

Peter W. Heermann, Bayreuth

Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports

– Rechtfertigen die Besonderheiten des Sports eine Sonderbehandlung?

Teil I: Kartellverbot gem. Art. 81 EG

Der Europäische Gerichtshof wendete im Jahr in der 2006 in der Rechtssache Meca-Medina/Kommission (WuW/E EU-R 1493) erstmals das Kartellverbot i.S.d. Art. 81 EG auf das Handeln eines Sportverbandes an. Im vergangenen Jahr überprüfte er dann in der Rechtssache MOTOE (WuW/E EU-R 1457) erstmalig Maßnahmen eines Sportverbandes am Maßstab des Missbrauchsverbots i.S. des Art. 82 EG. Zugleich ist in den letzten Jahren hierzulande der Sportbereich zunehmend ins Visier der Kartellbehörden geraten. Vor diesem Hintergrund fordern verschiedene internationale und nationale Sportverbände unter Hinweis insbesondere auf die Besonderheiten des Sports Bereichsausnahmen von der Anwendung des Kartellrechts.

Der nachfolgende – zweiteilige – Beitrag identifiziert in seinem 1. Teil zunächst die Unterschiede zwischen wirtschaftlichem und sportlichem Wettbewerb (II.). Unter Beschränkung auf das europäische Kartellrecht wird auf der Basis der Rechtssache Meca-Medina/Kommission sodann untersucht, inwieweit die Rechtsprechung sowie die Kommission bei der Anwendung des Kartellverbots bislang den Besonderheiten des Sports Rechnung getragen haben. (III.). Der im nachfolgenden Heft der WuW erscheinende 2. Teil des Beitrags wird sich dann mit der Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf den Sport (IV.) sowie praxisrelevanten Beweisfragen (V.) auseinandersetzen und eine abschließende Bewertung vornehmen (VI.).

I. Einleitung

In den vergangenen Jahren ist der Sportbereich zunehmend in Berührung mit dem Kartellrecht gekommen. Erstmals im Jahr 2006 äußerte sich der EuGH zur Anwendung des in Art. 81 EG verankerten Kartellverbots auf Sportverbände¹⁾. Und zwei Jahre später nahm der EuGH sodann zu einzelnen Aspekten des Missbrauchsverbots i.S.d. Art. 82 EG in Bezug auf Sportverbände Stellung²⁾. Mögen die zugrunde liegenden Sachverhalte den deutschen Sport auch nicht unmittel-

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a.D.

1) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493 – *Meca-Medina/Kommission*.

2) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

bar betreffen, wurde doch zuletzt hierzulande gleichfalls das Augenmerk auf die Problematik gelenkt. So erfolgte im Februar 2008 eine Hausdurchsuchung des BKartA beim Deutschen Fußball Bund (DFB) sowie bei der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL). Dieses Vorgehen mündete schließlich in die Einstellung eines Teils der Ermittlungen hinsichtlich Koordinationsbestrebungen im Bereich des Sponsorings³⁾ sowie eine „Empfehlung“ hinsichtlich der Ausschreibung der Übertragungsrechte an den Fußball Bundesligen ab der Spielzeit 2009/2010⁴⁾.

Die Entwicklungen haben inzwischen auch eine politische Dimension erhalten. So äußerte sich Bundesinnenminister *Schäuble* in seiner Rede zum elften Sportbericht der Bundesregierung vor dem Deutschen Bundestag am 5. 6. 2008 in Berlin zur Problematik folgendermaßen:

„Deswegen setze ich mich dafür ein, dass wir das im Weißbuch der EU für den Sport auf europäischer Ebene stärker berücksichtigen und dass wir bei Fragen, die die Selbstorganisation des Sports betreffen, uns auf europäischer Ebene einsetzen und bei allen europäischen Institutionen um Verständnis werben, dass wir das Großartige im Sport erhalten, wozu auch seine Selbstorganisation gehört. Ähnliches gilt im Hinblick auf das nationale und europäische Wettbewerbsrecht für die Rahmenbedingungen des professionell organisierten Sports und seiner Vermarktung. Sie kennen die aktuelle Debatte, die nicht einfach ist. Aber wem die Freiheit und die gesellschaftspolitische Bedeutung einer freien Sportorganisation am Herzen liegen, der muss wissen, dass nicht alles über einen Leisten geschlagen werden darf. In diesem Falle gefährdeten wir zu viel von dem Großartigen des Sports und seiner Selbstorganisation. Deswegen nutze ich die Gelegenheit, dafür zu werben.“⁵⁾

Einige Wochen später antwortete der Bundesinnenminister auf die Frage, ob der Fußball, der anders als beispielsweise die Öl-Industrie auch zahlreiche gesellschaftliche Funktionen ausfülle, überhaupt unter kartellrechtliche Kontrolle gehöre, folgendermaßen:

„Der Sport ist autonom, Politik kann nur regeln und insgesamt unterstützen, aber der Fußball kann auch für sich selbst sorgen. Natürlich habe ich auch mit dem Wirtschaftsminister die Frage besprochen, ob das Zusammenwirken von DFB und DFL gegen Kartellrecht sein könnte. Da sind wir aber der Meinung: Wahrscheinlich dürfen wir den Sport nicht pauschal mit den uns gegebenen rechtlichen Regeln behandeln. Das sollten wir noch mal überdenken und die richtige Balance finden.“⁶⁾

Und schließlich stellte der Bundesinnenminister anlässlich eines EU Symposiums zum Weißbuch Sport am 17. 10. 2008 in Bonn fest,

mit der im Bundeskabinett vorgestellten Initiative „Sport und Wettbewerb“ solle den Sportverbänden zu mehr Rechtssicherheit verholfen werden; danach sollen die Regeln des Kartellrechts nicht uneingeschränkt für den Sportsektor gelten; ebenso wie im Kartellrecht müsse man die Besonderheit des Sports bei den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen⁷⁾.

Rechtfertigen die insbesondere von Funktionären diverser nationaler und internationaler Sportverbände und nun auch von Politikern bemühten Besonderheiten des Sports aber tatsächlich eine kartellrechtliche Sonderbehandlung durch Schaffung eines Ausnahmereichs? Welches sind die Besonderheiten des Sports? Und werden Sportverbände in kartellrechtlicher Hinsicht überhaupt – wie vielfach behauptet – wie andere primär wirtschaftlich orientiert am Markt agierende Unternehmen behandelt?

3) FAZ v. 22. 8. 2008, S. 37 („Kartellamt stellt Verfahren ein: DFB prüft Schritte“).

