränkt, wobei die Produktverbesserung – wenn überhaupt – auf dem Absatzmarkt eintritt.[1307] Nur mittelbar kann durch eine mit einem erhöhten Zuschauerinteresse einhergehende Umsatzsteigerung auch der Spielermarkt profitieren. Derartige mittelbare Wirkungen sind allerdings mit einer erheblichen Unsicherheit behaftet und genügen daher nicht. Etwaige Vorteile für Zuschauer durch die Erhöhung der Competitive Balance können dagegen die Nachteile auf den anderen Märkten, auf denen die Beschränkung wirkt, nicht aufwiegen. Mithin fehlt es in Bezug auf Maßnahmen zur Förderung der Competitive Balance regelmäßig an der angemessenen Beteiligung der Verbraucher.[1308] Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Maßnahme lediglich zulasten der Vereine geht (etwa durch isolierte Umverteilungsinstrumente), die dann aber unmittelbar von einem erhöhten Zuschauerinteresse profitieren.[1309]

1307 Allenfalls ließe sich argumentieren, dass eine Maßnahme als Nebeneffekt eine positive Auswirkung auf den beschränkten Markt hat, bspw. im Fall einer Gehaltsobergrenze die finanzielle Stabilität der Liga und somit die erhöhte Jobsicherheit für die Spieler, hierzu kritisch *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 496.

1308 *Mertens*, Gehaltsobergrenzen im Berufssport in den USA und Europa, S. 494. Anders als in dem von *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, S. 393 ff. diskutierten Fall gehen von Profisportlern keine Beschränkungen zulasten der Zuschauer aus, sodass *Haugs* großzügiger Ansatz hier nicht erforderlich ist, um ein billiges Ergebnis zu erzielen. Es wäre sogar im Gegenteil nicht einzusehen, Wettbewerbsbeschränkungen einseitig zulasten der Sportler und zugunsten der Zuschauer hinzunehmen, ohne dass die Sportler in irgendeiner Form kompensiert werden. In dem von ihm diskutierten Fall der Gründung einer europäischen Super League erkennt *Haug* keine Effizienzvorteile zugunsten der nicht an der Gründung beteiligten Fußballvereine, sodass seine Auffassung vermutlich von dem Bedürfnis getrieben ist, doch noch zu einer Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu kommen, S. 393. Allerdings hat die Kommission anerkannt, dass abhängig von der gegenwärtigen Struktur des jeweiligen Marktes die Schaffung eines neuen Wettbewerbers einen objektiven Vorteil im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen kann, Europäische Kommission, Entscheidung vom 13. Juli 1983 – IV. 30.437, ABl. 1983 L 224/19 = GRUR Int 1984, 427, 430 – Rockwell/Iveco. Mithin müsste man nicht auf die von *Haug* vertretene extensive Auslegung zurückgreifen, wenn man argumentiert, dass die Gründung einer Super League und die damit verbundene Wettbewerbsbelebung einen objektiven Vorteil darstellen. Hiervon würden auch die nicht an der Gründung beteiligten Vereine profitieren, da zu erwarten ist, dass durch das Aufbrechen der verkrusteten Marktstrukturen auch die etablierten Sportverbände Reformen durchführen werden, um ein Abwandern weiterer Vereine zu verhindern.

1309 Zu diesem Aspekt Kapitel 5 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Unerlässlichkeit

Weiterhin dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der übrigen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht unerlässlich sind. Der Begriff der Unerlässlichkeit bedeutet dabei mehr als lediglich die Eignung. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die angestrebten Vorteile sich auf andere Weise entweder überhaupt nicht oder nicht in demselben Ausmaß, innerhalb desselben Zeitraums oder mit derselben Sicherheit herbeiführen lassen.[1310]

Inhaltlich ist eine Parallele zum Inhärenzkriterium erkennbar. So überrascht es nicht, dass der EuGH in der Rechtssache OTOC die Unerlässlichkeit mit einem Verweis auf seine zuvor erfolgte Argumentation im Rahmen der Kontextanalyse ablehnte, auch wenn er dort das Tatbestandsmerkmal der Inhärenz nicht ausdrücklich angesprochen hat.[1311]

V. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Schließlich dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Dieses Merkmal hat den Zweck, einen funktionsfähigen Wettbewerb zu erhalten, der dazu in der Lage ist, seine elementare Steuerungs- und Koordinierungsfunktion zu erfüllen.[1312] Inhaltlich ist der verbleibende Wettbewerb relevant, der noch zwischen den Beteiligten der Vereinbarung besteht (Innenwettbewerb) sowie zwischen den an der Vereinbarung unbeteiligten Dritten (Außenwettbewerb) besteht.[1313] Den Marktanteilen kommt dabei besondere Bedeutung zu.[1314]

1310 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 73 ff.; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV Art. 101 Rn. 323 mit Nachweisen der Kommissionspraxis.

1311 EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 Rn. 103 – OTOC.

1312 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 149.

1313 *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 1, AEHV Art. 101 Abs. 3, Rn. 288; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV Art. 101 Rn. 336.

1314 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VI. Zwischenfazit

Auch im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV können die sportspezifischen Besonderheiten berücksichtigt werden, wobei hier in Bezug auf die Competitive Balance neben die strengen Anforderungen, die sich aus der sportökonomischen Forschung ergeben und auch bei der Kontextanalyse zu berücksichtigen sind, weitere Anforderungen hinzutreten. So könnte man in der Förderung der Competitive Balance zwar grundsätzlich eine Verbesserung der Warenerzeugung erblicken, allerdings wird eine Freistellung – da hinsichtlich Beschränkung und Vorteil in der Regel unterschiedliche Märkte betroffen sind – regelmäßig an der angemessenen Beteiligung der Verbraucher scheitern.

D. Art. 102 AEUV

Einen in der sportkartellrechtlichen Fallpraxis und wissenschaftlichen Diskussion meist untergeordneten Aspekt nimmt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV ein. Gleichwohl sollen dessen Voraussetzungen nachfolgendend knapp dargestellt werden, da Maßnahmen zur Förderung der Competitive Balance auch diesen Tatbestand erfüllen können.

I. Tatbestandsvoraussetzungen

Art. 102 AEUV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Adressat des Missbrauchsverbots sind Unternehmen, der Unternehmensbegriff entspricht dem des Art. 101 Abs. 1 AUEV.[1315] Bei der Prüfung einer beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt[1316] stellen die Marktanteile ein wichtiges Kriterium dar. Als Richtwert kann bei einem Marktanteil von deutlich über 40% von einer beherrschenden Stellung ausgegangen werden, zwischen 25% und 40% bedarf es zusätzlich eines entsprechenden Abstandes zum nächst-

1315 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 203; siehe hierzu Kapitel 4 B. I.
1316 Hierzu Kapitel 4 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liegenden Wettbewerber. Unterhalb von 25% ist die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig fernliegend.[1317] Weiterhin müssen die Kriterien der Zwischenstaatlichkeit und der Spürbarkeit vorliegen.[1318] Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei dem Missbrauch um einen objektiven Begriff, der solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsteilnehmer abweichen.[1319] Neben den im Art. 102 AEUV exemplarisch aufgeführten Fällen des Missbrauchs haben sich eine Reihe von Fallgruppen herausgebildet, zu denen unter anderem der Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch zählen.[1320]

II. Anwendbarkeit der Kontextanalyse

Die Besonderheiten des Sports lassen sich auch im Rahmen des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV mithilfe der Kontextanalyse berücksichtigen. Dies entspricht der Auffassung der Europäischen Kommission,[1321] des Bundeskartellamts[1322] und nicht zuletzt einer verbreiteten Literaturmeinung.[1323]

1317 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 124; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 102 Rn. 91 ff.; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 215 f.

1318 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 267 f.; siehe hierzu Kapitel 4 B. V. und Kapitel 4 B. VI.

1319 EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 = BeckRS 2004, 73814 Rn. 91 – Hoffmann-La Roche; EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991 – 62/86, Slg. 1991, I-3359 = BeckRS 2004, 73453 Rn. 69 – AKZO Chemie; EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 – C-457/10 P, NZKart 2013, 113, 114 Rn. 74 – AstraZeneca.

1320 *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 462; für eine Übersicht siehe *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, AEUV Art. 102 Rn. 168 ff.

1321 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Ziff. 3.4. lit. b); Annex I Ziff. 2.1.2.

1322 BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019 – B2-26/17, BeckRS 2019, 4347 Rn. 92 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

1323 Stellvertretend *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, S. 475 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Zwischenfazit

Aufgrund der im Bereich des Sports häufig zu beobachtenden Konzentrationstendenzen[1324] können Sportverbände regelmäßig als marktbeherrschend eingestuft werden, sodass sich ihr Verhalten auch am Maßstab des Art. 102 AEUV messen lassen muss. Die Kontextanalyse findet gleichwohl Anwendung, sodass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit des relevanten Verhaltens die Besonderheiten des Sports angemessen berücksichtigt werden können.

E. Zusammenfassung und Zwischenfazit

Das vorangegangene Kapitel hat die Voraussetzungen des europäischen Kartell- und Missbrauchsverbots im Hinblick auf die Besonderheiten der Sportbranche dargestellt und dabei untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Maßnahmen zur Förderung der Competitive Balance mit dem europäischen Kartellrecht vereinbar sind. Soweit Sportverbände wirtschaftlich tätig sind, findet das Kartellrecht auf sie Anwendung, sodass Beschlüsse, die Maßnahmen zur Verbesserung der Competitive Balance zum Gegenstand haben, grundsätzlich den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen können. Jedoch besteht die Möglichkeit, die Besonderheiten des Sports im Rahmen der Kontextanalyse zu berücksichtigen, deren dogmatische Herkunft nicht zweifelsfrei geklärt ist. Jedenfalls kommt die Förderung der Competitive Balance als eine Besonderheit des Sports nur dann als legitimes Ziel in Betracht, wenn das jeweilige Publikum auch tatsächlich ein Interesse an einem unsicheren Wettbewerb aufweist und das gegenwärtige Maß an Competitive Balance unterhalb das Optimums liegt, sodass das Zuschauerinteresse noch gesteigert werden kann. Ferner muss die jeweilige Maßnahme zur Förderung der Competitive Balance auch tatsächlich geeignet sein. Die vorgenannten Voraussetzungen sind dabei jeweils von den Sportverbänden zu belegen, wobei die sportökonomische Forschung heranzuziehen ist. Dass diese Voraussetzungen im europäischen Fußballsport gegenwärtig erfüllt werden könnten, ist zweifelhaft. Im Rahmen der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt die verbesserte Competitive Balance zwar grundsätzlich als Effizienzvorteil in Betracht, allerdings tritt dieser Effizienzvorteil regelmäßig in einem anderen Markt auf als in

1324 Siehe Kapitel 2 A. III.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

demjenigen Markt, der beschränkt wird, sodass das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Beteiligung der Verbraucher regelmäßig nicht erfüllt wird. Im Rahmen des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV kann die Kontextanalyse ebenso herangezogen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748919230-175, am 04.08.2024, 04:54:52
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb