

## VII. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 102 AEUV

### 1. Relevante Märkte im Sportbereich

Nach hier vertretener Rechtsauffassung kann im Sport zwischen folgenden 1 Märkten differenziert werden:

- Beschaffungsmärkte (z.B. Märkte für Arbeits- und Dienstleistungen von Spielern, für Dienstleistungen von Spielervermittlern, für Sportgeräte und Sportkleidung);
- Sportveranstaltungsmärkte (z.B. Märkte für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen, für die Zulassung von Athleten und/oder Clubs zu einem verbandsseitig organisierten Wettbewerb und für die Zulassung einer verbandsfremden Sportveranstaltung durch Sportverbände);
- Absatzmärkte (z.B. Märkte für die mediale Verwertung, für Sponsoring, für Eintrittskarten zu Sportveranstaltungen);
- Märkte für die Beteiligung an Sportclubs.

Der jeweils relevante Markt ist sodann in sachlicher und räumlicher Hinsicht 2 nach den allgemeinen Kriterien abzugrenzen. Den Ausgangspunkt bildet insoweit üblicherweise das Bedarfsmarktkonzept. Vorliegend wird die Rechtsauffassung favorisiert, dass bei Sportveranstaltungen zum einen der Markt für die Organisation und Durchführung des Events und zum anderen der Markt für dessen Vermarktung grundsätzlich zwei voneinander getrennt zu bewertende relevante Märkte begründen. Einen Unterfall des Marktes für die Organisation und Durchführung eines Sportevents bildet dabei der Markt für die Zulassung von Athleten zu dieser Veranstaltung und/oder für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die detaillierten, mit Quellen zum Meinungsstand versehenen und ausführlich begründeten rechtlichen Ausführungen zur Bestimmung des relevanten Marktes im Sport in dem betreffenden Abschnitt zu Art. 101 AEUV Bezug genommen.<sup>1</sup> 3

1 → VI. Rn. 90–113.

## 2. Marktbeherrschung

### a) Grundlagen

- 4 Adressaten von Art. 102 AEUV sind „ein oder mehrere Unternehmen“, die eine „beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“ innehaben. Die marktbeherrschende Position eines Unternehmens als solche ist im Ausgangspunkt kartellrechtlich völlig unbedenklich. Erst wenn die marktbeherrschende Position von dem oder den betreffenden Unternehmen in missbräuchlicher Weise ausgenutzt werden sollte,<sup>2</sup> kommt ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV in Betracht, sofern das betreffende Wettbewerbsverhalten nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>3</sup> Das ist zunächst eine gute Nachricht für Sportverbände, die aufgrund des Ein-Platz-Prinzips<sup>4</sup> stets Gefahr laufen, in den Anwendungsbereich des für marktbeherrschende Unternehmen geltenden kartellrechtlichen Missbrauchsverbots zu fallen. Der beschriebene Regelungsmechanismus gilt nach den jeweiligen nationalen Kartellrechtsordnungen für Deutschland, für die anderen Mitgliedstaaten der EU, aber etwa auch in der Schweiz.
- 5 Wenn auch in regelmäßigen Abständen unabhängig von etwaigen Verstößen gegen das Kartellrecht zumeist politisch motivierte Forderungen nach Zerschlagung großer Unternehmen oder Konzerne mit enormer Marktmacht (wie z.B. Facebook, Amazon, Microsoft) geäußert werden, so ist eine solche Forderung für große Sportverbände zumindest mit vergleichbarer Außenwirkung noch nicht aufgestellt worden. Eine Entflechtung großer Sportverbände durch Aufspaltung in verschiedene kleinere, rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen hat bislang noch nicht auf der politischen Agenda gestanden. Es wird indes diskutiert, ob in Sportverbänden zwecks Ausschaltung von potentiellen Interessenkonflikten Verwaltungs- und Vermarktungsaufgaben rechtlich voneinander getrennt werden sollten.<sup>5</sup> Auch bei Sportvereinen sind keine zwingenden Entflechtungsvorgaben gegeben. So sind in Deutschland etwa als Idealvereine organisierte Fußballclubs bislang nicht zur Ausgliederung ihrer unter dem Dach des Vereins unternehmerisch tätigen Profiabteilungen gezwungen worden, obgleich – gestützt auf die Vereinsklassenabgrenzung nach §§ 21, 22 BGB, jedoch nicht auf kartellrechtliche Gründe – der *Kita*-Beschluss des BGH<sup>6</sup> durchaus in dieser Weise interpretiert werden könnte.<sup>7</sup>

---

2 → VII. Rn. 38–51.

3 → VII. Rn. 67–71.

4 → IV. Rn. 69–76.

5 → VII. Rn. 52–66.

6 BGHZ 215, 69 ff. = BGH NJW 2017, 1919 ff.

7 *Leuschner* NJW 2017, 1919 (1923 f.).

Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens hängt 6 von verschiedenen Faktoren ab, wobei sich für den Sportsektor im Allgemeinen und Sportverbände im Besonderen keine Spezifika ergeben.<sup>8</sup> Eine Marktbeherrschung gem. Art. 102 AEUV wird in ständiger Rechtsprechung des EuGH angenommen, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtposition innehat, aufgrund derer es sich gegenüber seinen Wettbewerbern und Abnehmern in nennenswertem Umfang unabhängig verhalten und dadurch einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt verhindern kann.<sup>9</sup> Je größer der Anteil eines Unternehmens am relevanten Markt ist (insbesondere nach Überschreiten der 50 %-Schwelle), desto größer ist im Grundsatz die Wahrscheinlichkeit, dass eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann. Zur Ermittlung einer solchen Position sind die Marktanteile, mögliche Markteintritte oder Expansionen von Wettbewerbern sowie die Nachfragemacht der Marktgegenseite in die Abwägung mit einzubeziehen.<sup>10</sup> Sofern die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens angenommen werden kann, lässt sich aus dem Kartellrecht die Pflicht ableiten, diese Marktposition nicht zu missbrauchen.

Bislang ist in diesem Abschnitt unterstellt worden, dass ein einzelnes Unternehmen 7 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Indes ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 102 AEUV, dass auch „mehrere Unternehmen“ gemeinsam einen relevanten Markt beherrschen können.<sup>11</sup> Im Ausgangspunkt kommt es – wie bei einem Einzelunternehmen – wiederum darauf an, ob die beteiligten Unternehmen sich gegenüber ihren Konkurrenten, Handelspartnern und den Verbrauchern in nennenswertem Umfang unabhängig verhalten können.<sup>12</sup> Von einer solchen Konstellation ist auszugehen, wenn zwischen den untersuchten Unternehmen kein wirksamer Binnenwettbewerb besteht und aufgrund der Marktstruktur auch kein Wettbewerbsdruck von potentiellen Wettbewerbern oder der Marktgegenseite ausgeht.<sup>13</sup> Wie sich aus einem Vergleich des Wortlauts der Vorschriften ergibt, sind – anders als bei Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>14</sup> – Unternehmensvereinigungen nicht Normadressaten von Art. 102 AEUV. Wer allerdings nun-

8 Neben Erläuterungen in Kommentaren zum Kartellrecht vgl. aus dem sportrechtlichen Schrifttum stellvertr. *Grätz* 163 ff.; *Opfermann* 301 ff.

9 EuGH Slg. 1978, 207, Rn. 65 = NJW 1978, 2439 (2440) – United Brands; EuGH Slg. 1979, 461, Rn. 38 = BeckRS 2004, 73814 – Hoffmann-La Roche; EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 19 ff. = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.

10 EU-Komm., Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/02, Rn. 12; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 86 ff.

11 S. stellvertr. hierzu EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 35 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports; Langen/Bunte/*Bulst*, Bd. 2, Art. 102 AEUV Rn. 64 ff.

12 EuGH Slg. 1998, I-1375, Rn. 221 = EuZW 1998, 299 (311) – Kali & Salz; EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 42 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.

13 S. hierzu ausf. etwa Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 115 ff. m.w.N.; vgl. auch *St. Horn* 215.

14 → VI. Rn. 114–118.

mehr glaubt, dass (inter)nationale Sportverbände, die wegen der kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft ihrer unmittelbaren Mitglieder regelmäßig als Unternehmensvereinigungen einzustufen sind, nicht als Adressaten von Art. 102 AEUV, d.h. des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots, in Betracht kommen, befindet sich auf einem Irrweg. Denn in der Praxis unterwerfen die EU-Kommission sowie das BKartA und in deren Windschatten auch die Gerichte insbesondere über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung<sup>15</sup> Sportverbände gleichwohl dem kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand.

b) Märkte für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen

- 8 Infolge des Ein-Verband-Prinzips<sup>16</sup> haben (inter)nationale Sportdachverbände regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen inne.<sup>17</sup> Dieser Markt lässt sich oftmals noch enger fassen. Unterfälle hierzu bilden etwa ein Markt für die Zulassung von Athleten zu einem bestimmten Sportevent durch den Sportverband oder ein Markt für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen durch den Sportverband.
- 9 Soweit das Prozedere der Auswahl der Teilnehmer an einer (inter)nationalen Sportveranstaltung betroffen ist, verfügt der veranstaltende Sportverband zu meist über eine – als solche kartellrechtlich unbedenkliche – Monopolstellung, weil für die Marktgegenseite, d.h. für Athleten, Vereine und Nationalmannschaften, regelmäßig keine gleichwertigen Alternativen existieren. Wer deutscher Fußballmeister der Männer in der höchsten Spielklasse werden möchte, muss zwangsläufig Mitglied der DFL sein. Fußballweltmeister werden allein bei einer von der FIFA veranstalteten Fußball-Weltmeisterschaft gekürt. Oder wer in der Leichtathletik einen weltweit anerkannten Weltrekord etwa im Weitsprung aufstellen möchte, wird dies nur gelingen, wenn er an einem vom internationalen und/oder nationalen Leichtathletikverband organisierten oder von diesem lizenzierten oder anerkannten Sportevent teilnimmt. Wer internationale sportliche Ehren anstrebt, wird in der Teilnahmemöglichkeit an nationalen Wettkämpfen keine Alternative zu Welt- oder Europameisterschaften erblicken.<sup>18</sup>

15 → VII. Rn. 16–37.

16 → IV. Rn. 69–76.

17 BGHZ 210, 292, Rn. 45 = NJW 2016, 2266 – Pechstein; *Hannamann/Vieweg* in *Württembergischer Fußballverband*, 1998, 49 (55 ff.); *Heermann WuW* 2009, 489 (493–495); *Heermann WRP* 2015, 1047, Rn. 13–15. *Opfermann* 302 spricht insoweit von einem „Markt für die Zulassung zu offiziellen Wettkämpfen“.

18 OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (43); zust. *Zimmermann ZWeR* 2016, 66 (73); *Heermann JZ* 2015, 362 (363).