4) Vgl. hierzu *Heermann*, NJW-Editorial: Zentralvermarktung der Bundesliga – Kartellamt im Abschieds?, NJW 2008, Heft 35, Seite III; *ders.*, Editorial: Noch kein Abpiff im „Spiel“ zwischen DFL und Bundeskartellamt, Causa Sport 2009, Heft 1; *Stopper*, Spielmanipulation: Das BKartA kennt das richtige Ergebnis der TV-Zentralvermarktung, SpuRt 2008, 177 ff.

5) Die gesamte Rede ist abrufbar unter http://www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2008/06/59-1-bmi-bt.html (zuletzt abgerufen am 5.3.2009).

6) Vgl. Bundesliga – Das offizielle Magazin, Heft 10/2008, S. 12, 15, 17.

7) Vgl. http://www.bmi.bund.de/nn_122688/Internet/Content/Themen/Sport/DatenundFakten/EU_Weissbuch_Sport_Tag2.html (zuletzt abgerufen am 1. 11. 2008).

Diese Fragen sollen nachfolgend unter Beschränkung auf das europäische Kartellrecht beantwortet werden⁸⁾. Diese inhaltliche Einschränkung beruht auf zwei Erwägungen: Erstens sind kartellrechtlich relevante Sachverhalte vielfach grenzüberschreitend. Die Fernsehrechte an der Fußball-Bundesliga werden etwa nicht nur in sämtlichen Mitgliedstaaten, sondern weit darüber hinaus nachgefragt. Zu beachten ist der Umstand, dass auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen und daher in den Anwendungsbereich des Art. 81 EG fallen können⁹⁾. Zweitens weichen die damit nur selten einschlägigen deutschen Kartellrechtsvorschriften zum Kartellverbot sowie zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung inhaltlich und in der Anwendung nur unwesentlich von Art. 81 und 82 EG ab, so dass der zusätzliche Erkenntnisgewinn letztlich gering wäre.

II. Wirtschaftlicher Wettbewerb versus sportlicher Wettbewerb

Dies ist nicht der Ort, die Entwicklung der Wettbewerbstheorie sowie den aktuellen Stand der Diskussion nachzuzeichnen¹⁰⁾. Bei stark vereinfachender Betrachtung lassen sich zwei Grundansätze zum wirtschaftlichen Wettbewerb unterscheiden. Eine bereits seit Jahrzehnten vorhandene Meinungsströmung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Wettbewerb als ergebnisoffener Prozess betrachtet wird, wobei der Wettbewerb selbst das Schutzgut darstellt¹¹⁾. Die andere, erst in jüngerer Zeit die Diskussion belebende Meinungsströmung erblickt im Wettbewerb hingegen ein Mittel zur Erreichung bestimmter Ziele. Diesem Ansatz ist auch der „*more economic approach*“ zuzuordnen, den die Europäische Kommission seit geraumer Zeit verfolgt. Danach dient der Schutz des Wettbewerbs dazu, die Konsumentenwohlfahrt zu fördern und eine effiziente Allokation der Ressourcen sicherzustellen¹²⁾. Diese unterschiedlichen Grundansätze führen im vorliegenden Kontext insbesondere bei der Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen, ob Effizienzgewinne bei der Anwendung des Art. 82 EG berücksichtigt werden sollten.

Der Sportsektor ist in den letzten Jahrzehnten zu einem bedeutenden Wirtschaftsfaktor geworden. So erwirtschaftete der Sport im weiteren Sinne (davon umfasst sind die Ausübung des Sports und die direkt mit der Ausübung des Sports verbundenen Aktivitäten, etwa die sportlichen Dienstleistungen und der Betrieb von Sportanlagen sowie die Sportartikelproduktion, der Sportartikelhandel, die Sportunterhaltung (Medien) und die Sportausbildung) im Jahr 2004 einen Mehrwert von 407 Mrd. EUR, d.h. 3,7% des Bruttoinlandsprodukts der EU, und beschäftigte 15 Mio. Menschen oder 5,4% der Erwerbsbevölkerung¹³⁾. Wesentliche Triebfeder für die Wirtschaftskraft des gesamten Sportsektors ist letztlich die At-

8) Zum Sport im Lichte des europäischen Kartellrechts im englischsprachigen Schrifttum vgl. auch die instruktive Darstellung von *Parrish/Miettinen*, *The Sporting Exception in European Union Law*, 2008, S. 103 ff. m.w.N. In diesem Zusammenhang sind auch rechtsvergleichende Betrachtungen zur Stellung des Sports im US-amerikanischen Recht überaus aufschlussreich; vgl. hierzu zuletzt stellvertretend *Kaburakis*, *The US and EU Systems of Sport Governance. Commercialized v. Socio-Cultural Model – Competition and Labor Law*, ISLJ 2008, 108, 109 ff.; *Nafziger*, *A Comparison of the European and North American Models of Sports Organisation*, ISLJ 2008, 100, 107.

9) 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.

10) Vgl. hierzu stellvertretend *Säcker*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.): *Münchener Kommentar – Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Einl. Rdn. 1 ff.; *Emmerich*, *Kartellrecht*, 11. Aufl., München 2008, § 1 III. (S. 4 ff.), jeweils m.w.N.

11) Sympathie für diesen Ansatz hat zuletzt der Präsident des BKartA bekundet; vgl. *Heitzer*, *Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik*, WuW 2007, 854, 856.

12) Vgl. Kommission, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* vom Dezember 2005, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>, Rdn. 54 f.

13) Kommission, *Weißbuch Sport*, KOM (2007) 391 final vom 11.7.2007, abrufbar unter http://ec.europa.eu/sport/index_en.html, Abschnitt 3 m.w.N.

traktivität des Amateur- und Profisports, der in der Tat im Hinblick auf die Organisation der sportlichen Wettkämpfe oder deren Durchführung Besonderheiten aufweist¹⁴). Dies gilt aber nicht zuletzt auch in sportökonomischer Hinsicht¹⁵). Zwar betrifft insbesondere der professionelle Sport das Wirtschaftsleben. Allerdings ist der Sportbereich keine wirtschaftliche Branche wie jede andere. Dies sei anhand eines Beispiels veranschaulicht: Ein Hersteller von Kraftfahrzeugen der Luxusklasse würde den Marktaustritt des einen oder anderen leistungsstarken Wettbewerbers wirtschaftlich verkraften, ja er würde davon vermutlich zumindest kurz- und mittelfristig profitieren. Ein Spitzenclub im Fußball hingegen kann nicht auf leistungsstarke Wettbewerber verzichten. Vielmehr hängt nach vorherrschender, freilich nicht unumstrittener Ansicht der langfristige Erfolg eines Ligaclubs, aber auch des Ligasports insgesamt davon ab, dass zumindest in gewissem Umfang ein sportliches Gleichgewicht vorhanden ist und dass dem Ausgang des sportlichen Wettkampfes noch ein Mindestmaß von Ungewissheit anhaftet.

