

*Peter W. Heermann, Bayreuth*

## **Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports**

**– Rechtfertigen die Besonderheiten des Sports eine Sonderbehandlung?**

### **Teil II: Missbrauchsverbot gem. Art. 82 EG**

*Die nachfolgenden Ausführungen bilden die Fortsetzung und zugleich den abschließenden 2. Teil des im letzten WuW-Heft begonnenen Beitrags zur Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sportbereich (1. Teil s. WuW 4/09, 394 ff.). Auf der Basis der Rechtssache MOTOE wird die Anwendung des Missbrauchsverbots auf Sportverbände analysiert (IV.). Es schließen sich Erwägungen zu praxisrelevanten Fragen der Beweislastverteilung im Hinblick auf etwaige Rechtfertigungen an.*

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

tigungsmöglichkeiten an (V.). In der abschließenden Bewertung (VI.) gelangt der Beitrag zu dem Ergebnis, dass bei der Anwendung des Art. 81 EG insbesondere durch die Einführung eines Drei-Stufen-Tests zur Bestimmung einer Wettbewerbsbeschränkung sowie bei Art. 82 EG insbesondere durch die Zulassung des sog. Effizienzeinwandes den Sportverbänden Rechtfertigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dadurch sowie durch weitere sachlich gerechtfertigte Anwendungsmodifikationen tragen Rechtsprechung und Kommission den Besonderheiten des Sports angemessen Rechnung. Bereichsausnahmen von der Anwendung des Kartellrechts zugunsten des Sports lassen sich damit allein rechts- und sportpolitisch begründen. Die insoweit relevanten und bislang vernachlässigten Fragestellungen werden nachfolgend herausgearbeitet.

#### IV. Anwendung von Art. 82 EG im Sportbereich

##### 1. EuGH Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457 – MOTOE – Sachverhalt

In dem Urteil ging es um einen gesetzlich festgelegten Genehmigungsvorbehalt des griechischen Automobil- und Reiseclubs ELPA, der in Griechenland die Fédération internationale de motocyclisme vertritt. Dieser Genehmigungsvorbehalt sah vor, dass Rennen von Motor- oder Fahrrädern in Griechenland nur veranstaltet werden dürfen, wenn sowohl das Ministerium für öffentliche Ordnung als auch ELPA dies genehmigt hatten. ELPA unterlag bei seiner Genehmigung keinerlei Beschränkungen, Bindungen oder Kontrollen. ELPA selbst veranstaltete Motorradrennen in Griechenland und vermarktete sie durch Sponsoring-, Werbe- und Versicherungsverträge. Dem griechischen Motorradsportverband (MOTOE) war durch ELPA die Genehmigung zur Durchführung von Motorradsporthrennen versagt worden, woraufhin MOTOE einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens geltend gemacht hatte. Dem EuGH wurde von dem vorlegenden Gericht die Frage gestellt, ob die Tätigkeit von ELPA in den Anwendungsbereich der Art. 82 EG und 86 EG falle.

##### 2. Anwendbarkeit des EG-Vertrags

Wie schon beim Kartellverbot<sup>71)</sup> stellt sich auch im Bereich der Missbrauchskontrolle die Frage der Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf den Bereich des Sports. Im Grundsatz gelten die bereits zu Art. 81 EG ermittelten Ergebnisse für die Anwendung des Art. 82 EG im Sportbereich entsprechend. Deutliche Modifikationen ergeben sich indes hinsichtlich der umstrittenen Frage, inwieweit das Konzernprivileg im Rahmen der Missbrauchskontrolle überhaupt zur Anwendung kommen kann<sup>72)</sup>.

Zumindest auf den ersten Blick überrascht der Umstand, dass der EuGH in der Rechtssache *MOTOE* nicht die Frage thematisiert hat, ob das streitgegenständliche Handeln des griechischen Automobil- und Reiseclubs ELPA Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG sei<sup>73)</sup>. Da mit der Vermarktung von Veranstaltungen im Motorsport zweifelsohne typische wirtschaftliche Tätigkeiten betroffen waren<sup>74)</sup>, mag der Gerichtshof aus diesem Grund auf den Prüfungsschritt verzichtet haben. Daher wäre es verfrüht, aus der fehlenden Erwähnung dieses recht-

71) Vgl. III. 2.

72) Zu dieser umstrittenen Frage mit Bezug zum europäischen und deutschen Kartellrecht zuletzt *Ostendorf Grün*, Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, WuW 2008, 950 ff. m.w.N.

73) 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).

74) Vgl. auch EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 23 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

lichen Aspekts den Rückschluss auf die künftige Aufgabe dieses Prüfungsschrittes durch den EuGH zu ziehen.

### 3. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung i.S.d. Art. 82 EG

Die dem europäischen Kartellrecht unterworfenen Akteure – Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – werden im Kontext der Missbrauchskontrolle genauso bestimmt wie beim Kartellverbot. Insoweit kann hier an die entsprechenden obigen Ausführungen angeknüpft werden<sup>75</sup>).

In der Rechtssache *MOTOE* hatte der Gerichtshof indes eine spezielle Konstellation zu bewerten. Zunächst stellte er mit deutlichen Worten und anknüpfend an seine bisherige st. Rechtsprechung fest, eine wirtschaftliche Tätigkeit sei jede Tätigkeit, die darin bestehe, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Sei diese Voraussetzung erfüllt, stehe der Umstand, dass eine Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweise, der Anwendung der Regelungen des Vertrags nicht entgegen, was auch für die Regelungen des Wettbewerbsrechts gelte<sup>76</sup>). Sodann wies der Gerichtshof darauf hin, die teilweise Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch den Verband stehe seiner Einstufung als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne nicht entgegen, vielmehr sei die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Betätigung für jede von einer Einrichtung ausgeübte Tätigkeit gesondert zu treffen<sup>77</sup>). Den von Sportverbänden in diesem Kontext oftmals geltend gemachten Einwand, dass man keinen Erwerbszweck verfolgen würde, hielt der Gerichtshof mit überzeugenden Gründen für unerheblich. Denn die Tatsache, dass Güter oder Dienstleistungen ohne die Absicht der Gewinnerzielung angeboten würden, stehe einer rechtlichen Einordnung derjenigen Einheit, die diese Tätigkeiten auf dem Markt ausübe, als Unternehmen nicht entgegen, da ihr Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriere, die einen Erwerbszweck verfolgen<sup>78</sup>).