Nur in besonders gelagerten Einzelfällen kann es für Athleten wirtschaftlich mindestens ebenso attraktiv sein, auf die Teilnahme an internationalen Turnieren zu verzichten und allein in einer nationalen Liga zu spielen. Dies gilt etwa für Basketballspieler in der NBA National Basketball League, die sich fast ausschließlich aus U.S.-amerikanischen Teams sowie – derzeit – einem Team aus Kanada zusammensetzt. In den Teams spielen fast ausnahmslos die weltweit besten Basketballer, die damit bereits gleichsam den „internationalen“ Gipfel erklommen haben. Denn die NBA National Basketball League agiert nicht nur in sportlicher, sondern auch in finanzieller Hinsicht auf höchstmöglichem Niveau.<sup>19</sup> Angesichts dessen verzichten manche NBA-Spieler sogar auf die Teilnahme an sämtlichen oder zumindest einigen Spielen ihrer jeweiligen Nationalmannschaften, weil der Spielbetrieb in der NBA bei terminlichen Überschneidungen ohnehin Vorrang hat und dadurch kaum noch eine Steigerung des eigenen Marktwerts möglich ist. Zudem dürfen sich die Spieler desjenigen Teams, welches die NBA National Basketball League gewinnt, ohnehin schon bis zur Vergabe des nächsten Meisterschaftstitels in aller Bescheidenheit „World Champions“ nennen.

Die bisherigen Erwägungen zur marktbeherrschenden Stellung eines Sportverbandes auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen beruhen auf der Annahme, dass der Sport(dach)verband selbst unmittelbar auf dem genannten Markt tätig wird. Was gilt jedoch, wenn die Wettbewerbe von Mitgliedsverbänden oder privaten Veranstaltern in eigener Verantwortung durchgeführt werden? In einer solchen Situation wird der übergeordnete Sport(dach)verband nur dann aus seiner kartellrechtlichen Verantwortung entlassen, wenn zwischen ihm und dem von anderer Seite durchgeführten Event keinerlei rechtliche Bindungen mehr bestehen. Gerade dies wird aber vielfach nicht der Fall sein. Sofern der Sport(dach)verband den Athleten oder Mannschaften Lizenzen als Voraussetzung für die Teilnahme am organisierten Sport und damit auch an Events, die etwa von Mitgliedsverbänden veranstaltet werden, ausgibt, ist der Dachverband auf diese Weise gleichwohl auf dem Markt für die Organisation und Durchführung auch solcher Sportveranstaltungen tätig.<sup>20</sup> Denkbar ist zudem, dass der Sport(dach)verband daneben oder stattdessen ein Lizenzsystem für die Vergabe von Austragungsrechten einrichtet.<sup>21</sup> Anders gestaltet sich die Rechtslage hingegen, wenn ein privater Veranstalter ein Sportevent organisiert und durchführt, ohne dass er sowie auch die teilnehmenden Athleten

19 Mitunter stufen Experten des Basketballsports, wie etwa der deutsche Basketballtrainer (zweimaliger Trainer des Jahres) und erfahrene Basketballkommentator *St. Koch* FAZ v. 29.10.2020 („Besser als die NBA – Was die Euroleague dem Star-Spektakel voraushat“), die Euroleague im Vergleich zur NBA zumindest spielerisch als stärker ein.

20 *St. Horn* 173 f.; ihm folgend *Opfermann* 303.

21 *Zimmermann ZWeR* 2016, 66 (73).

oder Mannschaften an einer offiziellen Lizenzierung oder sonstigen Anerkennung der Veranstaltung durch den Sport(dach)verband interessiert sind.

c) Angrenzende Märkte

- 12 Oftmals wird (inter)nationalen Sportdachverbänden mit oder ohne Bezugnahme auf das Ein-Verband-Prinzip<sup>22</sup> in der medialen Berichterstattung, mitunter aber auch im juristischen Schrifttum undifferenziert eine Monopolstellung zugesprochen.<sup>23</sup> Die Begriffe Sportverband und Monopolverband werden in diesem Zusammenhang sodann mehr oder weniger synonym verwendet.<sup>24</sup> Daraus wird dann manchmal der voreilige und in vielen Konstellationen (kartell)rechtlich unzutreffende Schluss gezogen, dass ein Sportdachverband auf jedem relevanten Markt, auf dem er eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, gleichsam marktbeherrschend sei.
- 13 Diese Annahme lässt sich durch das einfache Beispiel eines nationalen Dachverbandes in einer bestimmten Sportart, der seine Sportevents selbst organisiert und durchführt, widerlegen. Aufgrund des Ein-Platz-Prinzips und der Eingliederung des nationalen Sportdachverbandes in eine pyramidenförmige sowie hierarchisch strukturierte (inter)nationale Verbandsstruktur wird er regelmäßig über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen in der betreffenden Sportart verfügen. Etwaige rein privat organisierte Sportevents mögen zwar existieren, welche für die (un)mittelbaren Mitglieder des Sportdachverbandes aber keine ernsthaften Substitute für die von diesem organisierten Sportwettkämpfe bieten.
- 14 Wenn dieser Sportdachverband die von ihm organisierten Sportevents auch selbst vermarktet und entsprechende Werbe- und Sponsorenverträge abschließt, hat er auf dem Markt für die Vermarktung von Sportveranstaltungen mit großer Wahrscheinlichkeit *keine* marktbeherrschende Stellung inne. Denn für die Marktgegenseite – dies sind nunmehr nicht die teilnehmenden oder teilnahmewilligen Athleten oder Clubs, sondern die werbetreibenden Unternehmen – existieren grundsätzlich durchaus Substitute. Sie könnten nämlich ihre Werbebotschaften mit anderen Partnern ebenso effektiv verbreiten, etwa durch das Sponsoring teilnehmender Athleten oder Mannschaften, aber mitunter auch durch das Sponsoring von Veranstaltungen in einer anderen Sportart. Dass der betreffende

22 → IV. Rn. 69–76.

23 S. stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 234: „Die Folge [des Ein-Platz-Prinzips] ist eine – international abgesicherte – Monopolstellung der Sportverbände.“

24 S. stellvertr. jüngst *Bliesze* SpuRt 2022, 23 (25): „[...] ist im Sportsektor aufgrund der mit dem Ein-Platz-Prinzip einhergehenden faktischen Monopolstellung der Sportverbände [...]“.

Sportdachverband auf diesem in sachlicher und räumlicher Hinsicht noch näher abzugrenzenden relevanten Markt letztlich eine marktbeherrschende Stellung innehat, ist sehr unwahrscheinlich. Eine Ausnahme bilden allenfalls Sportevents mit besonderen Alleinstellungsmerkmalen wie etwa Olympische Sommer- und Winterspiele oder vielleicht auch Fußball-Weltmeisterschaften oder -Europameisterschaften, weil nur anlässlich solcher Events länderübergreifend eine bestimmte Gruppe von Werberezipienten erreicht werden kann.

Damit kann Folgendes als Zwischenfazit festgehalten werden: Der Umstand, dass ein Sport(dach)verband auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen, auf dem Markt für die Zulassung von Athleten zu einem Sportevent oder auf dem Markt für die Zulassung von (privaten) konkurrierenden Sportveranstaltungen Monopolist oder zumindest ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, bedeutet nicht, dass der Verband zugleich auf den benachbarten, insbesondere den vor- und nachgelagerten relevanten Produktmärkten eine solche Position innehat. Vielmehr bedarf es insoweit auf den angrenzenden Märkten wiederum einer genauen kartellrechtlichen Prüfung der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalls. 15

### 3. Kollektive Marktbeherrschung

#### a) Problematik und rechtliche Ausgangslage

Es ist zunehmend zu beobachten, dass (inter)nationale Sport(dach)verbände Statuten erlassen, die sich wettbewerbsbeschränkend auf Märkten auswirken, auf denen sie selbst gar keine unternehmerischen Tätigkeiten entfalten. Diese Konstellationen lassen sich in verschiedene Kategorien untergliedern: 16

- In der ersten Fallgruppe legen die vom Sportverband erlassenen Regelungen allein für (un)mittelbare Verbandsmitglieder Verpflichtungen fest. Beispielhaft hierfür seien Vermarktungsbeschränkungen genannt, die ein Sportverband denjenigen Athleten auferlegt, die an seinen Sportwettkämpfen teilnehmen, um auf diese Weise das Individualsponsoring der Athleten anlässlich des Sportwettkampfes einzudämmen. Ein vom Sportverband billigend in Kauf genommener Nebeneffekt einer solchen Maßnahme besteht darin, dass seine eigenen offiziellen Sponsoren, die neben Bandenwerbung etc. vielfach gleichfalls – zumindest teilweise – von den Wettkampfteilnehmern auf der Sportkleidung präsentiert werden (müssen), uneingeschränkte Aufmerksamkeit seitens der Zuschauer erfahren, was die entsprechenden Werbepakete für den 17

Sportverband noch wertvoller macht.<sup>25</sup> Derartige Verbandsstatuten haben wettbewerbsbeschränkende Wirkungen unmittelbar für die teilnehmenden Athleten und mittelbar für deren Individualsponsoren, weil letztere die von ihnen unterstützten Athleten gerade während des Sportwettkampfs nicht als Testimonials einsetzen können.

- 18 – In der zweiten Fallgruppe sind Adressaten der Verbandsregelungen nicht nur die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder. Vielmehr werden zugleich auch verbandsunabhängigen Dritten Pflichten auferlegt, die sich wettbewerbsbeschränkend auswirken. Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf die verbandsrechtlichen Vorschriften im Fußballsport hingewiesen, durch die die Tätigkeit der Spielervermittler reglementiert wird.<sup>26</sup>
- 19 – Eine dritte Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass in den zuvor beschriebenen beiden Fallgruppen ein internationaler Sport(dach)verband oder eine ähnliche Organisation (z.B. das Internationale Olympische Komitee, IOC) zwar wettbewerbsbeschränkende Regelungen aufstellt, diese jedoch nicht unmittelbar für die Athleten etc. gelten. Vielmehr werden letztere erst von Mitgliedsverbänden oder ähnlichen Organisationen (z.B. Nationalen Olympischen Komitees, NOKs) regelmäßig vertraglich an die betreffenden Statuten gebunden.<sup>27</sup>
- 20 In solchen Fallgestaltungen ergibt sich eine Vielzahl ebenso interessanter wie rechtlich komplexer Fragestellungen:
- Kann in solchen Konstellationen der Sportverband kartellrechtlich in die Verantwortung genommen werden, obgleich er auf dem relevanten Markt, auf dem die Wettbewerbsbeschränkungen auftreten, überhaupt nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager unternehmerisch tätig ist?
  - Kann überhaupt ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften in Betracht kommen, weil der Sportverband lediglich Verbandsregelungen aufgestellt hat, damit insoweit – zumindest nach eigener Rechtsauffassung – nicht unternehmerisch tätig geworden ist und deshalb als Normadressat überhaupt nicht in Betracht kommt?<sup>28</sup>
  - Kommt der Sportverband in solchen Konstellationen überhaupt als Normadressat von Art. 102 AEUV in Betracht, obgleich es sich beim Verband um eine in der Norm nicht ausdrücklich adressierte Unternehmensvereinigung handelt?

25 Zu den damit im Übrigen verbundenen Rechtsproblemen → XIII. Rn. 655–708.

26 Diese Konstellation ist nachgebildet EuG Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102 – Piau. Zu dieser Problematik → XIII. Rn. 548–591.

27 Diese Konstellation ist nachgebildet BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC. Zu dieser Problematik → XIII. Rn. 655–708.

28 Ausf. zu diesem rechtlichen Aspekt → VI. Rn. 114–138.

Es liegt auf der Hand, dass die genannten rechtlichen Aspekte Sportverbänden willkommene Hintertürchen zur Flucht aus der kartellrechtlichen Verantwortung eröffnen könnten, wenn die vorgenannten Fragen einzeln oder – besser noch – allesamt mit einem deutlichen „Nein“ zu beantworten wären. Indes weist die Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und der Gerichte tendenziell in die genau entgegengesetzte Richtung. Diese Entwicklung soll nachfolgend – soweit nicht bereits in früheren Abschnitten geschehen – nachgezeichnet und anschließend gewürdigt werden. 21

#### b) Meinungsstand

Wie schon in anderen Abschnitten zuvor soll eingangs die Rechtsauffassung der EU-Kommission referiert werden, zumal diese wichtige Hinweise auf die Entscheidungspraxis erwarten lässt. Im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 ist zur rechtlichen Ausgangsproblematik Folgendes angemerkt worden:<sup>29</sup> 22

„However, the CFI [Anmerkung: Gericht Erster Instanz] has found that even where a sports association is not itself active on a given market, it may be considered an undertaking under Article 82 EC to the extent the association is the emanation of its members which are active on the market.“

Hier nahm die EU-Kommission auf das Urteil des seinerzeitigen Gerichts Erster Instanz, heute Gericht der Europäischen Union (EuG), in der Rechtssache *Piau* Bezug.<sup>30</sup> In diesem Verfahren, dessen Streitgegenstand wettbewerbsbeschränkende Regelungen des damaligen FIFA-Spielervermittler-Reglements betraf, war die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung erstmals auf den Sportsektor angewendet worden. Zu diesem Zweck war die übergeordnete Einheit FIFA durch Rückgriff auf die erwähnte Rechtsfigur kartellrechtlich in die Verantwortung genommen worden, obgleich der Fußballverband selbst auf dem sachlich relevanten Markt für die Vermittlung und den Transfer von Fußballspielern nicht tätig geworden war. Denn üblicherweise werden Spielervermittler von den Fußballspielern und/oder dem abgebenden und dem aufnehmenden Fußballclub eingeschaltet, wobei zumindest letztere mittelbare Mitglieder der FIFA sind. 23

Dabei hat das EuG das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung an folgende Voraussetzungen geknüpft:<sup>31</sup> 24

„Für eine kollektive beherrschende Stellung müssen drei Voraussetzungen zusammen erfüllt sein: Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich

29 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.3.

30 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 112, 116 = SpuRt 2005, 102 – Piau.

31 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 111 = SpuRt 2005, 102 – Piau.

vorgehen oder nicht; zweitens muss der Zustand der stillschweigenden Koordinierung auf Dauer aufrechterhalten werden können, d.h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; drittens darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen (...).“

- 25 Damit nahm das EuG auf seine bisherige Entscheidungspraxis Bezug,<sup>32</sup> so dass die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung keineswegs zuerst speziell für den Sportsektor zur Anwendung auf Sportverbände ersonnen wurde. Eine kollektive Marktbeherrschung setzt voraus, dass mehrere Unternehmen in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln.<sup>33</sup> Die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung wird insbesondere diskutiert und angenommen,<sup>34</sup> wenn die beteiligten Unternehmen Konzernstrukturen aufweisen, ein Kartell bilden<sup>35</sup> oder ein enges Oligopol mit einer nachweisbaren Reaktionsverbundenheit der Oligopolmitglieder begründen.<sup>36</sup> Soweit es darum geht, einem Sportdachverband unternehmerisches Handeln seiner (un)mittelbaren Mitglieder zur Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung zuzurechnen, scheiden aufgrund der mitgliedschaftlichen Verbindungen Konzernstrukturen als Anknüpfungspunkt von vornherein aus. Auch ein enges Oligopol soll sich insoweit allenfalls selten nachweisen lassen.<sup>37</sup>
- 26 Anknüpfend an die vom EuG entwickelten Kriterien kommen nunmehr zwei Szenarien in Betracht:
- 27 – Die (un)mittelbaren Mitglieder des Sportdachverbandes werden – anders als letzterer – selbst auf dem relevanten Markt tätig, auf dem die Verbandsstatuten den Wettbewerb beschränken. Dies betrifft etwa den Fall des FIFA-Spielervermittler-Reglements. In diesem Szenario könnten unter den vom EuG entwickelten Voraussetzungen die unternehmerischen Aktivitäten der (un)mittelbaren Mitglieder, d.h. der an einem Spielertransfer beteiligten Fußballclubs, auf dem Markt für Spielervermittler gleichsam der FIFA zugerechnet werden, so dass diese als kollektiv marktbeherrschendes Unternehmen einzuordnen wäre.
- 28 – Denkbar ist aber auch, dass weder der Sportdachverband noch seine Mitgliedsverbände auf dem relevanten Markt unternehmerisch tätig werden,

32 EuG Slg. 2002, II-2585, Rn. 62 = EuR 2002, 720 (723 f.) – Airtours/Kommission; EuG Slg. 2003, II-2275, Rn. 121 = BeckRS 2003, 70348 – Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission.

33 EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 44 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.

34 Ausf. hierzu Immenga/Mestmäcker/Fuchs, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 116–124 m.w.N. zum Meinungsstand.

35 S. etwa EuGH Slg. 1975, 1663 (2013) = BeckRS 2004, 71110 – Suiker Unie; EuG Slg. 1992, II-1403, Rn. 358 = ECLI:EU:T:1992:38 – Italienische Glashersteller.

36 S. stellvertr. EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 39 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.

37 St. Horn 244; zust. *Opfermann* 304.

auf dem infolge der Verbandsstatuten wettbewerbsbeschränkende Wirkungen auftreten.<sup>38</sup> Als Beispiel mögen hier die vom IOC durch seine Statuten veranlassten und von den NOKs umgesetzten Beschränkungen individueller Werbemaßnahmen der Olympiateilnehmer dienen. Dabei wird zur Vereinfachung unterstellt, dass das Individualsponsorship von Olympiateilnehmern einerseits und das Sponsorship des Veranstalters der Olympischen Spiele andererseits zwei voneinander zu trennende relevante Produktmärkte darstellen. Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen wäre in einem solchen Fall ein sog. Drittmarkt.<sup>39</sup> Die Frage, ob das Verhalten der NOKs dem IOC zugerechnet werden kann, birgt zwei rechtliche Klippen, die zuvor umschifft werden müssten. Zum einen ist das IOC kein typischer Sportdachverband, zum anderen sind weder das IOC noch die NOKs auf dem Drittmarkt unmittelbar tätig geworden. Das Beispiel lehnt sich erkennbar an ein vom BKartA durch einen Verpflichtungszusagenbeschluss im Jahr 2019 abgeschlossenes Verfahren an.<sup>40</sup> Anhand dieses Beispiels soll nachfolgend der Meinungsstand zur Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung sowie zur sog. Drittmarktbehinderung kritisch gewürdigt werden.<sup>41</sup>

Die Anwendungsvoraussetzungen für die Annahme einer kollektiven Einheit, bei 29  
der wettbewerbsbeschränkende Handlungen untergeordneter, jeweils zumeist nicht marktbeherrschender Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen einer übergeordneten Einheit wie z.B. einem Sportdachverband zugerechnet werden können, sind durchaus umstritten.<sup>42</sup> Die Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur auf Sportverbände ist vereinzelt sogar strikt abgelehnt worden, weil eine Anwendung des Missbrauchstatbestands auf ein Unternehmen voraussetze, dass dieses selbst auf dem relevanten Markt tätig sei.<sup>43</sup> Diesen Bedenken hat sich zuletzt das BKartA<sup>44</sup> – gleichfalls unter Bezugnahme auf den Wortlaut von Art. 102 AEUV („ein oder mehrere Unternehmen“) – entgegengestellt und die zur Anwendung von Art. 102 AEUV entwickelte Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung nicht nur anerkannt, sondern weiterentwickelt und zugleich auch auf § 19 GWB übertragen.

38 S. hierzu EuGH Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 f. = BeckRS 2004, 76506 – Tetra Pak II; *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 23 ff.

39 Zur Drittmarktproblematik → VII. Rn. 48 f.

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

41 → VII. Rn. 30–37, 42–45.

42 S. zur Diskussion im Lichte des EU-Kartellrechts stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 119–124 m.w.N. Den Einsatz dieser Rechtsfigur bei der Anwendung europäischen, aber auch deutschen Kartellrechts auf den Sportsektor bereits seit Langem befürwortend *Heermann* WuW 2009, 489, 494 f.; *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 19–22; *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 9–14, jew. m.w.N.

43 *St. Horn* 220–223.

44 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 58 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

## c) Würdigung

- 30 Die Bewertung des bisherigen Meinungsstands zur kollektiven Marktbeherrschung soll erfolgen anhand eines im Jahr 2019 vom BKartA abgeschlossenen Kartellverwaltungsverfahrens gegen den DOSB und das IOC.<sup>45</sup> Den Streitgegenstand bildete ein Genehmigungsvorbehalt des IOC in der Durchführungsbestimmung Ziffer 3 der Regel 40 der IOC-Charta, wonach Olympiateilnehmern Werbetätigkeiten zugunsten ihrer Individualspensoren während der Olympischen Spiele und eines gewissen Zeitraums davor und danach (*frozen period*) untersagt gewesen waren. Das BKartA hat auf dem Markt für die Zulassung zu Olympischen Spielen eine kollektive marktbeherrschende Stellung der Mitglieder der Olympischen Bewegung angenommen.<sup>46</sup> Den relevanten Markt für Sportsponsoring, auf dem die Olympiateilnehmer als Anbieter von Werbeflächen in Betracht kommen, hat das BKartA nicht näher abgegrenzt und bestimmt. Auf diesem Drittmarkt hat die Kartellbehörde die Olympische Bewegung indes als nicht marktbeherrschend eingestuft.<sup>47</sup> Gleichwohl hat das BKartA aufgrund einer vorläufigen rechtlichen Bewertung (es handelte sich um eine Verpflichtungszusagenentscheidung) angenommen, dass das IOC und der DOSB den Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV sowie gem. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt hätten.<sup>48</sup>
- 31 Anknüpfend an frühere Erwägungen,<sup>49</sup> soll der Ansatz des BKartA, der letztlich sogar zu einer Weiterentwicklung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung geführt hat,<sup>50</sup> gewürdigt werden. Eine erste argumentative Hürde ergab sich für die Beschlussabteilung daraus, dass das IOC anders als ein typischer internationaler Sportdachverband strukturiert ist. Mitglied des IOC sind nämlich allein natürliche Personen, die zumindest teilweise internationale Sportverbände repräsentieren. Diese erste Hürde hat das BKartA überwunden, indem es bestimmte Mitglieder der Olympischen Bewegung – das IOC, die Organisationskomitees, die Nationalen Olympischen Komitees (in Deutschland: DOSB) und die internationalen Sport(fach)verbände<sup>51</sup> – als „kollektive bzw. wettbewerbliche

45 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; s. hierzu auch *Engelsing/Bubl* ZWER 2020, 107 ff. (die seitens des BKartA an dem Verfahren unmittelbar beteiligt gewesen waren); *Heermann* WRP 2019, 834 ff.

46 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 57 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

47 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 85 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

48 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 41 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

49 *Heermann* WRP 2019, 834 ff.

50 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 57–63 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

51 Die Athleten, die nach Regel 1 OC 2020 gleichfalls seit jeher Mitglieder der Olympischen Bewegung sind, ließ das BKartA bei seiner Bestimmung des Begriffs der Olympischen Bewegung unberücksichtigt.

Einheit“ auf dem Markt für die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele eingestuft hat.<sup>52</sup>

Auf dem Produktmarkt für die Individualvermarktung von Athleten im Allgemeinen und von Olympiateilnehmern im Besonderen werden die Mitglieder der Olympischen Bewegung aber gerade nicht unmittelbar selbst tätig. Das IOC hatte sich im zu beurteilenden Sachverhalt stattdessen darauf beschränkt, Regel 40 DF Nr. 3 OC aufzustellen und zusammen mit dem DOSB über Athletenvereinbarungen und Teilnahmeerklärungen die deutschen Olympiateilnehmer an diese Vorschrift zu binden.<sup>53</sup>

Mit folgender Argumentation ist das BKartA zum Ergebnis einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Olympische Bewegung gelangt: Adressaten der Missbrauchstatbestände der Art. 102 AEUV und § 19 GWB könnten „ein oder mehrere Unternehmen“ sein.<sup>54</sup> Nach Maßgabe des dem GWB wie auch dem EU-Kartellrecht zugrunde liegenden funktionalen Unternehmensbegriffs werde die Unternehmenseigenschaft begründet durch die Ausübung einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit im weitesten Sinne. Auf die Rechtsform oder die Art der Finanzierung der die Tätigkeit ausübenden Einheit komme es nicht an. Auch das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht sei nicht erforderlich. Die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele erfolge durch die Olympische Bewegung. Diese basiere auf der Olympischen Charta, die von allen Mitgliedern als bindend anerkannt werden müsse. Die Olympische Bewegung werde im Rahmen der Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele jedoch nicht tätig. Vielmehr würden die Mitglieder der Olympischen Bewegung die Olympischen Spiele unter der Führung des IOC sowie nach Maßgabe der in der Olympischen Charta vorgesehenen Aufgaben und Zuständigkeiten organisieren und vermarkten. Demnach sei die Olympische Bewegung als solche kein Unternehmen, wohl aber ihre im Zuge der Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele handelnden Mitglieder. Auch wenn diese Mitglieder rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen seien, die jedes für sich nicht einzelmarktbeherrschend seien, könnten sie – wie sich aus der Verwendung des Begriffs „mehrere Unternehmen“ in Art. 102 AEUV, § 19 GWB ergebe – in ihrer Gesamtheit eine marktbeherrschende Stellung einnehmen.

Dieser Ansatz ist zunächst bemerkenswert, weil die Olympische Bewegung mit ihren Mitgliedern zumindest mit denjenigen Konstellationen nicht unmittelbar vergleichbar ist, bei denen bislang die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherr-

52 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 63 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; einen solchen Ansatz nur andeutend zuvor schon *Varens* 53.

53 Zu den Details s. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 88 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

54 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 58 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

schung diskutiert worden ist. Denn der Olympischen Bewegung liegen keine Konzernstrukturen zugrunde. Zudem prüfte das BKartA nicht, ob die Mitglieder der Olympischen Bewegung ein Kartell bilden, was eine Einordnung von Regel 40 DF Nr. 3 OC als Kartellabsprache gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV indes nicht ausschließt.<sup>55</sup> Zumindest denkbar wäre gewesen, dass die Mitglieder der Olympischen Bewegung durch eine Reaktionsverbundenheit ähnlich wie in einem Oligopol eine gemeinsame Marktbeherrschung begründen. Wenn die Beschlussabteilung diesen Ansatz im Sinn gehabt hätte, hätte sie die Olympische Bewegung allerdings nicht als übergeordnete Organisations- und Vermarktungseinheit einstufen müssen. Letztlich bleibt der Rechtscharakter der Olympischen Bewegung offen. Damit wird der sich zunächst aufdrängende Eindruck verstärkt, dass das BKartA den recht unbestimmten Begriff der Olympischen Bewegung<sup>56</sup> durchaus zielorientiert gleichsam als Vehikel einsetzte, um – unausgesprochen – im konkreten Fall etwas Ähnliches wie eine (wirtschaftliche) Einheit im kartellrechtlichen Sinne<sup>57</sup> zu konstruieren.

- 35 Im Folgenden hat das BKartA zwar weiterhin von einer „kollektiven Einheit“ gesprochen<sup>58</sup> und auf die *Compagnie Maritime Belge Transports*-Entscheidung des EuGH Bezug genommen.<sup>59</sup> In dem zugrunde liegenden Sachverhalt waren indes zugleich die Voraussetzungen für ein Kartell gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV gegeben gewesen. Das Vorliegen eines Kartells ist im Rahmen der Zusagenentscheidung vom BKartA aber nicht geprüft worden. Überraschenderweise hat das BKartA nicht auf die *Piau*-Entscheidung des EuG zu den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des seinerzeitigen FIFA-Spielervermittler-Reglements<sup>60</sup> Bezug genommen, in der das EuG die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie zuvor in der *Compagnie Maritime Belge Transports*-Entscheidung des EuGH entwickelt worden waren, erstmals auf den Sportsektor angewendet hatte. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen, die im vorangehenden Abschnitt bereits dargestellt worden sind,<sup>61</sup> hat das BKartA nach detaillierter Subsumtion im Hinblick auf die Olympische Bewegung bejaht.
- 36 Die weite Auslegung sowie die über den vorherigen Diskussionsstand hinausgehende, erweiternde Anwendung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung durch das BKartA überzeugt im konkreten Verfahren, auch wenn der

55 Zu entsprechenden Erwägungen s. *Varens* 48 ff.

56 Vgl. etwa Sport A-Z – Lexikon sportwissenschaftlicher Begriffe: „... zumal bisher eine klare Definition der Olympischen Bewegung in den olympischen Regeln aussteht.“, abrufbar unter <http://spollex.de/lexikon/olympische-bewegung/> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

57 Ausf. hierzu Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 26 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

58 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 59 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

59 EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 42 ff. = BeckRS 2004, 77003 – *Compagnie Maritime Belge Transports*.

60 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 111 f. = SpuRt 2005, 102 – *Piau*.

61 → VII. Rn. 22–29.

rechtliche Charakter der Olympischen Bewegung offengeblieben ist. Aber ausgehend von der insoweit seit Langem unveränderten Regel 1 OC 2020, besteht hinsichtlich der Olympischen Bewegung ein Grundkonsens über deren Zusammensetzung und Aufgabenverteilung. Im Ergebnis hat nunmehr auch das BKartA die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung sowohl für Art. 102 AEUV als auch für § 19 GWB<sup>62</sup> übernommen und seinerseits erstmals auf den Sportsektor angewendet. Daher wird es für Sportverbände, die aufgrund der vermeintlich wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ihrer Verbandsstatuten in den Fokus der Kartellbehörden oder Gerichte geraten, künftig noch schwieriger, sich der Anwendung des Kartellrechts zu entziehen, auch wenn sie auf dem streitgegenständlichen relevanten Markt selbst überhaupt nicht unternehmerisch tätig geworden sein sollten.

Zum Abschluss bleibt festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass mehrere Unternehmen kollektiv marktbeherrschend sind, noch nicht bedeutet, dass tatsächlich ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV und/oder § 19 GWB vorliegt. Vielmehr muss noch in weiteren Schritten ermittelt werden, ob tatsächlich ein Missbrauch aus der kollektiven Marktbeherrschung resultiert,<sup>63</sup> der nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>64</sup> 37

#### 4. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

##### a) Grundlagen

Damit ein Verstoß gegen den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV und/oder § 19 GWB angenommen werden kann, muss zum Vorliegen einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Position hinzutreten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>65</sup> erfasst Art. 102 AEUV die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs (sog. Restwettbewerb) oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln des normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen. Bei dem erforderlichen Bewertungsprozess spielen insbesondere 38

62 Hierzu nochmals bestätigend *Engelsing/Bubl* ZWeR 2020, 107 (118).

63 → VII. Rn. 46–49.

64 → VII. Rn. 67–71.

65 Grundl. EuGH Slg. 1979, 461 (541) = BeckRS 2004, 73814 – Hoffmann-La Roche; EuGH Slg. 1991, I-3359, Rn. 69 = EuZW 1992, 21 – AKZO.

re folgende Aspekte eine wichtige Rolle: Schutz des Restwettbewerbs, Ermöglichung eines Innovationswettbewerbs, Verbraucherschutz, Verfolgung der Ziele der Konsumentenwohlfahrt und der Allokationseffizienz. Die Relevanz und Gewichtung der genannten Gesichtspunkte sowie deren sachgerechte Ermittlung sind Gegenstand einer bereits lang andauernden wissenschaftlichen Kontroverse, die hier nicht vertieft werden soll und kann.<sup>66</sup>

- 39 Art. 102 Satz 2 AEUV listet nicht abschließend („insbesondere“) und lediglich exemplarisch potentielle Missbrauchsfälle auf. Ein Missbrauch kann danach insbesondere in Folgendem bestehen:
- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
  - b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
  - c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
  - d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.
- 40 Die praktische Bedeutung dieser Regelbeispiele ist begrenzt, weil sich in der Praxis darüber hinaus weitere Fallgruppen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung herausgebildet haben. Zu den praktisch wichtigsten zählen die nachfolgenden, nicht abschließend aufgelisteten Konstellationen:
- Ausbeutungsmissbrauch<sup>67</sup> (z.B. Preis- und Konditionenmissbrauch; Missbrauch gewerblicher Schutzrechte durch unangemessene Lizenzgebühren oder Übertragungspreise; unangemessene Geschäfts- und Vertragsbedingungen; Koppelungspraktiken);
  - Behinderungsmissbrauch<sup>68</sup> (z.B. Preisunterbietungen und Kampfpreise; Ausschließlichkeitsvereinbarungen etwa in Form von Exklusivitätsklauseln; Vertriebs- und Verwendungsbindungen; Wettbewerbsklauseln; Kundenbindungs- und Rabattsysteme; Koppelungsverträge; Verhinderung der Ausübung oder Entwicklung von Schutzrechten; Lizenz- und Geschäftsverweigerung; Diskriminierung; sog. Kosten-Preis-Schere, d.h. Verdrängungseffekte gegenüber Wettbewerbern auf einer nachgelagerten Marktstufe);
  - Marktstrukturmissbrauch<sup>69</sup> (wobei das Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung zu beachten ist);

66 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 125 ff. m.w.N.