Die angedeuteten Besonderheiten des Sports sind allgemein anerkannt. Deutlich weniger Einigkeit herrscht indes im Hinblick auf die Frage vor, ob und – falls ja – in welchem Umfang und auf welche Weise diese Besonderheiten bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportbereich zu berücksichtigen sind. Die Auffassungen hierzu decken das gesamte denkbare Meinungsspektrum ab. Während interessierte Kreise für mehr oder weniger weit reichende kartellrechtliche Bereichsausnahmen plädieren¹⁶), wollen Teile des wissenschaftlichen Schrifttums zumindest Regelungen rein sportlichen Charakters von der Anwendung des Kartellrechts ausnehmen, während ein weiterer Ansatz die uneingeschränkte Anwendung des Kartellrechts auf den Sportbereich befürwortet, allerdings mit Unterschieden hinsichtlich Art und Umfang der Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports im Rahmen der Normenanwendung.

Nachfolgend soll in zwei aufeinanderfolgenden Teilen für das Kartellverbot gem. Art. 81 EG (III.) sowie das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG (IV.) jeweils untersucht werden, bei welchen Tatbestandsmerkmalen eine Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports in Betracht kommt. Dabei werden die Ansätze, die der EuGH zuletzt in den Rechtsachen *Meca Medina/Kommission*¹⁷) sowie *MOTOE*¹⁸) verfolgt hat, kritisch gewürdigt und in die bislang vorherrschende Dogmatik zu den genannten Vorschriften des europäischen Kartellrechts eingeordnet. Nach einer Analyse der überaus praxisrelevanten Beweislastverteilung in Kartellverfahren (V.) wird im abschließenden Fazit (VI.) sodann die Ausgangsfrage beantwortet werden.

14) Vgl. hierzu Kommission (Fn. 13), Abschnitt 4.1 m.w.N.

15) Vgl. hierzu Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Wettbewerbsrechts, Diss. Bayreuth 2008 (im Erscheinen), Kapitel V A. II.; Heermann, Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht – dargestellt anhand der Verwertung der Fernsehübertragungsrechte für Spiele des UEFA-Pokal- und des Pokalsieger-Wettbewerbs sowie der Bundesliga durch den DFB, ZHR 161 (1997), 665, 670 ff., jeweils m.w.N.

16) Erinnerung sei in diesem Zusammenhang an die seinerzeit sehr umstrittene und inzwischen aufgehobene Vorschrift des § 31 GWB a.F., die unter bestimmten Voraussetzungen die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe von der Anwendung des deutschen Kartellrechts freistellte; zu den mit dieser Vorschrift verbundenen Rechtsproblemen vgl. stellvertretend Heermann, Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht – Rechtsvergleichende Beobachtungen zum Umspielen unliebsamer Rechtsvorschriften – RabelsZ 67 (2003), 106, 126 ff. m.w.N.

17) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E UR-R 1493 – *Meca-Medina/Kommission*.

18) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E UR-R 1457- *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

III. Anwendung von Art. 81 EG im Sportbereich¹⁹⁾

1. *EuGH Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina/Kommission – Sachverhalt*

Zwei Langstreckenschwimmer waren auf der Grundlage vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) erlassener und vom Internationalen Schwimmverband (FINA) durchgeführter Verbandsregelungen wegen Dopingverstößen für zwei Jahre gesperrt worden. Die Langstreckenschwimmer vertraten die Ansicht, dieses Vorgehen der FINA verstoße gegen Art. 81 und/oder 82 EG, insbesondere seien rein sportliche Regelwerke niemals generell vom Geltungsbereich des EG-Vertrags ausgeschlossen.

Nachfolgend werden die Entscheidungsgründe, soweit sie für die Anwendung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 81 EG von Bedeutung sind, in die Bewertung mit einbezogen werden.

2. *Anwendbarkeit des EG-Vertrags*

Nicht nur von dogmatischem, sondern auch von einem erheblichen praktischen Interesse ist die Frage, ob etwa die auf einem Verbandsbeschluss beruhenden Regelungen des Sportverbandes, die möglicherweise den Wettbewerb in einer bestimmten Form beschränken, im Hinblick auf die in Art. 11 EMRK garantierte und gemeinschaftsrechtlich anerkannte²⁰⁾ Vereinigungsfreiheit (Verbandsautonomie) überhaupt in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen. In diesem Zusammenhang kommen unterschiedliche Ansätze in Betracht.

a) *Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG*

Wiederholt hatte der EuGH seit seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Walrave* und *Donà*²¹⁾ in weiteren Fällen, die die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf den Bereich des Sports betrafen, festgestellt, angesichts der Ziele der Gemeinschaft unterfielen sportliche Betätigungen nur insoweit dem Gemeinschaftsrecht, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens i.S. von Art. 2 EG ausmachten²²⁾. Diese erste Stufe des sog. *Walrave-Donà*-Tests referiert der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission*²³⁾. Daher ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof mangels ausdrücklicher inhaltlicher Distanzierung auch bei der Anwendung des Art. 81 EG an diesem Ansatz festhalten will.

Das Merkmal „Teil des Wirtschaftslebens“ i.S. des Art. 2 EG wird denkbar weit ausgelegt²⁴⁾. Folgende Besonderheiten hat der EuGH in der Rechtssache *Delière* im Hinblick auf den Sportsektor jedoch herausgearbeitet: Zunächst bestehe für die wirtschaftliche Tätigkeit im Sport eine Bagatellklausel; so müsse es sich bei den entgeltlichen Dienstleistungen um tatsächliche und echte, also nicht völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten handeln²⁵⁾. Darüber hinaus berücksichtigt der Gerichtshof auch mittelbare Entgelte, um zu bestimmen, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter hat. Keineswegs müssten die erbrachte Leis-

19) Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von organisatorischen Sportvorschriften mit Art. 81 EG vgl. auch *Klees*, Die so genannte „50+1“-Regel im deutschen Profifußball im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, *EuZW* 2008, 391, 392 f.

20) Vgl. stellvertretend EuGH, Urteil v. 15. 12. 1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdn. 79 – *Bosman*; ausführlich zur rechtlichen Herleitung der Verbandsautonomie ausländischer Sportverbände und der Verbandsautonomie nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2001, S. 74 ff.

21) EuGH, Urteil v. 12. 12. 1974, Rs. C-36/74, Slg. 1974, 1405, Rdn. 10 – *Walrave*; EuGH, Urteil v. 14. 7. 1976, Rs. C-13/76, Slg. 1976, 1333, Rdn. 12 – *Donà*.