Es ist durchaus vorstellbar, die anerkannten Besonderheiten des Sports beim kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zu bringen. Indes sind entsprechende Versuche der Sportverbände – wie zuletzt auch in der Rechtssache *MOTOE* – erfolglos geblieben. Entscheidendes Merkmal bleibt zu Recht allein der Umstand, ob ein Sportverband auch – nicht notwendigerweise ausschließlich – wirtschaftliche Aktivitäten ausübt. Es ist insoweit unerheblich, ob hierbei sportliche, vielfach auch ehrenamtliche Aktivitäten ausgeübt werden, die Gewinnerzielungsabsicht des Sportverbandes fehlt oder dieser sämtliche erzielten Gewinne mehr oder weniger umfassend gemeinnützigen Verbandsaktivitäten zuführt. Sobald der Sportverband wirtschaftliche Aktivitäten erheblichen Umfangs ausübt, tritt er in tatsächlichen oder, was für die Anwendung des Kartellrechts ausreicht, potentiellen Wettbewerb zu anderen Wirtschaftsteilnehmern. Dieser Ansatz entspricht ständiger Praxis der Kartellbehörden und Judikatur und sollte um einer einheitlichen Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften willen beibehalten werden. Dies bedeutet nicht, dass die Besonderheiten des Sports damit im Rahmen kartellrechtlicher Prüfungen unberücksichtigt bleiben. Vielmehr fließen diese beim Kartellverbotstatbestand primär in die Erwägungen zu den Fragen mit ein,

75) Vgl. III. 3.

76) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 22 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), hinsichtlich des letztgenannten Aspekts unter ausdrücklicher Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 22 und 28 – *Meca-Medina/Kommission*.

77) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 25 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht); vgl. zur Problematik des teils hoheitlichen, teils wirtschaftlichen Handelns auch MünchKomm-KartR/*Säcker/Herrmann*, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1619 ff., insbes. Rdn. 1621.

78) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 27 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht); in diesem Sinne auch MünchKomm-KartR/*Säcker/Herrmann*, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1604 m.w.N.

ob Wettbewerbsbeschränkungen i.S. des Art. 81 EG oder aber die Voraussetzungen für die Legalausnahme i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen<sup>79)</sup>.

#### 4. Relevanter Markt

##### a) Sachlich relevanter Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes stellt das Kartellrecht immer wieder vor neue Herausforderungen; dies gilt nicht nur für den Bereich des Sports. Verschiedene Modelle zur Marktabgrenzung sind entwickelt worden, die hier nur kurz angedeutet werden können<sup>80)</sup>. Große Bedeutung kommt dabei dem Bedarfsmarktkonzept zu. Demzufolge erfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können. Diesen Ansatz hat der Gerichtshof auch in der Rechtssache *MOTOE* aufgegriffen<sup>81)</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung umfasse der relevante Produkt- oder Dienstleistungsmarkt für die Zwecke der Anwendung von Art. 82 EG die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die mit dem fraglichen Erzeugnis oder der fraglichen Dienstleistung substituierbar oder hinreichend mit diesen austauschbar seien, und zwar nicht nur aufgrund ihrer objektiven Merkmale, aufgrund deren sie sich zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs der Verbraucher besonders eignen, sondern auch aufgrund der Wettbewerbsbedingungen sowie der Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem betreffenden Markt.

Verschiedentlich hat die Praxis zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes auch auf das Konzept der Kreuzpreiselastizität<sup>82)</sup> Bezug genommen<sup>83)</sup>. Sofern die Marktgegenseite als Reaktion auf eine angenommene und fortdauernde Erhöhung der Preise um 5% bis 10% für ein bestimmtes Produkt auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würde, soll dies für die Zugehörigkeit des betreffenden Produkts zum selben sachlich relevanten Markt sprechen. Der Preis von Produkten kann aber auch zur Trennung von Produktmärkten führen.

Bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes spielen die Besonderheiten des Sportsektors eine erhebliche Rolle. An diesem Punkt erfolgen grundlegende Weichenstellungen für die nachfolgende Frage, ob ein Sportverband auf dem zuvor bestimmten relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Es empfiehlt sich, im Sportsektor zwischen verschiedenen Kategorien sachlich relevanter Märkte zu unterscheiden, weil hierfür in der kartellrechtlichen Praxis bereits jeweils eigenständige Ansätze und Maßstäbe entwickelt worden sind<sup>84)</sup>. Zur ersten Gruppe zählt der Beschaffungsmarkt, der etwa die Beschaffung von Sportgeräten betrifft und die Märkte für die Arbeits- und Dienstleistungen von (National-)Spielern erfasst. Zur zweiten Kategorie ist der Sportveranstaltungsmarkt zu rechnen, der primär die Organisation – nicht jedoch die Vermarktung – von Sportveranstaltungen zum Gegenstand hat. Die dritte Kategorie umfasst schließlich den Absatzmarkt, der etwa die in wirtschaftlicher Hinsicht überaus bedeutsame Vermarktung von Sportveranstaltungen betrifft.

79) Vgl. oben II. 5. und 9.

80) Siehe ausführlich hierzu stellvertretend MünchKomm-KartR/Füller, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1662 ff.; Immenga/Mestmäcker/Möschel, (Fn. 30), Art. 82 Rdn. 43 ff., jeweils m.w.N.

81) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 32 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) m.w.N. der früheren Rspr.

82) Siehe hierzu stellvertretend MünchKomm-KartR/Füller, (Fn. 10), Einl. Rdn. 1676 f. Dem Konzept der Kreuzpreiselastizität verwandt ist der SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price), vgl. hierzu *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 13 ff. m.w.N.

83) Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 13. 2. 1979, Rs. C-85/76, Slg. 1979, 461, Rdn. 30 – *Hoffmann-La Roche*; EuGH, Urteil v. 14. 2. 1978, Rs. C-27/76, Slg. 1978, 207, Rdn. 23 f. – *United Brands*.

84) So Grätz, (Fn. 15), Kap. 4 C. I., II. und III. m.w.N.

Tendenziell sind bislang sowohl der Gerichtshof als auch die Kommission zu engen Marktangaben gelangt. Dies liegt auch für den Sportsektor insbesondere bei angemessener Berücksichtigung vorhandener Alleinstellungsmerkmale vielfach in der Natur der Sache. Wer sich etwa als Werbetreibender bei herausragenden Sportgroßereignissen mit überdurchschnittlichem weltweitem Aufmerksamkeitswert engagieren will (betroffen ist insoweit der Absatzmarkt der Sportverbände), wird die Olympischen Sommer- und Winterspiele sowie Fußballweltmeisterschaften in den Blick nehmen. Schon wegen der planmäßigen zeitlichen Staffelung dieser Großereignisse, durch die Überlappungen vermieden werden, wird eine Austauschbarkeit mit anderen Sportereignissen ausscheiden. Andere Produkte außerhalb des Sportsektors mit vergleichbarer weltweiter Wirkung sind rar und regelmäßig nicht substituierbar mit Vermarktungsaktivitäten anlässlich des Sportgroßereignisses. Für die Marktgegenseite, d.h. für die Nachfrager nach Vermarktungsmöglichkeiten, sind die genannten Sportereignisse wegen ihrer Einzigartigkeit und Reichweite regelmäßig beispielsweise nicht mit Kinoproduktionen austauschbar, selbst wenn diese nahezu zeitgleich weltweit in Lichtspielhäusern gezeigt werden sollten.

