VI. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 101 Abs. 1 AEUV

1. Vorüberlegungen: Sport ohne oder mit Kartellrecht?

Wer sich wissenschaftlich mit dem Sportrecht beschäftigt und – wie der *Verfasser* – zugleich schon seit Langem der Faszination des Wettbewerbsrechts erlegen ist, wird unweigerlich von den Schnittmengen dieser beiden Rechtsgebiete magisch angezogen. Wer sodann zugleich vor rechtsvergleichenden Studien nicht zurückschreckt, wird alsbald erkennen, dass die U.S.-amerikanische Judikatur sich schon vor einem Jahrhundert mit der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf den Ligasport beschäftigt hatte.[1] Ebenso wie auf deutscher und europäischer Ebene seit den 1990er Jahren bemühen sich Sportligen und Sportverbände in den Vereinigten Staaten – allerdings schon viele Jahrzehnte länger – nach Kräften, mithilfe der Judikatur oder des Gesetzgebers von der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften ausgenommen zu werden. Die seither erzielten und insgesamt eher überschaubaren Erfolge beziehen sich auf Teile des Ligasports im Baseball sowie auf die zentrale Vermarktung von Medienrechten der vier U.S.-amerikanischen Major Leagues im frei empfangbaren Fernsehen.[2] Im Grundsatz findet das *Antitrust Law* in den Vereinigten Staaten auf den Sportsektor sowie die wirtschaftlich motivierten Aktivitäten der Sportverbände und Sportligen Anwendung,[3] Bemühungen um eine möglichst umfassende Immunisierung gegen die als schädlich und bedrohlich eingestuften Kartellrechtsnormen verliefen in den letzten Jahrzehnten durchweg im Sande.[4] 1

Zwar sind in Amerika wie auch in Europa von den kartellrechtlichen Fesseln weitgehend befreite Sportligen vorstellbar, sie hätten aber mit den traditionellen, weithin beliebten und florierenden U.S.-amerikanischen Major Leagues oder etwa europäischen Fußballligen nur noch wenige Gemeinsamkeiten. In einem kartellrechtsfreien Raum würde eine bisherige Sportliga endgültig und vollständig zu reinem Entertainment mutieren, wie wir es etwa vom Wrestling kennen. Diese Zusammenhänge ließen mich schon bei der erstmaligen Befassung mit der Thematik vor rund 25 Jahren zu der Überzeugung gelangen, dass das Sportkartellrecht sich nicht gleichsam wie mit einem Lichtschalter vollständig ausknipsen lässt, sondern dem Sportsektor in Europa und damit natürlich auch in 2

1 Federal Baseball Club of Baltimore v. NL of Professional Baseball Clubs, 259 U.S. 200 (1922).
2 → XIII. Rn. 794–798 m.w.N.
3 S. stellvertr. *Heermann* RabelsZ 2003, 103 ff.; *Heermann* WRP 2011, 36 ff., jew. m.w.N.
4 → IX. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Deutschland insbesondere infolge seiner rasanten Kommerzialisierung ein ständiger, wenngleich ungeliebter Begleiter ist und bleiben wird.

3 Diese frühe fachliche Weichenstellung war nicht ohne Nebenwirkungen. Der Argwohn, den Sportverbände seit jeher insbesondere dem Kartellrecht entgegenbringen, färbt auf Juristen im Allgemeinen und Sportrechtler im Besonderen ab, sofern sie die von Sportverbänden favorisierte Rechtsauffassung, dass der Sport im Windschatten der Verbandsautonomie mehr oder weniger vollständig gegen das Kartellrecht immunisiert sei, nicht vertreten. Verfechter solcher verbandsfreundlichen (aber der Kartellrechtspraxis völlig entrückten) Thesen gab und gibt es auch hierzulande im Kreis der Rechtswissenschaftler, wir werden sie in den nachfolgenden Abschnitten noch kennenlernen. Für viele von ihnen gilt: So apodiktisch sie ihre extrem verbandsfreundlichen Thesen vorgetragen haben, so wenig haben sie sich zuvor oder danach wissenschaftlich mit dem Kartellrecht beschäftigt. Zumindest hierzulande ziehen es immer noch sehr viele Sportrechtler einstweilen vor, einen großen Bogen um das Sportkartellrecht zu machen, obgleich dessen Bedeutung und Praxisrelevanz in den letzten 25 Jahren in Europa ständig zugenommen haben.

4 Wer sich mit Sportkartellrecht intensiver beschäftigt, muss sich auf Tagungen und Konferenzen, bei denen – was deutschlandweit bislang ohnehin selten geschieht – entsprechende Themen auf der Agenda stehen, in den Diskussionen auf kritische Wortbeiträge gefasst machen, die mitunter eher emotionsgeladen als wissenschaftlich fundiert sind. Ein Beispiel: Bereits die Äußerung anlässlich einer sportrechtlichen Tagung, die zuvor diskutierte Maßnahme eines Sportverbandes würde in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen, was aber nicht ausschlösse, dass sie bei Vorliegen bestimmter, noch näher zu überprüfender Voraussetzungen gerechtfertigt werden könne, konterte der über einen juristischen Hintergrund verfügende Repräsentant eines Sportverbandes *coram publico* sinngemäß mit folgendem Hinweis: Wer fernab der Sportpraxis im Elfenbeinturm der Universität Bayreuth sitze, habe nicht nur von der Praxis keine Ahnung, sondern auch zu viel Zeit, tagein und tagaus darüber zu sinnieren, welche alten oder neuen Verbandsstatuten gegen das Kartellrecht verstoßen könnten, um auf diese Weise nicht vorhandene Rechtsprobleme für Sportverbände herbeizureden.[5] Dass diejenigen, die sich intensiver und unvoreingenommen mit dem Sportkar-

5 Da das verbale Foul längst verjährt ist und zudem nur geringen wissenschaftlichen Gehalt hatte, sollen Ross und Reiter hier bewusst nicht benannt werden. Natürlich in Unkenntnis dieses Vorfalls, übrigens kein Einzelfall, hat *L. Breuer* 445 zur Grundeinstellung der Sportverbände Folgendes treffend festgestellt: „Alle Probleme, die sich in der gewöhnlichen Welt des Kartellrechts stellen, kehren in der abgeschlossenen Sonderwelt des Sportkartellrechts in einer höheren Verdichtung wieder. Aufgrund der enormen Aufmerksamkeit, die die Öffentlichkeit der nahezu sakrosankten Sphäre des Sports zu schenken pflegt, gerät dabei jede Bewertung mit den profanen Messlatten des europäischen Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten rasch in den Verdacht eines Sakrilegs."

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tellrecht beschäftigen, das entsprechende Konfliktpotential, das Sportverbände bieten, nicht schlichtweg ignorieren können und damit bei letzteren mitunter (keineswegs ausnahmslos[6]) einen gewissen Außenseiterstatus genießen, kann man auch eleganter in Worte fassen, die dann sogar veröffentlicht werden. So merkte *Steiner* im Herbst 2015 in seiner Festansprache anlässlich des 40-jährigen Jubiläums der vom Württembergischen Fußballverband (wfv) veranstalteten Wangener Sportrechtsseminare im Hinblick auf deren Entwicklung an:[7]

> „Die Zivil- und Arbeitsrechtler führen die Referentenliste an, und sogar die so ungeliebten Kartellrechtler dürfen sprechen, und dies ohne Personenschutz."

Im Vorfeld des *Bosman*-Urteils hatte es auch hierzulande nicht an namhaften Vertretern der Rechtswissenschaften gefehlt, die sich für eine Freistellung des Sports von der Anwendung sämtlicher unionsrechtlicher Vorschriften aussprachen[8] – so als hätte es die Weichenstellung des EuGH, die er im Jahr 1974 in seiner berühmten Entscheidung *Walrave und Koch*[9] in exakt die entgegengesetzte Richtung vorgenommen hatte, nie gegeben. Noch im Jahr 2010 ließ folgende Einschätzung aufhorchen:[10] 5

> „Mit guten Gründen lässt sich bereits die Anwendbarkeit des Kartellverbots des Art. 101 AEUV auf den Berufssport bezweifeln oder jedenfalls eine Bereichsausnahme hierfür annehmen."

Diese These fand natürlich Gehör und rasche Verbreitung insbesondere bei interessengeleiteten Kreisen (bei anderen sorgte sie eher für Kopfschütteln), der Zug beim EuGH war indes bereits längst in die entgegengesetzte Richtung abgefahren und er ließ sich durch solche Äußerungen natürlich nicht mehr zur Umkehr bewegen. Seit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Walrave und Koch* im Jahr 1974 sowie *Bosman* im Jahr 1995[11] war klar, dass früher oder später der 6

6 Die inzwischen erhöhte Sensibilisierung etwa der Fußballverbände für das Spannungsfeld von Sport und Kartellrecht kommt auch darin zum Ausdruck, dass verschiedene juristische Mitarbeiter der DFL oder des DFB sich wissenschaftlich entsprechenden Rechtsfragen gewidmet haben oder noch immer widmen: vgl. die Dissertationen von *Blask* (Sprecher der Geschäftsführung der DFB GmbH & Co. KG, früher Geschäftsführer Marketing und Vertrieb der DFB GmbH sowie Direktor Audiovisuelle Rechte bei der DFL GmbH), *Ballasch* (Director Legal & Business Affairs bei der Bundesliga International GmbH) und *Esposito* (Leiter Medien-, Vermarktungs- und Kartellrecht bei der DFL GmbH). Dies gilt in entsprechender Weise für externe juristische Berater des DFB und der DFL: vgl. stellvertr. die Dissertationen der Rechtsanwälte *Stopper* und *Bagger*. Seit Neuestem versuchen Vertreter letztgenannter Berufsgruppe, durch Übersichtsaufsätze zum Sportkartellrecht in Fachzeitschriften – vermutlich nicht allein aus wissenschaftlicher Motivation – in der Sportszene für die auch dort wie im übrigen Wirtschaftsverkehr verbreiteten kartellrechtlichen Fallstricke zu sensibilisieren; vgl. stellvertr. *Scherzinger* NZKart 2020, 496 ff.; *Stopper* SpuRt 2020, 216 ff.

7 *Steiner* SpuRt 2016, 2. In ähnl. Weise äußerte sich *Steiner* im Rahmen eines Festvortrags anlässlich der Auftaktveranstaltung des Weiterbildungsstudiengangs „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)" am 28.11.2015 mit Blick auf dessen wissenschaftlichen Leiter.

8 *Scholz/Aulehner* SpuRt 1996, 44 (47); zum seinerzeitigen Meinungsstand vgl. *Grätz* 97 m.w.N.

9 → V. Rn. 8–21 m.w.N.

10 *Battis/Ingold/Kuhnert* EuR 2010, 3 (22).

11 → V. Rn. 8–21, 22–44 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gerichtshof auch das europäische Kartellrecht auf den Sport anwenden würde. Darauf hatte er in den genannten Urteilen allein aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtet. Das war – anders als mancher Verbandsjurist seinerzeit diesen Umstand interpretierte – gerade keine stillschweigende Gewährung einer Ausnahme von der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften auf den Sportsektor gewesen.

7 Im Jahr 2006 war es dann soweit und der EuGH maß in seinem Urteil *Meca-Medina und Majcen*[12] erstmalig Statuten eines Sportverbandes am Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV, worüber in diesem Abschnitt noch ausführlich aus unterschiedlichen Perspektiven zu berichten sein wird.[13] Spätestens in diesem Moment – aber auch schon zuvor – hätte man eigentlich keine „guten Gründe" mehr finden können, die gegen die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf den Berufssport sprachen.[14] Noch im *Bosman*-Verfahren hatten die Sportverbände und verschiedene nationale Regierungen alle denkbaren Gründe gegen die Anwendung europäischen Rechts auf den professionellen Sport ins Feld geführt, die hernach allesamt mit durchaus überzeugender Begründung vom Gerichtshof zurückgewiesen worden waren.[15] Zudem fügte sich – so viel sei schon vorweggenommen – der kartellrechtliche Ansatz in *Meca-Medina und Majcen* fast nahtlos an die im Wesentlichen überzeugende Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf den Sport an und entwickelte diese fort.[16] Der Gerichtshof wechselte also im Jahr 2006 ohne grundlegende Änderung des verfolgten Ziels – Schaffung eines europäischen Binnenmarktes – gleichsam das Pferd und setzte nicht länger auf die europäischen Grundfreiheiten, sondern auf ein anderes Pferd, das europäische Kartellrecht.

8 Der Anwendung europäischen Kartellrechts auf den Sport steht nicht entgegen, dass der Sport auch eine Vielzahl gemeinwohlbezogener Funktionen verfolgt. Letztere hat der Gerichtshof ebenso fest im Blick wie die EU-Kommission:[17]

> „Sport fulfils important educational, public health, social, cultural and recreational functions. The preservation of some of these essential social and cultural benefits of sport which contribute to stimulating production and economic development is supported through arrangements which provide for a redistribution of financial resources from professional to amateur levels of sport (principle of solidarity)."

9 Gleichzeitig schafft der professionell betriebene, durch wirtschaftliche Betätigung gekennzeichnete Sport indes ein Anreizsystem, Entscheidungen der Regelsetzung

12 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
13 S. zum Sport im Lichte des europäischen Kartellrechts auch *Weatherill*, Principles, 2017, 104–124.
14 A.A. freilich *Battis/Ingold/Kuhnert* EuR 2010, 3 (22).
15 → V. Rn. 27–33 m.w.N.
16 S. zu dieser Entwicklung stellvertr. *Cattaneo/Parrish* Rn. 77–83 („From Free Movement to Competition Law") m.w.N.
17 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.a), vierter Spiegelstrich.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Regelanwendung nicht mehr allein aus nichtwirtschaftlichen Erwägungen heraus zu treffen.[18] Internationale und nationale Sportverbände können schon lange nicht mehr als Einheiten charakterisiert werden, die völlig losgelöst von wirtschaftlichen Eigeninteressen Verbandsstatuten aufstellen. Regelmäßig treten sie als Veranstalter und Vermarkter von Sportwettkämpfen auf und betätigen sich dabei unternehmerisch. Dies wird stets aufs Neue deutlich, wenn etwa (inter)nationale Fußballverbände und nationale Fußballligen um die Aufteilung der zur Verfügung stehenden Spieltermine streiten (und deren Zahl zuletzt durch Schaffung neuer Wettbewerbsformate ständig erhöht haben).[19] Denn eine höhere Anzahl an zugewiesenen Spielterminen bedeutet für den begünstigten Fußballverband automatisch auch verbesserte Vermarktungsmöglichkeiten. Selbst wenn ein erheblicher Teil der dabei erzielten Erlöse wieder zur Verfolgung der sich an der Sportausübung orientierenden Verbandsziele eingesetzt wird (und nur in bedauerlichen Ausnahmefällen Opfer der Selbstbedienungsmentalität einzelner Verbandsfunktionäre wird, für die der Begriff *Compliance* für immer ein inhaltsleeres Fremdwort bleiben wird), kann dieser Umstand die wirtschaftliche Betätigung der Sportverbände nicht auslöschen und ungeschehen machen.

Solange im AEUV keine abweichenden Regelungen getroffen werden, gelten die kartellrechtlichen Vorschriften für alle Wirtschaftsbereiche und damit auch für sich unternehmerisch betätigende Sportverbände.[20] Eine solche Ausnahme wurde bis heute nicht geschaffen, man kann sie auch nicht Art. 165 AEUV entnehmen.[21] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Sport seine sozialen, erzieherischen und kulturellen Funktionen verlieren sollte, wenn man das Verhalten der Sportverbände dem Wirtschaftsrecht unterstellt.[22] Seit *Meca-Medina und Majcen* hat der Sport in den meisten Bereichen prosperiert. Gerade in den populären und zugleich medienwirksamen Sportarten kannte die wirtschaftliche Entwicklung nur eine Richtung – und zwar auch in Zeiten des Platzens der Dotcom-Blase im Jahr 2000 oder der Immobilien-Blase in den USA im Jahr 2008. Dass diese Entwicklung seit März 2020 vorübergehend ein jähes, sehr schmerzhaftes Ende gefunden hat, lag an einem winzig kleinen, ja unsichtbaren und anfangs weitgehend unbekannten Gegner, der sich an keinerlei (Spiel-)Regeln hält; für den wirtschaftlichen Rückschlag kann man aber keinesfalls die angeblich nicht auf die besonderen Bedürfnisse des Sports zugeschnittenen kartellrechtlichen Vorschriften verantwortlich machen. 10

18 *Tyrolt* 27; ihm folgend *Opfermann* 233.
19 Zu den kartellrechtlichen Rahmenbedingungen → XIII. Rn. 327–354 m.w.N.
20 Vertiefend → VI. Rn. 114–138 m.w.N.
21 → VIII. Rn. 1 ff. m.w.N.
22 *Grätz* 58 f. unter Bezugnahme auf *Foster* in Greenfield/Osborn, 2000, 267 (270).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

11 Wenn man trotz der nicht ernsthaft zu leugnenden unternehmerischen Aktivitäten der Sportverbände gleichwohl zu deren Gunsten einen kartellrechtlichen Ausnahmebereich zuließe, ergäbe sich eine sachlich nicht zu rechtfertigende Schieflage. Denn dann könnten Sportverbände weiterhin auf dem wirtschaftlichen Spielfeld – allerdings ohne Bindung an kartellrechtliche Vorschriften – mitwirken und in Konkurrenz zu Akteuren treten, die nicht gleichermaßen rechtlich privilegiert wären. Dies wäre umso bedenklicher, als sich wirtschaftliche Betätigungen von Sportverbänden längst nicht mehr allein im Verhältnis zu ihren (un)mittelbaren Mitgliedern auswirken, sondern auch auf angrenzenden Märkten, auf denen Dritte wie z.B. Medienanbieter, Sponsoren oder Spielervermittler tätig werden.[23] Wer beim *sportlichen* Wettkampf auf dem grünen Rasen oder in den Sportarenen das hohe Lied der Chancengleichheit anstimmt und deshalb beispielsweise mit guten Gründen jede Form leistungssteigernden Dopings zu unterbinden versucht, sollte doch eigentlich Verständnis dafür aufbringen, dass der *wirtschaftliche* Wettbewerb auf sehr ähnlichen Grundüberzeugungen beruht, die durch das Kartellrecht abgesichert werden. Andernfalls bestände die Gefahr, dass der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in innovationshemmender Art und Weise (unkontrolliert) den selbst entwickelten Zielvorstellungen der Spitzenverbände im Sport untergeordnet würde.[24]

12 Wie schon bei der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf den Sport[25] kann es auch vorliegend im Ergebnis nicht auf eine einfache Lösung durch Anerkennung eines kartellrechtlichen Ausnahmebereichs für den Sport hinauslaufen, sondern auf eine eher komplexe Problemannäherung. Diese betrifft zunächst nicht den gesamten Sport. Sofern ein Bedürfnis entsteht, Verbandsstatuten an kartellrechtlichen Maßstäben zu messen, so handelt es sich dabei aufs Ganze gesehen um absolute Ausnahmefälle. Denn bei der weit überwiegenden Mehrheit der von Sportverbänden aufgestellten Spielregeln und sonstigen organisatorischen Vorschriften wird niemand – nicht einmal ein im Elfenbeinturm der Universität Bayreuth aktiver Freund des Sports und des Sportrechts – auch nur ansatzweise auf die Idee kommen, diese am Kartellrecht zu messen. In den wenigen verbleibenden Fällen, d.h. wenn infolge der wirtschaftlichen Betätigung eines Sportverbandes kartellrechtlich bedenkliche Wettbewerbsbeschränkungen drohen oder schon eingetreten sind, ist noch längst nicht das Ende der kartellrechtlichen Fahnenstange erreicht. Von einer solchen Wettbewerbsbeschränkung ist auszugehen, wenn eine nicht den gewöhnlichen Bedingungen auf dem relevanten Markt entsprechende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit der Wettbewerber, der Marktgegenseite oder auch Dritter im Hinblick auf einen

23 Ausf. zu diesem Phänomen → XII. Rn. 1 ff.
24 So *Opfermann* 234.
25 → V. Rn. 1–7.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wettbewerbsparameter wie insbesondere Preis, Menge oder Absatzgebiet festgestellt werden kann. Bei Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens besteht indes immer noch die Möglichkeit, dieses zu rechtfertigen. Dies ist der Punkt, an dem die Besonderheiten des Sports umfassend gewürdigt werden.[26] Das dabei zu beachtende Prozedere ist auch mehr als 15 Jahre nach *Meca-Medina und Majcen* und schon fast ausufernder wissenschaftlicher Literatur hierzu noch nicht in allen Einzelheiten geklärt.

Bei der Konkretisierung des *Meca-Medina*-Tests Abhilfe zu schaffen und letztlich für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, waren neben anderen Zielen zentrale Motive für das Ausarbeiten des vorliegenden Werkes. Dabei soll der faszinierende Mikrokosmos des Sportkartellrechts nicht um seiner selbst willen oder gar zur Abschreckung der Sportverbände beleuchtet werden. Ganz im Gegenteil sollen zum einen die kartellrechtlichen Risiken herausgearbeitet, zum anderen aber auch Ansätze zu deren Vermeidung oder Minimierung aufgezeigt werden. Damit kann zwar letztlich nicht das Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden, welches eine weitreichende Ausnahme des Sports von der Anwendung des Kartellrechts bieten würde. Wer einer solchen nachtrauert, sollte sich aber folgende Liedzeilen der Rocklegenden *The Rolling Stones* vergegenwärtigen: 13

„You can't always get what you want
But if you try sometime you find
You get what you need"

Die nachfolgenden Ausführungen insbesondere zum *Meca-Medina*-Test[27] werden belegen, dass bei Anwendung des europäischen, aber auch des nationalen Kartellrechts durchaus die (ökonomischen[28]) Besonderheiten des Sports[29] angemessen berücksichtigt werden können, ebenso die auch gemeinschaftsrechtlich anerkannte Verbandsautonomie[30] sowie die unionsrechtlich anerkannten Gemeinwohlinteressen.[31] Dabei wird sich zeigen, dass nur für bestimmte organisatorisch geprägte Maßnahmen eines Sportverbandes kartellrechtliche Gefahren drohen und dass die für die Annahme eines Kartellrechtsverstoßes zu überquerende Latte zugleich durchaus hoch hängt. 14

26 → VI. Rn. 164–385.
27 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
28 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.; aus sportökonomischer Perspektive: *Szymanski* JEL 2003, 1137 (1155 ff. m.w.N.); für den Ligasport aus rechtlicher Perspektive *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 227 f., 270 – Bosman.
29 → II. Rn. 1–15 m.w.N.
30 → III. Rn. 26–32 m.w.N.
31 Hierzu *L. Breuer* 553, 558, 568, 634, 642, 659. Sport als Kultur einstufend *Stender-Vorwachs* SpuRt 2004, 201 ff.; s. auch *Schwarze/Hetzel* EuR 2005, 581 (584), die ein Spannungsfeld zwischen der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs und der Erhaltung der wesentlichen sozialen und gesellschaftspolitischen Vorteile des Sports annehmen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. ENIC/UEFA

15 Die Entscheidung der EU-Kommission in dem Verfahren *ENIC/UEFA*[32] aus dem Jahr 2002 fand seinerzeit im deutschsprachigen Schrifttum nur wenig Beachtung,[33] stellt im Rückblick aber einen wichtigen Meilenstein auf dem Weg zu einem europäischen Sportkartellrecht dar und nahm bereits einige nachfolgende Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH vorweg. Dies sind gute Gründe, um die Entscheidung noch vor der Auseinandersetzung mit der Art und Weise, wie der Gerichtshof im Jahr 2006 in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* das europäische Sportkartellrecht ausformte, zu analysieren.

16 Bei ENIC (English National Investment Company) handelte es sich um eine Investmentgesellschaft mit folgenden europaweiten (Mehrheits-)Beteiligungen an verschiedenen Fußballclubs (Stand Anfang: 2002): Glasgow Rangers FC in Schottland (20,2 %), FC Basel in der Schweiz (11,8 %), Vicenza Calcio in Italien (99,9 %), Slavia Prag in Tschechien (96,7 %), AEK Athen in Griechenland (43 %) und Tottenham Hotspur in England (29,9 %). Im Jahr 1998 hatte die UEFA eine – bis heute gültige – Regelung eingeführt, wonach Clubs, die von der gleichen Person kontrolliert werden, trotz jeweils erfolgter sportlicher Qualifikation nicht gemeinsam an einem von der UEFA durchgeführten Club-Wettbewerb teilnehmen dürfen.[34] Die Fußballclubs Slavia Prag und AEK Athen qualifizierten sich für den damaligen UEFA-Pokal, den Vorläufer der heutigen UEFA Europa League, wurden aber nicht gemeinsam als Teilnehmer zugelassen. Eine von ENIC beim CAS eingereichte Klage gegen die UEFA, in der u.a. ein Verstoß der UEFA-Regelung gegen europäisches Kartellrecht geltend gemacht worden war, war abgewiesen worden.[35] Daraufhin reichte ENIC bei der EU-Kommission eine Beschwerde ein, der Ball lag damit auf dem Spielfeld der Kartellbehörde.

17 Die seitens ENIC und der UEFA in dem Verfahren vorgebrachten Argumente[36] brauchen an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Im Ergebnis schloss sich die EU-Kommission dem Schiedsspruch des CAS an und konnte keinen Verstoß der UEFA-Regelung gegen Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) feststellen. Von besonderem Interesse ist die seinerzeitige systematische Herangehensweise der EU-Kommission (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[37]

32 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806 – ENIC/UEFA.
33 S. etwa *Heermann* WRP 2003, 724 (726–728).
34 Zu den Gründen, weshalb in der Saison 2017/18 die Fußballclubs RB Leipzig und Red Bull Salzburg trotz jew. jahrelanger enger Verbindung zum gleichen österreichischen Getränkeproduzenten gemeinsam an der UEFA Champions League (und später auch an der UEFA Europa League, wo sie in der Spielzeit 2018/19 sogar aufeinandertrafen) teilnehmen durften, s. *Tenbusch* Welt v. 14.7.2017.
35 CAS 20.8.1999 – 98/200 – AEK Athens & SK Slavia Prague/UEFA.
36 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 9–23 – ENIC/UEFA; s. hierzu auch *Heermann* WRP 2003, 724 (726).
37 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 30 – ENIC/UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„30. However, the simple fact that the UEFA rule may not have as its object a **restriction of competition** is not sufficient to consider that it falls outside of the scope of application of Article 81 (1) of the Treaty. It is also necessary to assess whether the effect of the rule is restrictive and if so, whether this effect is **inherent in the pursuit of the objective of the rule** which is to ensure the very existence of credible pan European football competitions. The rule may limit the freedom to act of clubs or their owners."

18 Den Ausgangspunkt bildete die Zielsetzung der beanstandeten Regelung, die offensichtlich auf den Schutz der Glaubwürdigkeit europäischer Fußballwettbewerbe gerichtet war, auch wenn es bei deren Umsetzung zunächst einmal zu einer Wettbewerbsbeschränkung zulasten von ENIC gekommen war. Sodann sollte nach Auffassung der Kommission geprüft werden, ob diese Wettbewerbsbeschränkung der beanstandeten Verbandsregelung inhärent war. Dieser Prüfungsansatz ist uns schon in anderem Zusammenhang begegnet: In der Rechtssache *Deliège* hatte der EuGH eine entsprechende Problemannäherung bei der Prüfung der Frage vorgenommen, ob die Nominierungskriterien des belgischen Judoverbandes die Dienstleistungsfreiheit der Judoka verletzt hatten.[38] Zwar bestehen sicherlich systematische Unterschiede zwischen den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischem Kartellrecht, die Konvergenzproblematik braucht in diesem Kontext noch nicht vertieft zu werden.[39] Allerdings verfolgen beide Regelungsregime das Ziel einer Verwirklichung des Binnenmarktes, so dass es nicht überraschen kann, dass die EU-Kommission im Verfahren *ENIC/UEFA* bei der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) eine argumentative Anleihe bei der schon weiter fortgeschrittenen Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf den Sport machte.

19 Sodann wandte sich die EU-Kommission[40] der kartellrechtlichen Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Wouters*[41] zu, die nur etwa vier Monate zuvor ergangen war. Dieses Urteil hatte überhaupt nichts mit dem Sport zu tun, stattdessen mit Verbandsregelungen, die von der niederländischen Rechtsanwaltskammer aufgestellt worden waren und zu Wettbewerbsbeschränkungen geführt hatten. Die rechtliche Ausgangskonstellation war durchaus vergleichbar, ging es doch in der Rechtssache *Wouters* ebenso wie im Verfahren *ENIC/UEFA* um die gleichen spannenden Fragen: Kann Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) auf Regelungen, die von privaten, unter dem Schutz der Verbandsautonomie stehenden Organisationen erlassen worden sind, überhaupt angewendet werden? Falls ja – unter welchen Voraussetzungen kann eine etwaige von der Verbandsregel ausgehende Wettbewerbsbeschränkung unter angemessener Berücksichtigung der be-

38 → V. Rn. 45–50 m.w.N.
39 Hierzu aber → VI. Rn. 160–163 m.w.N. zum Meinungsstand.
40 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 31 – ENIC/UEFA.
41 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 ff. = NJW 2002, 877 – Wouters.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sonderen Belange der jeweiligen privaten Organisation gerechtfertigt werden? Die Frage der Übertragbarkeit der *Wouters*-Doktrin[42] soll im Detail erst im unmittelbaren Zusammenhang mit dem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH diskutiert werden.[43]

20 Im Ergebnis lehnte sich die EU-Kommission im Verfahren *ENIC/UEFA* an den vom EuGH in der Rechtssache *Wouters* entwickelten Ansatz an und übertrug ihn in folgender Weise auf den konkreten Fall (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[44]

> „32. Thus the question to answer in the present case is whether **the consequential effects of the rule are inherent in the pursuit of the very existence of credible pan European football competitions**. Taking into account **the particular context in which the rule is applied**, the **limitation on the freedom to act** that it entails **is justified and cannot be considered as a restriction of competition**. Without the UEFA rule, the proper functioning of the market where the clubs develop their economic activities would be under threat, since the public's perception that the underlying sporting competition is fair and honest is an essential precondition to keep its interest and marketability. If UEFA competitions were not credible and consumers did not have the perception that the games played represent honest sporting competition between the participants, the competitions would be devalued with the inevitable consequence over time of lower consumer confidence, interest and marketability. Without a solid sporting foundation, clubs would be less capable of extracting value from ancillary activities and investment in clubs would lose value."

21 Hier zeichnete sich bereits eine mehrstufige Prüfungsreihenfolge ab. Nach der Identifizierung der Zielsetzung der betreffenden Verbandsregel sollte diese zunächst im konkreten Gesamtzusammenhang betrachtet werden, um aus dieser Perspektive zu ermitteln, ob die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Verfolgung des Verbandszieles inhärent seien. Bejahendenfalls sei die Regel gerechtfertigt und könne nicht als Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden.

22 Aus Randnummer 38 lässt sich schließlich herauslesen, dass die Rechtfertigung der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung des Weiteren davon abhängen soll, dass diese erforderlich und verhältnismäßig ist (Hervorhebung durch *Verfasser*):[45]

> „38. On the basis of the above, the limitation on the freedom to act therefore merely constitutes the effect of the application of a rule which is deemed **necessary and proportionate to the need to maintain the public's confidence in the fairness and authenticity of the game**, the absence of which would have the effect of rendering, in the long term, any competition impossible."

42 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97, 109, 110 = NJW 2002, 877 – Wouters; zum Wortlaut der betreffenden Erwägungsgründe → VI. Rn. 140.
43 → VI. Rn. 139–145 m.w.N.
44 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 32 – ENIC/UEFA.
45 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 38 – ENIC/UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Entscheidung der EU-Kommission in dem Verfahren *ENIC/UEFA* aus dem Jahr 2002 ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert: Sie zeigt, dass sowohl die europäischen Grundfreiheiten als auch das europäische Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV flexibel genug sind, um bei der Rechtsanwendung den anerkannten Besonderheiten des Sports angemessen Rechnung zu tragen. Zudem wird in *ENIC/UEFA* erstmalig eine dogmatische Brücke geschlagen zwischen Entscheidungen zur Anwendung der Grundfreiheiten auf den Sport hin zu einem Beschluss zur Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Verbandsstatuten mit wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen. Des Weiteren belegt das Verfahren *ENIC/UEFA* eindrucksvoll, dass nicht jede Verbandsregelung, die den Wettbewerb beschränkt, automatisch als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen ist. Vielmehr existiert unabhängig von Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Art tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsgrund, der an folgende Kriterien anknüpft: Betrachtung der Zielsetzung der Verbandsregelung im Gesamtzusammenhang; notwendige Verbindung zwischen der ermittelten Zielverfolgung und der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung (Inhärenz); Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkung. 23

Eine letzte Erkenntnis ist schließlich nicht minder wichtig. Was sich schon im *Deliège*-Urteil des EuGH im Hinblick auf die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit (und Arbeitnehmerfreizügigkeit) im Sport gezeigt hat,[46] bestätigt sich nunmehr in der Entscheidung *ENIC/UEFA* der EU-Kommission zur Anwendung des europäischen Kartellverbots auf den Sport: Es bedarf keiner Ausnahmebereiche zugunsten des Sports von der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts, um zugunsten der Sportverbände der Spezifität des Sports, den daraus resultierenden Besonderheiten und damit letztlich auch der Verbandsautonomie angemessen Rechnung zu tragen. Aus beiden Verfahren gingen die Sportverbände schließlich als Sieger hervor. 24

3. Meca-Medina und Majcen

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* aus dem Jahr 2006[47] ist seinerzeit als „eines der wichtigsten Urteile des Gerichtshofs bisher überhaupt“[48] bezeichnet worden. Auch von einer „Zeitenwende“[49] war die Rede.[50] Bevor diese Einschätzungen übertriebene Erwartungen bei den Lesern 25

46 → V. Rn. 45–50.
47 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
48 *Emmerich* JuS 2006, 1123 (1125).
49 *Esposito* 213.
50 *Weatherill*, Principles, 2017, 109: „*Meca-Medina* is a landmark in the development of EU sports law which deserves to stand in bold prominence alongside *Bosman*.“

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wecken können, bedürfen sie einer gewissen Relation. Sicherlich war die Entscheidung des Gerichtshofs eine Überraschung, nachdem zuvor das damalige Gericht Erster Instanz, inzwischen Gericht der Europäischen Union (EuG),[51] und die Schlussanträge des Generalanwalts *Léger*[52] zwar nicht hinsichtlich des Verfahrensausgangs, so aber doch bezüglich der Anwendung von Art. 81 EG (= Art. 101 Abs. 1 AUEV) auf den Sport in eine ganz andere Richtung gewiesen hatten.

26 Bei genauer Betrachtung ist das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH aber keineswegs so revolutionär gewesen, wie vielfach suggeriert wird. Natürlich war es die erste Entscheidung des Gerichtshofs, in der dieser sich mit der Anwendung von Art. 101 AEUV auf den Sport befasste. Dabei hat er aber – wie zu zeigen sein wird – auf bereits zuvor in anderen Entscheidungen herausgearbeitete dogmatische Ansätze zurückgegriffen, hat diese allenfalls marginal weiterentwickelt, hat für den konkreten Fall eine im Ergebnis sachgerechte Entscheidung gefällt, hat letztlich aber noch einige Rechtsfragen offen und damit Rechtsanwender ein wenig ratlos zurückgelassen. Freilich kann von einem Gericht nicht erwartet werden, dass es über die entscheidungserheblichen Rechtsfragen hinaus Rechtsberatern gleichsam einen Praxisleitfaden mitliefert. Für den wissenschaftlichen Diskurs im Sportrecht hat der EuGH mit *Meca-Medina und Majcen* eine willkommene Steilvorlage geliefert, wie zuvor schon in den Rechtssachen *Walrave und Koch*, *Bosman* und *Deliège*. Allen genannten Athleten ist übrigens gemeinsam, dass sie mit ihren langjährigen Rechtsverfahren jeweils deutlich mehr für die Entwicklung des Europarechts leisteten als letzteres ihre Sportkarrieren zu unterstützen und voranzubringen vermochte.[53]

a) EuG

aa) Sachverhalt

27 Der Sachverhalt betraf – wie schon in den Rechtssachen *Walrave und Koch*[54] und *Deliège*[55] – eine Randsportart: das Langstreckenschwimmen, eine Art Marathon im Schwimmsport. Ebenso wie in den zuvor genannten Verfahren gingen die klagenden Athleten in dem juristischen Wettstreit letztlich als Verlierer vom Platz. Die professionellen Langstreckenschwimmer, der Spanier *David Meca-Medina* und der Slowene *Igor Majcen*, hatten bei der Weltmeisterschaft im Jahr 1999 die ersten beiden Plätze belegt. Nachdem Dopingproben positiv ausgefallen waren,

51 EuG Slg. 2004, II-3291 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.
52 *GA Léger* Slg. 2006, I-6995 – Meca-Medina und Majcen.
53 *Weatherill*, Principles, 2017, 112.
54 → V. Rn. 8–21.
55 → V. Rn. 45–50.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

waren beide vom Doping-Ausschuss des Weltschwimmverbandes (FINA) für vier Jahre gesperrt worden. *Meca-Medina* und *Majcen* konnten nicht länger ihrem sportlichen Beruf nachgehen und daraus ihren Lebensunterhalt bestreiten.

Es schloss sich ein juristischer Marathon an. Eine Klage der Langstreckenschwimmer vor dem CAS gegen diese Sperre war im Jahr 2000 erfolglos geblieben. Drei Jahre später wurde nach erneuter Verhandlung vor dem CAS die Sperre auf zwei Jahre verkürzt. Gegen diesen Schiedsspruch legten die Kläger keine Beschwerde zum SchweizBG, sondern im Jahr 2001 eine Beschwerde bei der EU-Kommission ein, mit der sie einen Verstoß gegen Art. 81, 82 EG (= Art. 101, 102 AEUV), aber auch gegen die Dienstleistungsfreiheit rügten. Im Jahr 2002 wies die EU-Kommission die Beschwerde zurück, weil die Dopingregelung nicht unter das Verbot von Art. 81, 82 EG falle. Daraufhin erhoben die Kläger noch im gleichen Jahr vor dem EuG Klage auf Nichtigerklärung der von der EU-Kommission gefällten Entscheidung. 28

bb) Bewertung der Erwägungsgründe

Zunächst knüpfte das EuG in seiner Entscheidung an eine Rechtsfigur an, von der sich der EuGH im Zusammenhang mit den europäischen Grundfreiheiten eigentlich schon verabschiedet hatte: die rein sportlichen Regeln. Diese bestimmte das EuG folgendermaßen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[56] 29

> „41. […] **rein sportlichen Regeln, d.h. Regeln, die Fragen betreffen, die allein von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben** (Urteil Walrave, Randnr. 8). Diese Regelungen, die sich auf den spezifischen Charakter und Rahmen von Sportveranstaltungen beziehen, sind nämlich **mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden** und können nicht als Beschränkung der Gemeinschaftsregelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden. In diesem Rahmen ist entschieden worden, dass die Regeln über die Aufstellung von Nationalmannschaften (Urteile Walrave, Randnr. 8, und Donà, Randnr. 14) oder die von den Sportverbänden vorgenommene Mitgliederauswahl für die Teilnahme an hochrangigen internationalen Wettkämpfen (**Urteil Deliège, Randnr. 64**) **rein sportliche Regeln** sind und somit **ihrer Natur nach nicht in den Geltungsbereich der Artikel 39 EG und 49 EG fallen**. […]"

Während die Bezugnahme des EuG auf das *Walrave und Koch*-Urteil noch sachlich zutraf, übersah das Gericht offensichtlich, dass der EuGH in der Rechtssache *Deliège* – wie bereits im Detail dargelegt[57] – in dem zitierten 64. Erwägungsgrund gerade nicht mehr an den im Verfahren *Walrave und Koch*[58] entwickelten 30

56 EuG Slg. 2004, II-3291, Rn. 41 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.
57 → V. Rn. 46 f. m.w.N.
58 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 8) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gedanken von Verbandsregelungen angeknüpft hatte, „die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben", obgleich der Gerichtshof insoweit seine diesbezügliche Rechtsprechung zuvor noch zitiert hatte.[59] Es war ein stiller Abschied des EuGH von dieser Rechtsfigur gewesen, kein offizielles Begräbnis. Nun aber demonstrierte das EuG: Untote leben länger!

31 Damit war die argumentative Ausgangsbasis schon wenig überzeugend, die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen des EuG machten die Sache nicht besser. So setzte sich das Gericht im nächsten Schritt mit der Zwecksetzung von Dopingregeln auseinander (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[60]

> „44. Auch wenn der Hochleistungssport in weitem Umfang eine wirtschaftliche Tätigkeit geworden ist, so **verfolgt** doch **die Dopingbekämpfung keinen wirtschaftlichen Zweck**. Die Dopingbekämpfung zielt nämlich erstens darauf ab, den Sportsgeist (Fairplay) zu bewahren, ohne den der Sport, ob er nun auf Amateur- oder Profiebene betrieben wird, kein Sport mehr ist. Dieses **rein gesellschaftliche Ziel** rechtfertigt schon für sich allein die Dopingbekämpfung. Zweitens zielt dieser Kampf, soweit die Dopingsubstanzen negative physiologische Wirkungen haben, darauf ab, die Gesundheit der Athleten zu bewahren. Somit **gehört das Dopingverbot als besonderer Ausdruck des Gebots des Fairplay zur obersten Regel sportlichen Spiels**."

32 Dass „die Dopingbekämpfung keinen wirtschaftlichen Zweck" verfolgt, dürfte bereits im Jahr 2004 angesichts der damals fortgeschrittenen Kommerzialisierung des Sports sachlich unzutreffend gewesen sein. Das räumte das EuG übrigens in einer nachfolgenden Urteilspassage indirekt ein (Hervorhebung durch *Verfasser*):[61]

> „57. Die Tatsache nämlich, dass das IOC die – nach dem klägerischen Vorbringen legitime – Sorge gehabt haben mag, **bei der Festlegung der streitigen Anti-Doping-Regelung das wirtschaftliche Potential der Olympischen Spiele zu wahren**, führt als solche noch nicht dazu, dieser Regelung ihre rein sportliche Natur zu nehmen."

33 Also noch nicht einmal das Ziel, mit Dopingregeln „das wirtschaftliche Potential der Olympischen Spiele zu wahren", mithin die Wahrung eigener wirtschaftlicher Interessen, soll der Einstufung von Dopingvorschriften als reinen Sportregeln, die nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen, entgegenstehen können. Man kann nicht sagen, dass das EuG durch Scheuklappen an der Wahrnehmung der vom IOC selbst behaupteten positiven ökonomischen Auswirkungen von Dopingregeln für Sportverbände gehindert war – nein, die Richter definierten sie einfach hinweg. Die naheliegenden, ja offensichtlichen ökonomischen Konsequenzen einer Anwendung von Dopingregeln, die bei Regelverstößen notwendigerweise mit Sanktionen einhergeht, für die betroffenen professionellen

59 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 43 = NJW 2000, 2011 – Deliège.
60 EuG Slg. 2004, II-3291, Rn. 44 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.
61 EuG Slg. 2004, II-3291, Rn. 57 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Athleten (z.B. zeitweises Berufsverbot und Einkommenseinbußen) erwähnte das EuG mit keinem Wort.

Bei dieser strikten Zielorientierung konnten die weiteren rechtlichen Schluss- 34
folgerungen des Gerichts nicht mehr überraschen (Hervorhebung durch *Verfasser*):[62]

> „47. In Anbetracht des oben Ausgeführten ist **festzustellen, dass sich das Dopingverbot auf rein sportliche Erwägungen gründet und daher mit wirtschaftlichen Erwägungen nichts zu tun hat**. Aus dieser Feststellung folgt im Licht der Rechtsprechung und der Erwägungen, die oben in den Randnummern 37 bis 42 wiedergegeben sind, dass die Regeln zur Dopingbekämpfung ebenso wenig wie die vom Gerichtshof in den Urteilen Walrave, Donà und Deliège untersuchten Regelungen in den Geltungsbereich der Bestimmungen des Vertrages über die wirtschaftlichen Freiheiten, insbesondere der Artikel 49 EG, 81 EG und 82 EG, fallen. Denn die Anti-Doping-Regeln sind mit dem Sport als solchem eng verknüpft."

cc) Würdigung

Gerade der soeben zitierte 47. Erwägungsgrund war eine Steilvorlage für Sport- 35
verbände. Auf der Basis der Entscheidung des EuG in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* wäre es für Sportverbände ein Leichtes gewesen, einen gefährlichen Gegenspieler wie das europäische Kartellrecht mit geringem (Begründungs-)Aufwand auszuspielen. Nein, noch besser: Der Gegenspieler hätte mangels Spielberechtigung, d.h. mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 81, 82 EG (= Art. 101, 102 AEUV), gar nicht erst auflaufen dürfen. Voraussetzung hierfür wäre nur der Nachweis einer engen Verknüpfung von Verbandsstatuten mit dem Sport gewesen. Das hätte bei Regelungen, die von Sportverbänden erlassen werden, wahrlich keine intellektuell herausfordernden Hochseilakte erfordert. Damit wäre ganz nebenbei aus dem juristischen Angstgegner der Sportverbände gleichsam ein juristisches Nullum geworden. Hierzu stellte *Weatherill* treffend fest:[63]

> „This was doubtless sweet music to the ears of sports governing bodies intent on securing their most coveted prize, which is absolute autonomy from legal regulation."

Zugleich war dieser Ansatz des EuG natürlich ein starkes Argument für diejenigen 36
Juristen, die in der Rechtsberatung oder in Rechtsgutachten die Vereinbarkeit von potentiell wettbewerbsbeschränkenden Verbandsstatuten mit dem europäischen Kartellrecht nachzuweisen versuchten.[64] Allerdings war der vom

62 EuG Slg. 2004, II-3291, Rn. 47 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.
63 *Weatherill*, Principles, 2017, 117.
64 Der *Verfasser* räumt ein, dass auch er auf diesen Ansatz des EuG in einem Rechtsgutachten, das er im Jahr 2005 für einen internationalen Sportverband erstellte, Bezug nahm. Zugleich prüfte er aber seinerzeit hilfsweise die materielle Rechtslage und kam – natürlich mit guten Gründen – zu dem Ergebnis, dass kein Kartellrechtsverstoß angenommen werden konnte. Ein deutsches staatliches Gericht

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EuG entwickelte Ansatz so stabil und belastbar wie eine Seifenblase,[65] deren zeitnahes Zerplatzen aus verschiedenen Gründen absehbar war:

37 – Es sind bei Sportverbänden, die sich ihrerseits wirtschaftlich betätigen (z.B. Durchführung und kommerzielle Verwertung von Sportveranstaltungen), keine rein sportlichen Regeln vorstellbar, die Fragen betreffen, welche allein von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben.[66]

38 – Die Verabschiedung von Verbandsstatuten und deren Umsetzung lassen sich bei der rechtlichen Bewertung nicht auf rein organisatorische Akte reduzieren, die von den wirtschaftlichen Betätigungen des Sportverbandes völlig losgelöst sind. Die mit einer Verbandsregel verfolgten Ziele können im Falle ihrer Umsetzung bei einer kartellrechtlichen Bewertung nicht isoliert, sondern müssen stets im Gesamtzusammenhang und damit auch hinsichtlich ihrer Auswirkungen betrachtet werden. Deshalb handeln Sportverbände, die sich auch wirtschaftlich betätigen, bei der Umsetzung von Verbandsstatuten unabhängig von deren Zielsetzung unternehmerisch.[67]

b) EuGH

aa) Schlussanträge von Generalanwalt Léger

39 Überraschenderweise war es nicht schon *Generalanwalt Léger*, der in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* mit seinen Schlussanträgen die Blase zum Platzen brachte. Er störte sich offensichtlich nicht an den argumentativen Defiziten der vorinstanzlichen Entscheidung des EuG. Darüber hinaus lehnte er – anders als vier Jahre zuvor die EU-Kommission in dem kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren *ENIC/UEFA*[68] – eine Übertragbarkeit des *Wouters*-Urteils ab, in dem der Gerichtshof die von Verbandsstatuten der niederländischen Rechtsanwaltskammer ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen (Verbot einer Sozietät von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern) mittels eines mehrstufigen Prüfungsansatzes gerechtfertigt hatte:[69]

> „44. Es genügt der Hinweis darauf, dass die in der Rechtssache Wouters u.a. in Rede stehende Regelung ein Marktverhalten, nämlich die Bildung von Kooperationen

verschloss sich daraufhin dieser Rechtsauffassung nicht, musste infolge eines von den Streitparteien hernach außergerichtlich geschlossenen Vergleichs aber nicht mehr abschließend entscheiden.

65 Ähnl. *Weatherill*, Principles, 2017, 112: „The CFI's [Court of First Instance = EuG] attempts to present such rules as ‚sporting' and not ‚economic' are as unhelpful as they are unconvincing. They are both."

66 Ausf. hierzu → VI. Rn. 79–86.

67 Ausf. hierzu → VI. Rn. 114–138.

68 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.

69 *GA Léger* Slg. 2006, I-6995, Nr. 44 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, betraf und für eine ihrem Wesen nach wirtschaftliche, nämlich anwaltliche, Tätigkeit galt. Da die streitige Regelung von rein sportlicher Art ist und nichts mit wirtschaftlichen Erwägungen zu tun hat, meine ich, dass das Gericht zu Recht erklärt hat, dass die Prüfung dieser Regelung nach den in jenem Urteil aufgestellten Kriterien nicht notwendig sei."

bb) Bewertung der Erwägungsgründe

Es ist anzunehmen, dass der Gerichtshof sich in dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen* zumindest ein wenig brüskiert fühlte, da weder das EuG noch der Generalanwalt Bereitschaft gezeigt hatten, an die vom EuGH in *Walrave und Koch* begründete und sodann in *Bosman* und *Deliège* weiterentwickelte Rechtsprechungslinie anzuknüpfen. Deshalb drückte der Gerichtshof gleichsam den Reset-Knopf. Die wesentlichen Passagen des für die weitere Zukunft des Sportkartellrechts endgültig wegweisenden *Meca-Medina und Majcen*-Urteils des EuGH[70] sollen wegen ihrer großen Bedeutung nachfolgend wiederum im Wortlaut wiedergegeben und sodann analysiert werden. 40

In einem ersten Schritt hat der Gerichtshof unter Bezugnahme auf seine bisherige Judikatur darauf hingewiesen, dass der Sport nur dann in den Anwendungsbereich der europäischen Verträge falle, wenn dabei auch eine wirtschaftliche Betätigung verfolgt werde (Hervorhebung durch *Verfasser*):[71] 41

„22. Nach den Zielen der Gemeinschaft **fällt die Ausübung des Sports insoweit unter das Gemeinschaftsrecht, als sie zum Wirtschaftsleben im Sinne von Artikel 2 EG gehört** (vgl. Urteile vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405, Randnr. 4, vom 14. Juli 1976 in der Rechtssache 13/76, Donà, Slg. 1976, 1333, Randnr. 12, vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 73, vom 11. April 2000 in den Rechtssachen C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg. 2000, I-2549, Randnr. 41, und vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg. 2000, I-2681, Randnr. 32)."

Sodann hat der Gerichtshof die Entwicklung seines Umgangs mit Verbandsregelungen nachgezeichnet, die – angeblich – rein sportlichen Charakters sind:[72] 42

„25. Der Gerichtshof hat jedoch festgestellt, dass die in diesen Bestimmungen des EG-Vertrags enthaltenen Verbote nicht für Fragen gelten, die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben (vgl. in diesem Sinne Urteil Walrave und Koch, Randnr. 8).

26. Was die Trennung der wirtschaftlichen Aspekte einer sportlichen Tätigkeit von ihren sportlichen Aspekten betrifft, so hat der Gerichtshof im Urteil Donà (Randnrn. 14 f.) entschieden, dass die Gemeinschaftsbestimmungen über die Freizü-

70 S. hierzu stellvertr. *L. Breuer* 443–445, 564–568; *Weatherill*, Principles, 2017, 109–120, 248–250.
71 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 22 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
72 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 25 f. = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> gigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr Regelungen oder Praktiken nicht entgegenstehen, die aus nichtwirtschaftlichen Gründen, die mit dem spezifischen Charakter und Rahmen bestimmter Begegnungen zusammenhängen, gerechtfertigt sind. Jedoch dürfe diese Beschränkung des Geltungsbereichs der fraglichen Bestimmungen nicht weiter gehen, als ihr Zweck es erfordere. Sie könne daher nicht herangezogen werden, um eine sportliche Tätigkeit im Ganzen vom Geltungsbereich des Vertrages auszuschließen (Urteile Bosman, Randnr. 76, und Deliège, Randnr. 43)."

43 Hier hat der EuGH eher versteckt die funktionale Fortentwicklung seiner Rechtsprechung in *Bosman* und *Deliège* angedeutet, die noch allein das Verhältnis der europäischen Grundfreiheiten zum Sport betroffen hatte. Es wäre wünschenswert gewesen, der Gerichtshof hätte deutlichere Worte gefunden, um zum Ausdruck zu bringen, dass er sich in der Rechtssache *Deliège*[73] bereits wieder von der Vorstellung verabschiedet hatte, es könne Verbandsregelungen von rein sportlichem Interesse geben, die als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun hätten und *deshalb* von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten fallen würden. Nunmehr hat der Gerichtshof Folgendes klargestellt (Hervorhebung durch *Verfasser*):[74]

> „27. Nach alledem **führt der bloße Umstand, dass eine Regelung rein sportlichen Charakters ist, nicht dazu, 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.**"

44 Der EuGH hat sich erkennbar nicht länger mit der kaum zuverlässig zu beantwortenden Frage auseinandersetzen wollen, wann eine Verbandsregelung tatsächlich allein rein sportlichen Charakters ist und wann sie – unter welchen Umständen, Voraussetzungen oder Annahmen auch immer – in einem unmittelbaren, mittelbaren oder sonst wie gearteten Zusammenhang mit einer etwaigen wirtschaftlichen Betätigung eines Sportverbandes steht. Mit anderen Worten: Selbst eine Regelung rein sportlichen Charakters fällt nach Auffassung des Gerichtshofs zunächst einmal in den Anwendungsbereich des AEUV.[75] Dadurch entstehen Sportverbänden im Hinblick auf die kartellrechtliche Bewertung keine Nachteile. Denn das europäische Kartellrecht ebenso wie die europäischen Grundfreiheiten sind – wie sich noch zeigen wird[76] – so flexibel, dass den Besonderheiten des Sports bei der Rechtsanwendung angemessen Rechnung getragen werden kann. Es sei daran erinnert, dass die Athleten *Walrave* und *Koch*, *Deliège* sowie letztlich auch *Meca-Medina* und *Majcen* aus genau diesem Grund in ihren jeweiligen Verfahren vor dem Gerichtshof den Kürzeren zogen.

---

73 → V. Rn. 45–50 m.w.N.
74 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 27 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; sehr krit. hierzu *Infantino* SpuRt 2007, 12 (14 f.).
75 Zur Alternativlosigkeit dieses Ansatzes → VI. Rn. 75–89 m.w.N.
76 → VI. Rn. 75–89, 164–385 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit kann in begründeten Fällen im Ergebnis ein Verstoß von Verbandsstatuten, die sich auch auf die wirtschaftlichen Aktivitäten des Sportverbandes auswirken (können), und erst recht von angeblich oder sogar tatsächlich rein sportlich motivierten und von wirtschaftlicher Betätigung völlig losgelösten Verbandsregeln gegen die Vorschriften des europäischen Kartellrechts ausscheiden. Unter welchen Voraussetzungen ein solcher begründeter Fall angenommen werden kann, ist eine der spannendsten Fragen des Sportkartellrechts. Der Gerichtshof hat im *Meca-Medina und Majcen*-Urteil – wie wir sogleich sehen werden – erste Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage zur Verfügung gestellt. Zuvor hat er aber deutlich gemacht, was er von den rechtlichen Erwägungen sowohl des EuG als auch des Generalanwalts zum Verhältnis von (angeblich) rein sportlichen Regeln zum europäischen Kartellrecht hielt: Nichts! Man darf davon ausgehen, dass der Spruchkörper eines übergeordneten Gerichts den Kollegen der Vorinstanz üblicherweise nicht leichtfertig einen „Rechtsfehler" unterstellt, wenn er selbst eine abweichende Rechtsauffassung vertritt. Aber hier haben die Mitglieder des Gerichtshofs Klartext für unumgänglich gehalten (Hervorhebung durch *Verfasser*):[77] 45

> „33. Das Gericht hat dadurch, dass es entschieden hat, dass ein Regelwerk von vornherein dem Anwendungsbereich der genannten Artikel allein dadurch entzogen sein könne, dass es in Bezug auf die Anwendung der Artikel 39 EG und 49 EG rein sportlicher Art sei, ohne dass zuvor zu prüfen wäre, ob dieses Regelwerk den in Randnummer 30 dieses Urteils genannten Tatbestand der Artikel 81 EG und 82 EG erfüllt, einen **Rechtsfehler** begangen."

Nach dieser verbalen Watschn für die Vorinstanz und den Generalanwalt hätte sich nunmehr für die Athleten *Meca-Medina* und *Majcen* in juristischer Hinsicht alles zum Guten wenden können. Aber sie hatten in den Erwägungsgründen bis hierher allenfalls einen juristischen Teilerfolg erzielt – und mehr sollte es dann vor dem Gerichtshof für die Langstreckenschwimmer nicht mehr zu gewinnen geben.[78] In dem vermutlich am häufigsten zitierten 42. Erwägungsgrund hat der EuGH in den beiden letzten Sätzen Eckpunkte für die kartellrechtliche Prüfung von wettbewerbsbeschränkenden Sportverbandsstatuten nach Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) vorgegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[79] 46

> „42. Außerdem kann die Vereinbarkeit eines Regelwerks mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln nicht abstrakt beurteilt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92, DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 31). 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 Arti-

77 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

78 *Weatherill*, Principles, 2017, 113: „This, however, was the limit of the athletes' joy. […] The CFI had taken the wrong route in its legal analysis, but it had reached the right conclusion."

79 EuGH Slg. 2006, I-6991 Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> kels 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** (Urteil Wouters u. a., Randnr. 97) und **ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.**"

47 Der zweite Satz des 42. Erwägungsgrundes spricht bei nüchterner Betrachtung zumindest für Kartellrechtler zunächst einmal eine Selbstverständlichkeit aus. Verbandsstatuten, die Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, beruhen normalerweise auf dem Beschluss eines (inter)nationalen Sportverbandes, der seinerseits eine Vereinigung von gleichfalls unternehmerisch tätigen Mitgliedsverbänden darstellt. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass unter den genannten Voraussetzungen automatisch ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) anzunehmen ist. Dagegen spricht bereits der Umstand, dass die (unterstellte) Wettbewerbsbeschränkung bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 81 Abs. 3 EG (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) gerechtfertigt werden könnte. Dieser Rechtfertigungsmöglichkeit hat der EuGH im Urteil *Meca-Medina und Majcen* eine neue, aus dem Wortlaut der Norm nicht ableitbare Option, den *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test), vorgeschaltet. Danach kann bei Vorliegen der sogleich zu erläuternden Voraussetzungen ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) ebenfalls ausgeschlossen werden. Auf die umstrittene Frage, ob dieser Ansatz dogmatisch als ein zusätzlicher, tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsgrund oder aber als eine Tatbestandsreduktion hinsichtlich des Merkmals „Wettbewerbsbeschränkung" einzustufen ist, wird in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.[80]

48 In den beiden Schlusssätzen des 42. Erwägungsgrundes deutet sich ein dreistufiger kartellrechtlicher Test an, bei dem man – wie noch im Detail zu erörtern sein wird[81] – über die Anzahl der Prüfungsschritte trefflich streiten kann. Die Prüfungsfragen auf den drei Stufen sind keineswegs völlig neu. Natürlich diente insoweit der 97. Erwägungsgrund des zitierten *Wouters*-Urteils aus dem Jahr 2002 unmittelbar als Vorbild, wobei die EU-Kommission seinerzeit diesen Ansatz nur wenige Monate später in dem Verfahren *ENIC/UEFA* erstmals für den Sportbereich vollständig rezipiert hatte.[82] Dass auf der ersten Stufe die Zielsetzung einer Verbandsregelung für deren Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten von erheblicher Bedeutung sei, hatte der EuGH aber bereits im Jahr 1995 in der Rechtssache *Bosman* festgestellt.[83] Gleichfalls im Zusammenhang mit den

80 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.
81 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
82 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 30, 32, 38 – ENIC/UEFA; → VI. Rn. 15–24.
83 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman; → V. Rn. 37–41.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

europäischen Grundfreiheiten hatte der Gerichtshof das Inhärenzkriterium auf der zweiten Stufe bereits im Jahr 2000 in der Rechtssache *Deliège* angesprochen,[84] das auf der dritten Stufe zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip sogar schon im Jahr 1974 in der Rechtssache *Walrave und Koch*.[85] Die EU-Kommission hatte im Jahr 2002 in dem Verfahren *ENIC/UEFA* mit der Übernahme der *Wouters*-Doktrin das europäische Sportkartellrecht bereits erheblich fortentwickelt, was aber verbreitet ebenso wenig wie die damit verbundene praktische Bedeutung zur Kenntnis genommen oder erkannt worden war. Dies hat sich schlagartig geändert, als der EuGH sich vier Jahre später gleichfalls dieses Ansatzes bedient und damit dem europäischen Sportkartellrecht einen nachhaltigen Impuls gegeben hat.[86]

Diese Vorgaben an die kartellrechtliche Prüfung hat der EuGH sodann auf der ersten Stufe anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls in folgender Weise umgesetzt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[87] 49

> „43. Bezüglich des **Gesamtzusammenhangs**, in dem das streitige Regelwerk erlassen wurde, durfte die Kommission annehmen, dass **der allgemeine Zweck dieser Regelung –** was keine der Parteien bestreitet – die Dopingbekämpfung mit dem Ziel eines fairen Ablaufs der Sportwettkämpfe ist; dieser Zweck soll zugleich die Chancengleichheit der Sportler, ihre Gesundheit, die Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports gewährleisten."

In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass eine Kartellbehörde oder ein Gericht bei der Ermittlung der Zielsetzung einer Verbandsregelung ihr bzw. sein eigenes Verständnis erst dann zugrundlegen wird, wenn sich insoweit aus den Verbandsstatuten, dem Parteivortrag und/oder anderen Umständen keinerlei Rückschlüsse ziehen lassen. Stattdessen wird stets vorrangig auf die vom Sportverband mit der streitgegenständlichen Regelung verfolgten Intentionen abgestellt, die allerdings – wie sich sogleich aus dem 45. Erwägungsgrund rückschließen lassen wird – als legitim einzustufen sein müssen. Was dies bedeutet, wird in einem späteren Abschnitt erörtert werden.[88] Im konkreten Fall hat der EuGH an die vorangegangene Einschätzung der EU-Kommission angeknüpft, zumal diese von den Parteien nicht bestritten worden war. 50

Auf der zweiten Stufe der kartellrechtlichen Prüfung hat der Gerichtshof folgende Erwägungen angestellt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[89] 51

84 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 64 = NJW 2000, 2011 – Deliège; ähnl. bereits *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 269 – Bosman; *GA Cosmas* Slg. 2000, I-2553, Nr. 110 – Deliège; → V. Rn. 45–50.

85 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 9) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch; allerdings war seinerzeit der rechtliche Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung noch ein anderer gewesen.

86 S. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 114.

87 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

88 → VI. Rn. 176–284 m.w.N.

89 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„44. Da außerdem Sanktionen erforderlich sind, um die Einhaltung des Dopingverbots sicherzustellen, **hängt die Auswirkung der Sanktionen auf die Handlungsfreiheit der Sportler im Prinzip notwendig mit der Anti-Doping-Regelung zusammen**.

45. 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** gerade **dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten**."

52 Schon die beiden ersten Prüfungsschritte verdeutlichen die Bereitschaft des Gerichtshofs, sich bei der Anwendung des Kartellrechts auf die Belange des Sports einzulassen und diese im Rahmen des rechtlich Möglichen und Vertretbaren bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Dieser rechtliche Ansatz war und ist keineswegs selbstverständlich, wird doch bei der kartellrechtlichen Prüfung die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Belange und damit auch der Besonderheiten des Sports gerade in Deutschland noch sehr kritisch gesehen.[90] Der Ansatz des EuGH offenbart noch einen weiteren wichtigen Gesichtspunkt: Der Gerichtshof war bereits im Jahr 2006 bereit gewesen, bei der Rechtsanwendung den besonderen Belangen des Sports Rechnung zu tragen, während dieser Aspekt erst drei Jahre später erstmalig in Art. 149 Abs. 1 Satz 2 EG (= Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV) in den Text der europäischen Verträge aufgenommen wurde. Dem EuGH kommt im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports im Kartellrecht also durchaus eine wichtige Schrittmacherfunktion zu, auch wenn dies manche Sportverbandsfunktionäre oder auch Sportjuristen bis heute entweder verkennen oder nicht wahrhaben wollen.

53 Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schließlich auf der dritten Stufe in folgender Weise ausgestaltet worden (Hervorhebung durch *Verfasser*):[91]

„47. Sicherlich können der Strafcharakter der streitigen Anti-Doping-Regelung und das Ausmaß der im Fall eines Verstoßes gegen die Regelung anwendbaren Sanktionen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, denn sollten sich diese Sanktionen letztlich als unbegründet erweisen, könnten sie zum ungerechtfertigten Ausschluss eines Sportlers von Wettkämpfen führen und somit die Bedingungen für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit verfälschen. Daraus folgt, dass die mit diesem Regelwerk auferlegten Beschränkungen nur dann nicht unter das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 EG fallen, wenn sie **auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt** sind (vgl. in diesem Sinne Urteil DLG, Randnr. 35)."

90 → VI. Rn. 146–156 m.w.N.

91 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Würdigung und offene Rechtsfragen

Der EuGH hat sich in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* endgültig und ausdrücklich von der Annahme verabschiedet, dass Verbandsregelungen mit rein sportlichen Zielsetzungen gar nicht erst in den Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten sowie des europäischen Kartellrechts fallen.[92] Eine klare, praktikable und rechtssichere Unterteilung in rein sportbezogene Regelungen einerseits und rein wirtschaftsbezogene Vorschriften andererseits ist nicht möglich,[93] aber für die Rechtsanwendung auch nicht erforderlich. Soweit die betreffenden Verbandsstatuten ökonomische Auswirkungen haben, ist der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts und der europäischen Grundfreiheiten eröffnet, wovon bei sich wirtschaftlich betätigenden Sportverbänden grundsätzlich auszugehen ist. Sollten Ausnahmen von diesem Grundsatz überhaupt denkbar sein, entstehen entweder gar nicht erst Rechtsstreitigkeiten oder aber die Annahme von Verstößen gegen die europäischen Grundfreiheiten oder das europäische Kartellrecht liegt extrem fern. 54

Bei Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) lässt der Gerichtshof ein Vordringen des Sportverbandsrechts, d.h. der *lex sportiva*, in den Bereich des Europarechts zu. Die von den Sportverbänden mit den betreffenden Regelungen verfolgten legitimen Zielsetzungen und damit die Besonderheiten des Sports können der Annahme eines Verstoßes gegen die europarechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass eine von der betreffenden Verbandsregel ausgehende Beschränkung einer Grundfreiheit oder eine Wettbewerbsbeschränkung der Verfolgung legitimer Verbandsziele nachweislich inhärent und insgesamt verhältnismäßig ist. 55

Indes lässt der *Meca-Medina*-Test einige Fragen offen, die der EuGH auch nach dem gleichnamigen Urteil noch nicht abschließend geklärt hat und die deshalb in nachfolgenden Abschnitten zu diskutieren und beantworten sein werden: 56

- Unter welchen Voraussetzungen ist der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) überhaupt anwendbar? Was ist die *Rechtsnatur* des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests)?[94]
- Welche mit Sportverbandsregelungen verfolgten *Zielsetzungen* können als *legitim* eingestuft werden?[95]
- Wann ist eine Beschränkung einzelner Grundfreiheiten oder des Wettbewerbs mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden und dient gerade dazu, einen fairen Wett-

92 Inzwischen h.M., vgl. stellvertr. *Kretschmer* 90; *Seyb* 94–97; *Varens* 40, jew. m.w.N.
93 → VI. Rn. 75–89 m.w.N.
94 → VI. Rn. 167–174 m.w.N.
95 → VI. Rn. 176–284 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

streit zwischen den Sportlern zu gewährleisten? Mit anderen Worten: Wann ist die betreffende Beschränkung der Verfolgung legitimer Verbandsziele *inhärent*?[96]
- Wann ist eine Beschränkung einzelner Grundfreiheiten oder des Wettbewerbs bei der Verfolgung legitimer Verbandsziele *verhältnismäßig*?[97]
- Steht den Sportverbänden bei der Beantwortung der vorgenannten Fragen ein gerichtlich anhand objektiver Maßstäbe überprüfbarer *Ermessensspielraum* oder gar – wie von Sportverbänden und auch von anderer Seite vielfach angenommen – eine gerichtlich nicht überprüfbare *Einschätzungsprärogative* zu?[98]
- Welche Partei trägt für welche Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) die Beweislast?[99]
- In welchem Verhältnis steht der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) zu Art. 101 Abs. 3 AEUV?[100]
- Lässt sich der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) auf Art. 102 AEUV übertragen?[101]

dd) Nachwirkungen

57 Kurz nach dem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH meldete sich *Gianni Infantino*, seinerzeit noch Direktor Rechtsdienste bei der UEFA und später aufgestiegen zum Präsidenten der FIFA, zu Wort, weil er einen „Schritt zurück für das europäische Sportmodell und die Spezifität des Sports" befürchtete.[102] Es war nicht überraschend, dass er sich an der endgültigen Abkehr des EuGH von Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters störte, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts fallen.[103] Den Sport wähnte er bei der EU-Kommission und den europäischen und nationalen Gerichten nicht in guten Händen:[104]

> „Selbst wenn man anerkennt, dass Sport heute ein ‚Geschäft' ist (was häufig zutrifft), erscheint es immer noch etwas absurd, wenn die Europäische Kommission beurteilen soll, ob die Sperre eines Schwimmers wegen der Anwendung einer verbotenen Substanz eine nennenswerte Wettbewerbsbeschränkung in einem bestimmten Markt darstellt und somit gegen das europäische Kartellrecht verstößt. Etwas ähnlich Irreales hatte die Klage von

96 → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
97 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.
98 → VI. Rn. 316–333 m.w.N.
99 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.
100 → VI. Rn. 362–372 m.w.N.
101 → VII. Rn. 67–7 m.w.N.
102 *Infantino* SpuRt 2007, 12 ff.
103 Nachweise zu weiteren krit. Stimmen bei *Weatherill*, Principles, 2017, 118 f.
104 *Infantino* SpuRt 2007, 12 (13).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> Christelle Deliège […]. Den Rechtsvertretern kann jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie seien nicht erfinderisch."

58 Trotz Anerkennung der wirtschaftlichen Betätigungen von Sportverbänden die Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts auf den Sport durch die EU-Kommission und den EuGH, die an Recht und Gesetz gebunden sind, als Absurdität, etwas Irreales und letztlich Auswüchse erfinderischer Rechtsvertreter abzutun, deutet nicht nur auf eine gewisse Respektlosigkeit gegenüber der EU-Kommission und dem EuGH hin, sondern könnte auch Zweifel am Vorliegen vertiefter europarechtlicher Grundkenntnisse beim damaligen Direktor Rechtsdienste aufkommen lassen. Näher liegt indes die Vermutung, dass er diese sicherlich vorhandenen Rechtskenntnisse hinter seine offensichtlich lobbyistisch motivierten Ziele zurücktreten ließ.

59 Zudem sah *Infantino* bereits bedrohlich dunkle Wolken am Sport(verbands)himmel aufziehen:[105]

> „Aus rechtlicher Sicht ist das endgültige Urteil zweifellos unbefriedigend. Es könnte in Zukunft zu vermehrten (wettbewerbsrechtlichen) Klagen gegen Sportinstanzen führen. In der Praxis werden heutzutage im Zusammenhang mit solchen Klagen häufig wettbewerbsrechtliche Bestimmungen geltend gemacht. Kläger und Prozessparteien können die Europäische Kommission, innerstaatliche Gerichte oder die nationale Wettbewerbsbehörde anrufen. Ein typisches Merkmal solcher Klagen besteht darin, dass die Kläger in vielen Fällen dazu neigen, sich nicht um die Feinheiten des Wettbewerbsrechts zu kümmern (wie beispielsweise um die notwendige Festlegung einer korrekten Marktdefinition) und stattdessen lieber geltend machen, eine Sportregulationsbehörde verfüge definitionsgemäß in einem bestimmten Markt über eine ‚beherrschende Stellung' und/oder eine missliebige Bestimmung stelle einen ‚Missbrauch' einer marktbeherrschenden Stellung dar."

60 Im Hinblick auf die Befürchtung, künftig würde vermehrt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV) durch Sportverbände geltend gemacht werden, sollte *Infantino* Recht behalten.[106] Allerdings spielte in den folgenden Jahren die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Regelwerke von Sportverbänden in der Entscheidungspraxis des EuGH zunächst keine Rolle mehr, auch die EU-Kommission steuerte zu dieser Rechtsproblematik keine weiteren maßgeblichen Impulse bei, durch die insoweit das europäische Sportkartellrecht fortentwickelt worden wäre. Der EuGH, die EU-Kommission und die internationalen Sportverbände schienen sich arrangiert zu haben. Das sollte sich erst ab dem Jahr 2015 langsam ändern, als zwei Eisschnellläufer die bei vielen Sportverbänden zu beobachtenden Abschottungsbestrebungen gegenüber konkurrierenden Sportveranstaltern juristisch attackierten.

105 *Infantino* SpuRt 2007, 12 (15).
106 → VII. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. ISU's Eligibility Rules

a) Sachverhalt

61 Im Jahr 2015 hatte die EU-Kommission ein Verfahren gegen die International Skating Union (ISU) eingeleitet, nachdem die beiden niederländischen Profi-Eisschnellläufer *Mark Tuitert* und *Niels Kerstholt* wegen der ISU-Zulassungsbestimmungen Beschwerde eingelegt hatten. Diese sahen für Eisschnellläufer im Falle der Teilnahme an von der ISU nicht genehmigten Wettkämpfen harte Sanktionen bis zu einer lebenslangen Sperre bei allen großen Eisschnelllauf-Veranstaltungen vor. Nachdem bislang in kartellrechtlichen Verfahren auf europäischer Ebene die Kartellrechtskonformität der *Multi-Club-Ownership*-Regelung der UEFA sowie der von der FINA umgesetzten Anti-Doping-Bestimmungen bestätigt worden waren, drohte nunmehr über den konkreten Fall hinaus den internationalen und auch nationalen Sportverbänden Ungemach auf breiter Front. Denn üblicherweise haben Sportverbände auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Wettkämpfen in der von ihnen jeweils betreuten Sportart eine marktbeherrschende Stellung,[107] die sie auf ebenso vielfältige wie zumeist erfolgreiche Art und Weise gegen unliebsame potentielle Konkurrenten durch vielfältige Regelungen – Kartellrechtler sprechen in diesem Kontext von Marktzutrittsschranken – abzuschotten versuchen.

b) Bewertung der Entscheidungsgründe

62 Am 8.12.2017 teilte die EU-Kommission zunächst in einer Pressemitteilung, der im März 2018 die Entscheidungsgründe folgten,[108] mit, sie habe per Beschluss festgestellt, dass die streitgegenständlichen Zulassungsbestimmungen gegen Art. 101 AEUV verstießen und nun von der ISU geändert werden müssten. Falls die ISU ihre Vorschriften für die Genehmigung von Veranstaltungen Dritter aufrechterhalte, müssten sie auf objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien beruhen und dürften nicht darauf ausgerichtet sein, konkurrierende unabhängige Veranstalter auszuschließen. Mit Urteil vom 16.12.2020 bestätigte das EuG die kartellrechtlichen Ansätze der EU-Kommission im Wesentlichen.[109] Damit ist das Verfahren freilich noch nicht abgeschlossen, denn inzwischen (Stand: 7.2.2022) befasst sich der EuGH mit der Angelegenheit (Rs. C-124/21 P).

107 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.

108 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184; EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 339–342 – ISU's Eligibility Rules.

109 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission; hierzu *Streinz* JuS 2021, 276–278.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eigentlich hätte es nahegelegen, dass die EU-Kommission den ISU-Fall am Missbrauchsverbot gem. Art. 102 AEUV messen würde. Stattdessen stufte sie die gesamten ISU-Zulassungsbestimmungen, d.h. die Genehmigungsbestimmungen und den daran anknüpfenden Teilnahmeerlaubnisvorbehalt einschließlich Sanktionskatalog, als wettbewerbswidrig und zugleich als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV ein. Damit mussten nicht die komplexen Rechtsfragen endgültig geklärt werden, wie der relevante Markt im konkreten Fall abzugrenzen gewesen wäre und ob die ISU auf diesem überhaupt eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV innegehabt hätte.[110] Im Folgenden verdeutlichten die Entscheidungsgründe, dass nach Auffassung der Kommission zum einen die ISU-Genehmigungsbestimmungen nicht durch legitime, den Sport betreffende Ziele gerechtfertigt waren und dass zum anderen der Teilnahmeerlaubnisvorbehalt weder sachgerecht noch hinsichtlich der verfolgten Ziele verhältnismäßig war. 63

Da die Details zur (kartell-)rechtlichen Bewertung von Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalten im Hinblick auf die Durchführung von sowie die Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen im Sport noch in einem späteren speziellen Abschnitt dargestellt werden,[111] sollen hier nur die wesentlichen Aspekte der Entscheidungsgründe für die Entwicklung des europäischen Sportkartellrechts hervorgehoben werden: 64

– Die EU-Kommission und in der Folge das EuG übernahmen ausdrücklich und vollständig den *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test), wobei sie dessen Voraussetzungen mit bemerkenswerter Ausführlichkeit und Gründlichkeit prüften.[112] 65

– Dabei bezogen die EU-Kommission und das EuG die gesamten Zulassungsbestimmungen der ISU in die rechtliche Prüfung ein und lehnten damit konkludent eine Ausnahme für Regelungen (angeblich) rein sportlichen Charakters ab, ohne diesen Aspekt ausdrücklich anzusprechen. 66

– Sodann haben beide Entscheidungen verdeutlicht, dass der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) auch bei Sachverhalten Anwendung findet, in denen Statuten eines Sportverbandes sich nicht – wie noch in *Meca-Medina und Majcen* – allein auf die den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten, sondern auch mittelbar auf Nichtmitglieder des Sportverbandes – hier die privaten, mit der ISU konkurrierenden Veranstalter von Eisschnelllaufwettbewerben – auswir- 67

110 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 116–134, insb. Rn. 132 – ISU's Eligibility Rules; ebenso hernach EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 64 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.

111 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

112 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 25, 210–267 – ISU's Eligibility Rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 77 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ken. Dadurch haben die EU-Kommission und hernach das EuG den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) erheblich ausgeweitet. Auf diesen spannenden rechtlichen Aspekt wird später in einem speziellen Abschnitt zurückzukommen sein.[113]

c) Erfolglose Interventionsbemühungen des Sports

68 Nach Einleitung des Verfahrens gegen die ISU durch die EU-Kommission im Jahr 2015 müssen die internationalen Sportverbände geahnt haben, dass hier binnen kurzer Zeit nicht nur auf den internationalen Eisschnelllaufverband, sondern auf eine Vielzahl von Sportverbänden juristisches Ungemach zukommen würde. Denn die beanstandeten Zulassungsbeschränkungen, deren wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen sich nicht leugnen lassen, waren und sind in der Sportwelt weit verbreitet. Die Nervosität war groß, denn die Kartellwächter der EU waren bei der angedeuteten Ausgangslage als Gegenspieler nicht auf die leichte Schulter zu nehmen. Das Verfahren wurde zudem außerhalb der Verbands- und Sportschiedsgerichtsbarkeit durchgeführt, die ISU musste also gleichermaßen auf ihren *Home Court Advantage* verzichten.[114] Politische Kontakte der Sportfunktionäre waren nur von begrenztem Nutzen. Von der EU-Kommission konnte man kein Entgegenkommen erwarten, wenn man dezent die Möglichkeit der Vergabe eines großen Sportereignisses in die eine oder andere Region in Aussicht stellte. Die EU-Kommission schickte sich also tatsächlich an, in völliger Unabhängigkeit und Neutralität eine rechtliche Entscheidung über die statutarischen Zulassungsbeschränkungen der ISU zu fällen – für internationale Sportverbände eine im Vergleich zu Verfahren vor dem CAS ungewohnte und vielleicht deshalb besonders besorgniserregende Ausgangslage.

69 Gleichwohl versuchten Sportverbände, zugunsten des Sports im Allgemeinen und der ISU im Besonderen bei der EU-Kommission für günstige Winde zu sorgen. Hierbei vertraute man auf die Überzeugungskraft, mit der Spitzenfunktionäre des Sports ihre Einschätzung der kartellrechtlichen Situation den Brüsseler Kartellwächtern nahebringen würden:

70 Im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der Entscheidung der EU-Kommission im ISU-Verfahren hatte der Präsident des IOC, *Thomas Bach*, am 21.11.2017 anlässlich eines Treffens der Sport- und Kulturminister der Europäischen Union eine Respektierung und Bewahrung des Europäischen Sportmodells, gekennzeichnet u.a. durch ein System der vertikalen Solidarität, gefordert sowie seine

113 → XII. Rn. 1 ff. m.w.N.

114 Zu den Gründen, weshalb gerade (inter)nationale Sportverbände Rechtsstreitigkeiten bevorzugt vor Sportschiedsgerichten im Allgemeinen und vor dem CAS im Besonderen austragen, → IV. Rn. 144–160, 348–354, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bedenken hinsichtlich der Anwendung der Grundfreiheiten und insbesondere auch des (europäischen) Kartellrechts auf die Aktivitäten von Sportverbänden vorgetragen:[115]

> „It is my sincere hope that we do not lose sight of the important social role of sport by equating it with commercial sports business. We are deeply concerned about certain interpretations of the European treaty and EU competition law with regard to sports. If everything in Europe is looked at only from a business perspective, the social value of sport is lost. Sport is about so much more than business."

71 Zuvor hatte *Folker Hellmund*, Direktor des EU-Büros des Europäischen Olympischen Komitees (EOC), noch deutlicher formuliert:[116]

> „Es ist doch absurd, wenn Sportverbände i. S. des Art. 101 AEUV als Kartelle eingestuft werden, deren Hauptzweck es ist, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen."

72 Auch im vollständigen Kontext stellen diese Stellungnahmen die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport durch die EU-Kommission, das EuG und den EuGH nur stark verkürzt dar. Vernachlässigt werden jeweils u.a. die Ansätze, wie den Besonderheiten des Sports bereits seit der *Meca-Medina und Majcen*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2006 durch die strikte Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests)[117] sowie seit jeher bei der Anwendung des Rechtfertigungstatbestands gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rechnung getragen worden ist. Aktivitäten der Sportverbände werden seither – auch in der ISU-Entscheidung – gerade nicht vollständig und allein „from a business perspective" kartellrechtlich bewertet. Und weder die EU-Kommission noch das EuG oder der EuGH haben jemals angenommen, der „Hauptzweck" der Sportverbände bestehe darin, „Wettbewerber aus dem Markt zu drängen".

73 Stattdessen können Sportverbände die Besonderheiten des Sports im Grundsatz in ihren Statuten und bei deren Umsetzung frei entfalten. Dabei stoßen sie erst dann an kartellrechtliche Grenzen, wenn sie – wie alle anderen Adressaten des Kartellrechts – unternehmerisch handeln[118] (z.B. wie im ISU-Fall eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen und kommerzielle Wettbewerber am Markteintritt zu hindern versuchen) und dabei in nicht mehr zu rechtfertigender Weise den ökonomischen Wettbewerb beschränken.

74 Es ist nicht überliefert, ob und – wenn ja – wie die zitierten rechtlichen Einschätzungen von der EU-Kommission im Hinblick auf das ISU-Beschwerdeverfahren seinerzeit aufgenommen wurden. Überliefert und bekannt sind jedoch die

115 Zitiert nach https://olympics.com/ioc/news/ioc-president-at-the-council-of-the-european-union-for-meeting-on-sport-in-the-21st-century (zuletzt besucht am 7.2.2022).
116 *Hellmund* SpuRt 2017, 145 (146).
117 → VI. Rn. 40–53. m.w.N.
118 Hierzu → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidungsgründe in dem genannten Verfahren, welche insoweit bestimmte Vermutungen nahelegen …

5. Keine Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters und wirtschaftliche Betätigung von Sportverbänden

a) Meinungsstand und Rechtsauffassung der EU-Kommission

75 Insbesondere im Vorfeld des *Meca-Medina und Majcen*-Urteils des EuGH aus dem Jahr 2006[119] hielten Teile des wissenschaftlichen Schrifttums – so auch der *Verfasser*[120] – eine kartellrechtliche Bereichsausnahme für Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters für sachgerecht[121] oder zumindest denkbar.[122] Gegen einen „undurchdringlichen, justizresistenten Bereich der Autonomie nichtstaatlicher Organisationen" positionierte sich indes etwa *Steiner*.[123] Sportverbandliche Ordnungsmaßnahmen von einigem Gewicht und einiger Beschwer müssten der richterlichen Kontrolle immer dann zugänglich sein, wenn sie Interessen Dritter beträfen, die zum Schutzbereich des staatlichen Rechtskreises gehörten.

76 Die privatrechtstheoretischen Versuche, einen solchen der behördlichen und gerichtlichen Kontrolle entzogenen kartellrechtlichen Ausnahmebereich zugunsten des Sports zu definieren, haben sich aus insgesamt überzeugenden, sachlich gebotenen Gründen letztlich nicht durchsetzen können. Bis heute kann sich die Praxis an der Einschätzung der EU-Kommission orientieren, wie sie im Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 zum Ausdruck gebracht worden ist. Weil darin auch die Entwicklung der Judikatur skizziert wird, sei die gesamte Passage hier im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[124]

> „Controversial discussions in the past have never called into question the recognition of these unique characteristics of sport. Rather, they centered on the question of the precise impact of the specificity of sport on the application of EC competition law. It was argued by some that so-called **‚purely sporting rules'** automatically fall outside the scope of EC anti-trust rules and cannot, by definition, be in breach of those provisions.

119 → VI. Rn. 39–60 m.w.N.

120 So im Ansatz, wenngleich mit deutlichen Zweifeln hins. der Existenz derartiger Regelungen *Heermann* CaS 2006, 345 (357 ff.) auf der Basis vorläufiger Leitlinien zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich des Sports, Mitteilung an die Kommission vom 15.2.1999, Karel van Miert im Einvernehmen mit den Kommissionsmitgliedern Oreja und Flynn (vorläufige Leitlinien) m.w.N. zur deutschsprachigen Schrifttum.

121 S. etwa *Hannamann* 238 ff.; *Parrish/Miettinen* 112 m.w.N.; *Pfister*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, 457 (467 f.).

122 Zur Bereichsausnahme für Regelungen von ausschließlich sportlichem Interesse s. ausf. *Hail* 198–211; zur Entwicklung von Sportregeln im engeren Sinn in der Rspr. staatlicher Gerichte in der Schweiz vgl. *Baddely* ISLJ 2020, 3 (6–9).

123 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (229).

124 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. a).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> **The ECJ has unequivocally rejected this approach in Meca Medina** and held that the qualification of a rule as ‚purely sporting' is not sufficient to remove the athlete or the sport association adopting the rule in question from the scope of EC competition rules. The Court insisted, on the contrary, that whenever the sporting activity in question constitutes an economic activity and thus falls within the scope of the EC Treaty, the conditions for engaging in it then are subject to obligations resulting from the various provisions of the Treaty including the competition rules. The Court spelled out the need to determine, on a case-by-case basis and irrespective of the nature of the rule, whether the specific requirements of Articles 81 EC or 82 EC are met. It further clarified that the anti-doping rules at issue were capable of producing adverse effects on competition because of a potentially unwarranted exclusion of athletes from sporting events.
>
> **In the light of Meca-Medina, it appears that a considerable number of organisational sporting rules, namely all those that determine the conditions for professional athletes, teams or clubs to engage in sporting activity as an economic activity, are subject to scrutiny under the anti-trust provisions of the Treaty.**
>
> **The landmark Meca Medina ruling has therefore substantially enhanced legal certainty by clearly pronouncing that there exists no such thing as a category of ‚purely sporting rules' that would be excluded straightaway from the scope of EC competition law.**"

Den letzten Hinweis, dass durch das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH die Rechtssicherheit erhöht worden sei, werden Vertreter der Sportverbände vermutlich als Hohn oder Ironie empfinden. Bis zum Jahr 2006 und zuletzt auch gestützt auf die Rechtsauffassung des EuG in der Vorinstanz hatten sich die Sportverbände die dauerhafte Anerkennung einer kartellrechtlichen Bereichsausnahme durch den Gerichtshof ausmalen dürfen. Im Vergleich zu dieser erhofften Rechtslage ist eine nunmehr im Einzelfall erforderliche Überprüfung anhand des zwar sachgerechten, aber – zugegebenermaßen – komplexen *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) aus der Perspektive der Sportverbände sicherlich eine gewisse Einbuße an Rechtssicherheit. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Gruppe von Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters trotz einer jahrzehntelangen Diskussion nicht rechtssicher hatte bestimmen und definieren lassen. Zudem würde eine solche partielle kartellrechtliche Bereichsausnahme auf eine ungerechtfertigte Verkürzung des Rechtsschutzes hinauslaufen.[125] Es wäre mit dem Schutzzweck der Art. 101, 102 AEUV nicht zu vereinbaren, wenn im Falle einer an sich vorliegenden Eröffnung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs bei einer Anerkennung eines Ausnahmebereichs zugunsten des Sports die Rechtsanwendung letztlich von den Intentionen des verbandlichen Regelsetzers abhängig gemacht würde.[126] 77

125 *Punte* 85 f.; *Kretschmer* 90; *Seyb* 94–97; *Pfister* SpuRt 2007, 58 (59); krit. auch *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (13–15).

126 *B. Eichel* 177; *Seyb* 94–97; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (570); ähnl. *Putzier* 67 f.; a.A. *Schwarze/Hetzel* EuR 2005, 581 (587).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

78 Auch die Sportverbände sollten anerkennen, dass der EuGH letztlich im Rahmen des rechtlich noch Vertretbaren den berechtigten Belangen und Wünschen des Sports entgegengekommen ist. Dadurch hat er seine Aufgeschlossenheit gegenüber den Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts signalisiert – gerade dieses deutliche Zeichen war keine Selbstverständlichkeit.[127]

b) Rein sportlicher Charakter von Verbandsregelungen regelmäßig reine Fiktion

79 Gerade im professionell betriebenen Sport, aber auch bei wirtschaftlicher Betätigung von Sportverbänden insbesondere durch die Organisation und Durchführung von Sportwettkämpfen sowie durch deren Vermarktung sind Verbandsregeln, die überhaupt nicht mit der Verfolgung wirtschaftlicher Verbandsinteressen in Verbindung gebracht werden können, kaum vorstellbar.[128] Dafür sind die Verbindungen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Aspekte bei organisatorischen Maßnahmen der Sportverbände regelmäßig zu eng.[129] Dabei haben selbst primär aus sportlichen Motiven erlassene Regeln zumeist feststellbare Rückwirkungen auf Märkte.[130] Dies gilt etwa auch für die Verbandsregelungen, die auf den ersten Blick allein das Sportgeschehen zu betreffen scheinen:

80 – Schon bei der Abseitsregel etwa im Fußball kommen Zweifel auf. Wenn insoweit irgendwann einmal eine Regeländerung erfolgen sollte, so würde damit wahrscheinlich die Erwartung auf eine Erhöhung der Attraktivität des Spiels verbunden werden, was sich dann im Rahmen der Vermarktung positiv auf die Entwicklung der Erlöse auswirken würde.

81 – Eine Modifikation der Regelungen, die Spielfouls definieren, würde nicht nur dem Schutz der betroffenen Spieler, sondern vermutlich auch einem erhöhten Spielfluss und damit einer Attraktivitätssteigerung dienen. Dieses Motivationsmuster lässt sich auf viele sog. Spielregeln übertragen.

82 – Die Maße des Spielfeldes sind auch mitbestimmend für die Anzahl spannender Torraumszenen; die Spieldauer und insbesondere die Anzahl der regulären Spielunterbrechungen haben unmittelbaren Einfluss auf die Gesamtdauer der für Werbung oder andere Vermarktungsaktivitäten berücksichtigungsfähigen Zeit.

127 → VI. Rn. 146–159 m.w.N.
128 *Weatherill*, Principles, 2017, 116: „fictional or at least extremely rare creature that is the ‚purely sporting' rule".
129 Langen/Bunte/*Schneider*, Bd. 2, Syst. IV Rn. 12; *Opfermann* 236 f.; a.A. ohne Begründung *Kling/Thomas* § 5 Rn. 233.
130 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 147 ff. – ISU's Eligibility Rules; *Adolphsen* 176 f.; *Seyb* 83; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (570 f.); *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (400 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– Selbst von der besonderen Form seiner Torpfosten erhoffte sich zumindest deren Produzent neben eigenen Umsatzsteigerungen mehr Tore und damit ein erhöhtes Vermarktungspotential für die Sportverbände.[131] 83

– Maximalmaße für die Sportlerkleidung können durchaus die Aufmerksamkeit der (Fernseh-)Zuschauer erhöhen (etwa im Beachvolleyball der Damen), was auch die Herzen der Werbetreibenden höher schlagen lässt (selbst wenn sie auf der Kleidung kaum mehr ausreichend Platz für ihre Werbebotschaften finden). 84

– Und was ist mit der Handspiel-Regel im Fußball? Hier haben Reformen und Reförmchen der betreffenden Verbandsstatuten oder ihrer Auslegungsleitlinien dafür gesorgt, dass mitunter sogar Bundesliga-Schiedsrichter den Durchblick zu verlieren scheinen und dann eine einheitliche Regelanwendung vermissen lassen. Aber das ist nur die persönliche Einschätzung eines begeisterten und bekennenden Fußballlaien im Land der mindestens 40 Millionen – meist selbsternannten – sog. Fußballexperten. Hier scheinen nachvollziehbare und vor allem praktisch umsetzbare Regelanpassungen dringend geboten, damit die Attraktivität des Spiels nicht weiter leidet. Und dies wäre dann eine weitere, zumindest auch wirtschaftlich motivierte Regelanpassung. 85

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, mit welchem Einfallsreichtum Sportverbände sich in den letzten Jahrzehnten bemüht haben, immer mehr Facetten eines Sportereignisses gewinnbringend zu vermarkten. Je weiter dieser eindeutige Trend fortschreitet, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die in freier Wildbahn schon lange nicht mehr gesichtete Spezies der Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters in naher Zukunft endgültig aussterben wird oder vielleicht sogar schon ausgestorben ist. 86

c) Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens – ein entbehrlicher Prüfungspunkt

Nach bislang vorherrschender Auffassung soll eine sportliche Betätigung nur dann unter den Schutz der Grundfreiheiten und Wettbewerbsvorschriften fallen können, wenn sie einen Teil des Wirtschaftslebens nach Art. 2 EGV bzw. Art. 2 EG bilde.[132] Beide Normkomplexe dienten dem Schutz und der Erhaltung des Binnenmarktes und Wettbewerbs und erforderten daher das Vorliegen wirtschaftlicher und nicht bloß ideeller Tätigkeiten. Beide Regelungen sind zwar inzwischen ersatzlos weggefallen, was aber unter Berücksichtigung der allgemeinen 87

131 Zu Fußballtoren mit speziellen Pfosten, die unter der Bezeichnung „More Goal" vermarktet wurden, s. *Ruhmöller* Bild am Sonntag (BamS) v. 11.3.2008.

132 S. stellvertr. EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 22 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vertragsziele irrelevant ist.[133] Weitergehend ist diese bislang standardmäßig und schablonenhaft durchgeführte Vorprüfung sogar als irrelevant eingestuft worden.[134] Dafür sprechen überzeugende Gründe: Sofern Sportler im Falle einer Prüfung der Verbandsregeln am Maßstab der europäischen Grundfreiheiten als Arbeitnehmer gem. Art. 45 AEUV oder Dienstleister gem. Art. 57 AEUV eingestuft werden können oder es sich aber im Falle einer kartellrechtlichen Prüfung bei den Sportlern oder Sportverbänden um Unternehmen gem. Art. 101, 102 AEUV handelt,[135] ist es jedenfalls schwer vorstellbar, wie das Aufstellen, Anwenden und Umsetzen von Verbandsregelungen keinen Teil des Wirtschaftslebens darstellen sollen.

d) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen

88 Da sich eine Immunisierung des Sports gegen die Anwendung der europäischen Grundfreiheiten sowie des europäischen Kartellrechts nicht begründen lässt, müssen die entsprechenden Sachverhalte zwangsläufig von Fall zu Fall daraufhin untersucht werden, ob und – wenn ja – in welchem Umfang bei der Rechtsanwendung den Besonderheiten des Sports Rechnung getragen werden kann.[136] Unter diesen Umständen ist es schwierig, wenn nicht gar unmöglich, Sportverbänden allgemeingültige Leitlinien etwa zur kartellrechtlichen Bewertung bestimmter Problemkonstellationen an die Hand zu geben.[137] Wie sich insbesondere bei der Analyse des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) ergeben wird,[138] können schon geringfügige Modifikationen eines aus kartellrechtlicher Perspektive zu prüfenden Sachverhalts zu deutlich abweichenden rechtlichen Bewertungen führen. Dieses Phänomen lässt sich übrigens nicht nur im Kartellrecht beobachten. Allerdings bemüht sich die EU-Kommission gleichwohl, Sportverbänden Unterstützung für die Rechtsanwendung zukommen zu lassen. So veröffentlichte sie etwa im Juni 2016 ein Dokument mit dem Titel „Mapping and Analysis of the Specificity of Sport“,[139] in dem im Wesentlichen die bisherige Entscheidungspraxis im Detail dargestellt wird. Freilich ist davon auszugehen, dass Sportverbände anstelle dieses Berichts über abgeschlossene Verfahren belastbare und vor

133 *Wirsing* 101, 109.
134 *Kretschmer* 92 f.; *Seyb* 94–97.
135 Hierzu → VI. Rn. 114–138 m.w.N.
136 Ebenso *Parrish/Miettinen* 106; *Weatherill*, Principles, 2017, 118, 122, 162, 249.
137 So auch *Weatherill*, Principles, 2017, 119 f.; a.A. *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 444 zumindest im Hinblick auf „Bestimmungen […] in denen Sportverbände die Bedingungen festlegen, unter denen die Athleten Zugang zu den entsprechenden Veranstaltungen erhalten.“; *Stopper* SpuRt 2018, 190 (192).
138 → VI. Rn. 164–385.
139 *European Commission*, Mapping and Analysis of the Specificity of Sport, abrufbar unter https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/studies/mapping-analysis-specificity-sport_en.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

allen Dingen konkretere Leitlinien bevorzugt hätten, die verbindliche und damit rechtssichere Aussagen zur zukünftigen Entscheidungspraxis getroffen hätten. Aber hier greift zugunsten der EU-Kommission folgender altbekannter Grundsatz des römischen Rechts: *Ultra posse nemo obligatur*.

89 Die Erforderlichkeit von Einzelfallentscheidungen sowie die Einführung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) haben indes auch positive Nebeneffekte. Denn so wird eine differenzierte, sich an den Umständen des konkreten Einzelfalls orientierende kartellrechtliche Bewertung ermöglicht. Anstelle schablonenhafter Leit- und Orientierungssätze, die selten passgenau auf einen konkreten Sachverhalt angewendet werden können, ist die Möglichkeit eröffnet, je nach Grad der sporttypischen Eigenheit und des Gemeinwohlbezugs des verfolgten Ziels unterschiedliche Maßstäbe bei der kartellrechtlichen Bewertung anzulegen.[140] So scheidet etwa bei rein wirtschaftlich motivierten Verbandsregelungen zwar eine Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) grundsätzlich aus, indes ist dann immer noch eine wettbewerbliche Rechtfertigung aus ökonomischen Effizienzgesichtspunkten am Maßstab von Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbar.[141] Wenn demgegenüber die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung klar hinter deren primär sportbezogenen Charakter zurücktreten, wird ein Kartellverstoß vielfach abzulehnen sein. Denn in derartigen Konstellationen wird oftmals bereits das Spürbarkeitserfordernis der Handelsbeeinträchtigung nicht vorliegen oder aber die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) werden erfüllt sein.[142]

6. Bestimmung des relevanten Marktes im Sport

a) Grundlagen

90 Die Bestimmung des relevanten Marktes[143] spielt nicht nur bei der Frage, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV innehat, eine wichtige Rolle,[144] sondern auch im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Denn nur wenn man sich Gewissheit darüber verschafft, auf welchem relevanten

140 *Opfermann* 237.
141 Vgl. Langen/Bunte/*Schneider*, Bd. 2, Syst. IV Rn. 37 f.; → VI. Rn. 362–372.
142 *Seyb* 83.
143 Grundl. hierzu bis heute EU-Komm., Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997, C 372. Am 12.7.2021 hat die Kommission hierzu einen Evaluierungsbericht vorgelegt, der allerdings keine Erwägungen zur Bestimmung des relevanten Marktes im Sportsektor umfasst; vgl. Staff Working Document, Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997 v. 12.7.2021, SWD(2021) 199 final; vgl. hierzu auch *Kruse/Maturana* NZKart 2021, 449 ff.
144 → VII. Rn. 1–3.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Markt sich eine festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auswirkt, kann man im Rahmen der Tatbestandssubsumtion die Fragen nach dem Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels[145] sowie nach der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit[146] zuverlässig beantworten. Darüber hinaus bedarf es aber – wie sich nachfolgend zeigen wird[147] – gleichfalls einer Rückbesinnung auf den (die) betroffenen relevanten Markt (Märkte), wenn es um die Frage geht, ob sich ein Sportverband bei der Aufstellung von Verbandsstatuten unternehmerisch betätigt.

91 Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, auch Produktmarkt genannt, erfolgt regelmäßig anhand des Bedarfsmarktkonzepts und damit anhand des Kriteriums der Substituierbarkeit.[148] Der sachlich relevante Markt erfasst demnach sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können.[149] Dieser Ansatz zur Marktabgrenzung wird im Sportsektor uneingeschränkt angewandt.[150] Dabei führen die Besonderheiten des Sports vielfach zu einer engen Marktabgrenzung.[151] Insoweit kann zwischen

- Beschaffungsmärkten (z.B. Märkte für Arbeits- und Dienstleistungen von Spielern, für Dienstleistungen von Spielervermittlern, für Sportgeräte und Sportkleidung),
- Absatzmärkten (z.B. Märkte für die mediale Verwertung, für Sponsoring, für Eintrittskarten zu Sportveranstaltungen),
- Sportveranstaltungsmärkten (z.B. Märkte für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen, für die Zulassung von Athleten und/oder

145 S. hierzu EU-Komm., Bekanntmachung der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. 2004/C 101/81 f. v. 27.4.2004.

146 S. hierzu EU-Komm., Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2014/C 291/1 v. 30.8.2014.

147 → VI. Rn. 119–138.

148 EuGH Slg. 1979, 461, Rn. 28 = BeckRS 2004, 73814 – Hoffmann-La Roche; EuGH Slg. 1998, I-7791, Rn. 33 = NJW 1999, 2259 – Bronner Mediaprint; EU-Komm., Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997, C 372, 5 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 42 m.w.N.; zum deutschen Recht: Langen/Bunte/*Bardong*, Bd. 1, § 18 GWB Rn. 16 m.w.N.

149 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 48 m.w.N.; BGHZ 68, 23 = NJW 1977, 675 – Valium für das GWB.

150 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 32 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.

151 OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (43); Langen/Bunte/*Schneider*, Bd. 2, Syst. IV Rn. 40; *Heermann* WuW 2009, 489 (493).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Clubs zu einem verbandsseitig organisierten Wettbewerb und für die Zulassung einer verbandsfremden Sportveranstaltung durch Sportverbände) sowie
– Märkten für die Beteiligung an Sportclubs[152]

unterschieden werden.[153]

Ein Markt für die Organisation von Sportveranstaltungen[154] ist anerkannt.[155] Bei internationalen Spitzenveranstaltungen (z.B. Olympische Sommer- oder Winterspiele, FIFA Fußball-Weltmeisterschaft oder UEFA Fußball-Europameisterschaft) ist im Einzelfall zu ermitteln, ob wegen der Einzigartigkeit insbesondere eines sportartübergreifenden Wettkampfformats und/oder des herausragenden sportlichen Renommees der Veranstaltung ein eigenständiger Produktmarkt angenommen werden kann.[156] Davon ist auszugehen, wenn aus der Perspektive der Marktgegenseite (z.B. der Medienanbieter oder der Athleten) tatsächlich keine Austauschbarkeit mit einem anderen Sportevent angenommen werden kann.[157] In solchen Konstellationen ist zuletzt wiederholt ein gemeinsamer Markt für die Organisation einer Sportveranstaltung und deren Vermarktung angenommen worden, da beide Aktivitäten aus Sicht der Sportverbände Hand in Hand gingen.[158] Zudem soll nach Auffassung der EU-Kommission die gute Organisation die Basis einer erfolgreichen Vermarktung darstellen.[159] Dennoch sei sorgfältig zu prüfen, ob nicht eine Trennung der Märkte geboten sei,[160] wobei die Nachfragegewohnheiten der Zuschauer sowie Sponsoren und die Umstellungsflexibilität[161] möglicher Anbieter zu berücksichtigen seien. 92

Die genannten Argumente allein können im Regelfall nicht das Verschmelzen zweier benachbarter, eventuell komplementärer Produktmärkte zu einem einzigen Produktmarkt rechtfertigen, sondern sprechen eher für separate Märkte.[162] Die Durchführung und Organisation eines Sportevents einerseits und die Vermarktung desselben andererseits stehen zwar in einem wirtschaftlichen Zusam- 93

152 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 30, 32, 38 – ENIC/UEFA; → VI. Rn. 15–24.
153 Ausf. zu dieser Differenzierung *Grätz* 174 ff.; vgl. auch *Hannamann* 310 ff.; *Opfermann* 296 f.; *Heermann* WuW 2009, 489 (490); *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 13–16; ebenso *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (497 f.); ähnl. *Putzier* 72–74, 91 f.
154 EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 45 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; vgl. hierzu auch *Hülskötter* 223 f.
155 OLG Dresden SpuRt 2004, 74 (75); LG Köln SpuRt 2007, 30 (33); *Adolphsen* 190; *Grätz* 201 f.; *Bahners* SpuRt 2003, 142 (143).
156 *Opfermann* 296 f. stellt hingegen auf die Chance einer erheblichen Wertsteigerung der Sportler ab (zweifelhaft).
157 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 45 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zuvor schon *Heermann* WRP 2009, 285 (292).
158 EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 85, 99 m.w.N. – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 f. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
159 EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 99, 205 – ISU's Eligibility Rules.
160 EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 98–105 – ISU's Eligibility Rules.
161 EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 93 ff. – ISU's Eligibility Rules.
162 So auch zuvor schon im Hinblick auf die Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer *Varens* 94–97.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

menhang, wobei der Sportveranstalter sich aber an unterschiedliche Abnehmergruppen wendet. Zum einen haben Athleten aufgrund des sog. Ein-Platz-Prinzips[163] neben dem vom (inter)nationalen Sportfachverband oder auch von einer sportartübergreifenden Organisation wie dem IOC durchgeführten Sportevent tatsächlich zumeist keine oder nur sehr begrenzte Möglichkeiten, auf Veranstaltungen anderer Anbieter auszuweichen. Zum anderen haben jedoch Medienanbieter oder diejenigen Unternehmen, die sich etwa als Sponsoren in ihrer Werbung an ein Sportevent anlehnen wollen, zumeist verschiedene Ausweichmöglichkeiten, so dass ein Sportveranstalter auf dem Markt für die Vermarktung des Events – anders als auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen – grundsätzlich nicht marktbeherrschend ist.[164] Diese erheblichen strukturellen Unterschiede würden durch die Annahme eines gemeinsamen Marktes für die Organisation eines bestimmten Sportevents und dessen Vermarktung verwässert.

94 Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem sich die objektiven Wettbewerbsbedingungen bei dem relevanten Produkt für alle Unternehmen gleichen.[165] Für die Beurteilung sind insbesondere folgende Faktoren maßgebend: die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Anbieter und Abnehmer, die rechtlichen Rahmenbedingungen, das Preisniveau. Das auf diese Weise ermittelte Gebiet kann den Weltmarkt umfassen, den Binnenmarkt, aber auch das Gebiet eines Mitgliedstaates oder gar nur einen abgegrenzten regionalen Bereich. Im Hinblick auf die Ermittlung des räumlich relevanten Marktes bei der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV wird, anknüpfend an die Rechtsprechung des EuGH, geprüft, ob das marktbeherrschende Unternehmen in dem betreffenden Gebiet Produkte und Dienstleistungen zu objektiv gleichen Bedingungen ohne wirtschaftliche Schranken anbieten kann.[166]

95 Der zeitlich relevante Markt gewinnt nur in Ausnahmefällen vorübergehend existierender Märkte Bedeutung (z.B. Eintrittskarten zu einer FIFA Fußball-Weltmeisterschaft oder zu einem bestimmten Spiel in der UEFA Champions-League).

163 Hierzu ausf. *Heermann* WRP 2019, 145 ff. m.w.N.; → XIII. Rn. 62–72.
164 So bereits *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 13–16 m.w.N.
165 EuGH Slg. 1978, 207, Rn. 44 = NJW 1978, 2439 (2439 f.) – United Brands; EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 34 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.
166 EuGH Slg. 1978, 207, Rn. 45 ff. = NJW 1978, 2439 (2440) – United Brands; ebenfalls zur Marktbeherrschung → VII. Rn. 4–14.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Sportveranstaltung als Plattform im Sinne der Kartellrechtsökonomik?

aa) Ausgangslage

96 In den letzten Jahren hat die zunehmende Marktmacht von (Internet-)Plattformen wie Amazon, Google oder Facebook das Kartellrecht weltweit vor neue Herausforderungen gestellt.[167] Soweit ersichtlich, hat hierzulande *Hülskötter* als Erster versucht, diese Diskussion auf das Sportkartellrecht zu übertragen und in Bezug auf Sportveranstaltungen für die Bestimmung eines einheitlichen relevanten Marktes oder voneinander zu trennender relevanter Märkte nutzbar zu machen.[168] Die Thematik ist komplex, die Diskussion befindet sich im Fluss und wird sich noch auf Jahre hinaus fortsetzen. Der gedankliche Ansatz ist faszinierend, kann hier aber nur im Überblick dargestellt und gewürdigt werden.

97 *Hülskötter* vertritt die Auffassung, dass eine Sportveranstaltung eine Plattform im kartellrechtlichen Sinne darstelle, wenn zwischen den verschiedenen Handelspartnern eines Sportveranstalters (insbesondere Athleten, Live-Zuschauer in der Sportstätte, Bildschirmzuschauer und Werbepartner) indirekte Netzwerkeffekte beständen.[169]

bb) Plattform und indirekte Netzwerkeffekte

98 Plattformen werden in diesem Zusammenhang auch als zweiseitige oder mehrseitige Märkte bezeichnet, da sie als Mittler zwischen mindestens zwei verschiedenen Nutzergruppen stehen. Das BKartA hat in einem Arbeitspapier aus dem Jahr 2016 eine Plattform in folgender Weise definiert:[170]

> „Als Plattformen sind Unternehmen anzusehen, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen."

Stark vereinfachend gesprochen und bei Anwendung auf eine Sportveranstaltung kann man indirekte Netzwerkeffekte annehmen, wenn sich Handlungen oder Entscheidungen eines Handelspartners (A) des Sportveranstalters (S) aufgrund und infolge der Durchführung der Sportveranstaltung (andernfalls käme kein *indirekter* Netzwerkeffekt in Betracht) nicht nur auf dessen Nutzen oder Gewinn, sondern auch auf den Nutzen oder Gewinn (mindestens) eines anderen Handelspartners (B) des Sportverbandes S auswirken. Üblicherweise bestehen zumindest

167 Instruktiv hierzu *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken m.w.N. zum Stand der wissenschaftlichen Diskussion sowie der Entscheidungspraxis von Kartellbehörden und -gerichten.
168 *Hülskötter* 221 ff.; so auch *Polk* FAZ v. 8.11.2021.
169 *Hülskötter* 221 f.
170 *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von vornherein keine vertraglichen Beziehungen zwischen A und B, sondern allein zwischen A und S sowie zwischen B und S. In der Folge kommt es zu einer Interaktion oder eventuell sogar Transaktion zwischen A und B, wobei S hieran juristisch und/oder ökonomisch beteiligt sein kann, indes nicht zwingend beteiligt sein muss.

99 Eine Sportveranstaltung wird man nunmehr am ehesten als Aufmerksamkeitsplattform oder Werbeplattform einordnen können, die jeweils der Gruppe der Nicht-Transaktionsplattformen zugerechnet werden (wie z.B. klassische Zeitungen mit Werbeanzeigen und werbefinanzierte Webseiten oder die Suchmaschine Google). Denn – anders als etwa der Betreiber der Transaktionsplattform Amazon – beabsichtigt ein Sportveranstalter nicht die unmittelbare Herbeiführung oder Vermittlung eines geschäftlichen Kontakts etwa zwischen Zuschauern und werbenden Unternehmen. Auch bei einer solchen Aufmerksamkeitsplattform können indirekte Netzwerkeffekte vorliegen.[171] Wenn man sich nunmehr auf die Nutzergruppen der Zuschauer und der Werbetreibenden beschränkt, wird deutlich, dass indirekte Netzwerkeffekte sich vielfach nur in einer Richtung werden nachweisen lassen. Eine steigende Zahl von Zuschauern des Sportevents führt notwendigerweise zu einer Steigerung der Werbekontakte derjenigen Unternehmen und Veranstaltungssponsoren, die medienwirksam (z.B. auf Werbebanden) in der Sportstätte auf sich aufmerksam machen. Eine vergleichbare Nutzensteigerung ergibt sich jedoch nicht für die Zuschauer im umgekehrten Fall, wenn die Zahl der Werbetreibenden zunimmt. Jene streben nämlich, anders als die werbenden Unternehmen, vorrangig keine Werbefolgekontakte an, sondern wollen das Sportevent konsumieren, das den alleinigen oder vorrangigen Grund für den Besuch der Sportstätte darstellte. Eine Aufmerksamkeitsplattform ist daher vielfach, aber nicht notwendigerweise durch asymmetrische indirekte Netzwerkeffekte geprägt.

cc) Indirekte Netzwerkeffekte bei Sportveranstaltungen

100 Die Bewertung der zwischen den Handelspartnern (vorliegend: A, B …) und Sportveranstalter S bestehenden tatsächlichen und ökonomischen Interdependenzen ist überaus schwierig, hängt insbesondere in Ermangelung empirischer Befunde mitunter von Unwägbarkeiten ab und bietet regelmäßig Angriffsfläche für Zweifel, Kritik oder offene Ablehnung. Dies sei anhand *Hülskötters* Bewertung einer Sportveranstaltung als Plattform exemplarisch demonstriert:[172]

171 S. hierzu *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 24 f., freilich ohne Bezug zu einem Sportveranstalter als Intermediär.

172 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „Eine Sportveranstaltung ist eine Plattform mit vier Marktgegenseiten. Bei Sportveranstaltern handelt es sich dementsprechend um Intermediäre. Zu beachten sind sowohl der Beschaffungsmarkt der Athletenleistung als auch die Absatzmärkte zu den Live-Zuschauern, Werbeunternehmen und Übertragungsunternehmen."

101 Um eine Plattform oder einen mehrseitigen Markt annehmen zu können, sind neben dem Sportveranstalter S als Intermediär mindestens zwei Handelspartner erforderlich, was bei Sportevents regelmäßig der Fall sein wird. Ob bei Sportveranstaltungen gerade exakt vier Marktgegenseiten vorhanden sind, wie *Hülskötter* meint, ist zweifelhaft (für die Einstufung eines Sportevents als Plattform freilich unerheblich). Unberücksichtigt bleiben bei seiner Sichtweise Vertragspartner der Sportveranstalter etwa in den Bereichen Security, Hospitality, Datensammlung und -auswertung. Denkbar ist zudem, dass der Sportveranstalter gar nicht selbst Eigentümer der Sportstätte ist, so dass in diesem Fall mit dem Verpächter ein weiterer wichtiger Handelspartner hinzuträte. Die Zahl der Vertragspartner eines Sportveranstalters kann gerade im bestens vermarktbaren Profisport groß sein, was die Bestimmung der indirekten Netzwerkeffekte noch schwieriger gestaltet.

102 Aber selbst wenn man mit *Hülskötter* allein von vier Marktgegenseiten ausgeht, ist die Ermittlung von indirekten Netzwerkeffekten bereits überaus kompliziert und mit vielerlei Ungewissheiten behaftet, wie seine folgenden Erwägungen zeigen:[173]

> „Zwischen diesen Märkten bestehen positive indirekte Netzwerkeffekte. Je mehr Sportler auf dem Markt für Athletenleistung ihre Leistung anbieten, desto höher wird die Leistungsfähigkeit der für die Sportveranstaltung nachgefragten Athleten sein. Dadurch wird der sportliche Wettbewerb auf einem höheren Niveau geführt und hat sowohl für die Live-Zuschauer als auch die Bildschirmzuschauer einen größeren Nutzen, da sie besser unterhalten werden."

103 Diese Feststellungen fordern an verschiedenen Punkten zum Widerspruch heraus. Nicht zwangsläufig steigt die Leistungsfähigkeit der an einem Sportevent teilnehmenden Athleten, wenn diese aus einem besonders großen Kreis von Interessenten ausgewählt werden können. Dies gilt insbesondere nicht für internationale Sportveranstaltungen, wenn bei der Auswahl neben sportlichen Kriterien auch Teilnehmerquoten zu beachten sind, die den verschiedenen Kontinentalverbänden eingeräumt werden müssen. Insoweit findet eine Bestenauslese also nur eingeschränkt statt. Andernfalls müssten etwa an Tischtennis-Weltmeisterschaften deutlich mehr asiatische, insbesondere chinesische Spieler als bislang teilnehmen. Auch an Fußball-Weltmeisterschaften nehmen regelmäßig Nationalverbände teil, deren Leistungen deutlich hinter denen nicht qualifizierter Teams anderer Kontinentalverbände zurückbleiben. An solchen Sportevents nehmen also nicht durchweg die weltweit besten Athleten oder Teams teil.

173 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

104 Ob alleine eine größere Anzahl potentieller Interessenten an einer Sportveranstaltungsteilnahme automatisch zu einem Sportwettbewerb auf höherem Niveau führt, mag daher bezweifelt werden. Insoweit sind aber auch andere Faktoren maßgeblich, insbesondere die Leistungsdichte der letztlich teilnehmenden Athleten oder Teams. Ob darüber hinaus ein möglichst hohes Leistungsniveau für die Live-Zuschauer und insbesondere die Bildschirmzuschauer stets einen größeren Nutzen bietet, ist ebenfalls unsicher. Zuschauer identifizieren sich gerade bei internationalen Mannschaftswettbewerben vielfach am ehesten mit „ihrer" Nationalmannschaft – eine Neigung, die bei Clubwettbewerben wie der UEFA Champions League vielleicht etwas weniger stark ausgeprägt ist. Das führt zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen bei Bildschirmzuschauern ein *größerer* Nutzen unterstellt werden kann. Den vielfach nicht neutralen Zuschauern etwa einer FIFA Fußball-Weltmeisterschaft wird der sportliche Erfolg der von ihnen jeweils favorisierten Nationalmannschaft wichtiger sein als das Leistungsniveau des Turniers. Ein solcher Nutzen könnte durch eine Vergrößerung des Teilnehmerfeldes bei den Live- und Bildschirmzuschauern quantitativ deutlich gesteigert werden. Denn so erhielten Fußballfans aus zahlreichen Ländern, deren Nationalmannschaften etwa bei Kontinental- oder Weltmeisterschaften nicht zu den „üblichen Verdächtigen" gehören, gleichfalls – zumeist allerdings nur für nicht mehr als drei Vorrundenspiele – Gelegenheit, aus nationaler Verbundenheit mit ihrem jeweiligen Lieblingsteam mitzufiebern. Wie die kontroverse Diskussion zur zunächst geplanten Aufstockung des Teilnehmerfeldes für die FIFA Fußball-WM 2022 in Qatar von 32 auf 48 Teams gezeigt hat, wäre ein solches Vorgehen dem Leistungsniveau zumindest zahlreicher Vorrundenspiele jedoch abträglich.