22) EuGH, Urteil v. 15. 12. 1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdn. 73 – *Bosman*; EuGH, Urteil v. 11. 4. 2000, Rs. C-51/96, Slg. 2000, I-2549, Rdn. 41 – *Delière*; EuGH, Urteil v. 13. 4. 2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Rdn. 32 – *Lehtonen*.

23) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 22 f. – *Meca-Medina/Kommission*.

24) Ausführlich hierzu im Hinblick auf den Sportbereich *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 3 B. III. 1. a) dd) (2) m.w.N.

25) EuGH, Urteil v. 11. 4. 2000, Rs. C-51/96, Slg. 2000, I-2549, Rdn. 54 – *Delière*.

tung und das Entgelt in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen; auch Dienstleistungen, die nicht von denen bezahlt werden, denen sie zugute kommen, könnten unter das Gemeinschaftsrecht fallen²⁶⁾.

Vielfach werden Tätigkeiten, die eindeutig sportlichen und keinen wirtschaftlichen Bezug aufweisen (z.B. Teilnahme eines Hobbysportlers an einem Marathonrennen), mit Leistungen zusammentreffen, die einen wirtschaftlichen Charakter haben (z.B. Vermarktung der Übertragungsrechte an dem Rennen durch den Veranstalter). Wie Generalanwalt *Cosmas* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Deliège* zutreffend festgestellt hat, erhalten durch diese Verknüpfung die Tätigkeiten rein sportlichen Charakters ebenfalls ein wirtschaftliches Gepräge²⁷⁾. Damit reicht schon die bloße Teilnahme an Veranstaltungen mit wirtschaftlichem Charakter aus, um auch den dabei erbrachten sportlichen Aktivitäten den Charakter einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu geben.

b) Keine Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters

Seit vielen Jahren wird diskutiert, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters – wie immer man sie auch im Einzelfall definieren mag – vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen werden können²⁸⁾. Hierzu hat der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* nunmehr ausdrücklich Stellung bezogen²⁹⁾. Fielen streitgegenständliche sportliche Tätigkeiten in den Geltungsbereich des EG-Vertrags, so unterlägen die Bedingungen ihrer Ausübung sämtlichen sich aus den einzelnen Vorschriften des EG-Vertrags ergebenden Verpflichtungen. Daraus folge, dass die für diese Tätigkeit geltenden Regeln die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschriften erfüllen müssten, die insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und *den Wettbewerb* [Hervorhebung des Verf.] gewährleisten sollen³⁰⁾.

Bislang hatte die Rechtsprechung des EuGH zur Gewährleistung der Grundfreiheiten im Sportsektor noch eine andere Auslegung im Sinne einer Bereichsausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters zugelassen. Von diesem Ansatz hat sich der Gerichtshof nunmehr mit deutlichen Worten gelöst. Damit können nach Auffassung des Gerichtshofs Verbandsregelungen, sobald sie als Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG einzustufen sind, nicht länger als dem Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts entzogen gelten. Daher können die Besonderheiten des Sports nur noch tatbestandsimmanent, d.h. bei Auslegung und Anwendung der Voraussetzungen der kartellrechtlichen Vorschriften, berücksichtigt werden. Dies mutet *prima facie* für die Bestrebungen, den Besonderheiten des Sports auch bei der Anwendung des Kartellrechts angemessen Rechnung zu tragen, als Rückschritt an³¹⁾. Allerdings wäre eine solche Folgerung voreilig, weil der Gerichtshof in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* zugleich beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung einen

26) EuGH, Urteil v. 11. 4. 2000, Rs. C-51/96, Slg. 2000, I-2549, Rdn. 56 – *Deliège*.

27) *GA Cosmas*, Slg. 2000, I-2549, Nr. 57 f. – *Deliège*.

28) Vgl. hierzu ausführlich *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 3 B. III. 1. e); *Heermann*, Verbandsautonomie versus Kartellrecht – Zu Voraussetzungen und Reichweite der Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EG auf Statuten von Sportverbänden, *Causa Sport* 2006, 345 ff., jeweils m.w.N. zum Meinungsstand; vgl. hierzu auch im englischsprachigen Schrifttum *Parrish/Miettinen*, (Fn. 8), S. 112 f.

29) EuGH, Urteil v. 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 28 – *Meca-Medina/Kommission*.

30) A.A. in der Vorinstanz EuG, Urteil v. 30.9.2004, Rs. T-313/02, Slg. 2004, II-3291, Rdn. 42, 60 ff. – *Meca-Medina/Kommission* sowie im Anschluss daran *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG/Teil 1 und Teil 2, 4. Aufl., München 2007, Art. 81 Abs. 1 Rdn. 33.

31) So *Infantino*, *Meca-Medina*: Ein Schritt zurück für das europäische Sportmodell und die Spezifität des Sports?, *SpuRt* 2007, 12 ff.

neuartigen dreistufigen Test eingeführt hat, in den die Besonderheiten des Sports einfließen können³²⁾.

c) Aufgabe der Konvergenzthese

In der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* hatte das Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) noch die sog. Konvergenzthese vertreten. Danach sollen die von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze zu den Grundfreiheiten auch für die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen gelten; wenn ein sportliches Regelwerk nichts mit wirtschaftlicher Bestätigung zu tun habe, dann solle es weder in den Geltungsbereich der Art. 39 und 49 EG noch in den Geltungsbereich der Art. 81 und 82 EG fallen³³⁾. Von diesem Ansatz hat sich der Gerichtshof mit überzeugender Begründung gelöst. Selbst wenn man unterstelle, dass die streitgegenständlichen Verbandsregelungen den freien Verkehr nicht beschränken, weil sie Fragen betreffen, die allein von sportlichem Interesse seien und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun hätten, würde dies weder bedeuten, dass die entsprechende sportliche Tätigkeit zwangsläufig nicht in den Geltungsbereich der Art. 81 EG und 82 EG falle, noch, dass die genannten Regeln den Tatbestand dieser Artikel nicht erfüllen³⁴⁾. Kurzum: Wenn Verbandsregelungen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags vereinbar sind, so hat dieser Umstand keinerlei Präjudizwirkung im Hinblick auf die kartellrechtliche Bewertung der betreffenden Vorschriften.

d) Denkbare Ausnahmen: Tarifverträge, Konzentrationsprivileg

In freilich eng umgrenzten Fällen können die von Sportverbänden gesetzten Rechtsvorschriften von der Anwendung des Art. 81 EG ausgenommen sein. Insofern kommen zunächst unter nachfolgend darzulegenden Voraussetzungen Regelungen in Betracht, die zum Gegenstand eines Tarifvertrags gemacht worden sind³⁵⁾. Die maßgeblichen Voraussetzungen hat der EuGH in der Rechtssache *Albany*³⁶⁾ aufgestellt: Danach müssen die Vereinbarungen ihrer Art nach aus einem Dialog zwischen den Sozialpartnern folgen. Die Vereinbarung muss das Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen einer Arbeitgeberorganisation (etwa einem Zusammenschluss von Ligaclubs) sowie einer Arbeitnehmerorganisation (z.B. einer Spielergewerkschaft) in Form eines Tarifvertrages sein. Allerdings sind nicht sämtliche Regelungen eines solchen Tarifvertrags von der Anwendung des europäischen Kartellrechts freigestellt. Dies gilt nur, soweit die tarifvertraglichen Vereinbarungen ihrem Gegenstand nach unmittelbar sozialpolitische Ziele verfolgen und zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beitragen. Damit können lediglich die Kernbestandteile eines Tarifvertrags, die etwa die Entlohnung der Arbeitnehmer betreffen, nicht am Kartellverbot i.S. des Art. 81 EG gemessen werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen können auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die zu einem Konzern gehören, vom

32) Vgl. nachfolgend III. 5.

33) EuG, Urteil v. 30. 9. 2004, Rs. T-313/02, Slg. 2004, II-3291, Rdn. 42 – *Meca-Medina/Kommission*.

34) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 31 – *Meca-Medina/Kommission*.

35) Allgemein hierzu mit Bezug zum europäischen Kartellverbot MünchKomm-KartR/Säcker, (Fn. 10), Einl. Rdn. 231 ff.; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, (Fn. 30), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 25 f.; Grätz, (Fn. 15), Kap. 3 B. IV. 1.; Parrish/Miettinen, (Fn. 8), S. 111 f.; mit Bezug zum deutschen Kartellverbot J. B. Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2: GWB, München 2006, § 1 GWB Rdn. 190 ff.; mit Bezug zur Einführung von Gehaltsobergrenzen im Profisport Heermann, Salary Cap – Kartellrechtliche Grenzen, in: Zieschang/Klimmer (Hrsg.), Unternehmensführung im Profifußball – Symbiose von Sport, Wirtschaft und Recht, 2004, S. 123, 126 ff.; zur US-amerikanischen Rechtslage zuletzt Kaburakis, (Fn. 8), ISLJ 108, 113 ff.

36) EuGH, Urteil v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5863, Rdn. 60-63 – *Albany*; in der Folge bestätigt durch EuGH, Urteil v. 21. 9. 2000, Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7111, Rdn. 22 ff. – *Van der Woude*.

Kartellverbot freigestellt sein³⁷). Allerdings ist derzeit sehr fraglich, ob die Voraussetzungen für das sog. Konzentrationsprivileg im europäischen Ligasport erfüllt werden, der traditionell auf einer recht weitgehenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Ligamitglieder unter Aufsicht einer Ligaorganisation basiert. Die im US-amerikanischen Kartellrecht entwickelte sog. *Single Entity Doctrine* kann wegen der regelmäßig engeren wirtschaftlichen Verflechtungen innerhalb der amerikanischen Sportligen nicht vorbehaltlos auf europäische Ligastrukturen übertragen werden³⁸). Und ob etwa die Fußball-Bundesliga als Gleichordnungskonzern das sog. Konzentrationsprivileg genießt, hängt insbesondere von den bislang nicht abschließend geklärten, nach wie vor sehr umstrittenen Fragen ab, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Gleichordnungskonzern angenommen werden kann und – falls dies zu bejahen ist – ob und inwieweit dieser Umstand überhaupt ein Konzentrationsprivileg zu rechtfertigen vermag³⁹).

3. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung i.S.d. Art. 81 EG

Es ist allgemein anerkannt, dass Sportclubs – unabhängig von der Rechtsform etwa als eingetragener Verein oder als Kapitalgesellschaft – und auch Berufssportler bei wirtschaftlicher Betätigung auf der Basis des vorherrschenden funktionalen Unternehmensbegriffs⁴⁰) regelmäßig Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne darstellen. Dementsprechend begründet ein Sportverband, in dem einzelne Sportclubs zusammengeschlossen sind, bei wirtschaftlicher Betätigung üblicherweise eine Unternehmensvereinigung⁴¹). Zuletzt hat der EuGH eine kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft von Sportverbänden in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission*⁴²) im Hinblick auf den Erlass von Doping-Kontrollregelungen durch das IOC sowie in der Rechtssache *MOTOE*⁴³) im Hinblick auf einen gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt für Straßenrennen zugunsten eines nationalen Motorsportverbandes angenommen.

Mittelbar bietet dieses Tatbestandsmerkmal der Art. 81 und 82 EG zwar Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports. Allerdings können und werden die entsprechenden Gesichtspunkte bereits bei der vorgelagerten Frage geprüft, ob die Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG angesehen werden kann⁴⁴).

37) Allgemein hierzu mit Bezug zum europäischen Kartellverbot MünchKomm-KartR/*Paschke*, (Fn. 10), Einl. Rdn. 21 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, (Fn. 30), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 48 ff.; *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 3 B V. 1.; *Heermann*, (Fn. 15), ZHR 161 (1997), 665, 704 ff.; *ders.*, Können Sportligen über das Konzentrationsprivileg vom Kartellverbot freigestellt werden?, WRP 2001, 1140 ff.; mit Bezug zum deutschen Kartellverbot Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Lindemann*, (Fn. 35), § 1 GWB Anh. 1 Rdn. 14 f.

38) Vgl. stellvertretend *Blask*, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, 2005, S. 177 ff.; *Heermann*, (Fn. 16), *RabelsZ* 67 (2003), 106, 135 ff. m.w.N. Zuletzt hat *Stopper*, Ligasportvermarktung: Verhaltenskoordination oder Gemeinschaftsproduktion? *ZWeR* 2008, 412 ff., anknüpfend an die *Single Entity Doctrine*, die Zentralvermarktung der Medienrechte durch eine Liga als vom Kartellverbot nicht erfasste notwendige Gemeinschaftsproduktion eingestuft.

39) Beide Fragen – wengleich nur mit knapper Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand – aufgrund der derzeitigen Ligastrukturen bejahend *Blask*, (Fn. 38), S. 182 ff. sowie *Summerer*, Investoren für die Bundesliga? – Zur Zulässigkeit des Gebots der Mehrheitsbeteiligung des Muttervereins an einer Kapitalgesellschaft („50+1“-Regelung), *SpuRt* 2008, 234, 239; bei den beiden Verfechtern dieser Auffassung handelt es sich um einen der aktuellen Justitiare sowie einen ehemaligen Justitiar der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH.

40) MünchKomm-KartR/*Säcker/Herrmann*, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1595 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, (Fn. 30), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 9 ff.

41) Grundlegend im Hinblick auf Sportverbände EuGH, Urteil v. 12. 12. 1974, Slg. 1974, 1405, Rdn. 4, 10 – *Walrave*; zuletzt EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 20 ff. – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht); vgl. hierzu auch MünchKomm-KartR/*Säcker/Herrmann*, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1612a, 1612b; *Gippini-Fournier*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*, Band 1: Europäisches Recht, München 2005, Art. 81 Abs. 1 Rdn. 52 f., jeweils m.w.N.

42) EuGH, Urteil v. 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 30, 38 – *Meca-Medina/Kommission*.

43) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 20 ff. – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

44) Vgl. oben III. 2. a).

4. Vereinbarung, Beschluss oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

Die Regelwerke der Sportverbände beruhen regelmäßig auf Beschlüssen der zuständigen Gremien. Dieses Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots ist in der Vergangenheit zu Recht nicht als Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports im Rahmen einer kartellrechtlichen Prüfung gewählt worden.

5. Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 EG

Zentrale Bedeutung i.R. des Art. 81 Abs. 1 EG kommt dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zu. Hierbei ist je nach Fallgestaltung eine Vielzahl unterschiedlicher Aspekte zu berücksichtigen. Der EuGH hat in der Rechtsache *Meca-Medina/Kommission* die für die kartellrechtliche Überprüfung der Verbandsregelwerke im Bereich des Sports wesentlichen Gesichtspunkte in einem dreistufigen Test zusammengefasst.

- a) Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkung entfaltet? Insbesondere: Zielsetzung des Beschlusses?

Nach Auffassung des Gerichtshofs sind bei der Anwendung von Art. 81 EG auf Regelwerke von Sportverbänden zunächst der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen⁴⁵⁾. Daher bedarf es zunächst einer legitimen Zielsetzung der betroffenen Verbandsregelung, wobei die in Art. 11 EMRK garantierte und gemeinschaftsrechtlich anerkannte⁴⁶⁾ Verbandsautonomie einen relativ weit gefassten Gestaltungsspielraum eröffnet.

Legitime Zielsetzungen verfolgen damit im Allgemeinen sämtliche Verbandsregelungen, die die Organisation sowie die ordnungsgemäße Durchführung des Wettkampfsports betreffen. Die Ausgestaltung dieses Grundgedankens im Einzelfall weist zahlreiche Facetten auf, die hier nur beispielhaft angedeutet werden können⁴⁷⁾: Gewährleistung fairer Sportwettkämpfe; Sicherung der Chancengleichheit für alle an einem Wettkampf teilnehmenden Sportler oder Mannschaften; Gewährleistung ergebnisoffener Wettkämpfe; Schutz der Gesundheit der am Wettkampf teilnehmenden Sportler, aber auch der Zuschauer; Setzung von Anreizen zur Nachwuchsförderung; Gewährleistung der finanziellen Stabilität und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ligamitglieder unabhängig von ihrer Rechtsform, aber auch des Sport- oder Ligaverbandes; Gewährleistung einer möglichst dauerhaft einheitlichen Sportausübung durch das Setzen von Spielregeln für die jeweilige Sportart; Sicherung der Unterscheidbarkeit von Mannschaften sowie der Erkennbarkeit von Spielern und Sportgerät (z.B. Einsatz eines bunten Spielballes auf Schneeelag); Außendarstellung des Sportes innerhalb des Wettkampfes durch Beschränkung von Werbung, religiösen Botschaften, politischen Äußerungen etc.

Im konkreten Einzelfall ist (sind) die legitime(n) Zielsetzung(en) einer Verbandsregelung im Gesamtzusammenhang möglichst genau zu ermitteln, weil nur auf dieser Grundlage die Prüfung auf den weiteren Stufen des vom Gerichtshof entwickelten Drei-Stufen-Tests sachgerecht durchgeführt werden kann.

45) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 42 – *Meca-Medina/Kommission* in Anlehnung an EuGH, Urteil v. 19.2.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdn. 97 – *Wouters*; zuvor bereits einen ähnlichen Ansatz vorschlagend *Schürmbrand*, Die Anwendung des Kartellrechts im Bereich des Sports, ZWeR 2005, 396, 406 f.; vgl. hierzu im englischsprachigen Schrifttum *Parrish/Miettinen*, (Fn. 8), S. 120-123 m.w.N.; kritisch gegenüber außerwettbewerblichen Erwägungen zur Legitimierung von Wettbewerbsbeschränkungen *Fuchs*, Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG, ZWeR 2007, 369, 383 f.

46) Vgl. Nachw. in Fußn. 19.

47) Vgl. auch *Klees*, (Fn. 19), EuZW 2008, 391, 393; *Parrish/Miettinen*, (Fn. 8), S. 123.

b) Notwendigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zur Verfolgung der Ziele?

Auf der zweiten Stufe des in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* angelegten Drei-Stufen-Tests zur Ermittlung einer durch eine Verbandsregelung bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist sodann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen⁴⁸). An der zweiten Stufe des dreistufigen Tests wird die Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung angesichts des relativ weiten Gestaltungsspielraums der Sportverbände selten scheitern.

c) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Schließlich ist auf der letzten Stufe des Drei-Stufen-Tests zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind⁴⁹). Erst die Prüfung auf dieser Stufe wird – wie die bisherige Praxis lehrt⁵⁰) – in zahlreichen Fällen klären, ob eine Verbandsregelung als Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG einzustufen ist.

Eine andere Frage ist, ob dies der geeignete Ort zur tatbestandsimmanenten Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports ist⁵¹). Hilfreich sind insoweit Erwägungen zur dogmatischen Einordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung, zu der sich der Gerichtshof nicht äußert⁵²).

Nach verwaltungsrechtlichem Verständnis soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz üblicherweise die Intensität staatlicher Eingriffe in die Rechte Privater begrenzen. Sportverbände haben vielfach, aber je nach Ausgestaltung des relevanten Marktes⁵³) nicht notwendigerweise eine (kartell)rechtliche oder faktische Monopolstellung inne. Hieraus ist im Schrifttum nicht selten die Forderung nach einer unmittelbaren Drittwirkung sämtlicher Grundfreiheiten gegenüber derartigen Sportverbänden abgeleitet worden⁵⁴). Unabhängig von dieser zumindest hinsichtlich einzelner Grundfreiheiten, wie der Warenverkehrsfreiheit i.S. des Art. 28 EG, höchst umstrittenen Rechtsfrage kann festgehalten werden, dass Sportdachverbände als „intermediäre Gewalten“ eine quasi-staatliche Position innehaben, die zwischen den Polen des Staates auf der einen Seite und reiner Privatpersonen auf der anderen Seite angesiedelt ist. Gleichwohl scheint dies nicht

48) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 42 – *Meca-Medina/Kommission* in Anlehnung an EuGH, Urteil v. 19.2.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdn. 97 – *Wouters*.

49) EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 42 – *Meca-Medina/Kommission* in Anlehnung an EuGH, Urteil v. 19. 2. 2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdn. 97 – *Wouters*.

50) An diesem – im konkreten Fall nicht explizit bemühten – Drei-Stufen-Test scheiterte letztlich auch ein verbandsrechtliches Verbot der Hosenwerbung im deutschen Fußballsport; vgl. LG Hannover, Causa Sport 2008, 291, 294 f. („Kanzlerstadt“). Dabei ist der Umstand unerheblich, dass das Gericht allein deutsches Kartellrecht anzuwenden hatte. Das Gericht stellte fest, einerseits rechtfertigten die vom beklagten Fußballverband genannten Gründe, die Spieler und den Sport als solchen vor einer zu starken „Plakatierung“ zu schützen, nicht das generelle Verbot der Hosenwerbung; andererseits werde der beklagte Verband aber nicht in seiner Entscheidungskompetenz über die konkrete Ausgestaltung der Hosenwerbung, wie z.B. Größe und Platzierung der Werbung, beeinträchtigt.

51) Ausdrücklich in diesem Sinne *Grätz* (Fn. 15), Kap. 5 B. II. 3.

52) Dies gilt im Übrigen auch für die Passage in der Entscheidung EuGH, Urteil v. 19. 2. 2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdn. 97 – *Wouters*, auf die der Gerichtshof in EuGH, Urteil v. 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 42 – *Meca-Medina/Kommission* Bezug nimmt.

53) Vgl. hierzu nachfolgend IV. 4.

54) Vgl. etwa *Baecker*, Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen, 1985, S. 99 f.; *Groß*, Eine unendliche Geschichte: Transferregelungen im lizenzierten Fußballsport, 2004, S. 369 f., 374 ff.; *W.-H. Roth*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, FS Everling, 1995, S. 1231, 1247; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 291 ff.; *Vieweg/Röthel*, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 166 (2002), 6, 22.

der Grund für die Anordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG gewesen zu sein.

Wenn man die Regelungssystematik des Art. 81 EG zunächst außer Acht lässt, so stellt sich der Drei-Stufen-Test beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung im ersten Absatz wie die Einführung einer *rule of reason* dar⁵⁵). Einzelne der Freistellungsvoraussetzungen i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG – insbesondere das Verhältnismäßigkeitserfordernis – werden gleichsam in das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung hineingelesen bzw. hineininterpretiert. Ein ähnliches Phänomen tritt auch bei Art. 82 EG im Rahmen der Bestimmung der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf, soweit sich die EU-Kommission zuletzt dafür ausgesprochen hat, hierbei einen in seinen Voraussetzungen näher umschriebenen und an die Freistellungsvoraussetzungen i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG erinnernden Effizienzeinwand zuzulassen⁵⁶). Insoweit könnte in gewisser Weise ein dogmatischer Gleichlauf des Drei-Stufen-Tests bei Art. 81 Abs. 1 EG mit dem Effizienzeinwand bei Art. 82 EG herbeigeführt werden.

Wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausfällt, hängt naturgemäß von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Dabei kommt auf Seiten der Sportverbände der Verbandsautonomie ein erhebliches Gewicht zu. Indes ist diese bei der erforderlichen Interessenabwägung nicht allein maßgeblich. So hat der EuGH in der Rechtssache *Bosman* – freilich unter Beschränkung auf die Anwendung der Grundfreiheiten – festgestellt, das Subsidiaritätsprinzip in der ihm von der deutschen Regierung gegebenen Auslegung, nach der sich das Tätigwerden der Behörden und insbesondere auch der Gemeinschaftsbehörden in diesem Bereich auf das unbedingt erforderliche Maß beschränken muss, dürfe nicht dazu führen, dass die Autonomie, über die die privaten Verbände beim Erlass von Sportregelungen verfügen, die Ausübung der dem Einzelnen durch den Vertrag verliehenen Rechte einschränke⁵⁷). Diese im konkreten Fall für die Arbeitnehmerfreizügigkeit geltende Aussage wird man auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im europäischen Kartellrecht ohne weiteres übertragen können.

6. Relevanter Markt

Die Bestimmung des relevanten Marktes spielt nicht nur bei der Frage, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung i.S. des Art. 82 EG innehat, eine wichtige Rolle, sondern auch i.R. des Art. 81 Abs. 1 EG. Denn nur wenn man sich Gewissheit darüber verschafft, auf welchem relevanten Markt sich eine festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auswirkt, kann man im Rahmen der Tatbestandssubsumtion die Fragen nach dem Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sowie nach der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit zuverlässig beantworten. Für die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sportbereich ist die Bestimmung des relevanten Marktes bei der Missbrauchskontrolle i.S. des Art. 82 EG von größerer praktischer Bedeutung. Deshalb wird erst dort auf dieses Tatbestandsmerkmal eingegangen werden⁵⁸).

55) In diesem Sinne *Klees*, (Fn. 19), *EuZW* 2008, 391, 393, der dem EuGH zugleich vorwirft, er habe nun gleich für den gesamten Bereich der organisatorischen Sportregeln die Systematik und Struktur des Art. 81 EG „über den Haufen geworfen“.

56) Siehe hierzu unten IV. 7. e). m.w.N.

57) *EuGH*, Urteil v. 15. 12. 1995, Rs. C-415/93, *Slg.* 1995, I-4921, *Slg.* 1995, I-4921, Rdn. 81 – *Bosman*.

58) Siehe unten IV. 4.

7. Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels

Die Vereinbarung, der Beschluss oder die abgestimmte Verhaltensweise müssen geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen⁵⁹). Sollte dies nicht der Fall sein, kann allein nationales Kartellrecht zur Anwendung kommen. Das Merkmal ist nach Auffassung des EuGH weit auszulegen⁶⁰). Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist danach anzunehmen, wenn sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussagen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinne beeinflussen kann. Zu beachten ist der Umstand, dass auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen und daher in den Anwendungsbereich des Art. 81 EG fallen können⁶¹). Denn dadurch können Abschottungen auf nationaler Ebene verfestigt werden, wodurch zugleich die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert wird.