#### b) Räumlich relevanter Markt

Wenn der sachlich relevante Markt in der zuvor beschriebenen Weise ermittelt worden ist, bietet die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes regelmäßig kaum noch Möglichkeiten zur Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten des Sports. So hat auch der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE*, anknüpfend an seine ständige Rechtsprechung, den räumlich relevanten Markt bestimmt<sup>85</sup>). Hierfür ist, wie bereits beim sachlich relevanten Markt, eine wirtschaftliche Beurteilung erforderlich. Danach wird der räumliche Markt als das Gebiet definiert, in dem für alle Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf die betreffenden Produkte und Dienstleistungen Wettbewerbsbedingungen gelten, die einander gleichen. Dafür ist es keineswegs erforderlich, dass die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die Wirtschaftsteilnehmer völlig homogen sind; vielmehr ist es ausreichend, wenn sie einander gleichen oder hinreichend homogen sind<sup>86</sup>). Zudem kann dieser Markt auf nur einen Mitgliedstaat beschränkt sein<sup>87</sup>).

#### c) Zeitlich relevanter Markt

Der relevante Markt erlangt in zeitlicher Hinsicht nur ausnahmsweise Bedeutung. Gerade im Sportsektor kommt es nicht selten vor, dass ein Unternehmen aufgrund der zeitlichen Begrenzung eines Sportereignisses (z.B. Fußballländerspiel, Olympische Spiele etc.) für einen nur vorübergehenden Zeitraum eine Machtposition erlangt. Hier kommt die Einzigartigkeit verschiedener Spitzensportereignisse, die auf weit überdurchschnittliche Zuschauerresonanz stoßen, zum Ausdruck und führt zu tendenziell engen Abgrenzungen des relevanten Marktes und damit auch – gleichsam als Kehrseite der Medaille – zu einem erhöhten Beherrschungspotential der betreffenden Sportveranstalter oder -verbände<sup>88</sup>).

### 5. Marktbeherrschende Stellung

#### a) Ansatz der vorherrschenden Auffassung

Judikatur und Schrifttum bestimmen die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nach europäischem Kartellrecht anhand der folgenden zwei Krite-

85) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 34 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

86) So bereits EuGH, Urteil v. 14. 2. 1978, Rs. C-27/76, Slg. 1978, 207, Rdn. 44, 53 – *United Brands*.

87) Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urteil v. 13. 2. 1979, Rs. C-85/76, Slg. 1979, 461, Rdn. 28 – *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin/ Kommission*.

88) Vgl. zum deutschen Kartellrecht etwa BGHZ 101, 100, 103 f. – *Inter Mailand/ BKartA*, Tätigkeitsbericht 1972, S. 82 (bezüglich der Olympischen Spiele).

rien: Zum einen muss ein Unternehmen die Fähigkeit besitzen, wesentlichen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu verhindern; zum anderen muss es die Möglichkeit haben, sich unabhängig von der Konkurrenz auf dem Markt zu verhalten. Anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung, setzt der EuGH auch in der Rechtssache *MOTOE* diese Linie fort<sup>89</sup>). Eine beherrschende Stellung i.S. des Art. 82 EG liege vor, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtposition innehat, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschaffe, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten<sup>90</sup>). Ein Unternehmen könne eine solche Stellung erhalten, wenn ihm besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden, die es ihm erlauben, zu bestimmen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen andere Unternehmen Zugang zum betreffenden Markt erhalten und dort tätig sein können.

Kann den Besonderheiten des Sports durch diesen Ansatz angemessen Rechnung getragen werden? Das Sportverbandswesen ist durch das sog. Ein-Verband-Prinzip geprägt, wonach je Sportart auf nationaler und kontinentaler Ebene sowie weltweit jeweils grundsätzlich nur ein Sportdachverband existiert<sup>91</sup>). Dieser Umstand könnte zu dem – voreiligen – Schluss Anlass geben, ein Sportdachverband verfüge aufgrund seiner monopolartigen Position innerhalb einer Sportart damit gleichsam automatisch auf jeglichen relevanten Märkten mit Bezug zu der Sportart über eine marktbeherrschende Stellung. Indes ist im Einzelfall zu prüfen, ob der sachlich relevante Markt<sup>92</sup>), auf dem der Sportverband als Anbieter oder Nachfrager tätig ist, auf die betreffende Sportart beschränkt ist oder aber unter Berücksichtigung der Einschätzungen der Marktgegenseite sportartübergreifend abzugrenzen ist. Gerade hier bietet sich ein weites Einfallstor für die Berücksichtigung der Besonderheiten der Sportmärkte.

#### b) Kollektiv marktbeherrschende Stellung

Wenn ein Unternehmen auf dem zuvor ermittelten sachlich relevanten Markt selbst weder als Anbieter noch Nachfrager auftritt, wird es regelmäßig nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Gerade aufgrund des aus dem Ein-Verband-Prinzip folgenden hierarchischen pyramidenförmigen Aufbaus des Sportverbandswesens kann aber eine andere Beurteilung geboten sein. Dies mag folgendes, durchaus praxisrelevantes Beispiel veranschaulichen: Ein Sportdachverband beschränkt durch Änderung der die Verbandssatzung konkretisierenden Durchführungsvorschriften die Werbemöglichkeiten der Sportartikelhersteller auf der von ihnen produzierten Wettkampfkleidung deutlich ein. Die Sportartikelhersteller fürchten daraus resultierende Umsatzrückgänge sowie eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Marken des Unternehmens. Natürlich wird in einem solchen Fall der Sportdachverband nicht selbst die Sportkleidung erwerben, die bei den unter seiner Ägide stattfindenden Wettkämpfen getragen wird. Als Käufer kommen allein die Athleten selbst sowie deren Vereine in Betracht. Aber muss sich der Sportdachverband deren Handeln möglicherweise zurechnen lassen?

Hier kann es zu einer Zurechnung kommen, sofern eine sog. kollektive Marktbeherrschung seitens des Sportverbandes vorliegt<sup>93</sup>). Die Voraussetzungen einer

89) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 37 f. – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

90) So zuvor bereits EuGH, Urteil v. 14. 2. 1978, Rs. C-27/76, Slg. 1978, 207, Rdn. 65 – *United Brands*; EuGH, Urteil v. 13.2.1979, Rs. C-85/76, Slg. 1979, 461, Rdn. 38 – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

91) Vgl. hierzu stellvertretend *Pfister*, in Fritzsche/Pfister/Summerer (Hrsg.), *Praxishandbuch Sportrecht*, 2. Aufl., 2007, Einf. Rdn. 14; aus kartellrechtlicher Sicht siehe auch *Schroeder*, *Monopol von Sportverbänden und Veranstalterkonkurrenz bei Wettkämpfen*, WRP 2006, 1327 ff.

92) Vgl. hierzu bereits IV. 4. a).

93) Hierzu zuletzt ausführlich *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 4 B. II. m.w.N.

kollektiven Marktbeherrschung hat das EuG in verschiedenen Verfahren im Bereich der Fusionskontrolle entwickelt<sup>94</sup>) und zuletzt auch in einem Missbrauchsfall auf den Weltfußballverband FIFA angewendet und bejaht<sup>95</sup>). Folgende Voraussetzungen müssen für eine kollektive Marktbeherrschung kumulativ erfüllt sein: Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Daneben muss zweitens 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. Schließlich darf drittens die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potentiellen Konkurrenten sowie der Verbraucher nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen.