105 Schon an dieser Stelle lässt sich als Zwischenfazit feststellen, dass – anders als *Hülskötter* suggeriert – das Vorliegen sowie das Ausmaß positiver Netzwerkeffekte zwischen den teilnehmenden Athleten oder Mannschaften einerseits und den Live- und Bildschirmzuschauern andererseits nicht pauschal bestimmt werden können, sondern stets von dem konkreten Format der Sportveranstaltung abhängen.

106 Dies gilt auch für *Hülskötters* nächste Folgerung:[174]

> „Aus der steigenden Anzahl an Sportlern, die ihre Athletenleistung anbieten, ergeben sich für die Übertragungsunternehmen ebenfalls indirekte positive Netzwerkeffekte, da das Interesse der Verbraucher an dem Wettkampf und damit auch die Nachfrage nach dessen Übertragung steigt."

Es ist zu vermuten, dass eine FIFA Fußball-WM 2022 in Qatar mit 48 teilnehmenden Nationalmannschaften für mehr Medienunternehmen zu einer erhöhten Nachfrage seitens der Bildschirmzuschauer hätte führen können, was sodann

174 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aber primär an der Aufstockung des Teilnehmerfeldes um 50 % und eher nicht an dem Leistungsniveau der Sportveranstaltung gelegen hätte.

Die Unwägbarkeiten, die für die denkbaren indirekten Netzwerkeffekte zwischen teilnehmenden Athleten und Live- und Bildschirmzuschauern skizziert wurden, gelten im Hinblick auf die eine Sportveranstaltung übertragenden Unternehmen entsprechend:[175] 107

> „Erhöht sich die Anzahl der Live-Zuschauer und/oder der Bildschirmzuschauer, hat dies wiederum positive indirekte Netzwerkeffekte für die Werbeunternehmen, da ihre Werbemaßnahmen bei der Sportveranstaltung von einem größeren Publikum wahrgenommen werden."

Diese Feststellung ist *prima facie* nachvollziehbar. Ob sie letztlich aber zutrifft, hängt wiederum von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Denn sie beruht auf der Annahme, dass eine größere Anzahl an Werberezipienten anlässlich Sportveranstaltungen *per se* vorteilhaft für diejenigen Unternehmen ist, die im Zusammenhang mit dem Event vor Ort und in den Werbepausen ihre Produkte anpreisen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber auch die Zielgruppe, die durch die jeweilige Werbemaßnahme für ein bestimmtes Produkt angesprochen werden soll. Wenn die Erhöhung der Gesamtzahl der Werberezipienten sich in der Zielgruppe des werbenden Unternehmens (z.B. fußballaffine Personen im Alter zwischen 14 und 49 Jahren auf dem europäischen, nordamerikanischen und südostasiatischen Markt) nicht widerspiegeln sollte, wären insoweit keine positiven indirekten Netzwerkeffekte festzustellen. 108

Zweifelhaft sind auch die einzelnen Folgerungen, die *Hülskötter* aus seinen zuvor getroffenen Annahmen zieht. Dies gilt selbst dann, wenn man diese – anders als hier vertreten – durchweg für überzeugend hält und als zutreffend unterstellt:[176] 109

> „Werben wiederum mehr Werbeunternehmen bei der Sportveranstaltung, übertragen mehr Übertragungsunternehmen und besuchen mehr Live-Zuschauer die Sportveranstaltung, so steigen die Einnahmen der Sportveranstalter."

Mehr Live-Zuschauer bei Sportveranstaltungen führen erfahrungsgemäß zu höheren Einnahmen der Sportveranstalter. Dieser Gedanke lässt sich aber nicht zwingend auf Unternehmen übertragen, die bei der Sportveranstaltung vor Ort werben oder das Event übertragen. Den Preis, den diese Unternehmen für die Eröffnung der Werbe- oder Übertragungsmöglichkeiten zu zahlen bereit sind, hängt nämlich neben weiteren Faktoren maßgeblich auch von der Exklusivität des jeweiligen Produkts ab. So können für Sportveranstalter weniger branchenexklusiv werbende Unternehmen mit jeweils umfassenderen Werbepaketen lukrativer sein als Vertragsabschlüsse mit einer größeren Anzahl an werbenden Unternehmen

175 *Hülskötter* 222.
176 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ohne die genannten Konditionen. Die besonders lukrativen Live-Übertragungsrechte an Sportevents werden üblicherweise nur einem oder mitunter auch zwei co-exklusiv agierenden Medienunternehmen für ein bestimmtes Sendegebiet eingeräumt.

110 Es ist also insbesondere die Anzahl regional begrenzter Live-Übertragungsrechte und nicht die Anzahl der übertragenden Medienunternehmen, die sich insoweit auf die Höhe der Vermarktungserlöse eines Sportveranstalters auswirkt:[177]

> „Häufig können daher größere Summen an die Athleten ausgeschüttet werden (Startgelder und/oder Preisgelder)."

Dass bei höheren Einnahmen der Sportveranstalter auch der Spielraum für Ausschüttungen an die teilnehmenden Athleten steigen *kann*, liegt auf der Hand. Aber *müssen* die Ausschüttungen auch steigen? Partizipieren die an einer Sportveranstaltung teilnehmenden Athleten oder Clubs überhaupt angemessen an den vom Sportveranstalter generierten Erlösen? Die damit verbundenen, praxisrelevanten und komplizierten Rechtsprobleme werden später aufgegriffen und vertieft werden.[178]

111 *Hülskötter* fährt folgendermaßen fort:[179]

> „Zudem sorgt eine größere Zuschauerzahl dafür, dass den Athleten mehr Aufmerksamkeit zuteil wird, welche sie nachgeschaltet durch die Vermarktung ihrer Persönlichkeit verwerten können."

Auch diese Folgerung *Hülskötters* bedarf schließlich einer differenzierten Betrachtung. Denn eine erfolgreiche nachträgliche Vermarktung wird von der Bekanntheit eines Athleten, die durch Sportevents mit großer Zuschauerzahl zweifelsohne gesteigert werden kann, *und* darüber hinaus grundsätzlich vom sportlichen Erfolg des Testimonials abhängen. Eine Ausnahme bilden insoweit notorische sportliche Verlierer, denen es auf andere Weise gelingt, nach einem Sportevent den Zuschauern in Erinnerung zu bleiben (wie z.B. *Michael Edwards*, bekannter unter dem Namen „Eddie the Eagle", der als erster Skispringer für Großbritannien an den Olympischen Winterspielen 1988 in Calgary teilnahm und unter dem frenetischen Jubel der Zuschauer in den Wettbewerben auf der Normal- und auch auf der Großschanze jeweils ungefährdet den letzten Platz belegte).

112 Zwischenfazit: Der Nachweis positiver Netzwerkeffekte lässt sich bei Sportveranstaltungen damit keinesfalls so einfach führen, wie *Hülskötters* apodiktische Erwägungen hierzu[180] nahelegen. Durch die vorangehenden kritischen Anmer-

177 *Hülskötter* 222 f.
178 → XIII. Rn. 618–654.
179 *Hülskötter* 222.
180 *Hülskötter* 222 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kungen soll indes keinesfalls in Abrede gestellt werden, dass solche positiven Netzwerkeffekte bei Sportveranstaltungen auftreten und nachgewiesen werden können.

dd) Auswirkungen auf die Bestimmung des relevanten Marktes

Für die weiteren Erwägungen sei unterstellt, dass eine Sportveranstaltung als Nicht-Transaktionsplattform im Sinne einer Aufmerksamkeitsplattform eingestuft werden kann. Was bedeutet dies nun für die Bestimmung des relevanten Produktmarktes? Denkbar sind insoweit im Wesentlichen zwei Ansätze: einerseits, anknüpfend insbesondere an feststellbare indirekte Netzwerkeffekte, eine einheitliche Sichtweise im Hinblick auf die Plattform und ihre verschiedenen betroffenen Nutzergruppen; andererseits wegen der für jede Nutzergruppe separat zu bestimmenden, unterschiedlichen Produkte eine zwischen den Nutzergruppen differenzierende Sichtweise.[181] Insoweit hält das *BKartA* in seinem Arbeitspapier aus dem Jahr 2016 bei Aufmerksamkeitsplattformen im Allgemeinen eine einheitliche Sichtweise für nicht geboten.[182] Überzeugend legt das *BKartA* dar, dass das Produkt der Plattform nicht erst dann entstehe, wenn auch die andere Seite an Bord gebracht werde. Vielmehr werde gegenüber den werbenden Unternehmen das vorhandene Produkt monetarisiert oder es werde sogar ein zusätzliches Produkt – die Werbeflächen des Produktes – angeboten. Solche Plattformen seien darüber hinaus in der Regel durch asymmetrische indirekte Netzwerkeffekte gekennzeichnet. Damit bleibt abschließend zumindest unklar, weshalb das BKartA im Jahr 2019, also drei Jahre nach der Veröffentlichung des Arbeitspapiers zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, indes ohne Bezugnahme hierauf, seine Auffassung offensichtlich modifizierte und angesichts der komplementären Segmente einen gemeinsamen Markt für die Organisation einer Sportveranstaltung *und* deren Vermarktung annahm.[183] Dies war, weil es sich um eine Verpflichtungszusagenentscheidung handelte, freilich nur eine vorläufige Rechtseinschätzung. Daher ist nicht auszuschließen, dass das BKartA künftig die Organisation einer Sportveranstaltung und deren Vermarktung als getrennte relevante Produktmärkte einstufen wird.[184] 113

181 S. insoweit zu Sportveranstaltungen als Aufmerksamkeitsplattform *Hülskötter* 223 ff.; vgl. allg. zu dieser Frage *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 28 ff.; *Walesch* 300 ff., jew. m.w.N. zum Meinungsstand.

182 *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 33; ebenso im Anschluss daran im Hinblick auf eine Sportveranstaltung als Plattform *Hülskötter* 223 ff.; i.Erg. ähnl., allerdings ohne Bezug zum Sportsektor *Vocke* 188–190, 199 f. m.w.N. zum Meinungsstand.

183 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 f. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

184 So bereits *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 13–16 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

7. Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes auf einem relevanten Markt

a) Unternehmen und Unternehmensvereinigung

114 Sämtliche Akteure des unternehmerisch betriebenen Sports, d.h. insbesondere wirtschaftlich tätige Sportverbände und auch Athleten, kommen als Adressaten des europäischen Kartellverbots, aber auch entsprechender nationaler Kartellrechtsordnungen in Betracht.[185] Voraussetzung hierfür ist, dass sie als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne eingestuft werden können, was nicht nur den sog. Profisport betrifft, sondern zu einem erheblichen Teil auch für den sog. Amateursport angenommen werden kann.[186] Der Begriff des Unternehmens ist weder im AEUV noch im deutschen GWB gesetzlich definiert.[187] Der Unternehmensbegriff, von dem Art. 101 AEUV ausgeht,[188] entspricht weitgehend dem Unternehmensbegriff gem. § 1 GWB.[189] Nach Auffassung des EuGH, des EuG sowie der EU-Kommission umfasst der kartellrechtliche Terminus Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.[190] Der Unternehmensbegriff ist damit funktional zu verstehen und wird weit ausgelegt.[191] Er setzt lediglich eine wirtschaftliche Tätigkeit voraus, die darauf gerichtet ist, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.[192] Eine Gewinnerzielungsabsicht ist insoweit nicht erforderlich,[193] auf den Ort des Unternehmenssitzes kommt es nicht an.[194]

115 Den Gegensatz bilden insbesondere Tätigkeiten der Mitgliedstaaten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen,[195] weil sie keinen wirtschaftlichen Cha-

185 S. hierzu stellvertr. *Hail* 226–238; *Opfermann* 282–295; *Putzier* 75–78, jew. m.w.N.
186 Instruktiv zum Verhältnis zwischen sog. Amateursport und Kartellrecht s. zuletzt *Hoffmann*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 257 ff.
187 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 9.
188 Vgl. Langen/Bunte/*Hengst*, Bd. 2, Art. 101 AEUV Rn. 5 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer* § 9 Rn. 1 ff., 38 ff.
189 Langen/Bunte/*Krauß*, Bd. 1, § 1 GWB Rn. 32.
190 EuGH Slg. 2009, I-8237, Rn. 54 = EuZW 2009, 816 – Akzo Nobel; EuGH Slg. 2006, I-6295, Rn. 25 = EuZW 2006, 600 – FENIN; EuGH Slg. 1999, I-5751, Rn. 77 = ZIP 2000, 34 – Albany; EuGH Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 = NJW 1991, 2891 – Höfner und Elser; EuG Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102 – Piau; EU-Komm. 27.10.1992 – ABl. EG 1992 L 326, 31, 35 f. – Fußball-WM 1990; Commission Staff Working Document, Abschn. 2.1.3.
191 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 15; Langen/Bunte/*Hengst*, Bd. 2, Art. 101 AEUV Rn. 7.
192 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 22–28 m.w.N. = SpuRt 2008, 193 – MOTOE; EuGH ECLI:EU:C:1998:303, Rn. 36 = EuZW 1999, 93 – Zollspediteure.
193 EuGH ECLI:EU:C:2013:127, Rn. 57 = EuZW 2013, 386 – Ordem dos Ténicos.
194 Streinz/*Eilmansberger/Kruis* vor Art. 101 AEUV Rn. 27.
195 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rakter haben, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln rechtfertigen würde.[196] Wenn einem Unternehmen durch nationale Rechtsvorschriften ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeschrieben wird oder die entsprechenden Vorschriften einen rechtlichen Rahmen bilden, der jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten der Unternehmen ausschließt, so kann Art. 101 AEUV gleichfalls nicht angewendet werden.[197] Allerdings können Mitgliedstaaten auf diese Weise nicht unbegrenzt für Ausnahmen von der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften sorgen. Denn sie müssen aus dem Gedanken des *effet utile* heraus alles unterlassen, was die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln gefährdet.[198]

Schließlich ist zu beachten, dass ein Rechtsträger teils als Unternehmen, teils jedoch auch gerade nicht als Unternehmen einzustufen sein kann.[199] Damit ist auf der Basis eines funktionalen Unternehmensbegriffs[200] eine Prüfung der Umstände des konkreten Einzelfalls unentbehrlich. Denn nur auf diese Weise kann zuverlässig festgestellt werden, inwieweit im Sport ein Rechtsträger letztlich unternehmerisch tätig ist, so dass nur die entsprechenden Maßnahmen im Hinblick auf ihre Konformität mit den Wettbewerbsregeln zu überprüfen sind. 116

Der Unternehmensbegriff, der dem GWB zugrunde liegt, wird in sehr ähnlicher Weise definiert. Nach ständiger Rechtsprechung genügt hierfür jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.[201] Das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht[202] sowie die Rechtsform des Unternehmens[203] sind irrelevant.[204] Vom Vorliegen einer Unternehmensvereinigung ist auszugehen, wenn deren Mitgliedern Unternehmensqualität zukommt.[205] Die deutsche Rechtspraxis stellt damit im Bereich des Sports keine gesonderten Anforderungen auf.[206] 117

Soweit also (inter)nationale Sportverbände und auf regionaler Ebene Sportvereine sich unternehmerisch betätigen,[207] sind sie als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne des Kartellrechts einzustufen. Dies gilt gleichermaßen für Athleten, soweit sie ihre sportliche Leistung etwa durch den Abschluss 118

196 EuGH Slg. 1994, I-43, Rn. 30 f. = NJW 1994, 2344 – SAT Fluggesellschaft; zur schwierigen Abgrenzung vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 46.
197 Langen/Bunte/*Hengst*, Bd. 2, Art. 101 AEUV Rn. 78.
198 St. Rspr. seit EuGH Slg. 1977, 2115, Rn. 30, 35 = NJW 1978, 1101 (1101) – INNO/ATAB.
199 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 25 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE im Hinblick auf die teils hoheitliche und teils wirtschaftliche Tätigkeit eines Rechtsträgers; vgl. auch Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 14; *Adolphsen* 170 ff., 178; *St. Horn* 135 m.w.N.
200 *St. Horn* 136; zum funktionalen Unternehmensbegriff vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 9, 14; Bd. 2, § 1 GWB Rn. 19.
201 BGHZ 67, 81 – Auto-Analyser I; BGHZ 110, 371 (380) – Sportübertragungen.
202 BGHZ 199, 1 – VBL Gegenwert.
203 BGHZ 137, 297 = SpuRt 1998, 28 – Europapokalheimspiele.
204 Zum Unternehmensbegriff vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 2, § 1 GWB Rn. 19; Langen/Bunte/*Krauß*, Bd. 1, § 1 GWB Rn. 32 m.w.N.
205 Langen/Bunte/*Krauß*, Bd. 1, § 1 GWB Rn. 61.
206 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 2, § 1 GWB Rn. 19; *Grätz* 114 f., 133.
207 → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Sponsoringvereinbarungen vermarkten und auf diese Weise eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.[208]

b) Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes

aa) Meinungsstand

(1) Ausgangsproblematik

119 Zuletzt ist wiederholt infrage gestellt worden, dass (inter)nationale Sportverbände bei der Durchführung organisatorischer Rechtsetzungsmaßnahmen, d.h. bei der Verabschiedung von Verbandsatzungen, bei deren Änderungen sowie beim Abschluss von flächendeckenden vertraglichen Vereinbarungen überhaupt selbst wirtschaftlich tätig werden.[209] Dieser spannende rechtliche Aspekt hat weitreichende kartellrechtliche Konsequenzen. Im Ausgangspunkt hat die Verabschiedung etwa einer Änderung der Verbandssatzung im Rahmen einer Mitgliederversammlung zunächst einmal keinerlei ökonomische Auswirkungen, wenn man von den für die kartellrechtliche Bewertung irrelevanten finanziellen Aufwendungen der Mitglieder des Sportverbandes (Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, Tagegeld etc.) und des Sportverbandes (Organisationskosten wie z.B. Saalmiete, Notargebühren, Übernahme der Kosten der Verbandsmitglieder etc.) absieht. Nach einer entsprechenden Beschlussfassung wird die Verbandssatzung geändert, die Änderungen werden sodann bekanntgegeben. Solche Verbandsaktivitäten stellen bei einer derart isolierten Betrachtung tatsächlich keine wirtschaftliche Betätigung dar, so dass eine Anwendbarkeit des Kartellrechts zumindest auf den ersten Blick fernzuliegen scheint.[210]

(2) Hypothetischer Beispielsfall

120 Wie wirkt es sich aber nunmehr aus, wenn der betreffende Sportverband als Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne einzustufen ist, weil er etwa

208 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 81 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

209 Hierzu *Jung* 198.

210 So in der Tat MüKo-Europäisches Wettbewerbsrecht/*Säcker/Steffens* Art. 101 AEUV Rn. 33: „Die Aufstellung von Regeln zur Aufrechterhaltung sportlichen Wettbewerbs stellt keine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Sie kann nicht durch die Normen zum Schutz wirtschaftlichen Wettbewerbs kontrolliert werden. Sofern Sportverbände mit Teilnahmebedingungen, Regeln zur Aufstellung von Nationalmannschaften, Dopinggrenzen, Sperrzeiten o.ä. den ordnungsgemäßen Ablauf sportlicher Wettkämpfe sicherstellen wollen, üben sie keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, sondern handeln allein im sportlichen Interesse eines fairen Wettkampfes." Zum Nachweis wird auf EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 41 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen Bezug genommen, wo man derartige rechtliche Erwägungen indes vergeblich sucht. Völlig vernachlässigt wird dabei, dass in Rn. 27 f. des genannen Urteils auch Regelungen rein sportlichen Charakters ausdrückl. als dem Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV unterfallend angesehen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

selbst Sportevents organisiert und vermarktet? Ein Beispielsfall zur Veranschaulichung: Es sei hier unterstellt, der Sportverband würde den Athleten – seien sie als mittelbare Verbandsmitglieder oder durch vertragliche Vereinbarung den Statuten des Sportverbandes unterworfen[211] – durch die Änderung der Verbandssatzung Sanktionen (z.B. zeitweise oder gar lebenslange Wettkampfsperre) für den Fall in Aussicht stellen, dass sie an nicht vom Sportverband durchgeführten oder zumindest autorisierten und daher „wilden" Sportwettkämpfen teilnehmen. Dann würde der Sportverband durch die Änderung seiner Verbandsstatuten in erheblichem Maße Einfluss auf das Wirtschaftsleben nehmen, indem er den an die Verbandsregelungen gebundenen Athleten gegebenenfalls die Möglichkeit zur Erzielung zusätzlicher Einnahmen durch Sportausübung faktisch abschneiden würde und sie im Falle der Teilnahme an „wilden" Sportwettbewerben gleichsam mit einem Berufsverbot belegen könnte. Die potentiellen Konkurrenzveranstalter bekämen nach der Änderung der Verbandssatzung die davon ausgehenden wirtschaftlichen Konsequenzen hautnah zu spüren, obgleich sie in keinerlei rechtlichen Beziehungen zum Sportverband ständen.

121 Wenn nunmehr in diesem Beispielsfall die organisatorische Rechtsetzungsmaßnahme des Sportverbandes nicht als unternehmerisches Handeln eingestuft würde, schiede dieser als Adressat des Kartellrechts von vornherein aus, könnte aber gleichwohl „regulierend" durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen etwa in den Markt für die Erbringung von sportlichen Dienstleistungen durch Athleten oder in den Markt für die Durchführung von Wettkämpfen in einer bestimmten Sportart eingreifen. Das wäre aus der Perspektive des Sportverbandes ein erfreulicher, geradezu paradiesischer Zustand. Denn er könnte munter wettbewerbsbeschränkend in den Wirtschaftsverkehr mit negativen Auswirkungen allein für andere eingreifen, zugleich die eigene Wettbewerbsposition hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Aktivitäten absichern, ohne dafür kartellrechtlich sanktioniert werden zu können. Sollten betroffene Athleten oder potentielle Konkurrenzveranstalter rechtliche Bedenken äußern, würde man diese unter Hinweis auf die verfassungsrechtlich gewährte Verbandsautonomie[212] und die eigene, auf spezieller Fachexpertise beruhende und damit natürlich überlegene Einschätzungsprärogative[213] zurückweisen. Wer glaubt, hier sei ein rein hypothetisches und zudem übertrieben zugespitztes Szenario entworfen worden, wird eines Besseren belehrt, sobald er die Praxis der Sportverbände etwas genauer unter die Lupe nimmt.[214]

211 → IV. Rn. 4–68 m.w.N.

212 Die Verbandsautonomie gilt allerdings nicht im Verhältnis gegenüber verbandsunabhängigen Dritten, hier den konkurrierenden potentiellen Sportveranstaltern; → III. Rn. 31 f.

213 Zur Frage, inwieweit Sportverbänden bei der Verabschiedung von Verbandsstatuten überhaupt ein gerichtlich nachprüfbarer Ermessensspielraum oder gar eine nicht oder nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbare Einschätzungsprärogative zusteht, → VI. Rn. 316–336.

214 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N. zu der Praxis, die sich hinter dem geschilderten hypothetischen Fall verbirgt.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Was Sportverbände nach entsprechender, teils jahrzehntelang rechtlich unbeanstandeter Praxis aufgrund ihrer verfassungsrechtlich durch die Verbandsautonomie abgesicherten Rechtsposition oftmals als selbstverständlich ansehen, lässt indes bei denjenigen Zweifel aufkommen, die die Rechtslage mit größerer Distanz und Objektivität (und damit eben gerade nicht vorrangig mit einem Blick durch die „Verbandsbrille") betrachten. Daher soll nun der Meinungsstand zu der skizzierten Rechtsproblematik untersucht werden.

(3) Schrifttum

122 *Schlosser* hat sich dafür ausgesprochen, weite Teile der Verbandsaktivitäten nicht als unternehmerisches Handeln im Sinne des Kartellrechts einzustufen:[215]

> „Nach dem Herausgearbeiteten ist es gänzlich unangemessen, die zentralen Aktivitäten nationaler oder internationaler Sportverbände als solche von Unternehmen zu verstehen, die ‚den Markt' beherrschen. Eine solche Annahme ist von dem Zweck von Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), welcher darin besteht, der Verzerrung des ‚Marktes' durch unerwünschte marktbeherrschende Wirtschaftsunternehmen entgegen zu wirken, keineswegs gedeckt. […] Zusatztätigkeiten wie die Vermarktung von Fernsehrechten oder Marken oder die Einwerbung von Sponsoren sind ihrem Wesen nach rein wirtschaftlicher Natur. […] Im Gegensatz dazu besteht die Haupttätigkeit der Organisation in der Veranstaltung von Wettbewerben einschließlich der Auswahl der Teilnehmer und der Aufstellung der Spielregeln, wiederum einschließlich der Überwachung ihrer Einhaltung. All dies hat keine direkte wirtschaftliche Auswirkung."

123 Mögen sich diese Ausführungen auch allein auf den Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV beziehen, so ist davon auszugehen, dass sie gleichermaßen für den Kartellverbotstatbestand gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV gelten sollen. Nach *Schlossers* Auffassung würde also der Sportverband im hypothetischen Beispielsfall nicht unternehmerisch tätig werden, weil die Organisation von Sportveranstaltungen einschließlich der Auswahl der Teilnehmer „keine direkte wirtschaftliche Auswirkung" haben soll. Die *Meca-Medina und Majcen*-Entscheidung[216] könne nicht zu einer anderen Sichtweise zwingen, da es sich nicht um ein Vorabentscheidungsverfahren, sondern um ein Berufungsverfahren gegen eine konkrete wettbewerbsrechtliche Entscheidung der Kommission gehandelt habe.[217]

124 In ähnlicher Weise argumentierte auch *Steiner* und ließ – allerdings bereits im Jahr 2004 – gegenüber der Anwendung des Kartellrechts auf den Sport eine gewisse Reserviertheit erkennen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[218]

215 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (258 f.); im Ansatz ähnl. *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (49 f.); MüKo-Europäisches Wettbewerbsrecht/*Säcker/Steffens* Art. 101 AEUV Rn. 33.

216 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

217 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (259).

218 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (239). Später aber erkannte er, dass auf das Handeln von Sportverbänden Kartellrecht doch angewendet werden könne, vgl. *Steiner* SpuRt 2018, 186 (187):

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „[…] so scheinen die herkömmlichen Ordnungen des Sports dem Druck des Wirtschaftsrechts kaum mehr Stand zu halten. Dessen kalter Wettbewerbswind bläst in den Sport und vor allem in dessen Organisationskonzepte hinein, die auch aus dem Solidaritätsgedanken entwickelt sind. Gleichwohl bleibt eine Grundwahrheit: Auch **der gewerbliche Sport ist primär ein soziales und kulturelles Phänomen**. Er lebt nach Regeln, die sich eine weltweite Sportgemeinschaft selbst gibt. **Er ist nicht Wirtschaft**, hat allerdings wirtschaftliche Voraussetzungen und wirtschaftliche Folgen und deshalb wirtschaftliche Relevanz. Daran ist aus verfassungsrechtlicher Sicht anzuknüpfen."

Letztlich sind diese Stellungnahmen, die ein unternehmerisches Handeln von Sportverbänden ablehnen oder zumindest in Zweifel ziehen, aber keineswegs repräsentativ für das Meinungsspektrum im Schrifttum.[219] 125

(4) Judikatur

Einen ähnlichen argumentativen Ansatz verfolgte das OLG Düsseldorf in einem Verfahren, welches die Klage deutscher Handballvereine wegen der Verpflichtung zur unentgeltlichen Abstellung ausländischer Nationalspieler betraf:[220] 126

> „Aufnahme und Verabschiedung von Zulassungsbestimmungen durch die zuständigen Gremien des DHB sind keine unternehmerische Tätigkeit des Verbandes, denn dieser erbringt keine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt, sondern erfüllt dadurch seine Verpflichtung als Mitglied der IHF."

Der Kartellsenat ging damit vom klassischem Marktbegriff aus, wonach ein Markt derjenige Ort ist, an dem sich Angebot und Nachfrage zu einem Preis treffen. Danach wäre die Entgeltlichkeit für den Marktbegriff konstitutiv.[221] Wenn man diesen Ansatz konsequent zu Ende denkt, könnten Sportverbände für die Verabschiedung selbst wettbewerbsbeschränkender Verbandsstatuten kartellrechtlich nicht mehr verfolgt werden. Dann hätten die Sportverbände quasi durch die Hintertür, d.h. durch eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals des unternehmerischen Handelns, doch noch erreicht, wonach sie seit Jahrzehnten streben: eine zwar nicht nominelle, so aber doch weitreichende faktische Ausnahme von der Anwendung des Kartellrechts.

Zuletzt haben auch Schiedsrichter am CAS in mehreren Verfahren eine unternehmerische Tätigkeit von Sportverbänden abgelehnt, soweit diese Verbandsstatuten verabschieden, und sich so jeweils kurzerhand der kartellrechtlichen Problematik 127

„Maßstab der Maßstäbe des geltenden Rechts ist Art. 101 AEUV." Allerdings favorisiert *Steiner* eine Anwendung des Kartellrechts, die der ebenso gefestigten wie überzeugenden Rechtsprechung des EuGH und EuG sowie der Entscheidungspraxis der EU-Kommission und des BKartA widerspricht; → X. Rn. 1 ff. und 29 ff. m.w.N.

219 Zu einer krit. Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand s. *Mürtz* Abschn. B. III. 1.

220 OLG Düsseldorf CaS 2015, 392, Rn. 101 = SpuRt 2016, 35 Rn. 45; krit. hierzu *Heermann* CaS, 2015, 384 ff.; ähnl. *Putzier* 76 („[…], sodass das Urteil kaum zu verallgemeinern ist").

221 Ablehnend gegenüber einem solch engen Marktverständnis sowie ausf. zum kartellrechtlichen Marktbegriff *Vocke* 9–138 m.w.N. zum Meinungsstand.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entledigt. Zur Kritik an diesem Vorgehen wird auf vorangehende Erwägungen Bezug genommen.[222]

bb) Würdigung

128 Zunächst soll, anknüpfend an bereits früher formulierte Gedanken,[223] der Ansatz des OLG Düsseldorf kritisch gewürdigt werden. Der Kartellsenat vertrat die Rechtsauffassung[224], ein von den Klägern angenommener „gesonderter Markt für die Abstellung von Spielern für Maßnahmen ihrer Nationalmannschaften" existiere nicht. Zwischen den jeweiligen Nationalverbänden, die Spieler für ihre Nationalmannschaft anfordern, und den Vereinen, bei denen sie unter Vertrag stehen, werde keine Leistung gegen Entgelt erbracht. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn man mit den Klägern das Abstellen von Spielern als Bestandteil eines „Marktes für die Organisation und Durchführung von Handballveranstaltungen mit Nationalmannschaften" ansehen sollte. Es sei nicht dargelegt, inwieweit die alle Vereine gleichermaßen betreffende Pflicht zur Abstellung ausländischer Nationalspieler den Wettbewerb auf jenem Markt beschränken oder verfälschen solle. Stattdessen fokussierte sich der Kartellsenat allein auf die „Aufnahme und Verabschiedung von Zulassungsbestimmungen durch die zuständigen Gremien des DHB", mithin auf einen verbandsinternen Organisationsakt.

129 Hinsichtlich der Ausgangsproblematik war indes allein ein Beschaffungsmarkt betroffen, nämlich der Markt für Arbeits- und Dienstleistungen von Handballspielern, d.h. National- und Ligaspielern gleichermaßen. Der Kartellsenat setzte anscheinend „Entgelt" mit unmittelbaren finanziellen Zuwendungen gleich. Dabei vernachlässigte er, dass die Gewährung wirtschaftlicher Vorteile beispielsweise auch in der Reduzierung der von Nationalspielern und Clubs theoretisch erzielbaren eigenen Vermarktungserlöse sowie – zumindest früher – in dem Verzicht der Clubs auf Entschädigungen für die von ihnen weiter zu zahlenden Gehälter und Versicherungsprämien für die ausländischen Nationalspieler oder in der potentiellen Steigerung ihres Marktwertes bestehen können. Obgleich das OLG Düsseldorf an anderer Stelle der Entscheidung[225] diese ökonomischen Zusammenhänge zumindest ansatzweise erkannte, verschloss es sich ihnen jedoch bei der Abgrenzung des relevanten Produktmarktes aus nicht nachvollziehbaren Gründen.

222 CAS 9.5.2006 – 2005/A/1001, 4. Leitsatz – Fulham FC (1987) Ltd/FIFA, → IV. Rn. 288 f.; CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 175 – Azpeleta, → IV. Rn. 295–301; CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 230, 814 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency, → IV. Rn. 303–310.

223 *Heermann* CaS 2015, 384 (384–388).

224 OLG Düsseldorf CaS 2015, 392, Rn. 112 (nicht in SpuRt 2016, 35 ff. abgedruckt).

225 OLG Düsseldorf CaS 2015, 392, Rn. 119 a.E. und Rn. 120 (nicht in SpuRt 2016, 35 ff. abgedruckt).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Demgegenüber erkennen diejenigen Stimmen im Schrifttum, die sich bislang mit der kartellrechtlichen Bewertung der Pflicht zur Abstellung von Nationalspielern beschäftigt haben, einen Markt für die Arbeits- und Dienstleistungen von Spielern an.[226] Auf diesem Produktmarkt treten auf der Nachfrageseite nicht nur die Clubs als Arbeitgeber auf, sondern auch die nationalen Sportdachverbände durch die Berufung von Spielern in die Nationalmannschaft. Die Marktgegenseite bilden die Spieler, von denen einige nicht nur als Arbeitnehmer von Clubs, sondern zugleich auch als Dienstleister für ihre Nationalmannschaft auftreten. Wegen dieser Doppelrolle der letztgenannten Gruppe ist dem Kartellsenat[227] zwar insoweit zuzustimmen, dass ein eigenständiger Markt für die Abstellung von Handballnationalspielern nicht besteht. Allerdings erwähnte das OLG Düsseldorf den Markt für die Arbeits- und Dienstleistungen von National- *und* Ligaspielern im Handball nicht einmal ansatzweise, der gegenüber dem stattdessen angenommenen Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen selbstständig und auch nicht von diesem umfasst ist. 130

Der Kartellsenat vertrat die Ansicht,[228] die Aufnahme und Verabschiedung der streitgegenständlichen Zulassungsbestimmungen durch die zuständigen Gremien des DHB sei keine unternehmerische Tätigkeit des Verbandes gewesen. Denn dieser erbringe keine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt, sondern erfülle dadurch seine Verpflichtung als Mitglied der IHF. Die in Rede stehenden Regelungen seien nicht darauf gerichtet gewesen, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Auch die IHF habe kein eigenes wirtschaftliches Interesse hieran gehabt. In diesem Zusammenhang wurde jeweils auf den Markt für die Organisation, Durchführung und Vermarktung von Wettkämpfen des Handballsports abgestellt. 131

Dieser Ansatz entspricht im Ausgangspunkt der traditionellen kartellrechtlichen Lehre und der bisherigen Rechtsprechung des Düsseldorfer Kartellsenats.[229] Danach ist der Markt derjenige Ort, an dem sich Angebot und Nachfrage zu einem Preis treffen. Für einen solchen Marktbegriff ist also das Kriterium der Entgeltlichkeit konstitutiv. Allerdings sprechen verschiedene Gründe dafür, dass im Hinblick auf die Ausgangsproblematik eine Abweichung von dem klassischen Ansatz zur Definition eines Marktes geboten ist: 132

– Die Rechtsprechung hat schon wiederholt Märkte im kartellrechtlichen Sinne angenommen, wenn die unentgeltliche Leistung unmittelbar auch entgeltlich 133

226 *Grätz* 175 f.; *Heermann* in Arter, 2005, 197 (217); *Mentzel* 198.
227 OLG Düsseldorf CaS 2015, 392, Rn. 112 (nicht in SpuRt 2016, 35 ff. abgedruckt).
228 OLG Düsseldorf CaS 2015, 392, Rn. 101, 169.
229 S. etwa OLG Düsseldorf NZKart 2015, 148.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hätte verlangt werden können oder in Wettbewerb mit entgeltlichen Leistungen steht.[230]

134 – Zudem war im Schrifttum insbesondere im Hinblick auf untypische Marktstrukturen (sog. zweiseitige Märkte wie etwa bei Internetplattformen) vertreten worden, ein Markt könne auch dann vorliegen, wenn Produkte gegen eine andere als monetäre Gegenleistung angeboten werden.[231] Inzwischen ist nach der 9. GWB-Novelle, die am 9.6.2017 in Kraft trat, hierzulande in § 18 Abs. 2a GWB festgelegt, dass der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

135 Der vom OLG Düsseldorf entschiedene Fall zeigt anschaulich, wie der DHB durch die Aufnahme und Verabschiedung der Zulassungsbestimmungen für ausländische Nationalspieler unmittelbar auf dem Markt für Arbeits- und Dienstleistungen von Handballspielern tätig wurde, indem die von den jeweiligen nationalen Handballverbänden für die betreffenden Spieler an die Clubs zu erbringenden Gegenleistungen festgelegt wurden. Zudem veranschaulicht die Entscheidung, welch wichtige Rolle bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportsektor eine genaue Abgrenzung des/der betroffenen relevanten Marktes/Märkte spielt.

136 Wenn wir uns nunmehr von dem Urteil des OLG Düsseldorf lösen, bleibt festzuhalten, dass aufgrund der zuletzt gewonnenen Erkenntnisse auch *Schlossers*[232] allgemeine, vom Einzelfall losgelöste Differenzierung zwischen Haupttätigkeiten eines Sportverbandes, die er in der Organisation der Veranstaltung von Wettbewerben einschließlich der Auswahl der Teilnehmer und der Aufstellung der Spielregeln erblickt, und Zusatztätigkeiten wie Vermarktung von Fernsehrechten oder Marken oder Einwerbung von Sponsoren nicht zielführend ist. Denn diese Unterscheidung lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob ein Sportverband mit einer bestimmten Maßnahme unternehmerisch tätig ist oder nicht.

137 Gegen eine künstlich und letztlich ergebnisorientiert anmutende, isolierte kartellrechtliche Betrachtung der Verabschiedung von Verbandsstatuten sprechen letztlich auch die Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[233] unmissverständlich auf die Außenwirkung der streitgegenständlichen Dopingregelungen abgestellt und damit die berufsbeschränkenden Auswirkungen auf die beiden Langstrecken-

230 BGHZ 51, 236 ff. – GRUR 1969, 287 – Stuttgarter Wochenblatt I; BGH GRUR 1971, 477 (478) – Stuttgarter Wochenblatt II; BGH GRUR 1992, 191 ff. – Amtsanzeiger; BGH GRUR 2004, 602 (604) – Gratisvertrieb von Tageszeitungen; BGH NJW-RR 2010, 392 ff. – Reisestellenkarte; OLG Hamburg NJWE-WettbR 1997, 214 ff.

231 *Körber* WuW 2015, 120 ff.; *Podszun* NZKart 2015, 121 ff.

232 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (258 f.).

233 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwimmer ohne irgendwelche Vorbehalte bei der kartellrechtlichen Analyse mit einbezogen. Zudem hat der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE*,[234] seiner ersten Entscheidung zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf den Sport,[235] zum einen festgestellt, dass ein Sportverband zu einem Teil hoheitlich, d.h. nicht unternehmerisch, zum anderen Teil aber auch unternehmerisch tätig sein könne, ohne dabei jedoch die Verabschiedung der streitgegenständlichen Verbandsstatuten isoliert zu betrachten oder als nicht unternehmerische Tätigkeit einzustufen.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass Sportverbände unternehmerisch tätig werden, auch wenn die jeweils zu untersuchende, vom Sportverband verabschiedete Regelung selbst zwar nicht unmittelbar auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr gerichtet ist, sich letztlich aber auf eine wirtschaftliche Tätigkeit des Sportverbandes indirekt auswirkt und diese mittelbar beeinflusst.[236] 138

8. Entstehungsgeschichte des *Meca-Medina (und Majcen)*-Tests (Drei-Stufen-Tests) bei der Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV

a) Wouters

Der EuGH hatte sich in der Rechtssache *Wouters*[237] mit der Frage zu befassen, ob standesrechtliche Regelungen einer niederländischen Rechtsanwaltskammer gegen das Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV verstießen. Die Kammer, eine private Organisation, hatte einen Zusammenschluss von Rechtsanwälten mit Wirtschaftsprüfern zu einer Sozietät untersagt. Der EuGH stellte fest, nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluss einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt werde, werde automatisch vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst. 139

Obwohl es eigentlich nahegelegen hätte, untersuchte der Gerichtshof nicht die Frage, ob die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV hätte gerechtfertigt werden können. Stattdessen lehnte er im Ergebnis bereits auf der Tatbestandsebene des Art. 101 Abs. 1 AEUV das Vorliegen einer Wettbe- 140

234 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 25 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE im Hinblick auf die teils hoheitliche und teils wirtschaftliche Tätigkeit eines Rechtsträgers; vgl. auch Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 14; *Adolphsen* 170 ff., 178; *St. Horn* 135 m.w.N.

235 → VII. Rn. 52 f.

236 Ähnl. im Ansatz *St. Horn* 143, 276; *Mürtz* Abschn. B. III. 1.b); *Opfermann* 288 f.; so i.Erg. auch schon *Heermann* CaS 2015, 384 ff.

237 EuGH Slg. 2002, I-1577 = NJW 2002, 877 – Wouters.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbsbeschränkung ab.[238] Zu diesem Zweck entwickelte er einen argumentativen Ansatz, der seither als *Wouters*-Doktrin[239] die wissenschaftliche Diskussion bereichert hat. Wegen der enormen Bedeutung und weitreichenden Auswirkungen dieser Doktrin auf das Sportkartellrecht seien die betreffenden Passagen der Erwägungsgründe hier im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[240]

> „97. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluss einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, automatisch vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst werden [sic]. 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 dessen Zielsetzung** zu würdigen, die hier mit der Notwendigkeit der Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit zusammenhängt, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen und der Rechtspflege die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten (in diesem Sinne Urteil vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-3/95, Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511, Randnr. 38). Es ist weiter zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen **wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen**.
> […]
> 109. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist nicht zu erkennen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, wie sie sich für die in den Niederlanden tätigen Rechtsanwälte aus einer Verordnung wie der Samenwerkingsverordening 1993 ergeben, über das hinausgingen, was **erforderlich** ist, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs sicherzustellen (in diesem Sinne Urteil vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92, DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 35).
> 110. Aufgrund sämtlicher vorstehenden Erwägungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass eine nationale Regelung wie die Samenwerkingsverordening 1993, die von einer Einrichtung wie der Niederländischen Rechtsanwaltskammer erlassen wurde, nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstößt, da diese Einrichtung bei vernünftiger Betrachtung annehmen konnte, dass die Regelung trotz der notwendig mit ihr verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen für die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs, wie er in dem betreffenden Staat geordnet ist, erforderlich ist."

141 Diesen neuartigen Ansatz, dessen Rechtsnatur und dogmatische Einordnung noch bis heute kontrovers diskutiert werden,[241] hat der Gerichtshof in der Folge bis in die jüngere Vergangenheit wiederholt auf nicht sportbezogene Sachverhalte angewendet, so dass insoweit durchaus von einer ständigen Rechtsprechung ge-

238 Ausf. zum Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung im Sportsektor *Mürtz* Abschn. B. III. 3.
239 Ausf. hierzu *L. Breuer* 620–645, 660–789; s. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 106 f., 117.
240 EuGH Slg. 2002, I-1577 = NJW 2002, 877 – Wouters.
241 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprochen werden kann.[242] Dabei darf nicht vernachlässigt werden, dass die *Wouters*-Doktrin strenge Voraussetzungen aufstellt, damit eine auf einem Beschluss oder einer Vereinbarung einer privaten Organisation beruhende Wettbewerbsbeschränkung letztlich doch nicht als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden kann: notwendiger Zusammenhang zwischen den mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und der Verfolgung der Verbandsziele sowie Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

142 Somit reicht allein eine Abwägung der außerwettbewerblichen Verbandsinteressen mit wettbewerblichen Aspekten keinesfalls aus, um auf dieser Basis einen Verstoß der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV abzulehnen. Denn zunächst ist nicht jedes beliebige Verbandsziel bei Anwendung der *Wouters*-Doktrin berücksichtigungsfähig.[243] So sind verbindliche, flächendeckende horizontale Preisabsprachen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zwar nicht *per se* einer Rechtfertigung mit Hilfe von Gemeinwohlzielen entzogen.[244] Indes ist in solchen Fällen von vornherein die Wahrscheinlichkeit begrenzt, dass die Rechtfertigung einer solchen Wettbwerbsbeschränkung über den *Wouters*-Test gelingen kann. Entsprechendes dürfte für sonstige sog. *hardcore*-Kartelle wie etwa Gebietsabsprachen gelten.[245] Denn die Wettbewerbsbeschränkung muss mit der Verfolgung *legitimer* Verbandsziele *notwendig verbunden* sein (was bei *hardcore*-Kartellen fast ausgeschlossen ist), bevor im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt in eine Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter eingetreten werden kann.

b) Übertragung von *Wouters* auf von Sportverbänden erlassene Statuten in *Meca-Medina und Majcen*

143 Der EuGH hat mit der Entwicklung der *Wouters*-Doktrin und ihrer später wiederholten Anwendung in anderen Verfahren deutlich gemacht, dass sich das europäische Wettbewerbsrecht bereits bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV durchlässig für die Berücksichtigung wettbe-

242 EuGH ECLI:EU:C:2013:127 = NZKart 2013, 291 – OTOC (Rechtsvorschriften einer berufsständischen Vertretung für geprüfte Buchhalter über das System der obligatorischen Fortbildung der geprüften Buchhalter); EuGH ECLI:EU:C:2013:489 = NZKart 2014, 22 – Consiglio nazionale dei geologi und Autorità garante della concorrenza e del mercato (Regelung der Pflicht zur Beachtung der Würde des Berufs bei der Honorarfestsetzung im Verhaltenskodex eines italienischen Geologenverbandes); EuGH ECLI:EU:C:2014:2147 = NZKart 2014, 457 – API u.a. (Zulässigkeit der Übertragung der Festlegung der Mindestbetriebskosten im gewerblichen Güterkraftverkehr auf eine Stelle aus Vertretern der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer); EuGH ECLI:EU:C:2017:890 = NZKart 2018, 39 – CHEZ Elektro Bulgaria (Festsetzung der Mindesthonorare durch einen Berufsverband der Rechtsanwälte).

243 Ausf. zu diesem Aspekt *L. Breuer* 666–701.

244 A.A. *L. Breuer* 675; *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (20).

245 So i.Erg. auch *Mürtz* Abschn. E. III. 2. b) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbsfremder Gesichtspunkte zeigt. Diese wiesen in der Rechtssache *Wouters* wie auch in nachfolgenden Verfahren keinerlei Berührungspunkte mit dem Sport auf, sondern waren verbunden mit Zielsetzungen, die private Berufsorganisationen unter dem Schutz der Verbandsautonomie mit der Aufstellung berufsbezogener Regelungen verfolgten.

144 Damit war der Sprung zu Sportorganisationen, die ihrerseits über Autonomie-Rechte[246] verfügen,[247] und deren potentiell wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelungen nicht mehr allzu groß. Als sich die EU-Kommission im Verfahren *ENIC/UEFA* der *Wouters*-Doktrin bedient hatte,[248] hatten – von den Vertretern des Sportrechts weitgehend unbemerkt – erstmals die Besonderheiten des Sports als außerwettbewerbliche Aspekte Eingang in eine kartellrechtliche Prüfung am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 AEUV gefunden. Die streitgegenständliche Regelung der UEFA hatte dem kartellrechtlichen Angriff auf diese Weise standgehalten. Dies galt auch für die Dopingregelungen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Zentrum der Entscheidung des EuGH in dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen*[249] standen.

145 Es kann also nicht das überaus verbandsfreundliche und überzeugende Ergebnis des EuGH im Fall der beiden Langstreckenschwimmer gewesen sein, das hernach für eine Flutwelle an Kritik insbesondere aus dem Lager der Sportverbände sorgte. Hauptangriffspunkt der Sportverbandsvertreter war seinerzeit der Umstand, dass der EuGH im Verfahren *Meca-Medina und Majcen* entgegen der noch in der Vorinstanz und vom Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vertretenen Rechtsauffassung den Sportverbänden eine Ausnahme von der Anwendung des Kartellrechts für Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters verweigert hatte. Diesen Wirkungstreffer kurz vor Spielende konnten die Sportverbände nicht so leicht vergessen, selbst wenn im konkret entschiedenen Fall nicht die FINA, sondern die Langstreckenschwimmer letztlich auf die Verliererstraße gerieten. Ein Urteil des EuGH hatte seinerzeit aber eine größere Strahlkraft und Aufmerksamkeitswirkung als ein Beschluss der EU-Kommission, der – wie im Verfahren *ENIC/UEFA* – vom Radar der Sportverbände größtenteils nicht erfasst worden war. Dies kann allerdings für den Sportsektor spätestens seit dem Beschluss der europäischen Kartellbehörde in dem Verfahren *ISU's Eligibility Rules*[250] nicht

246 Im Hinblick auf Sportverbände → III. Rn. 20–32 m.w.N.
247 Auch *BKartA*, Hintergrundpapier – Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften, 28 befürwortet eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 101 Abs. 1 AEUV für Kooperationsformen privater Selbstregulierung, wenn die kooperierenden Unternehmen über Autonomie-Rechte verfügen.
248 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.
249 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → VI. Rn. 39–60 m.w.N.
250 → VI. Rn. 61–67 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehr gelten, der schon im Vorfeld für große Unruhe bei den (inter)nationalen Sportverbänden gesorgt hatte.[251]

c) Kritik an der Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte

aa) Kritische Stimmen im Schrifttum

Die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte wie insbesondere auch der Besonderheiten des Sports bei der Auslegung und Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV begegnet bis heute heftiger Kritik. Exemplarisch seien hierzu die Einschätzungen zweier in Fachkreisen sehr angesehener deutscher Kartellrechtler referiert: 146

Gegen die Einführung des *Meca*-Medina-Tests (Drei-Stufen-Tests) durch den Gerichtshof hat sich nur wenig später mit beachtlichen rechtlichen Gründen *Fuchs* ausgesprochen.[252] Zum einen wolle das Urteil offenbar jeden legitimen Zweck als potentielle Rechtfertigung für Regelungen mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ausreichen lassen[253] und öffne damit ein Einfallstor für außerwettbewerbliche Erwägungen zur Legitimierung von Wettbewerbsbeschränkungen; es komme zu einer Schwächung der Effektivität der Wettbewerbsvorschriften, nach der Einführung des Legalausnahmeprinzips sei der Freistellungstatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) rein wettbewerbsbezogen auszulegen. Zum anderen maße sich der EuGH unter der Brille des Wettbewerbsschutzes eine (wenngleich eingeschränkte) Prüfungskompetenz auch in solchen Bereichen an, die direkt keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellten.[254] 147

Daneben hat sich *Zimmer* dafür ausgesprochen, die Beurteilung einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV allein unter wettbewerblichen Gesichtspunkten vorzunehmen.[255] Eine Berücksichtigung anderer als wettbewerblicher Aspekte – insbesondere eine Abwägung mit anderen Rechtsgütern – komme hiernach allen- 148

251 → VI. Rn. 68–74 m.w.N.

252 *Fuchs* ZWeR 2007, 369 (383 f.); ähnl. *Kirchhoff*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 11 (11 f.); *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (578).

253 Eine ähnliche Befürchtung klingt bei *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (576) an: „[…] dass der EuGH das primärrechtlich verankerte Kartellverbot nicht generell durch Abwägung mit beliebigen verbandsseitig verfolgten Zielen relativieren wollte".

254 Noch weiter gehen *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (578), nach deren Auffassung Kartellbehörden und -gerichte „wenig geeignet und insbesondere auch nicht ermächtigt [seien], systematisch die (notwendig politische) Abwägungsentscheidung zwischen Wettbewerbsinteressen und möglicherweise gegenläufigen Gemeinwohlzielen vorzunehmen". Dagegen spricht bereits die ebenso langjährige wie bewährte Entscheidungspraxis etwa des EuGH, des EuG, der EU-Komm. und des BKartA zum Spannungsfeld von Sport einerseits sowie europäischem Kartellrecht und den europäischen Grundfreiheiten andererseits.

255 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 165, 168; im Ansatz ebenso Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 324.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

falls im Rahmen der Freistellungsvorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.[256] Nur diese Vorschrift weise – mit der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts – Tatbestandsmerkmale auf, an denen eine Entscheidung über Gesichtspunkte wie Produktsicherheit, Gesundheits- oder Umweltschutz festgemacht werden könnte. Gegen eine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte im Kartellverbotstatbestand sprächen auch systematische Argumente: Werde Gesichtspunkten wie Arbeitsmarktpolitik, Umweltschutz oder Produktsicherheit nicht im Verbots-, sondern allenfalls im Freistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV Gewicht beigemessen, so werde das Regel-Ausnahme-Verhältnis auch in systematischer Hinsicht beachtet. Ein die Tatbestandsmerkmale einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, eines entsprechenden Beschlusses oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllendes Verhalten erscheine hiernach im Grundsatz verboten; der Tatbestand des Kartellverbots werde bei diesem Ansatz nicht durch Aufnahme anderer Politiken relativiert und damit verkürzt. Die Zuordnung zum Freistellungstatbestand erscheine auch im Hinblick auf die Beweislastzuordnung systemgerecht: Mit ihr seien diejenigen mit dem Beweis des Vorliegens der Voraussetzungen einer Ausnahme vom grundsätzlich anwendbaren Kartellverbot belastet, die sich auf das Eingreifen dieser Ausnahme beriefen (Art. 2 Satz 2 VO 1/2003).

149 Beide Ansätze, jeweils Ausdruck einer vorrangigen kartellrechtlichen Orientierung am Ziel der Wettbewerbsfreiheit, favorisieren mit nur in Nuancen voneinander abweichenden Begründungen eine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte im Kartellrecht allein und ausschließlich im Rahmen des Rechtfertigungstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV. Diese Auffassung lässt sich bei vorrangiger Orientierung an Wortlaut und Systematik von Art. 101 AEUV nicht nur gut hören, sondern ist auch auf den ersten Blick fundiert begründet.

bb) Ansatz der Praxis

150 Allerdings geht die Praxis nicht erst, aber insbesondere seit Einführung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) durch den EuGH im Jahr 2006 in eine andere Richtung. So hat sich dieser Ansatz in der Entscheidungspraxis der EU-Kommission[257] – hernach bestätigt durch das EuG[258] – und des BKartA[259] sowie ver-

256 So i.Erg. auch mit äußerst knapper Begründung Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Grave/Nyberg* Art. 101 Abs. 1 EUV Rn. 291.

257 S. zuletzt EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; → VI. Rn. 62–67 m.w.N.

258 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 77–114 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.

259 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einzelt auch schon in der nationalen Rechtsprechung[260] etablieren können.[261] Auch die Monopolkommission äußert hierzu keine Kritik, sondern scheint den *Meca-Medina*-Test bei der Anwendung des Kartellrechts zu billigen.[262] Der Grund hierfür dürfte primär darin liegen, dass der Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV mit seiner Orientierung an den Aspekten des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts wenig – wenn überhaupt[263] – Ansatzpunkte für die Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports bietet. Eine solche ist aber nicht nur sachgerecht, sondern wird nach Einführung von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV auch nahe gelegt.[264]

cc) Bewertung der Kritikpunkte

Vor diesem Hintergrund sollen die einzelnen Gegenargumente nochmals kritisch gewürdigt werden: 151

Fuchs ist zuzugeben, dass durch den *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) in der Tat ein Einfallstor für außerwettbewerbliche Erwägungen zur Legitimierung von Wettbewerbsbeschränkungen geöffnet worden ist. Mitnichten reicht jedoch „jede legitime Zielsetzung" als potentielle Rechtfertigung etwaiger Wettbewerbsbeschränkungen aus. Die durch Art. 11 EMRK und Art. 9 Abs. 1 GG garantierte Verbandsautonomie und damit die Besonderheiten des Sports sollten bei der Anwendung des Kartellverbotstatbestandes nicht völlig ausgeblendet werden, sondern zu einem sachgerechten Ausgleich mit dem Ziel der Wettbewerbsfreiheit gebracht werden. Dabei sorgen die Prüfungsstufen des *Meca-Medina*-Tests – legitime Zielsetzung, Inhärenz, Verhältnismäßigkeit[265] – dafür, dass legitime verbandspolitische Zielsetzungen die Ziele der Wettbewerbsfreiheit nicht unreflektiert ausblenden (können). 152

Darüber hinaus ist *Fuchs* auch darin zuzustimmen, dass der EuGH sich unter der Brille des Wettbewerbsschutzes eine eingeschränkte Prüfungskompetenz auch in solchen Bereichen anmaßt, die oftmals direkt keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen. Dies ist aber erforderlich, wenn man über die Anwendung von 153

260 S. stellvertr. OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 ff. – Deutscher Fußballbund; zuletzt sehr ausf. OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 66 ff.

261 Wie der BGH mit der Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports als außerwettbewerblichen Belangen im Rahmen von Art. 101 AEUV umgehen wird, ist noch offen. Indes hat ein Mitglied des Kartellsenats am BGH insoweit bereits im Jahr 2015 Zweifel angemeldet, vgl. *Kirchhoff*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 11 (13): „Kaum zu erwarten sein dürfte, dass deutsche Gerichte im Hinblick auf außerwettbewerbliche Ziele des AEUV bereits den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV einschränken werden. […] Denkbar ist immerhin, dass der BGH bei einem geeigneten Fall eine entsprechende Vorlagefrage an den EuGH erwägen könnte."

262 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 312, 436, 444.

263 Ablehnend etwa *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (579 f.).

264 → II. Rn. 1–3, VIII. Rn. 1 ff., jew. m.w.N.