67 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 168 ff. m.w.N.

68 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 199 ff. m.w.N.

69 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 393 ff. m.w.N.

- Verstoß gegen sektorspezifische Zugangsansprüche<sup>70</sup> (z.B. bei Energieleitungssystemen und Telefonnetzen).

Im Bereich des Sports kann der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere daraus resultieren, dass Sportverbände mit teils erheblichem Einfallsreichtum versuchen, ihre regelmäßig gegebene (kollektive) marktbeherrschende Stellung auf den sachlich relevanten Märkten für die Organisation und Durchführung von oder für die Zulassung von Athleten zu Sportveranstaltungen<sup>71</sup> gegen die Gründung von Konkurrenzverbänden sowie gegen Aktivitäten privater Sportveranstalter abzusichern.<sup>72</sup> Darüber hinaus ergibt sich weiteres Missbrauchspotential aus dem Umstand, dass nicht nur der Sportverband als Veranstalter, sondern auch die teilnehmenden Athleten und Sportclubs bestrebt sind, das Vermarktungspotential einer Sportveranstaltung auszuschöpfen. Vom Sportveranstalter verhängte Vermarktungsbeschränkungen zulasten der Teilnehmer haben zuletzt wiederholt auch den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand in den Fokus rücken lassen.<sup>73</sup> 41

- b) Berücksichtigungsfähigkeit des Verhaltens eines Sportverbandes auf angrenzenden Märkten?

Wenn ein potentiell missbräuchliches Verhalten eines Sportverbandes näher untersucht wird, richtet sich der Blick naturgemäß vorrangig auf denjenigen relevanten Produktmarkt, auf dem das streitgegenständliche Verhalten auftritt und sich auswirkt. Die EU-Kommission hat im *ISU*-Verfahren<sup>74</sup> indes auch das Verhalten des Sportverbandes auf einem angrenzenden Markt in die rechtliche Bewertung mit einbezogen. Dieses Argumentationsmuster ist einerseits sicherlich durchaus trickreich, wenn eine Kartellbehörde zusätzliche argumentative Punkte sucht oder benötigt, um den Verstoß eines Sportverbandes gegen den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand auf dem zuvor abgegrenzten relevanten Markt möglichst überzeugend zu begründen. Andererseits erschwert die Eröffnung einer solchen Begründungsvariante einem Sportverband, der dem Vorwurf eines kartellrechtlich missbräuchlichen Verhaltens ausgesetzt ist, aber die Möglichkeit, *ex ante* oder auch nach dem Auftreten kartellrechtlicher Bedenken die Rechtslage zuverlässig zu beurteilen. Denn es ist kaum vorhersehbar, welches Verhalten des Sportverbandes auf welchem der verschiedenen angrenzenden Märkte von der Kartellbehörde in die kartellrechtliche Gesamtbetrachtung mit 42

70 S. hierzu stellvert. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 402 ff. m.w.N.

71 → VII. Rn. 8–11.

72 → XIII. Rn. 73–100.

73 → XIII. Rn. 655–708.

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

einbezogen werden wird. Dies sei am Beispiel des genannten ISU-Verfahrens veranschaulicht:

- 43 Die EU-Kommission und hernach das EuG untersuchten die Frage, ob die Verbandsstatuten, die die Zulassung von Eisschnellläufern zu offiziellen Eisschnelllaufveranstaltungen der ISU regelten (sog. *Eligibility Rules*), eine derart schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung auf dem betroffenen Markt für Zulassung der Athleten zu Sportwettbewerben bezweckten, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV angenommen werden konnte. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission auf die wichtige Funktion des Sportverbandes als Wettkampforganisator rekurriert, der darauf angewiesen sei, dass sämtliche Wettkampfteilnehmer als Verbandsmitglieder oder in anderer Weise die Verbandsstatuten anerkennen.<sup>75</sup> Die Verbandsstatuten der ISU enthielten eine umfassende Schiedsvereinbarung zum CAS. Die EU-Kommission hat in diesem Kontext festgestellt, dass die Schiedsvereinbarung zum CAS die von den Zulassungsregelungen der ISU bezweckte und bereits zuvor festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für die Zulassung zu internationalen Eisschnelllaufwettbewerben noch verstärkte.<sup>76</sup>
- 44 Insoweit hat allerdings in der Folge das EuG der EU-Kommission mit ausführlicher Begründung widersprochen.<sup>77</sup> Dabei hat das Gericht insbesondere den Aspekt hervorgehoben, dass die beeinträchtigten Eisschnellläufer zum einen eine auf kartellrechtlichen Schadensersatz gerichtete Klage vor einem staatlichen Gericht hätten erheben oder aber – wie geschehen – eine Beschwerde bei einer Kartellbehörde hätten einreichen können, so dass durch die Schiedsklausel zum CAS die Effektivität der Durchsetzung europäischen Kartellrechts nicht beeinträchtigt worden sei.<sup>78</sup> Auf die praktischen Probleme bei der Umsetzung der aufgezeigten Alternativen – die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche geht für Kläger mit enormen Nachweisschwierigkeiten einher und Beschwerdeverfahren bei Kartellbehörden können sich bei ungewissem Ausgang jahrelang hinziehen – ist das EuG indes nicht eingegangen. Wenn man sich angesichts dessen gleichwohl der Auffassung der EU-Kommission anschließen sollte, so könnte eine kartellrechtlich an sich als solche eher unbedenkliche Schiedsklausel, abgeschlossen auf einem angrenzenden Markt (etwa auf dem Markt für die Organisation des Wettkampfsports im Allgemeinen), das kartellrechtliche Fass

75 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 116 ff. – ISU's Eligibility Rules.

76 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 269 ff. – ISU's Eligibility Rules; s. hierzu auch *Opfermann* 383 ff.

77 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 131–164 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission; s. hierzu auch ausf. *Opfermann* 383 ff.

78 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 157–161 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nicht abgedruckt) – ISU/Kommission.

auf dem Markt für die Zulassung zu internationalen Eisschnelllaufwettbewerben zum Überlaufen bringen.<sup>79</sup>

Wie der für ein solches Vorgehen erforderliche inhaltliche Zusammenhang zwischen den untersuchten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf dem relevanten Markt und dem Verhalten auf dem angrenzenden Markt konkret ausgestaltet sein muss, bleibt ungewiss. Einen solchen Zusammenhang zwischen streitanfälligen Zulassungsentscheidungen eines Sportverbandes und einer Schiedsvereinbarung mag man vielleicht annehmen können. Bei einer Übertragung auf andere strukturell vergleichbare Fallkonstellationen ist letztlich aber ein ähnlich offensichtlicher inhaltlicher Zusammenhang zu fordern, um dem Vorwurf einer ergebnisorientierten Gesamtbetrachtung verschiedener Verhaltensweisen eines Sportverbandes auf unterschiedlichen, wenngleich aneinander grenzenden relevanten Märkten vorzubeugen.

#### c) Besonderheiten bei Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung

Wenn das Vorliegen eines kartellrechtlichen Missbrauchs untersucht wird, welcher von einem kollektiv marktbeherrschenden Sportverband ausgeht, sind Besonderheiten zu beachten. Hierzu hat sich des BKartA im Jahr 2019 in dem Verfahren bezüglich der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer, die bis dahin gegolten hatten und letztlich als ein Behinderungsmissbrauch eingestuft worden sind, geäußert.<sup>80</sup> Für eine Anwendung des Art. 102 AEUV genüge es, dass sich die individuellen Verhaltensweisen eines Mitglieds der kollektiven Einheit (im konkreten Fall: Auferlegung von Vermarktungsbeschränkungen durch IOC und DOSB) als eine Ausprägung der kollektiv beherrschenden Stellung der Olympischen Bewegung darstellten, d.h. auf diese zurückzuführen seien. Das Behinderungsverbot nach § 19 GWB erfasse in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung auch ein einzelnes Oligopolmitglied, wenn sich dessen Verhalten – etwa aufgrund der besonderen Stellung im Oligopol – für das betroffene Unternehmen wie ein Vorgehen des Oligopols insgesamt auswirke. Dies gelte aus Sicht der Beschlussabteilung in gleicher Weise, wenn ein einzelnes Mitglied einer „marktbeherrschenden wettbewerblichen Einheit“ wie der Olympischen Bewegung handle, die u.a. durch eine einheitliche Unternehmensstrategie und das wettbewerbliche Verhalten vereinheitlichende Vertragsbestimmungen gekennzeichnet sei. Diese Voraussetzungen seien im Ausgangsfall erfüllt gewesen.

An dieser Stelle der Beschlussgründe wird nochmals deutlich, dass das BKartA mit der „marktbeherrschenden wettbewerblichen Einheit“ letztlich eine neue Konstellation geschaffen hat, auf die – neben Konzernen, Kartellen und durch

<sup>79</sup> Ausf. und krit. zu diesem Ansatz → XIII. Rn. 882–912 m.w.N.