In diesem Kontext sind es gerade die organisatorischen Besonderheiten des Sports, die erst eine marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes zu begründen vermögen. Dies ist letztlich auch sachlich gerechtfertigt, sofern durch Verbandsregelwerke der wirtschaftliche Wettbewerb beschränkt wird. Ob dies in missbräuchlicher Weise geschieht, ist eine erst nachrangig zu behandelnde Frage<sup>96</sup>). Dort können die mit den Streitgegenständlichen Verbandsregelungen verbundenen Besonderheiten des Sports, etwa die hiermit bezweckten Zielsetzungen, in sachgerechter Weise in die kartellrechtliche Bewertung mit einfließen.

#### c) Machttransfer auf benachbarte Märkte

Vorstellbar ist auch die Konstellation, dass ein Sportdachverband zwar einen bestimmten relevanten Markt (etwa für die Organisation von Sportveranstaltungen) beherrscht, durch sein wirtschaftliches Handeln es aber zu einer Wettbewerbsbeschränkung auf einem anderen, vom Sportdachverband nicht beherrschten Markt (etwa allein für Freizeitsportgeräte) kommt. Freilich sind derartige Konstellationen im Sportsektor eher theoretischer Natur, sofern man die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung konsequent anwendet<sup>97</sup>).

Die Problemstellung wird unter den Schlagwörtern „Missbrauchstransfer“<sup>98</sup>), „Machttransfer auf Verbundmärkte“<sup>99</sup>), „Drittmarktproblematik“<sup>100</sup>)“ oder „Drittmarktbehinderung“<sup>101</sup>)“ diskutiert<sup>102</sup>). Mag die Terminologie auch uneinheitlich sein, so herrscht doch hinsichtlich der Voraussetzungen weitgehend Einigkeit. So muss – wie bereits dargelegt – ein Unternehmen auf einem Markt eine marktbeherrschende Stellung haben und zugleich auf einem zweiten Markt tätig sein, auf dem es keine marktbeherrschende Stellung hat. Schließlich müssen zwischen beiden Märkten enge Verbindungen bestehen. An diesem Punkt divergieren die verschiedenen Ansätze, überwiegend wird der Ähnlichkeit zwischen den Produkten maßgebliche Bedeutung zugemessen.

94) EuG, Urteil v. 25. 3. 1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rdn. 276 – *Gencor*; EuG, Urteil v. 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585, Rdn. 62 – *Airtours*.

95) EuG, Urteil v. 26. 1. 2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005, II-209, Rdn. 111 f. – *Piau*; außerhalb des Sportsektors zuvor EuG, Urteil v. 30.9.2003, Rs. T-191/98, Slg. 2003, II-3275, Rdn. 652 – *Atlantic Container Line AB*.

96) Vgl. unten IV. 7.

97) Eventuell lag in dem Sachverhalt, der LG Hannover Causa Sport 2008, 291 ff. („Kanzlerstadt“) mit Anm. Heermann zugrunde lag, eine solche Konstellation vor. Ein Fußballverband hatte Werbung auf der Rückseite von Fußballhosen untersagt und beschränkte damit den Markt für Sponsoringvereinbarungen zwischen Fußballvereinen und potentiellen Sponsoren. Die Annahme einer Drittmarktproblematik setzt freilich voraus, dass nicht die Voraussetzungen einer kollektiven Marktbeherrschung vorlagen, was das Gericht nicht geprüft hatte.

98) Vgl. hierzu *Emmerich*, (Fn. 10), § 27 Rdn. 8.

99) *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, § 18 Rdn. 19.

100) Vgl. hierzu BGH NJW 1998, 3778, 3779.

101) Vgl. *Emmerich*, (Fn. 10), § 27 Rdn. 8.

102) Ausführlich zuletzt *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 4 B. III. m.w.N.

### 6. Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels

Hinsichtlich der für einen Verstoß gegen Art. 82 EG erforderlichen Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels gelten die Ausführungen zu diesem Tatbestandsmerkmal beim Kartellverbotstatbestand<sup>103)</sup> entsprechend. Zudem hat sich der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE* hierzu erstmalig in einem Missbrauchsverfahren gegen einen Sportverband ausdrücklich geäußert<sup>104)</sup>. Danach setzt die Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels voraus, dass sich aufgrund einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass das in Frage stehende Verhalten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann<sup>105)</sup>. Rein hypothetische oder spekulative Auswirkungen, die das Verhalten des Unternehmens in einer beherrschenden Stellung haben kann, erfüllen dieses Kriterium nicht. Ebenso darf die Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel nicht unbedeutend sein<sup>106)</sup>. Diese Kombination tatsächlicher oder gar nur potentieller Beeinflussungsmöglichkeiten wird trotz der damit verbundenen Spürbarkeitsschwelle in einer Vielzahl von Fällen die Aktivitäten internationaler, aber auch nationaler Sportverbände dem europäischen Kartellrecht unterstellen.

Selbst wenn die streitgegenständlichen Verbandsregelungen sich allein an nationale Unternehmen richten oder lediglich Vertriebsaktivitäten innerhalb eines Mitgliedstaates betreffen, kann eine Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels anzunehmen sein. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird<sup>107)</sup>. Der Gerichtshof weist insoweit zutreffend darauf hin, dass ein solches Verhalten zu einer Verfestigung von Abschottungen auf nationaler Ebene führen kann, wodurch die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert würde<sup>108)</sup>.

### 7. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EG – diverse Ansätze

Wie sich auch schon aus den Ausführungen zu den übrigen Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes ergibt, ist die Prüfung, ob im konkreten Einzelfall tatsächlich die *missbräuchliche* Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung seitens eines Sportverbands vorliegt, ein überaus geeigneter Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports. Zwar enthält Art. 82 Satz 2 EG eine nicht abschließende Liste von Fallgruppen, die den Missbrauchsbegriff konkretisieren. Mögen diese Fallgruppen auch den ersten Anknüpfungspunkt bei der Prüfung der Frage bieten, ob im konkreten Einzelfall ein Missbrauch vorliegt, so ist ihre Bedeutung in der Praxis doch sehr begrenzt. Nur selten werden sich etwaige Missbrauchspraktiken direkt unter diese Fallgruppen subsumieren lassen. Anstelle einer denkbaren erweiternden Auslegung der gesetzlichen Fallgruppen wird eine Subsumtion unter die Generalklausel des Art. 82 Satz 1 EG bevorzugt. Im Übrigen hat sich noch kein einheitlicher Ansatz zur Be-

103) Vgl. oben III. 7.

104) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 39 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

105) So bereits EuGH, Urteil v. 25. 10. 2001, Rs. c-475/99, Slg. 2001, I-8089, Rdn. 48 – *Ambulanz Glöckner*.