265 → VI. Rn. 40–53, 176–315.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 101 Abs. 1 AEUV die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen kartellrechtlich erfassen möchte, die von als solchen keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellenden Organisationsakten wie der Verabschiedung von Verbandsstatuten ausgehen können.[266] Ein solcher Ansatz ist schließlich auch im Lichte des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit sachlich geboten. Andernfalls würden kartellrechtliche Schutzlücken drohen, außer wenn man eine interpretatorische Überdehnung des Rechtfertigungstatbestands gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV zuließe. Dem stehen indes die im Jahr 2004 veröffentlichten Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) entgegen.[267] Danach können außerwettbewerbliche Ziele, die mit anderen Bestimmungen der europäischen Verträge angestrebt werden (zu denken ist dabei im vorliegenden Kontext insbesondere an Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV[268]), nur berücksichtigt werden, wenn sie unter die vier Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden können. Es bleibt festzuhalten, dass (inter)nationale Sportverbände auch bei der Verabschiedung von Verbandsstatuten bei einer gebotenen Gesamtbetrachtung unternehmerisch handeln und wirtschaftlich tätig sind. Der EuGH prüft damit bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) gerade nicht die Rechtmäßigkeit von nichtwirtschaftlichen Zwecksetzungen, sondern die Legitimität der wirtschaftlichen Auswirkungen von nicht unmittelbar wirtschaftlichen Tätigkeiten der Sportverbände.[269]

154 *Zimmers* Einwand, der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV werde im Falle einer Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Gesichtspunkte relativiert und damit verkürzt, nimmt nicht die gesamte Problematik in den Blick. Wenn man spätestens seit der Einführung von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV von der Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports auch im Bereich des Kartellrechts ausgehen muss, bleibt *Zimmer* die Darstellung eines im Vergleich zum *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) besser geeigneten, alternativen Ansatzes schuldig. Natürlich könnte man sich bemühen, die Besonderheiten des Sports auch bei Art. 101 Abs. 3 AEUV zu integrieren, was allerdings wegen der einseitigen Orientierung an der erforderlichen Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts kaum ohne systematische Brüche und eine Überdehnung des Wortlauts möglich wäre. Verbandsstatuten mit wettbewerbsbeschränkendem Potential sind nicht darauf ausgerichtet, konkret ermittelbare, qualitative Effizienzgewinne herbeizuführen.[270]

266 → VI. Rn. 75–89, 114–138.
267 Vgl. zum folgenden EU-Komm., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. (EU) C101/97 v. 27.4.2004, Rn. 42.
268 → VIII. Rn. 1 ff.
269 *Grätz* 78; *Kretschmer* 96; *Seyb* 98; *Varens* 42; *Heermann* CaS 2009, 90 (93).
270 Zweifel an der Berücksichtigungsfähigkeit externer Effekte und damit auch wettbewerbsfremder Aspekte im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV äußert auch *BKartA*, Hintergrundpapier – Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Jahr 2019 sah das LG Frankfurt/Main bei der kartellrechtlichen Überprüfung von Verbandsstatuten des DFB bezüglich der Tätigkeit von Spielervermittlern bewusst – wenngleich mit zweifelhafter Begründung – von einer Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) ab, sondern wendete stattdessen Art. 101 Abs. 3 AEUV an.[271] Sodann tauchten aber im Rahmen der Erwägungen zu den Rechtfertigungsvoraussetzungen die meisten Elemente des *Meca-Medina*-Tests auf, wobei das Gericht diese kaum nachvollziehbar in die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV integrierte. Dies zeigt deutlich, dass bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) durchaus sachgerechte Fragen zur kartellrechtlichen Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Beschlüssen eines Sportverbandes gestellt werden, auch wenn einige Folgefragen vom EuGH noch offengelassen worden sind.[272] Insoweit soll aber nachfolgend nicht nur ein Vorschlag zur Klärung dieser Fragen unterbreitet werden, sondern es soll auch ein um zusätzliche Aspekte erweiterter und damit verfeinerter *Meca-Medina*-Test vorgestellt werden.[273] 155

Damit werden sodann auch *Zimmers* Bedenken hinsichtlich der Beweislastverteilung, die er bezüglich der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests stillschweigend nicht bei der sich auf die Ausnahme vom Kartellverbot berufenden Partei zu verorten scheint, ausgeräumt oder zumindest deutlich relativiert.[274] 156

d) Würdigung

Das *Wouters*-Urteil des EuGH[275] hat bei der Anwendung des Kartellrechts die Tür für die Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Aspekte geöffnet, die die Belange unter dem Schutz der Verbandsautonomie stehender privater Organisationen betreffen. Der Umstand, dass diese außerwettbewerblichen Aspekte bereits auf der Ebene des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV einbezogen werden, ist der Tatsache geschuldet, dass der Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV hierfür keine unmittelbar passenden Anknüpfungspunkte bietet. Im Verfahren *Meca-Medina und Majcen*[276] übertrug der Gerichtshof die *Wouters*-Doktrin, die zunächst für das Handeln einer Rechtsanwaltskammer, mithin für einen die Interessen seiner Mitglieder vertretenden Be- 157

271 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 96 ff.; zust. *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (591); krit. hierzu *Stopper* SpuRt 2020, 216 (218 f.); *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (58). In der nachfolgenden Instanz hat sich OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 66 ff. mit ausf. Begründung und in Abkehr von der Rechtsauffassung des LG Frankfurt/Main für eine Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) ausgesprochen.

272 → VI. Rn. 56.

273 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.

274 → VI. Rn. 334–336.

275 EuGH Slg. 2002, I-1577 = NJW 2002, 877 – Wouters; → VI. Rn. 139–142.

276 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → VI. Rn. 39–60 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rufsverband entwickelt worden war, auf einen internationalen Sportverband. Dies war in dogmatischer Hinsicht nur noch ein kleiner Schritt gewesen, hingegen ein großer Schritt für die Entwicklung des europäischen Sport(kartell)rechts. Der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) verdeutlicht, dass es nicht länger um die Differenzierung zwischen Verbandsstatuten mit angeblich rein sportlichem Charakter und solchen mit wirtschaftlichen Eigenheiten geht. Vielmehr unterfallen Regelungen von Sportverbänden, die auch wirtschaftliche Auswirkungen nach sich ziehen und zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, dem für jeden Einzelfall separat anzuwendenden *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test).

158 Natürlich können außerwettbewerbliche Aspekte nicht beliebig in eine kartellrechtliche Prüfung einfließen, vielmehr bedarf es hierzu einer sachlichen Eingrenzung sowie einer Struktur. Letztere steht mit dem *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) bereits zur Verfügung. Hier braucht nicht die Frage abschließend geklärt zu werden, welche außerwettbewerblichen Gesichtspunkte insgesamt berücksichtigungsfähig sein könnten. Indes wird man nach der Einführung von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV und der darin zum Ausdruck kommenden Anerkennung der Besonderheiten des Sports an der Berücksichtigungsfähigkeit dieses Aspekts im Kartellrecht kaum mehr ernsthaft zweifeln können.

159 Die Diskussion hinsichtlich der Anerkennung der Besonderheiten des Sports als außerwettbewerblicher Belange bei der Anwendung des Kartellrechts ist übrigens keine Premiere. So wurde bereits zu Beginn des Jahrtausends im deutschen Schrifttum zum Kartellrecht vehement darüber gestritten, ob der insbesondere aus der U.S.-amerikanischen Praxis bekannte *more economic approach* auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts übertragen werden sollte. Es ging dabei um die Frage, ob man sich eher am rechtlichen Aspekt der Wettbewerbsfreiheit, verstanden als Sicherung der privatautonomen Freiheit der Unternehmen, oder eher an ökonomischen Aspekten, vor allem einer Steigerung der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt, zu orientieren habe.[277] Inzwischen herrscht auch im juristischen Schrifttum die Auffassung vor, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb stets im Rahmen einer Kontextanalyse zu prüfen sind, womit letztlich der Wohlfahrtssteigerung beträchtliche Bedeutung zukommt.[278] Die EU-Kommission, aber auch nationale Kartellbehörden neigen in solchen Fällen zu praktischen Lösungsansätzen. Zuletzt hat hierzulande das *Facebook*-Verfahren des BKartA[279] gezeigt, dass Verstöße gegen die DSGVO und damit datenschutzrechtliche Aspekte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle durchaus berück-

277 S. stellvertr. hierzu aus juristischer Perspektive *Basedow* WuW 2007, 712 ff. sowie aus ökonomischer Sicht *von Weizsäcker* WuW 2007, 1078 ff.

278 S. stellvertr. *Mestmäcker/Schweitzer* § 11 Rn. 41 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs* Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 8 ff.; Langen/Bunte/*Hengst*, Bd. 2, Art. 101 AEUV Rn. 154.

279 BKartA 6.2.2019 – B6-22/16 = BeckRS 2019, 4895, Rn. 526 ff. – Facebook.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sichtigungsfähig sein können;[280] eine Hauptsacheentscheidung des OLG Düsseldorf liegt indes noch nicht vor (Stand: 7.2.2022).[281] Damit einher geht sodann stets die Diskussion um die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts.[282] Letztlich lässt sich festhalten, dass im Rahmen der Kontextanalyse die Berücksichtigung auch bestimmter außerwettbewerblicher Zielsetzungen möglich ist, zu denen spätestens seit dem Inkrafttreten des heutigen Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV am 1.12.2009 die Besonderheiten des Sports zählen.

e) Ausmaß der Konvergenz von Grundfreiheiten und Art. 101, 102 AEUV

In den letzten Jahren ist intensiv die Frage diskutiert worden, ob und inwieweit eine Konvergenz von Grundfreiheiten einerseits und Art. 101, 102 AEUV andererseits besteht.[283] In dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen* war das EuG noch von der sog. Konvergenzthese ausgegangen,[284] was der EuGH in der nächsten Instanz ebenso kurz wie knapp als „Rechtsfehler" einstufte.[285] Dieser Auffassung schloss sich in der Folge auch die EU-Kommission an und erteilte der Konvergenzthese im Jahr 2007 mit folgenden Worten eine klare Absage:[286] 160

> „The fact that the Community Courts have in some cases found that sporting rules did not violate Articles 39 and 49 EC does therefore not permit to conclude that these rules do not infringe Articles 81 or 82 EC in the absence of an analysis concerning the anti-competitive effects, the inherent nature and proportionality of the sporting rule in question. Likewise, compliance with Articles 81 and 82 EC does not establish compatibility with the internal market rules. In addition, as mentioned above, the Commission has applied Articles 81 and 82 EC in several cases concerning sport prior to the Meca Medina ruling."

Die Annahme einer vollständigen strukturellen und inhaltlichen Konvergenz lässt sich zwar nicht überzeugend begründen. Allerdings sollte man nicht vernachlässigen, dass hinsichtlich der Zielsetzungen einerseits der europäischen Grundfreiheiten und andererseits der Art. 101, 102 AEUV weitreichende Überschneidungen bestehen.[287] Zwar existieren sicherlich erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Frage, wie über die beiden europarechtlichen Regelungskomplexe die Verwirk- 161

280 Ausf. hierzu *Brinkmann* 184 ff.
281 In dem anschließenden Verfahren vor dem OLG Düsseldorf hat der Kartellsenat ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Auslegung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und des AEUV sowie zu den Kompetenzen einer nationalen Kartellbehörde im Rahmen der DSGVO gerichtet, vgl. OLG Düsseldorf WRP 2021, 784–793 = GRUR-RS 2021, 8370.
282 Hierzu stellvertr. *Mohr* 418–514.
283 S. stellvertr. *L. Breuer* 634–643; *Hail* 201–204; *St. Horn* 94–99; *Mürtz* Abschn. C. III.; *Weatherill*, Principles, 2017, 162–165.
284 EuG Slg. 2004, II-3291, Rn. 42 = SpuRt 2005, 20 – Meca-Medina und Majcen.
285 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 33 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. 45.
286 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.2.
287 So auch schon *Weatherill*, Principles, 2017, 162.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichung des Binnenmarktes erreicht werden soll. Indes werden bei Anwendung sowohl der europäischen Grundfreiheiten[288] als auch von Art. 101 AEUV[289] und – wie noch zu zeigen sein wird[290] – von Art. 102 AEUV auf den Sport dessen besondere Belange bei der Rechtsanwendung und Entscheidungsfindung in sehr ähnlicher Weise berücksichtigt, ohne dass jeweils zugunsten sich wirtschaftlich betätigender Sportverbände eine generelle Ausnahme von der Anwendung der genannten Vorschriften gewährt worden wäre. Das rechtliche Instrument zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports, der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test), ist zunächst in Grundzügen für die europäischen Grundfreiheiten entwickelt und sodann auf das europäische Kartellrecht übertragen worden.[291] Damit hatte der Gerichtshof der erst später erfolgten Einführung des heutigen Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV vorgegriffen, der seinerseits die Notwendigkeit der angemessenen Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports in beiden Regelungskomplexen unterstreicht.[292]

162 Für die weiteren Erwägungen zur Anwendung europarechtlicher Vorschriften auf den Sport ist die beschriebene Entwicklung von erheblicher Bedeutung. In diesem Zusammenhang stehen die europäischen Grundfreiheiten und die Art. 101, 102 AEUV nicht jeweils vollständig isoliert nebeneinander. Vielmehr sind die aufgezeigte inhaltliche Überlappung und nicht zuletzt auch die argumentativen Verbindungslinien wichtig, wenn es darum geht, Antworten auf die noch offenen Rechtsfragen hinsichtlich der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests)[293] zu entwickeln.[294] Denn dabei wird u.a. auch eine Analyse der Judikatur zu den europäischen Grundfreiheiten Erkenntnisse zutage fördern, die hinsichtlich bestimmter offener Rechtsfragen gewinnbringend auf die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften übertragen werden können.

163 Die Gemeinsamkeiten bei der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts vermögen letztlich die sog. Konvergenzthese zwar nicht vollständig, so aber doch zumindest partiell zu stützen. Daher sind die klaren Absagen des EuGH[295] und der EU-Kommission[296] an die Konvergenzthese zu relativieren. Zugleich legen die zahlreichen Parallelen hinsichtlich der Ansätze zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports die Vermutung nahe, dass

288 → V. Rn. 1 ff. m.w.N.
289 → VI. Rn. 39–60, 164–385.
290 → VII. Rn. 67–71.
291 Im Ansatz ebenso *Weatherill*, Principles, 2017, 163.
292 *Weatherill*, Principles, 2017, 164.
293 → VI. Rn. 56.
294 → VI. Rn. 164–385.
295 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 33 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
296 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.2.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sie letztlich zu übereinstimmenden Ergebnissen führen.[297] Dem *Verfasser* sind in der Judikatur, der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden sowie im juristischen Schrifttum keine rechtlichen Stellungnahmen bekannt, in denen die Regelung eines Sportverbandes mit wirtschaftlich beschränkenden Auswirkungen nach den Maßstäben der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts rechtlich unterschiedlich beurteilt worden wäre.

9. *Meca-Medina (und Majcen)*-Test (Drei-Stufen-Test)

a) Allgemeines

aa) Meca-Medina (und Majcen)-Test (Drei-Stufen-Test) im deutschen Schrifttum

Wer in der deutschsprachigen Kommentarliteratur zum Kartellrecht nach einer detaillierten Analyse des *Meca-Medina*-Tests und seiner Bedeutung für den Sportsektor sucht, wird wenig finden. Dies kann zunächst nicht überraschen, wenn die Kommentatoren zum Kreis derjenigen Kartellrechtler gehören, die der Berücksichtigungsfähigkeit wettbewerbsfremder Aspekte im Allgemeinen und der Besonderheiten des Sports im Besonderen im Kartellrecht sehr kritisch bis offen ablehnend gegenüberstehen.[298] In den übrigen Kommentaren zu den Art. 101, 102 AEUV werden das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH und der dort entwickelte mehrstufige *Meca-Medina*-Test[299] im Zusammenhang mit immanenten Wettbewerbsbeschränkungen, sog. *ancillary restraints*, knapp angesprochen, verschiedentlich gar nur durch einen bloßen Fußnotenverweis.[300] Aber auch in einer der ersten Adressen zum Sportrecht im deutschsprachigen Schrifttum, dem inzwischen in Viertauflage erschienenen Praxishandbuch Sportrecht, findet man außer der Feststellung, dass der in zwei Sätzen referierte Ansatz des EuGH „mittlerweile *common sense* bei der kartellrechtlichen Bewertung von Sportverbandsregeln durch Unionsorgane“ sei,[301] keinerlei weitere Erläuterungen, die man gerade in einem Nachschlagwerk für Praktiker hätte erwarten dürfen. Fast könnte man 164

297 *Weatherill* ECLR 2006, 645 (653) hält dieses Ergebnis für zwingend und spricht insoweit von einer sog. „‚convergence in outcome'-thesis“; ähnl., wenngleich eine unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten auf private Organisationen ablehnend, *Seyb* 81 f., 97.

298 → VI. Rn. 146–159 m.w.N. zum Meinungsstand.

299 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

300 S. stellvertr. Streinz/*Eilmansberger/Kruis* Art. 101 AEUV Rn. 66 Fn. 238. Auf eine Auseinandersetzung mit dem für das Sportkartellrecht zentralen *Meca-Medina*-Test wird in MüKo-Europäisches Wettbewerbsrecht – soweit ersichtlich – selbst in der 3. Aufl. aus dem Jahr 2020 sogar gänzlich verzichtet.

301 PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 88; zudem wird der *Meca-Medina*-Test – natürlich – nicht nur von „Unionsorganen“ angewendet, sondern ist hierzulande auch schon wiederholt von deutschen Zivilgerichten sowie auch vom BKartA bei der Subsumtion streitgegenständlicher Verbandsregelungen oder -maßnahmen unter Art. 101, 102 AEUV teils sehr intensiv geprüft worden.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Eindruck gewinnen, es handele sich beim *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) um eine esoterisch anmutende Problematik, weil man sich diese durch Rückgriff auf die Kommentar- und Handbuchliteratur[302] kaum erschließen kann. Über die Gründe für diese Entwicklung soll hier nicht spekuliert werden, eine Kartellabsprache zwischen den zuständigen Kommentatoren scheint *prima facie* jedenfalls nicht vorzuliegen, auch ein Boykott der Thematik liegt fern.

165 Anders gestaltet sich das Bild, wenn man einen Blick auf und vor allem auch in Monographien und Fachaufsätze zum Sportkartellrecht wirft. Bereits wiederholt, wenngleich in höchst unterschiedlicher Intensität, sind dort die Besonderheiten des Sports vertieft und der *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) besprochen worden.[303] Regelmäßig liegt der Schwerpunkt der Abhandlungen auf der rechtlichen Beurteilung einzelner, von Sportverbänden erlassener Regelungen, die sodann in kartellrechtlicher Hinsicht auch dem *Meca-Medina*-Test unterzogen werden. Zumeist mangelt es den Abhandlungen insbesondere an tiefergehenden Einsichten zur genauen dogmatischen Einordnung des Tests, zur Anwendbarkeit und praktischen Umsetzung des *Meca-Medina*-Tests sowie an detaillierten Erwägungen zu den einzelnen Kriterien auf den verschiedenen Prüfungsstufen. Zwar existiert eine hervorragende Monographie von *L. Breuer* zum „EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele" aus dem Jahr 2013, die allerdings die *Wouters*-Doktrin[304] in das Zentrum der rechtlichen Bewertungen stellt und auf die *Meca-Medina*-Doktrin nur vergleichsweise knapp eingeht.[305] Daneben gibt es noch englischsprachige Arbeiten, die sich mit einer systematischen Einordnung von Rechtfertigungsansätzen im Unionsrecht für den gesamten Bereich des Sports beschäftigen,[306] dabei im Hinblick auf den *Meca-Medina*-Test letztlich aber recht oberflächlich bleiben.

166 Bei dieser Ausgangslage im wissenschaftlichen Schrifttum ist es – so viel sei schon vorab verraten – ebenso lohnenswert und komplex[307] wie spannend, die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) zur kartellrechtlichen Prüfung einzelner Verbandsregelungen im Sport genauer zu analysieren.[308] Zu

302 Eine Ausnahme mit einer indes nur recht knappen Darstellung bildet Stopper/Lentze/*Stopper/Kempter* Kap. 8 Rn. 18a-18h.

303 S. etwa *Esposito* 217 ff.; *Hail* 278 ff.; *St. Horn* 88 ff.; *Putzier* 81–89; *Rothammer* 184 ff.; *Scherzinger* 207 ff.; *Seyb* 97–113; sehr ausf. zuletzt *Mürtz* Abschn. E.; *Heermann* WuW 2009, 394 (402 ff.); *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 6 ff.; *Heermann* WuW 2018, 241 (243); *Heermann* ZWeR 2017, 24 (42 ff.); s. zuletzt auch *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 ff.

304 → VI. Rn. 139–142.

305 *L. Breuer* 422 ff., 544 ff.

306 S. insb. *Pijetlovic* 179 ff., 226–228; *Weatherill*, Principles, 2017, 104 ff.

307 Dies wird in *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 444 Fn. 312 nur angedeutet: „Schwierig dürfte es etwa sein, die Möglichkeiten der Rechtfertigung eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch sportbezogene Aspekte einzuschätzen; […]".

308 Es überrascht, dass diese ebenso komplexe wie spannende Rechtsproblematik bislang – soweit ersichtlich – im deutschsprachigen Raum anscheinend noch nicht als Dissertationsthema aufgegriffen worden ist. Bevor ich hier mir persönlich unbekannten promotionswilligen Nachwuchswissenschaft-

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesem Zweck sollen nachfolgend die einzelnen Prüfungsstufen und -schritte, deren Anzahl möglicherweise nicht auf drei beschränkt ist, ebenso umfassend durchleuchtet werden wie die nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* noch offen gebliebenen Rechtsfragen.[309]

bb) Rechtsnatur und Terminologie

Wenn man sich ebenso wie der EuGH, vereinzelt auch nationale Gerichte, in jedem Fall aber die EU-Kommission und das BKartA sowie eine ständig zunehmende Anzahl an Stimmen im wissenschaftlichen Schrifttum (bislang indes unter weitgehender Ausklammerung der Kommentarliteratur) darauf einlässt, die Besonderheiten des Sports als außerwettbewerbliche Aspekte bei der kartellrechtlichen Prüfung zuzulassen, stellt sich zunächst eine grundlegende Frage: Handelt es sich beim *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) aus dogmatischer Perspektive[310] um eine Tatbestandsrestriktion oder – genauer – um eine Restriktion des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung[311] gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV[312] oder aber um einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund[313]?[314] Der *Verfasser* sprach sich in einer frühen Stellungnahme zunächst für letztgenannte Einordnung aus.[315] Seither hat er die Frage aber wiederholt offengelassen,[316] woran auch hier festgehalten werden soll. 167

lern – wie schon wiederholt mit anderen Publikationen – eine thematische Teilvorlage liefere, sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass sich seit dem Jahr 2020 *Tassilo Mürtz* unter meiner Betreuung mit der Thematik beschäftigt hat. Der Titel der Dissertation lautet: „Meca-Medina-Test des EuGH – Berücksichtigung sportspezifischer außerwettbewerblicher Faktoren im europäischen Kartellrecht". Das Promotionsverfahren war zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Werkes (7.2.2022) bereits eingeleitet.

309 → VI. Rn. 56.

310 Ausf. zur dogmatischen Einordnung des *Meca-Medina*-Tests *Mürtz* Abschn. E. II. 1. m.w.N. zum Meinungsstand; er sieht in dem *Meca-Medina*-Test einen „Spezialfall des *Wouters*-Tests für den Sport, welcher dogmatisch die Schrankensystematik der *Cassis-de-Dijon/Gebhard*-Doktrin übernimmt und technisch eine besondere Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt."

311 Ausf. zum Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung im Sportsektor *Mürtz* Abschn. B. III. 3.

312 So *B. Eichel* 227; *Esposito* 223 f.; *Fuchs* ZWeR 2007, 369 (392); *Klees* EuZW 2008, 391 (392 f.).

313 In diesem Sinne *Jung* 217; *Kretschmer* 94; *Mürtz* Abschn. E. II. 2. b) cc) und E. II. 3.; *Scherzinger* 211 f.; Stopper/Lentze/*Stopper/Kempter* Kap. 8 Rn. 18c.

314 *Hail* 294 f. bleibt in diesem Punkt unpräzise, wenn er feststellt, dass „sich die Voraussetzungen einer Rechtfertigung einer Regelung mit beschränkenden Auswirkungen im Spitzensport gemeinhin an den Maßgaben des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit orientieren." Das ist wenig überzeugend, weil dadurch die überaus wichtige erste Stufe des *Meca-Medina*-Tests bezüglich der vom Sportverband mit der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift verfolgten legitimen Zielsetzungen (→ VI. Rn. 176–284 m.w.N.) ausgeblendet wird. Entsprechendes gilt für andere Stimmen, die den *Meca-Medina*-Test als eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung einstufen; vgl. *Grätz* 96; *Kretschmer* 93 f.; *Rothammer* 132; *Stopper* SpuRt 2020, 216 (216 f.).

315 *Heermann* ZWeR 2009, 472 (479).

316 *Heermann* WuW 2009, 394 (404) und WuW 2009, 489 (498 f.); *Heermann* ZWeR 2017, 24 (43).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

168 Man könnte meinen, der Frage nach der Rechtsnatur des *Meca-Medina*-Tests komme Relevanz für die Verteilung der Beweislast zu.[317] So haben Kartellbehörden die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu beweisen, während der jeweilige Verbotsadressat, d.h. im Sport regelmäßig der (inter)nationale Sportverband als – potentieller – Kartellant, gem. Art. 2 VO 1/2003 die tatsächlichen Umstände beweisen muss, die einen Rechtfertigungsgrund wie etwa gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV begründen. Falls man nunmehr den *Meca-Medina*-Test als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund einstufen würde, läge eine analoge Anwendung von Art. 2 VO 1/2003 nahe.[318]

169 Wenn man sich – wofür aufgrund der Entstehungsgeschichte des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests)[319] einiges spricht – an der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten orientiert, gelangt man unabhängig von der abschließenden Klärung der Frage nach der Rechtsnatur zu dem Ergebnis, dass ein Sportverband die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) nachzuweisen hat. So hat der EuGH in seinem berühmten Urteil *Cassis de Dijon*[320] zur Warenverkehrsfreiheit gem. (heute) Art. 34 AEUV festgestellt, dass Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, hingenommen werden müssten, soweit diese Bestimmungen notwendig seien, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes. Im Hinblick auf diese sog. *Cassis*-Formel stellte sich – ähnlich wie nunmehr beim *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) – die Frage, ob es sich um einen zusätzlichen Rechtfertigungsgrund neben (heute) Art. 36 AEUV handelt oder aber um eine immanente Schranke.[321] Unabhängig von dieser rechtsdogmatischen Frage trifft nach Auffassung des EuGH denjenigen Mitgliedstaat, der sich auf ein zwingendes Erfordernis im Sinne der *Cassis*-Formel sowie der nachfolgenden sog. *Cassis*-Rechtsprechung[322] als Ausnahmetatbestand beruft, insoweit auch die Nachweispflicht.[323] Der Mitgliedstaat hat danach substantiiert darzulegen, weshalb ein bestimmtes warenbezogenes Verkehrsverhalten zur Gefährdung eines zwingenden Erforder-

317 *Esposito* 225 f.; zuletzt in diesem Sinne *Seyb* 103. So auch noch *Heermann* WuW 2009, 489 (500–502); an dieser Rechtsauffassung wird im Folgenden nicht weiter festgehalten.
318 *Esposito* 226 gelangt über den beweisrechtlichen Sphärengedanken zu einem ähnl. Ergebnis.
319 → V. Rn. 1 ff. und VI. Rn. 1–60 m.w.N.
320 EuGH Slg. 1979, 649, Rn. 8 = NJW 1979, 1766 (1766) – Cassis de Dijon.
321 S. hierzu stellvertr. MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 43 ff. m.w.N.
322 Hierzu MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 48 ff. mit umfassenden Nachw. der Rspr des EuGH.
323 EuGH Slg. 2003, I-4431, Rn. 67 f. = BeckRS 2004, 74377 – ATRAL; EuGH 2003, I-6445, Rn. 29 f. = GRUR Int. 2003, 826 – Kommission/Italien; EuGH 2003, I-13 145, Rn. 54 = CELEX62001CS0358 – Kommission/Spanien; EuGH 2004, I-1559, Rn. 23 = BeckRS 2004, 75862 – Kommission/Italien; vgl. auch stellvertr. Streinz/*Schroeder* Art. 36 Rn. 57 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nisses im Sinne der *Cassis*-Formel geführt hat. Die Beweislast geht für einen Mitgliedstaat letztlich aber nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich das mit der streitgegenständlichen Regelung verfolgte Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe.[324] Es ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests (Drei-Stufen-Tests) in entsprechender Weise wie bezüglich der Voraussetzungen der zwingenden Erfordernisse im Sinne der *Cassis*-Formel verteilen würde, weil es sich bei beiden Rechtsfiguren um tatbestandsimmanente Schranken handelt.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass selbst für den Fall, dass man den *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) als Tatbestandsrestriktion hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV einstufen würde, der (inter)nationale Sportverband die entsprechenden Voraussetzungen nachweisen müsste. Wenn man den *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund ansieht, ergibt sich das gleiche Ergebnis aus der analogen Anwendung von Art. 2 VO 1/2003. 170

Bislang war in diesem Werk durchweg vom *Meca-Medina*-Test (Drei-Stufen-Test) die Rede. In früheren Veröffentlichungen hat der *Verfasser* stets vom „Drei-Stufen-Test" gesprochen, weil der EuGH im berühmten 42. Erwägungsgrund seines Urteils in dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen*[325] drei Prüfungsschritte vorgezeichnet hatte, die er seither nicht mehr konkretisiert hat. Daraus haben sich noch weitgehend ungeklärte Folgefragen ergeben.[326] Zu deren Klärung wird es erforderlich sein, den vom Gerichtshof vorgegebenen dreistufigen Prüfungsaufbau zu verfeinern. In diesem Zusammenhang kamen dem *Verfasser* bei der Vertiefung dieser komplexen Rechtsproblematik Zweifel, ob ein Festhalten an seiner bisherigen Terminologie irreführend sein könnte. Deshalb soll fortan in diesem Kontext allein vom *Meca-Medina*-Test gesprochen werden.[327] Der *Verfasser* verabschiedet sich insoweit vom Begriff des Drei-Stufen-Tests und hofft gleichzeitig, dass der nur aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung nicht länger erwähnte Sportsfreund *Igor Majcen* für diese Maßnahme Verständnis aufbringen wird. 171

324 EuGH Slg. 1997, I-5699, Rn. 58 = BeckRS 2004, 74525 – Kommission/Niederlande; EuGH 2009, I-519, Rn. 66 = EuZW 2009, 173 – Kommission/Italien.

325 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 46.

326 → VI. Rn. 56.

327 Demgegenüber bevorzugen *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (568) anstelle der verbreiteten Begrifflichkeit „Drei-Stufen-Test" die Bezeichnung „Wouters-Doktrin". Hierdurch wird freilich der Umstand verdeckt, dass der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* seinen zuvor in der Rechtssache *Wouters* herausgearbeiteten Ansatz, die *Wouters*-Doktrin, durch Erstreckung auf bestimmte Statuten und Maßnahmen von autonomen Sportverbänden, denen zuvor gerade keine staatlichen Befugnisse übertragen worden waren, fortentwickelte. Diesen „gundlegende[n] Unterschied" erkennen zwar *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (574) gleichfalls, erblicken hierin aber kein relevantes Abgrenzungsmerkmal zwischen dem *Wouters*-Test einerseits und dem *Meca-Medina*-Test andererseits.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Anwendungsbereich

172 Im 45. Erwägungsgrund des Urteils *Meca-Medina und Majcen* hat der EuGH angedeutet, unter welchen Voraussetzungen er den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests als eröffnet ansieht (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[328]

> „45. 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** gerade **dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten**."

Wenn also eine wettbewerbsbeschränkende Regelung oder Maßnahme eines Sportverbandes „mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden" ist und zugleich gerade „dazu (dient), einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten", kommt eine Rechtfertigung nach dem *Meca-Medina*-Test in Betracht.

173 In den genannten Kriterien könnte man gleichsam eine vorgeschaltete Anwendungsvoraussetzung für den *Meca-Medina*-Test erblicken. Dabei muss man sich freilich dreierlei vergegenwärtigen:

- Erstens spricht der EuGH die zitierten Kriterien im Kontext mit der legitimen Zwecksetzung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift und/oder -maßnahme an. In der Tat bestehen inhaltliche Überschneidungen mit diesem auf der ersten Stufe des *Meca-Medina-Tests* zu prüfenden Aspekt.[329] Das gilt insbesondere für die Frage, ob die vom Sportverband verfolgte Zielsetzung tatsächlich in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wird.[330]
- Zweitens bestehen inhaltliche Überschneidungen auch mit dem zweiten Prüfungsschritt, d.h. mit der Frage, ob ein notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele besteht (Inhärenzkriterium).[331]
- Drittens hängt die vorgeschaltete Anwendungsvoraussetzung gleichfalls mit der Frage der Geeignetheit der streitgegenständlichen Verbandsregelung und/oder -maßnahme zur der Verfolgung des legitimen Verbandsziels zusammen.[332]

174 Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend in einem vorgeschalteten Schritt allein geprüft werden, ob die streitgegenständliche Verbandsvorschrift und/oder -maß-

328 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
329 Ausf. hierzu → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
330 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
331 Ausf. hierzu → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
332 Hierzu → VI. Rn. 289–294 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nahme überhaupt in irgendeinen sachbezogenen Zusammenhang mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs gebracht werden kann. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, insbesondere weil mit der strittigen Regelung allein (eigen)wirtschaftliche und keinerlei den konkreten Sportwettkampf betreffende sportorganisatorische Ziele verfolgt werden, ist der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests nicht eröffnet. Es handelt sich letztlich also lediglich um einen Grobraster, dessen Voraussetzungen im Zweifelsfall großzügig angewendet werden sollten. Bei den erwähnten nachfolgenden Prüfungsstufen werden sodann jeweils spezifische Anwendungsvoraussetzungen näher untersucht. Wenn man bei der Vorprüfung der Anwendbarkeit (zu) großzügig verfahren sollte, würden spätestens auf einer der genannten nachfolgenden Prüfungsstufen die Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sein. *Mürtz*[333] fasst den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests sogar noch weiter. Er hält das Erfordernis eines sachbezogenen Zusammenhangs mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs für kein geeignetes Kriterium. Eine Anwendbarkeit des Tests entfalle nur bei rein wirtschaftlichen Regelungen, die keinerlei Bezug zum Sport mehr hätten und auch keine sportliche Zielsetzung irgendeiner Art erkennen ließen. Letztendlich gelangt er aber bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf konkrete Fallgestaltungen gleichwohl fast durchweg zu den gleichen Ergebnissen wie der hier favorisierte Ansatz. Abzulehnen ist demgegenüber die zuletzt von *Bien/Becker*[334] vertretene Rechtsauffassung, wonach sich der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests allein am Schutzbereich der Verbandsautonomie in sachlicher und persönlicher Hinsicht zu orientieren habe und damit deutlich enger zu ziehen sei.[335] Gegen diesen restriktiven Ansatz spricht bereits, dass der EuGH in seinem grundlegenden Urteil *Meca-Medina und Majcen* weder ausdrücklich noch mittelbar – etwa durch Bezugnahme auf entsprechende Passagen zur Verbandsautonomie in seinem *Wouters*-Urteil,[336] an das der *Meca-Medina*-Test unmittelbar anknüpft – eingegangen ist. Eine solch strenge Anbindung der Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests an die Verbandsautonomie wäre vom EuGH – falls beabsichtigt – sicherlich deutlicher zum Ausdruck gebracht worden. Zudem kann ein solcher Ansatz an-

333 *Mürtz* E. III. 2. a) bb) und ff).

334 *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (572–576, 580); zustimmend *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (77); i.Erg. ähnl. *Putzier* 86–89, der insoweit aber bei der legitimen Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests ansetzt.

335 Soweit *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (580) zum Beleg für ihren Ansatz in Fn. 116 auf *Heermann* ZWeR 2017, 24 (44) verweisen, ist diese Bezugnahme irreführend und sachlich unzutreffend. An der in Bezug genommenen Stelle heißt es bezüglich legitimer Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests: „Auch im Verhältnis zu Dritten können Sportverbände Zielsetzungen verfolgen, denen man allein wegen Überschreitens der Grenzen der Verbandsautonomie nicht von vornherein die Legitimität absprechen kann und sollte." Damit habe ich mich gerade gegen eine Begrenzung der Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests durch die Verbandsautonomie ausgesprochen.

336 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 120 = NJW 2002, 877 – Wouters

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesichts des Umstands nicht überzeugen, dass der Schutzbereich der Verbandsautonomie trotz ihrer Verankerung etwa in Art. 11 Abs. 1 EMRK und in Art. 12 Abs. 1 GRCh in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU keineswegs einheitlich ausgestaltet ist.[337] Stattdessen wird im Sportkartellrecht mit dem *Meca-Medina*-Test an die Besonderheiten des Sports sowie dessen besonderen Merkmale i.S.d. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV angeknüpft.

dd) Unmöglichkeit einer trennscharfen Abgrenzung der Prüfungsschritte

175 Bevor nunmehr die verschiedenen Prüfungsstufen des *Meca-Medina*-Tests näher untersucht werden sollen, sei darauf hingewiesen, dass sich die einzelnen Prüfungsschritte – wie bereits im unmittelbar vorangehenden Abschnitt angedeutet – nicht stets sauber voneinander werden abgrenzen lassen und dass sich die entsprechenden rechtlichen Erwägungen teilweise überschneiden werden.[338] Die Entscheidungspraxis zum *Meca-Medina*-Test zeigt zudem, dass man sich mitunter eher versteckt und unausgesprochen an den vom EuGH aufgestellten Prüfungskriterien orientiert, dass die Übergänge fließend sind und dass man auch künftig nicht durchweg eine schulbuchmäßige Prüfung der einzelnen Voraussetzungen wird erwarten können. Insoweit haben die Mitglieder der Spruchkörper in Kartellbehörden und Gerichten bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests darstellungstechnisch etwas mehr Freiheiten als Studierende in Abschlussarbeiten oder Klausuren. Dabei genießen natürlich nicht alle Prüfungskriterien im Rahmen der erforderlichen Überprüfung der gesamten Umstände des jeweiligen konkreten Einzelfalls[339] die gleiche Relevanz, manche werden vielleicht gar nicht problematisch sein, andere dafür umso mehr rechtliche Zweifel aufwerfen. In diesem Zusammenhang mögen die nachfolgend zu entwickelnden Prüfungsschritte Anhaltspunkte dafür bieten, wie die einzelnen Fragen bei der praktischen Anwendung des *Meca-Medina*-Tests „richtig" zu stellen sind, wobei die Relevanz der einzelnen Prüfungsschritte und eventuell auch die Prüfungsreihenfolge jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängen werden.[340]

b) Erste Stufe: Legitime Zielsetzung und kohärente Zielverfolgung

176 Die erste Stufe des *Meca-Medina*-Tests ist insbesondere im Hinblick auf die Legitimität der mit einer wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregel verfolgten

337 Commission Staff Working Document, Abschn. 5.1., zum Wortlaut → XII. Rn. 40.
338 S. auch *Hail* 296–298.
339 Ebenfalls die Orientierung an den Umständen des Einzelfalls betonend *Hail* 302 f.
340 Ähnl. *Mürtz* Abschn. E. V. 4. a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zielsetzung(en) schon wiederholt thematisiert worden.[341] Wie nachfolgend zu zeigen sein wird,[342] empfiehlt es sich, bereits bei der Prüfung des Vorliegens einer legitimen Zielsetzung weitere Kriterien mit in den Blick zu nehmen, weil nur auf diese Weise eine zuverlässige Aussage über die Legitimität der Zielsetzung getroffen werden kann. Bereits an diesem Punkt wird deutlich, dass hier nachfolgend keine strikte und schulbuchartige Prüfungsreihenfolge vorgegeben werden kann und soll, weil

1. der EuGH im Urteil *Meca-Medina und Majcen* selbst einige prüfungsrelevante Aspekte unerwähnt ließ, deren Berücksichtigung und Einordnung in die Prüfung nach Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgen sollte, und
2. sich auch die Praxis vielfach nur an den für den konkreten Fall jeweils relevanten und/oder am leichtesten widerlegbaren Voraussetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests orientiert, ohne dabei exakt die einzelnen vom EuGH vorgegebenen Prüfungsstufen der Reihe nach abzuarbeiten.

aa) Ausgangspunkt: Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports

Zunächst ist festzuhalten, dass die Besonderheiten des Sports als solche auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests berücksichtigungsfähig sind.[343] Dies ist allgemein anerkannt, wenngleich die Ableitung dieses Ergebnisses uneinheitlich ist: 177

L. Breuer[344] verortet den Ursprung[345] des *Meca-Medina*-Tests in der *Cassis*-Rechtsprechung des EuGH.[346] Dementsprechend möchte er sich bei der Festlegung legitimer Ziele an der Verfolgung von Gemeinwohlinteressen orientieren.[347] Dabei hält er eine behutsame Übertragung der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses im Sinne der sog. *Cassis*-Formel ins Kartellrecht für geboten, da sich Private grundsätzlich im freien Wirtschaftsleben beteiligen sollten, während sich der Staat um die Verfolgung des Gemeinwohls kümmere. Er plädiert dafür, die Kontrolle der Legitimität der Zielsetzung als ersten Vorprüfungsschritt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu integrieren und recht weit auszulegen.[348] 178

341 Zuletzt sehr ausf. *Mürtz* E. V. 1.; s. aber auch etwa *Hail* 304–308; *Opfermann* 313–316; *Seyb* 103–106; vgl. mit Bezug zum *Wouters*-Urteil des EuGH (→ VI. Rn. 139–142) auch *L. Breuer* 703–705.

342 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

343 S. stellvertr. *L. Breuer* 704. A.A. *Putzier* 87–89, der insoweit allein an die Vereinigungsfreiheit anknüpft; zum Beleg hierfür führt er in Fn. 367 aus: „Auch *Heermann*, ZWeR 2017, 24 (26, 42) verweist als Anknüpfungspunkt der Interessenabwägung zwischen dem Kartellrecht und der Verbandsautonomie auf die Vereinigungsfreiheit der Verbände." Dies ist zumindest verkürzend und missverständlich, weil ich an einer der zitierten Stellen zugleich explizit auf die besonderen Merkmale des Sports i.S.d. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV Bezug genommen habe.

344 *L. Breuer* 553, 558, 568, 634, 642, 659.

345 Ebenso *St. Horn* 93 ff.

346 EuGH Slg. 1979, 649, Rn. 8 = NJW 1979, 1766 (1766) – Cassis de Dijon.

347 S. auch *Jung* 162 ff. zu ähnl. Ansätzen.

348 *L. Breuer* 702.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

179 Dies kommt dem hier favorisierten Ansatz recht nahe. Danach erfolgt bereits im Kontext mit der identifizierten Zielsetzung, die mit der beanstandeten Verbandsregelung verfolgt werden soll, durch eine vorgezogene Plausibilitätsprüfung eine Berücksichtigung des Kohärenzkriteriums. Damit kann letztlich nur eine kohärent und stringent verfolgte Zielsetzung als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden.[349] Die bloße Behauptung der Verfolgung der betreffenden Zielsetzung seitens eines Sportverbandes, verbunden mit dem üblichen Hinweis auf die eigene überlegene Fachkompetenz und -expertise und/oder die Verbandsautonomie, reicht damit nicht aus, um der Absicht des Sportverbandes den Charakter einer legitimen Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests zu verleihen. Allerdings begegnet *L. Breuers* Ansatz, der von anderen geteilt wird,[350] insoweit Zweifeln, als die Besonderheiten des Sports aus den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses im Sinne der sog. *Cassis*-Formel[351] abgeleitet werden. Denn bei aller Sympathie für den Sport (und das Sportrecht) ist doch sehr zweifelhaft, ob die Besonderheiten des Sports auf eine Stufe mit anerkannten *zwingenden Allgemein*interessen wie dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, dem Verbraucherschutz, dem Umweltschutz, dem Schutz öffentlicher Netze, dem Schutz kultureller Zwecke (insbesondere der Erhaltung der Medienvielfalt) oder dem Schutz der Sozialsysteme gestellt werden können. Insoweit bilden die Besonderheiten des Sports indes ein „wesensgleiches Minus".[352]

180 *Hail*[353] leitet aus den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Goettrup Klim, Wouters* und *Meca-Medina und Majcen* die wettbewerblichen Kriterien der Funktionsnotwendigkeit und der Wettbewerbseröffnung ab. Die legitimen Zwecke seien mithin im Kreis der ökonomischen und wettbewerblichen Besonderheiten des Sports zu finden. Das Weißbuch Sport der Kommission ordnet *Hail* nur als hilfreichen Ansatzpunkt zur erforderlichen Bestimmung einer entsprechenden Besonderheit ein. Es entbinde letztlich nicht von einer umfassenden Prüfung der Bedeutung des Ziels für die Funktionsfähigkeit des Spitzensports im Einzelfall.[354] Ähnlich eng grenzt *Cukurov*[355] legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests ab, die auf den Bestand oder das Funktionieren des Sports oder einer Sportart beschränkt seien. Dieser Ansatz, der den Bereich der von Sportverbänden verfolgten legitimen Zielsetzungen stark einschränkt, ist abzulehnen.[356] Eine Beschränkung auf ökonomische und wettbewerbliche Besonderheiten des Sports

349 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
350 *Mürtz* Abschn. B. III. 3. c) ee.
351 S. stellvertr. hierzu MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 48–72 m.w.N.
352 So schon *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 23.
353 *Hail* 306–308 m.w.N.
354 Insoweit wird hier eine a.A. vertreten; → VI. Rn. 184.
355 *Cukurov* 189–194.
356 So etwa auch *Opfermann* 314 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

greift zu kurz, legt insoweit insbesondere das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil zu restriktiv aus und widerspricht im Ergebnis dem hier favorisierten Ansatz,[357] dass auch wettbewerbsfremde Aspekte bei der kartellrechtlichen Prüfung unter gewissen Umständen, d.h. bei Vorliegen der recht strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests, berücksichtigt werden können.

181 *Horn*[358] sieht in Art. 165 AEUV eine normative Grundlage für die Berücksichtigung gesellschaftspolitischer Aspekte im Sportsektor. Nunmehr sei der Sport selbst ein Tätigkeitsfeld der EU. Dabei seien die in Art. 165 AEUV genannten Ziele und der Wettbewerbsschutz möglicherweise gar als gleichrangig anzusehen, wobei aber jedenfalls zwingend die Zielbetroffenheit des Einzelfalls zu berücksichtigen sei.[359] Soweit sportspezifische Belange nicht ausdrücklich in Art. 165 AEUV aufgeführt seien, müssten diese daraufhin untersucht werden, ob sie objektiv den Interessen und Gegebenheiten des Sports entsprächen. *Horn* vernachlässigt in diesem Kontext, dass die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports im Recht der Grundfreiheiten und auch des Kartellrchts bereits vor und damit unabhängig von der Einführung Art. 149 Abs. 1 Satz 2 EG (= Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV) im Jahr 2009 gelebte Praxis war.[360] Mit *Horn* in Art. 165 AEUV eine normative Grundlage für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports zu sehen, würde den Bedeutungsgehalt der Vorschrift in sachlich nicht gebotener Weise überhöhen.[361] Der von *Horn* gleichfalls angedeuteten Gefahr einer unreflektierten Anerkennung der von Sportverbänden geltend gemachten Zielsetzungen als legitim begegnet – wie sich noch zeigen wird[362] – in angemessener Weise der an strenge Voraussetzungen geknüpfte *Meca-Medina*-Test.

182 Schließlich ist der Test von verschiedenen Seiten als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Verbandsautonomie der Sportverbände eingestuft worden, weshalb die von den Sportverbänden verfolgten Zielsetzungen vorrangig aus dem Kernbereich der Verbandsautonomie zu entwickeln seien.[363] In diesem Kontext hat der *Verfasser* bereits folgenden Orientierungssatz formuliert:[364]

> „Je enger der Zusammenhang zwischen einer Verbandsregelung und der Organisation des Wettkampfsports, desto eher wird eine legitime Zielsetzung anerkannt werden können. Wenn hingegen Verbandsstatuten primär oder ausschließlich wirtschaftliche Ziele verfolgen, ist die Annahme der Verfolgung legitimer Zielsetzungen im Sinne des Drei-Stu-

357 → VI. Rn. 146–159 m.w.N.
358 *St. Horn* 106 f.; gegen eine auf Art. 165 AEUV gestützte konstitutionelle Verpflichtung zur Berücksichtigung der besonderen Belange des Sports *Jung* 218; *Opfermann* 315 Fn. 674.
359 *St. Horn* 111 ff.
360 → insb. V. Rn. 37–41 und VI. Rn. 139–163.
361 → VIII. Rn. 1 ff.
362 → VI. Rn. 176–361 m.w.N.
363 *Burkhart* 82; *Kretschmer* 173; *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 11; *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (57).
364 *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 12; so in der Folge auch BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 95 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fen-Tests zwar nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer differenzierenden Interessenabwägung."

183 Zwischenfazit: Die Besonderheiten des Sports sind bei der Festlegung der von Sportverbänden auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests geltend gemachten Zielsetzung(en) berücksichtigungsfähig. In diesem Kontext erfolgt zudem – gleichsam als vorgezogene Plausibilitätsprüfung – die Berücksichtigung eines Kohärenzkriteriums. Das bedeutet, dass letztlich nur seitens der Sportverbände kohärent und stringent verfolgte Zielsetzungen als legitim eingestuft werden können.[365]

bb) Ansatz der EU-Kommission

184 In diesem Zusammenhang zeigt sich nicht zum ersten Mal, wie umsichtig, durchdacht und zukunftsweisend die Erwägungen sind, die die EU-Kommission in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport bereits im Jahr 2007, d.h. nur ein Jahr nach dem wegweisenden *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH, zu den legitimen Zielsetzungen von Sportverbänden niedergelegt hat:[366]

> „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 protection of the athletes' health, the protection of the safety of spectators, the encouragement of training of young athletes, the ensuring of financial stability of sport clubs/teams or the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (‚the rules of the game'). 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. […] ‚rules of the game', i.e., rules which determine the number of players, their function, duration of the competition/game etc. Obvious examples of rules of the game include the rule that a football team must have eleven players or a rule that regulates the dimensions of the goals."

Die einzelnen Elemente dieses Ansatzes sollen nachfolgend separat dargestellt werden.

cc) Arten denkbarer legitimer Zielsetzungen

185 Zuzustimmen ist der EU-Kommission, dass die von Sportverbänden verfolgten legitimen Zielsetzungen[367] normalerweise mit „organisation and proper conduct of competitive sport" in Verbindung stehen.

365 → VI. Rn. 269–285 m.w.N.
366 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.5.
367 Ausf. zur Legitimität der Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests *Mürtz* Abschn. E. V. 1. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Ausgangspunkt: Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports

186 Überzeugen kann auch die Feststellung der EU-Kommission, dass die Besonderheiten des Sports wie z.B. die gegenseitigen Abhängigkeitsbeziehungen zwischen sportlichen Gegnern[368] bei der rechtlichen Prüfung der nach Einschätzung der Sportverbände legitimen Zielsetzungen, die zur Rechtfertigung einer von den Verbandsstatuten ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung geltend gemacht werden, zu berücksichtigen seien. Die Weitsichtigkeit gerade dieses Ansatzes sei an einem abstrakten, hypothetischen Beispiel demonstriert, welches infolge des Ausbruchs der COVID-19-Pandemie innerhalb der Sportverbände und Ligaorganisationen weltweit höchst kontrovers diskutiert wurde und immer noch wird:

187 In einem sportlichen Ligaspielbetrieb ist jedes Ligamitglied darauf angewiesen, dass es gegen andere Ligamitglieder einen sportlichen Wettkampf austragen kann. Man spricht insoweit auch von einer assoziativen Konkurrenz, die für einen Ligaspielbetrieb erforderlich ist.[369] Die Ligaorganisation muss also gewährleisten, dass in geeigneter Zahl Ligamitglieder zur Austragung von sportlichen Wettkämpfen zur Verfügung stehen. Allerdings hat sie, wenn die Verbandsstatuten insoweit keine abweichenden Vorgaben enthalten, nicht zwangsläufig sicherzustellen, dass zwischen den Ligamitgliedern eine weitgehende wirtschaftliche und damit mittel- bis langfristig erfahrungsgemäß auch sportliche Ausgeglichenheit (sog. *competitive balance*) herrscht.[370] Entsprechendes gilt für die Mindest- oder Höchstzahl der Ligamitglieder.

188 Nachdem etwa in der Fußball-Bundesliga Corona-bedingt ab Mitte März 2020 der Spielbetrieb für rund zwei Monate vollständig ruhte und den Bundesligisten von einem Tag auf den anderen fest eingeplante (und teilweise vermutlich auch schon verausgabte) Einnahmen etwa in den Bereichen der medialen Vermarktung der Spiele, des Ticketings, aber auch des Sponsorings wegbrachen, soll einzelnen Ligamitgliedern die nahende Insolvenz gedroht haben. Dieser *worst case* konnte bekanntlich abgewendet werden. Die Saison 2019/20 wurde mit sog. „Geisterspielen" sportlich beendet, ohne dass ein Ligamitglied trotz der nicht unerheblichen finanziellen Einbußen Insolvenz hätte anmelden müssen.

189 Juristen denken bei der Vertragsgestaltung gewöhnlich in Extremen, indes nicht immer. Bei der Absicherung gegen Einnahmeausfälle in Sportwettbewerben bestand für die Sportveranstalter fast ausnahmslos kein Versicherungsschutz, der die finanziellen Folgen eines Pandemieausbruchs hätte ausgleichen oder zumin-

368 → II. Rn. 1–15 m.w.N.
369 S. hierzu auch stellvertr. *Cukurov* 57–59; *Parrish/Miettinen* 2 f. („mutual interdependence and the need for co-ordinated action").
370 Vertieft zu diesem Aspekt → VI. Rn. 213–236.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dest abmildern können.[371] Die Spanische Grippe, eine Influenza-Pandemie, die in den Jahren 1918–1920 weltweit mit 20–50 Millionen Todesfällen in Verbindung gebracht wird, schienen die Verantwortlichen vermutlich insbesondere mangels persönlicher Erfahrungen am eigenen Leib weitestgehend verdrängt zu haben. Inzwischen ist zweifelhaft, ob entsprechende Versicherungspolicen überhaupt noch zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen abgeschlossen werden könnten. Die Statuten (inter)nationaler Sportverbände sahen bei Ausbruch der COVID-19-Pandemie zumeist keine einschlägigen Regeln vor, auf die bei den plötzlich aufgetretenen Fragen (z.B. zum vorzeitigen Saisonabbruch oder zu etwaigen finanziellen Ausgleichsmechanismen) unmittelbar hätte zurückgegriffen werden können.

190 Nun sei zur Veranschaulichung der Problematik – natürlich rein hypothetisch – unterstellt, dass einzelne Mitglieder einer Sportliga bei Ausbleiben von Einnahmen in der erwarteten und vielleicht auch schon verplanten Höhe und eventuell wegen in der Vergangenheit bereits angehäufter Schulden in Insolvenzgefahr geraten. Sodann wird sich die Frage stellen, ob auch ohne bestehende ausdrückliche Regelung in den Verbandsstatuten die Ligaorganisation und ihre Ligamitglieder gemeinsam Sorge dafür tragen müssen, dass es zu keinen Insolvenzen bei den Ligamitgliedern oder der Ligaorganisation kommt. Die Interdependenzen zwischen den Ligamitgliedern zählen zu den Besonderheiten des (Liga-)Sports, weil eine Sportliga mit nur einem Team *de facto* keine Sportliga wäre.[372] Dieses Team könnte keinen Ligaspielbetrieb gewährleisten, sondern nur Trainingsspiele gegen die 2. Mannschaft oder Freundschaftsspiele gegen andere Teams durchführen. Es gehört also, ohne dass dies in den Verbandsstatuten ausdrücklich geregelt werden müsste, zu den legitimen Zielsetzungen einer Ligaorganisation, den Ligaspielbetrieb aufrecht zu erhalten, was eine gewisse Anzahl an Ligamitgliedern voraussetzt. Diese wird regelmäßig in den Statuten festgelegt sein, was aber nicht ausschließt, dass sie später aus sachlichen Gründen nach oben oder unten angepasst werden kann.

191 Spätestens wenn solche Maßnahmen nicht mehr ausreichen, um den Ligaspielbetrieb zu gewährleisten und noch eine Anzahl insolvenzgefährdeter Ligamitglieder verbleibt, wird sich die Frage stellen, ob durch Ausgleichs- und/oder Solidaritätszahlungen das wirtschaftliche Überleben der Sportliga und ihrer insolvenzgefährdeten Mitglieder gewährleistet werden soll oder gar muss. Wenn man sich an den Besonderheiten des (Liga-)Sports orientiert, die gleichsam ungeschriebene legitime Verbandszielsetzungen darstellen, wird man die Frage mit einem vorsich-

371 S. aber *Clossé* FAZ v. 9.4.2020 („Wieso war nur Wimbledon gegen Corona versichert?"); FAZ v. 21.4.2020 („Corona-Krise: DFB hat Länderspiele gegen Ausfall versichert"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/corona-krise-dfb-hat-laenderspiele-gegen-ausfall-versichert-16734857.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

372 → II. Rn. 1–15.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigen „Ja“ beantworten müssen. Indes kann man nur das Ob, nicht aber das Wie, d.h. die konkrete Ausgestaltung der erforderlichen Rettungsaktion, aus der ermittelten ungeschriebenen Zielsetzung des Verbandes ableiten.

Wie könnte sodann die Ausgestaltung eines solchen Rettungspakets aussehen? 192
Das lässt sich nicht seriös vorhersagen, sondern wird jeweils von den komplexen Umständen im jeweiligen Einzelfall abhängen. Es liegt auf den ersten Blick nahe, dass – so eine von Politikern in Steuerdebatten gerne verwendete Floskel – die „starken Schultern“ (das wären in der Fußball-Bundesliga die Umsatzspitzenreiter) mehr tragen müssen als die hart arbeitenden Bevölkerungskreise mit ihren (zu) niedrigen Einkommen (das wären in der Fußball-Bundesliga die aus verschiedenen Gründen insolvenzgefährdeten Clubs). Allerdings hat dieses Argument zumindest den *Verfasser* seit jeher irritiert, weil die Entwicklung „starker Schultern“ durchaus auch das Ergebnis harter Arbeit sein kann und es oftmals auch ist. Warum, so klang es auch schon bei Managern einzelner Fußballbundesligisten an,[373] sollen überhaupt diejenigen Clubs, die in der Vergangenheit solide gewirtschaftet haben, nunmehr Clubs, die – um es vorsichtig zu formulieren – zuvor in finanzieller Hinsicht weniger umsichtig gehandelt haben und sich nunmehr in bedrohlicher wirtschaftlicher Schieflage befinden, unter die Arme greifen? Die Antwort ist recht simpel: Eine gewisse Mindestanzahl an wirtschaftlich gesunden Ligamitgliedern ist Grundvoraussetzung für einen geordneten Ligaspielbetrieb. Dies kann je nach den Umständen des Einzelfalls zunächst freiwillige, als *ultima ratio* sogar durch Mehrheitsbeschluss erzwungene Ausgleichszahlungen erforderlich machen. Eine solche Maßnahme kommt allerdings nur unter engen Voraussetzungen in Betracht. Zur Abgrenzung könnte man fragen, ob sich die Ligamitglieder auf eine solche zwangsweise Umverteilung auf der Grundlage vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten einlassen müssten.

Glücklicherweise haben solche grundlegenden Diskussionen im deutschen Fuß- 193
ball bislang (Stand: 7.2.2022) nicht angestanden, aber Ausläufer des bedrohlichen Sturmtiefs erreichen auch die deutsche Fußball-Bundesliga spätestens dann, wenn im vierjährigen Rhythmus innerhalb der DFL über die angemessene Verteilung der im Rahmen der Zentralvermarktung erzielten Erlöse diskutiert wird. Im Vorfeld haben sich dann regelmäßig zahlreiche Akteure schon in Position gebracht, die auf diese Weise bei genauer Betrachtung zumeist nicht ganz uneigennützig Partikularinteressen abzusichern versuchen. In dem hier gebildeten Beispiel steht aber das große Ganze, d.h. das Fortbestehen des Ligasports, auf dem Spiel. Darum ging es übrigens auch in einer Taskforce „Zukunft Profifußball“, deren Einrichtung *Christian Seifert*, seinerzeit Geschäftsführer der DFL GmbH,

373 Um hier niemanden wegen seiner lückenhaften Kenntnisse der ökonomischen Grundlagen des Ligasports zu desavouieren, wird bewusst auf Quellennachweise zu entsprechenden öffentlichen Stellungnahmen verzichtet.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sprecher des Präsidiums des DFL e.V. und zugleich DFB-Vizepräsident, in einem Zeitungsinterview insbesondere auch als Reaktion auf die Herausforderungen der COVID-19-Pandemie bereits Ende April 2020 angekündigt hatte.[374] Am 3.2.2021 veröffentlichte die Taskforce einen zusammenfassenden Ergebnisbericht mit 17 Handlungsempfehlungen.[375]

194 Die soeben beschriebene Ausgangslage im deutschen Fußball ist – wenngleich zugegebenermaßen in ganz anderen wirtschaftlichen Dimensionen – vergleichbar mit dem EU-Finanzgipfel der 27 Staats- und Regierungschefs im Sommer 2020, die sich nach zähen viertägigen Verhandlungen (18.–21.7.2020) auf ein gigantisches Corona-Hilfspaket einigen konnten. Hier gab es Interessengruppen und -vertreter, die in ähnlicher Weise auch im Sportsektor anzutreffen sind: die Visionäre; die Sparsamen; die Reform(un)willigen; diejenigen, die von vornherein rote Linien ziehen; diejenigen, die die gemeinsam getroffenen vertraglichen Regelungen durch kreative Auslegung in Frage stellen; diejenigen, die mehr oder weniger oder auch gar nicht im Interesse der gemeinsamen Sache handeln.