<sup>80</sup> BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 89 f. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

eine gewisse Reaktionsverbundenheit gekennzeichneten Oligopolen – die Grundsätze zur kollektiven Marktbeherrschung gleichfalls angewendet werden können.<sup>81</sup> Dies soll aber nur gelten, soweit diese „marktbeherrschende wettbewerbliche Einheit“ durch gewisse kooperative Elemente geprägt wird. An deren Nachweis müssen indes strenge Anforderungen gestellt werden, weil andernfalls entgegen der Regelungssystematik die Voraussetzungen der Missbrauchstatbestände allzu leicht auf ein allein nicht marktbeherrschendes Unternehmen angewendet werden könnten. Es bleibt damit festzuhalten, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen einer kollektiven Marktbeherrschung unter Umständen das missbräuchliche Verhalten eines selbst nicht marktbeherrschenden Kollektivmitglieds ausreicht, um dessen Marktmachtmissbrauch annehmen zu können.<sup>82</sup>

#### d) Drittmarktbehinderung

- 48 Bei Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung – sei es durch einen (inter)nationalen Sportverband, sei es durch eine „marktbeherrschende wettbewerbliche Einheit“ wie die Olympische Bewegung“ – tritt die Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig auf einem sog. Drittmarkt auf, auf dem der Sportverband selbst nicht tätig wird. Stattdessen sind einzelne oder sämtlich Verbandsmitglieder auf dem Drittmarkt aktiv, die ihrerseits jedoch jeweils nicht marktbeherrschend sind. Ein solcher Fall der Drittmarktbehinderung<sup>83</sup> muss in jedem Einzelfall gesondert festgestellt werden. Insoweit hat sich das BKartA in dem Verfahren zu Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer ausführlich mit dem Meinungsstand zu den Voraussetzungen einer relevanten Drittmarktbehinderung nach deutschem und europäischem Kartellrecht auseinandergesetzt und eine solche Drittmarktbehinderung im konkreten Fall mit überzeugenden Gründen bejaht.<sup>84</sup>
- 49 Die wichtigsten Erkenntnisse des BKartA können – anknüpfend an eine bereits zuvor veröffentlichte Darstellung<sup>85</sup> – folgendermaßen zusammengefasst werden:
- Bei dem im Ausgangsfall betroffenen Drittmarkt handele es sich um den Markt für Sportsponsoring, der von anderen Sponsoringformen wie z.B. dem Kunst- oder Kultursponsoring oder dem Ökosponsoring zu unterscheiden sei.<sup>86</sup> Erfasst sei allein das Sportsponsoring in Bezug auf Olympische Spiele,

81 → VII. Rn. 30–37.

82 Heermann WRP 2019, 834, Rn. 9–14.

83 Hierzu im Sport Heermann WRP 2015, 1047, Rn. 23–29; St. Horn 199–204, der wegen der Ablehnung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung im Sportsektor aber nur einen begrenzten Anwendungsbereich sieht.

84 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 77–88 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.

85 Heermann WRP 2019, 834, Rn. 18.

86 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 82 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

die aufgrund ihrer Alleinstellung nicht mit anderen Sportveranstaltungen austauschbar seien.<sup>87</sup>

- § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB sei auf Drittmarktsachverhalte anwendbar. Ein Nachweis konkreter nachteiliger Marktfolgen für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs sei nicht erforderlich. Indes müsse die Kausalität zwischen der Marktbeherrschung auf dem einen Markt und der Wirkung des missbilligten Verhaltens auf dem anderen Markt, dem sog. Drittmarkt, positiv festgestellt werden. Eine solche (positive) Kausalität sei immer dann gegeben, wenn der Normadressat seine Marktmacht auf dem beherrschten Markt als Hebel benutze, um seine Marktstellung auf dem Drittmarkt zu verbessern.<sup>88</sup>
- Auch Art. 102 AEUV sei auf Drittmarktsachverhalte anwendbar. Der Nachweis einer Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung sei nicht erforderlich. Es genüge insoweit, dass das Verhalten nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könne.<sup>89</sup> Voraussetzung sei insoweit aber, dass dieser gesonderte Markt hinreichend mit dem beherrschten Markt zusammenhänge<sup>90</sup> bzw. mit diesem verbunden sei.<sup>91</sup> Nach Auffassung von zwei seitens des BKartA an dem Verfahren beteiligten Mitgliedern der seinerzeit zuständigen Beschlussabteilung genüge es für eine Anwendung des Art. 102 AEUV, dass sich die individuellen Verhaltensweisen eines Mitgliedes der kollektiven Einheit als eine Ausprägung der kollektiv beherrschenden Stellung darstellen, d.h. auf diese zurückzuführen seien.<sup>92</sup>

#### e) Würdigung

Wenn man – wie auch hier vertreten<sup>93</sup> – die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung im Grundsatz anerkennt, erfordert dies konsequenterweise bei der Feststellung eines im kartellrechtlichen Sinne missbräuchlichen Verhaltens kleinere Anpassungen.<sup>94</sup> Die Berücksichtigungsfähigkeit des Verhaltens, das ein marktbeherrschender Sportverband auf angrenzenden Märkten zeigt,<sup>95</sup> bei der Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs ist zwar in diesem Zusammenhang

87 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 82 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; so auch *Heermann* WRP 2009, 285 (292).

88 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 83 f., 86 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.

89 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 85 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.

90 So bereits EuG Slg. 2003, II-5917, Rn. 127 = BeckRS 2004, 70012 – British Airways.

91 So EuGH Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 = BeckRS 2004, 76506 – Tetra Pak.

92 *Engelsing/Buhl* ZWvR 2020, 107 (119) unter Bezugnahme auf EuG Slg. 1999, II-2969, Rn. 66 = BeckRS 1999, 55379 – Irish Sugar; EuG Slg. 2003, II-3275, Rn. 633 = BeckRS 2008, 70886 – Atlantic Container.

93 → VII. Rn. 16–37.

94 → VII. Rn. 46–49.

95 → VII. Rn. 42–45.

nicht zwingend erforderlich. Sie kann im Interesse einer konsequenten und stringenten Durchsetzung kartellrechtlicher Grundwertungen aber durchaus sachlich geboten sein, wenn die Begründung des verstärkenden Effekts der Handlungen auf dem angrenzenden Markt an strenge, objektiv nachprüfbarere Voraussetzungen geknüpft wird. Eine Gesamtbetrachtung der Auswirkungen eines bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nicht nur auf dem konkreten, sachlich und räumlich relevanten Markt, sondern auch auf angrenzenden Märkten ist für die Anwendung kartellrechtlicher Tatbestände im Allgemeinen durchaus typisch, kann im Einzelfall sachgerecht sein und stellt keineswegs eine Besonderheit allein des Sportkartellrechts dar.

- 51 Zu konzedieren ist allerdings, dass die Anwendungspraxis der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände teils nur noch vage Anknüpfungspunkte im Wortlaut der einschlägigen Vorschriften findet und mitunter der Eindruck entstehen kann, diese würden ergebnisorientiert ausgelegt. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es daher durchaus begrüßenswert, wenn die EU-Kommission etwa die Anwendung der Rechtsfiguren der kollektiven Marktbeherrschung sowie der Drittmarktbehinderung im Allgemeinen und auf Sportverbände im Besonderen in Leitlinien konkretisieren könnte.<sup>96</sup> Zwar wären die Gerichte hieran letztlich nicht gebunden, gleichwohl würde für die Beteiligten die Rechtssicherheit erhöht.

## 5. Grundproblematik: Sportverbände als Verwalter und zugleich Vermarkter

### a) Rechtliche Vorgaben des EuGH in der Rechtssache *MOTOE*

- 52 In der Rechtssache *MOTOE* wendete der EuGH erstmals den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand auf Aktivitäten eines Sportverbandes an.<sup>97</sup> Dem wegweisenden Urteil lag – stark vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde: Der griechische Automobil- und Reiseclub (ELPA) veranstaltete Motorradrennen, die er auch selbst vermarktete. ELPA konnte unmittelbar Einfluss auf die Genehmigung von Konkurrenzveranstaltungen hinsichtlich der Auswahl der begünstigten Personen und der Gestaltung der Veranstaltungsbedingungen nehmen. Der EuGH hat festgestellt,<sup>98</sup> ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot gem. Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV) sei anzunehmen, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen besonderen oder aus-

<sup>96</sup> Für den Erlass von Leitlinien für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 444.

<sup>97</sup> EuGH Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193 – *MOTOE*.

<sup>98</sup> EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 51 ff. = SpuRt 2008, 193 – *MOTOE* m.w.N.

schließlich Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könne, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begehe. Es sei insoweit nicht erforderlich, dass ein Missbrauch tatsächlich stattfinde. Ausreichend sei, wenn die Gefahr des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung geschaffen werde.

In der folgenden, wegen ihrer besonderen Bedeutung im Wortlaut wiedergegebenen Passage hat der Gerichtshof seine rechtlichen Bedenken, die letztlich den Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung stützten, deutlich herausgearbeitet:<sup>99</sup> 53

„51. Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nämlich nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern sichergestellt ist. Wird eine juristische Person wie ELPA, die selbst Motorradrennen veranstaltet und kommerziell nutzt, mit der Aufgabe betraut, der zuständigen Behörde gegenüber ihr Einverständnis zu den Anträgen auf Genehmigung der Durchführung solcher Rennen zu erklären, so läuft dies tatsächlich darauf hinaus, ihr die Befugnis zu verleihen, die Personen zu bestimmen, die solche Wettbewerbe durchführen dürfen, und die Bedingungen festzulegen, unter denen die Rennen durchgeführt werden, und damit dieser Einrichtung einen eindeutigen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen (...). Ein solches Recht kann dazu führen, dass das berechnete Unternehmen den Zugang der anderen Beteiligten zu dem betreffenden Markt verhindert. Diese Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen wird zudem durch den in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigten Umstand unterstrichen, dass ELPA, wenn er Motorradrennen veranstaltet oder daran beteiligt ist, für die Erteilung der erforderlichen Genehmigung durch die zuständige Behörde keine Einverständniserklärung einholen muss.

52. Außerdem könnte eine solche Regelung, die einer juristischen Person wie ELPA die Befugnis einräumt, ihr Einverständnis zu Anträgen auf Genehmigung von Motorradrennen zu erklären, ohne dass diese Regelung Beschränkungen, Bindungen oder eine Kontrolle hinsichtlich dieser Befugnis vorsieht, dazu führen, dass die juristische Person, die mit der Erklärung des Einverständnisses betraut ist, den Wettbewerb verfälscht, indem sie die Rennen, die sie veranstaltet oder an deren Durchführung sie beteiligt ist, begünstigt.“

b) Meinungsstand: (Kein) Zwang zur rechtlichen Trennung von Verwaltung und Vermarktung?

Diese Ausführungen des Gerichtshofs verdeutlichen verschiedene Aspekte, die – 54  
unabhängig von der konkreten, die Zulassungsmodalitäten zu Sportveranstaltungen betreffenden Rechtsproblematik – bei der Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands eine zentrale Rolle spielen können:

<sup>99</sup> EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 51 f. = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.