106) EuGH, Urteil v. 21. 1. 1999, Rs. C-215/96, Slg. 1999, I-135, Rdn. 60 – *Bagnasco u.a.*; EuGH, Urteil v. 25.10.2001, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Rdn. 48 – *Ambulanz Glöckner*.

107) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 41 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 31.5.1979, Rs. C-22/78, Slg. 1979, 1869, Rdn. 17 – *Hugin Kassaregister und Hugin Cash Registers/Kommission*.

108) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008, Rs. C-49/07 = WuW/E EU-R 1457, Rdn. 41 – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/04, Slg. 2006, I-6619, Rdn. 45 f. – *Manfredi u.a.*

stimmung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EG herausgebildet. Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis ist durch eine starke Orientierung an den Umständen des Einzelfalls gekennzeichnet. Das Schrifttum hat mit der Entwicklung zahlreicher weiterer Fallgruppen reagiert. In jedem Fall wird dem angeblichen oder tatsächlichen Verletzer die Möglichkeit eingeräumt, sein Handeln – etwa auch durch Bezugnahme auf die Besonderheiten des Sportsektors – zu rechtfertigen und dadurch den kartellrechtlichen Vorwurf zu entkräften. Aus den zahlreichen Ansätzen, die hierzu seitens der Judikatur, Kommission und Wissenschaft entwickelt worden sind<sup>109)</sup>, werden nachfolgend lediglich einige prominente in der gebotenen Kürze dargestellt.

#### a) Sachlicher Grund

Eine bestimmte Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, die dem Vorwurf des Missbrauchs ausgesetzt ist, kann durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Sicherlich ist dies ein Einfallstor für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports. Allerdings können die Meinungen darüber, was sachlich oder unsachlich ist, naturgemäß weit auseinander gehen. Dies läuft letztlich auf eine Abwägung der beteiligten Interessen hinaus, die – wie die nachfolgenden Ansätze zeigen – auf verschiedene Weise strukturiert werden kann.

#### b) Normzweckorientierte Interessenabwägung

Naheliegend ist es, sich bei der Interessenabwägung an der Funktion und dem Zweck der Missbrauchsverbote zu orientieren. Dabei dient Art. 82 EG insbesondere auch dem in Art. 3 Buchst. g) EG formulierten Ziel, ein System einzuführen, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Wenn hiermit auch eine wesentliche Zielrichtung vorgegeben wird, so spiegelt die bisherige Entscheidungspraxis der Judikatur und Kommission einen solchen normzweckorientierten Ansatz nicht wider.

#### c) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Eine zentrale Rolle bei der Anwendung des Art. 82 EG im Allgemeinen und bei einer damit verbundenen Interessenabwägung im Besonderen spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>110)</sup>, der auch in Art. 5 Satz 3 EG ausdrücklich angesprochen wird. Bei der Prüfung, ob ein bestimmtes Verhalten einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EG begründet, können im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung die Autonomie der Sportverbände sowie die Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs in die Interessenabwägung mit einfließen. Diesen Weg hat der Gerichtshof für Art. 81 EG in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* im Rahmen des dort für Verbandsregelwerke entwickelten Drei-Stufen-Tests<sup>111)</sup> aufgezeigt<sup>112)</sup>. Dieser Ansatz ist ausdrücklich von der Kommission in ihrem Arbeitspapier zum Weißbuch Sport auch für Art. 82 EG anerkannt worden<sup>113)</sup>. Indes hat der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE*, in der er erstmalig Art. 82 EG auf einen Sportverband anwandte, gerade nicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rekurriert<sup>114)</sup>.

109) Vgl. hierzu mit Bezug zum Sport ausführlich *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 5 B. m.w.N.

110) Hierin erblickt *Grätz*, (Fn. 15), Kap. 5 B. II. 3. den vorzugswürdigen Ansatzpunkt.

111) Siehe hierzu bereits oben III. 5.

112) EuGH, Urteil v. 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 45 f. – *Meca Medina/Kommission*.

113) *Kommission*, Begleitdokument zum Weißbuch Sport „The EU and Sport: Background and Context“ vom 11. 7. 2007, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/sport/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/sport/index_en.html), S. 68 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 18. 7. 2006, Rs. C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 = WuW/E EU-R 1493, Rdn. 45 f. – *Meca Medina/Kommission*.

114) Vgl. nachfolgend IV. 7. f).

Die Verhältnismäßigkeit des Regelwerks eines Sportverbandes wird – wie schon in der bisherigen kartellrechtlichen Praxis – vielfach die entscheidende Frage bilden. Hierbei können die Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs, aber auch die mit der streitgegenständlichen Verbandsregel verbundenen Ziel- und Zwecksetzungen in die Interessenabwägung mit einfließen. Dies ist jedoch kein Freibrief für die Sportverbände, vielmehr werden hierdurch der Verbandsautonomie deutliche Grenzen gesetzt. Nicht selten wird sich herausstellen, dass das mit der Vorschrift eines Sportverbandes verfolgte Ziel ebenso effektiv auf einem Weg erreicht werden kann, der weniger intensiv in die Rechtsposition der Regelungsadressaten eingreift.

d) Übertragung des Drei-Stufen-Tests des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission*

Von einer eingehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ist es nur ein kleiner Schritt zum nächsten Ansatz. So ist es vorstellbar, den in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* im Hinblick auf den Kartellverbotstatbestand (Art. 81 EG) entwickelten Drei-Stufen-Test<sup>115)</sup> auch auf den Missbrauchstatbestand (Art. 82 EG) auszudehnen<sup>116)</sup>. Es ist nicht auszuschließen, dass die Kommission einen solchen dogmatischen Ansatz einzuschlagen bereit ist. In ihrem Arbeitspapier zum Weißbuch Sport<sup>117)</sup> nimmt die Kommission, ohne zwischen dem europäischen Kartellverbots- und Missbrauchstatbestand zu differenzieren, zwar nicht auf den Drei-Stufen-Test des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* ausdrücklich Bezug. Indes werden das in dieser Entscheidung angewandte Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die Erwägungsgründe 45 und 46 der genannten Entscheidung ausdrücklich angesprochen, welche sich mit dem „legitimen Zweck“ der streitgegenständlichen Verbandsregelung auseinandersetzen. Hierbei handelt es sich letztlich aber um die wesentlichen Elemente des in *Meca Medina/Kommission* zu Art. 81 EG entwickelten Drei-Stufen-Tests.

Diesen Weg einer Übertragung des Drei-Stufen-Tests auf Art. 82 EG hat der EuGH allerdings nachfolgend in der Rechtssache *MOTOE* nicht beschritten<sup>118)</sup>. Über die Gründe kann man naturgemäß nur spekulieren. Vielleicht schreckte der Gerichtshof vor der allzu offensichtlichen Einführung einer *rule of reason* zurück. Es könnte auch sein, dass der Gerichtshof sich die Möglichkeit offen halten wollte, entgegen der Systematik der Art. 81, 82 EG die Legalausnahme i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG auch beim Missbrauchstatbestand anzuwenden. Das EuG hat in der Rechtssache *Laurent Piau/Kommission* diesen Weg schon einmal ansatzweise beschritten<sup>119)</sup>, die Kommission hat in ihrem Diskussionspapier zur Anwendung

115) Siehe hierzu bereits oben III. 5.