195 Kurzum: Das Wie der Umverteilung wird das Ergebnis zäher Verhandlungen sein. Dabei muss aber das Ziel, die Gewährleistung einer geeigneten Zahl wirtschaftlich solider Ligamitglieder zur Austragung von sportlichen Wettkämpfen und zur Sicherung des Ligaspielbetriebs, in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden. Gerade beim letzten Aspekt sollte ein großzügiger Maßstab angelegt werden, der nur bei evidenter Zielverfehlung greift.

(2) „the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes"

196 Die Sicherung fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Athleten steht zu Recht am Beginn der von der EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 aufgelisteten legitimen Zielsetzungen eines Sportverbandes. Der Fairnessgedanke muss freilich sportarttypisch bestimmt werden, selbst wenn hinsichtlich seines Mindestumfangs und -inhalts ein Grundkonsens sollte herbeigeführt werden können. Was in einer Sportart als unfair gilt (z.B. Lärmentwicklung der Zuschauer beim Aufschlag im Tennis – „Quiet please!"), wird in ähnlicher Weise in anderen Sportarten geduldet (z.B. Versuch der Ablenkung des Freiwurfschützen im Basketball – etwa „Zugabe, Zugabe"-Rufe nach dem ersten Fehlwurf).

374 FAZ v. 28.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/corona-und-bundesliga-dfl-chef-seifert-zu-spielergehaeltern-16745795.html?GEPC=s1&premium=0x96fe3276d9e7355529553b086f925de2 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

375 Abrufbar unter https://media.dfl.de/sites/2/2021/02/2021-02-03_Zusammenfassender-Ergebnisbericht_Taskforce-Zukunft-Profifussball.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022), zu weiteren Details → XIII. Rn. 208 f., 251, 269.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch den Aspekt der Chancengleichheit für alle Athleten sollte man differenziert betrachten. Eine deutlich überdurchschnittliche Körperlänge ist naturgegeben und kann Athleten in manchen Sportarten zum Vorteil gereichen (z.B. Basketball, Schwimmen – „Flieg Albatros, flieg!"), in manchen Sportarten aber auch zum Nachteil (z.B. Kunstturnen). Sportverbände können ein unterschiedliches Leistungsniveau der Athleten im Interesse der Vergleichbarkeit der sportlichen Leistungen ausgleichen (z.B. Handicap-Regel im Golf), verzichten aber fast durchweg darauf, selbst wenn dies im Interesse der Zuschauer an spannenden Ligaspielen mitunter wünschenswert wäre. Die Idee, einen langjährigen Serienmeister in einem Ligasport mit einem Spieler weniger als die Verbandsregel erlaubt auflaufen zu lassen, wird sich nicht durchsetzen lassen. Etwas mehr Phantasie hat insoweit beispielsweise die National Football League (NFL) bewiesen. Dies betrifft eine Besonderheit der Spielplanerstellung, die allerdings in europäischen Fußballligen bereits aufgrund des dort vorherrschenden Relegationsmodells undenkbar wäre. In der *regular season* spielt ein NFL-Team innerhalb einer *conference* nur gegen drei Teams (zumeist, aber nicht zwangsläufig) aus der gleichen Region, die zusammen einer *division* angehören, regelmäßig in Hin- und Rückspielen. In den übrigen Spielen tritt das NFL-Team jeweils nur einmal in Heim- oder Auswärtsspielen gegen andere, aber nicht alle Mitglieder der eigenen und erst recht nicht der anderen *conference* an. Die Spielstärke dieser Gegner, die dem betreffenden NFL-Team in diesen Spielen zugeordnet werden, kann unterschiedlich sein. Allerdings wird sichergestellt, dass innerhalb eines bestimmten mehrjährigen Zeitraums jedes Team mindestens einmal gegen jedes andere Mitglied der eigenen *conference* spielt (*unbalanced scheduling*).[376] 197

Es ist allgemeiner Konsens, dass die Zuführung von unerlaubten Mitteln zur Steigerung der sportlichen Leistung, sog. Doping, nicht mit dem Gedanken der Fairness im Sport vereinbar ist (auch wenn Athleten immer wieder – teils gar mit staatlicher Billigung oder Anleitung – den Fairnessgedanken mit Füßen treten). Was gilt aber, wenn eine Athletin aufgrund einer Laune der Natur über einen deutlich erhöhten Testosteron-Wert verfügt, der ihr möglicherweise in manchen Disziplinen einen Wettkampfvorteil verschafft? Der Fall der Südafrikanerin *Caster Semenya*, südafrikanische Mittelstreckenläuferin und mehrfache Olympiasiegerin sowie Weltmeisterin, wird später nochmals aufgegriffen werden.[377] 198

Zuletzt ist wiederholt aus der anerkannten legitimen Zielsetzung einer Chancengleichheit für alle Sportler abgeleitet worden, dass hierdurch auch eine finanzielle Chancengleichheit für die Mitglieder einer Sportliga, die dann letztlich in eine 199

376 Die Details zur Erstellung eines NFL-Spielplans können nachgelesen werden unter https://operations.nfl.com/the-game/creating-the-nfl-schedule/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

377 → XIII. Rn. 154–170.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sportliche Ausgeglichenheit mündet (sog. *competitive balance*), abgedeckt sei.[378] Bislang haben weder der EuGH in dem hierfür in Bezug genommenen *Meca-Medina und Majcen*-Urteil[379] oder in einer anderen Rechtssache noch die EU-Kommission in einer Entscheidung oder sonstigen Bekanntmachung (etwa im Weißbuch Sport oder im begleitenden Commission Staff Working Document) diesen Rückschluss gezogen. Aus gutem Grund! Als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests kommen nur solche in Betracht, die mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar zusammenhängen.[380] Dies ist bei Regelungen zur Gewährleistung einer finanziellen Ausgeglichenheit zwischen Ligamitgliedern (z.B. Gehaltsobergrenzen, sog. *salary caps*) höchst zweifelhaft, weil insoweit offensichtlich wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen. Dieser Aspekt wird vorliegend in einem späteren Abschnitt[381] wieder aufgegriffen werden.

(3) „the ensuring of uncertainty of results"

200 Zunächst wird auf frühere Erwägungen zur Ungewissheit über den Ausgang eines sportlichen Wettkampfs als Ausprägung der Besonderheiten des Sports Bezug genommen.[382] Auch bei dieser von Sportverbänden verfolgten Zielsetzung bestehen keine Zweifel hinsichtlich des Ob, sondern allenfalls bezüglich des Wie der Umsetzung. Sportverbänden kommt ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung dieses Kriteriums zu. Es ist sicherlich sachgerecht, wenn – wie bereits im Zusammenhang mit der *ENIC/UEFA*-Entscheidung der EU-Kommission dargelegt[383] – ein Fußballverband darauf hinwirkt, dass nicht zwei von der gleichen Person beherrschte Fußballclubs gleichzeitig an einem europäischen Ligawettbewerb (UEFA Champions League, UEFA Europa League und UEFA Europa Conference League) teilnehmen. Auch die DFL hat diesbezüglich zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen in § 8 Nr. 6 Satzung DFL e.V. Regelungen erlassen, die z.B. die Beteiligungsverhältnisse festlegen, die eine Konzernmutter einzuhalten hat, wenn sie über verschiedene Konzerntöchter an mehreren Bundesligaclubs beteiligt ist. Der ergebnisoffene Ausgang eines Spiels oder Wettkampfes ist für die Akzeptanz des Sports bei den Zuschauern letztlich von essentieller Bedeutung.

378 *Beisenherz* 42, 44, 144; im Anschluss daran *Henneberg* 232; im Anschluss an die Vorgenannten sodann *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22.
379 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 49.
380 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 51.
381 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
382 → II. Rn. 8–11 m.w.N.
383 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf der anderen Seite nimmt man im deutschen Fußball hin, dass eine Generation von Kindern und Jugendlichen heranwächst, die seit ihrer erstmaligen Befassung mit dem Bundesliga-Fußball nur einen Deutschen Fußballmeister kennenlernen durfte. Dieses Phänomen kennt man in Europa auch in anderen nationalen Fußballligen wie z.B. in Italien (wo Juventus Turin in den Spielzeiten 2011/12 bis 2019/20 den Meistertitel errang). Mir fehlt schon seit geraumer Zeit die Vorstellungskraft, dass diese sehr weitgehende Vorhersehbarkeit des Ausgangs der nationalen Ligaspiele (der Pokal soll bekanntlich „seine eigenen Gesetze" haben, worauf aber auch immer seltener Verlass ist) unter Beteiligung der Serienmeister, die sich eigentlich nur noch selbst besiegen können (etwa wenn sie einen „rabenschwarzen Tag" erwischen, an dem nichts gelingen will, und sie zudem noch frühzeitig in Unterzahl geraten, während der Gegner einen „Sahnetag" erlebt),[384] spannend sein kann. Eingefleischte Fans, die zumeist zwar in keiner engen geografischen Beziehung zu den fußballerischen Serientätern stehen, gleichwohl aber bei Schwärmereien über den betreffenden Club oftmals in die erste Person Plural wechseln (Warum nur?), behaupten aber seit Jahren standhaft das Gegenteil. Was die einen siegestrunken Jahr für Jahr feiern lässt, stimmte etwa *Christian Seifert* als den seinerzeitigen Chefrepräsentanten der DFL nachdenklich.[385] Wenn das Produkt Ligafußball an Spannung und Attraktivität einbüßt, ist dies der Vermarktung im Inland, insbesondere aber im Ausland abträglich. Sicherlich ist in der deutschen Fußball-Bundesliga der Kampf um die Plätze, die zur Teilnahme an europäischen Ligawettbewerben berechtigen, zumeist bis zum Saisonende offen, gleiches gilt für den Abstiegskampf. Dieser Umstand mag hierzulande eine zuletzt gesunkene Anzahl an Fußballfans bis zum Saisonende bei der Stange halten, auf den internationalen Märkten, die noch erhebliches Wachstumspotential aufweisen, kann die DFL mit diesen verbliebenen, untergeordneten Spannungsmomenten aber eher nicht punkten.[386] 201

Weitgehend fehlende Spannung hinsichtlich des Ausgangs sportlicher Wettkämpfe kann letztlich aber auch ins Gegenteil umkippen. Dann stört sich eine große Fangemeinde wie etwa beim Wrestling überhaupt nicht daran, dass der Ausgang der Kämpfe, einer zuvor weitgehend festgelegten Choreografie folgend, zumeist vorher festgelegt worden ist. Stattdessen fühlen sich die Zuschauer zusätzlich 202

384 Spätestens mit Beginn der Spielzeit 2021/22 sind etwa in den deutschen Fußball-Bundesligen, aber national und europaweit auch in anderen Sportligen die meisten Ligamitglieder teils erheblich durch Corona-bedingte Ausfälle von Spielern geschwächt worden, was mitunter zu überraschenden Spielausgängen führte. An dieser Stelle bleibt zu hoffen, dass es sich insoweit um ein möglichst rasch vorübergehendes Phänomen handelt.

385 S. stellvertr. Welt v. 16.1.2018 („DFL-Boss übt deutliche Kritik an eigenen Klubs"), abrufbar unter https://www.welt.de/sport/fussball/article172535682/DFL-Chef-Seifert-uebt-deutliche-Kritik-an-Bundesligaklubs.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

386 Nach *St. Horn* 115 m.w.N. ist der Einfluss der Ungewissheit der Meisterschaft (*championship uncertainty*) auf die Zuschauerzahlen größer als der Einfluss der Match- und saisonalen Ungewissheit (*match uncertainty* und *seasonal uncertainty*).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch Showelemente und Geschichten, die sich um die einzelnen Kämpfer ranken (sog. *Storylines*), angemessen unterhalten. Hier ist der Sport bereits zum reinen Entertainment mutiert, wodurch keineswegs die athletischen, oftmals auch akrobatischen Leistungen der Akteure geringgeschätzt werden sollen. *Suum cuique*!

(4) „the protection of the athletes' health"

203 Der Schutz der Gesundheit der Athleten stellt zweifelsohne eine weitere legitime Zielsetzung dar, die (inter)nationale Sportverbände durchweg verfolgen, wobei aber wiederum die Intensität der Schutzmaßnahmen von Sportart zu Sportart oder auch innerhalb bestimmter Sportarten (Boxen im sportlichen Wettkampf mit oder ohne Kopfschutz) schwanken kann. Im *ISU*-Fall hat die EU-Kommission den Schutz der Gesundheit um den Aspekt der Sicherheit der Athleten als legitime Zielsetzungen erweitert.[387] Damit hat sie an die eigene Entscheidungspraxis, aber auch die nationaler Kartellbehörden angeknüpft. So waren bereits zuvor die folgenden, mit Genehmigungs- oder Teilnahmeerlaubnisbestimmungen verfolgten Zielsetzungen als legitim eingestuft worden: die sichere, faire oder geregelte (planmäßige) Ausübung des Motorsports;[388] der Schutz gegen konkurrierende Sportveranstaltungen, die die Einhaltung von Gesundheits- und Sicherheitsstandards nicht gewährleisten und über unzureichenden Versicherungsschutz verfügen;[389] die Gewährleistung der Einhaltung von Dopingregeln durch das Erfordernis eines erneuten Dopingtests nach Teilnahme an einer konkurrierenden Sportveranstaltung im Bodybuilding.[390]

204 Wiederum steht Sportverbänden im Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Athleten bei der Ausgestaltung des Wie ein Ermessenspielraum zu. Abgesehen von den üblichen und typischen Sportverletzungen (z.B. Zerrung, Bänderriss), überlässt man es teilweise den Athleten, wie viel Risiko sie selbst für die eigene Gesundheit einzugehen bereit sind (z.B. Alpinski). Im Übrigen legen die Spielregeln fest, wie viel Gefahr für die eigene Gesundheit den Athleten bei Kontakt-

387 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 163, 167 – ISU's Eligibility Rules; ausf. zu diesem Verfahren → XIII. Rn. 73–100.

388 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 30.10.2001, IP/01/1523 („Commission closes its investigation into Formula One and other four-wheel motor sports"); s. auch *Swedish Competition Authority*, Pressemitteilung aus dem Jahr 2011 („More Competition needed in Organization of Motor Racing Events"), abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2011/sv_racing.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022); vgl. zu diesem Verfahren ausf. *van Rompuy* Maastricht J. Eur. Comp. Law 2015, 179 (204 f.).

389 Competition and Consumer Protection Commission Case, Mitteilung v. 1.5.2012, SJI, Ireland, http://www.ccpc.ie/show-jumping-ireland-amend-allegedly-restrictive-rule (zuletzt besucht am 7.2.2022); vgl. zu diesem Verfahren ausf. *van Rompuy* Maastricht J. Eur. Comp. Law 2015, 179 (206).

390 Vgl. European Competition Network Brief 03/2014, http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2014/sv_body.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022); vgl. zu diesem Verfahren ausf. *van Rompuy* Maastricht J. Eur. Comp. Law 2015, 179 (205).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sportarten trotz eigener Schutzausrüstung (z.B. Eishockey, American Football) oder gar beim Fehlen einer solchen (z.B. Ultimate Fighting) droht.

Bislang weitgehend unbekannte und zumindest unbeachtete Facetten des Gesundheitsschutzes der Athleten sind im Zuge der COVID-19-Pandemie bekanntgeworden. Nachdem in der Spielzeit 2019/20 die Wiederaufnahme des Spielbetriebs (seine vorangegangene Einstellung war überwiegend erst aufgrund behördlicher Anweisungen erfolgt) in den verschiedenen Sportligen angekündigt worden war, machten in der Folge erstmals einzelne Sportler ihre gesundheitlichen Ängste publik. Der Umgang hiermit seitens der jeweiligen Arbeitgeber war nicht stets souverän. Im Bundesliga-Fußball sagte – soweit ersichtlich – letztlich kein Spieler aus Sorge um das Infektionsrisiko, das von dem unsichtbaren Coronavirus ausgeht, seine Teilnahme an den restlichen Spielen der Saison 2019/20 ab. Anders war insoweit die Situation in den U.S.-amerikanischen Major Leagues. Wenn ein Sportverband die von ihm verfolgte, auf den Gesundheitsschutz der Athleten gerichtete Zielsetzung ernstnimmt, wird man letztlich nicht umhinkommen, es den Sportlern zu überlassen, ob sie auch ein bei Bildung sog. Blasen nicht vollständig beherrschbares Ansteckungs- und Gesundheitsrisiko auf sich nehmen wollen oder nicht. 205

(5) „the protection of the safety of spectators"

Die Gewährleistung der Sicherheit der Zuschauer eines Sportwettkampfes ist sicherlich eine legitime Zielsetzung. Warum sollten auch Zuschauer größeren Gefahren ausgesetzt werden (können) als die Athleten selbst? Einer ausdrücklichen Verankerung dieser Zielsetzung in den Verbandsstatuten bedarf es zumeist nicht, weil der Sportveranstalter – sei es der Sportverband selbst, sei es ein Sportstättenbetreiber etc. – aufgrund der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht die Sicherheit der Zuschauer zu gewährleisten hat.[391] Praktische Umsetzungsprobleme bereiten freilich diejenigen Sportveranstaltungen, zu denen außerhalb der abgesperrten Sonderbereiche etwa beim Start und im Ziel interessierte Sportbegeisterte freien Zugang haben, ohne einen Zuschauervertrag abschließen zu müssen (z.B. Radrennen, Marathonläufe in Städten, Rallyemotorsport). Aber auch in solchen Fällen muss der Sportveranstalter im Rahmen des wirtschaftlich Möglichen und Zumutbaren effektiven Zuschauerschutz sicherstellen, wobei indes der Eigenverantwortung der Zuschauer besonderes Gewicht zukommt. 206

In diesem Zusammenhang hat die COVID-19-Pandemie Sportverbände und die Veranstalter sportlicher Großereignisse (z.B. der um ein Jahr verschobenen Olympischen Sommerspiele 2020 in Tokio) vor neue, bislang unbekannte He- 207

391 S. stellvertr. *Heermann*, Haftung im Sport, 2008, Rn. 359 ff., 401 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rausforderungen gestellt. Dabei kam der Frage erhebliche Bedeutung, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen etwa Sportligen nach der Wiederaufnahme des Ligaspielbetriebs mit sog. Geisterspielen in der Folge Zuschauer wieder zu Sportwettkämpfen zulassen sollten oder konnten. Die hierzu geführten Diskussionen spiegelten insgesamt die komplexe Interessenlage wider, wenngleich zahlreiche Beiträge recht offensichtlich zuvörderst von wirtschaftlich motivierten Partikularinteressen geleitet waren. So nachvollziehbar das Streben etwa der Sportligen war und ist, wieder Sporterlebnisse mit der typischen Stadionatmosphäre, beispielsweise im Fußball mit dem sog. 12. Mann (von der 12. Frau wird in diesem Kontext üblicherweise nicht gesprochen), bieten zu können (und dadurch nebenbei die gerade auch außerhalb des Fußballs oftmals existentiell wichtigen Zuschauereinnahmen zu erzielen), so wenig durfte und darf dabei der Gesundheitsschutz der Zuschauer aus dem Blickfeld geraten. Durchdachte, mit wissenschaftlichen Experten und Gesundheitsämtern/-ministerien abgestimmte Hygienekonzepte der Sportligen allein sind aber nicht zielführend. Mindestens ebenso wichtig ist das umsichtige eigenverantwortliche Handeln der Sportfans durch Beachtung der *Social-Distancing*-Regelungen in Corona-Zeiten. Abschreckend und ernüchternd waren insoweit Sieges-, Nichtabstiegs- oder gar Abstiegsfeiern, die die ausgesperrten Fans zum Ende der Fußballsaison 2019/20 nicht nur vor deutschen Fußballstadien durchführten. Erinnert sei aber auch an Fußballspiele in der UEFA Champions League, die hierzulande in der Folgesaison Corona-bedingt in Stadien mancher Heimmannschaften auf Anordnung von Gesundheitsämtern selbst als sog. Geisterspiele gar nicht erst durchgeführt werden durften, sodann aber flugs in andere europäische Städte mit zumeist deutlich höheren Inzidenzwerten verlegt und dort dann vor bestens gefüllten Zuschauerrängen ausgetragen wurden.

(6) „the encouragement of training of young athletes"

208 Die Förderung der Ausbildung von Nachwuchssportlern sollten Sportverbände und -vereine eigentlich bereits im eigenen Interesse verfolgen, damit die Zahl von Sport treibenden Mitgliedern auf allen Leistungsstufen, d.h. von den reinen Freizeitsportlern bis hin zu den professionell tätigen Athleten, zumindest konstant bleibt. Dies ist selbst bei gleichbleibender Bevölkerungszahl eine Herausforderung in Zeiten sich wandelnder Freizeitinteressen zahlreicher Jugendlicher, wie etwa die erbittert geführte Diskussion um die Art und Weise der Koexistenz von traditioneller Sportausübung und E-Sport zeigt. Dass es sich bei der Nachwuchsförderung um eine legitime Zielsetzung handelt,[392] lässt sich zudem indirekt aus

392 Krit. zu diesem Argument als Rechtfertigung für die aus dem Transfersystem im Fußball resultierenden Beschränkungen *Weatherill*, Principles, 2017, 235 („And although it is doubtless true that the

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV ableiten, wo nicht nur die besonderen Merkmale des Sports ausdrücklich Erwähnung finden, sondern auch „dessen soziale und pädagogische Funktion".

209 Vor diesem rechtlichen Hintergrund ließe sich das U.S.-amerikanische Sportmodell nicht unmittelbar auf Europa übertragen. Dieses Modell ist in der Praxis immer noch durch eine strikte Trennung geprägt: Auf der einen Seite stehen die Major Leagues, die sich ausschließlich dem professionellen Sport widmen; auf der anderen Seite sind die auf der Ebene der Colleges angesiedelten Sportverbände, die Nachwuchssportler, welche als reine Amateure individuell bis vor Kurzem keine Einnahmen aus der Sportausübung erzielen durften und zugleich regelmäßig einem durch Stipendien finanzierten akademischen Studium nachgehen, an den Profisport heranführen.[393] Allerdings sind die Grenzen zuletzt verwässert worden, stellt doch der Collegesport nicht nur eine akademische und sportliche (vermutlich oftmals mit umgekehrter Priorität) Ausbildungsinstitution dar, vielmehr ist er selbst inzwischen ein milliardenschweres Business, in dem die jungen Athleten nunmehr auch schon individuelle Einnahmen erzielen dürfen.[394]

(7) „the ensuring of financial stability of sport clubs/teams"

210 Die Gewährleistung der finanziellen Stabilität von Sportclubs und -mannschaften ist nicht nur eine legitime, sondern – wie sich in Zeiten der COVID-19-Pandemie gezeigt hat – eine ebenso erstrebenswerte wie schwierig umzusetzende Zielsetzung. Aufgrund der zunehmenden Kommerzialisierung des Sports, durch die man sich über Jahrzehnte hinweg immer neue und ertragreichere Finanzierungsquellen erschließen konnte, wähnten sich finanziell gut ausgestattete Sportverbände und -clubs auf der sicheren Seite. Nach dem Corona-bedingten Wegbrechen wichtiger und ursprünglich fest eingeplanter Einnahmequellen (z.B. Zuschauereinnahmen, zu gewissen Teilen Erlöse aus der Vermarktung der Medienrechte) aber könnte einem folgendes Zitat des römischen Redners, Anwalts, Philosophen und Staatsmannes *Marcus Tullius Cicero* in den Sinn kommen:

> „Aller Eifer, etwas zu erreichen, nutzt freilich gar nichts, wenn du das Mittel nicht kennst, das dich zum erstrebten Ziel lenkt und leitet."

transfer system serves to encourage the search for and training of young players, it has never been explained why this should be permitted in sport when it is not permitted in other industries"); zur Entkräftung dieser Kritik → XIII. Rn. 510–518.

393 S. hierzu stellvertr. *Heermann* CaS 2015, 191 (193) m.w.N.

394 S. stellvertr. zu Gesetzen, die in einzelnen U.S.-Bundesstaaten Collegeathleten die Möglichkeit zur Selbstvermarktung einräumen, *Schmieder* SZ v. 30.12.2019 („Ein Gesetz, das an den Grundfesten des US-Sports rüttelt"); vgl. auch *Kalwa* FAZ v. 16.7.2021 („Werbedeals in Millionenhöhe – Die überraschende College-Revolution").

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie müssen sich Sportverbände und -clubs unter stark veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen mit der Frage auseinandersetzen, wie sie künftig ihre finanzielle Stabilität sicherstellen können.

211 An dieser Stelle sei noch eine Klarstellung erlaubt: Die Gewährleistung der finanziellen Stabilität von Sportclubs, die zugleich Mitglieder einer Sportliga sind, bedeutet nicht, dass im Verhältnis der Sportclubs zueinander eine *competitive balance* angestrebt und dauerhaft gewährleistet werden sollte oder gar müsste.[395] Denn die finanzielle Stabilität der einzelnen Mitglieder einer Sportliga bedingt keineswegs eine wirtschaftliche und sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern. Die Gewährleistung einer *competitive balance* zählt nicht zu den auch ohne ausdrückliche Vereinbarung geltenden Besonderheiten des Sports.[396] Ob es sich insoweit um eine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests handeln kann, wird später noch untersucht werden.[397]

(8) „the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (‚the rules of the game')"

212 Mit Spielregeln im engeren Sinne[398] werden gleichfalls legitime Zielsetzungen verfolgt, wie z.B. durch die Festlegung der Anzahl an Spielern und deren jeweiliger Funktion (z.B. im Fußball ein Torhüter und zehn Feldspieler, wohingegen im Handball anstelle des Torhüters auch ein siebter Feldspieler eingesetzt werden kann), der Dauer eines Spiels oder eines Wettbewerbs (gerade bezüglich des letzten Punktes mussten Corona-bedingt in der Saison 2019/20 in einigen Sportligen die entsprechenden Spielregeln angepasst werden) sowie der Größe des Spielfeldes oder eines Tores. Grundsätzlich wird – abgesehen etwa von Modifikationen für jugendliche Spieler – eine Sportart weltweit nach einheitlichen Regeln ausgeübt. Mitunter gibt es indes Abweichungen von diesem Grundsatz dahingehend, dass die Einheitlichkeit der Sportregeln nur innerhalb einer bestimmten Sportliga gewahrt wird. So weichen etwa in der NBA die Basketballregeln hinsichtlich des Abstands der 3-Punkte-Linie zum Korb, der Breite des Spielfeldes, der Gesamtspielzeit oder des für einen Angriff zur Verfügung stehenden Zeitraums von den Spielregeln aller anderen nationalen Basketballligen ab. Es muss also eine Einheitlichkeit der Regelanwendung regelmäßig nur innerhalb eines Sportwettbewerbs sichergestellt werden, wovon es zuletzt indes wiederum Corona-bedingte Ausnahmen gab (z.B. im Fußball nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie

395 A.A. wenig überzeugend unter gleichzeitiger Betonung der Zielsetzung einer Chancengleichheit der Athleten (allg. hierzu → VI. Rn. 196–199) offensichtlich *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 7, 15, 16, 22; allg. zu Gehaltsobergrenzen → XIII. Rn. 355–427 m.w.N.
396 → VI. Rn. 186–195.
397 → VI. Rn. 213–236.
398 S. hierzu etwa PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

während der Saison Heraufsetzung der zulässigen Höchstzahl von Spielerauswechslungen).

(9) Gewährleistung einer competitive balance als sonstige denkbare legitime Zielsetzung?

i. Was ist eine *competitive balance*?

Bei der Frage, ob es sich hinsichtlich der Gewährleistung einer *competitive balance* – im Kreis der Ökonomen spricht man auch von der Theorie der wettbewerblichen Balance[399] – um eine sonstige legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests handelt, kann zunächst an frühere Ausführungen zur *competitive balance* im Lichte der Besonderheiten des Sports angeknüpft werden.[400] Der Begriff der *competitive balance* entbehrt einer allgemeingültigen Definition und lässt sich allenfalls eingrenzen. Hier soll der Grad der Unsicherheit über den Ausgang einer Meisterschaft innerhalb einer Saison (*championship uncertainty*) sowie über den Ausgang eines Spiels (*match uncertainty*) als Anknüpfungspunkt dienen. In beiderlei Hinsicht ist von einer vollkommenen *competitive balance* auszugehen, wenn bei *jedem* Ligaspiel für beide Teams eine gleich hohe Gewinnwahrscheinlichkeit besteht – eine fürwahr irreale Vorstellung. Aber in einer solchen theoretisch denkbaren Konstellation wären der Ausgang eines jeden Ligaspiels und auch der Gewinn der Meisterschaft in höchstem Maße ungewiss. 213

Die weithin ungeklärte Frage lautet nunmehr, welche Abweichung von dieser Idealvorstellung man zulässt, um gleichwohl noch von einer gewissen *competitive balance* sprechen zu können. Eine Ausgeglichenheit (*balance*) wird man kaum mehr annehmen können, wenn aus rein sportlicher Sicht der Sieg eines Teams Z über ein notorisch erfolgreiches Team A praktisch nahezu unmöglich ist. Davon kann etwa ausgegangen werden, wenn fast nur noch (einen „rabenschwarzen Tag" oder einen „Tag zum Vergessen" erleben auch die erfolgreichsten Teams – allerdings eher selten) außergewöhnliche Umstände (z.B. Platzverweis(e) für Team A; ein durch Spielsperren bedingter, verletzungsbedingter und/oder Corona-bedingter Verzicht auf mehrere Schlüsselspieler bei Team A), aber nicht mehr taktisches Geschick, herausragender Teamgeist oder auch Spielglück die spielerische Unterlegenheit von Team Z auszugleichen vermögen. Je häufiger solche Konstellationen bestehen, desto kleiner wird der Kreis der Meisterschaftskandidaten. Wenn sodann das notorisch erfolgreiche Team A über einen gewis- 214

399 S. zuletzt stellvertr. *Heller* SpoPrax 2021, 186 (187 f.) m.w.N. zur (sport)ökonomischen Literatur in Fn. 16.

400 → II. Rn. 8–11; zur *competitive balance* s. etwa auch *St. Horn* 115–117; *Parrish/Miettinen* 3–6, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen Zeitraum mehr als die Hälfte der Meistertitel auf sich vereint, d.h. mehr als alle anderen Ligamitglieder in diesem Zeitraum zusammen, wird man auch kaum mehr von einer Ausgeglichenheit – genauer: von einer *championship uncertainty* – sprechen können.

215 Da auch der Bewertungszeitraum für die Ermittlung einer *competitive balance* flexibel festgelegt werden kann, hängt es immer noch in erheblichem Maße von der Perspektive des jeweiligen Betrachters ab, ob eine *competitive balance* angenommen werden kann oder nicht. Wenn man also in Deutschland den Zeitraum seit der erstmaligen Vergabe des offiziellen Titels „Deutscher Fußballmeister" im Jahr 1903 wählt, wird man hinsichtlich der *championship uncertainty* noch heute vom Vorliegen einer *competitive balance* ausgehen können. Wenn man hingegen die seit der Jahrtausendwende in der Fußball-Bundesliga gewonnenen Meistertitel betrachtet, ergibt sich ein völlig anderes Bild – ganz zu schweigen von einem Blick auf die letzten neun Spielzeiten (Stand: 7.2.2022).

216 Kurzum: Bei der Berücksichtigung einer *competitive balance* als sonstige Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests kann man munter, ja fast nach Belieben mit Zahlen jonglieren, bis man mehr oder weniger überzeugend zu einem Ergebnis gelangt, das die persönliche Präferenz untermauert. Dies ist allerdings nicht Aufgabe des *Verfassers*, sondern derjenigen, die sich im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests darauf berufen, mit einer bestimmten organisatorischen Verbandsmaßnahme legitime Zielsetzungen zu verfolgen. Das bedeutet zugleich, dass das pauschale Ziel, mit einer bestimmten Verbandsmaßnahme eine gewisse *competitive balance* zu verfolgen oder gar anzustreben, letztlich zu unbestimmt ist, um als legitime Zielsetzung des *Meca-Medina*-Tests anerkannt werden zu können. Natürlich steht es den Sportverbänden (und nicht dem Rechtsanwender) frei, anhand der vorangehend entwickelten Parameter – insbesondere *game uncertainty* oder *championship uncertainty* auf nationaler und/oder internationaler Ebene über einen zu definierenden Zeitraum – eine konkrete Form der *competitive balance* als Ziel festzulegen,[401] um den Vorwurf der Unbestimmtheit der Zielsetzung auszuräumen. Indes sind solche Konkretisierungen in der bisherigen Diskussion – soweit ersichtlich – nicht erfolgt. So droht aber die Gefahr, dass eine allzu pauschal vorgetragene Zielsetzung (z.B. das Anstreben einer „gewissen Ausgeglichenheit" innerhalb der Sportliga) letztlich von einer Kartellbehörde oder einem staatlichen Gericht als zu unbestimmt zurückgewiesen wird.

217 Schließlich ist ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen: Sofern ein Sportverband das Ziel vorgibt, mit einer wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift oder -maßnahme ein gewisses oder auch näher bestimmtes Maß an (wirtschaftlicher und) sportlicher Ausgeglichenheit innerhalb einer Sportliga verfolgen zu wollen,

401 Zur Festlegung des Schutzniveaus durch Sportverbände → VI. Rn. 259–265 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

so muss dieses Maß an *competitive balance* über dasjenige hinausgehen, welches vor Umsetzung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme bestand. Wenn die streitgegenständliche Verbandsregelung, mit der eine *competitive balance* herbeigeführt werden soll, schon seit einiger Zeit exisitert, sind auch die entsprechenden bisherigen – soweit überhaupt vorhanden und nachweisbar – positiven Auswirkungen der betreffenden Verbandsvorschrift aufschlussreich. Wenn insoweit keine positiven Wirkungen festzustellen sind, liegt der Verdacht nahe, dass die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme gar nicht erst erforderlich ist, um das Ziel zu erreichen. Wenn in diesem Fall der Sportverband das Ziel der Absicherung eines bereits bestehenden Schutzniveaus behauptet, wird er zugleich darlegen müssen, dass ohne die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme das Niveau der bereits erreichten *competitive balance* abgenommen hätte.

ii. Meinungsstand zur *competitive balance*

Bevor zur Frage nach der Anerkennung des Strebens nach einer *competitive balance* als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests Stellung bezogen wird, sollen zunächst die mutmaßlichen Interessen der Beteiligten sowie der Meinungsstand im ökonomischen und juristischen Schrifttum bewertet werden. Die nachfolgenden Erwägungen werden vorrangig am Beispiel der Fußball-Bundesliga veranschaulicht, weil hierzu einige aussagekräftige Stellungnahmen vorliegen: 218

Es ist bereits dargelegt worden, dass mehr Spannung im Kampf um die deutsche Fußballmeisterschaft als in den letzten Jahren im Vermarktungsinteresse der DFL liegen müsste.[402] Bei den Mitgliedern der Sportliga wird vielfach kein einheitliches Meinungsbild bestehen, wie ein Blick auf die Fußball-Bundesliga exemplarisch zeigt. Üblicherweise sind es die Manager oder sonstigen Repräsentanten der in der unteren Tabellenhälfte oder mitunter auch im Tabellenmittelfeld rangierenden Clubs, die sich für eine verstärkte wirtschaftliche und sportliche Ausgeglichenheit innerhalb der Liga aussprechen und diesbezüglich verschiedene Vorschläge unterbreiten (zuletzt insbesondere eine gleichmäßigere Aufteilung der Erlöse aus der Verwertung der Medienrechte und/oder die Einführung von Gehaltsobergrenzen). Insbesondere die Vertreter der regelmäßig an europäischen Ligawettbewerben teilnehmenden Clubs betonen demgegenüber, dass diese Vorschläge aus verschiedenen Gründen nicht zielführend seien und es im Interesse der gesamten Liga (aber – unausgesprochen – auch im eigenen wirtschaftlichen Interesse) liege, wenn wenigstens einige deutsche Ligamitglieder auf europäischer Ebene den Top-Clubs aus der englischen, spanischen, französischen oder italienischen Liga auf Augenhöhe begegnen und aussichtsreich um Titel mitspielen 219

402 → VI. Rn. 201 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könnten.[403] Diese Debatten zeigen deutlich, dass in der Fußball-Bundesliga bereits im Kreis der Ligamitglieder das Ziel der Gewährleistung einer umfassenden *competitive balance* auf nationaler Ebene derzeit keineswegs konsensfähig ist.

220 Wie sieht es hingegen mit den deutschen Fußballinteressierten aus? Es ist zu konstatieren, dass die Beliebtheit der Fußball-Bundesliga in den letzten Jahren jedenfalls bei den meisten Fußballfans (noch?) nicht spürbar darunter gelitten zu haben scheint, dass der Ausgang vieler Begegnungen aufgrund eklatanter Leistungsunterschiede der beteiligten Mannschaften ebenso vorhersehbar geworden ist wie zuletzt auch der Gewinn des Meistertitels. Ein denkbarer Grund hierfür mag sein, dass für zahlreiche Sportfans die Gewissheit, dass das „eigene" Team mit großer Wahrscheinlichkeit gewinnen wird, einen deutlich höheren Stellenwert zu haben scheint als die Aussicht auf ergebnisoffene und insoweit spannendere Spiele.[404] Den Bundesligaspiele übertragenden Sendern entgeht ein Spannungsabfall an der Tabellenspitze natürlich nicht und sie versuchen sodann mehr oder weniger erfolgreich entgegenzuwirken, indem sie neue Spannungsfaktoren schaffen. Wenn der Gewinner der Meisterschaft sich schon mehrere Spieltage vor dem Saisonende abzeichnet, wird der Fokus der Zuschauer auf die Frage gelenkt, ob vom Titelträger neue Rekordmarken gebrochen werden können (Meisterschaft mit den meisten erzielten Punkten/Toren und den wenigsten Gegentoren, nach den wenigsten Spieltagen, mit dem größten Vorsprung auf den Tabellenzweiten etc.).[405] Ergänzend weicht man auf das zumeist bis zum Saisonende offene und damit tatsächlich spannendere Rennen um die Qualifikationsplätze für die UEFA Champions League, die UEFA Europa League oder die UEFA Europa Conference League, die Abstiegsplätze oder den Relegationsplatz aus.

403 Dabei sind Fußballmanager in der Argumentation mitunter durchaus flexibel. So wurde *Oliver Kahn* in der SZ v. 25.7.2020 (abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-muenchen-bayern-bosse-financial-fairplay-muss-serioeser-werden-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200725-99-919261, zuletzt besucht am 7.2.2022) folgendermaßen zitiert: „Wir befinden uns mit dem Fußball im europäischen Wettbewerb. Wenn wir jetzt anfangen, Gehälter zu reduzieren, und tun das als Einzige, dann bekommen wir nicht mehr die Spieler, die es uns ermöglichen, international auf höchstem Niveau konkurrenzfähig zu bleiben." Binnen Jahresfrist muss dann ein Sinneswandel erfolgt sein, wie u.a. auf ran.de v. 8.8.2021 (abrufbar unter https://www.ran.de/fussball/bundesliga/news/oliver-kahn-fordert-gehaltsobergrenze-wie-in-der-nfl-128729, zuletzt besucht am 7.2.2022) nachgelesen werden kann: „Problematisch wird es nur, wenn diese Investments externer Geldgeber sofort eins zu eins in Gehälter fließen und diese dadurch immer weiter aufgebläht werden. Daher ist uns eine vernünftige Regulierung wichtig. Es muss eine salary cap, eine Gehaltsobergrenze geben. […] Es werden mehrere Modelle diskutiert, einige Ansätze könnte man aus dem System im US-Profisport übernehmen."

404 In diese Richtung tendierend *Nafziger* in Nafziger/Ross, 2011, 88 (100); *Ross* in Nafziger/Ross, 2011, 311 (319).

405 Die Huldigung, die dem deutschen Rekordmeister im Fußball schon seit Jahren in sämtlichen Medien nahezu täglich zuteil wird, erinnert den *Verfasser* des Öfteren an einen Ausspruch in *Richard Wagners* Oper „Die Meistersinger von Nürnberg" (3. Akt, 5. Szene*):* „Ehrt eure deutschen Meister, dann bannt ihr gute Geister." Letztlich bedienen die Medien damit aber nur die Bedürfnisse der großen Mehrzahl der Kunden, d.h. einer riesigen Fangemeinde.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter (Sport-)Ökonomen ist umstritten, ob für den wirtschaftlichen Erfolg einer Sportliga eine weitgehende finanzielle und damit zumindest mittel- bis langfristig auch sportliche Ausgeglichenheit sämtlicher Ligamitglieder erforderlich ist, um spannende Ligaspiele mit ungewissem Ausgang und damit auch ein dauerhaftes Interesse der Zuschauer zu gewährleisten (sog. Unsicherheitshypothese). Zu dieser Frage hat auch die Monopolkommission in ihrem XXI. Hauptgutachten im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bewertung der Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga Stellung genommen.[406] Unter Bezugnahme auf sportökonomische Studien spricht die Monopolkommission wiederholt an, dass mit der zentralen Vermarktung der Fußball-Bundesliga sowie mit der damit verbundenen Einnahmen(um)verteilung ein Ausgleich der Wettbewerbskräfte, mithin eine partielle finanzielle Umverteilung von den „reichen" zu den „armen" Ligamitgliedern, bezweckt sein könnte.[407] Zusammenfassend gelangt die Monopolkommission indes zu dem Ergebnis, dass die Forschungsergebnisse seinerzeit, d.h. im September 2016, keine eindeutigen Belege dafür liefern konnten, dass ein Eingriff in den sportlichen Wettbewerb erforderlich sei, um die Nachfrage zu optimieren. Allerdings seien viele Zusammenhänge im Hinblick auf die Determinanten für die Attraktivität von Sportveranstaltungen auch noch nicht ausreichend erforscht, um solche Eingriffe (aus kartellrechtlicher Perspektive) unter Effizienzgesichtspunkten abschließend bewerten zu können.[408] 221

Vereinzelt ist gar die Auffassung vertreten worden, die Gewährleistung einer *competitive balance* gehöre zu den Besonderheiten des Sports, die in jedem Fall umgesetzt und als legitime Zielsetzung anerkannt werden müssten. Manche[409] meinen, dies aus dem *Bosman*-Urteil des EuGH[410] ableiten zu können. Der Gerichtshof stellte aber lediglich fest, 222

> „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 […]"

Damit stufte der Gerichtshof die Gewährleistung einer *competitive balance* durch Sportverbände allerdings nicht als *legitime* Zielsetzung im Sinne des erst später entwickelten *Meca-Medina*-Tests[411] ein. *Watson/Graham*[412] glauben, den ein-

406 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 350–502.
407 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 401–409 m.w.N.
408 Ähnl. *Parrish/Miettinen* 5 m.w.N. („[…] the evidence on competitive balance is far from clear-cut and judicial bodies and competition authorities can be expected to exercise caution in permitting restrictions justified in terms of maintaining competitive balance."). *Putzier* 63 f. bezweifelt, dass eine *competitive balance* „dem Zweck der verbesserten Vermarktbarkeit dient", und weist darauf hin, Kartellbehörden hätten dem Aspekt zumeist kein entscheidendes Gewicht beigemessen.
409 S. etwa *St. Horn* 116; *Henneberg* 233.
410 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman.
411 → VI. Rn. 143–145, 164–385.
412 *Watson/Graham* in Nafziger/Ross, 2011, 398 (405); so im Ansatz auch *Nafziger* in Nafziger/Ross, 2011, 88 (99 f.); ähnl. *Cukurov* 62–64.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gangs genannten Befund aus dem Weißbuch Sport der EU-Kommission ableiten zu können. Die betreffende Passage, die Parallelen zu zuvor schon zitierten Stellungnahmen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aufweist, sei gleichwohl im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[413]

> „Gleichzeitig weist der Sport bestimmte Merkmale auf, die oft unter ‚Besonderheiten des Sports' zusammengefasst werden. Die Besonderheit des europäischen Sports kann aus zwei Blickwinkeln betrachtet werden:
>
> – im Hinblick auf die **Besonderheit sportlicher Aktivitäten und sportlicher Regeln**, wie getrennte Wettkämpfe für Frauen und Männer, die Begrenzung der Teilnehmerzahl bei Wettkämpfen oder die **Notwendigkeit, ergebnisoffene Wettkämpfe sicherzustellen und die Chancengleichheit der an Wettkämpfen teilnehmenden Klubs zu gewährleisten;**[414]
> – im Hinblick auf die **Besonderheit der Sportstrukturen**, insbesondere die Autonomie und Vielfalt der Sportorganisationen, die Pyramidenstruktur der Wettkämpfe vom Breiten- bis hin zum Spitzensport, **organisierte Solidaritätsmechanismen zwischen den verschiedenen Ebenen und Beteiligten**, die Organisation des Sports auf nationaler Basis, und den Grundsatz eines einzigen Verbands pro Sportart."

223 Der Gesamtkontext dieser Passage legt nicht nahe, dass hier von der EU-Kommission ein bestimmtes Maß an *competitive balance* im (sport-)ökonomischen Sinne, d.h. eine gewisse wirtschaftliche und damit zumindest mittelfristig auch sportliche Ausgeglichenheit zwischen Ligamitgliedern, gefordert wird. Denn zunächst wird die „Besonderheit sportlicher Aktivitäten und sportlicher Regeln" betont und in diesem Zusammenhang auf die Sicherstellung „ergebnisoffene[r] Wettkämpfe […] und die Chancengleichheit der an Wettkämpfen teilnehmenden Klubs" hingewiesen. Ein etwaiger beabsichtigter oder bezweckter Solidaritätsausgleich etwa innerhalb der Fußball-Bundesliga wäre aber sicherlich nicht der genannten „Besonderheit sportlicher Aktivitäten und sportlicher Regeln" zuzurechnen. Insoweit könnte eher die „Besonderheit der Sportstrukturen" betroffen sein, die jedoch nach Auffassung der EU-Kommission ihren Ausdruck in „organisierte[n] Solidaritätsmechanismen zwischen den verschiedenen Ebenen und Beteiligten" findet – und eben nicht in ligainternen Solidaritätsmechanismen.[415]

224 Auch in einer im Auftrag der EU-Generaldirektion für Bildung und Kultur angefertigten Studie zu den Besonderheiten des Sports aus dem Jahr 2016[416] bleibt der Aspekt der *competitive balance* innerhalb einer Sportliga, beruhend auf solidarischen Ausgleichszahlungen oder -leistungen, unberücksichtigt. Dies kann nicht überraschen, denn das europäische Sportmodell basiert letztlich auf

413 EU-Komm., Weißbuch Sport, KOM(2007) 391 final, 14 (IV. 1.).
414 Ähnl. die Formulierung bei EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman.
415 Zu dieser Problematik der vertikalen und horizontalen Solidarität → XIII. Rn. 49–56.
416 *European Commission*, Mapping and Analysis of the Specificity of Sport – Final Report, 2016, abrufbar unter http://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/studies/mapping-analysis-specificity-sport_en.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hierarchischen, vertikalen Verbands- und Vereinsstrukturen, innerhalb derer der Profi- und Amateursport miteinander verzahnt sind.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus ökonomischer Perspektive noch nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit eine möglichst umfassende *competitive balance* die sportliche Attraktivität einer Sportliga und deren wirtschaftlichen Erfolg positiv zu beeinflussen vermag. Aus juristischer Sicht sind Sportligen frei in ihrer Entscheidung, in welchem Umfang sie das Ziel der Herbeiführung einer *competitive balance* verfolgen wollen. Ein solches könnte bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen, insbesondere im Falle einer stringenten und kohärenten Verfolgung dieses näher zu bestimmenden Verbandsziels, durchaus als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden.[417] 225

iii. Wird das Ziel einer *competitive balance* in den deutschen Fußballbundesligen verfolgt?

In den vergangenen Jahren ist wiederholt die Auffassung vertreten worden, nicht nur in den U.S.-amerikanischen Major Leagues, sondern auch in der Bundesliga werde das Ziel der Gewährleistung einer *competitive balance* verfolgt.[418] Werfen wir also einen Blick auf diese beiden Ligasysteme: 226

Zunächst zielen in den U.S.-amerikanischen Major Leagues verschiedene, genau aufeinander abgestimmte Maßnahmen der Ligen auf die Annäherung an eine möglichst weitreichende *competitive balance* ab.[419] 227

Wird aber auch in den deutschen Fußballbundesligen eine annähernd umfassende *competitive balance* angestrebt? Das BKartA hat sich zuletzt in einer vorläufigen Einschätzung der Auffassung der DFL angeschlossen und wiederholt betont, die 50+1-Regel[420] solle für eine „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs sorgen."[421] An dieser Auffassung, die das Anstreben eines solchen Ziels als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests anzuerkennen scheint, bestehen sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen erhebliche Zweifel: 228

Zunächst fällt auf, dass weder der DFL e.V. noch die DFL GmbH in ihren Statuten ausdrücklich oder auch nur indirekt eine solche Zielsetzung der Fußball-Bun- 229

417 So auch *Mürtz* Abschn. E. V. 1. a) cc) (1.) (c.).
418 Aus U.S.-amerikanischer Perspektive *Nafziger* in Nafziger/Ross, 2011, 88 (99); aus deutscher Sicht s. im Hinblick auf die Umverteilung der Einnahmen aus der zentralen TV-Rechtevermarktung stellvertr. *Bagger* 98 ff., 110, 204; *Blask* KSzW 2011, 25 (30); so zuletzt auch *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021: „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs".
419 Zu den Details → II. Rn. 8–11; s. auch *Heermann* CaS 2017, 191 (200 f.) m.w.N.
420 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.
421 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

desliga andeuten. Gleichwohl hat sich die DFL zuletzt in einem Verfahren nach § 32c GWB gegenüber dem BKartA zur Rechtfertigung der von der 50+1-Regel ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen offensichtlich auch auf diese Zielsetzung berufen. Aber was ist eine „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs" überhaupt? In Ermangelung eines von der DFL insoweit vorgegebenen Maßstabs ist objektiv nicht nachvollziehbar und überprüfbar, ob der Sportverband dieses behauptete Ziel (im konkreten Fall durch die 50+1-Regel) überhaupt verfolgt, geschweige denn in kohärenter und stringenter Weise anstrebt.[422] Wenn solch unbestimmte und undifferenzierte Zielsetzungen akzeptiert würden, käme dies faktisch einem kartellrechtlichen Freibrief für den Sportverband nahe und der Zweck des *Meca-Medina*-Tests könnte recht einfach ausgehöhlt, wenn nicht gar *ad absurdum* geführt werden. Wie noch darzulegen sein wird,[423] trifft den Sportverband indes die Darlegungs- und Beweislast für die kohärente und stringente Verfolgung eines behaupteten legitimen Ziels im Sinne des *Meca-Medina*-Tests, so dass man insoweit substantiierten Sachvortrag voraussetzen kann. Bei der Festlegung des Ausmaßes einer angestrebten *competitive balance* im Ligasport haben Sportverbände einen erheblichen Ermessensspielraum, weil ihnen insoweit von dritter Seite keine Vorgaben gemacht werden können.[424] Letztlich gilt aber, dass in diesem Kontext nur ein klar definiertes (legitimes) Ziel zur Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung nach dem *Meca-Medina*-Test führen kann.

230 Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt,[425] ist auch aus tatsächlichen Gründen die derzeitige Umverteilungspraxis in der Bundesliga, die sich auf die Einnahmen aus der zentralen Medienrechtevermarktung beschränkt, aber etwa die höchst unterschiedlichen Erlöse der einzelnen Ligamitglieder aus der Teilnahme an europäischen Clubwettbewerben,[426] dem Sponsoring, dem Merchandising und dem Ticketverkauf unberücksichtigt lässt, nicht geeignet, eine wirtschaftliche und sportliche Ausgeglichenheit zwischen sämtlichen Ligamitgliedern zu gewährleisten, die dem Zustand einer umfassenden *competitive balance* auch nur nahekäme.[427]

231 Das BKartA hat in einer vorläufigen Einschätzung im Hinblick auf die von der Anwendung der 50+1-Regel ausgenommenen Fußballclubs (Bayer 04 Leverkusen, TSG 1899 Hoffenheim und VfL Wolfsburg) festgestellt, wenn den

422 Zu dieser weiteren Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung nach dem *Meca-Medina*-Test → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
423 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.
424 → II. Rn. 8–10.
425 → II. Rn. 8–11 und XIII. Rn. 216–224.
426 *Parrish/Miettinen* 6: „In this connection, the Champions League itself appears to be a significant cause of imbalance […]".
427 So i.Erg. auch *Stopper* SPONSOR^S Heft 4/2016, 12 f.; im Ansatz a.A. etwa *Cukurov* 65.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genannten Clubs größere Möglichkeiten zur Einwerbung von Eigenkapital zur Verfügung ständen als anderen, „dürfte dies nicht zur Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs beitragen, sondern ihn eher verzerren."[428] Dabei hat das BKartA überraschenderweise allein den nationalen Fußballwettbewerb in den Blick genommen, nicht jedoch die europaweite Konkurrenzfähigkeit der Bundesligaclubs. Indes heißt es in Absatz 2 der Präambel der DFL-Lizenzierungsordnung (Stand: 5.3.2021) ausdrücklich (Hervorhebung durch *Verfasser*):

> Um die Voraussetzungen für eine Lizenzerteilung zu überprüfen, führt der DFL e.V. ein Lizenzierungsverfahren durch. Dieses dient dazu,
>
> – den Liga-Spielbetrieb für die jeweils kommende Spielzeit, wie auch längerfristig zu sichern, zuverlässig planen und durchführen zu können,
> – die Stabilität sowie die Leistungs- und **Konkurrenzfähigkeit der Lizenznehmer auch für andere nationale und internationale Wettbewerbe gewährleisten zu helfen**, […]

232 Natürlich wird auch die Beachtung der 50+1-Regel in den entsprechenden Lizenzierungsverfahren geprüft. Wie zuvor aufgezeigt, ist die vom BKartA beklagte Verzerrung des nationalen sportlichen Wettbewerbs aber sicherlich nicht allein eine Folge davon, dass drei Clubs von der Anwendung der 50+1-Regel ausgenommen sind. Die „größere[n] Möglichkeiten zur Einwerbung von Eigenkapitel" begründen lediglich einen hierfür eventuell verantwortlichen Umstand. Insoweit dürften allerdings weitere Aspekte deutlich schwerer wiegen, wie insbesondere das begrenzte Ausmaß der (Um-)Verteilung der Erlöse aus der zentralen Medienrechtevermarktung sowie die höchst unterschiedlichen Erlöse der einzelnen Ligamitglieder aus der Teilnahme an europäischen Clubwettbewerben, aus dem Sponsoring, dem Merchandising und dem Ticketverkauf, die allesamt nicht umverteilt werden. Zudem darf nicht vernachlässigt werden, dass sich die Clubs Bayer 04 Leverkusen, TSG 1899 Hoffenheim und VfL Wolfsburg in den letzten Jahren wiederholt für die Teilnahme an der UEFA Champions League sowie der UEFA Europa League qualifizieren konnten. Dabei erwiesen sie sich in den internationalen Wettbewerben zumindest in gewissem Umfang als konkurrenzfähig, was ohne die Ausnahme von der 50+1-Regel vermutlich nicht in diesem Maße möglich gewesen wäre. Dieses Beispiel verdeutlicht, wie wichtig und für die kartellrechtliche Prüfung nahezu unerlässlich die Konkretisierung des allgemeinen Ziels ist, für ein gewisses Maß an sportlicher Ausgeglichenheit innerhalb einer Sportliga zu sorgen.

233 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in den U.S.-amerikanischen Major Leagues das Ziel einer möglichst weitreichenden *competitive balance* seit Jahrzehnten mittels verschiedener, fein aufeinander abgestimmter Verbandsmaßnahmen mit erstaunlicher Konsequenz und bemerkenswertem Erfolg angestrebt

428 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird. Die DFL gibt zwar etwa im Hinblick auf die 50+1-Regel vor, damit für eine „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs [zu] sorgen". Aber erstens ist diese Zielsetzung zu undifferenziert, um deren (stringente und kohärente) Verfolgung objektiv überprüfen zu können. Zudem ist zweitens überaus zweifelhaft, ob die 50+1-Regel und die Umverteilung der Erlöse aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Fußballbundesligen angesichts der im Übrigen höchst unterschiedlichen Gesamteinnahmen der einzelnen Ligamitglieder überhaupt ein weiteres Öffnen der Schere zwischen „armen" und „reichen" Ligamitgliedern zu verhindern oder diesen Vorgang gar umzukehren vermögen.

234 Wenn hingegen die anzustrebende „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs" allein darin bestehen sollte, dafür zu sorgen, dass theoretisch und hin und wieder auch praktisch innerhalb der Fußballbundesligen jeder (auch sportlich eher erfolglose) Club einem großen (sportlich eigentlich schon entrückten) Club einmal ein Bein stellen und eine Niederlage zufügen kann, so könnte man eigentlich nicht mehr von der Verfolgung einer *competitive balance* sprechen. Zudem würde mit einer solch stark reduzierten „gewissen sportlichen Ausgeglichenheit" ein angeblich legitimes Ziel zur Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung definiert, das auch ohne letztere bereits erreicht worden ist und dem *Status quo* entspricht. Dann könnte sich diese Zielsetzung allzu schnell kartellrechtlich als Rohrkrepierer erweisen.

iv. Fazit

235 Die bisherigen Erwägungen zeigen ein erstaunlich breites Meinungsspektrum auf. Weder aus ökonomischer noch aus juristischer Perspektive sind Sportverbände gehalten, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sicherstellung einer ausgeprägten *competitive balance* innerhalb einer Sportliga zu schaffen, wie etwa die DFL seit mehr als zwei Jahrzehnten anschaulich demonstriert. Wenn Sportligen eine solche Zielsetzung jedoch gleichwohl verfolgen sollten, wäre eine pauschale Berufung auf die Gewährleistung „einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewissheit der Ergebnisse"[429] als Zielsetzung zu unbestimmt, weil – wie zuvor dargelegt – die Gefahr besteht, dass das Verständnis von „einer bestimmten Chancengleichheit" sehr weit auseinandergeht. Zudem wäre das Ziel der Sicherstellung zumindest einer möglichst umfassenden *competitive balance* nicht automatisch als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests einzustufen.[430] Denn die damit erforderliche Umverteilung könnte etwa im Bundesliga-Fußball bislang nur an die ligaintern vereinbarte Zentralvermarktung der Medienrechte an den

429 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman.
430 A.A. *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (497).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bundesligaspielen anknüpfen und würde im Hinblick auf die Gewährleistung einer langfristigen und möglichst weitreichenden *competitive balance* keine stringente oder kohärente Zielverfolgung darstellen. In diesem Zusammenhang darf nicht vernachlässigt werden, dass die höchst unterschiedlichen Einnahmen der jeweiligen Bundesligaclubs aus der Teilnahme an der UEFA Champions League, an der UEFA Europa League oder an der UEFA Europa Conference League, aus dem Ticketing sowie aus dem Sponsoring und Merchandising gerade nicht umverteilt werden. Durch die Zentralvermarktung der Medienrechte an den Spielen der Fußballbundesliga wird das Öffnen der Schere zwischen „reichen" und „armen" Bundesligaclubs zwar verlangsamt, die Herbeiführung einer künftigen wirtschaftlichen Ausgeglichenheit bleibt indes unmöglich. Zudem würde eine auf die Herbeiführung einer möglichst umfassenden *competitive balance* gerichtete Zielsetzung eines Sportverbandes nicht allein oder auch nur vorrangig die Sportorganisation betreffen, sondern im Wesentlichen wirtschaftliche Zwecke verfolgen, so dass der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests eigentlich nicht eröffnet wäre.[431]

Vor diesem Hintergrund sollten Verbandsregelungen zur Gewährleistung einer nicht näher bestimmten *competitive balance* nicht in den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests fallen.[432] Sollte man diesen Aspekt generell oder auch im konkreten Fall anders beurteilen, wird – wie die vorangehenden Erwägungen zum deutschen und europäischen Fußball gezeigt haben – das Ziel der Annäherung an eine *competitive balance* zumeist nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt, so dass sodann aus diesem Grund eine Rechtfertigung am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests scheitern müsste. Indes könnte die in erheblichem Maße auch wirtschaftlich motivierte Zielsetzung einer *competitive balance* sodann immer noch bei der Prüfung einer Rechtfertigung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV in die rechtlichen Erwägungen mit einfließen.[433] 236

(10) Weitere denkbare legitime Zielsetzungen

Wie bereits dargelegt,[434] hat die EU-Kommission in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests nicht abschließend, sondern nur beispielhaft aufgelistet.[435] Damit sind weitere solcher 237

431 Hierzu nachfolgend → XIII. 7. c) bb).
432 A.A. *St. Horn* 115–117; *Henneberg* 233; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 7 ff.; *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021; unklar insoweit *Weatherill*, Principles, 2017, 235–238.
433 → VI. Rn. 362–372.
434 → VI. Rn. 184.
435 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.5.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zielsetzungen denkbar.[436] Wichtig ist in diesem Kontext auch die überzeugende Feststellung der EU-Kommission, dass die Besonderheiten des Sports bei der rechtlichen Prüfung der nach Einschätzung der Sportverbände legitimen Zielsetzungen, die zur Rechtfertigung einer von den Verbandsstatuten ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung geltend gemacht werden, zu berücksichtigen sind.[437] Mit anderen Worten: Die Besonderheiten des Sports[438] gelten stets, ohne dass ein Sportverband die betreffenden Elemente in seinen Statuten regeln müsste. Sie sind gleichsam dem Eingreifen des *Meca-Medina*-Tests vorgelagert. Diese Zusammenhänge sind wichtig, weil – wie sogleich zu zeigen sein wird – mitunter die Besonderheiten des Sports mit legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests gleichgesetzt werden.