- 55 – Ein Sportdachverband, der – wie zumeist – die Märkte für die Organisation und Durchführung von und/oder für die Zulassung von Athleten zu Veranstaltungen oder für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen in der betreffenden Sportart (kollektiv) beherrscht sowie die eigenen Sportevents selbst vermarktet und auf diese Weise als Einnahmequelle nutzt, gerät in einen wirtschaftlich motivierten Interessenkonflikt, wenn er Einfluss auf das Ob und Wie etwaiger Konkurrenzveranstaltungen und damit auch auf die Auswahl seiner Konkurrenten nehmen kann.<sup>100</sup>
- 56 – In einer solchen Konstellation, die letztlich Ausfluss der pyramidenförmigen und hierarchischen, auf dem Ein-Verband-Prinzip beruhenden Sportverbandsstrukturen ist, muss im Verhältnis des betreffenden Sportdachverbandes zu potentiellen Wettbewerbern (etwa auf dem sachlich relevanten Markt für Sportveranstaltungen) der Grundsatz der Chancengleichheit gewahrt werden. Das bedeutet, dass potentiell konkurrierende Sportveranstalter – seien es neu gegründete, konkurrierende Sportverbände, seien es andere rein private Organisationen – Marktzutrittschancen erhalten müssen, die denjenigen des Sportdachverbandes entsprechen. Daraus folgt freilich nicht, dass die konkurrierenden Verbände als Newcomer von vornherein mit dem gleichen wirtschaftlichen Potential wie der auf dem Veranstaltungsmarkt bereits agierende Sportdachverband ausgestattet werden müssen.
- 57 – Der Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands ist relativ früh eröffnet, weil bereits die abstrakte Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern im zuvor beschriebenen Sinne führen kann, ausreicht.
- 58 – Sportverbände sind bislang aufgrund entsprechender gesetzlicher Anordnung oder Vorgaben der Judikatur oder Kartellbehörden nicht verpflichtet, eine organisatorische und rechtliche Trennung zwischen ihren administrativen Aufgaben und ihren Vermarktungsaktivitäten herbeizuführen. Sofern Sportverbände von einer solchen Trennung absehen, muss ihr Handeln auf dem Markt für die Zulassung von Sportveranstaltungen jedoch an Beschränkungen, Bedingungen oder rechtliche Kontrollmöglichkeiten gebunden sein.
- 59 Es bieten sich im Grundsatz zwei<sup>101</sup> verschiedene Wege an, dieses von vielen Sportdachverbänden bis heute stark unterschätzte kartellrechtliche Gefahrpotential möglichst vollständig auszuräumen oder zumindest zu entschärfen:

100 Diesen Aspekt gleichfalls hervorhebend *Weatherill*, Principles, 2017, 254 f.

101 *Kornbeck* EuZW 2020, 1072 ff. sieht hingegen drei Möglichkeiten: eine Entflechtung, eine Rücknahme der kartellrechtswidrigen Verbandsregelung oder -maßnahme sowie einen Sanktionsverzicht des Verbandes im Hinblick auf Verstöße gegen statutarische Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalte

Zum einen könnte durch eine strikte, nicht nur organisatorische, sondern auch rechtliche Trennung der Zuständigkeiten für die verwaltungstechnischen, regulativen und beaufsichtigenden Aufgaben einerseits, die zwingend beim Sportverband anzusiedeln sind, und für die Durchführung der Vermarktungsaktivitäten des Sportverbandes andererseits, die einem von diesem rechtlich unabhängigen Unternehmen zu übertragen wären, die Gefahr des Auftretens der zuvor beschriebenen wirtschaftlichen Interessenkonflikte ausgeräumt werden. Wiederholt ist dieser Weg als vorzugswürdig eingestuft worden.<sup>102</sup> Dagegen sprechen allerdings verschiedene Gründe. Die Verfechter eines solchen sog. *unbundling* verkennen regelmäßig nicht, dass der EuGH in der Rechtssache *MOTOE* gerade davon abgesehen hat, Sportverbänden eine solche Trennung von Verwaltungs- und Vermarktungsaktivitäten ausdrücklich vorzuschreiben.<sup>103</sup> Solange eine derartige Aufteilung anders als etwa in den Sektoren Verkehr, Energie und Telekommunikation nicht gesetzlich vorgeschrieben wird, was – soweit ersichtlich – noch von keiner Seite für Sportverbände gefordert worden ist, werden letztere Vermarktungsaktivitäten kaum Dritten zur völlig unabhängigen und eigenverantwortlichen Durchführung überlassen. Selbst wenn Sportverbände Vermarktungsagenturen einschalten, wollen sie bei der Auswahl der Werbepartner regelmäßig doch mehr als nur „ein Wörtchen mitreden“. Letztlich bliebe auch die Frage offen, wie und von wem ein solches, allenfalls freiwilliges *unbundling* effektiv überprüft werden sollte und könnte.

Damit bleibt zum anderen nur der vom EuGH in der Rechtssache *MOTOE* im 52. Erwägungsgrund vage angedeutete Weg, im Falle drohender oder auftretender Interessenkonflikte „Beschränkungen, Bindungen oder eine Kontrolle“ hinsichtlich der Verwaltungstätigkeiten im Allgemeinen und der Zulassungsbefugnisse hinsichtlich Konkurrenzveranstaltungen im Besonderen aufzuerlegen.<sup>104</sup> So hat *Agafonova* etwa die Einführung von „transparent, objectively justified, necessary and proportionate material and procedural rules“ sowie von „sufficient remedies to appeal against these rules“ gefordert.<sup>105</sup> In der Theorie hört sich das gut an. Wer aber glaubt, derartige Maßnahmen würden im Sport freiwillig und flächendeckend umgesetzt werden, unterschätzt völlig die Neigung von Sportverbänden, aber auch von anderen Unternehmen, an altbewährten, potentiell wettbewerbswidrigen Handlungsformen festzuhalten. Freiwillige Selbst-

(hierzu → XIII. Rn. 73–100). Letztlich stellt ein Sanktionsverzicht aber nur eine partielle Rücknahme einer kartellrechtswidrigen Verbandsmaßnahme dar.

102 S. etwa *Hail* 328; *Weatherill*, Principles, 2017, 257 f.; *Seyb* 221; *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (99 f.); *Kornbeck* SpuRt 2018, 22 (24); *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1333).

103 A.A. *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (807) apodiktisch und ohne Begründung.

104 In diesem Sinne, wenngleich mit unterschiedlichen, insgesamt wenig konkreten Vorschlägen etwa *Miettinen* in *Gardiner/Parrish/Siekman*, 2009, 137 (147); *Weatherill*, Principles, 2017, 258; *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (99); *Weatherill* ISLJ 2009, 3–7.

105 *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (99); ähnl. *Seyb* 220 ff.

verpflichtungen in Bezug auf die geforderten Beschränkungen und rechtlichen Kontrollmöglichkeiten wären zwar denkbar, sind angesichts der Erfahrungen in anderen Branchen aber nur selten zielführend. Sie wären nach hier vertretener Auffassung auch nicht erforderlich. Denn rechtliche Kontrollmöglichkeiten bietet bereits insbesondere das Kartellrecht. Welcher Prüfungsmaßstab sollte dann aber beim kartellrechtlichen Marktmissbrauchsverbot angelegt werden?

c) Würdigung und Vorstellung eines Lösungsansatzes

- 62 Sportverbände sind – wie in den beiden vorangehenden Abschnitten dargelegt und auch vom EuGH in der Rechtssache *MOTOE* indirekt bestätigt – nicht verpflichtet, eine strikte organisatorische und auch rechtliche Trennung ihrer verwaltungstechnischen, regulativen und beaufsichtigenden Aufgaben einerseits von der Durchführung ihrer Vermarktungsaktivitäten andererseits herbeizuführen. Wenn Sportverbände mitunter ihre Vermarktungsaktivitäten auf Tochtergesellschaften ausgliedern, bei denen sie die Mehrheit der stimmberechtigten Anteile halten und/oder erhebliche Mitentscheidungsrechte haben, stellt dies grundsätzlich kein sog. *unbundling* dar. Vielmehr muss sich der Sportverband in solchen Konstellationen die unternehmerischen Tätigkeiten der Tochtergesellschaft zurechnen lassen. Eine Übertragung (Verpachtung) sämtlicher oder eines Teils der Vermarktungsrechte auf eine selbstständige Vermarktungsagentur könnte eine solche Trennung von Verwaltung und Vermarktung im jeweiligen Umfang gewährleisten, sofern die Agentur im Ergebnis tatsächlich völlig unabhängig und weisungsfrei vom Sportverband die Vermarktung durchführen könnte. Indes neigen Sportverbände gerade in Vermarktungsfragen nicht dazu, sich auf eine solche rein passive Rolle zu beschränken.<sup>106</sup>
- 63 Ohne eine vollständige Aufteilung der Aufgabenfelder lassen sich wirtschaftliche Interessenkonflikte indes kaum zuverlässig vermeiden und die Sportverbände geraten unweigerlich in kartellrechtlich unruhiges Fahrwasser. Ein Verzicht auf die Trennung von Verwaltung und Vermarktung ist Sportverbänden zwar nicht untersagt, hat aber in juristischer Hinsicht seinen Preis. Denn nunmehr eröffnen

106 Zu einem praktischen Fall s. *Hecker/Theile* FAZ v. 7.10.2020: Danach durchsuchten am 7.10.2020 Beamte der Steuerfahndung, des Bundeskriminalamtes und der Bundespolizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft Frankfurt „Geschäftsräume“ des DFB sowie Privatwohnungen in fünf Bundesländern. Auslöser war der Verdacht, dass Einnahmen aus der Bandenwerbung von Länderspielen des Männer-Teams in Deutschland vom DFB „unrichtig als Einnahmen aus der Vermögensverwaltung erklärt“ worden seien. Zwar müssen Gewinne eines gemeinnützigen Sportverbandes aus Vermögensverwaltung nicht versteuert werden. Der DFB hatte die Werbeflächen in den Spielstätten von Länderspielen zwischen 2014 und 2018 an eine schweizerische Gesellschaft verpachtet, soll trotz der Verpachtung der Rechte aber aktiv bei der Vergabe der Bandenwerbung mitgewirkt haben. Dann hätte es sich indes um keine steuerfreie Vermögensverwaltung gehandelt, sondern die entsprechenden Einnahmen hätten dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zugeordnet werden müssen. Dadurch sollen 4,7 Mio. € einer Besteuerung entzogen worden sein.

sich kartellrechtliche Kontrollmöglichkeiten, um Interessenkonflikte eines Sportverbandes etwa bei der Zulassung von Konkurrenzveranstaltungen oder bei der Einräumung von Vermarktungsmöglichkeiten an Teilnehmer von Sportveranstaltungen zu vermeiden und die Chancengleichheit zwischen einzelnen Wirtschaftsteilnehmern im gebotenen Maße zu gewährleisten. Den Maßstab bietet das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, welche der Sportverband üblicherweise auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung von Athleten zu Wettkampfveranstaltungen oder für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen in einer bestimmten Sportart innehat.