116) Davon geht offensichtlich *Klees*, (Fn. 19), EuZW 2008, 391, 393 aus.

117) *Kommission*, (Fn. 113), S. 68.

118) Vgl. nachfolgend IV. 7. f).

119) EuG, Urteil v. 26. 1. 2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005, II-209, Rdn. 119 – *Laurent Piau/Kommission*: „Auch wenn die Kommission zu Unrecht angenommen hat, dass die FIFA keine beherrschende Stellung auf dem Markt der Dienstleistungen der Spielervermittler innehat, lassen daher die weiteren in der angefochtenen Entscheidung gezogenen Schlussfolgerungen, wonach die restriktivsten Bestimmungen der fraglichen Regelung aufgehoben worden seien und für das Lizenzsystem eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG in Betracht komme, den Schluss zu, dass ein Verstoß gegen Artikel 82 EG nicht vorliegt und dass das Vorbringen des Klägers dazu zurückzuweisen ist. Mithin hätte die Anwendung von Artikel 82 EG trotz der rechtlich fehlerhaften Annahme der Kommission, dass diese Bestimmung nicht anwendbar sei, wegen der übrigen, zutreffenden Ergebnisse der Prüfung des Reglements ohnehin nicht zur Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung führen können. Die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung der Beschwerde mit der Begründung, dass ein Gemeinschaftsinteresse an der Fortsetzung des Verfahrens nicht bestehe, wird also hierdurch nicht berührt.“

von Art. 82 EG Sympathie für diesen Ansatz erkennen lassen<sup>120</sup>). Schließlich ist vorstellbar, dass der Gerichtshof für den von der Kommission zuletzt favorisierten Effizienzeinwand Raum lassen will<sup>121</sup>). Vermutlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE* aber keinen der erwähnten Ansätze thematisiert, weil es hierauf in dem konkreten Fall angesichts des eindeutigen Missbrauchs überhaupt nicht mehr ankam<sup>122</sup>).

#### e) Effizienzeinwand

In dem Diskussionspapier zur Anwendung von Art. 82 EG hat die Kommission deutliche Sympathie für einen Effizienzeinwand i.R. des Art. 82 EG<sup>123</sup>) erkennen lassen, was als Konsequenz des von der Kartellbehörde zuletzt favorisierten *effects based approach* einzustufen wäre<sup>124</sup>). Dieser Effizienzeinwand soll nach Auffassung der Kommission auf vier kumulativen Voraussetzungen beruhen:

(1) Es müssen durch das fragliche Verhalten Effizienzvorteile realisiert werden oder dies muss wahrscheinlich sein.

(2) Das fragliche Verhalten muss unerlässlich für die Realisierung der Effizienzen sein<sup>125</sup>).

(3) Die Effizienzvorteile müssen dem Verbraucher nützen.

(4) Es darf der Wettbewerb im Hinblick auf einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte nicht ausgeschaltet werden. Denn dann bestünde kein Anreiz mehr, die gewonnenen Effizienzvorteile an den Verbraucher weiterzugeben<sup>126</sup>). Mit dieser Überlegung begründete die Kommission zunächst auch, warum der Effizienzeinwand nicht Unternehmen zugute kommen soll, die auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von mehr als 75% halten<sup>127</sup>). Dieser Ansatz ist von Unternehmen und Wirtschaftsverbänden in der Anhörung zu dem Diskussionspapier kritisiert worden<sup>128</sup>). Zuletzt hat die Kommission diese Einschränkung fallenlassen<sup>129</sup>).

Der sich primär an ökonomischen Gesichtspunkten orientierende Effizienzeinwand bietet letztlich nur begrenzte Möglichkeiten, die Besonderheiten des Sports in den Abwägungsvorgang mit einzubringen (z.B. von den Sportverbänden behauptete Effizienzvorteile bei der zentralen Vermarktung von Medienrechten im Vergleich zur Einzelvermarktung durch die Veranstalter vor Ort). Zudem fällt auf, dass – abgesehen von der ökonomischen Grundausrichtung – die Voraussetzungen des Effizienzeinwands sich sehr eng an Art. 81 Abs. 3 EG orientieren. Zwei der vier Voraussetzungen des Effizienzeinwands und des Art. 81 Abs. 3 EG stim-

120) *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 8: „Articles 81 and 82 of the Treaty both pursue, with regard to exclusionary practices, the aim of maintaining effective competition on the market and, according to settled case law, can be applied simultaneously. Consistency requires that Article 81 (3) be interpreted as precluding any application of this provision to restrictive agreements that constitute an abuse of a dominant position. However, a company holding a dominant position may also benefit from an exemption under Article 81 (3) of the EC Treaty when its conditions are fulfilled. Therefore, if the conduct of a dominant company generates efficiencies and provided that all the other conditions of Article 81 (3) are satisfied (...), such conduct should not be classified as an abuse under Article 82 of the EC Treaty.“

121) Siehe hierzu nachfolgend IV. 7. e) m.w.N.

122) Siehe unten IV. 7. f) m.w.N.

123) Ausführlich hierzu *Grätz*, (Fn. 15), Kap 5 B. II. 4. b) m.w.N.

124) *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 84; in diesem Sinne zuletzt auch *Kommission*, Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings“ vom 3. 12. 2008, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>, Rdn. 27-30.

125) *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 84, 86.

126) *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 84, 91.

127) *Kommission*, (Fn. 12), Rdn. 84, 92.

128) *Ashurst*, Comment on Discussion Paper Art. 82 S. 6; *Deutsche Telekom*, Stellungnahme S. 12; ICC Comments S. 7; *Linklaters*, S. 9 (alle Stand März 2006), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>.

129) *Kommission*, (Fn. 124), Rdn. 29.

men wörtlich überein, zwei weitere unterscheiden sich lediglich in der Wortwahl. Bei genauer Betrachtung setzt sich die Kommission über die Regelungssystematik der Art. 81, 82 EG hinweg und liest Art. 81 Abs. 3 EG gewissermaßen in den nachfolgenden Art. 82 EG hinein.

#### f) Ansatz des EuGH in der Rechtssache *MOTOE*

Ohne Rückgriff auf oder gar Auseinandersetzung mit einem der vorgenannten Ansätze nahm der Gerichtshof in der Rechtssache *MOTOE* unter besonderer Betonung einer Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit zwischen den Wirtschaftsteilnehmern einen Missbrauch i.S. des Art. 82 EG an<sup>130</sup>). Werde eine juristische Person wie ELPA, die selbst Motorradrennen veranstalte und kommerziell nutze, mit der Aufgabe betraut, der zuständigen Behörde gegenüber ihr Einverständnis zu den Anträgen auf Genehmigung der Durchführung solcher Rennen zu erklären, so laufe 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 könne dazu führen, dass das berechnete Unternehmen den Zugang der anderen Beteiligten zu dem betreffenden Markt verhindere. Diese Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen werde zudem durch den in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigten Umstand unterstrichen, dass ELPA, wenn er Motorradrennen veranstalte oder daran beteiligt sei, für die Erteilung der erforderlichen Genehmigung durch die zuständige Behörde keine Einverständniserklärung einholen müsse.