238 *Engelsing* und *Buhl*, zwei Mitglieder der Beschlussabteilung des BKartA, die die Werbebeschränkung für deutsche Olympiateilnehmer als kartellrechtswidrig eingestuft hatte,[439] äußerten sich nachfolgend zu verschiedenen legitimen Zielsetzungen, durch deren Verfolgung die Maßnahmen zur Finanzierung der Olympischen Spiele und die Sicherstellung ihrer regelmäßigen Veranstaltung gerechtfertigt werden könnten.[440] Dies ist in rechtlicher Hinsicht eine schwierige Gratwanderung, weil der vorrangige Schutz wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen eines Sportverbandes grundsätzlich keine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests darstellt.[441] Demnach stelle die Verhinderung von Ambush Marketing eine legitime Zielsetzung dar, wenn und soweit sie sich auf Werbemaßnahmen beziehe, in denen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen Kennzeichen des Veranstalters verwendet oder irreführende Hinweise in Bezug auf die Sponsorenstellung des Werbenden erfolgen würden. Auch die Sicherung des olympischen Solidaritätsmodells sei eine legitime Zielsetzung, wenn das System und die dadurch finanzierte Förderung für die Athleten, die durch ihre Leistung dazu beitrügen, hinreichend transparent sei. Der Schutz vor einer Überkommerzialisierung der Olympischen Spiele könne nur dann als legitime Zielsetzung eingestuft werden, sofern dieses Ziel in kohärenter Weise verfolgt werde.

239 Einen umfassenderen Ansatz verfolgte hingegen *Horn*,[442] wobei er insbesondere die Rechtsprechung des EuGH auswertete:

436 So auch schon *Parrish/Miettinen* 123: „There is no reason to believe this constitutes an exhaustive list."
437 → VI. Rn. 186–195.
438 → II. Rn. 1–15 m.w.N.
439 Vgl. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31.
440 *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 (120–122).
441 → VI. Rn. 243–254; i.Erg. ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 220 m.w.N. – ISU's Eligibility Rules. Ausf. zu diesem Verfahren → XIII. Rn. 73–100.
442 *St. Horn* 117–119.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu den legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests zählt *Horn* zu- 240
nächst die Autonomie des Sports, die Absicht der Zusammenarbeit mit den für den Sport verantwortlichen Organisationen (Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV), den Schutz der pyramidalen und hierarchischen Struktur des Sports und das Ein-Verband-Prinzip. Bei der Verbandsautonomie sowie dem Ein-Verband-Prinzip handelt es sich freilich um Besonderheiten des Sports, die als solche nicht als legitime Zielsetzungen in Betracht kommen. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallprüfung, ob diejenigen Maßnahmen, die von Sportverbänden zur Absicherung der Verbandsautonomie und insbesondere des Ein-Verband-Prinzips ergriffen werden, legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests verfolgen.[443]

Soweit *Horn* unter Bezugnahme auf das *FAPL/Karen Murphy*-Urteil des 241
EuGH[444] den Schutz der Einzigartigkeit von Sportereignissen als legitime Zielsetzung einstuft, um hierdurch den Veranstaltern und damit häufig den Sportverbänden als Inhabern der (Übertragungs-)Rechte an diesen Veranstaltungen eine angemessene Vergütung zukommen zu lassen, ist ein solcher Ansatz zwar denkbar. Allerdings hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil auf den *Meca-Medina*-Test überhaupt nicht Bezug genommen, sondern im Zusammenhang mit dem Schutz von Sportereignissen etwa durch ein nationales Leistungsschutzrecht.

„The ensuring of fair competitions with equal chances for all athletes“,[445] die 242
Sicherung eines geordneten Ablaufs sportlicher Wettkämpfe[446] – dazu gehört auch der Schutz eines gut funktionierenden Wettbewerbskalenders[447] – sowie die Förderung der Anwerbung und Ausbildung junger Spieler[448] werden im Begleitdokument zum Weißbuch Sport als legitime Zielsetzungen angesprochen.[449] Dazu gehören sicherlich auch die Dopingbekämpfung mit den mittelbaren Zielen der Gewährleistung eines fairen Ablaufs der Sportwettkämpfe, der Chancengleichheit der Sportler, des Schutzes ihrer Gesundheit, der Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs und der ethischen Werte des Sports[450] sowie die Professionalisierung und Verbesserung der Tätigkeit eines Spielervermittlers zum Schutz der Athleten und ihrer oft kurzen Karriere.[451] Zuletzt hat das EuG den Schutz der Integrität von Sportwettkämpfen vor den von Sportwetten ausgehenden Risi-

443 *Heermann* WRP 2019, 145, Rn. 44 f.
444 EuGH Slg. 2011, I-9083, Rn. 100 ff., 145 = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy; ausf. zu diesem Urteil *Heermann* WRP 2012, 650 ff.
445 → VI. Rn. 196–199.
446 EuGH Slg. 2000, I-2681, Rn. 53 f. = SpuRt 2000, 151 – Lehtonen.
447 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 243 f. – ISU's Eligibility Rules („protection of the good functioning of the ISU's calendar“).
448 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman; EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 39 = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC.
449 → VI. Rn. 184, 196–199, 208 f.
450 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
451 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 102 ff. = SpuRt 2005, 102 – Piau.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ken als denkbare legitime Zielsetzung eingestuft.[452] Nicht zu folgen ist letztlich *Horns* Einschätzung, dass es sich bei Auswahlregeln eines Sportverbandes zur Durchführung eines Sportwettbewerbs[453] und der Begegnung von Nationalmannschaften[454] um legitime Zielsetzungen handele, vielmehr sind dies reine Organisationsmaßnahmen, mit denen bestimmte, im Einzelfall zu konkretisierende Ziele verfolgt werden können.

(11) Verfolgung wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen?

243 Um die in den vorangehenden Abschnitten ermittelten legitimen Zielsetzungen, aber auch die in den Statuten festgelegten Verbandszwecke verfolgen zu können, müssen von Sportdachverbänden zumeist in erheblichem Ausmaß finanzielle Mittel eingesetzt werden. Allein mit den Mitgliedsbeiträgen werden sich diese Zielsetzungen regelmäßig nicht finanzieren und umsetzen lassen, Sportverbände bedürfen insoweit also noch zusätzlicher Einnahmequellen. Hier eröffnen sich viele Möglichkeiten, die – ohne hier Anspruch auf Vollzähligkeit erheben zu wollen – von den Erlösen aus der medialen Verwertung von Sportveranstaltungen über Einnahmen aus Ticketing, Hospitality, Sponsoring und Merchandising bis hin zur Erhebung von Lizenzgebühren reichen. Damit sind insbesondere Sportdachverbände also gehalten, wenn nicht gar gezwungen, Einnahmen aus wirtschaftlichen Tätigkeiten zu generieren, um damit die legitimen Verbandsziele nachhaltig verfolgen zu können.

244 Wenn Sportverbände in dieser Weise und mit dieser Zwecksetzung wirtschaftliche Interessen verfolgen, ist dies im Grundsatz kartellrechtlich unbedenklich. Dies hat zuletzt auch das EuG im *ISU*-Verfahren deutlich zum Ausdruck gebracht:[455]

> „[…] it should be noted that the fact that a federation seeks to protect its own economic interests is not in itself anticompetitive."

245 Anders ist die Situation aus kartellrechtlicher Perspektive jedoch zu bewerten, wenn Sportverbände mit den Erlösen aus ihrer wirtschaftlichen Betätigung ausschließlich oder überwiegend das Ziel verfolgen, die eigene, bereits starke oder gar monopolartige Stellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen etwa zulasten von neuen, konkurrierenden Sportverbänden oder rein privaten Sportveranstaltern abzusichern oder auszubauen. Die EU-Kommission und im Anschluss hieran

452 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 100–104 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.
453 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 64 = NJW 2000, 2011 – Deliège.
454 EuGH Slg. 1976, 1334, Rn. 14/16 = BeckRS 2004, 71499 – Donà.
455 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 109 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission; zust. *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch der *Verfasser* sprechen insoweit von der Verfolgung „wirtschaftlicher Eigeninteressen".[456]

Zuletzt hat folgende Passage aus der *ISU*-Entscheidung zu den ehemals extrem restriktiven Zulassungsbestimmungen des Internationalen Eisschnelllaufverbandes, mit denen er vorrangig die weltweit besten Eisschnellläufer – erfolgreich – daran hinderte, an nicht genehmigten Eisschnelllaufevents privater Veranstalter teilzunehmen, für Irritationen gesorgt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[457] 246

> „220. […] **the protection of economic and/or financial interests does not, however, constitute a legitimate objective that can justify a restriction of competition**. Such interests have also not been recognised by the Court of Justice as a legitimate objective capable of restricting the economic freedoms granted to undertakings operating in the EEA under Internal Market or competition rules. In particular, the Court has held that imperative requirements that can be invoked to justify limited restrictions to such rules can only be of a non-economic nature. [Anmerkung: In Fn. 350 werden sodann einschlägige Entscheidungen des EuGH aufgelistet.] Concerning the ISU's argument that it uses part of the revenues it generates through commercial activities for the development of the sport, **the Commission notes that these funds are, however, also redistributed to the ISU's own Members for the organisation of international competitions (…), thus putting third party event organisers at competitive disadvantage.**"

Die EU-Kommission stellte in ihrer Pressemitteilung vom 8.12.2017 zum ISU-Beschwerdeverfahren fest,[458] nunmehr könne 247

> „die ISU ihre Zulassungsbestimmungen entweder aufheben oder dahingehend ändern, dass diese nur legitimen Zielen (unter ausdrücklichem Ausschluss der wirtschaftlichen Eigeninteressen der ISU) dienen und dass sie sachgerecht und hinsichtlich dieser Ziele verhältnismäßig sind".

In der Folge schloss sich das BKartA dieser Rechtsauffassung an (Hervorhebung durch *Verfasser*):[459] 248

> „95. […] Nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten des Vertrags können nur nicht-wirtschaftliche Ziele eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen. [Anmerkung: In Fn. 58 wird auf EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 220 – ISU's Eligibility Rules Bezug genommen.] **Der Schutz wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen stellt demnach grundsätzlich kein legitimes Ziel im Sinne von Meca Medina dar.**"

Diese Aussage ist in dieser Pauschalität irreführend, weil – anders als in der *ISU*-Entscheidung der EU-Kommission – nicht deutlich zum Ausdruck kommt, 249

456 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184; *Heermann* WuW 2018, 241 (242, 245); *Heermann* WuW 2018, 550 (552 f.). *Stopper* SpuRt 2020, 216 (219 f.) kritisiert diese Begrifflichkeit und bevorzugt stattdessen den Terminus „Eigenzweck", was im Hinblick auf das damit umschriebene Phänomen letztlich aber auch nicht präziser ist.

457 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 220 – ISU's Eligibility Rules.

458 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184.

459 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 95 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass allein die Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen im vorgenannten Sinne kein legitimes Ziel im Sinne des *Meca-Medina*-Tests darstellt. Die erforderliche Differenzierung zwischen wirtschaftlichen *Eigen*interessen zur Absicherung der eigenen Position eines Sportverbandes im Verhältnis zu (potentiellen) Wettbewerbern und sonstigen wirtschaftlichen Interessen eines Sportverbandes zur Finanzierung und Verfolgung legitimer Zielsetzungen hat auch das LG Nürnberg/Fürth[460] vermissen lassen, als es in der Folge von einer „Unterscheidung zwischen legitimen Interessen einerseits und wirtschaftlichen Interessen andererseits" sprach.[461]

250 Wann ein Sportverband bei der Verfolgung seiner wirtschaftlichen Interessen den Bereich der Verfolgung legitimer Interessen verlässt und in kartellrechtswidriger Weise wirtschaftliche *Eigen*interessen verfolgt, hat hingegen das EuG im *ISU/Kommission*-Urteil deutlich zum Ausdruck gebracht (Hervorhebung durch *Verfasser*):[462]

> „However, in view of its role as an organiser of events and holder of the power to authorise events organised by third parties, the applicant [= ISU] is required to ensure undistorted competition between economic operators within the meaning of the case-law cited in paragraphs 72 and 73 above. It follows that, as the Commission rightly considered, the applicant cannot make the authorisation of events organised by third parties subject to payment of a solidarity contribution **which is used to finance only its own events and those of its members**."

251 Es ist also festzuhalten, dass die Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen im vorgenannten Sinne durch Sportverbände grundsätzlich nicht als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden kann.[463] Wenn die Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen eines Sportverbandes im zuvor be-

460 LG Nürnberg-Fürth NZKart 2019, 288 (289). Dieses Urteil wurde in der nächsten Instanz – OLG Nürnberg GRUR-RS 2021, 34724, Rn. 64 ff. – in materiell-rechtlicher Hinsicht bestätigt, ohne dass jedoch nochmals auf den Aspekt der Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen abgestellt wurde, da die streitgegenständlichen Sanktionen bereits weder auf rechtlich wirksamen Genehmigungsvorschriften oder Teilnahmebedingungen beruht hätten noch zur Verfolgung etwaiger legitimer Zielsetzungen erforderlich und damit verhältnismäßig gewesen wären.

461 Soweit *Stopper* SpuRt 2020, 216 (219) meint, ein solcher Schluss sei „an der Schnittstelle von Sport und Kartellrecht völlig sachfremd", kann dies nicht überzeugen, weil sowohl das BKartA als auch das LG Nürnberg-Fürth die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch Sportverbände gerade nicht generell für kartellrechtlich unzulässig erklärt haben, sondern nur die Verfolgung *eigen*wirtschaftlicher Interessen. Auch die in diesem Kontext geäußerte Kritik an der aus der *ISU*-Entscheidung der EU-Kommission abgeleiteten Feststellung des *Verfassers*, Genehmigungsbestimmungen, durch die ein Sportfachverband „wirtschaftliche Eigeninteressen" verfolge, seien „*per se* unzulässig" (*Heermann* WuW 2018, 241 (242)), geht fehl. Denn diese Aussage bezog sich allein auf verbandsrechtliche Zulassungsbestimmungen, zudem war ausdrücklich von der Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen die Rede, schließlich wurden die nachfolgenden erläuternden Ausführungen des *Verfassers* (*Heermann* WuW 2018, 241 (245)) offensichtlich vernachlässigt.

462 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 114 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

463 So auch prägnant *Podszun* NZKart 2021, 138 (142 f.): „Warum sollten bloße wirtschaftliche Eigeninteressen einen Verstoß gegen das Kartellrecht, dessen Grundidee es ist, das Wettbewerbsprinzip über die wirtschaftlichen Interessen *Einzelner* zu heben, rechtfertigen können? Für den Kartellrechtler klingt allein schon die Frage paradox." I.Erg. ebenso *Mürtz* Abschn. E. V. 1. a) cc) (8.) (a.).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schriebenen Sinne in den Vordergrund rückt und deutlich die Verfolgung etwaiger legitimer Zielsetzungen überwiegt, liegt die Annahme eines kartellrechtlichen Missbrauchs nahe. Dies gilt insbesondere, wenn ein Sportverband zielgerichtet durch bestimmte wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen seine bereits starke oder gar monopolartige Stellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen zulasten Dritter abzusichern und auszubauen versucht. Soweit Sportverbände wirtschaftliche Interessen jedoch verfolgen, um ihre legitimen Ziele nachhaltig unterstützen und umsetzen zu können, ist dies im Ausgangspunkt kartellrechtlich unbedenklich.

252 Die Grenze zwischen der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen zur Umsetzung legitimer Zielsetzungen des betreffenden Verbandes einerseits und wirtschaftlicher *Eigen*interessen eines Sportverbandes andererseits wird sich nicht stets so klar ziehen lassen wie im *ISU*-Verfahren.[464] Wichtige Hinweise zur Beantwortung dieser Abgrenzungsfrage lassen sich jedoch bereits dem grundlegenden *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH entnehmen. Hier stellte der Gerichtshof[465] im Hinblick auf die streitgegenständlichen Anti-Doping-Bestimmungen fest,

> „dass der allgemeine Zweck dieser Regelung – was keine der Parteien bestreitet – die Dopingbekämpfung mit dem Ziel eines fairen Ablaufs der Sportwettkämpfe ist; dieser Zweck soll zugleich die Chancengleichheit der Sportler, ihre Gesundheit, die Ehrlichkeit und Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports gewährleisten".

Daneben ließ der Gerichtshof[466] das Vorbringen der klagenden Athleten,

> „dass die streitige Anti-Doping-Regelung auch den Zweck verfolge, die eigenen wirtschaftlichen Interessen des IOC zu wahren, und dass überzogene Regeln wie die hier angefochtenen im Hinblick auf diesen Zweck erlassen worden seien",

in den Hintergrund treten.

253 Zunächst ist festzuhalten, dass die vom Gerichtshof erwähnten, freilich an den Vortrag der Athleten anknüpfenden „eigenen wirtschaftlichen Interessen des IOC" offensichtlich nicht mit der Bedeutung übereinstimmen, die hier zuvor im Anschluss an die EU-Kommission dem Begriff des wirtschaftlichen *Eigen*interesses beigemessen worden ist. Denn im konkreten Fall verfolgte das IOC mit den Anti-Doping-Regelungen offensichtlich auch und insbesondere legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests. Hieraus wird man den Rückschluss ziehen können, dass die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch einen Sportverband von diesem in seinen Statuten nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden muss, da es sich hierbei um ein im Grundsatz zunächst einmal kartellrechtlich

464 S. EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 220 – ISU's Eligibility Rules.
465 Vgl. zum Folgenden EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
466 Vgl. zum Folgenden EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 46 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unbedenkliches Vorgehen handelt. Denn etwaige wirtschaftliche Interessen eines Sportverbandes können – wie die EU-Kommission und das EuG festgestellt haben – von tatsächlich verfolgten legitimen Zielsetzungen überlagert oder verdrängt werden.[467] Die aus wirtschaftlichen Aktivitäten eines Sportverbandes resultierenden Einnahmen dürften jedoch nach überzeugender Auffassung der EU-Kommission und des EuG im *ISU*-Verfahren nicht zum überwiegenden Teil an Mitgliedsverbände verteilt werden, um hiermit (inter)nationale Sportwettkämpfe zu ermöglichen und zu organisieren, weil hierdurch potentielle kommerzielle Drittveranstalter benachteiligt würden.[468] Insoweit würde es sich dann um eine kartellrechtlich bedenkliche Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen handeln. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, wenn ein Sportverband etwa unter Hinweis auf seinen rechtlichen Status als *gemeinnütziger* Verein oder eine entsprechende ausdrückliche Satzungsregelung versuchen sollte, jeglichen Verdacht der Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen von vornherein auszuschließen. Maßgeblich ist und bleibt eine anhand objektiver Maßstäbe erfolgende rechtliche Bewertung der wirtschaftlich motivierten Tätigkeiten des Sportverbandes.

254 Empfehlenswert – wenngleich nicht zwingend – ist es deshalb, wenn ein Sportverband seine legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests in seiner Satzung (natürlich nicht abschließend) auflistet, soweit diese Zielsetzungen sich nicht bereits unmittelbar aus dem (etwa nach deutschen Recht gem. § 57 Abs. 1 BGB) in der Satzung anzugebenden Vereinszweck ergeben. Praktisch einfacher gestaltet sich eine Dokumentation in entsprechenden Beschlüssen des Vorstands oder der Mitgliederversammlung. Damit kann im Zweifelsfall aber nur Klarheit darüber geschaffen werden, welche legitimen Zielsetzungen ein Verband verfolgen *will*. Denn Papier ist zwar geduldig, bietet aber keine Gewähr dafür, dass die schriftlich niedergelegten legitimen Zielsetzungen vom Sportverband auch *tatsächlich* verfolgt werden. Letztlich verbleibt einem Sportverband natürlich auch noch die Möglichkeit, zur Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen, die von Verbandsstatuten oder deren Umsetzung ausgehen, schlichtweg zu behaupten, dass auf diese Weise bestimmte, als legitim einzustufende Verbandsziele angestrebt würden. In diesem Kontext zeigt sich letztlich erneut sehr deutlich, wie konsequent und sachgerecht es ist, dass auf der Basis des *Meca-Medina*-Tests zugleich eine kohärente und stringente Verfolgung der angegebenen legitimen Zielsetzungen zu fordern ist.[469] Denn auf diese Weise können reine Papiertiger und Lippenbekenntnisse zuverlässig entlarvt werden. Wenn sich letztlich erweist, dass ein Sportverband mit streitgegenständlichen, wettbewerbsbeschrän-

467 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 188 – ISU's Eligibility Rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 109 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

468 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 164, 220 – ISU's Eligibility Rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 114 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

469 So bereits *Heermann* WuW 2018, 550 (553).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kenden Statuten und/oder Maßnahmen zu ihrer Umsetzung keine hiermit ausdrücklich verbundenen, legitimen Zielsetzungen verfolgt,[470] ist von der alleinigen oder zumindest vorrangigen Verfolgung wirtschaftlicher *Eigen*interessen und damit zugleich von der kartellrechtlichen Unwirksamkeit der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsmaßahme auszugehen.

dd) Von EuG, EU-Kommission und BKartA im Einzelfall nicht als legitim eingestufte Zielsetzungen

In den letzten Jahren haben das EuG, die EU-Kommission sowie das BKartA – wie nachfolgend darzulegen sein wird – stets mit Bezug auf den konkreten Einzelfall verschiedene Zielsetzungen, die von den Sportverbänden zur Rechtfertigung der streitgegenständlichen wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschriften vorgetragen worden waren, als nicht legitim eingestuft. Dies bedeutet keinesfalls, dass die betreffenden Zielsetzungen *per se* nicht als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests bewertet werden können. Vielmehr scheiterte die Anerkennung als *legitime* Zielsetzung jeweils daran, dass die behaupteten Zielsetzungen sich nicht in ein vom Sportverband verfolgtes stimmiges Gesamtkonzept einfügen ließen, keine Verankerung in den Verbandsstatuten hatten und/oder diesbezüglich nicht substantiiert von den beweisbelasteten Sportverbänden[471] vorgetragen worden war. Denkbar ist auch, die mitunter komplexe Frage der Legitimität einer behaupteten Zielsetzung nicht abschließend zu klären, wenn sich gleichzeitig das Vorliegen weiterer erforderlicher Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests – insbesondere eine kohärente und stringente Zielverfolgung oder die Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme im Hinblick auf die behauptete legitime Zielsetzung – mit geringerem Aufwand ablehnen lässt. Entscheidend sind also stets die konkreten Umstände des Einzelfalls, so dass es sich verbietet, aus den nachfolgenden Beispielen allgemeingültige Rückschlüsse zu ziehen. Daher werden die entsprechenden Passagen nachfolgend im Gesamtzusammenhang im Wortlaut zitiert. 255

Im *ISU*-Verfahren hatte der Sportverband die erheblichen statutarischen Beschränkungen für die Zulassung der von privaten und damit konkurrierenden Veranstaltern geplanten Wettbewerbe mit dem Verweis auf das Trittbrettfahrer-Argument zu rechtfertigen versucht, welches das EuG jedoch nicht überzeugte:[472] 256

> „[…], as regards the arguments that third party organisers of speed skating events would free-ride on the ISU's costs incurred for the administration of the sport, the prevention of

470 Hierzu → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
471 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.
472 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224 – ISU's Eligibility Rules.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

free-riding cannot be considered as a legitimate objective but rather as a claim related to the economic efficiencies generated by the ISU rules."

257 Bereits zuvor hatte die EU-Kommission deutlich gemacht, dass einzelne der vom Sportverband behaupteten und sehr allgemein gehaltenen Zielsetzungen, die mit den betreffenden Zulassungsbeschränkungen verfolgt werden sollten, zu vage seien, um sie als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests einstufen zu können:[473]

„In the first place, it must be held that the eligibility rules do not explicitly state the legitimate objectives that they pursue. It is true that, as the applicant maintains, Rule 102 has referred since 1998 to ‚the principles and policies [of the applicant], as expressed in [its statutes]', and provides, following the 2016 amendment that ‚the condition of eligibility is made for adequate protection of the ethical values … of the ISU'. However, whereas ‚the ethical values' may derive from the applicant's Code of Ethics, the ‚principles and policies' have not been explicitly defined or listed in the applicant's statutes or rules. Accordingly, those vague expressions do not in themselves make it possible to clearly identify the legitimate objectives pursued by those rules."

258 In einem Verpflichtungszusagenbeschluss zu den Werbebeschränkungen, die das IOC und der DOSB deutschen Olympiateilnehmern auferlegt hatten, verweigerte das BKartA einer wiederum sehr allgemein formulierten Zielsetzung wegen unzureichenden Sachvortrags die Anerkennung als legitim:[474]

„102: Weiter machen die Beteiligten geltend, zur Bewahrung der finanziellen Stabilität und Nachhaltigkeit der Olympischen Bewegung und der Olympischen Spiele müsse Chancengleichheit sichergestellt sein. Daher müssten weltweit sämtliche Athleten, die sich sportlich qualifizieren, teilnehmen können und eine Teilnahme dürfe nicht wegen der unterschiedlichen finanziellen Ausstattung der NOKs und damit der mangelnden oder unzureichenden Unterstützung der Athleten scheitern. Dies ist aus derzeitiger Sicht der Beschlussabteilung jedoch nicht als legitimes Ziel im Sinne der Meca-Medina-Rechtsprechung anzuerkennen.

103: Vor dem Hintergrund der jüngsten Entscheidungen der Europäischen Kommission (‚International Skating Union's Eligibility Rules') und des EFTA-Gerichts („Kristoffersen") ist es zwar grundsätzlich denkbar, dass der Schutz bzw. die Sicherung des Fortbestands eines Solidaritätsmodells, in dessen Rahmen Einnahmen entweder horizontal (z.B. zwischen allen Vereinen, die an einem Wettkampf teilgenommen haben) oder vertikal (z.B. professionellen Sportlern und Amateursportlern) umverteilt werden, ein legitimes Ziel darstellen kann, dass [sic] die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts rechtfertigt. Wie auch das EFTA-Gericht im Fall ‚Kristoffersen' ausgeführt hat, setzt dies nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung jedoch voraus, dass das System hinsichtlich der dadurch finanzierten Förderung für die Akteure, die durch ihre Leistung hierzu beigetragen haben, hinreichend transparent ist. Es muss ihnen möglich sein, nicht nur nachzuvollziehen, welche Einnahmen erzielt worden sind, sondern auch, ob diese Einnahmen – zumindest zum weit überwiegenden Teil – tatsächlich Athleten zu Gute gekommen

473 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 85 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nicht abgedruckt) – ISU/Kommission.

474 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 102–104 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind, die in Bezug auf ihre Chancen auf eine Teilnahme an den Olympischen Spielen benachteiligt sind. Eine solche Transparenz ist aus derzeitiger Sicht der Beschlussabteilung in Anbetracht der aggregierten bzw. pauschalen Angaben zur Höhe und zur Verwendung der Vermarktungseinnahmen aus den Olympischen Spielen beim Olympischen Solidaritätsmodell nicht gegeben. Erschwerend kommt hinzu, dass die Förderung mittelbar erfolgt, d.h. die Gelder werden in einem ersten Schritt an die NOKs bzw. an das Komitee ausgezahlt, die in einem zweiten Schritt über die konkreten Fördermaßnahmen entscheiden.

104: Aus den gleichen Gründen begründen bei vorläufiger Betrachtung der Beschlussabteilung die Ausführungen der Beteiligten zur Bewahrung des Wertes der Olympischen Marke zwecks Finanzierung des olympischen Solidaritätsmodells kein legitimes Ziel i.S.d. Meca-Medina-Entscheidung. […]"

ee) Festlegung des Schutzniveaus

Nach der Bestimmung denkbarer legitimer Zielsetzungen ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich vom Vorliegen einer *Legitimität* der Zielsetzung ausgegangen werden kann. Denn nicht jede Zielsetzung, die *theoretisch* als legitim eingestuft werden kann, ist letztlich auch *tatsächlich* legitim. 259

Dabei ist zunächst die Frage in den Blick zu nehmen, ob die Festlegung eines eher hohen, eines durchschnittlichen oder aber eines tendenziell niedrigen Schutzniveaus im konkreten Fall als legitim eingestuft werden kann.[475] Es ist also vorstellbar, dass ein vom Sportverband bestimmtes Ausmaß der verfolgten Zielverwirklichung im Einzelfall mangels Legitimität nicht für zulässig gehalten werden kann. *L. Breuer* hat in diesem Zusammenhang überzeugend darauf hingewiesen, solange die Verwirklichung eines extrem hohen Schutzniveaus als legitim angesehen werde, werde die Zweck-Mittel-Relation viel eher gewahrt sein als bei der Beschränkung auf ein verhältnismäßig schwaches Schutzniveau.[476] 260

Das führt zur Frage, inwieweit ein Sportverband frei in der Entscheidung darüber ist, in welcher Höhe er das Schutzniveau bei der Verfolgung bestimmter Ziele festlegt. Der EuGH spricht Mitgliedstaaten in Verfahren, die etwaige Beschränkungen von Grundfreiheiten betreffen, hinsichtlich des Schutzumfangs, der durch nationale Gesetzesregelungen verfolgt wird, in ständiger Rechtsprechung einen „Ermessensspielraum"[477], ein „Ermessen"[478] oder einen „Beurteilungsspielraum"[479] zu. Ein solcher den Mitgliedstaaten eröffneter Spielraum bezieht sich allein auf die nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegende Festlegung des Schutzniveaus, nicht jedoch auf die Eignung und 261

475 Hierzu ausf. *L. Breuer* 705–717, der insoweit von einer „quantitativen Legitimität" spricht.
476 *L. Breuer* 705.
477 EuGH Slg. 1983, 2445, Rn. 19 = NJW 1984, 2757 (2758) – Officier van Justitie/Société Sandoz BV.
478 EuGH Slg. 2004, I-3887, Rn. 86 = LMRR 2004, 8 – Kommission/Österreich.
479 EuGH Slg. 2009, I-519, Rn. 65 = EuZW 2009, 173 – Kommission/Italien.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erforderlichkeit der streitgegenständlichen gesetzgeberischen Maßnahmen. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass verschiedene Mitgliedstaaten bei der Verfolgung identischer Zielsetzungen durchaus ein unterschiedliches Schutzniveau zugrunde legen dürfen, dessen Festlegung letztlich jeweils eine politische Frage darstellt. Das bedeutet zugleich, dass ein in Mitgliedstaat A verfolgtes, eher niedriges Schutzniveau nicht den Rückschluss auf die Unverhältnismäßigkeit eines in Mitgliedstaat B verfolgten höheren Schutzniveaus zulässt.[480]

262 Was für Mitgliedstaaten gilt, muss nicht zwingend für (inter)nationale Sportverbände als private Rechtsubjekte gelten, die den Schutz der Verbandsautonomie genießen, gleichzeitig aber auch zu den Adressaten der Grundfreiheiten zählen.[481] Der EuGH hat im *Bosman*-Urteil zwar festgestellt, der öffentliche oder private Charakter einer Regelung habe keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt der Rechtfertigungsgründe.[482] Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung sucht man Begriffe wie „Ermessensspielraum", „Ermessen" oder „Beurteilungsspielraum" aber vergeblich, auch das mit den beanstandeten Transferregelungen verfolgte Schutzniveau bleibt unerwähnt. Stattdessen beschränkte sich der Gerichtshof auf die Aussage, bestimmte Aspekte des Sports seien berechtigte Zwecke,[483] woran sich sodann eine detaillierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit der beanstandeten Transferregelungen anschloss. Durch die fehlende Erwähnung eines sich auf das Schutzniveau erstreckenden Ermessens- oder Beurteilungsspielraums des Sportverbandes ist auch das *Lehtonen*-Urteil des EuGH gekennzeichnet. Hier stellte der Gerichtshof fest, allein „objektive Gründe, die nur den Sport als solchen betreffen", könnten zur Rechtfertigung herangezogen werden.[484] Nachfolgend prüften die Richter die von den Fußballverbänden vorgebrachten Rechtfertigungsgründe und gelangten letztlich zu dem Ergebnis, dass diese „tatsächlich" als legitim anzuerkennen seien.[485] Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH damit bislang in Verfahren zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten nicht zur Frage geäußert, ob Sportverbänden in vergleichbarer Weise wie Mitgliedstaaten ein schutzniveaubezogener Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht.

263 Allerdings war der EuGH bei der Festlegung des zulässigen Schutzniveaus im Kontext des *Wouters*-Tests von einem solchen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zugunsten der niederländischen Rechtsanwaltskammer ausgegangen.[486] In der späteren *Meca-Medina und Majcen*-Entscheidung stellte der Gerichtshof in-

480 *L. Breuer* 707; so i.Erg. auch EuGH Slg. 1996, I-6511, Rn. 42 = BeckRS 2004, 76480 – Reisebüro Broede.
481 → V. 1. ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch *L. Breuer* 709–712.
482 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 86 = NJW 1996, 505 – Bosman.
483 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman.
484 EuGH Slg. 2000, I-2681, Rn. 59 f. = SpuRt 2000, 151 – Lehtonen.
485 EuGH Slg. 2000, I-2681, Rn. 52 f. = SpuRt 2000, 151 – Lehtonen.
486 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 100, 108 = NJW 2002, 877 – Wouters; hierzu *L. Breuer* 712–714.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soweit auf den *ex ante* verfügbaren Stand der wissenschaftlichen Kenntnisse als Maßstab für das zulässige Schutzniveau ab.[487] Damit hat der Gerichtshof einstweilen die Frage unbeantwortet gelassen, ob Sportverbänden – ebenso wie der niederländischen Rechtsanwaltskammer im *Wouters*-Verfahren – ein Ermessen hinsichtlich des mit Verbandsmaßnahmen verfolgten Schutzniveaus einzuräumen ist.[488] Dagegen spricht auf den ersten Blick der Umstand, dass Sportverbände anders als die niederländische Rechtsanwaltskammer als öffentlich-rechtliche Körperschaft regelmäßig nicht durch einen Mitgliedstaat mit einer Gemeinwohlaufgabe betraut worden sind. Dem steht freilich die Verbandsautonomie entgegen, wonach die Bestimmung des Schutzumfangs, gestützt auf die fachliche Expertise eines Sportverbandes, zu dessen Aufgaben gehört und dabei nicht stets *ex ante* mit wissenschaftlicher Genauigkeit festgelegt werden kann. Bei diesen Aspekten handelt es sich letztlich um den nach dem *Wouters*- sowie dem *Meca-Medina*-Test bei der Prüfung der legitimen Zielsetzung zu beachtenden „Gesamtzusammenhang".[489]

In diesem Kontext hat *L. Breuer*[490] treffend angemerkt, dass der EuGH der Frage nach dem angemessenen Schutzniveau zumeist dadurch ausweiche, dass er die Definition des Schutzniveaus und die damit verbundene Risikobewertung in die Erforderlichkeitsprüfung integriere und „bis zur Grenze der Unauflösbarkeit miteinander verwoben" habe. Entsprechend schwierig sei es, die speziell auf das Schutzniveau bezogenen Überlegungen zu identifizieren und zu isolieren. In der Tat verfolgt der EuGH im Rahmen des grob in drei Stufen untergliederten *Meca-Medina*-Tests nicht stets einen einheitlichen Prüfungsaufbau. So kann ein vom Gerichtshof als zu hoch eingestuftes Schutzniveau ohne ausdrückliche Erwähnung dieses Aspekts auch recht geräuschlos durch eine strenge Erforderlichkeitsprüfung „entschärft" werden.[491] 264

Im Ergebnis lassen sich in der Spruchpraxis der Gerichte und Kartellbehörden bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests insbesondere die hier separat analysierten Prüfungsschritte der Festlegung des Schutzniveaus,[492] der Risikobewertung,[493] der kohärenten und stringenten Zielverfolgung[494] sowie der Geeignetheit[495] und Erforderlichkeit[496] der Maßnahme nicht stets sauber voneinander trennen. Statt- 265

487 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
488 *L. Breuer* 716.
489 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – Wouters; EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
490 *L. Breuer* 715 f.
491 *L. Breuer* 716 f.
492 → VI. Rn. 259–265.
493 → VI. Rn. 266–268.
494 → VI. Rn. 269–284.
495 → VI. Rn. 289–294.
496 → VI. Rn. 295–309.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dessen kommt es in gewissem Umfang zu unvermeidbaren inhaltlichen Überschneidungen. Bei dieser Ausgangslage ist es verständlich, dass in der Praxis nicht stets an einem bestimmten Prüfungsschema festgehalten wird, sondern infolge Praktikabilitätserwägungen bei denjenigen Prüfungsschritten eingehakt wird, deren Voraussetzungen sich am einfachsten widerlegen lassen.

ff) Risikobewertung

266 Mit der Festlegung des Schutzniveaus von Verbandsregelungen geht vielfach auch eine Bewertung der Risiken für das betroffene Schutzgut einher,[497] die auf diesem Weg ausgeschlossen oder minimiert werden sollen. Während die Notwendigkeit einer vorangehenden Risikobewertung bei der Festlegung von Grenzwerten hinsichtlich leistungssteigernden Dopings unmittelbar einleuchtet, gestaltet sich eine solche *Ex-ante*-Einschätzung bei anderen Verbandsregelungen wie etwa Vermarktungsbeschränkungen für Athleten schwierig. Im erstgenannten Fall werden medizinische Experten relativ genau bestimmen können, ab welchem Punkt die Zuführung von leistungssteigernden Präparaten beim Athleten zu einem unerlaubten Doping führt. Bei einer solchen Festlegung des Schutzniveaus unter Berücksichtigung wissenschaftlich abgesicherter Ergebnisse einer Risikobewertung wird sich Sportverbänden nur ein relativ kleiner Beurteilungsspielraum eröffnen. Anders sieht es aber etwa hinsichtlich der Frage aus, wie das Vermarktungspotential, das mit medial verwerteten Sportereignissen verbunden ist, zwischen dem veranstaltenden Sportverband und den teilnehmenden Athleten aufzuteilen ist. Die Abwägung der beteiligten Interessen ist sehr vielschichtig und eröffnet Sportverbänden einen größeren Beurteilungsspielraum, wodurch sich eine Risikobewertung deutlich komplexer gestaltet (sofern sie überhaupt vorab möglich ist).[498]

267 Der *Meca-Medina*-Test war, wie dargelegt,[499] bereits in der Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung von Grundfreiheiten auf internationale Sportverbände angelegt gewesen und ist schließlich aus dem *Wouters*-Urteil des Gerichtshofs hervorgegangen. Insofern liegt es nahe, sich bei rechtlichen Einzelaspekten wie etwa der Festlegung des Schutzniveaus und der damit zusammenhängenden Risikobewertung – soweit möglich und geboten – an der Judikatur des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten im Allgemeinen zu orientieren. Insoweit ist etwa bei behaupteten Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV durch streitgegenständliche gesetzliche Regelungen anerkannt, dass es nicht ausreicht, wenn Mitgliedstaaten den Schutz vor Gesundheitsgefährdungen nur be-

497 Hierzu ausf. *L. Breuer* 717–727.
498 Insoweit krit. *Mürtz* Abschn. E. V. 3. c) ee) (2.) (b.).
499 → V. Rn. 1 ff. und VI. Rn. 139–163, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haupten und die Risikobewertung auf rein hypothetische Erwägungen stützen.[500] Insoweit bedarf es vielmehr eines entsprechenden Nachweises. Dieser Rechtsgedanke lässt sich verallgemeinern, so dass im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests die Risikobewertung der Sportverbände nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden darf, sondern substantiiert dargelegt werden muss. Einen weiteren Orientierungspunkt liefert das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH, wonach Sportverbände bei der Dopingbekämpfung ihrer Risikobewertung den *ex ante* verfügbaren Stand der wissenschaftlichen Kenntnisse zugrunde legen müssen.[501]

Im Übrigen spricht sich *L. Breuer* – allerdings im Hinblick auf den *Wouters*-Test, 268
aus dem der *Meca-Medina*-Test letztlich hervorgegangen ist[502] – für einen recht strengen Maßstab aus.[503] Dabei will er danach differenzieren, ob ein Mitgliedstaat als zur Vorsorge berechtigter und gegebenenfalls sogar verpflichteter Akteur dem Kartellrecht unterworfene Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen mit der Verfolgung bestimmter Schutzziele betraut hat. Grundsätzlich hätten Unternehmen und Unternehmensverbände als Private keine Kompetenz zur Vorsorge. Dementsprechend müssten sie ihre Risikobewertung auf die herrschende Meinung in der Wissenschaft stützen. Bei wissenschaftlichen Kontroversen oder Erkenntnislücken müssten sie die Ausbildung einer herrschenden Meinung in der Wissenschaft abwarten. Spielräume bei der Risikobewertung, die ein Abweichen von der herrschenden Meinung ermöglichten, würden somit im Rahmen des *Wouters*-Tests grundsätzlich nicht bestehen. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes sei jedoch geboten, wenn ein Mitgliedstaat Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen mit der Verfolgung bestimmter Schutzziele betraut habe. Das trifft auf Sportverbände regelmäßig nicht zu. Zudem existieren im Sportsektor, wie eingangs exemplarisch anhand der Aufteilung von Vermarktungserlösen zwischen Sportverbänden und an Wettkämpfen teilnehmenden Athleten dargestellt, von Sportverbänden verfolgte Schutzziele, bei denen ein verfügbarer Stand wissenschaftlicher Kenntnisse oder gar die Herausbildung einer herrschenden Meinung bezüglich der Risikobewertung nicht existiert. In solchen Problemlagen wird man sich auf eine anhand objektiver Maßstäbe durchzuführende Evidenzkontrolle etwaiger, vom Verband vorgenommener Risikoerwägungen beschränken müssen.

500 S. etwa EuGH Slg. 2003, I-8105, Rn. 106 = LRE 2003, 346 – Monsanto Agricoltura Italia u.a.; EuGH Slg. 2003, I-9693, Rn. 49 = EuZW 2004, 30 – Kommission/Dänemark; EuGH Slg. 2004, I-1277, Rn. 56 = LRE 2004, 307 – Kommission/Frankreich; EuGH Slg. 2010, I-757, Rn. 91 = EuZW 2010, 347 – Kommission/Frankreich.

501 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 52 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

502 → VI. Rn. 139–145 m.w.N.

503 *L. Breuer* 726 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gg) Legitimität der Zielsetzung bei kohärenter und stringenter Zielverfolgung

(1) Ausgangsproblematik

269 Seit einigen Jahren zeichnet sich eine Entwicklung ab, die zu einer Präzisierung des *Meca-Medina*-Tests geführt hat. Dieser Verfeinerung liegt die eigentlich naheliegende Vorstellung zugrunde, dass es nicht ausreicht, wenn ein Sportverband legitime Zielsetzungen in seinen Statuten niederlegt oder auch in rechtlichen Auseinandersetzungen zu umstrittenen Verbandsregelungen formuliert. Vielmehr muss sich der Sportverband in einer Art und Weise verhalten, die eine kohärente und stringente Verfolgung der autonom festgelegten Ziele nahelegt oder zumindest vermuten lässt. Es gilt auch hier das dem Philosophen *Konfuzius* (551–479 v. Chr.) zugeschriebene Sprichwort:

> „Der Weg ist das Ziel."

Danach sind der Weg und der Prozess, die zu einem vorbestimmten Ziel führen sollen, letztlich wichtiger als das Ziel selbst. Wenn sich aber jemand gar nicht erst auf den Weg macht, nach dem Aufbruch das selbst gesetzte Ziel nicht konsequent anstrebt, ohne es letztlich zu erreichen, oder es nur teilweise erreicht, setzt er sich dem berechtigten Vorwurf aus, dass die Zielsetzung übermäßig und übertrieben war. Das wirkt sich dann zwangsläufig auf die Überzeugungskraft einer Zielsetzung aus, wenn diese zuvor zur Rechtfertigung einer bestimmten Maßnahme eingesetzt worden war.

270 Dies sei an einem Beispiel veranschaulicht, dessen Ähnlichkeit mit tatsächlichen Vorkommnissen rein zufällig und unbeabsichtigt wäre: Ein in einer Sportliga tätiger Spieler S beantragte erfolgreich bei seinem in der Stadt X ansässigen Arbeitgeber A bezahlten Sonderurlaub für die Teilnahme an der Beisetzung eines Familienmitglieds in der Stadt Y. Stattdessen brach er aber gar nicht erst nach Y auf und blieb in X (erste Alternative) oder er begab sich zwar direkt nach Y (zweite Alternative), um sodann in X oder Y ein Spielcasino oder ein anderes Vergnügungsetablissement zu besuchen. In beiden Varianten hat S sein anfangs angegebenes Ziel – Teilnahme an der Beerdigung in Y – nicht ernsthaft verfolgt. In den beschriebenen Konstellationen hat S offensichtlich sein Ziel entweder gar nicht oder nur geografisch angesteuert. Damit war die ursprüngliche Zielsetzung in einer *Ex-post*-Betrachtung nicht geeignet, die Gewährung bezahlten Sonderurlaubs durch A zugunsten des S zu rechtfertigen. Die anfänglich benannte Zielsetzung wurde also nachträglich irrelevant und rechtlich unbeachtlich.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Judikatur und Kartellbehörden

Die vorangehend beschriebene, an sich simple Grundidee hat auch Eingang in die Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten sowie in die Praxis der Kartellbehörden gefunden. Die entsprechenden Entscheidungen betreffen jeweils Fallkonstellationen, in denen die Beschränkung einer Grundfreiheit oder aber eine Wettbewerbsbeschränkung durch eine bestimmte Gesetzes- oder Verbandsvorschrift bewirkt wurde, wobei zur Rechtfertigung die Verfolgung von im Allgemeinwohlinteresse liegenden oder mit den Besonderheiten des Sports verbundenen Zielen geltend gemacht wurden. Überraschenderweise nicht über den EuGH oder das EuG, sondern über den EFTA-Gerichtshof hat das Kriterium der kohärenten und stringenten Zielverfolgung letztlich Eingang in das Sportkartellrecht im Allgemeinen und in den *Meca-Medina*-Test im Besonderen gefunden. Nachfolgend wird die Entwicklung in chronologischer Reihenfolge nachgezeichnet.[504] 271

Ausführlich setzte sich der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Kristoffersen/NSF* mit der Rechtsfrage auseinander, ob der norwegische Skiverband die zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eines Skirennfahrers vorgetragenen legitimen Zielsetzungen mittels eines Erlaubnisvorbehalts tatsächlich auch in kohärenter und systematischer Weise verfolgt hatte.[505] Dieser Ansatz knüpfte an die ständige Rechtsprechung des EuGH zu immanenten Schranken für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an und bot insoweit nichts Neues. Zudem veranlasste der Ansatz in der Folge sowohl die EU-Kommission als auch das BKartA zu einer überzeugenden Fortentwicklung des *Meca-Medina*-Tests. 272

So wies der EFTA-Gerichtshof[506] mit deutlichen Worten darauf hin, es sei für einen Sportverband nicht ausreichend, abstrakt auf eine legitime Zielsetzung Bezug zu nehmen. Vielmehr müsse im Einzelfall ermittelt werden, ob die beschränkende Vermarktungsregelung die behauptete Zielsetzung tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolge oder anstrebe. Dieses Kohärenzkriterium ist bei der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV im Rahmen der Prüfung immanenter Schranken, die der Grundfreiheit aus zwingenden Allgemeininteressen gesetzt werden können, als Voraussetzung sowohl vom EuGH als auch im Schrifttum allgemein anerkannt.[507] Nach Auffassung des Gerichtshofs müsse die 273

504 Zu den nachfolgenden Erwägungen s. bereits *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 20–23.

505 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF; der Abschnitt ist überschrieben mit „Suitability/conistency".

506 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 117 f. – Kristoffersen/NSF.

507 St. Rspr., EuGH Slg. 2003, I-13031 , Rn. 67, 69 = NJW 2004, 139 – Gambelli; EuGH Slg. 2007, I-1891 , Rn. 53 = NJW 2007, 1515 – Placanica; EuGH Slg. 2008, I-5785 , Rn. 39 f. = EuZW 2008, 505 – Corporación Dermoestética; EuGH Slg. 2009, I-1721 , Rn. 55 = EuZW 2009, 298 – Hart-

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Frage der Eignung einer Maßnahme jeweils im Hinblick auf das zu verwirklichende zwingende Allgemeininteresse beurteilt werden. Die Eignung liege nur dann vor, wenn durch die Maßnahme das geltend gemachte zwingende Allgemeininteresse in kohärenter und systematischer Weise erreicht werde.

274 Dieser Ansatz überzeugt bei der Prüfung immanenter Schranken hinsichtlich einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil die zunächst nur behaupteten zwingenden Allgemeininteressen allein im Falle ihrer kohärenten und systematischen Verfolgung tatsächlich umgesetzt werden. Es liegt nunmehr nahe, zwingende Allgemeininteressen im vorgenannten Sinne in Beziehung zu den legitimen Zielsetzungen im Sinne der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu setzen. Diese legitimen Zielsetzungen bilden gegenüber zwingenden Allgemeinwohlinteressen zwar ein „wesensgleiches Minus",[508] was auf dem engeren Anwendungsbereich beruht, welcher Verbandsregelungen im Vergleich zu staatlichen Gesetzen innewohnt. Sodann ist es aber konsequent, auch im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests zu prüfen, ob eine als legitim identifizierte Zielsetzung vom Sportverband in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wird.[509]

275 Diesen Weg haben im Kontext des Sportkartellrechts erstmals die EU-Kommission[510] in ihrer Entscheidung zu Teilnahmeerlaubnisvorbehalten für professionelle Eisschnellläufer, in der Folge das BKartA[511] in seiner Entscheidung zu den Werberegelungen des DOSB und IOC für Olympiateilnehmer und hernach das EuG im *ISU*-Verfahren[512] eingeschlagen, ohne dabei jedoch das Kohärenzkriterium ausdrücklich anzusprechen.

276 Wenn auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests ein erhebliches Risiko für eine vom Sportverband verfolgte legitime Zielsetzung ermittelt worden ist, würde sich üblicherweise eine Analyse der Zweck-Mittel-Relation, mithin eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung der streitgegenständlichen wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift anschließen. Diese ist, wie sich noch zeigen wird,[513] durchaus komplex und zwangsläufig mit schwierigen Abwägungen von Interessen verbunden, die einerseits in der Verbandsautonomie und den beson-

lauer; EuGH Slg. 2009, I-4103 , Rn. 66 = EuZW 2009, 415 – Kommission/Italien; EuGH Slg. 2009, I-4171, Rn. 42 = NJW 2009, 2112 – Apothekerkammer des Saarlandes; EuGH Slg. 2009, I-7633, Rn. 61 = NJW 2009, 3221 – Liga Portuguesa; EuGH NVwZ 2014, 1001, Rn. 64 – Berlington Hungary; aus der Kommentarliteratur vgl. stellvertr. Streinz/*Müller-Graff* Art. 56 AEUV Rn. 110.

508 → VI. Rn. 179.

509 So auch *Opfermann* 320–322; *Seyb* 106.

510 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; → XI. Rn. 6–8, XIII. Rn. 73–100.

511 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 103–105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC unter ausdrückl. Bezugnahme auf EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 118 ff. – Kristoffersen/NSF; → XI. Rn. 28–31, XIII. Rn. 683 f.

512 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

513 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deren Merkmalen des Sports und andererseits in der Wettbewerbsfreiheit wurzeln. Das Ergebnis solcher rechtlichen Erwägungen wird selten alle Beteiligten vollends überzeugen, sofern sie – wie so oft – interessengeleitet allein aus der Perspektive eines Sportverbandes oder aber einzig aus der Sicht eines Regelungsunterworfenen den Konflikt betrachten. Die Erfahrung lehrt, dass Sportverbände ihre Statuten, deren beschränkende Wirkungen von den Regelungsunterworfenen beklagt werden, zumeist nicht einvernehmlich außergerichtlich modifizieren, sondern – vielfach, aber nicht immer zu Recht – auf der Rechtswirksamkeit der betroffenen Verbandsregelung beharren. In solchen Fällen verzichten die Kritiker oftmals auf die Einleitung rechtlicher Schritte. Andernfalls zeigen Sportverbände vielfach erst nach Ausschöpfung des Rechtsweges bei einem für sie ungünstigen Ausgang des Verfahrens Bereitschaft zur Regelanpassung. In diesen Fällen sind die Fronten von Beginn an so verhärtet, dass eine Streitbeilegung durch Vergleich zumeist ausscheidet und die aufgrund von Verhältnismäßigkeitserwägungen unterlegene Partei das Ergebnis regelmäßig notgedrungen, aber nicht aus eigener Überzeugung akzeptieren wird. Diese Entwicklung ist gerade innerhalb von Sportverbänden misslich, weil die streitenden Parteien infolge des Ein-Verband-Prinzips rechtlich aneinandergebunden und damit auch aufeinander angewiesen bleiben.

Diese Umstände haben Gerichte veranlasst, nach einer Möglichkeit zu suchen, 277
durch die zum einen eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vermieden und zum anderen gleichwohl ein rechtlich nicht angreifbares Ergebnis ermittelt werden kann. Einen solchen Ausweg, gleichsam eine „Abkürzung“[514] im Prüfungsaufbau, hat der EuGH zunächst in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelt. Dabei hat er wiederholt geprüft, ob hinsichtlich der von einem Mitgliedstaat mittels der streitgegenständlichen Gesetzesregelung verfolgten Zielsetzung Widersprüche in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen oder eine unzureichende Stringenz oder Kohärenz bestehen.[515] Bejahendenfalls hat der Gerichtshof daraufhin eine Rechtfertigung der Grundfreiheitenbeschränkung abgelehnt. Genau dieser Ansatz ist der Sache nach zuletzt im Sportkartellrecht

514 *L. Breuer* 727.

515 Vgl. stellvertr. EuGH Slg. 1986, 1007, Rn. 15 = BeckRS 2004, 71391 – Conegate; EuGH Slg. 1987, 1227, Rn. 49 = NJW 1987, 1133 – Kommission/Deutschland; EuGH Slg. 1989, 617, Rn. 21 = NJW 1989, 2185 (2186) – Schuhmacher; EuGH Slg. 1999, I-1459, Rn. 35 = NJW 1999, 2028 – Centros; EuGH Slg. 2003, I-13031, Rn. 67 ff. = NJW 2004, 139 – Gambelli; EuGH, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 ff. = NJW 2007, 1515 – Placanica; EuGH Slg. 2008, I-5785, Rn. 39 f. = EuZW 2008, 505 – Corporación Dermoestética; EuGH Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 ff. = EuZW 2009, 298 – Hartlauer; EuGH Slg. 2009, I-9735, Rn. 38 ff. = BeckRS 2009, 71103 – Kommission/Spanien; EuGH Slg. 2009, I-10821, Rn. 42 ff. = IStR 2010, 581 – Presidente del Consiglio dei Ministri; EuGH Slg. 2010, I-47, Rn. 53 ff. = NJW 2010, 587 – Petersen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sowohl von der EU-Kommission als auch hernach vom BKartA und vom EuG auf den *Meca-Medina*-Test übertragen worden.[516]

(3) Dogmatische Einordnung

278 Die bisherige Entscheidungspraxis lässt nicht erkennen, wie dieses überaus praktische und zugleich die Prozessökonomie fördernde Kohärenzkriterium dogmatisch einzuordnen ist. Verschiedene Ansätze sind denkbar. *L. Breuer*[517] hat vorgeschlagen, den von ihm mit „Kohärenz der Zielverfolgung" oder „Widerspruchsfreiheit von Regelungssystemen" bezeichneten Gesichtspunkt als alternativen Weg einer stark verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu interpretieren. Der EFTA-Gerichtshof hat inkonsistente mitgliedstaatliche Regelungen als ungeeignet qualifiziert,[518] auch eine Anknüpfung an das Erforderlichkeitskriterium ist vorstellbar. Die EU-Kommission scheint das Kohärenzkriterium auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu verorten.[519] Das BKartA hat angedeutet, dass bei fehlender Kohärenz der Zielverfolgung es letztlich auf der ersten Stufe an der Verfolgung eines *legitimen* Zwecks mangele.[520]

279 Hier wird dem letztgenanntenAnsatz gefolgt, so dass auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests auf der Basis einer verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung nur bei einer kohärenten und stringenten Zielverfolgung von einer *legitimen* Zielsetzung ausgegangen werden kann. Für eine solche dogmatische Einordnung spricht, dass die Legitimität einer Zielsetzung an Überzeugungskraft verlöre, falls das Ziel nicht kohärent und stringent verfolgt wird. Zudem ist nach Auffassung des EuGH in den Rechtssachen *Wouters* sowie *Meca-Medina und Majcen* auf der ersten Prüfungsstufe stets der „Gesamtzusammenhang" zu berücksichtigen,[521] der nach hier vertretener Auffassung auch die Kohärenz und Stringenz der Verfolgung eines angeblich legitimen Ziels umfasst.

280 Da insoweit nur eine Evidenzkontrolle erfolgt,[522] kann es vorkommen, dass die Problematik auf den nachfolgenden Prüfungsstufen nochmals (oder aus Praktika-

516 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 103–105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

517 *L. Breuer* 727 f.

518 So im Ansatz EFTA-Gerichtshof 16.11.2018, Rs. E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF.

519 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; unklar hernach EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission. *Mürtz* Abschn. E. V. 2. b) aa) prüft das Erfordernis einer kohärenten und systematischen Zielverfolgung gleichfalls zusammen mit der Inhärenz auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests.

520 So andeutungsweise auch BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

521 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – Wouters; EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

522 → VI. Rn. 281 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bilitätsgründen von Beginn an) aufgegriffen und aus dem speziellen Blickwinkel der Inhärenz,[523] Geeignetheit[524] oder Erforderlichkeit[525] im Ergebnis anders als auf der ersten Prüfungsstufe bewertet wird. Wesentlich wichtiger als die dogmatische Einordnung des Kohärenzkriteriums ist letztlich also der Umstand, dass die damit verbundenen Aspekte und Fragen überhaupt im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests angesprochen und geklärt werden.