Die sich nunmehr aufdrängende und entscheidende Frage lautet: Wann liegt in den geschilderten Konstellationen ein Marktmachtmissbrauch des Sportverbandes vor? Die Antwort hierauf ist alles andere als trivial und hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Kartellrechtlich bedenklich wird es insbesondere, wenn ein Sportverband seine Marktmacht auf dem beherrschten Markt (z.B. für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen) als Hebel benutzt, um seine Marktstellung auf einem Drittmarkt (z.B. für die Vermarktung von Sportveranstaltungen) zu verbessern.<sup>107</sup> Diese Zusammenhänge bilden übrigens ein weiteres Indiz für die hier favorisierte Rechtsauffassung, dass die beiden skizzierten Märkte grundsätzlich nicht zu einem relevanten Markt zusammengefasst werden können und sollten.<sup>108</sup>

Eine solche verbotene Hebelwirkung kann freilich nicht bereits angenommen werden, wenn der Wettbewerb zulasten der Marktgegenseite etwa auf den angrenzenden relevanten Märkten für die Zulassung zu oder die Vermarktung von Sportveranstaltungen in irgendeiner Weise beschränkt wird. Dies wäre nämlich bereits der Fall, wenn etwa private Konkurrenzveranstalter oder Wettkampfteilnehmer bei ihren eigenen Vermarktungsaktivitäten Vorgaben des Sportverbandes zu beachten hätten, die ihre Handlungsfreiheit einschränken. Es muss also in diesem Zusammenhang zum einen durch den Sportverband eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten werden. Zum anderen darf nicht vernachlässigt werden, dass Wettbewerbsbeschränkungen der Marktgegenseite, die auf der erwähnten Hebelwirkung beruhen und von Sportverbänden ausgehen, durchaus gerechtfertigt sein könnten.

Bei der Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands und etwaiger Rechtfertigungsgründe spielen letztlich unausweichlich zahlreiche Aspekte und Abwägungsfragen eine Rolle, die uns schon in anderem Zusammenhang, d.h. bei der Auslegung und Anwendung des Kartellverbotstatbestandes, in Form der ein-

107 Zu Beispielen aus der Praxis europäischer Kartellbehörden s. Kornbeck EuZW 2020, 1072 (1074–1076).

108 → VI. Rn. 93, 113 und VII. Rn. 4–7, jew. m.w.N.

zelen Prüfungspunkte des *Meca-Medina*-Tests begegnet sind. Auch beim etwaigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wird zu fragen sein, ob die Maßnahmen des Sportverbandes legitime Zielsetzungen aufweisen und diese in stringenter und kohärenter Weise verfolgen, ob ein notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele besteht und die Maßnahmen schließlich geeignet, erforderlich und angemessen im Hinblick auf die verfolgten legitimen Ziele sind. Ein solcher Prüfungsgleichlauf zum Kartellverbotstatbestand drängt sich auf, zumal es bei der Beurteilung von aufgetretenen oder drohenden Wettbewerbsbeschränkungen (nicht nur im Sportsektor) oftmals möglich ist, wahlweise entweder beim Kartellverbots- oder aber beim Missbrauchstatbestand anzusetzen. Ob der *Meca-Medina*-Test, der ursprünglich im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelt wurde, aber tatsächlich auch beim Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gleichsam ins kartellrechtliche Spiel eingewechselt werden kann und darf, ist im nachfolgenden Abschnitt zu klären.

## 6. Rechtfertigungsmöglichkeiten und Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests

- 67 Nach dem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH herrschte zunächst Unsicherheit, ob der darin im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelte *Meca-Medina*-Test<sup>109</sup> auch auf den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV sowie auf § 19 GWB übertragen werden könnte.<sup>110</sup> Die Erwägungsgründe des Gerichtshofs ließen insoweit keinen entsprechenden Rückschluss zu,<sup>111</sup> was das BKartA jedoch jüngst anders beurteilt hat.<sup>112</sup> Danach seien die *Meca-Medina*-Kriterien zwar im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit von Art. 81 EG (= Art. 101 AEUV) aufgestellt worden. Da in den Erwägungsgründen 31 ff. des Urteils aber wiederholt Art. 81 EG und Art. 82 EG (= Art. 101, 102 AEUV) genannt worden seien, sei davon auszugehen, dass diese Prüfungskriterien ebenso in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV) gelten sollten. Damit kann nunmehr davon ausgegangen werden, dass das BKartA künftigen *Meca-Medina*-Test im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände Art. 102 AEUV und § 19 GWB anwenden wird. Die Begründung des

109 Ausf. hierzu → VI. Rn. 164–385 m.w.N.

110 S. hierzu etwa *Esposito* 234 f.; *Grätz* 260 ff.; *St. Horn* 129; *Kretschmer* 94 f.; *Mürtz* Abschn. F. I. 2.; *Heermann* CaS 2013, 21 (29).

111 *Heermann* WuW 2009, 489 (498).

112 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 92 Fn. 52 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ebenso *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 (120 Fn. 54).

BKartA mutet indes recht formal an und lässt eine sich am materiellen Recht orientierende und überzeugende Begründung vermissen.

Demgegenüber ging die EU-Kommission bereits im Jahr 2007 im Begleitdokument zum Weißbuch Sport ausdrücklich davon aus, dass der *Meca-Medina*-Test auch bei Art. 102 AEUV Anwendung finden könne,<sup>113</sup> bemühte sich insoweit aber gar nicht erst um eine nachvollziehbare Begründung. Damit lässt sich nunmehr auch leicht erahnen, wie die europäische Kartellbehörde in der künftigen Entscheidungspraxis mit dieser Rechtsfrage umzugehen gedenkt. Allerdings hat die EU-Kommission – soweit ersichtlich – noch keine Gelegenheit gehabt, ihren Plan in die (Entscheidungs-)Praxis umzusetzen (Stand: 7.2.2022).

Es bestehen letztlich gute Gründe dafür, den *Meca-Medina*-Test auch bei Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB zur Anwendung zu bringen. Denn dieser Ansatz ist nicht allein und ausschließlich auf Art. 101 Abs. 1 AEUV zugeschnitten, mag er auch zunächst nur für den Kartellverbotstatbestand entwickelt worden sein. Nicht erst seit der Einführung von Art. 165 AEUV<sup>114</sup> ist es bei Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften (und damit nicht nur des Kartellverbotstatbestandes) geboten, den Besonderheiten des Sports<sup>115</sup> angemessen Rechnung zu tragen. In diesem Kontext ist der *Meca-Medina*-Test in besonderer Weise geeignet, den Belangen des Wettbewerbsrechts sowie des Sports gleichermaßen Rechnung zu tragen und diese zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>116</sup> Sowohl Art. 101 AEUV als auch Art. 102 AEUV verfolgen das Schutzziel eines unverfälschten Wettbewerbs, so dass es naheliegt, bei beiden Tatbeständen die Besonderheiten des Sports durch Anwendung des *Meca-Medina*-Tests angemessen zu berücksichtigen. Der Rechtsterminus des Missbrauchs bietet zudem ausreichend Spielraum für die Berücksichtigung auch solcher wettbewerbsfremder Aspekte.<sup>117</sup> Wie am Ende des unmittelbar vorangehenden Abschnitts dargelegt, läuft dieser Prozess beim Kartellverbotstatbestand und beim Missbrauchstatbestand letztlich auf die gleichen Fragestellungen hinaus, die mit dem *Meca-Medina*-Test, einer besonderen Ausprägung des allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,<sup>118</sup> verbunden sind. Dadurch wird nicht zuletzt auch die Rechtssicherheit gestärkt.

Diese Umstände legen eine grundsätzliche Übertragbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB nahe. Dies entspricht auch der im sportrechtlichen Schrifttum vorherrschenden Rechtsauffassung.<sup>119</sup> Dabei sollten

113 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.1.2.

114 → VIII. Rn. 1 ff.

115 → II. Rn. 1–15.

116 *Jung* 223; *Weatherill*, European Sports Law, 2014, 482; *Weatherill* ECLR 2006, 645 (655).

117 *St. Horn* 129; *Mürtz* Abschn. F. I. 2. c) aa); *Opfermann* 323; *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 20 ff.

118 Diesen Aspekt betonend *Kretschmer* 96.

119 *Cukurov* 235 f.; *Esposito* 230; *St. Horn* 129; *Jung* 223; *Kretschmer* 94 ff.; *Mürtz* Abschn. F. I. 2. und 6.; *Opfermann* 323; *Scherzinger* 221 f.; *Weatherill*, European Sports Law,

jedoch die systematischen Unterschiede zwischen einem Kartellverbot sowie einem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht vernachlässigt werden. Die in Art. 101 Abs. 3 AEUV niedergelegten Rechtfertigungsvoraussetzungen orientieren sich in besonderem Maße an den Parametern einer Wohlfahrtssteigerung, das Kartellverbot greift zumeist – indes nicht ausschließlich – im Vorfeld der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung ein. Demgegenüber ist im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV die Marktstruktur bereits in erheblichem Maße geschwächt, so dass dem marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür zukommt, den noch vorhandenen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.<sup>120</sup> So reichen etwa nur kurzfristige Effizienzsteigerungen nicht aus, um die Gefahr einer weitergehenden Schädigung der Marktstruktur zu rechtfertigen.<sup>121</sup> Daraus hat *Seyb*<sup>122</sup> zuletzt für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf Art. 102 AEUV den Schluss gezogen, dass Zielsetzungen, die überwiegend wirtschaftlich motiviert seien, einer strengeren Überprüfung unterliegen müssten als bei Art. 101 AEUV. Missbräuchliches Verhalten könne in solchen Fällen nur verhältnismäßig und angemessen sein, wenn die mit ihm verbundenen Vorteile die einhergehenden Nachteile weit überwögen.

- 71 Nach hier vertretener Auffassung bedarf es einer solchen Differenzierung nicht. Zunächst ist festzuhalten, dass die vorgeschlagene Modifikation ohnehin nur den letzten Unterpunkt auf der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests betrifft.<sup>123</sup> In vielen Fällen der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf Art. 102 AEUV oder § 19 GWB wird man die Prüfung schon vorher abbrechen müssen, sofern die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme die Voraussetzungen einer der vorgelagerten Prüfungsstufen nicht erfüllt. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, ist abschließend zu klären, ob der durch die 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. Bei der Bestimmung des Interesses an einem unverzerrten Wettbewerb hat man sich jedoch zwingend am Zweck des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots zu orientieren, welches sich von dem des Kartellverbots unterscheidet.

2014, 482; Stopper/Lentzel/Stopper/Kempton Kap. 8 Rn. 35; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (591); *Klees* EuZW 2008, 391 (393); *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1331); *Verse* CaS 2010, 28 (31); *Weatherill* ECLR 2006, 645 (655); ähnl. auch *Hülskötter* 258 f.; krit. hingegen *Putzler* 94 f. In vergleichbarer Weise eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung befürwortend *Grätz* 258 ff.; *Punte* 149 f.; *Schaefer* 229 f.; *Weiler* 200 ff.

120 S. stellvertr. *Mestmäcker/Schweitzer* § 16 Rn. 44 m.w.N.

121 *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 163.

122 *Seyb* 113.

123 → VI. Rn. 310–313.