Auch bei Sachverhalten, die sich *prima facie* als reine Inlandssachverhalte darstellen, weil den Statuten der nationalen Sportverbände nur im Inland ansässige Verbandsmitglieder unterworfen sind, wird vielfach eine zumindest mittelbare oder potentielle Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels vorliegen. Sobald sich die Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG darstellt, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass etwa aufgrund der Internationalität der Sportwettbewerbe sowie ihrer kommerziellen Verwertung der zwischenstaatliche Handel zumindest mittelbar betroffen sein kann.

Vor diesem Hintergrund sind nationale Bereichsausnahmen von der Anwendung des Kartellrechts zugunsten der Sportverbände – etwa der ebenso überraschend eingeführte wie alsbald wieder aufgehobene § 31 GWB a.F.⁶²) – in ihrem Anwendungsbereich stark begrenzt. Derzeit ist nicht erkennbar, dass auf europäischer Ebene in naher Zukunft Bereichsausnahmen vom Kartellrecht zugunsten von Sportverbänden eingeführt werden.

8. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit

Um die Wettbewerbsbehörden und Gerichte von vornherein von Fällen, die lediglich in ihrer Wirkung völlig unerhebliche und kaum spürbare Wettbewerbsbeschränkungen betreffen, entlasten zu können, enthält der Tatbestand des Art. 81 EG nach allgemeiner Auffassung noch das zusätzliche – ungeschriebene – Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit⁶³). Die Tathandlung muss demnach geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten hätte sich also ohne die Tathandlung wesentlich anders entwickeln müssen. Um eine einfache und einheitliche Hand-

59) Vgl. zur Funktion der Zwischenstaatlichkeitsklausel stellvertretend Immenga/Mestmäcker/Rehbinder (Fn. 30), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 262 f.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Gippini-Fournier, (Fn. 41), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 178 ff.; MünchKomm-KartR/Kirchhoff, (Fn. 10), Art. 81 Rdn. 565 ff.; zu diesem Tatbestandsmerkmal in der Judikatur, allerdings bei Anwendung von Art. 82 EG auf das Handeln eines Sportverbandes, vgl. zuletzt *EuGH*, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 39 ff. – *MOTOE*.

60) Vgl. etwa *EuGH*, Urteil v. 30. 6. 1966, Rs. C-56/65, Slg. 1966, 282, 303 – *Maschinenbau Ulm*; *EuGH*, Urteil v. 6. 5. 1971, Rs. C-1/71, Slg. 1971, 351, Rdn. 5 f. – *Cadillon/Hoess*.

61) 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; vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 13. 7. 2006, Rs. C-295/04, Slg. 2006, I-6619, Rdn. 45 f. – *Manfredi u.a.*

62) Vgl. hierzu stellvertretend Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Dorß/Traub, (Fn. 35), Anh 2 zu § 1 GWB Rdn. 20 ff.; Heermann, (Fn. 16), RabelsZ 67 (2003), 106, 127 ff.

63) Vgl. hierzu stellvertretend Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, (Fn. 30), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 276 ff.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Gippini-Fournier, (Fn. 41), Art. 81 Abs. 1 Rdn. 184 ff.; MünchKomm-KartR/Kirchhoff, (Fn. 10), Art. 81 Rdn. 605 ff.

habung kartellrechtlicher Sachverhalte zu gewährleisten, hat die Kommission eine sog. Bagatellbekanntmachung⁶⁴⁾ erlassen.

Sofern durch die Statuten von Sportverbänden oder ihre praktische Umsetzung der zwischenstaatliche Handel betroffen ist, hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob Wettbewerbsbeschränkungen oder die Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels spürbar sind. Für eine Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports ist insoweit kein Raum.

9. Art. 81 Abs. 3 EG

Art. 81 Abs. 3 EG bildet eine Legalausnahme vom Kartellverbot i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG. Durch Art. 1 VO 1/2003 sind die frühere Pflicht zur Anmeldung sowie das Erfordernis der Genehmigung wettbewerbsbehindernder Verhaltensweisen i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG durch die Wettbewerbsbehörden (sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) abgeschafft worden. Stattdessen gilt nunmehr das Prinzip der Legalausnahme. Danach ist bei der kartellrechtlichen Prüfung eine Verhaltensweise automatisch vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen. Danach sind – kumulativ – erforderlich:

- a) eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn *und*
- b) ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts *und*
- c) das Nichtvorliegen einer Unverhältnismäßigkeit oder einer Eröffnung von Möglichkeiten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die einzelnen Voraussetzungen der Legalausnahme, von deren detaillierter Darstellung hier abgesehen werden kann⁶⁵⁾, bieten an sich einen nahe liegenden Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des europäischen Kartellverbotstatbestandes. Allerdings bestehen aus verschiedenen Gründen Zweifel daran, dass einerseits Art. 81 Abs. 3 EG der allein geeignete Ort hierfür ist und dass andererseits Kommission und Rechtsprechung einen solchen Ansatz weiter verfolgen werden:

– Die Voraussetzungen der Legalausnahme sind nicht passgenau auf den Sportsektor, sondern auf den Wirtschaftsverkehr im Allgemeinen zugeschnitten. Daher fällt es schwer, den ökonomischen Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs⁶⁶⁾ bei der Gesetzesanwendung angemessen Rechnung zu tragen. Beispielhaft hierfür genannt sei die Freistellungsentscheidung der Kommission zur Zentralvermarktung der UEFA Champions League. Die Erwägungen in den Entscheidungsgründen zu den Freistellungsvoraussetzungen i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG⁶⁷⁾ sind zumindest teilweise wenig überzeugend, weil der an sich eng auszulegende Wortlaut der Ausnahmenvorschrift entweder überdehnt wird oder man sich inhaltlich hiervon gar löst. Mag das erzielte Ergebnis wettbewerbspolitisch auch vertretbar sein, was hier nicht abschließend beurteilt werden soll, so mindert die

64) Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001/C 368/13-15 Rn 13 ff. v. 22. 12. 2001.

65) Detaillierte Anmerkungen zur Auslegung und Anwendung der einzelnen Voraussetzungen des Ausnahmebestandes hat die EU Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG bekannt gegeben, vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. 2004/C 101/97 ff v. 27. 4. 2004. Siehe außerdem zu Art. 81 Abs. 3 EG stellvertretend Immenga/Mestmäcker/Ellger, (Fn. 30), Art. 81 Abs. 3 Rdn. 1 ff.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 41), Art. 81 Abs. 3 Rdn. 1 ff.; MünchKomm-KartR/Habermeier, (Fn. 10), Art. 81 Rdn. 657 ff.

66) Vgl. oben II.

67) Kommission Entsch. v. 17. 8. 2002 und 23. 7. 2003, COMP/C-2/37.398, Rdn. 136 ff. (Zentralvermarktung der UEFA Champions League).