(4) Praktische Hinweise

Abschließend ist zu ermitteln, welcher Maßstab bei der Anwendung des Kohä- 281
renzkriteriums anzulegen ist. Dabei ist insbesondere zwei Punkten angemessen Rechnung zu tragen: Erstens handelt es sich beim Kohärenzkriterium unabhängig von seiner genauen Einordnung in den *Meca-Medina*-Test um eine vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, was gegen einen allzu strengen, eine absolute Stringenz der Zielverfolgung fordernden Ansatz spricht. Zweitens sind die mitunter kleinteilige Regelungsdichte und -tiefe von Verbandsstatuten zu berücksichtigen. Diese werden vielfach in kurzen Zeitintervallen modifiziert oder ergänzt, wenn etwa zwischenzeitlich unvorhergesehene Rechtsprobleme aufgetreten sind und bei nächster Gelegenheit durch Verbandsregelungen für die Zukunft gelöst werden sollen (z.B. infolge der COVID-19-Pandemie Ermöglichung von virtuellen Mitgliederversammlungen oder Vorstandssitzungen sowie Regelungen zur Beendigung eines für einen längeren Zeitraum unterbrochenen Ligaspielbetriebs). Regelmäßig sind Satzungsänderungen erforderlich, wenn Verbandsstatuten infolge einer (verbands)gerichtlichen Inhaltskontrolle als rechtsunwirksam eingestuft wurden oder sich in der Praxis nicht bewährt haben. Vielfach werden Verbandsstatuten also anlassbezogen im Hinblick auf Einzelprobleme geändert, ohne dass jeweils das gesamte Regelwerk, bestehend aus einer Satzung, gegebenenfalls diversen dynamischen oder statischen Satzungsverweisungen sowie einer Vielzahl von Vereinsordnungen, im Hinblick auf seine Stringenz und Kohärenz sowie das Fehlen jeglicher Wertungswidersprüche durchgeführt werden kann. Damit besteht gerade bei komplexen Verbandsstatuten stets die latente Gefahr, dass mit bestimmten Regelungen definierte Zielsetzungen nicht mit 100 %iger Widerspruchsfreiheit und Kohärenz verfolgt werden. Treffend spricht *L. Breuer*[526] in diesem Zusammenhang von

> „ein[em] ideale[n] Nährboden für die Argumentationsfigur der inneren Widersprüchlichkeit von Regelungssystemen".

523 → VI. Rn. 285–287.
524 → VI. Rn. 289–294.
525 → VI. Rn. 295–309.
526 *L. Breuer* 730.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

282 Daher sollten die fehlende Kohärenz und Stringenz der Zielverfolgung oder ein damit einhergehender Wertungswiderspruch nur angenommen werden, wenn diese Aspekte offensichtlich sind, allgemeine Regeln der Logik verletzt werden und sich dies dem fachkundigen Betrachter geradezu aufdrängt.[527] Wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann die Problematik hernach nochmals oder aus verfahrensökonomischen Gründen auch von Beginn an aus der speziellen Perspektive der Inhärenz,[528] Geeignetheit[529] oder Erforderlichkeit[530] geprüft werden.

(5) Zwischenfazit

283 Nicht jede Zielsetzung, die *theoretisch* als legitim im Sinne der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden kann, ist letztlich auch *tatsächlich* legitim. Von einer Legitimität der Zielsetzung kann grundsätzlich[531] nur ausgegangen werden, wenn der Sportverband die Zielsetzung auch in kohärenter, stringenter und widerspruchsfreier Weise verfolgt. Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt, wenn die fehlende Kohärenz, Stringenz und Widerspruchsfreiheit eines vom Sportverband verfolgten Ziels offensichtlich sind und bei der Umsetzung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift allgemeine Regeln der Logik verletzt werden. Innerhalb des *Meca-Medina*-Tests bedarf es eines solchen Korrektivs, weil andernfalls von Sportverbänden lediglich behauptete, aber nicht oder unzureichend verfolgte legitime Zielsetzungen berücksichtigungsfähig wären.

284 In der Sache handelt es sich beim Kohärenzkriterium um eine im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests aus Gründen der Prozessökonomie vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, die inhaltliche Überschneidungen mit folgenden Prüfungsschritten aufweist: Festlegung des Schutzniveaus und Risikobewertung auf der ersten Stufe; notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung legitimer Ziele auf der zweiten Stufe; Geeignetheit und Erforderlichkeit auf der dritten Stufe. Es ist lediglich von theoretischem Interesse, ob man das Kohärenzkriterium – wie hier – auf der ersten Stufe oder auf einer der logisch nachfolgenden Stufen dogmatisch ansiedelt, weil jeweils inhaltliche Bezugspunkte, Überschneidungen und Interdependenzen bestehen.

527 *L. Breuer* 730 f.: „Sobald die Widersprüche aber besonders grobe Wertungsdiskrepanzen offenbaren, die den hierfür typischen Fallkonstellationen im Bereich der Grundfreiheiten entsprechen […]"; zu ungenau insoweit *Seyb* 106, der pauschal allein auf die Widerspruchsfreiheit abstellt.
528 → VI. Rn. 285–287.
529 → VI. Rn. 289–294.
530 → VI. Rn. 295–309.
531 Zu einer denkbaren Ausnahme für den Fall, dass sich eine ursprünglich als geeignet eingestufte Maßnahme in der Folge als evident ungeeignet erweist, → VI. Rn. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Zweite Stufe: Notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele

Wenn man versucht, sich die Bedeutung der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu erschließen, sind wiederum die Erwägungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport der EU-Kommission hilfreich. Dort heißt es (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[532] 285

> „**The restrictions** caused by a sporting rule **must be inherent in the pursuit of its objective.** The ECJ found, e.g., that the penalties contained in the anti-doping rules in Meca-Medina were **inherent** for the proper conduct of competitive sport and the healthy rivalry of athletes. Likewise, the prohibition on the ownership of two or several sport clubs/teams competing against each other was found by the Commission to be **inherent** for ensuring the uncertainty of results. Rules **inherent** in the organisation and proper conduct of competitive sport also include the ‚rules of the game', i.e., rules which determine the number of players, their function, duration of the competition/game etc. Obvious examples of rules of the game include the rule that a football team must have eleven players or a rule that regulates the dimensions of the goals."

Die rechtliche Einordnung des Inhärenzkriteriums[533] hat in der Vergangenheit für ein wenig Verunsicherung gesorgt, die wesentlichen Voraussetzungen, die auf dieser Stufe zu prüfen sind, können inzwischen aber als gesichert gelten. Es handelt sich dabei nicht um eine reine Erforderlichkeitsprüfung, wie sie aus dem für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung typischen Dreiklang Geeignetheit – Erforderlichkeit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne allgemein bekannt ist.[534] Vielmehr verlangt der EuGH seit seinem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil,[535] dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den mit der streitgegenständlichen Verhaltensweise verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und der verfolgten legitimen Zielsetzung bestehen muss. Damit „darf das legitime Ziel nicht (und nicht ‚nur' gleich effektiv) erreichbar sein, ohne dass der Sportverband zugleich auch zwangsläufig den Wettbewerb hierzu beschränken muss."[536] Ein wettbewerbsbeschränkender Eingriff muss also als solcher notwendig, mithin gleichsam in der Natur der Sache liegend und damit inhärent sein, sofern ein Sportverband sein legitimes Ziel erreichen will. Es handelt sich damit um einen Prüfungsschritt, bei dem im Vergleich zu einer reinen Erforderlichkeitsprüfung 286

532 Commission Staff Working Document, Abschn. 2.1.5.

533 Hierzu zuletzt stellvertr. ausf. *Mürtz* E. V. 2.; s. auch *Opfermann* 316–318. Bedeutung und Notwendigkeit der zweiten Prüfungsstufe generell anzweifelnd *Jung* 214; *Verse* CaS 2010, 28 (31); insoweit a.A. etwa *Esposito* 220; *Kornbeck* EuZW 2017, 603 (606).

534 *Jung* 214 f.; *Opfermann* 317.

535 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 46. In der englischen Sprachfassung kommt dies ein wenig deutlicher als in der deutschen Übersetzung zum Ausdruck, weil „inherent" etwas irreführend, weil eine Erforderlichkeitsprüfung andeutend, mit „notwendig […] zusammenhängen" übersetzt wurde, während „proportionate" als Synonym für die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne verwendet wurde.

536 *Opfermann* 316 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Rahmen einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbsschutzes ein strengerer Maßstab anzulegen ist.

287 Eine Inhärenz in diesem Sinne setzt denklogisch voraus, dass eine solche Maßnahme diesen Zweck überhaupt erfüllen kann, d.h. zur Zielverfolgung geeignet ist.[537] Es bestehen also Interdependenzen zur ersten Stufe einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Daher kann es auch nicht überraschen, dass die EU-Kommission im *ISU*-Verfahren nicht sauber zwischen der zweiten und dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests differenziert, sondern das Inhärenzkriterium und den Aspekt der Geeignetheit gemeinsam geprüft hat.[538] Dieser Umstand zeigt erneut,[539] dass sich insbesondere die Prüfungskriterien der Kohärenz, der Inhärenz sowie der Geeignetheit der Maßnahme, jeweils bezogen auf die Verfolgung einer legitimen Zielsetzung, inhaltlich überschneiden. Dabei kommt dem Inhärenzkriterium auf der zweiten Stufe letztlich eine Art Scharnierfunktion insbesondere zu den genannten Prüfungskriterien auf den anderen Stufen zu.

d) Dritte Stufe: Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die legitimen Ziele

288 Von der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests, der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme hinsichtlich der legitimen Zielsetzung,[540] geht in rechtlicher Hinsicht eine gewisse Faszination aus. Die Frage des Ausgleichs zwischen privaten Interessen (nicht nur im Sport) hat *Steiner* als „eine der spannendsten Fragen des Sportrechts schlechthin" bezeichnet; zugleich spricht er im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip von „der verfassungsrechtlichen Goldader deutscher Rechtsfindung".[541] Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich diese zweifelsohne sehr spannende Frage bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests weniger häufig, als von vielen erwartet, stellen wird. Denn aufgrund der vorgelagerten Kohärenzprüfung,[542] die ihrerseits eine vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt, werden sich vielfach Fragen zur Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne nicht mehr stellen.

537 So schon *Weiler* 247; s. auch *Hail* 308; *Opfermann* 317 Fn. 694; *Scherzinger* 217; *Seyb* 106; *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 19; a.A. *St. Horn* 95.

538 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 228–235 – ISU's Eligibility Rules; ähnl. EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 106 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC setzt sich mit den Voraussetzungen der zweiten Stufe in einem einzigen Satz auseinander.

539 → bereits VI. Rn. 281 f.

540 Hierzu ausf. *Mürtz* Abschn. E. V. 3.; vgl. auch *Hail* 308–317; *Seyb* 107–109; s. ausf., indes vorrangig mit entsprechenden Erwägungen zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 734–782.

541 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (232 f.).

542 → VI. Rn. 269–284.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Geeignetheit

289 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird üblicherweise und damit auch auf der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zunächst nach der Geeignetheit der streitgegenständlichen Maßnahme zur Verfolgung des legitimen Ziels gefragt.[543] Nicht nur aus rechtstheoretischer Sicht, sondern insbesondere auch für die Anwendungspraxis sind zwei Aspekte von erheblichem Interesse: Aus welcher zeitlichen Perspektive erfolgt die Bewertung der Geeignetheit der Verbandsmaßnahme? Und wieviel Ermessensspielraum ist dabei Sportverbänden zuzubilligen?

290 Wenn man sich an der *Meca-Medina und Majcen*-Entscheidung des EuGH orientiert, spricht vieles dafür, sich – wie schon bei der Risikobewertung[544] – im Hinblick auf den für die Geeignetheitsprüfung maßgeblichen Zeitpunkt gleichfalls für eine *Ex-ante*-Perspektive auszusprechen.[545] Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, weil die Festlegung geeigneter Maßnahmen zur Verfolgung eines legitimen Ziels für einen Sportverband letztlich eine Prognoseentscheidung darstellt, die mit unvorhersehbaren Unwägbarkeiten verbunden ist. Eine Ausnahme ist jedoch zu machen, wenn gerade die Realisierung eben dieser unvorhergesehenen Unwägbarkeiten zu der gesicherten Erkenntnis führt, dass sich durch eine ursprünglich zulässigerweise als geeignet eingestufte Maßnahme das vom Sportverband gesetzte Ziel nicht mehr erreichen lässt.

291 Diese Ausnahmefälle sind rar und sollten nicht voreilig angenommen werden, um den aus der Verbandsautonomie abgeleiteten Ermessensspielraum der Sportverbände nicht von vornherein in unvertretbarer Weise einzuschränken. Aber solche Konstellationen sind auch nicht rein theoretischer Natur, wie sich jüngst kurz nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie beispielsweise im deutschen Bundesliga-Fußball (und wahrlich nicht nur dort) gezeigt hat. Jahrzehntelang hatte das strenge Lizenzierungsverfahren, welches die DFL im Laufe der Zeit ständig verfeinert hatte,[546] europaweit als vorbildlich gegolten. Ein Hauptzweck der Vorschriften der DFL-Lizenzierungsordnung besteht darin, über die sportliche Qualifikation hinaus durch eine detaillierte Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sicherzustellen, dass die Lizenzbewerber, also die Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga sowie Aufstiegsaspiranten aus der 3. Liga, in der kommenden Spielzeit nicht vorzeitig aus wirtschaftlichen Gründen Insolvenz werden anmelden müssen – ein *Worst-case*-Szenario für jede Sportliga. Nur wenige Wochen nach Einstellung des Bundesligaspielbetriebs im März 2020, der

543 *L. Breuer* 735–754; *Hail* 308–310; a.A. *Mürtz* Abschn. E. V. 2. c) cc) (1.), nach dessen Auffassung das Erfordernis der Geeignetheit „gewissermaßen ein in der Inhärenz enthaltenes ‚Minus' dar[stellt]".

544 → VI. Rn. 266–268.

545 So *L. Breuer* 745 unter Hinweis auf „das Gebot der inneren Stimmigkeit".

546 Hierzu ausf. Stopper/Lentze/*Holzhäuser/Wilkens* Kap. 20 Rn. 1–232; vgl. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 133–149.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die laufenden Einnahmen der Bundesligaclubs binnen sehr kurzer Zeit in einem zuvor vermutlich unvorstellbaren Maß zusammenschmelzen ließ, mutmaßte etwa der damalige DFB-Präsident *Fritz Keller*: „Für viele Clubs geht es schlicht um die Existenz".[547] Das Lizenzierungsverfahren allein hätte ohne umgehend ergriffene begleitende Maßnahmen eine zeitnahe Verwirklichung konkreter Insolvenzgefahren während der laufenden Spielzeit 2019/20 nicht verhindern können. Damit stand in diesem Fall aufgrund erst *ex post* erlangter Erkenntnisse fest, dass die ursprünglich getroffenen Maßnahmen der Liga doch nicht geeignet waren, ein wesentliches Ziel zu erreichen.

292 In der Terminologie des *Meca-Medina*-Tests ist im Hinblick auf das vorgenannte Beispiel also nüchtern festzustellen, dass eine Verbandsmaßnahme, die ursprünglich zulässigerweise als geeignet zur Verfolgung eines legitimen Ziels einzustufen war, sich nachträglich binnen weniger Wochen definitiv als ungeeignet erwiesen hat. Daran mag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Saison 2019/20 aufgrund der späteren Fortsetzung des Spielbetriebs mit sog. Geisterspielen, der teils vorzeitigen Auszahlung eines erheblichen Teils der erwarteten Einnahmen aus der TV-Rechtevermarktung sowie diverser begleitender Maßnahmen (z.B. Verzicht der Spieler auf Auszahlung eines Teils der vertraglich vereinbarten Spielergehälter) letztlich kein Bundesligist Insolvenz anmelden musste. Dies konnte durch die genannten und ähnliche Maßnahmen, die man vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie sicherlich nicht erwogen hatte, sowie letztlich auch aufgrund glücklicher Umstände gewährleistet werden. Wenn die DFL die Lizenzierungsordnung aufgrund der leidvollen Erfahrungen in der Folge nicht modifiziert hätte, hätte eine ursprünglich zulässigerweise als geeignet eingeschätzte Verbandsmaßnahme sodann als ungeeignet eingestuft werden müssen. Dies wiederum hätte dazu geführt, dass die DFL die nach wie vor legitime Zielsetzung nicht länger in stringenter und kohärenter Weise verfolgt hätte, so dass zugleich die Voraussetzungen der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests nicht mehr vorgelegen hätten.

293 Die vorangegangenen Erwägungen zeigen erneut,[548] wie eng verschiedene Kriterien des *Meca-Medina*-Tests miteinander verflochten sind und sich gegenseitig bedingen. Dies betrifft die Festlegung des Schutzniveaus, die Risikobewertung, das Kohärenzkriterium, das Inhärenzkriterium und schließlich die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung legitimer Ziele.[549]

547 FAZ v. 10.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/dfb-praesident-befuerchtet-klub-pleiten-durch-corona-krise-16720113.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

548 → bereits VI. Rn. 281 f. und VI. Rn. 286 f.

549 *Hail* 309 f. geht offensichtlich gleichwohl davon aus, dass man die Geeignetheit isoliert prüfen könne, erkennt aber in Übereinstimmung mit dem hier verfolgten Ansatz, dass eine Geeignetheit „nur in Extremfällen einer offensichtlichen Zweckverfehlung abzulehnen sein wird".

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Festlegung von Verbandsmaßnahmen, die zur Verfolgung legitimer Zielsetzungen geeignet sind, haben Sportverbände einen objektiven Maßstab zugrundzulegen. Es muss also *ex ante* eine hinreichende objektive Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass die wettbewerbsbeschränkende Verbandsmaßnahme tatsächlich die Erfüllung des legitimen Zwecks zu bewirken vermag.[550] Darüber hinaus verfügen Sportverbände insoweit über einen gewissen Ermessensspielraum,[551] was wegen der *ex ante* zu treffenden Prognoseentscheidung auch gar nicht anders sein kann. Dieser Beurteilungsspielraum ist gerichtlich voll nachprüfbar.[552] 294

bb) Erforderlichkeit

Im Rahmen der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird üblicherweise nach der Feststellung der Geeignetheit der streitgegenständlichen Maßnahme als zweites deren Erforderlichkeit im Hinblick auf die verfolgte Zielsetzung geprüft.[553] Diese Erforderlichkeitsprüfung soll hier in Anlehnung an die von *L. Breuer* verwendete Untergliederung in vier Schritte – Suche nach möglichen Alternativmaßnahmen;[554] Geeignetheit der vorgeschlagenen Alternativmaßnahmen;[555] Vergleich des Wirkungsgrades der Alternativmaßnahme mit dem Wirkungsgrad der streitigen Maßnahme;[556] Vergleich der Eingriffsintensität[557] – unterteilt werden. Damit wird keineswegs die Erwartung verbunden, dass eine Prüfung des Erforderlichkeitsmerkmals stets unter strikter Einhaltung dieser Schrittfolge durchzuführen sei. Vorzugswürdig ist in jedem Fall eine an den Umständen des konkreten Einzelfalls und – wie sich zeigen wird – insbesondere auch am Sachvortrag der Parteien orientierte Prüfung, wobei die vier Schritte eine Hilfestellung hinsichtlich der relevanten, aber nicht in jedem Einzelfall gleichermaßen erheblichen Fragestellungen liefern sollen.[558] 295

550 *L. Breuer* 745 f.; *Hail* 309. Es reicht also bspw. nicht aus, wenn lediglich festgestellt wird, dass eine „in Frage stehende Regelung nicht von vornherein ungeeignet ist, die von ihr verfolgten legitimen sportgenuinen Ziele zu erreichen"; a.A. indes Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (339) mit auch insoweit krit. Anm. *Heermann* CaS 2011, 339 (342) in Bezug auf die sog. 50+1-Regel, → XIII. Rn. 307 f.

551 *L. Breuer* 745 spricht insoweit von einer „schutzniveaubezogenen Einschätzungsprärogative".

552 *L. Breuer* 745 f.; → VI. Rn. 325–333.

553 Hierzu im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests *Hail* 310–313; vgl. auch ausf., indes vorrangig mit entsprechenden Erwägungen zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 754–779.

554 *L. Breuer* 756–760.

555 *L. Breuer* 760.

556 *L. Breuer* 761 f.

557 *L. Breuer* 762–767.

558 Ähnl. *L. Breuer* 756.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Denkbare Alternativmaßnahmen

296 In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob alternative Verbandsmaßnahmen vorstellbar sind, die zum einen in gleicher Weise das legitime Verbandsziel verfolgen, zum anderen aber den Wettbewerb weniger intensiv beschränken. Die Suche nach solchen Alternativmaßnahmen ist nicht Aufgabe der Gerichte, eine Ermittlungsverpflichtung von Amts wegen existiert insoweit nicht. Die Rollenverteilung bei dieser Suche hat der EuGH in seinem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil lediglich angedeutet. Es hätte nahegelegen, dass die klagenden Langstreckenschwimmer als mildere Verbandsmaßnahme die Aufstellung eines höheren Schwellenwertes für die Festlegung der Nandrolon-Konzentration im Körper von Sportlern vorgeschlagen hätten. Allein, dies taten sie gerade nicht und erleichterten damit dem Gerichtshof seine Argumentation (Hervorhebung durch *Verfasser*):[559]

> „54. Die Beschränkungen, die der Schwellenwert den Sportlern auferlegt, gehen unter diesen Umständen, **zumal die Kläger nicht angeben**, auf welchen Wert die Toleranzschwelle zum maßgeblichen Zeitpunkt hätte festgesetzt sein müssen, nicht über das hinaus, was für die Organisation und den ordnungsgemäßen Ablauf sportlicher Wettkämpfe erforderlich ist."

297 Es hätte also nach Auffassung des Gerichtshofs den klagenden Athleten oblegen, eine konkrete alternative Verbandsmaßnahme anzugeben. Dabei handelt es sich um eine Durchbrechung der grundsätzlichen Beweislastverteilung im Kartellrecht. Danach trägt derjenige, der eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101, 102 AEUV behauptet, hierfür die Beweislast. Demgegenüber trägt für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wie etwa Art. 101 Abs. 3 AEUV diejenige Partei die Darlegungslast, die sich hierauf beruft.[560] Falls man den *Meca-Medina*-Test als einen tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund bewertet,[561] hätte eigentlich der hierauf Bezug nehmende Schwimmverband die Tatbestandsvoraussetzungen vortragen müssen. Dieser hätte unter der genannten Voraussetzung also darlegen und im Zweifel nachweisen müssen, dass keinerlei alternative Verbandsmaßnahmen denkbar sind, die in gleicher Weise ein legitimes Verbandsziel verfolgen und zugleich den Wettbewerb weniger intensiv beschränken. Dies ist angesichts nahezu unzähliger Gestaltungsmöglichkeiten, die sich für den Sportverband hinsichtlich seiner Statuten ergeben, sowie des ihm hierbei zustehenden Ermessensspielraums letztlich kaum möglich, wenn nicht gar unmöglich. Deshalb hat der Gerichtshof insoweit – wie im oben zitierten 54. Erwägungsgrund dargelegt – zunächst in seiner Judikatur zu den Grundfreiheiten (al-

559 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 54 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
560 Dies entspricht auch der Systematik von Art. 2 VO (EG) Nr. 1/2003.
561 Zur Diskussion zur Rechtsnatur → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lerdings ohne Sportbezug) eine Modifikation der Darlegungslast entwickelt, die der sekundären Darlegungslast im deutschen Zivilprozessrecht[562] ähnlich ist.

Diesen Weg hat zuletzt auch der EFTA-Gerichtshof in einem Verfahren, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sportsektor betraf,[563] beschritten:[564] 298

> „According to established case law, it is for the party that invokes a derogation from one of the fundamental freedoms to show in each individual case that its rules are necessary and proportionate to attain the aim pursued. However, that burden of proof cannot be so extensive as to require the party to prove, positively, that no other conceivable measure could enable that objective to be attained under the same conditions (…)"

Wie an anderer Stelle bereits dargelegt,[565] obliegt es damit dem Sportverband, der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Sportler bewirkt, im konkreten Einzelfall die Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkung nachzuweisen. Die Beweislast – so überzeugend der EFTA-Gerichtshof – reicht aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen muss, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Insoweit muss sich ein Sportverband nur zu den von der Gegenseite vorgetragenen, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zur Erreichung der Verbandsziele aber gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen. Es obliegt einem Sportverband also nicht, selbst nach alternativen Verbandsmaßnahmen zu forschen, um sodann nachzuweisen, dass diese nicht mit einem milderen Eingriff in den Wettbewerb die Verbandsziele zu erreichen vermögen.[566] 299

Diese Beweislastverteilung lässt sich ohne Weiteres auf das Sportkartellrecht übertragen, wovon der Gerichtshof in der zuvor zitierten Passage aus dem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil stillschweigend ausgegangen ist. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass sich rechtliche Wertungen, die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den europäischen Grundfreiheiten hervorgegangen sind, vielfach auf das europäische Kartellrecht übertragen lassen. Die partielle Beweislastumkehr gilt damit unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsreduktion einstuft.[567] 300

562 S. hierzu stellvertr. BeckOK-ZPO/*Becher* § 284 ZPO Rn. 84 ff.
563 → X. Rn. 6 f. m.w.N.
564 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17, Rn. 123 – Kristoffersen/NSF.
565 *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 52.
566 *L. Breuer* 760. A.A. und damit i.Erg. zu restriktiv sowie unter Außerachtlassung der dargestellten beweisrechtlichen Besonderheiten *Hail* 313, wonach „die beschränkende Wirkung einer sportverbandlichen Maßnahme das Maß des unbedingt und objektiv Erforderlichen keinesfalls übersteigen" dürfe.
567 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

301 Damit reicht für Sportverbände in Kartellrechtsverfahren, in denen es um von Klägern behauptete, von Verbandsstatuten und deren Umsetzung angeblich ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen geht, zunächst grundsätzlich die Behauptung aus, dass im Hinblick auf die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme keine mildere Alternativmaßnahme erkennbar sei. Eine erste Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch, wenn sich Alternativmaßnahmen geradezu aufdrängen, etwa weil sie von anderen Sportverbänden angewendet werden oder dort gar den Standard darstellen.[568] Eine weitere Ausnahme greift, wenn die regelungsunterworfene Partei konkrete Alternativmaßnahmen substantiiert in einer Weise vorträgt, dass das Gericht die Angaben überprüfen kann.[569] Gerade dies hatten die Langstreckenschwimmer *Meca-Medina* und *Majcen* in dem nach ihnen benannten, wegweisenden Verfahren vor dem EuGH versäumt, so dass der Gerichtshof eine detaillierte Erforderlichkeitsprüfung nicht mehr durchzuführen brauchte. In diesem Zusammenhang ist also für die Prozessanwälte Umsicht geboten, um sich nicht dem Vorwurf eines Beratungsfehlers auszusetzen. In der Praxis sind gerade in diesem Kontext immer wieder Defizite zu beobachten, weil Rechtsvertreter des Öfteren mit den – zugegebenermaßen – sehr speziellen, aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ableitbaren Feinheiten der Beweislastverteilung bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests nur unzureichend vertraut sind.

(2) Geeignetheit der Alternativmaßnahme(n)

302 Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist sodann in einem zweiten Schritt zu ermitteln, ob die vorgeschlagene(n) Alternativmaßnahme(n) tatsächlich zur Zielerreichung geeignet ist (sind). Insoweit gelten die Ausführungen zur Geeignetheit auf der ersten Stufe einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechend.[570]

(3) Vergleich der Wirkungsgrade

303 In einem dritten Schritt sind anschließend die Wirkungsgrade der Alternativmaßnahme einerseits und der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme andererseits miteinander zu vergleichen.[571] Inwieweit sich gerade bei diesem Punkt belastbare Aussagen treffen lassen, wird von den Umständen des konkreten Einzelfalls und

568 Zu einem Nominierungsrechtsstreit im Beachvolleyball, in dem der deutsche Verband von international verbreiteten Nominierungsstandards abwich, s. LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322 f.); vgl. auch *Schönhagen* Spiegel Online v. 12.8.2020.

569 So bereits vorrangig im Hinblick auf den *Wouters*-Test *L. Breuer* 758.

570 → VI. Rn. 289–294 m.w.N. Im Hinblick auf den *Wouters*-Test vgl. *L. Breuer* 761 f.

571 Ausf. hierzu *L. Breuer* 762–767 mit Bezug zum *Wouters*-Test.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den bestehenden Möglichkeiten zur Ermittlung des jeweiligen Wirkungsgrads abhängen.

(4) Vergleich der Eingriffsintensität

304 Schließlich ist in einem vierten Schritt ein Vergleich der Eingriffsintensität der Alternativmaßnahme sowie der streitigen Verbandsmaßnahme vorzunehmen.[572] Eine solche vergleichende Gegenüberstellung wird sich regelmäßig komplex gestalten, weil sich die Parteien auf unterschiedliche Rechtsgüter und -positionen berufen werden. Zugleich können dabei die Alternativmaßnahme und die streitige Verbandsmaßnahme bei voneinander abweichenden Adressatenkreisen zu unterschiedlichen Beschränkungen führen, was die Vergleichbarkeit zusätzlich erschwert. So werden Sportverbände, deren streitgegenständliche Verbandsstatuten entweder europäische Grundfreiheiten und/oder die Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigen, auf Folgendes verweisen: die unter dem Schutz der Verbandsautonomie erfolgende Förderung von Allgemeinwohlinteressen; die wichtige Funktion, die Sportverbände im Hinblick auf die Erziehung, die öffentliche Gesundheit, in sozialer, kultureller und integrativer Hinsicht und nicht zuletzt auch für den Freizeitsport ausüben; die Besonderheiten des Sports. Die jeweilige Gegenseite wird sich auf die Grundfreiheiten und/oder die Wettbewerbsfreiheit berufen. Dabei ist nicht zu vernachlässigen, dass ein unverfälschter Wettbewerb auch im Unionsinteresse liegt. Denn dieses Interesse reicht deutlich weiter als die subjektiven Interessen der den Verbandsregelungen unterworfenen Kläger.

305 Die kaum überwindbaren Schwierigkeiten, die ein Vergleich der Eingriffsintensität bereiten kann, seien anhand eines hypothetischen Beispiels veranschaulicht: Ein nationaler Sportverband verbietet seinen den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten, bei Auftritten in der Nationalmannschaft in irgendeiner Weise Werbemaßnahmen für ihre privaten Ausrüster und Sponsoren durchzuführen. Vielmehr müssen die Athleten im sportlichen Outfit des offiziellen Verbandsausrüsters, eventuell verziert mit den Werbelogos der offiziellen Verbandssponsoren, auftreten, ohne an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes beteiligt zu werden (was infolge neuerer Entwicklungen in der Judikatur[573] und der kartellbehördlichen Praxis[574] immer seltener vorkommen dürfte). Damit verfolgt der Nationalverband das Ziel, einer weiteren Kommerzialisierung des Sports entgegenzuwirken und an den Grundwerten des Sports festzuhalten. Um kein kartellrechtliches Eigentor zu schießen, weist der Sportverband Vorwürfe weit von sich, auf diese Weise seine eigenen Vermarktungserlöse, die zu erheblichen

572 Hierzu *L. Breuer* 762–767 hins. des *Wouters*-Tests.
573 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17 – Kristoffersen/NSF.
574 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Teilen wieder in die Förderung der Verbandsziele (insbesondere Sportförderung im Profi-, Amateur- und Freizeitsportbereich) fließen, maximieren zu wollen.

306 Die Wettbewerbsbeschränkung der über ein persönliches Vermarktungspotential verfügenden und damit unternehmerisch tätigen Athleten ist in diesem Beispielsfall offensichtlich, weil sie gerade während medienwirksamer Auftritte in der Nationalmannschaft in erheblichem Maße an der Erzielung persönlicher Einnahmen gehindert werden. Der nationale Sportverband stuft die Verbandsmaßnahme im Lichte des *Meca-Medina*-Tests als kartellrechtlich unbedenklich ein, die Athleten sehen dies naturgemäß anders. Die verfolgten Verbandsziele einer möglichst breit angelegten Nachwuchsförderung sollen in dem hypothetischen Beispiel als legitim eingestuft werden, da sie insbesondere in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden (was in ähnlich gelagerten und von der EU-Kommission und dem BKartA geführten Verfahren gerade nicht der Fall war,[575] so dass es gar nicht mehr zu einer Erforderlichkeitsprüfung kam).

307 Nunmehr sei unterstellt, dass die Athleten als Alternativmaßnahme nicht pauschal, sondern unter Angabe eines konkreten Mindestumfangs eine Beteiligung an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes und/oder an den auf der Sportkleidung und -ausrüstung zur Verfügung stehenden Werbeflächen für ihre Individualsponsoren fordern. Betrachtet man die Eingriffsintensität, würde eine solche Alternativmaßnahme beim Sportverband voraussichtlich zu geringeren Vermarktungserlösen führen, mit denen die legitimen Verbandsziele gefördert werden könnten. Der offizielle Ausrüster des Verbandes würde zwar seine Exklusivität wahren, nicht jedoch die übrigen Verbandssponsoren, die nunmehr in Konkurrenz zu den Individualsponsoren der Athleten träten. Den Athleten würden höhere individuelle Vermarktungserlöse verbleiben, was zu besseren Trainingsbedingungen, zu einer sportlichen Leistungssteigerung und damit auch zu einer erhöhten Attraktivität des Sportevents für Zuschauer und Medienanbieter führen könnte.

308 Letztlich geht es beim Vergleich der Eingriffsintensität der streitigen Verbandsmaßnahme und der Alternativmaßnahme um ökonomische Verteilungsfragen, die nicht nur den Sportverband und die den Verbandsregeln unterworfenen und klagenden Athleten betreffen, sondern auch noch weitere Stakeholder.[576] Hier werden zwei komplexe Themenbereiche berührt. Zum einen richten sich die streitgegenständlichen Verbandsregelungen zwar unmittelbar an die daran gebundenen Athleten. Sie wirken sich zum anderen aber gleichzeitig (un)mittelbar auf dritte, nicht der Verbandsgewalt unterworfene Personen oder Unternehmen

575 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ähnl. EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

576 Zu dieser Problemkonstellation → XIII. Rn. 655–708.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus (z.B. die Individualsponsoren der Athleten, eventuell Medienanbieter und Endkonsumenten). Inwieweit Sportverbände in einer derartigen, in der Praxis zunehmend auftretenden Konstellation den Schutz der Verbandsautonomie genießen, wird in einem späteren Abschnitt analysiert werden.[577] Zudem zeigt das hypothetische Beispiel anschaulich, dass neben den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf dem relevanten Markt auch solche auf benachbarten, vor- oder nachgelagerten Märkten in die kartellrechtliche Bewertung mit einfließen können.[578]

309 Wenn man sich diese rechtlichen, aber auch ökonomischen Zusammenhänge vergegenwärtigt, liegt es nahe, dass private Unternehmen wie Sportverbände trotz ihres Schutzes durch die Verbandsautonomie und selbst unter großzügiger Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports keine von der EU zu respektierende, gerichtlich nicht überprüfbare Kompetenz zur Entscheidung von Verteilungsfragen für sich beanspruchen können.[579] Vielmehr ist es Aufgabe der Judikatur sowie der Kartellbehörden im jeweiligen Streitfall wie auch in dem hypothetischen Beispielsfall, nicht nur die widerstreitenden Interessen der unmittelbaren Verfahrensbeteiligten zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen, sondern dabei zugleich auch im Lichte der europäischen Grundfreiheiten und des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit die berechtigten Interessen mittelbar betroffener Dritter zu berücksichtigen. Dabei stellen sich im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung höchst anspruchsvolle und nicht mit mathematischer Genauigkeit beantwortbare Fragen. Daher ist es nachvollziehbar und aus prozessökonomischer Sicht auch sinnvoll, dass die Entscheidungspraxis durch Einführung des relativ einfach überprüfbaren Kriteriums der kohärenten und stringenten Verfolgung der Verbandszielsetzungen als vorgezogener und verkürzter Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Möglichkeit zur rechtlichen Vorabprüfung im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests eröffnet hat. Damit sind im Hinblick auf streitige Verbandsmaßnahmen die schwierigen Fragen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nur in denjenigen, letztlich wenigen Fällen zu klären, in denen die Antworten tatsächlich entscheidungserheblich sind.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

310 Die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne oder auch Angemessenheit,[580] erlangt nur noch in wenigen Fäl-

577 → XII. Rn. 1 ff.
578 → VI. Rn. 90-113 und VII. Rn. 1–3.
579 *L. Breuer* 766.
580 Hierzu im Hinblick auf den *Meca-Medina*-Test *Hail* 313–317; vorrangig in Bezug zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 768–779.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len praktische Relevanz. Denn durch die vorgelagerte und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, wonach das vom Sportverband gesetzte Ziel in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden muss,[581] werden für den Fall, dass die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, bereits im Vorfeld solche Konstellationen herausgefiltert, bei denen andernfalls eine Angemessenheitsprüfung hätte erforderlich werden können.[582] Zudem bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne mehr, wenn bei einem der vorgelagerten Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests die jeweiligen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

311 Diese systematischen Zusammenhänge sowie insbesondere die Existenz und Funktion der Kohärenzprüfung verkennt *Hail*, wenn er behauptet, dass dem Teilgrundsatz der Angemessenheit eine besondere Bedeutung zukomme und dieser Punkt „als einziges Rechtfertigungskriterium in der Lage" sei, einer den Verbandsregelungen unterworfenen Partei Gehör zu verschaffen und die Berücksichtigung ihrer schutzwürdigen Interessen zu ermöglichen.[583] Der Relativierung bedarf seine Einschätzung, die Angemessenheit scheine im Vergleich zur Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit kein entsprechend eigenständiger und gleichfalls etablierter Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH zu sein.[584] In der *Wouters*-Entscheidung hatte sich der Gerichtshof in der Tat auf die Prüfung der Notwendigkeit bzw. Erforderlichkeit der streitgegenständlichen Verordnung beschränkt.[585] Das mag dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass im konkreten Fall die Ermächtigung der niederländischen Rechtsanwaltskammer zur Regelung der berufsständischen Grundsätze und ein damit verbundener Ermessensspielraum – anders als üblicherweise bei Sportverbänden[586] – ausdrücklich vom Staat abgeleitet werden konnten.[587] Im *Meca-Medina*-Urteil ist jedoch sodann die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne als eigener Prüfungspunkt ausdrücklich angesprochen worden:[588]

> „42. […] Weiter ist dann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten

581 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

582 Nach *L. Breuer* 778 ist „die offene Abwägung von Rechtsgütern […] – anders als es in der verfassungsrechtlichen Judikatur des BVerfG scheinen mag – nicht als ‚krönender' Höhe- und Schlusspunkt jeder Prüfung anzustreben, sondern so weit wie möglich zurückzudrängen." Diese Zusammenhänge vernachlässigt *Vieweg*, FS Grunewald, 2021, 1225 (1235 f.): „Nimmt man das Kartellrecht in den Blick, so zeigt das EuGH-Urteil in der Rechtssache Meca-Medina und Majcen, dass die gerichtliche Nachprüfung im Wesentlichen letztlich auf Verhältnismäßigkeitsüberlegungen hinausläuft."; „Kontrollmaßstab ist letztlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das zu einer Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall führt."

583 *Hail* 314 f.

584 *Hail* 314.

585 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97, 107 ff. = NJW 2002, 877 – Wouters.

586 → III. Rn. 20–25 m.w.N. zum Meinungsstand.

587 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 3 ff. (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2002, 877) – Wouters.

588 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> Ziele zusammenhängen (Urteil Wouters u. a., Randnr. 97) und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind."

Diesen Prüfungspunkt hat der Gerichtshof sodann nochmals aufgegriffen:[589]

> „55. Da die Kläger im Übrigen nicht geltend gemacht haben, dass die im vorliegenden Fall anwendbaren und verhängten Sanktionen überzogen seien, ist die Unverhältnismäßigkeit der fraglichen Anti-Doping-Regelung nicht erwiesen."

312 Hieraus hat *L. Breuer*[590] den Schluss gezogen, indem der Gerichtshof im *Meca-Medina und Majcen*-Urteil den Spezialfall einer eigenständigen, sanktionsrechtlichen Angemessenheitskontrolle in den *Wouters*-Test transplantiert habe, habe er deutlich gemacht, dass auch wettbewerbsbeschränkende Absprachen einer intensivierten Verhältnismäßigkeitskontrolle unterlägen, wenn sie – wie im *Meca-Medina und Majcen*-Verfahren – Sanktionsmechanismen enthielten. Den Begriff der Sanktion wird man in diesem Kontext in einem weiten Sinne zu verstehen haben.[591] Er erstreckt sich damit auf alle nachteiligen Rechtsfolgen, die dazu dienen, die Einhaltung einer Verbandsregel abzusichern. Solche Rechtsfolgen werden sich regelmäßig in Fällen nachweisen lassen, in denen Sportverbandsstatuten unterworfene natürliche oder juristische Personen hiervon ausgehende Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsfreiheit behaupten. So geht etwa von einer Verbandsregelung, die in die Nationalmannschaft berufenen Athleten für die Dauer der betreffenden Wettkämpfe jegliche Individualvermarktung untersagt, dadurch eine Sanktion im vorgenannten Sinne aus, dass insoweit die Erzielung individueller Vermarktungserlöse verhindert wird.

313 Auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird geprüft, ob im Licht des Rechtsverstoßes, d.h. der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit und/oder der europäischen Grundfreiheiten, sowie der Leistungsfähigkeit des betroffenen Sportverbandes die durch die Sanktion im vorgenannten Sinne entstehenden Belastungen im Verhältnis zum Rechtsverstoß und der Zielsetzung der Sanktion angemessen sind. Wenn schon, wie bereits dargelegt,[592] bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung die Suche nach eventuell milderen Alternativmaßnahmen nicht zu den Aufgaben der Gerichte zählt, so müssen sie bei der Angemessenheitsprüfung erst recht nicht eine bestimmte Maßnahme als ideale oder gar optimale Lösung identifizieren. Geprüft wird vielmehr, ob ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vorliegt, indem die streitgegenständliche Maßnahme im Vergleich zu der (den) vorgetragenen, angeblich milderen Alternativmaßnahme(n) zu übermäßigen Belastungen führt. Letztlich sollen unvertretbare Exzesse der Verfolgung legitimer Verbandsziele

589 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 55 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
590 *L. Breuer* 776 f.
591 So auch *L. Breuer* 780 m.w.N.
592 → VI. Rn. 304–309.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unterbunden werden.[593] Zu prüfen ist dabei, ob der durch die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme entstehende Nachteil für das Unionsinteresse an einem unverzerrten Wettbewerb außer Verhältnis steht zu dem Vorteil, der hierdurch bei der Verfolgung der legitimen Verbandsinteressen entsteht.[594] Die Sportverbände können sich zwar auf die Verbandsautonomie, jedoch nicht auf die nur Mitgliedstaaten zustehenden legislativen und administrativen Gestaltungsspielräume berufen. Auch in diesem Zusammenhang hat man sich zu vergegenwärtigen, dass Sportverbände über keine uneingeschränkte, rechtlich nicht überprüfbare Verbandsautonomie, sondern lediglich – in der Terminologie von *Weatherill*[595] – über eine „conditional autonomy" verfügen.[596] Dies bedingt eine intensive gerichtliche Kontrolldichte anhand objektiver Maßstäbe, die Sportverbänden zwar einen gewissen Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Verbandsstatuten, indes keine der gerichtlichen Kontrolle vollständig entzogene Einschätzungsprärogative belässt.[597]

dd) Folgenabschätzung?

314 Infolge des *PSSP*-Urteils des BVerfG vom 5.5.2020[598] könnte erwogen werden, ob künftig auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests um einen Prüfungsschritt zu erweitern wäre, in dem eine Folgenabschätzung vorzunehmen ist. So hat das BVerfG im konkreten Fall eine Kontrolle der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne anhand einer Abwägung zwischen dem von einer EU-Kompetenz gedeckten Ziel einer Maßnahme und ihren sonstigen, in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallenden Folgen für die Wahrnehmung angemahnt.[599] Hierzu vertritt *Ackermann*[600] die Auffassung, infolge der Logik des BVerfG sei es daher zwingend, die Folgenabwägung, die das Gericht im Bereich der Währungspolitik von der EZB erwartet, und die damit einhergehende Forderung einer Kontrolle durch den EuGH auch auf die Wettbewerbspolitik zu erstrecken, und zwar nicht nur auf die gesetzgeberische Tätigkeit der Union in diesem Bereich, sondern – gemäß der Reichweite von Art. 5 Abs. 1, 4 EUV – auch auf Entscheidungen und Bekanntmachungen, letztlich auf jedes formelle und informelle Handeln der EU-Kommission in Wettbewerbssachen.

315 Es ist verfrüht, die Einfügung eines solchen weiteren obligatorischen Prüfungsschritts zur Folgenabwägung in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzunehmen.

593 *L. Breuer* 770.
594 *L. Breuer* 777 f.
595 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93.
596 → III. Rn. 33–65.
597 So auch *L. Breuer* 778; → VI. Rn. 317–324 m.w.N.
598 BVerfG NJW 2020, 1647 ff.
599 BVerfG NJW 2020, 1647, Rn. 167 ff.
600 *Ackermann* NZKart 2020, 281 (282).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dies gilt umso mehr, als der EuGH in einer Pressemitteilung im Nachgang zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020, die drei Tage später veröffentlicht wurde,[601] die Auslegung durch das deutsche Gericht nicht übernommen hat, sondern es bei der Feststellung beließ, nationale Gerichte seien wie andere Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten verpflichtet, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren.[602]

e) Ermessensspielraum der Sportverbände und Beweislastverteilung im Überblick

316 Die Erwägungen des wissenschaftlichen Schrifttums zum gerichtlich überprüfbaren oder aber – nach anderer Auffassung – weitgehend gerichtsfesten Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Sportverbände bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests sind zumeist[603] ebenso uneinheitlich wie unpräzise. Dies gilt insoweit gleichermaßen für die Ausführungen zur Darlegungslast der beteiligten Parteien und zur Beweislastverteilung. Vom EuGH in diesem Kontext geschaffene Beweiserleichterungen werden zumeist völlig ignoriert. Das ist bemerkenswert, weil es sich dabei um überaus praxisrelevante Fragen handelt. Die Unkenntnis oder Unsicherheit im Umgang hiermit hat schon wiederholt zu möglicherweise vermeidbar ungünstigen Entscheidungen für die den Sportverbandsstatuten unterworfenen Parteien geführt. Daher sollen diese Aspekte hier noch einmal im Überblick dargestellt werden.

aa) Gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum versus gerichtsfeste Einschätzungsprärogative

317 Vielfach werden im Hinblick auf die einzelnen Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests die Rechtstermini *Ermessensspielraum* und *Einschätzungsprärogative* (jeweils zugunsten der Sportverbände) nebeneinander verwendet, obgleich es sich im Hinblick auf die daran geknüpften unterschiedlichen Rechtsfolgen um keine synonym verwendbaren Begrifflichkeiten handelt:

318 – Mit dem Begriff *Einschätzungsprärogative* wird üblicherweise das Vorrecht der staatlichen Legislative bezeichnet, über die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer bestimmten gesetzlichen Regelung zur Erreichung eines bestimmten Regelungsziels letztverbindlich zu entscheiden. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber verabschiedet nach einem komplexen Gesetzgebungsverfahren

601 *EuGH*, Pressemitteilung Nr. 58/20 v. 8.5.2020, abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058de.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).
602 *Ackermann* NZKart 2020, 281 (282).
603 Eine Ausnahme bildet *Mürtz* Abschn. E. IV. 2. und 3.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorschriften, in denen er abschließend widerstreitende Interessen der Regelungsadressaten zu einem Ausgleich bringt und verbindlich festlegt, welche Maßnahmen er als geeignet, erforderlich und letztlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne ansieht. Abgesehen von einem Verfassungsverstoß sind solche Gesetzesregelungen gerichtlich nicht mehr überprüfbar.

319 Wenn nunmehr im Zusammenhang mit dem *Meca-Medina*-Test den Sportverbänden eine Einschätzungsprärogative zugesprochen wird,[604] so wird dadurch in subtiler Weise suggeriert, dass private Sportverbände in vergleichbarer Weise wie die staatliche Legislative gerichtlich grundsätzlich nicht überprüfbare Normen aufstellen. Allerdings leitet sich – wie an anderer Stelle im Detail dargelegt[605] – die Rechtsetzungsbefugnis der Sportverbände trotz der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie nicht vom Staat, sondern aus der Privatautonomie ab. Da Verbandsstatuten zudem zunehmend in Rechtspositionen Dritter eingreifen, die die betreffenden Verbandsregelungen nicht legitimiert haben,[606] ist eine weitgehend gerichtsfeste Einschätzungsprärogative der Sportverbände im Hinblick auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ihrer Verbandsregelungen grundsätzlich abzulehnen.

320 In diesem Zusammenhang hat zuletzt *Podszun*[607] das Verhältnis von Kartellrecht und Verbandsautonomie mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht:

> „Rolle des Verbandsprivilegs
> Zuweilen entsteht der Eindruck, dass sich Verbände – wie die Sportverbände – intern Regeln geben können, die dann dazu führen, dass ihre Aktivitäten teilweise der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen sind. Das ist schon für sich genommen falsch. […] Private Ordnungen sind aber immer mit dem Risiko des Machtmissbrauchs verbunden, da Privaten eine regulatorische, gesetzgeberische Funktion zugestanden wird. Eine solche Konstellation bedarf der Kontrolle. […]"

321 – Im Lichte der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie steht Sportverbänden aber selbstverständlich ein hinsichtlich seiner Reichweite noch näher zu bestimmender[608] Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu, der indes gerichtlich überprüfbar ist.[609] Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen,[610] auch wenn dies in den Entscheidungen nicht stets ausdrücklich angesprochen wird.[611] Etwas anderes folgt auch nicht aus den Erwägungsgründen

604 S. stellvertr. zuletzt *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (58).
605 → III. Rn. 20–25 m.w.N. zum Meinungsstand.
606 → XII. Rn. 1 ff.
607 *Podszun* NZKart 2021, 138 (145).
608 → VI. Rn. 325–333.
609 I.Erg. ebenso *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (20).
610 So etwa auch explizit *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (18 f.).
611 Vgl. etwa EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 48 = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC; EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 225 ff. – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 96 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; EuG

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des EuGH in der Rechtssache *Wouters*, wonach die Wettbewerbsbeschränkung seitens der Niederländischen Rechtsanwaltskammer bei „vernünftiger Betrachtung" als notwendig oder erforderlich angesehen werden konnte.[612] Denn der sich auf die Rechtfertigung berufenden Rechtsanwaltskammer war eine Regelungskompetenz vom niederländischen Staat übertragen worden, sie war damit ein „staatsnaher" Adressat,[613] während Sportverbände ihre Regelungskompetenz aus der Privatautonomie ableiten.[614]

322 Wenn demgegenüber – wie gerade von Verbandsfunktionären oder verbandsnahen Juristen oft gefordert – ein subjektiver Maßstab anzulegen wäre, würde letztlich das Rechtsverständnis der Sportverbände an die Stelle einer objektiven Auslegung gesetzlicher Normen etwa des Kartellrechts durch staatliche Gerichte treten.[615] Ein Sportverband könnte trotz Einschaltung staatlicher Gerichte oder unabhängiger Kartellbehörden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests faktisch als Richter in eigener Sache agieren – eine bizarre Vorstellung! Hierbei handelt es sich um einen letzten – ebenso verzweifelten wie die Rechtsfigur der Verbandsautonomie unzulässig überdehnenden – Versuch der Sportverbände, das Eindringen staatlichen und supranationalen Rechts in den Bereich verbandsautonom aufgestellter Statuten auf ein Minimum zu reduzieren, ja teilweise ins Leere laufen zu lassen. Was dies für das Sportkartellrecht bedeuten würde, liegt auf der Hand. Soweit ersichtlich, haben Sportverbände noch in keinem gegen sie eingeleiteten Verfahren, das auf letztlich kartellbehördlich und/oder gerichtlich bestätigte Kartellrechtsverstöße gestützt war, die Verletzung deutschen oder europäischen Kartellrechts von Beginn an anerkannt – ganz im Gegenteil! Der *Meca-Medina*-Test, vom EuGH einst eingeführt, um bei Anwendung des Kartellrechts gerade den Besonderheiten des Sports angemessen Rechnung tragen zu können, würde bei Anlegung eines subjektiven Prüfungsmaßstabs von den Sportverbänden so interpretiert und angewendet werden, dass keine eigenen Verstöße gegen das Kartellrecht mehr angenommen werden könnten und es faktisch zur gewünschten Bereichsausnahme zugunsten des Sports käme.

323 Es ist nur zu verständlich, dass supranationale und staatliche Gerichte und Kartellbehörden (anders als teilweise noch Sportschiedsgerichte[616]) diese spe-

ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 77 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.

612 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 107, 109, 110 = NJW 2002, 877 – Wouters.

613 Diesen Aspekt im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* zu Recht betonend *Schweitzer*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 21 (36).

614 → III. Rn. 20–25 m.w.N.

615 Ablehend daher auch *St. Horn* 128; *Opfermann* 319.

616 → X. Rn. 29–42 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ziellen Spielregeln zum Umgang mit dem Kartellrecht nicht anerkennen und insoweit die Rolle des Spielverderbers einnehmen.

324 Aufgrund der vorangehenden Erwägungen und zur Vermeidung von Missverständnissen und Fehlvorstellungen wird hier nachfolgend – wie schon in den vorangegangenen Kapiteln und Abschnitten – im Hinblick auf Sportverbände bewusst darauf verzichtet, diesen eine wie auch immer geartete *Einschätzungsprärogative* zuzusprechen. Stattdessen wird von einem gerichtlich anhand objektiver Maßstäbe überprüfbaren Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Sportverbände ausgegangen.[617]

bb) Reichweite des Sportverbänden zustehenden Ermessensspielraums

(1) Bewertung des Meinungsstands im Schrifttum

325 Zur Reichweite des Sportverbänden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zustehenden Ermessensspielraums gibt es von rechtswissenschaftlicher Seite verschiedene Annäherungsversuche. Dabei zeichnet sich ab, dass die gerichtliche Kontrolldichte umso intensiver ist, je kleiner sich im konkreten Fall der Ermessens- und Beurteilungsspielraum eines Sportverbandes darstellt. Aber wie ist dieser im Einzelfall zu bestimmen?

326 Allzu oberflächlich empfiehlt *Hail* einen restriktiven Maßstab bei Anwendung der Ausnahmeregel.[618] Etwas konkreter, wenngleich im konkreten Fall kaum hilfreicher ist die Problemannäherung von *Weatherill*, zumal er im Gegensatz zur vorgenannten Auffassung eher für einen breiten Ermessensspielraum plädiert:[619]

> „A broad discretion should be admitted. A measure within the *lex sportiva* must be manifestly inappropriate having regard to its objective before the choice will be regarded as invalid; the criterion to be applied is not whether a measure adopted in such an area was the only or the best measure."

327 Hier wird in missverständlicher Weise ein erheblicher Ermessensspielraum („broad discretion") der Sportverbände suggeriert, was in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen vermag. Denn Ausnahmetatbestände – um einen solchen handelt es sich beim *Meca-Medina*-Test – sind tendenziell eher restriktiv auszulegen. In Anlehnung an die von ihm entwickelte Figur der „conditional autonomy" hätte *Weatherill* vielleicht besser nicht von „a broad discretion", sondern von „a

617 So etwa zuvor schon *Heermann* WuW 2017, 312 (315); ebenso *Opfermann* 319; *Putzier* 89; hins. der Geeignetheit *Hail* 309; a.A. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (339) mit auch insoweit krit. Anm. *Heermann* CaS 2011, 339 (342); *Schaefer* 150 ff.; *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (403 f.); *Verse* CaS 2010, 28 (35 f.); *Vieweg/Röthel* ZHR 166 (2002), 6 (29 f.).

618 *Hail* 298–301.

619 *Weatherill*, Principles, 2017, 168.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

conditional margin of discretion" gesprochen. Zudem hebt er zwei hier bereits zuvor herausgearbeitete Teilaspekte[620] hervor: Nur im Hinblick auf die Zielsetzung des Sportverbandes offensichtlich unverhältnismäßige Maßnahmen sollen nicht vom *Meca-Medina*-Test gedeckt sein, wobei die streitige Verbandsregelung oder -maßnahme nicht die insoweit optimale Regelung darstellen muss.

328 Zutreffend, wenngleich im Hinblick auf eine etwaige vom Gericht durchzuführende Verhältnismäßigkeitsprüfung eigentlich selbstverständlich, ist *Weatherills* Hinweis, dass ein Sportverband insoweit nicht nur die eigenen Interessen, sondern darüber hinaus die Interessen aller Beteiligten berücksichtigen und darlegen sollte:[621]

> „The *lex sportiva* should not be treated as illegitimate just because it is the product of private ordering, but the legitimacy of its claim to a deferential margin of appreciation when reviewed under EU law is much stronger if the power wielded in its name is accompanied by a demonstrated concern to reflect and represent all affected interests, not just those of the powerful top-down rule-makers."

329 Weitere Ansätze in der sportrechtlichen Literatur[622] billigen Sportverbänden bei der Prüfung der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests einen „gerichtsfesten Beurteilungsspielraum" oder zumindest einen „gewissen Gestaltungsspielraum" zu. Dabei leitet man aus dem regelmäßig pauschalen Verweis auf die Gewährleistungen der Vereins- und Verbandsautonomie zur Absicherung ideeller Wertvorstellungen des Sportwesens eine Einschätzungsprärogative des jeweiligen Sportverbandes ab. Es ist bereits im vorangehenden Abschnitt[623] dargelegt worden, dass Sportverbänden insoweit keine generelle gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zugesprochen werden kann. Der hiergegen vorgebrachte Einwand,[624] im Falle der Anlegung objektiver Maßstäbe würden Gerichte und Kartellbehörden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ihre eigenen (kartell)rechtlichen Vorstellungen zur sinnvollsten Organisation des Sports in einer mit der Verbandsautonomie nicht zu vereinbarenden Weise zum Maßstab erheben, ist voreilig und geht aus folgenden Gründen fehl:

- Die Verbandsautonomie ist nicht umfassend, sondern ihr sind durch supranationales und staatliches Recht Grenzen gesetzt („conditional autonomy").[625]
- Der *Meca-Medina*-Test als solcher eröffnet breiten Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports – mithin wettbewerbsfremder Aspekte – bei der Anwendung des Kartellrechts. Die Einräumung einer solchen recht-

620 → VI. Rn. 310–313.
621 *Weatherill*, Principles, 2017, 169.
622 *Esposito* 219; *Hannamann* 376 f.; *Jung* 185.
623 → VI. Rn. 317–324.
624 *Brost* SpuRt 2010, 178 (180); *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (403 f., 407); *Stancke* NZKart 2015, 457; *Steiner* CaS 2009, 14 (21).
625 → III. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Sonderbehandlung ist keine Selbstverständlichkeit und wird vielfach noch immer kritisiert,[626] lässt sich aber sachlich überzeugend begründen.[627]

– Der anzuwendende objektiv-rechtliche Maßstab lässt Gerichten und Kartellbehörden bei der Anwendung des hinsichtlich seiner rechtlichen Voraussetzungen bereits vorstrukturierten *Meca-Medina*-Tests nur noch einen äußerst begrenzten Spielraum für etwaige subjektive Wertungen.

330 Die bisherigen Erwägungen legen den Schluss nahe, dass der Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Sportverbände nicht pauschal, sondern allein anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmt werden kann. Dabei kann an einen Ansatz angeknüpft werden, den *Schürnbrand* interessanterweise bereits ein Jahr vor dem wegweisenden *Meca-Medina und Majcen*-Urteil entwickelt hatte:[628]

> „Der dem Verband somit zuzubilligende Beurteilungsspielraum ist dabei im Hinblick auf seine Verbandsautonomie umso größer, je mehr der Kernbereich der sportlichen Betätigung betroffen ist. Während an im Wesentlichen ökonomisch geprägte Verhaltenskoordinationen […] ein eher strikter Maßstab anzulegen ist, sind sportart-typische Spielregeln […] nicht weiter zu hinterfragen. Nicht zu letzterer Kategorie gehören freilich Zulassungs- und Strafregeln, die sich auf den Zugang zum Sportbetrieb auswirken und deren Kontrolle daher für die Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs besonders bedeutsam ist."