### V. Beweislastverteilung

Beim Kartellverbotstatbestand (Art. 81 EG) können die Besonderheiten des Sports insbesondere in den in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung entwickelten Drei-Stufen-Test sowie in die Anwendung der Legalausnahme i.S. des Art. 81 Abs. 3 EG einfließen. Beim Missbrauchstatbestand (Art. 82 EG) stellen insbesondere die zuvor aufgezeigten verschiedenen Möglichkeiten zur Rechtfertigung eines aus kartellrechtlicher Perspektive zumindest relevanten Marktverhaltens (insbesondere sachlicher Grund, Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, Effizienzeinwand) Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sportsektors dar. Hierbei lässt sich kaum ausschließen, dass zwischen der Kartellbehörde und dem – angeblichen – Verletzer streitig bleibt, ob die beanstandete Maßnahme oder Verbandsregelung gerechtfertigt war. Denn es lässt sich aufgrund notwendiger Prognoseentscheidungen vielfach trefflich darüber streiten, ob die beanstandete Maßnahme bzw. Verbandsregelung etwa sachlich gerechtfertigt oder verhältnismäßig ist oder aber letztlich Effizienzvorteile schafft. In einer solchen Situation kommt der Verteilung der Beweislast erhebliche praktische Bedeutung zu.

*Prima facie* scheint Art. 2 VO 1/2003 die Antwort auf diese Frage zu liefern. Danach obliegt die materielle Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG oder Art. 82 EG der Partei oder Behörde, die diesen Vorwurf erhebt; die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen. Wie ist indes die Beweislast zu verteilen, wenn Rechtfertigungsgründe nicht – wie bei der Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG – gesondert, sondern als Teil der Kartellverbots- und Missbrauchstatbestände zu prüfen sind?

<sup>130</sup>) EuGH, Urteil v. 1. 7. 2008 = WuW/E EU-R 1457, Rs. C-49/07, Rdn. 51 ff. – *MOTOE* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache *Syfait* sowie Generalanwältin *Kokott* in der Rechtssache *British Airways* haben in vergleichbaren Konstellationen die Beweislast der Partei oder Behörde zugeordnet. Nach Generalanwalt *Jacobs* soll die Aufteilung in den Missbrauch einerseits und seine objektive Rechtfertigung andererseits ein wenig künstlich sein, da es bei Art. 82 EG im Gegensatz zu Art. 81 EG keinen Freistellungstatbestand gebe; wenn man ein Verhalten als missbräuchlich bezeichne, sei das eine negativere Bewertung im Vergleich zu der neutraleren Wortwahl, ein Verhalten sei eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung im Sinne des Art. 81 EG<sup>131</sup>). Generalanwältin *Kokott* wies in einem weiteren Missbrauchsverfahren darauf hin, beide Schritte in der Untersuchung dienen dazu, missbräuchliches von legalem Verhalten zu unterscheiden; die Rechtfertigungsgründe seien also lediglich als Maßstäbe anzusehen, die der Bewertung dienen, ob ein Verhalten missbräuchlich sei<sup>132</sup>).

Diese Rechtsauffassung kann nicht zu überzeugen. Verschiedene Gründe sprechen dafür, die Beweislast für sämtliche Rechtfertigungsgründe, d.h. auch die im Rahmen der Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG zu prüfenden, grundsätzlich den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen aufzuerlegen, die sich hierauf berufen:

– Für diesen Ansatz sprechen zunächst die Ausführungen in Erwägungsgrund 5 zur VO 1/2003. Danach sollte es den Unternehmen oder Unternehmensverbänden, die sich gegenüber der Feststellung einer Zuwiderhandlung auf eine Rechtfertigung berufen möchten, obliegen, im Einklang mit den einschlägigen rechtlichen Anforderungen den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für diese Rechtfertigung erfüllt sind. Auffällig ist, dass hier nicht zwischen tatbestandsimmanent und gesondert zu prüfenden Rechtfertigungsgründen unterschieden wird.

– Dieser Ansatz entspricht zudem der Beweislastverteilung, die vom Gerichtshof für allgemeine Rechtfertigungsgründe wie etwa den rechtfertigenden Notstand entwickelt wurde<sup>133</sup>) und seitens des EuG bereits in einem Missbrauchsverfahren angewandt<sup>134</sup>) und zuletzt in der Rechtssache *Microsoft*<sup>135</sup>) ausgebaut worden ist. Danach trage die Kommission zwar die Beweislast für eine Verletzung des Art. 82 EG; jedoch müsse das marktbeherrschende Unternehmen vor dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens jegliche Rechtfertigungsgründe geltend machen und mit Argumenten und Beweisen unterlegen; die Kommission müsse dann beweisen, dass die Argumente und Beweismittel nicht überwögen und deswegen die Rechtfertigungsgründe nicht akzeptiert werden könnten.

– Zudem kann der beweisrechtliche Sphärengedanke unbeschadet des in Art. 2 Satz 1 VO 1/2003 enthaltenen Grundsatzes die Beweislast zu Ungunsten des Verbotsadressaten eingrenzen<sup>136</sup>). So wird etwa im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zur Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 EG der betroffene Sportverband die legitime Zielsetzung und auch die Notwendigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zur Verfolgung dieser Ziele aufgrund seiner größeren Sachnähe besser beurteilen können als die Kartellbehörde. Denn zu meist werden die mit Verbandsregelungen verfolgten Zielsetzungen in den Regelwerken nicht ausdrücklich angesprochen<sup>137</sup>).

– Schließlich darf nicht vernachlässigt werden, dass verschiedene tatbestandsimmanent zu prüfende Rechtfertigungsgründe wie etwa der Drei-Stufen-Test im

131) *GA Jacobs*, Slg. 2005, I-4609, Nr. 72 – *Syfait*.

132) *GA Kokott*, Slg. 2007, I-2331, Nr. 43 – *British Airways*.

133) EuGH, Urteil v. 7. 6. 1983, Rs. C-100/80, Slg. 1983, 1825, Rdn. 90 – *Pioneer/Kommission*.

134) EuG, Urteil v. 30. 9. 2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Rdn. 107 – *Michelin/Kommission*.

135) EuG, Urteil v. 17. 9. 2007, Rs. T-201/04, Rdn. 688, 1144 – *Microsoft* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

136) *Immenga/Mestmäcker/K. Schmidt*, (Fn. 30), Art. 2 VO 1/2003 Rdn. 29 und 22a.E.

137) *Ähnlich Grätz*, (Fn. 15), Kap. 5 B. II. 5.

Rahmen bei Art. 81 Abs. 1 EG<sup>138</sup>) oder der Effizienzeinwand bei Art. 82 EG<sup>139</sup>) sich inhaltlich weitgehend oder doch zumindest erheblich mit den Voraussetzungen der Legalausnahme i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EG decken<sup>140</sup>). Diese Ansätze zur Schaffung neuartiger tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsmöglichkeiten gehen – wie bereits dargelegt – auf den Gerichtshof sowie die Kommission zurück, ohne dass damit eine Neuverteilung der bisherigen Beweislastgrundsätze angeordnet worden wäre. Zwar hat sich der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* insoweit nicht geäußert. Allerdings hat die Kommission im Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass marktbeherrschende Unternehmen müsse die Beweislast für den Effizienzeinwand und die objektiven Rechtfertigungsgründe tragen<sup>141</sup>).

Damit bleibt es im Zivilprozess bei der üblichen Verteilung der Beweislast<sup>142</sup>). Für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG oder Art. 82 EG trägt die Partei oder Behörde, die diesen Vorwurf erhebt, die materielle Beweislast. Hingegen obliegt die Beweislast für sämtliche – mithin auch die tatbestandsimmanent zu prüfenden – Rechtfertigungsgründe denjenigen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die zu ihren eigenen Gunsten sich auf die betreffende Regelung berufen. Demgegenüber wird das Verwaltungsverfahren durch den Untersuchungsgrundsatz geprägt. Deshalb hat die Kommission in ihren Verfahren den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Sie darf sich damit nicht darauf beschränken, von den Unternehmen den Nachweis der Befreiungsvoraussetzungen zu verlangen<sup>143</sup>).

## VI. Fazit

Die vorangehenden Analysen haben ergeben, dass die organisatorischen und ökonomischen Besonderheiten des Sports bei der Anwendung sowohl des Kartellverbotstatbestandes (Art. 81 Abs. 1 EG) als auch des Missbrauchstatbestandes (Art. 82 EG) berücksichtigt werden können und bislang auch berücksichtigt worden sind. Ein Ausnahmereich von der Anwendung des europäischen Kartellrechts zugunsten des Sports lehnt der EuGH ab. Sobald sich die Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens i.S. des Art. 2 EG darstellt, ist der Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EG eröffnet.

Wie sind vor diesem Hintergrund die jüngsten Aussagen des Bundesinnenministers zum Spannungsverhältnis von Sport und Kartellrecht<sup>144</sup>) einzuordnen? Es ist sicherlich zutreffend, dass hierbei „nicht alles über einen Leisten geschlagen werden darf“ und man „den Sport nicht pauschal mit den uns gegebenen rechtlichen Regeln behandeln“ darf. Aber besteht diese Gefahr überhaupt im Bereich des europäischen Kartellrechts? Diese Frage ist angesichts der zahlreichen Möglichkeiten, die Besonderheiten des Sports bei Auslegung und Anwendung der Art. 81 und 82 EG in die Entscheidungsfindung mit einfließen zu lassen, zu verneinen. Zudem hat der EuGH im Jahr 2006 in der Rechtssache *Meca-Medina/Kommission* einen gerade auf den Sportbereich zugeschnittenen Drei-Stufen-Test zur Bestimmung einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 EG eingeführt, um auf diese Weise noch besser dem Handeln der Sportverbände und damit der Verbandsautonomie Rechnung tragen zu können.

Wie steht es aber mit den Forderungen nach mehr Rechtssicherheit zugunsten der Sportverbände und einer nicht uneingeschränkten Geltung der Regeln des Kartell-

138) Vgl. hierzu oben III. 5.

139) Siehe oben IV. 7. e).

140) Vgl. III. 5. c) und IV. 7. d).

141) *Kommission* (Fn. 12), Rdn. 77; ebenso zuletzt *Kommission* (Fn. 124), Rdn. 30.

142) MünchKomm-KartR/Böge/Bardong, (Fn. 10), Art. 2 VO 1/2003 Rdn. 13.

143) EuGH, Urteil v. 13. 7. 1966, Rs. 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 395 – *Consten und Grundig/Kommission*; MünchKomm-KartR/Böge/Bardong (Fn. 10), Art. 2 VO 1/2003 Rdn. 19; Grätz, (Fn. 15), Kap. 5 B. II. 5.

144) Siehe hierzu oben I. m.w.N.

rechts für den Sportsektor, die der Bundesinnenminister anlässlich des EU-Symposiums zum Weißbuch Sport am 17.10.2008 in Bonn aufgestellt hat? Hier mag man nach den Gründen für diese weitreichenden Postulate fragen. Die Behauptung einer fehlenden Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts trägt derartige Forderungen zumindest nicht. Es mag auch schlichtweg darum gehen, bisherige Entscheidungen der Kartellbehörden oder Gerichte, in denen Sportverbände trotz Berufung auf die ihnen – freilich nicht grenzenlos – gewährte Verbandsautonomie ihre Rechtspositionen nicht oder zumindest nicht vollumfänglich durchzusetzen vermochten, zu revidieren und bestehende Rechtspositionen zu festigen. Unter diesen Umständen erhielten die Forderungen aber eine primär wettbewerbs- und sportpolitische Dimension. In dem dadurch angestoßenen Diskussionsprozess würden sich Folgefragen stellen, für die bislang keine überzeugenden Antworten in Sicht sind:

– Warum soll gerade dem Sportsektor eine im Umfang noch näher zu bestimmende Ausnahme von der Anwendung des (deutschen und/oder europäischen?) Kartellrechts gewährt werden? Mit der mitunter schweren Vorhersehbarkeit der Entscheidungspraxis sowie mit aus Sicht der beteiligten Unternehmen ungünstigen Entscheidungen werden andere Wirtschaftsbereiche zumindest auch konfrontiert.

– Wie ließe sich eine kartellrechtliche Bereichsausnahme zugunsten des Sports aus wettbewerbspolitischer Sicht rechtfertigen? In einem ebenso mühsamen wie lang andauernden Prozess konnten die ehemaligen Bereichsausnahmen zugunsten anderer Wirtschaftssektoren im deutschen Kartellrecht weitgehend abgebaut werden. Warum sollte nunmehr eine Wende dieser wettbewerbspolitischen Entscheidungen mit unabsehbaren Folgewirkungen eingeleitet werden?

– Nationale Alleingänge sind – wie das abschreckende Beispiel des § 31 GWB a.F. belegt – letztlich nicht zielführend. Lässt sich aber zumindest mittelfristig auf europäischer Ebene überhaupt die in Aussicht genommene kartellrechtliche Bereichsausnahme verwirklichen? Die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH und EuG machen einen solchen Schritt seitens der Judikatur unwahrscheinlich. Auch die Kommission als Hüterin des Wettbewerbs hält sich insoweit in ihrer Entscheidungspraxis zurück und hat im Weißbuch Sport entsprechende Postulate der Sportverbände nicht aufgegriffen. Damit können Sportverbände derzeit allenfalls – angesichts der bisherigen Erfahrungen zwar begrenzte, aber nicht völlig unrealistische – Hoffnungen auf die Legislative setzen.