331 Diese Problemannäherung ist in der Tat zielführend, wenngleich – anders als *Schürnbrand* seinerzeit unterstellte und wie hier bereits zuvor dargelegt[629] – „sportart-typische Spielregeln", d.h. Spielregeln im engeren Sinne, durchaus Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können. Daher sind auch Regelungen, die auf den ersten Blick rein sportlichen Charakters zu sein scheinen, grundsätzlich „weiter zu hinterfragen". Allerdings wird man Sportregeln kaum infrage stellen können, die etwa die Mannschaftsstärke im Fußball auf elf, im Handball hingegen auf sieben und im Basketball gar nur auf fünf Feldspieler festschreiben oder die die in bahngebundenen Laufwettbewerben zurückzulegenden Distanzen auf 100 m, 200 m, 400 m, 800 m, 1.500 m, 5.000 m und 10.000 m festlegen. Solche autonomen Verbandsentscheidungen haben, da sie weltweit einheitlich gelten und anerkannt werden, nur ein äußerst geringes – wenn überhaupt – Potential für damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkungen. Bei der Festlegung entsprechender Regelungen kommt Sportverbänden damit ein weiter und nahezu gerichtsfester Ermessensspielraum zu. Wirtschaftliche Auswirkungen wären aber bereits nicht mehr von vornherein auszuschließen, wenn etwa bestimmte dieser bahngebundenen Laufwettbewerbe bei großen Sportevents ersatzlos oder aber zugunsten

626 → VI. Rn. 146–156.
627 → zunächst VI. Rn. 157–159 sowie II. Rn. 1–15, VI. Rn. 177–183 und VIII. Rn. 1 ff.
628 *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (407).
629 → VI. Rn. 75–89 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anderer (z.B. 1.000 m) gestrichen würden, so dass insoweit ein etwas engerer Ermessensspielraum bestehen würde. Je wahrscheinlicher aber von Verbandsregelungen ausgehende negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind, desto kleiner wird der Ermessensspielraum der Sportverbände, während die gerichtliche Kontrolldichte entsprechend zunimmt.

Anknüpfend an diesen Ansatz hat zuletzt *Seyb*[630] eine Differenzierung zwischen „Spielregeln im engeren Sinne", die den Kernbereich der Verbandsautonomie darstellten, sowie „Rechtsregeln" vorgeschlagen. Je nachdem, ob eine zu überprüfende Regel oder ein zu überprüfender Regelkomplex eher den Spielregeln oder eher den Rechtsregeln zuzuordnen sei, könne somit verbandsseitig die Autonomie in stärkerem oder schwächerem Maße aktiviert werden, um einen Beurteilungsspielraum und die Beschränkung gerichtlicher Überprüfung in Anspruch zu nehmen. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine saubere und rechtssichere Abgrenzung zwischen den genannten Kategorien schwierig oder gar unmöglich ist. Bei genauer Betrachtung kommt ihnen allenfalls eine Indizwirkung zu. 332

(2) Eigener Ansatz

Im Einzelfall sollte in folgender Weise differenziert werden: 333

- Je größer der Sportbezug und je geringer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto größer ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto geringer ist die gerichtliche Kontrolldichte, die im Extremfall bei null liegen kann.
- Je geringer der Sportbezug und je größer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto kleiner ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto intensiver ist die gerichtliche Kontrolldichte.[631]
- Wenn hingegen Verbandsstatuten primär oder ausschließlich eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen, ist die Annahme der Verfolgung legitimer Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests grundsätzlich ausgeschlossen.[632]
- Sofern ein Sportverband zur Wahrung seiner finanziellen Stabilität und Leistungsfähigkeit wirtschaftliche Zwecke allein gegenüber seinen (un)mittelbaren Mitgliedern (und nicht gegenüber Dritten) verfolgt, ist ein derartiges Vorgehen grundsätzlich von der Verbandsautonomie gedeckt. Ein solches wirtschaftlich motiviertes Marktverhalten dient sodann der Verfolgung legitimer

630 *Seyb* 108.
631 Ähnl. *Mürtz* Abschn. E. IV. 3.
632 → VI. Rn. 243–254.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests, sofern nur auf diese Weise eine weitere Förderung der Verbandsziele gewährleistet werden kann.[633]

cc) Beweislastverteilung

334 Auf den *Meca-Medina*-Test kann die in Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 vorgesehene Beweislastverteilung entsprechend angewendet werden. Dies gilt unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als eine Tatbestandsrestriktion hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder aber als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund einstuft.[634] Demnach obliegt grundsätzlich[635] dem Sportverband die abstrakte Behauptungs- und Beweisführungslast sowie die objektive Beweislast für die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests, der letztlich wie ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund wirkt:[636]

335 Dies betrifft auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests den Nachweis des Vorliegens einer mit der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme verfolgten legitimen Zielsetzung.[637] Erforderlich für die Annahme einer Legitimität des vom Sportverband angestrebten Ziels ist eine kohärente und stringente Zielverfolgung.[638] Hierzu hat der Sportverband substantiiert Umstände darzulegen, die einen solchen Rückschluss zulassen.[639] Bei der Entscheidung ist angemessen zu berücksichtigen, dass dem Sportverband insoweit ein Ermessensspielraum zusteht.[640] Daher sollten die fehlende Kohärenz und Stringenz der Zielverfolgung oder ein damit einhergehender Wertungswiderspruch nur angenommen werden, wenn diese Aspekte offensichtlich sind, allgemeine Regeln der Logik verletzt werden und sich dies dem fachkundigen Betrachter geradezu aufdrängt.[641]

---

633 Vgl. auch schon *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 14.

634 → VI. Rn. 167–170.

635 Eine der prozessualen Situation geschuldete Ausnahme hiervon ergab sich etwa in dem Verfahren EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen. Dort hatte der Gerichtshof den sich auf die Wettbewerbsfreiheit berufenden Langstreckenschwimmern den Nachweis des wissenschaftlichen Meinungsstandes zugewiesen. Da die EU-Kommission zuvor die Beschwerde der Athleten gegen den Anti-Doping-Code zurückgewiesen hatte, richtete sich deren Klage vor dem Gerichtshof gegen diese Kommissionsentscheidung. Damit hatten die Athleten der EU-Kommission hins. deren Rechtsauffassung, dass die streitige Verbandsregelung gerechtfertigt sei, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler nachzuweisen.

636 So auch *Hail* 318–320; *Mürtz* Abschn. E. IV. 2.; ähnl. *St. Horn* 121; *Pijetlovic* 233 f.; ebenso *L. Breuer* 665 im Hinblick auf den *Wouters*-Test (→ VI. Rn. 139–142).

637 → VI. Rn. 185–254, Rn. 259–268.

638 → VI. Rn. 269–284.

639 S. etwa LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322). Das Gericht bemängelte (ohne auf den *Meca-Medina*-Test einzugehen), dass der Sportverband für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung seiner von sportlichen Leistungskriterien unabhängigen Nominierungsentscheidung „keinerlei Grund vorgetragen [habe], der einer Prüfung hinsichtlich seiner sachlichen Tragfähigkeit unterzogen werden könnte", und nahm einen Verstoß des Sportverbandes gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB an.

640 → VI. Rn. 325–333.

641 → VI. Rn. 281 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Des Weiteren hat der Sportverband auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests den notwendigen Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Zielsetzungen darzulegen. Auf der dritten Stufe ist vom Sportverband schließlich nachzuweisen, dass die streitige Verbandsmaßnahme im Hinblick auf die Verfolgung der legitimen Ziele geeignet,[642] erforderlich und angemessen ist. Dabei reicht die Beweislast aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Insoweit greift eine Art sekundäre Darlegungslast.[643] Das bedeutet, dass sich ein Sportverband nur zu den von der Gegenseite vorgetragenen, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zur Erreichung der Verbandsziele aber angeblich gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen muss. Es obliegt einem Sportverband also nicht, selbst nach alternativen, den Wettbewerb womöglich weniger beschränkenden Verbandsmaßnahmen zu forschen und sich hierzu einzulassen. Auch diese partielle Beweiserleichterung gilt unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsreduktion einstuft.[644] 336

f) Würdigung

aa) Bewertung des Meinungsstands

Im Folgenden sollen zunächst drei in der Grundtendenz jeweils positive Einschätzungen zum *Meca-Medina*-Test referiert und gewürdigt werden. Denn auf diese Weise können noch immer weit verbreitete rechtliche Fehleinschätzungen und Vorurteile unter Bezugnahme auf die bisherigen Ergebnisse anschaulich korrigiert oder zumindest relativiert werden. 337

Den Ausgangspunkt bildet die EU-Kommission, eine glühende Verfechterin des *Meca-Medina*-Tests, die dessen Vorzüge im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 in folgender Weise zum Ausdruck brachte:[645] 338

> „The landmark Meca Medina ruling has therefore substantially enhanced legal certainty by clearly pronouncing that there exists no such thing as a category of ‚purely sporting rules' that would be excluded straightaway from the scope of EC competition law.

642 Ob diesbezüglich eine Beweisaufnahme oder empirische Nachweise erforderlich sind, wird von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängen. Derlei wird aber regelmäßig nicht erforderlich sein, wenn die generelle Geeignetheit der Verbandsmaßnahme evident ist und außer Frage steht. A.A. hingegen *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (78) im Hinblick auf die vom „DFB behauptete Eignung der Regulierung von Spielervermittlern zur Erreichung der reklamierten Zwecke".

643 → VI. Rn. 296–301 m.w.N.

644 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

645 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. a).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> This is not to say, however, that the ECJ has decided not to take into account the specific features of sport referred to above when assessing the compatibility of organisational sporting rules with EC competition law. Rather, it has ruled that this cannot be done by way of declaring certain categories of rules a priori exempt from the application of the competition rules of the Treaty. In other words, the recognition of the specificity of sport cannot entail the categorical inapplicability of the EC competition provisions to organisational sporting rules but it has to be included as an element of legal significance within the context of analyzing the conformity of such rules with EC competition law."

339 Dass die Rechtssicherheit gestärkt worden sei, indem der EuGH in seinem wegweisenden Urteil *Meca-Medina und Majcen* der Kategorie der – angeblich – kartellrechtsneutralen Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters für die Zukunft eine klare Absage erteilte, werden Sportverbände verständlicherweise anders beurteilen. Natürlich bietet bereits eine begrenzte kategorische Bereichsausnahme mehr Rechtssicherheit als der *Meca-Medina*-Test, der den Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts auf sportorganisationsbezogene Verbandsregelungen Rechnung tragen soll. Aber so wenig, wie sich eine solche Bereichsausnahme gerade für – oftmals sogar in erheblichem Maße – wirtschaftlich tätige Sportverbände überzeugend begründen lässt,[646] so deutlich sollte man sich stets vor Augen führen, dass die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports, d.h. wettbewerbsfremder Aspekte, bei der Anwendung des Kartellrechts keine Selbstverständlichkeit ist. Denn sie wird gerade von Sichtweisen, die in der bisherigen deutschen Kartellrechtstradition verhaftet sind, vehement kritisiert oder gar ausdrücklich abgelehnt.[647]

340 Es gibt keinerlei Anzeichen dafür, dass die EU-Kommission beabsichtigt, von der beschriebenen Position abzurücken. So formulierte etwa noch im Jahr 2015 Wettbewerbskommissarin *Margarete Vestager*[648] die Vorgehensweise der Kommission folgendermaßen:

> „For many, sport is a passion – but it can also be a business. We recognise and respect the role of international sports federations to set the rules of the game [...]. However, [...] we will investigate if such rules are being abused to enforce a monopoly over the organisation of sporting events or otherwise restrict competition."

341 Im Hinblick auf die auch juristisch streitbaren Langstreckenschwimmer als Veranlasser für die Entwicklung des *Meca-Medina*-Tests hat *Weatherill*[649] auf Folgendes hingewiesen:

> „*Meca-Medina and Majcen* joined *Bosman* and *Walrave and Koch* before them in doing far more service to EU law than EU law ever did for them."

646 → VI. Rn. 75–89.
647 → VI. Rn. 146–159.
648 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 5.10.2015, IP/15/5771.
649 *Weatherill*, Principles, 2017, 112.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Aussage betrifft eine sachlich sicherlich zutreffende Beobachtung, die freilich Licht auf einen gerade von Sportverbandsfunktionären regelmäßig vernachlässigten Aspekt wirft. Denn der Umstand, dass unternehmerisch handelnde Sportverbände grundsätzlich in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, aber auch der europäischen Grundfreiheiten fallen, bedeutet keineswegs, dass den Aktivitäten der Sportverbände ein allzu enges rechtliches Korsett angelegt würde. Dagegen sprechen bereits die bisherigen Erfahrungswerte. Denn die Zahl der Rechtsverfahren, aus denen die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder, d.h. insbesondere Athleten und Sportclubs, als juristische Sieger hervorgingen und von diesen Erfolgen im Rahmen ihrer Sportausübung auch noch profitierten, sind gemessen an der Gesamtzahl entsprechender rechtlicher Auseinandersetzungen überschaubar. Unberücksichtigt bleibt dabei zudem die unbekannte, aber sicherlich nicht zu unterschätzende Zahl derjenigen Fälle, in denen eine regelungsunterworfene Partei trotz positiv einzuschätzender Prozessaussichten auf die Einleitung eines Verfahrens gegen den Sportverband verzichtete. Die abschreckende Wirkung, die etwa von dem *Bosman*- oder *Pechstein*-Verfahren bis heute ausgeht, ist evident. 342

Zustimmung verdient auch *Weatherills*[650] Feststellung, dass das europäische Kartellrecht unter ausgewogener Moderierung durch den *Meca-Medina*-Test zu denjenigen rechtlichen Grenzen gehört, die im Sport der Verbandsautonomie gesetzt sind, sofern diese – wie regelmäßig – nicht ausdrücklich von Mitgliedstaaten verliehen wurde, sondern sich aus der Privatautonomie der Verbandsmitglieder ableitet[651]: 343

> „[…] the willingness of the Court to interpret EU competition law in a manner sensitive to the particular context of sport well in advance of the arrival of Article 165 in the Treaty with effect from 2009. […] *Meca-Medina* is not a concession of an absolute autonomy to sport. It grants a conditional autonomy under EU law."

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass der Europäische Rat bereits vor dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen* im Vertrag von Nizza in Anlage IV („Erklärung über die im Rahmen gemeinsamer Politiken zu berücksichtigenden besonderen Merkmale des Sports und seine gesellschaftliche Funktion in Europa") vom 7.–10.12.2000[652] die rechtlichen Grenzen betont hatte, die der Verbandsautonomie der Sportverbände gesetzt sind: 344

> „7. Der Europäische Rat betont sein Eintreten für die Autonomie der Sportorganisationen und ihr Recht auf Selbstorganisation durch Schaffung geeigneter Verbandsstrukturen. Er erkennt an, dass die Sportorganisationen die Aufgabe haben, über Organisation und Weiterentwicklung ihrer jeweiligen Sportart, insbesondere in Fra-

650 *Weatherill*, Principles, 2017, 115.
651 → III. Rn. 20–25.
652 Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_de.htm#an4 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> gen des sportlichen Regelwerks und der Bildung von Nationalmannschaften, so zu entscheiden, wie sie es zur Erreichung ihrer Ziele für richtig halten, soweit sie dabei einzelstaatliches und Gemeinschaftsrecht beachten und auf der Basis von Demokratie und Transparenz arbeiten."

345 Schließlich ist *Weatherill*[653] auch im Grundsatz beizupflichten, wenn er den *Meca-Medina*-Test und die Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung abschließend in einen größeren Gesamtzusammenhang stellt:

> „The aggrieved squawking of governing bodies deserves to be treated as exaggeration. EU law puts sporting practices to the test when they collide with the demands of the internal market, but that test is flexible and context-specific and it is applied with a margin of appreciation. EU law takes the rough edges off sporting practices and it induces better governance, but it does not demand a retreat to the banality of sausage-making or the provision of financial services. Sport remains – to an extent – special. Moreover, recent developments, above all the embrace of inclusion rather than exclusion which lies at the heart of Article 165 TFEU, demonstrate that a more stable and cooperative relationship between all bodies with interests in sport is emerging in Europe."

346 Allerdings ist bei derartigen Aussagen nachvollziehbar, wenn Sportverbände und ihre Interessenvertreter beklagen, der *Meca-Medina*-Test führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit. *Weatherills* Hinweis, dass der Test „with a margin of appreciation" angewendet werde, trifft zwar sachlich zu, ist aber in dieser Allgemeinheit viel zu unbestimmt und dürfte die Vorbehalte der Kritiker eher befeuern als ausräumen. So scharfsinnig und tiefgründig *Weatherills* Analysen zum europäischen Sportkartellrecht auch sind, so oberflächlich und teils unvollständig bleiben seine Ausführungen zu den einzelnen Voraussetzungen des Tests im Detail und zur praktischen Anwendung des *Meca-Medina*-Tests im Allgemeinen.[654]

347 In dieser insbesondere auch auf Seiten der Sportverbände verbleibenden Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests hat *Flanagan*[655] in einem Beitrag, der sich insbesondere mit dem UEFA Financial Fair Play Reglement (FFP)[656] befasst, eine begrüßenswerte Entwicklung erkannt. Insoweit spricht er in Anlehnung an einen Begriff der englischen Sportsprache von einem „Corridor of Uncertainty". Im Fußball beschreibt dies eine Situation, in der der Ball zwischen die letzte Abwehrreihe und den Torhüter gespielt wird, wobei unsicher bleibt, wer den Ball annehmen und weiterspielen sollte. Das gleiche Phänomen wird hierzulande mit dem herrlichen Fußballerspruch „Nimm du ihn, ich hab' ihn sicher!" zum Ausdruck gebracht:

653 *Weatherill*, Principles, 2017, 361.
654 Zu rechtlichen Erwägungen, die die beklagten Lücken ausfüllen, → VI. Rn. 164–385.
655 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (37).
656 → XIII. Rn. 171–202.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „The Corridor of Uncertainty casts FIFA and UEFA as being faced with unavoidable theoretical and manifest legal challenges, and puts those bodies in the difficult position of deciding whether to defend, by relaxing the relevant rules, or attack, by asserting their authority. FIFA and UEFA have balanced this approach with success. Financial regulatory initiatives have been incredibly resilient to legal challenges. The uncertainty that exists is engendered by the scope for legal challenge, not, in general, by the prospect of challenges being successful."

348 Es trifft zu, dass das UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay als solches bislang allen rechtlichen Attacken standgehalten hat. Indes ist zu konzedieren, dass sich zuletzt der Nachweis eines Verstoßes gegen die FFP-Regeln zur „comfortable satisfaction" jedenfalls von Schiedsrichtern am CAS für die UEFA als eine zu hohe Hürde erwiesen hat.[657] Das führt natürlich zu der – hier nicht zu vertiefenden – Folgefrage, wie effektiv Sportverbandsregelungen sein können, deren Verletzungen in einem Schiedsgerichtsverfahren vom Sportverband kaum nachgewiesen und die damit weitgehend nicht wirksam sanktioniert werden können.

349 Am gewählten Beispiel veranschaulicht *Flanagan*[658] sodann, in welcher Weise sich die Existenz des *Meca-Medina*-Tests auf die Verabschiedung von Sportverbandsstatuten positiv auswirken könnte oder gar sollte:

> „But certainty in this context would necessitate either diminishing rule making or autonomy, or stymying important oversight on rules made by autonomous governing bodies. Neither of these positions is particularly desirable. The Corridor of Uncertainty is the price that is paid by sport governing bodies in order to facilitate their rule making autonomy. Without the inherent friction created by Corridor of Uncertainty, the necessary checks and balances to prevent abuses of power would be less easily put into effect. As a consequence, football's governing bodies must continue to reflect upon the economic impact of their regulations; and, where disaffected parties challenge financial rules, governing bodies must reflect upon whether the best response is to defend or amend that rule; to react with a legal or a political response. Putting governing bodies in a position of continual self-reflection should be to the benefit of the game."

350 Letztlich sieht aber auch *Flanagan*[659] im Anschluss an *Weatherill*[660] die Gefahr einer verbleibenden Rechtsunsicherheit, begründet diese indes auf spezielle Weise:

> „There is, however, a problem attendant to sport having *conditional* autonomy and a variable margin of appreciation, as ‚a case-by-case approach generates great uncertainty for those involved in the organisation of sport' (*Weatherill*). […] Governing bodies are *conditionally* entitled to impose rules that are restrictive of competition and a margin of appreciation within which to do so; however, their liberty to regulate will be subject to an assessment of proportionality. It is this combination of conditionality and propor-

657 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 199 ff. – Manchester City FC/UEFA.
658 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (37 f.).
659 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (32 f.).
660 *Weatherill*, Research Paper No. 3/2011.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionality that creates uncertainty. The permissibility of any given financial regulation in football is strictly subject to that being proportionate. This is a nebulous measure to assess ex ante, so rule making is performed in the dark."

351 Dieser Einschätzung kann nach den zuvor ermittelten Ergebnissen aus verschiedenen Gründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden:

352 – *Flanagan* macht es sich zu einfach, wenn er den *Meca-Medina*-Test mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gleichsetzt („[…] their liberty to regulate will be subject to an assessment of proportionality.").[661] Bevor es überhaupt zur Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer konkreten, (angeblich) wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelung auf der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests kommen kann, muss insbesondere ermittelt werden, ob die streitige Verbandsregelung ein legitimes Ziel verfolgt und – falls ja – ob dies auch in kohärenter und stringenter Weise geschieht.[662] Damit in einem engen Zusammenhang stehen die Fragen, ob die Verbandsmaßnahme in einem notwendigen Zusammenhang mit der Verfolgung des legitimen Ziels steht und hierzu auch geeignet ist.[663] Kurzum: *Flanagans* einseitige Ausrichtung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung hebt lediglich einen rechtlichen Teilaspekt hervor, auf den – wie die bisherige Praxis zeigt – mangels Entscheidungserheblichkeit bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests vielfach gar nicht mehr eingegangen werden muss.

353 – Vor diesem Hintergrund ist auch *Flanagans* Feststellung zu relativieren, die (kartell)rechtliche Zulässigkeit einer Verbandsregelung hänge stets von deren Verhältnismäßigkeit ab („The permissibility of any given financial regulation in football is strictly subject to that being proportionate."). Denn die Zulässigkeit ist durchaus noch an weitere strenge Voraussetzungen geknüpft. Zudem eröffnet sich Sportverbänden ein Ermessensspielraum unterschiedlichen Ausmaßes, je nachdem, wie weit die streitige Verbandsvorschrift an eine Verbandsregelung rein sportlichen Charakters wie z.B. eine Spielregel im klassischen Sinne angenähert (relativ weiter Ermessensspielraum) oder aber überwiegend wirtschaftlich motiviert ist (allenfalls begrenzter Ermessensspielraum). Je weiter der Ermessensspielraum ist, desto geringer ist die Kontrolldichte der Gerichte.[664] So wird die Verhältnismäßigkeit einer auch wirtschaftliche Ziele verfolgenden Verbandsregelung (z.B. zur Zulässigkeit von Individualvermarktung auf der Sportkleidung) von Kartellbehörden und Gerichten deutlich intensiver geprüft werden als eine reine Spielregel (z.B. Abseitsregel).[665]

661 Ähnl. *Duval/van Rompuy*, in Duval/van Rompuy, 2016, 1 (5).
662 → VI. Rn. 269–284.
663 → VI. Rn. 285–287, 289–294.
664 → VI. Rn. 325–333.
665 Nach *Opfermann* 237 ist auf diese Weise „eine differenzierte Lösung des Einzelfalls möglich".

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– Nicht haltbar ist schließlich *Flanagans* Feststellung, „rule making is performed in the dark". Insoweit bringt der *Meca-Medina*-Test in der vorangehend entwickelten, detaillierten Ausgestaltung mehr als nur ein wenig Licht ins Dunkel.[666] Zudem wird durch diesen Test gewährleistet, dass die Parteien von vornherein die für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests relevanten Fragen und – praktisch sehr wichtig – die Verteilung der Darlegungslast kennen. Sportverbände legen in Kenntnis dieser Umstände letztlich also selbst fest, wie viel juristische Angriffsfläche eine zu verabschiedende, die Sportorganisation betreffende Verbandsregelung bietet. 354

bb) Fazit

Die bisherigen Erwägungen zeigen, dass der vom EuGH im Jahr 2006 entwickelte *Meca-Medina*-Test nicht nur eine ebenso nützliche wie faszinierende Rechtsfigur ist, sondern einen geradezu symbiotischen Charakter aufweist. Denn auf diesem Weg kann bei der Anwendung des Kartellrechts auf Verbandsregelungen zur Organisation des Sports den Besonderheiten dieses Sektors angemessen Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch die Effektivität des der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen dienenden Kartellverbotstatbestandes beeinträchtigt würde. Der *Meca-Medina*-Test, der an Entwicklungslinien der Rechtsprechung des EuGH zu den europäischen Grundfreiheiten nahtlos anknüpft,[667] gewährleistet also eine gedeihliche Koexistenz von Sport mit seinen Besonderheiten und Kartellrecht.[668] 355

666 → VI. Rn. 176–336.

667 → V. Rn. 1 ff. und VI. Rn. 139–163, jew. m.w.N.

668 So im Ansatz auch *Podszun* NZKart 2021, 138 (143): „Bei genauer Betrachtung entpuppt sich *Meca-Medina* als ein Mythos: Mitnichten wird hier eine Sonderregelung für den Sport mit Ausnahmecharakter statuiert." In der Grundtendenz a.A. PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 149, der meint, die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht der Sportverbände habe durch die Entscheidung *Meca-Medina und Majcen* „einen Dämpfer bekommen. Zu fordern sind Entscheidungen auf europäischer Ebene, welche unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports und der Autonomie der Sportverbände den Geltungsbereich und -umfang des Gemeinschaftsrechts auf Sportregeln, insbesondere rein sportliche Regeln, klarer und vorhersehbarer definieren." *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (572) beklagen, der *Meca-Medina*-Test schränke „den Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 101 AEUV praktisch nicht unerheblich ein" – eine Feststellung, die durch die Entscheidungspraxis übrigens eher selten bestätigt wird, weil nur mitunter wettbewerbsbeschränkende Verbandsregelungen und -maßnahmen die strengen Voraussetzungen des Tests nicht erfüllen. Der jüngst aufgestellten Forderung „Eine Feinjustierung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Verbandsautonomie ist nötiger denn je." (*J. F. Orth* SpuRt 2020, 281) oder der Feststellung „Der Sport sucht noch immer eine verlässliche Orientierung bei der Anwendung des Kartellrechts auf seinen besonderen Wirtschaftszweig." (*Stopper* SpuRt 2020, 216) ist entgegenzuhalten, dass dieser Prozess der Feinjustierung schon seit mehr als 15 Jahren andauert und auch in Deutschland in vielen Fachaufsätzen oder Dissertationen begleitet worden ist. Zuzugeben ist *J. F. Orth* indes, dass diese sportkartellrechtliche Spezialproblematik zivilrechtlichen Instanzgerichten mitunter, aber immer seltener nicht vertraut ist, was die von ihm beklagte uneinheitliche Rechtsprechung vielleicht zu erklären vermag.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

356 Der Verbandsautonomie, der ohnehin u.a. auch durch Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV und den insoweit anwendbaren *Meca-Medina*-Test[669] rechtliche Grenzen gesetzt sind („conditional autonomy"), und den Besonderheiten des Sports[670] wird bei der Kartellrechtsanwendung Rechnung getragen, was im Gegenzug jedoch erfordert, dass Sportverbände bei sportorganisatorischen Maßnahmen, insbesondere bei der Verabschiedung potentiell wettbewerbsbeschränkender Statuten deren ökonomische Auswirkungen im Blick behalten (sollten). Dabei sollten sich Sportverbände in derartigen Situationen selbstkritisch fragen, ob die geplante oder schon bestehende und möglicherweise zu modifizierende Verbandsregelung im Zweifel die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllen würde. Sie sollten also möglichst frühzeitig klären, ob die betreffende Regelung aus objektiver Perspektive eine als legitim anerkannte Zielsetzung verfolgt,[671] ob sie mit Blick auf die Gesamtsituation dieses Ziel in kohärenter und stringenter Weise verfolgt[672] und ob ein notwendiger Zusammenhang mit der Zielverfolgung besteht.[673] Schließlich ist wiederum aus objektiver Perspektive zu fragen, ob die betreffende Verbandsregelung im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel geeignet, erforderlich sowie angemessen ist.[674]

357 Ein solcher Akt der rechtlichen Selbstkontrolle – neudeutsch: Compliance – ist für unternehmerisch tätige Sportverbände durchaus hilfreich (und rechtlich verpflichtend[675]), wenn man frühzeitig die vom Kartellrecht ausgehenden Gefahren minimieren will. Andernfalls kann es sein, dass sich eine auf den Schriftsteller *Mark Twain* (1835–1910) zurückgehende Feststellung bewahrheitet:

> „Wer nicht weiß, wohin er will, der darf sich nicht wundern, wenn er ganz woanders ankommt."

Hinzu treten nämlich – zumindest nach deutschem Recht – bei unzureichender Umsetzung von Compliance-Management-Systemen Haftungsrisiken für die Leitungsorgane der betroffenen Sportverbände.[676]

358 Wenn ein Sportverband also dem juristischen Angstgegner ausweichen und sich möglichst nicht in einem Kartellverfahren vor Kartellbehörden, Schiedsgerichten oder gar staatlichen und supranationalen Gerichten wiederfinden möchte, sollte er den beschriebenen Weg wählen. Die gebetsmühlenartig vorgebrachte Klage der Rechtsunsicherheit, die mit einer Anwendung des *Meca-Medina*-Tests einher-

669 Zur Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auch auf Art. 102 AEUV → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
670 → II. Rn. 1–15.
671 Hierzu → VI. Rn. 176–268.
672 → VI. Rn. 269–284.
673 → VI. Rn. 285–287.
674 → VI. Rn. 288–315.
675 Zur Compliance in Sportverbänden s. stellvertr. *Schockenhoff* NZG 2019, 281 ff.; *T. Schumacher/K. Schumacher* SpuRt 2018, 51 ff. und SpuRt 2018, 99 ff. m.w.N.
676 Vgl. zu einer Aktiengesellschaft LG München I NZG 2014, 345 (346 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehe, ist – wie dargelegt – durchaus beherrschbar, wenn man sich rechtzeitig die richtigen Fragen stellt. Damit wird Sportverbänden nicht mehr, aber auch nicht weniger abverlangt als anderen Unternehmen außerhalb des Sportsektors, die potentiell wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen ergreifen. So selbstverständlich wie Sportverbände und alle anderen Unternehmen klaglos (zumindest zumeist) vorab prüfen, ob bestimmte unternehmerische Entscheidungen etwa mit dem Strafrecht oder Steuerrecht vereinbar sind oder haftungsrechtliche Risiken nach sich ziehen könnten, so selbstverständlich sollte eine Vorabprüfung von sportorganisatorischen Entscheidungen am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests werden – oder eigentlich schon längst sein.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass zwischen der Anwendung staatlichen 359
Rechts im Allgemeinen und des *Meca-Medina*-Tests im Besondern auf den Sportsektor sowie der Tätigkeit eines Trainers im Mannschaftssport bemerkenswerte Parallelen bestehen. Letztlich werden Sportverbänden hinsichtlich rechtlicher Herausforderungen Denk- und Herangehensweisen abverlangt, mit denen Sporttrainer bestens vertraut sind. Wählen wir zur besseren Veranschaulichung dieser Parallelen einen Fußballtrainer:

Dem Spiel auf dem Fußballfeld liegen Spielregeln zugrunde, dies gilt auch für 360
den wirtschaftlichen Wettbewerb, bei dem u.a. die Regeln des nationalen und europäischen Kartellrechts zu beachten sind. Ein Fußballtrainer wird nunmehr versuchen, unter Beachtung der Fußballregeln sein Team taktisch, körperlich und mental optimal auf den nächsten Gegner, der nach Auffassung von Experten immer der schwerste sein soll, einzustellen. Im professionellen Fußball übernimmt ein Fußballtrainer, mag er auch noch so erfahren sein, diese Aufgabe nicht allein. Stattdessen wird er von Co-Trainer(n), Konditionstrainer, Torwarttrainer, Physiotherapeuten, teils von einem Sportpsychologen oder Mentaltrainer, Spielanalysten etc. unterstützt.

Im wirtschaftlichen Wettkampf, bei dem zwar nicht die sportliche Ehre, aber 361
gleichfalls viel Geld auf dem Spiel steht, lassen sich die Sportverbände hingegen anscheinend oftmals eher von der Aufforderung einer ehemaligen Lichtgestalt in seiner damaligen Funktion als sog. Teamchef (und nicht als Trainer) leiten: „Geht's raus und spielt's Fußball!“ So konnte es die deutsche Nationalelf – neudeutsch und nicht frei von kommerziellen Hintergedanken: „Die Mannschaft“ – auf dem Fußballplatz im Jahr 1990 durchaus noch zu weltmeisterlichen Ehren bringen, wenngleich sich hinter dieser verbalen Aufmunterung vermutlich doch mehr Vorbereitung auf das Spiel verbarg, als die wenigen Worte vermuten lassen. Aber damals steckte das Sportkartellrecht zumindest hierzulande bestenfalls in den Kinderschuhen, die wegweisenden Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Bosman*, *Deliège* sowie schließlich *Meca-Medina und Majcen* zeichneten sich noch nicht einmal am Horizont ab. Der Spitzenfußball hat sich seither nicht

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weniger grundlegend gewandelt als das Sportkartellrecht, die Anforderungen an die Trainer, die auf den sportlichen oder wirtschaftlichen Wettkampf vorbereiten, haben gleichermaßen deutlich zugenommen. Es ist daher Zeit, dass Sportverbände nicht länger mit taktischen Einstellungen, die seit mindestens einem Vierteljahrhundert keinen Erfolg mehr versprechen, in den wirtschaftlichen Wettkampf ziehen.

g) Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zum Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV

aa) Vorrangige Anwendbarkeit des Meca-Medina-Tests neben Art. 101 Abs. 3 AEUV

362 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei vorausgeschickt, dass sich die in der Überschrift angesprochene „*vorrangige* Anwendbarkeit" allein auf die Prüfungsreihenfolge bezieht, jedoch kein Hierarchieverhältnis zwischen dem *Meca-Medina*-Test und Art. 101 Abs. 3 AEUV implizieren soll. Das Zusammenspiel zwischen dem *Meca-Medina*-Test einerseits und dem Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV andererseits lässt sich bereits aus den Erwägungsgründen des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* ableiten. Dort betont der Gerichtshof, dass der neuartige Test solche Regelungen eines Sportverbandes erfasse, die mit der „Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden" seien.[677] Falls derartige sportorganisatorische Verbandsregelungen die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests vollständig erfüllen, liegt je nach Positionierung im akademischen Streit um die Rechtsnatur des Tests[678] entweder aufgrund einer entsprechenden Tatbestandsreduktion bereits keine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV vor oder aber es ist von einer Rechtfertigung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests, verstanden als ein dem Art. 101 Abs. 1 AEUV immanenter Rechtfertigungsgrund, auszugehen. Auf das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt es sodann nicht mehr an, weil zuvor an deren Stelle die den Besonderheiten des Sports Rechnung tragenden und daher passgenaueren Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests[679] geprüft und bejaht wurden. Sofern die sportorganisatorischen Verbandsregelungen hingegen die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllen, ist noch eine Rechtfertigung nach der Legalausnahme gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbar.

677 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
678 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.
679 So auch *Stopper* SpuRt 2020, 216 (218).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der *Meca-Medina*-Test steht also nicht in einem Spezialitätsverhältnis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern ist im Hinblick auf sportorganisatorische Verbandsregelungen vorab zu prüfen. Art. 101 Abs. 3 AEUV wird dadurch in keiner Weise verdrängt, wovon auch die EU-Kommission ausgeht:[680] 363

> „Such a justification [Anmerkung des *Verfassers*: gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV] is most likely to apply where a rule is not inherent in the organisation or proper conduct of sport so as to justify the application of *Wouters* but where the beneficial effects of a rule outweigh its restrictive effects."

bb) Würdigung der Gegenauffassungen

Die hier favorisierte, soeben dargestellte Rechtsauffassung wird aus verschiedenen Gründen angezweifelt, die durchweg nicht zu überzeugen vermögen. So vertreten Teile des Schrifttums die Ansicht, zunächst sei zu prüfen, ob die von einem Sportverband mit einer Regelung verfolgten Ziele als Effizienzgewinne gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV bewertet werden könnten, bevor in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem *Meca-Medina*-Test einzusteigen sei.[681] Wenn sich dabei kein Konflikt zwischen Wettbewerbsschutz und Zielverfolgung abzeichne, bedürfe es auch keiner tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsprüfung nach dem *Meca-Medina*-Test.[682] Dies widerspricht zum einen der Rechtsauffassung der EU-Kommission, vernachlässigt zum anderen aber auch zentrale Gründe, die neben anderen den EuGH zur Einführung des *Meca-Medina*-Tests veranlassten. Denn gerade mit Verbandsregelungen, die die Organisation und den ordnungsgemäßen Ablauf eines Sportwettkampfs betreffen, werden regelmäßig nicht vorrangig ökonomische Effizienzen angestrebt, auch wenn die Regelungen durchaus wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Vielmehr stehen bei solchen Verbandsregelungen zumeist sportbezogene Notwendigkeiten und Praktikabilitätserwägungen im Vordergrund. 364

Hail[683] vertritt zu der Abgrenzungsfrage die Auffassung, zunächst ergebe sich aus dem Umstand, dass der Kartellverbotstatbestand in Art. 101 Abs. 3. AEUV detaillierte Freistellungsvoraussetzungen für Regelungen mit beschränkenden Auswirkungen bereithalte, auch für künftige Fragen des Spitzensports die Notwendigkeit, dass die Legalausnahme nach wie vor den ersten Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigung einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot darstelle. Denn soweit ein detaillierter Ausnahmetatbestand zu einem gesetzlichen Verbot 365

680 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.6.

681 *Hail* 278; *St. Horn* 99; *P. Meier* 181 ff.; *Weiler* 192; s. auch *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (18): „Nur wenn und soweit ein außerwettbewerblicher Belang mit dem dritten Absatz nicht gebührend berücksichtigt werden kann, sollte *à la Wouters* der Rückgriff auf die tatbestandsimmanenten Ausnahmen im ersten Absatz erlaubt sein."

682 *St. Horn* 120 f.; vgl. auch *Jickeli*, FS Reuter, 2010, 1027 (1037).

683 *Hail* 278.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehe, würden bereits die Grundsätze der Rechtssystematik verlangen, dass Ausnahmen prinzipiell unter den normierten Voraussetzungen gebildet würden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der bereits bestehende Bedeutungsverlust der Legalausnahme weiter fortschreite und die dahinter stehenden Wertungen des Unionsgesetzgebers gänzlich umgangen würden.

366 Dem ist entgegenzuhalten, dass der Bedeutungsverlust von Art. 101 Abs. 3 AEUV zuletzt vermutlich eher durch den Übergang zum Prinzip der Selbsteinschätzung sowie durch die rapide Zunahme von Verpflichtungszusagen (gerade auch im Sportsektor z.B. hinsichtlich der Zentralvermarktung von Live-Übertragungsrechten an Spielen von Fußballligen[684] und der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer[685]) begünstigt worden ist. Zudem vernachlässigt *Hail*, dass hinsichtlich der Voraussetzungen einerseits des Rechtfertigungstatbestands gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV und andererseits des *Meca-Medina*-Tests deutliche Parallelen bestehen. Hierbei sollte nicht vernachlässigt werden, dass an die Stelle der Verfolgung ökonomischer Effizienzen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV beim *Meca-Medina*-Test die kohärente und stringente Verfolgung durch die Besonderheiten des Sports geprägter legitimer Zielsetzungen tritt. Zudem haben der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, die die Basis für den *Meca-Medina*-Test bildet, die EU-Kommission sowie zuletzt auch der EFTA-Gerichtshof und das BKartA im Hinblick auf das Kohärenzkriterium[686] den *Meca-Medina*-Test überaus detailliert ausgestaltet und an Voraussetzungen geknüpft, die kaum als weniger streng als diejenigen in Art. 101 Abs. 3 AEUV eingestuft werden können.

367 Jüngst hat das LG Frankfurt/Main[687] sich im Hinblick auf etwaige wettbewerbsbeschränkende Vorschriften im DFB-Reglement für Spielervermittlung (RfSV) mit dem Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zu Art. 101 Abs. 3 AEUV auseinandergesetzt und eine durchaus erstaunliche und letztlich überaus zweifelhafte Argumentation präsentiert. Nachdem im vorgeschalteten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zunächst das LG Frankfurt/Main[688] und nachfolgend auch das OLG Frankfurt[689] auf die streitgegenständlichen Vorschriften den *Meca-Medina*-Test angewendet hatten, gelangte eine andere Zivilkammer des LG Frankfurt/Main im Hauptverfahren mit folgender Begründung zu einem abweichenden Ergebnis (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[690]

> „Vorliegend wird man aber bereits nicht von einem rein sportlichen Regelwerk ausgehen können (a.A. OLG Frankfurt a.M., WuW 2016, 190 Rn. 8). Der Beklagte hat ausdrück-

684 → XI. Rn. 20–27 m.w.N.
685 → XI. Rn. 28–31 m.w.N.
686 → VI. Rn. 271–277 m.w.N.
687 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 81–101.
688 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266 f.).
689 OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (173).
690 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> lich vorgetragen, dass es sein Ziel sei, den Markt für Spielervermittler zu regulieren (…). Spielervermittler üben unstreitig eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Diese besteht darin, Spielern und Vereinen eine Dienstleistung anzubieten, die einer Maklertätigkeit entspricht (vgl. §§ 652 ff. BGB). Dies zeigt auch § 1 Abs. 1 RfSV, der den Geltungsbereich des RfSV festlegt. Danach regelt das RfSV die Inanspruchnahme von Diensten eines Vermittlers für ‚den Abschluss eines Berufsspielervertrags (Vertrags- und Lizenzspieler) zwischen einem Spieler und einem Verein' sowie den ‚Abschluss einer Transfervereinbarung zwischen zwei Vereinen' (…). Der Abschluss von Arbeitsverträgen – nichts anderes ist ein Berufsspielervertrag – ist aber gerade eine wirtschaftliche Tätigkeit. Der spezifische Charakter des Sports kann nicht betroffen sein, da in jeder Branche Arbeitsverträge abgeschlossen werden. Dass Berufsspielerverträge vereinzelt Besonderheiten aufweisen mögen, vermag hieran nichts zu ändern. Bereichsspezifische Unterschiede sind jeder Branche im Wirtschaftsleben immanent. Auch die Tatsache, dass sportliche Belange (mit-)berührt werden, wenn ein Spieler einen Verein verlässt oder zu einem anderen Verein neu hinzutritt, ist unerheblich, da es sich allenfalls um reflexartige Wirkungen handelt. Sie sind jedenfalls nicht **vordergründig**. Gerade dies verlangt der EuGH aber in der „M.-M1"-Entscheidung [Anmerkung: Hier wird auf das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH Bezug genommen.]. Es handelt sich vielmehr um **eine wirtschaftliche Tätigkeit im Umfeld einer sportlichen Betätigung** (so auch EuG, Slg. 2005, II-209, Rn. 73, 77 – Piau). Entgegen der Ansicht des Beklagten ändert die Tatsache, dass der Markt für Spielervermittlung ohne den Markt des Profifußballs nicht denkbar wäre, gleichfalls nichts an der Einstufung der Reglements. Viele nachgelagerte Märkte wären ohne einen anderen Markt nicht denkbar."

Die Begründung des LG Frankfurt/Main, mit der im konkreten Fall eine Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests abgelehnt und stattdessen letztlich eine *alleinige* Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV angenommen wurde, beruht auf evidenten Fehlinterpretationen,[691] von denen zwei herausgestellt seien: 368

Es trifft schlichtweg nicht zu, dass der Gerichtshof im *Meca-Medina und Majcen*-Urteil fordert, dass sportliche Belange „vordergründig" sein müssten. Der EuGH äußert sich weder in der – bezeichnenderweise ohne Angabe eines Erwägungsgrundes – vom LG Frankfurt/Main zitierten noch in irgendeiner anderen Entscheidung dazu, ob und inwieweit ein bestimmtes quantitatives oder qualitatives Verhältnis zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und sportlicher Betätigung Voraussetzung für die Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ist. Wenn dieser Test bei „einer[r] wirtschaftlich[n] Tätigkeit im Umfeld einer sportlichen Betätigung" nicht anwendbar sein soll, wie das LG Frankfurt/Main glaubt, wäre der *Meca-Medina*-Test faktisch nahezu bedeutungslos. 369

Erstaunlich ist auch die im unmittelbaren Anschluss gleichsam als hilfsweise Begründung erfolgende Feststellung des LG Frankfurt/Main,[692] aus dem Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 gehe hervor, 370

691 Im Ansatz a.A. offenbar *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (593); *Podszun* NZKart 2021, 138 (144).
692 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „dass auch die Kommission der Auffassung ist, dass es sich bei Verbandsregelungen, die den Markt für Spielervermittler regeln, nicht um rein sportliche Regelungen handele und eine Tatbestandsrestriktion nicht vorzunehmen sei. Derartige Beschlüsse sollen hiernach allenfalls nach Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Freistellung erfahren können."

Denn genau das Gegenteil ist der Fall! Was auch immer zu dieser Fehlinterpretation geführt haben mag – es ist in jedem Fall wenig schmeichelhaft für die Zivilkammer. Diese zitiert zwar eine sachlich einschlägige Passage aus dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport, missversteht diese aber. Die zentralen Abschnitte seien hier nochmals im Wortlaut wiedergegeben und erläutert (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[693]

> „The following types of rules constitute examples of **organisational sporting rules** that – based on their legitimate objectives – are likely not to breach Articles 81 EC and/or 82 EC provided the restrictions contained in such rules are inherent and proportionate to the objectives pursued:
>
> [Anmerkung des *Verfassers*: Es folgt eine beispielhafte Auflistung von sieben verschiedenen, vorliegend nicht einschlägigen Fallgruppen sportorganisatorischer Regelungen.]
>
> The following rules represent a higher likelihood of problems concerning compliance with Articles 81 EC and/or 82 EC, although some of them could be justified under certain conditions under Article 81(3) or Article 82 EC:
>
> – […].
> – […].
> – […].
> – […].
> – **Rules regulating professions ancillary to sport (e.g. football players' agents).**
>
> Notwithstanding this tentative classification it needs to be recalled that an individual analysis of every challenged **organisational sporting rule** on a case-by-case basis is indispensable."

371 Die EU-Kommission zählt also Vorschriften, welche die Tätigkeit von Spielervermittlern reglementieren, durchaus zu den „organisational sporting rules". Dies wird deutlich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sowohl in dem eingangs als auch in dem abschließend zitierten Absatz dieser Terminus verwendet wird. Es wird also keineswegs in Abrede gestellt, dass auch auf Regelungen bezüglich Spielervermittlern der *Meca-Medina*-Test angewendet werden kann. Die Kommission stellt lediglich fest, dass eine größere Wahrscheinlichkeit von Problemen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 81 EG (= Art. 101 AEUV) bestehe, weil – unausgesprochen – die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests möglicherweise nicht erfüllt seien. Solche Regelungen könnten dann aber gleichwohl noch unter bestimmten Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden. Dass auf Regelungen bezüglich Spielervermittlern allein Art. 101 Abs. 3 AEUV angewendet werden kann, besagt die zitierte Passage indes gerade nicht. Diese

693 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interpretation wird in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport sodann an späterer Stelle nochmals dadurch bestätigt, dass hier eine Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf Berufe mit Sportbezug, zu denen auch Spielervermittler zählen, vorausgesetzt wird:[694]

> „As regards the compatibility of federations' rules with EU competition law, even if the restrictions they impose on these sport-related professions are not likely to be considered inherent in the pursuit of a legitimate sporting objective, they may nevertheless be justified under Article 81(3) or Article 82 EC."

372 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aufgrund der vorgenannten Erwägungen nach Auffassung der EU-Kommission der *Meca-Medina*-Test im Grundsatz auf wettbewerbsbeschränkende Verbandsvorschriften zur Reglementierung der Tätigkeiten von Spielervermittlern angewendet werden kann – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Das bedeutet, dass der grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests in solchen Fällen keinerlei Indizwirkung darüber zukommt, ob im Einzelfall auch dessen recht strengen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt werden. Und wenn dies nicht der Fall sein sollte, bestände immer noch die Möglichkeit zu versuchen, die andersartigen Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nachzuweisen.[695]

h) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen

373 Bereits im Rahmen der Erwägungen zur Unmöglichkeit, bei unternehmerisch tätigen Sportverbänden eine kartellrechtliche Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters zuzulassen, zeichnete sich ab, dass selbst bei Spielregeln im engeren Sinne stets eine Einzelfallentscheidung notwendig ist.[696] Dies gilt für die rechtliche Bewertung sportorganisatorischer Regelungen am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests gleichermaßen, wie auch die EU-Kommission betont.[697] Insbesondere ist es auch nicht möglich, im Vorhinein eine umfassende Liste mit rechtlich in jedem Fall zulässigen sportorganisatorischen Verbandsmaßnahmen aufzustellen. Dagegen spricht insbesondere, dass bereits kleinste Modifikationen des Sachverhalts zu einer abweichenden (kartell)rechtlichen Beurteilung führen können und beispielsweise nicht abstrakt *ex ante* bestimmt werden kann, ob ein Sportverband eine mit der betreffenden Maßnahme verbundene legitime Zielsetzung in kohärenter und stringenter Weise verfolgen wird.

694 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.4.
695 Zu diesen Aspekten → XIII. Rn. 584–589.
696 → VI. Rn. 88 f.
697 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.1.7.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

i) Praktische Hinweise

374 Selbst wenn ein (inter)nationaler Sportverband seine sportorganisatorischen Regelungen und deren Umsetzung vorab daraufhin überprüft haben sollte, dass sie im Zweifel die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllen, ist damit nicht ausgeschlossen, dass die Regelungsunterworfenen die Rechtslage anders beurteilen und ihrerseits – juristisch kundig beraten – eine Kartellbehörde zum Einschreiten veranlassen oder ein Verfahren vor einem Sportschiedsgericht oder einem staatlichen Gericht einleiten. In solchen Konstellationen ist sodann größte Umsicht geboten, was hier aus Sicht der beiden Parteien im Hinblick auf die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests gesondert bewertet werden soll.

375 Zunächst soll zu diesem Zweck die Position der regelungsunterworfenen Partei (z.B. Athlet oder Sportclub) eingenommen werden:

376 – Die juristischen Erfolgsaussichten hängen zunächst in erheblichem Maße von den (kartell)rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters ab. Da hier bereits unterstellt wurde, dass ein kartellrechtliches Verfahren anhängig ist, soll insoweit die entsprechende Expertise unterstellt werden (was aber insbesondere bei Rechtsanwälten im Allgemeinen und mitunter auch bei solchen, die sich als „Fachanwalt für Sportrecht" bezeichnen dürfen, keineswegs eine Selbstverständlichkeit ist[698]).

377 – Zugleich lehrt die Erfahrung, dass Sportverbände bei einem für sie ungünstigen Ausgang des Verfahrens dazu neigen, den Rechtsweg auszuschöpfen. Dies bedeutet für die regelungsunterworfene Partei, dass bei letztlich ungewissen Prozessaussichten erhebliche finanzielle Mittel für ein eventuell langwieriges, sich vermutlich über mehrere Instanzen erstreckendes Verfahren zur Verfügung stehen sollten. Dies wird einen umsatzstarken Fußballclub vor geringere Probleme stellen als etwa Individualathleten mit nur vergleichsweise überschaubarem Einkommen.

378 – Die regelungsunterworfene Partei muss bestrebt sein darzulegen, dass die streitgegenständliche Verbandsregelung die strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllt. Hierzu sollte möglichst substantiiert vorgetragen werden. Dabei wird sich etwa eine behauptete unzureichende Kohärenz und Stringenz der Verfolgung eines legitimen Ziels durch den Sportverband leichter nachweisen lassen als die fehlende Erforderlichkeit oder Angemessenheit der beanstandeten Maßnahme. Hinsichtlich des letzten Punktes ist insbesondere zu beachten, dass es nicht ausreicht, die Unangemessenheit

698 Diese Auffassung beruht auf der gegenüber dem *Verfasser* offen zum Ausdruck gebrachten Selbsteinschätzung mehr als nur eines Fachanwalts für Sportrecht, wobei hier aus naheliegenden Gründen auf Quellenangaben verzichtet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der streitgegenständlichen Vorschrift oder Maßnahme zu behaupten, sondern dass insoweit konkrete Alternativmaßnahmen benannt werden müssen, die zum einen zu einer weniger intensiven Wettbewerbsbeschränkung führen und die zum anderen eine mindestens gleich effektive Zielverfolgung gewährleisten.[699] In diesem Kontext kann es erforderlich werden, ökonomische Prognosen anzustellen, deren Überzeugungskraft durch entsprechende ökonometrische Gutachten untermauert werden kann.

– Bei den Feinheiten des Sportkartellrechts – dazu gehört insbesondere auch der *Meca-Medina*-Test – handelt es sich um juristisches Spezialwissen, das nicht nur bei Rechtsanwälten, sondern auch bei staatlichen Richtern oder Mitgliedern eines Sportschiedsgerichts nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann. Das ist im Hinblick auf die letztgenannte Gruppe zwar bedauerlich, wird doch regelmäßig die überlegene (sport)rechtliche Expertise der dort tätigen Schiedsrichter hervorgehoben. Aber die Erfahrung lehrt, dass gerade im Hinblick auf das Sportkartellrecht der altbekannte Grundsatz *iura novit curia* durch nicht unerhebliche Durchbrechungen gekennzeichnet ist.[700] Daher kann gerade in solchen Fällen die Hinzuziehung externer Rechtsexpertise durch die regelungsunterworfene Partei und die Einreichung entsprechender Rechtsgutachten sinnvoll sein. In jedem Fall sollte die betroffene Partei in Sportschiedsverfahren hinsichtlich des von ihr zu benennenden Beisitzers darauf bedacht sein, dass dieser mit den Feinheiten des Sportkartellrechts vertraut ist. Bei Mitarbeitern von Kartellbehörden kann hingegen das nötige Fachwissen unterstellt werden, ebenso regelmäßig bei auf Kartellrecht spezialisierten Kammern und Senaten an staatlichen Gerichten. 379

– Im Hinblick auf die kartellrechtliche Expertise, auf die völlige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Spruchkörper und auf Kostenaspekte scheint es vorzugswürdig zu sein, eine Beschwerde bei Kartellbehörden einzureichen und die Einleitung entsprechender Kartellverfahren gegen den betreffenden Sportverband zu beantragen. Dies gilt umso mehr, als zuletzt die Athletenrechte durch bei der EU-Kommission und beim BKartA geführte Verfahren deutlich gestärkt worden sind.[701] Allerdings ist zu berücksichtigen, dass solche Verfahren für die Behörden regelmäßig sehr arbeits- und zeitaufwändig sind, so dass sie angesichts der zahlreichen weiteren, nicht den Sportsektor betreffenden Verfahren ihr Aufgreifermessen sehr sorgfältig ausüben werden. Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass die EU-Kommission bereits hat verlauten lassen, dass organisatorische und rechtliche Fragen innerhalb der 380

699 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.
700 → IV. Rn. 284–310 und VI. Rn. 364–372, jew. m.w.N.
701 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbände und deren Umfeld besser bei den nationalen Behörden, nationalen Gerichten und Schiedsgerichten als bei der Kommission aufgehoben seien.[702] Damit sind die Aussichten begrenzt, durch Einschaltung von Kartellbehörden zeitnah eine abschließende rechtliche Beurteilung zu erhalten.

381 Aus der Perspektive (inter)nationaler Sportverbände stellt sich die Lage hingegen etwas anders dar:

382 – Zunächst hängen auch insoweit die juristischen Erfolgsaussichten in erheblichem Maße von den (kartell)rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters ab. Auch wenn sich Sportverbände nicht selten in fast sämtlichen rechtlichen Angelegenheiten von der gleichen Kanzlei, mitunter stets vom gleichen Rechtsanwalt vertreten lassen, bleibt zu erwägen, ob man nicht (auch) einen im Kartellrecht ausgewiesenen Spezialisten hinzuziehen sollte. Was in anderen Lebensbereichen selbstverständlich ist, sollte eigentlich auch in der Rechtsberatung gelten. Denn wer etwa unter erheblichen Herzrhythmusstörungen leidet, wird sich üblicherweise nicht auf den Besuch beim Hausarzt beschränken, sondern einen spezialisierten Arzt, im Zweifel einen Kardiologen, aufsuchen, um Rat fragen und möglicherweise noch die Einschätzung eines weiteren Experten einholen.

383 – Sportverbände müssen sich zumeist über die Finanzierung eines sich eventuell über mehrere Instanzen hinziehenden Rechtsverfahrens weniger Gedanken machen als die Gegenseite. Zudem verfügen sie insoweit über größere Erfahrung und sind als *repeat player* mit den Verfahrensabläufen besser vertraut als die Gegenseite.

384 – Ein Sportverband muss bestrebt sein darzulegen, dass die streitgegenständliche Verbandsregelung die strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllt. Dabei kann sich insbesondere der Nachweis, dass mit der streitigen Verbandsvorschrift tatsächlich ein legitimes und nicht rein *eigen*wirtschaftliches Ziel in stringenter und kohärenter Weise verfolgt wird, als Stolperstein

702 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184.

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erweisen.[703] Insoweit bedarf es substantiierten Sachvortrags.[704] Sodann kann sich der Sportverband jedoch zunächst auf die Darstellung seiner Rechtsauffassung beschränken, wonach die streitige Vorschrift als geeignet, erforderlich und angemessen einzustufen sei. Ergänzender substantiierter Vortrag ist in diesem Zusammenhang erst erforderlich, falls die Gegenseite konkrete, den Wettbewerb angeblich weniger beschränkende und im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel mindestens gleich effektive Alternativmaßnahmen vortragen sollte. Die eigene Rechtsauffassung könnte, sofern sie auf ökonomischen Prognosen beruht, erforderlichenfalls durch entsprechende ökonometrische Gutachten untermauert werden.

– Im Hinblick auf das kartellrechtliche Fachwissen zumindest der mit dem Verfahren befassten Spruchkörper sollten die Interessen der Sportverbände denjenigen der regelungsunterworfenen Parteien entsprechen. 385

703 Kurz nach Einführung des *Meca-Medina*-Tests hatte der *Verfasser* noch vermutet, dass sich eine darauf gestützte Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Verbandsregeln oder -maßnahmen erst auf der dritten Stufe, d.h. im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, entscheiden werde, vgl. *Heermann* WuW 2009, 394 (403). Dreizehn Jahre später ist die dogmatische Durchdringung des *Meca-Medina*-Tests deutlich fortgeschritten, so dass an der damaligen Einschätzung nicht mehr uneingeschränkt festgehalten werden kann. Denn inzwischen hat sich herausgestellt, dass dem Erfordernis der Verfolgung einer *legitimen* Zielsetzung in *kohärenter und stringenter Weise* eine erhebliche praktische Bedeutung zukommt. Je nachdem, wo man das Kohärenzkriterium dogmatisch ansiedelt (bei der Legitimität der Zielsetzung auf der ersten Stufe, im Rahmen der Inhärenzprüfung auf der zweiten Stufe oder bei der Geeignetheit der Maßnahme auf der dritten Stufe), kann ein Nichtvorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen vielfach schon vor einer etwaigen Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden.

704 S. etwa LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322). Das Gericht bemängelte (ohne auf den *Meca-Medina*-Test einzugehen), dass der Sportverband für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung seiner von sportlichen Leistungskriterien unabhängigen Nominierungsentscheidung „keinerlei Grund vorgetragen [habe], der einer Prüfung hinsichtlich seiner sachlichen Tragfähigkeit unterzogen werden könnte“ und nahm einen Verstoß des Sportverbandes gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB an. S. auch *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (80): „Das Verfolgen legitimer Zwecke als Rechtfertigungskriterium darf nicht durch einen formalistisch-redaktionellen Vorgang, der darin besteht, die richtigen Begriffe in jede Satzung oder jedes Regelwerk zu kopieren, und das Behaupten oder Aufzeigen bloß abstrakter, theoretisch-mittelbarer Bezüge zum Sportgeschehen zu erfüllen sein.“

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748933298-283, am 10.09.2024, 04:33:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb