

V. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäische Grundfreiheiten¹

1. Vorüberlegungen: Einfache oder komplexe Sichtweise?

Auf die Frage, wie sich die europäischen Grundfreiheiten auf die Verbandsautonomie im Sport auswirken, gibt es zwei denkbare Antwortansätze, die höchst unterschiedlich ausfallen:

Die Argumentation der eher einfachen Sichtweise, mit der zuletzt *Seyb* im Ergebnis eine horizontale Drittwirkung der nach seiner Auffassung vorrangig, wenn nicht gar allein staatenbezogenen europäischen Grundfreiheiten im privaten Sportsektor vollumfänglich abgelehnt hat, stützt sich insoweit auf eine – angebliche – „Zerrissenheit“ in der Rechtsprechungslinie der europäischen Gerichte.² So habe der EuGH in der Rechtssache *Walrave und Koch*³ im Jahr 1974 erstmals festgestellt, der Sport könne grundsätzlich dem Recht der Europäischen Gemeinschaft unterfallen. Er habe sich aber auf die Überprüfung sportverbandlicher Regelungen am Maßstab von durch die Grundfreiheiten definierten Diskriminierungsverboten beschränkt. Über 20 Jahre später sei dasselbe Gericht in der Rechtssache *Bosman*⁴ zu der Erkenntnis gelangt, die Begrenzung auf den Maßstab der bloßen Diskriminierung sei nicht ausreichend. Auch unter Berücksichtigung der durch die Sportorganisation vorgegebenen Besonderheiten müsse das Diskriminierungsverbot zu einem allgemeinen, eine weiterreichende Überprüfung ermöglichenden Beschränkungsverbot fortentwickelt werden. Das Gericht Erster Instanz (EuG) sei im Jahr 2004 in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*⁵ dennoch der Ansicht gewesen, Regelungen von Sportverbänden, die einen rein sportlichen Charakter hätten, unterlägen nicht seiner Kontrolle, da ihnen jegliche wirtschaftliche Zwecksetzung fehle. Der EuGH⁶ habe sodann in völligem Gegensatz hierzu in der Rechtsmittelinstanz festgestellt, auch Regelungen rein sportli-

1 Die Abschnitte V. bis VII. setzen sich allein mit den rechtlichen Schranken auseinander, die der Verbandsautonomie durch die europäischen Grundfreiheiten sowie durch das europäische Kartellrecht gesetzt sind. Dies schließt natürlich nicht aus, dass die Verbandsautonomie auch durch andere Vorschriften wie etwa das Diskriminierungsverbot der Unionsbürger gem. Art. 18, 21 AEUV – vgl. zu einem solchen Fall EuGH ECLI:EU:C:2020:453, Rn. 28 ff. = SpuRt 2019, 169 – Biffi/DLV – oder den Gleichbehandlungsgrundsatz von Männern und Frauen gem. Art. 3 Abs. 2 GG – vgl. zu einem solchen Fall AG Memmingen SpuRt 2021, 40 (42 f.) und LG Memmingen SpuRt 2021, 287 (287–289) mit Anm. *Grünberger* SpuRt 2021, 290–292 – eingeschränkt werden kann.

2 *Seyb* 1 f., 80 f. und 91 f.

3 EuGH Slg. 1974, 1405 ff. = NJW 1975, 1093 ff. – *Walrave und Koch*; ausf. hierzu → V. Rn. 8–21.

4 EuGH Slg. 1995, I-5040 ff. = NJW 1996, 505 ff. – *Bosman*; ausf. hierzu → V. Rn. 22–44.

5 EuG Slg. 2004, II-3291 ff. = SpuRt 2005, 20 ff. – *Meca-Medina und Majcen*; ausf. hierzu → VI. Rn. 27–38.

6 EuGH Slg. 2006, I-6991 ff. = SpuRt 2006, 195 ff. – *Meca-Medina und Majcen*; ausf. hierzu → VI. Rn. 39–60, 139–385.

chen Charakters seien einer gerichtlichen Kontrolle nicht von vornherein entzogen, wobei erstmals das Wettbewerbsrecht als Prüfungsmaßstab herangezogen worden sei. In der nachfolgenden Rechtssache *MOTOE*⁷ habe der EuGH unter Rekurs auf seine Rechtsprechungslinie in *Walrave und Koch* sowie *Bosman* betont, es stehe einer Anwendung der Vertragsregeln nicht entgegen, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit Verbindungen zum Sport aufweise; dies gelte „auch für die Regelungen des Wettbewerbsrechts“. In der bislang letzten insoweit maßgeblichen Entscheidung *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* habe der EuGH die Bindung intermediärer Gewalten an Art. 45 AEUV wieder ausdrücklich betont,⁸ die verbandliche Regelung – allerdings bedingt durch die Vorlagefrage – allein diesem Prüfungsmaßstab unterworfen und eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses bejaht.⁹

- 3 Diese Kurzanalyse zentraler Entscheidungen der europäischen Gerichte im Spannungsfeld von Sport einerseits und den europäischen Grundfreiheiten und schließlich dem europäischen Kartellrecht andererseits¹⁰ ist sachlich zutreffend und hebt bestehende Defizite in den judikativen Argumentationslinien hervor. Allerdings sollte man sich durch die vereinzelt Begründungsdefizite der Judikatur, durch deren Wendungen und zuletzt durch das Umschwenken von den europäischen Grundfreiheiten hin zum europäischen Kartellrecht nicht dazu verleiten lassen, nunmehr die europäischen Grundfreiheiten aus der rechtlichen Betrachtung weitgehend auszublenden.
- 4 Seit dem Urteil *Walrave und Koch* im Jahr 1974 war der EuGH wiederholt enormen rechtlichen Herausforderungen ausgesetzt. Fielen Rechtsfragen, die den Sportsektor betrafen, überhaupt in den Zuständigkeitsbereich des Gerichts? Sollten/konnten die Regelungen der europäischen Verträge im Allgemeinen und die europäischen Grundfreiheiten im Besonderen trotz deren Staatenbezogenheit überhaupt auf den privaten Sportsektor angewendet werden? Dieser unterscheidet sich aufgrund einiger sporttypischer Besonderheiten deutlich von anderen Wirtschaftszweigen,¹¹ ohne dass diesem Umstand in den europäischen Verträgen bis zum Jahr 2009 mit der Einführung von Art. 165 AEUV¹² Rechnung getragen worden war. Wenn man dann – wie geschehen – den Anwendungsbereich der europäischen Verträge auch auf den privaten Sportsektor erstrecken wollte, erga-

7 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 22 = SpuRt 2008, 193 – *MOTOE*; hierzu → VII. Rn. 52 f.

8 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 30 f. = NJW 2010, 1733 – *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC*.

9 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 38 ff. = NJW 2010, 1733 – *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC*.

10 Zu einer ausf. Analyse auf dem Stand des Jahres 2007 s. Commission Staff Working Document, Abschn. 4.2. und Annex II Abschn. 1.1 bis 1.3 (Application of Internal Market Freedoms to Sport).

11 → II. Rn. 1–15; vgl. hierzu auch auf dem Stand des Jahres 2007 Commission Staff Working Document, Annex II Abschn. 1.4.

12 → VIII. Rn. 1 ff.

ben sich umgehend die nächsten rechtlichen Probleme: Sollten die europäischen Regelungen uneingeschränkt in den Sportsektor eingreifen oder sollten einzelne Bereiche des Sportsektors von vornherein von der Anwendung europarechtlicher Vorschriften ausgeklammert werden? Wenn ja, welche und mit welcher Begründung? Wenn nein, sollte man dann den Besonderheiten des Sports auf der Rechtfertigungsebene Rechnung tragen und, falls ja, in welcher Form?

Es liegt auf der Hand, dass der EuGH angesichts dieser Herausforderungen, die ihn nun seit dem Jahr 1974 begleiten, im Laufe der Zeit dogmatische und argumentative Neujustierungen hat vornehmen müssen. Vor inzwischen mehr als 45 Jahren konnten die europäischen Gerichte unmöglich die weitere rechtliche Entwicklung antizipieren, zudem eröffneten und eröffnen nach wie vor insbesondere die Regelungen zu den europäischen Grundfreiheiten, aber auch zum europäischen Kartellrecht einen erheblichen Interpretations- und Anwendungsspielraum. Schließlich sah sich die Judikatur mit den Sportverbänden einem überaus einflussreichen Gegenspieler ausgesetzt, der in verschiedenen Verfahren nichts unversucht ließ, die Verbandsautonomie gegen ein Eindringen des Europarechts rechtlich abzusichern und möglichst vollständig zu immunisieren. 5

Der EuGH vollführt seither einen bemerkenswerten Balanceakt, bei dem er sich den Zielen der Europäischen Union sowie der Verwirklichung des Binnenmarktes ebenso verpflichtet fühlt wie den berechtigten Belangen der Sportverbände, und versucht, einen sachgerechten Interessenausgleich herbeizuführen (auch wenn Sportfunktionäre dies oftmals anzweifeln und/oder nicht zu erkennen vermögen). Wenn sodann in den vergangenen Jahrzehnten die Judikative die Marschrichtung wiederholt angepasst hat, so liegt dies beim Betreten juristischen Neulands durchaus in der Natur der Sache. Dieser Vergleich macht deutlich, dass man den Weg von *Walrave und Koch* bis heute vollständig nachvollziehen muss, um die nunmehr vom EuGH (sowie im Anschluss daran auch von der EU-Kommission, vom BKartA und auch von nationalen Gerichten) verfolgte Zielrichtung zutreffend einordnen zu können. Dabei wird sich zeigen, dass zwischen der zunächst bevorzugten Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf den Sportbereich und der heute weitgehend praktizierten¹³ Heranziehung des europäischen Kartellrechts gem. Art. 101, 102 AEUV deutliche Interdependenzen bestehen. So sind gerade die Urteile *Walrave und Koch* sowie *Bosman* von erheblicher Bedeutung für das heutige Verständnis zur Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor, weshalb nachfolgend auf beide ein genauer Blick geworfen werden soll.¹⁴ 6

13 Eine bedeutsame Ausnahme jüngerer Datums bildet EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17 – Kristoffersen/NSF; → V. Rn. 51–56.

14 → V. Rn. 8–21, 22–44.

- 7 Die eingangs dieses Abschnitts geschilderte einfache Sichtweise und die hiermit einhergehende starke Einschränkung der juristischen Perspektive durch Ausblendung der europäischen Grundfreiheiten zugunsten einer Fokussierung auf das europäische Kartellrecht würden letztlich zu einer unververtretbaren Verkürzung der komplexen Problematik führen. Beide Rechtsgebiete und deren Entwicklung im Hinblick auf den Sportsektor sind unauflösbar miteinander verbunden, was in der bisherigen Diskussion mitunter vernachlässigt worden ist. Die entsprechenden rechtlichen Verbindungslinien sind nicht nur von dogmatischem Interesse, sondern haben auch – wie bereits im Vorgriff auch die nachfolgenden Analysen festgestellt werden kann – erhebliche praktische Auswirkungen. Daher soll im Folgenden die eher komplexe Sichtweise verfolgt werden. Diese wird sich darauf beschränken, die Grundlagen der Judikatur zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf den Sportsektor insoweit herauszuarbeiten und zu würdigen, wie dies für das Verständnis des heute im Vordergrund stehenden kartellrechtlichen Ansatzes erforderlich ist.

2. Walrave und Koch

- 8 Im Jahr 1974 bot sich dem EuGH in der berühmten Rechtssache *Walrave und Koch*¹⁵ erstmals die Gelegenheit, sich zum Sport im europarechtlichen Kontext zu äußern. So außergewöhnlich wie das Rechtsverfahren war auch die betroffene Sportart, sog. Steherrennen im Bahnradsport. Dabei legt ein Radrennfahrer, der sog. Steher, hinter einem Motorrad in dessen Windschatten auf einer Radrennbahn größere Distanzen mit hoher Geschwindigkeit (bis zu 100 km/h) zurück. Der Fahrer des Motorrads, der sog. Schrittmacher, steht auf den Fußrasten der Maschine, um auf diese Weise einen möglichst großen Windschatten zu erzeugen. Es bedarf einer guten Abstimmung zwischen dem Schrittmacher und dem Steher, dessen Vorderrad sich möglichst dicht hinter der Abstandsrolle des Motorrads befinden muss, um größtmögliche aerodynamische Vorteile erzielen zu können. Verliert der Steher den Kontakt zum Schrittmacher, ist er im wahrsten Sinne des Wortes „von der Rolle“. *Walrave und Koch* waren professionelle niederländische Schrittmacher, die mit Stehern auch aus anderen Ländern Teams bildeten. Nach einer Änderung des internationalen Reglements durch die Union Cycliste Internationale (UCI), den internationalen Radsportverband, mussten bei Weltmeisterschaften ein Steher und der jeweilige Schrittmacher dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, wodurch sich *Walrave und Koch* in ihrem Recht auf freie Ausübung ihrer Tätigkeit innerhalb der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,

15 EuGH Slg. 1974, 1405 ff. = NJW 1975, 1093 ff. – *Walrave und Koch*; s. hierzu stellvert. *Weatherill*, *Principles*, 2017, 73–78; PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 50–53.

des seinerzeitigen Zusammenschlusses verschiedener europäischer Staaten und damit gleichsam einer Vorgängerin der Europäischen Union, behindert sahen. Auch damals schon verbot § 7 EWGV, eine Vorgängervorschrift des heutigen Art. 18 AEUV, eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

Der EuGH sah sich der Frage ausgesetzt, ob und – wenn ja – wie er das Euro- 9
parecht auf den Sport anwenden könne, obgleich dieser damals in den europäischen Verträgen keinerlei Erwähnung fand. Es zeichnete sich bereits früh die weitreichende Dimension der anstehenden Entscheidung ab. Hätte man bei der beschriebenen Ausgangslage im Hinblick auf die Weltmeisterschaft für Steherrennen, bei allem gebotenen Respekt ein herausragendes Sportevent für nur relativ wenige Radsportfans, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot angenommen, hätte man sich zugleich die Konsequenzen und Perspektiven etwa für Fußballweltmeisterschaften ausmalen können. Hätte dann auch eine aus elf Kickern und Reservespielern bestehende Nationalmannschaft unter besonderer Berücksichtigung des Kriteriums zusammengestellt werden können (müssen), welche Spieler unabhängig von ihrer Nationalität am besten miteinander harmonisierten, solange nur mindestens ein Spieler zwecks Identitätswahrung aus dem Land stammte, das die betreffende Nationalmannschaft entsendet hatte? Hier wären zahllose, teils auch überaus reizvolle Mannschaftszusammenstellungen vorstellbar gewesen. Dies war indes zum Zeitpunkt der Entscheidung am 12.12.1974 nicht nur in dem Land, dessen Nationalmannschaft etwas mehr als fünf Monate zuvor die Fußballweltmeisterschaft gewonnen hatte, schier unvorstellbar. Oder hatte dem Weltmeistertitel vielleicht etwa doch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zugrunde gelegen, weil man seinerzeit etwa den ballgewandten englischen Fußballnationalspieler *Kevin Keegan* (er wäre mangels Qualifikation des englischen Teams problemlos verfügbar gewesen) trotz des Beitritts Großbritanniens zur EWG im Jahr 1973 nicht in das deutsche Nationalteam berufen hatte?¹⁶ Die intuitive Skepsis gegenüber der Annahme eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot in derartigen Fällen dürfte sich bis heute nicht verändert haben, selbst wenn inzwischen in vielen Ländern durch deren Einbürgerungspraxis indirekt oder notfalls auch direkt Einfluss auf die Zusammensetzung von Nationalmannschaften unterschiedlicher Sportarten genommen wird. Wie sollte also der EuGH das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, einen Grundpfeiler des Europarechts, mit dem weltweiten Verständnis von Nationalmannschaften im Sport in Einklang bringen?

16 Von 1977 bis 1980 hatte der Spieler, der auch „Mighty Mouse“ genannt wurde, erheblichen Anteil am vorübergehenden, bis in die erste Hälfte der 1980er Jahre reichenden Aufstieg des Hamburger Sportvereins zu einem national und auch international bestimmenden Fußballclub.

- 10 In einem ersten wichtigen Schritt legte der Gerichtshof dar, unter welchen Voraussetzungen und weshalb der Sport in den Anwendungsbereich des Europarechts fällt:¹⁷

„Angesichts der Ziele der Gemeinschaft unterfallen sportliche Betätigungen nur insoweit dem Gemeinschaftsrecht, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 des Vertrages ausmachen.“

- 11 Dieser Ansatz gilt uneingeschränkt bis heute fort. Nur soweit Sport einen Teil des Wirtschaftslebens darstellt, kann er – anders als etwa reine sportliche Freizeitaktivitäten – in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen. Unter dieser Voraussetzung wird der Sport im Ausgangspunkt nicht anders behandelt als die fleischverarbeitende Industrie, Luftfahrtunternehmen oder Automobilproduzenten, um exemplarisch drei Bereiche zu benennen, deren wirtschaftliche Belange nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie nicht nur hierzulande die Politik und die Öffentlichkeit gleichermaßen beschäftigt haben. Damit war zunächst einmal der Zugang zum Diskriminierungsverbot eröffnet.
- 12 Aber natürlich unterscheidet sich Sport anerkanntermaßen in verschiedener Hinsicht aufgrund seiner Besonderheiten von sonstigen Industriezweigen, wie bereits an anderer Stelle dargelegt worden ist.¹⁸ Hinzu tritt ein weiterer Umstand, der dem EuGH natürlich auch bekannt war: Sport funktioniert nach weltweit einheitlich geltenden Regeln, wohingegen bis heute das Europarecht noch nicht einmal für sämtliche Länder eines Kontinents uneingeschränkt gilt. Die entsprechenden Verbandsstatuten legen bis heute aus Gründen, über deren Berechtigung man nicht streiten kann, fest, dass im Sport Mitglieder einer Nationalmannschaft Bürger des gleichen Landes sein müssen. Entsprechende Fragen stellen sich in anderen Wirtschaftszweigen als Nationalmannschaften schlichtweg nicht. Hier arbeiten international munter durchmischte Teams zusammen, bei denen selbst in einem in Deutschland ansässigen Unternehmen mitunter Mitarbeiter deutscher Nationalität (fast) völlig fehlen. Dies gilt etwa für bestimmte Abteilungen fleischverarbeitender Großbetriebe, mitunter aber auch für Mannschaften der deutschen Fußball-Bundesligen. Vor diesem Hintergrund entschied sich der Gerichtshof, das Diskriminierungsverbot auf Nationalmannschaften im Sport nicht anzuwenden:¹⁹

„Dieses Verbot spielt jedoch keine Rolle bei der Aufstellung von Wettkampfmannschaften, etwa in der Form von Nationalmannschaften, da es bei der Bildung dieser Mannschaften um Fragen geht, die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben.“

17 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 4) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

18 → II. Rn. 1–15.

19 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 8) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

Zunächst fällt auf, dass man spätestens auf den zweiten Blick daran zweifeln muss, ob Regelungen bezüglich der Aufstellung von Nationalmannschaften tatsächlich nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben.²⁰ So bildet etwa eine Fußballnationalmannschaft die Haupteinnahmequelle eines nationalen Fußballverbandes, denn Einnahmen aus den Bereichen Ticketing, Hospitality, Sponsoring und Medienrechtevermarktung wären ohne eine möglichst attraktive Nationalmannschaft gar nicht vorstellbar. Zudem möge jeder Leser bei der nächsten Auseinandersetzung etwa zwischen dem für die Nationalmannschaften zuständigen DFB-Funktionär und einem Repräsentanten des deutschen Fußballrekordmeisters aufmerksam zuhören und sich selbst ein Bild davon machen, was im Zentrum der Meinungsauseinandersetzung steht. Geht es dabei tatsächlich, wie uns die Vertreter der Clubs in solchen Situationen weismachen wollen, vorrangig um die Gefahr einer übermäßigen sportlichen Belastung der deutschen Topspieler und um ihren gesundheitlichen Schutz, die einer Berufung in die Nationalelf entgegenstehen? Geht es wirklich auf Seiten des Verbandes nur um den größtmöglichen sportlichen Erfolg, der eine Bestenauslese erfordert? Hat das alles mit der wirtschaftlichen Betätigung des Verbandes und des betreffenden Clubs überhaupt nichts zu tun? Die letztgenannte Frage konnte man bereits im Jahr 1974, d.h. in den Anfangsjahren der zunehmenden Kommerzialisierung des Sports, selbst als reiner Fußballnostalgiker eigentlich kaum noch bejahen. Schon an dieser Stelle möge jeder Leser anfangen, nach Verbandsregelungen zu suchen, „die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben“ – die in diesem Zusammenhang oft zitierte Abseitsregel gehört nach Überzeugung des *Verfassers* nicht dazu.²¹ Kann es solche Regelungen überhaupt geben?²²

Mit diesem abstrakten Ansatz, der auf nicht näher definierte, angeblich „ausschließlich von sportlichem Interesse“ geleitete Verbandsregelungen abzielte, reichte der Gerichtshof den Sportverbänden gleichsam die Hand und wollte zu ihren Gunsten die gerade geöffnete europarechtliche Tür – stellen wir uns hier eine Schiebetür vor – wieder ein Stück weit schließen. Der Gerichtshof ahnte seinerzeit vermutlich nicht und sollte erst im Laufe der Zeit lernen, dass Sportverbände nicht nur seine ausgestreckte Hand, sondern den ganzen Arm ergreifen sowie nach Kräften daran rütteln und sich bemühen würden, die Tür mit aller ihnen zur Verfügung stehenden Macht wieder vollständig zu schließen. Denn bis heute werden Sportverbände nicht müde, quasi sämtliche ihrer Aktivitäten als „ausschließlich von sportlichem Interesse“ geleitet einzustufen, um auf diese Weise der Anwendung des Europarechts auszuweichen. Diese Entwicklung hat

20 Weatherill, Principles, 2017, 75 („plainly absurd“).

21 Zur Begründung → VI. Rn. 79–86.

22 Weatherill, Principles, 2017, 76 („It is, in truth, hard to imagine such a rule [...]“)

der Gerichtshof zu einem erheblichen Teil selbst zu verantworten, war er doch in *Walrave und Koch* der Frage, welche Verbandsstatuten „ausschließlich von sportlichem Interesse“ sind, zugunsten einer Einzelfallentscheidung ausgewichen. Diese erfüllte für den Moment ihren Zweck, hinsichtlich der an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Voraussetzungen der Berufung in eine Nationalmannschaft besteht seither Rechtssicherheit. Das Fehlen einer näheren Erläuterung, was tatsächlich „ausschließlich von sportlichem Interesse“ ist, störte zunächst einmal nicht. Auf diese Schwachstelle des Urteils *Walrave und Koch* wird noch wiederholt zurückzukommen sein, ebenso auf den nur halbherzigen späteren Versuch einer Kurskorrektur.²³

- 15 Der EuGH hätte seinerzeit sicherlich nicht vorhersehen können, dass etwa in der deutschen Fußball-Bundesliga künftig einmal das Bedürfnis entstehen könnte, mehrere, im Extremfall gar elf Spieler ohne deutschen Pass²⁴ als Repräsentanten einer deutschen Stadt auf das Spielfeld zu schicken. Aber er wird die grundlegenden Unterschiede in der personellen Zusammensetzung von National- und Clubmannschaften ebenso im Sinn gehabt haben wie die Sorge, die gewährte Ausnahme von der Anwendung des Diskriminierungsverbots könnte seitens der Sportverbände weitere Forderungen nach Ausnahmen nach sich ziehen. Derartigen Gedankenspielen versuchte der Gerichtshof jedoch umgehend im nächsten Satz der Entscheidungsgründe einen Riegel vorzuschieben:²⁵

„Diese Beschränkung des Geltungsbereichs darf indessen nicht weiter gehen, als die Zweckbestimmung der besagten Vorschriften dies erfordert.“

- 16 Dieser Ansatz – unschwer ist die Anlehnung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu erkennen – gilt im Grundsatz bis heute fort: Wenn dem Sport schon eine Nichtanwendung europarechtlicher Regelungen, hier des Diskriminierungsverbots im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, zugestanden wird, so muss die streitgegenständliche Verbandsregelung das mildeste Mittel zur Erreichung des vom Verband angestrebten Ziels sein.
- 17 Eines weiteren Problems, das eigentlich einer Anwendung des Diskriminierungsverbots auf private Sportverbände hätte entgegenstehen können, die Staatenbezogenheit der betreffenden Regelung, entledigte sich der Gerichtshof mit ebenso leichter Hand wie mit wenigen Worten:²⁶

²³ → VI. Rn. 75–89.

²⁴ Der FC Energie Cottbus e.V. schrieb am 6.4.2001 deutsche Fußballgeschichte, als er die erste Fußballmannschaft ohne einen einzigen deutschen Spieler in der 1. Bundesliga auflaufen ließ. Immerhin war der Trainer *Eduard „Ede“ Geyer* Deutscher, der während des Spiels noch drei weitere Kicker aus der Fremde einwechselte. Das enttäuschende Spiel gegen den VfL Wolfsburg endete übrigens 0:0. Vgl. *Philippsen FAZ* v. 8.4.2001.

²⁵ EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 9) = NJW 1975, 1093 (1094) – *Walrave und Koch*.

²⁶ EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19 (Satz 17) = NJW 1975, 1093 (1094) – *Walrave und Koch*.

„Das Verbot der unterschiedlichen Behandlung gilt nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.“

Hier sah der Gerichtshof vermutlich die durchaus realistische Gefahr, dass bei einer restriktiveren Sichtweise das europarechtliche Diskriminierungsverbot ins Leere hätte laufen können, zu Umgehungsstrategien geradezu herausfordern hätte und letztlich Staaten als Normgeber ohne sachlichen Grund strenger behandelt hätte als private Organisationen, die unter dem Schutz der Verbandsautonomie für ihre Mitglieder verbindliche Statuten hätten aufstellen können. Deshalb lieferte das Gericht sogleich eine knappe Begründung nach:²⁷

„Denn die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr – eines der in Art. 3 c des Vertrages aufgeführten wesentlichen Ziele der Gemeinschaft – wäre gefährdet, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, daß privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten. Da im übrigen die Arbeitsbedingungen je nach Mitgliedstaat einer Regelung durch Gesetze und Verordnungen oder durch Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, die von Privatpersonen geschlossen oder vorgenommen werden, unterliegen, bestünde bei einer Beschränkung auf staatliche Maßnahmen die Gefahr, daß das fragliche Verbot nicht einheitlich angewandt würde.“

Jetzt musste der EuGH nur noch eine letzte Hürde von allerdings beträchtlicher Höhe nehmen. Obgleich die Verbandsstatuten der UCI wie auch die Regelungen aller anderen internationalen Sportverbände weltweite Geltung beanspruchen, drängte sich natürlich die grundlegende und weitreichende Frage auf, ob das in seinem Anwendungsbereich deutlich dahinter zurückbleibende Europarecht überhaupt einen tragfähigen Ansatz bieten konnte, um die rechtliche Unwirksamkeit einzelner, international geltender Verbandsregelungen zu begründen. Nachdem der Gerichtshof zuvor schon alle anderen, teils durchaus anspruchsvollen Hindernisse erfolgreich überwunden hatte, wäre es überraschend gewesen, wenn er an der letzten Hürde gescheitert wäre. Er wandte einen kleinen, etwa im Kartellrecht bewährten und allgemein anerkannten Trick an, indem er auf den Ort abstellte, an dem die zugrunde liegende Rechtsbeziehung entstanden war oder sich ausgewirkt hatte:²⁸

„Wegen seines zwingenden Charakters ist das Diskriminierungsverbot bei der Prüfung sämtlicher Rechtsbeziehungen zu beachten, die aufgrund des Ortes, an dem sie entstanden sind oder an dem sie ihre Wirkungen entfalten, einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft aufweisen.“

Dieser Ansatz gewährleistet seither eine einheitliche Anwendung des Diskriminierungsverbots im Arbeits- und Dienstleistungsbereich auf alle sich wirtschaft-

²⁷ EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19 (Sätze 18 und 19) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

²⁸ EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 28/29 (Satz 28) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

lich betätigenden privaten Organisationen unabhängig von ihrem Sitz, ihrer Unternehmensgröße oder der geografischen Reichweite ihrer Statuten sowie wirtschaftlichen Aktivitäten. Andernfalls wären gerade *global player* aus sachlich nicht zu rechtfertigenden Gründen aus dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots herausgefallen. Dies ist die EU-freundliche Perspektive, die indes in einem krassen Gegensatz zu weniger reizvollen Aussichten gerade für die weltweit oder über den Bereich der EU hinaus agierenden internationalen Sportverbände steht. Diese müssen das Eingreifen des Europarechts – insoweit war das Diskriminierungsverbot erst der Anfang – in die weltweit geltende *lex sportiva* hinnehmen und werden sich fragen, wie sie sich global über ihre Verbandsstatuten organisieren sollen, wenn diese lokal begrenzt rechtlich mit Erfolg angegriffen werden können.²⁹ Letztlich ist dies aber die logische Konsequenz des schon zuvor herausgearbeiteten Umstandes,³⁰ dass Sportverbände keine unbegrenzte Autonomie genießen, sondern die Verbandsautonomie auch die durch nationales und supranationales Recht gesetzten Grenzen zu beachten hat. Zugleich ließ der EuGH in *Walrave und Koch* deutlich seine Sensibilisierung für die Besonderheiten und speziellen Bedürfnisse des Sports erkennen, auch wenn er dabei die rechtlichen Details viel zu ungenau herausarbeitete. Dies bedeutete im Gegenzug aus der Perspektive der Sportverbände, dass sie es selbst in der Hand hatten, der Anwendung des europarechtlichen Diskriminierungsverbots im Arbeits- und Dienstleistungsbereich dadurch zu entgehen, dass sie das zuständige Gericht von dessen nicht gebotener Anwendung unter Verweis auf die Besonderheiten des Sports und die mit einer Verbandsregelung verfolgten nicht-wirtschaftlichen Zielsetzungen überzeugten. Dies war der Startschuss für den zumindest bis zum Jahr 2006 geltenden, später auch auf die Grundfreiheiten und auf das europäische Kartellrecht ausgedehnten und letztlich effektivsten Ansatz, die Verbandsautonomie gegen die Einflüsse des Europarechts abzusichern.

- 21 Der EuGH ging in der Rechtssache *Walrave und Koch* in rekordverdächtig Weise über die Ziellinie. Die Entscheidungsgründe umfassen insgesamt einschließlich der Kostenentscheidung lediglich 36 Sätze und weniger als vier Seiten in der amtlichen Sammlung. Nur selten dürfte der EuGH mit so kurzen und knappen Erwägungen so viele grundlegende Rechtsfragen angesprochen und mit Bezug auf den konkreten Fall geklärt haben. Abgesehen von der Rechtssache *Donà gegen Mantero*³¹ aus dem Jahr 1976, in der der Gerichtshof kurzerhand auf seine Entscheidung *Walrave und Koch* verwies, brauchte er sich in den nächsten 21 Jahren nicht mehr mit dem Spannungsfeld von Sport und Europarecht zu beschäftigen. Die damit verbundenen rechtlichen Risiken schienen die Sportver-

29 Weatherill, Principles, 2017, 77.

30 → III., insb. zusammenfassend III. Rn. 66.

31 EuGH Slg. 1976, 1334, Rn. 17/18 = BeckRS 2004, 71499 – Donà.

bände fast schon verdrängt zu haben, obwohl sie stets latent vorhanden gewesen waren. Das sollte sich aber mit dem bahnbrechenden Urteil in der Rechtssache *Bosman* grundlegend ändern.

3. Bosman

a) Sachverhalt und rechtlicher Prüfungsmaßstab

Nach *Walrave und Koch* dauerte es genau 21 Jahre und drei Tage, bis der EuGH am 15.12.1995 die Entscheidung in der Rechtssache *Bosman*³² verkündete und den Fußballsport in seinen Grundfesten erschütterte.³³ Was war passiert?

Die wesentlichen Fakten sind schnell berichtet: Der belgische Fußballprofi *Jean-Marc Bosman*, Jahrgang 1964, wollte nach dem Auslaufen seines Vertrages zum Ende der Saison 1989/90 seinen ehemaligen Arbeitgeber, den Erstligisten RFC Lüttich, verlassen, nachdem dieser ihm statt eines Monatsgehalts von bisher umgerechnet rund 3.500 Euro für die folgende Spielzeit nur noch umgerechnet ca. 880 Euro angeboten hatte. Der Spieler lehnte dieses Angebot ab und beabsichtigte daraufhin einen Wechsel zum französischen Zweitligisten USL Dunkerque, der RFC Lüttich setzte – wie damals in solchen Situationen üblich – eine Ablösesumme fest (umgerechnet rund 600.000 Euro), die der französische Club USL Dunkerque nicht zu zahlen bereit war. Dies bedeutete für den Spieler, dass er arbeitslos war und sich aufgrund der Verweigerungshaltung seines alten Arbeitgebers sowie dessen abschreckender Ablöseforderung keinem anderen professionellen Fußballclub mehr anschließen konnte. *Bosman* sah sich in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 48 EWGV – heute Art. 45 AEUV – beschränkt. Der Gerichtshof verbot alle Forderungen nach Zahlung einer Ablösesumme für den Wechsel eines Spielers innerhalb der EU nach Vertragsende. Auch die in einigen Ländern damals geltenden Ausländerregelungen (sog. „3+2“-Regel), nach denen nur eine bestimmte Anzahl von Ausländern in einer Mannschaft eingesetzt werden durfte, wurden – soweit Spieler aus EU-Staaten davon betroffen waren – für ungültig erklärt.

Die weitreichenden rechtlichen Auswirkungen der Entscheidung insbesondere auf die Fortentwicklung des europäischen Sportrechts lassen sich anders als der Sachverhalt nicht mit vergleichbar wenigen Worten zusammenfassen. Dies ist auch auf den Umstand zurückzuführen, dass der Gerichtshof sich in *Bosman* entschloss, zwar an die Entscheidungsgründe in *Walrave und Koch* inhaltlich

32 EuGH Slg. 1995, I-5040 = NJW 1996, 505 – Bosman; s. hierzu die ausf. Analyse von Weatherill, Principles, 2017, 78–93; vgl. auch PHB SportR/Summerer Kap. 1 Rn. 59–66.

33 Weatherill, Principles, 2017, 78 („*Bosman* Changed Everything“).

anzuknüpfen, diese jedoch mittels gründlich ausgearbeiteter und vergleichsweise ausführlicher Erwägungen weiterzuentwickeln sowie letztlich einen dogmatisch anderen und neuen Zugriff auf das komplexe rechtliche Beziehungsgeflecht zwischen Sport und Europarecht zu wählen. Diese rechtlichen Erwägungen sind bis heute prägend für das Verständnis der Verbandsautonomie im Sport im Lichte des Europarechts.

- 25 Zunächst sollten sich insbesondere die jüngeren Anhänger des Sportrechts vergewissern, wie – aus heutiger Sicht – unglaublich schwach damals die rechtliche Position der Ligaspieler innerhalb der großen Fußballfamilie war. Ablösesummen waren seinerzeit auch nach Vertragsablauf im Falle eines geplanten Spielerwechsels zwingend vom aufnehmenden Club, dem neuen Arbeitgeber, an den abgebenden Club, den alten Arbeitgeber, zu zahlen. Das Arbeitsvertragsrecht wurde also durch die Statuten der UEFA und das darin verankerte Ablösesystem überlagert. Auch in dieser Hinsicht zeichnete sich der Fußballsport also durch Besonderheiten aus, weil ein Spieler nicht wie andere Arbeitnehmer nach Kündigung oder Zeitablauf eines Arbeitsvertrages ohne Weiteres einen Vertrag mit einem neuen Arbeitgeber abschließen konnte. Wenn keine Einigung über die Ablösesumme zwischen dem abgebenden und dem aufnahmebereiten Club erzielt werden konnte, drohte dem Spieler das sportliche und wirtschaftliche Aus, weil der alte Arbeitgeber die Spielberechtigung zurückhalten konnte. Das damalige System der Ablösesummen belegt eindrucksvoll, wie nachhaltig und geradezu brutal von der UEFA, den nationalen Fußballverbänden sowie den Fußballclubs erdachte und verabschiedete Verbandsstatuten in die Rechtsposition der Fußballprofis eingreifen konnten. Für letztere war seinerzeit die „3+2“-Regel zwar insgesamt weniger einschneidend, diese führte indes für ausländische Spieler zu spürbaren Beschränkungen. Danach durften drei ausländische Spieler pro Erstligaspiel eingesetzt werden, zuzüglich zweier Spieler, die seit fünf Jahren ununterbrochen im Land der durchführenden Fußballliga gespielt hatten, davon drei in Jugendmannschaften.
- 26 Der EuGH beschränkte sich in der Rechtssache *Bosman* auf eine rechtliche Prüfung am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 48 EWGV, heute geregelt in Art. 45 AEUV. Da er im Ergebnis eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung dieser Grundfreiheit annahm,³⁴ brauchte er sich nicht mehr zu einer Verletzung der Art. 85, 86 EWGV – heute Art. 101, 102 AEUV – zu äußern.³⁵ Dies ist aus prozessökonomischen Gründen bestens nachvollziehbar, aus sportkartellrechtlicher Perspektive aber zu bedauern, zumal der deutsche Generalanwalt

34 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 68 ff. = NJW 1996, 505 – Bosman.

35 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 138 = NJW 1996, 505 – Bosman.

Carl Otto Lenz in seinen Schlussanträgen eine ebenso fundierte wie lesenswerte kartellrechtliche Analyse vorgenommen hatte,³⁶ die bis heute nachwirkt.

b) Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit) auf Verbandsstatuten

Zunächst setzte sich der EuGH sehr ausführlich mit der Frage auseinander, ob 27 Art. 48 EWGV (= Art. 45 AEUV) auf durch Sportverbände aufgestellte Regeln angewendet werden kann.³⁷ Hiergegen hatten sich insbesondere der belgische Fußballverband, die UEFA und u.a. die deutsche Regierung mit zahlreichen Gründen gewandt, denen sich der Gerichtshof ausnahmslos im Ergebnis nicht anschloss. Dies soll nachfolgend nicht im Detail gewürdigt werden, nur einzelne Aspekte seien hervorgehoben:

In einem ersten Schritt erinnerte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die 28 Rechtssachen *Walrave und Koch* sowie *Donà* daran, dass nach den Zielen der Gemeinschaft die Ausübung des Sports insoweit unter das Gemeinschaftsrecht falle, als sie zum Wirtschaftsleben gem. Art. 2 EWGV gehöre, was auf die Tätigkeit von Fußballprofis oder -halbprofis zutrefte, da diese eine unselbstständige Tätigkeit ausüben oder entgeltliche Dienstleistungen erbringen würden.³⁸ Damit war der Bogen zur bisherigen Rechtsprechung geschlagen, die Grundvoraussetzung zur Anwendung europarechtlicher Regelungen auf den Sport wurde bestätigt.

Von besonderer Bedeutung sind die Erwägungen des Gerichtshofs zum Verhältnis 29 der Verbandsautonomie, von den Sportverbänden gebetsmühlenartig und im vorliegenden Verfahren stellvertretend von der deutschen Regierung beschworen, zu den Vorschriften der europäischen Verträge:³⁹

„79. In bezug auf die aus der Vereinigungsfreiheit hergeleiteten Argumente ist anzuerkennen, daß dieser in Art. 11 EMRK verankerte Grundsatz, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, zu den Grundrechten gehört, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes, die im übrigen durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte und durch Art. F Abs. 2 EUV erneut bekräftigt wurde, in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt werden.

80. Jedoch ist nicht davon auszugehen, daß die von Sportverbänden aufgestellten Regeln, mit denen sich das vorlegende Gericht beschäftigt, erforderlich sind, um die Ausübung dieser Freiheit durch die genannten Verbände, die Vereine oder die

36 GA Lenz Slg. 1995, I-4930, Nr. 253 ff. – Bosman.

37 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 69–91 = NJW 1996, 505 – Bosman; s. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 85–91.

38 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 73 = NJW 1996, 505 – Bosman m.w.N.

39 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 79 f. = NJW 1996, 505 – Bosman.

Spieler zu gewährleisten, oder daß sie eine unausweichliche Folge dieser Freiheit darstellen.“

- 30 Der EuGH erkannte die Verbandsautonomie der Sportverbände gem. Art. 11 EMRK ausdrücklich an, wies zugleich aber ebenso unmissverständlich darauf hin, dass daraus keine Immunität von Verbandsstatuten gegen eine rechtliche Überprüfung am Maßstab europarechtlicher Regelungen – hier zur Arbeitnehmerfreizügigkeit – abgeleitet werden könne.
- 31 Den Einwand, Art. 48 EWGV (= Art. 45 AEUV) könne nur auf staatliche oder behördliche Maßnahmen, nicht aber auf die von privaten Sportverbänden aufgestellten Verbandsstatuten angewendet werden, wies der Gerichtshof durch Bezugnahme auf seine bereits in der Rechtssache *Walrave und Koch* entwickelte Gegenauffassung zurück, die auch für Transferregelungen gelte.⁴⁰ Also auch in diesem wichtigen Punkt zeigte der EuGH keinerlei Anzeichen, die auf ein Abrücken von dem 21 Jahre zuvor eingeschlagenen Weg hätten hindeuten können. Zudem ließ der Gerichtshof den Vorwurf nicht gelten, private Personen würden durch die Anwendung der Vorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit stärker eingeschränkt als Mitgliedstaaten, weil die Rechtfertigungsmöglichkeiten für etwaige Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Mitgliedstaaten zugeschnitten seien:⁴¹
 - „85. Die UEFA wendet ein, diese Auslegung führe dazu, daß Art. 48 EWGV für Privatpersonen einschränkender sei als für die Mitgliedstaaten, da sich nur letztere auf Beschränkungen berufen könnten, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien.
 86. Dieses Vorbringen beruht auf einer unzutreffenden Prämisse. Nichts spricht nämlich dagegen, daß die Rechtfertigungsgründe in bezug auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit von Privatpersonen geltend gemacht werden. Der öffentliche oder private Charakter der betreffenden Regelung hat keinen Einfluß auf die Tragweite oder den Inhalt dieser Rechtfertigungsgründe.“
- 32 Vergeblich, aus heutiger Sicht vielleicht sogar naiv war der Versuch, den Gerichtshof davon überzeugen zu wollen, der zu entscheidende Fall würde den Mitgliedstaat Belgien rein intern betreffen und keinen Anknüpfungspunkt zu irgendeinem der im Gemeinschaftsrecht geregelten Sachverhalte aufweisen. Allerdings legt der EuGH seit jeher den für die Anwendung der Grundfreiheiten und auch des europäischen Kartellrechts erforderlichen zwischenstaatlichen Bezug weit aus. Dieser war, wie der Gerichtshof im Detail darlegte,⁴² in der Rechtssache *Bosman* sogar offensichtlich, weil sich der Fußballspieler um den Abschluss eines

40 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 82–84 = NJW 1996, 505 – Bosman mit Bezugnahme auf EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19 (Sätze 17–19) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch; → V. Rn. 8–21.

41 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 85 f. = NJW 1996, 505 – Bosman.

42 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 88–90 = NJW 1996, 505 – Bosman.

Arbeitsvertrages in Frankreich, also in einem anderen Mitgliedstaat, bemüht hatte,

Hatten die Sportverbände im *Bosman*-Verfahren tatsächlich geglaubt, den EuGH 33 veranlassen zu können, die europarechtliche Tür, durch die er 21 Jahre zuvor in der Rechtssache *Walrave und Koch* den Sportsektor gleichsam in den Anwendungsbereich des Europarechts hineingezogen hatte, wieder vollständig zu schließen oder – besser noch – die Türöffnung dauerhaft zuzumauern? Man hatte dem Gerichtshof Begründungsansätze geliefert, die er allesamt vergleichsweise mühelos zurückweisen konnte. Das Gericht wollte sich erkennbar von seinem Weg, den es schon lange zuvor eingeschlagen hatte, nicht mehr abbringen lassen, im Verhältnis zum Sport zunächst einmal der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der Dienstleistungsfreiheit zum Durchbruch zu verhelfen. Die Botschaft an die Sportverbände war unmissverständlich: Soweit sich der Sport wirtschaftlich betätigt, kann er der Anwendung des Binnenmarktrechts der EU nicht entkommen. Vielmehr müssen Sportverbände im Falle der Anwendung der einschlägigen Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit durch Verweis auf die Besonderheiten des Sports versuchen, dem zuständigen Gericht eine rechtliche Sonderbehandlung abzurufen.

c) Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit)

Hatte der EuGH sich in der Rechtssache *Walrave und Koch*⁴³ noch auf die An- 34 wendung des Diskriminierungsverbots gem. Art. 7 EWGV (heute Art. 18 AEUV) beschränken können, musste er sich nunmehr mit der Frage auseinandersetzen, ob der Fußballspieler *Bosman* durch das System der Ablösesummen in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt worden war.⁴⁴ Es liegt auf der Hand, dass bei einem Übergang von einem zunächst angenommenen reinen Diskriminierungsverbot zu einem Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot der Bereich derjenigen europarechtlichen Regelungen, die der Verbandsautonomie im Sport Grenzen setzen, deutlich erweitert worden wäre und in der Folge auch erweitert wurde. *Bosman* war zwar als ehemals angestellter Fußballspieler allein in seiner Rolle als Arbeitnehmer betroffen. Aber natürlich mussten die rechtlichen Wertungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf andere Grundfreiheiten wie insbesondere die Dienstleistungsfreiheit ausstrahlen. Denn es lag nahe, dass man bei einer Anwendung der Grundfreiheiten auf den Profisport nicht zwischen angestellten Sportlern in Mannschaftssportarten (z.B. Fußballspielern) und ausschließlich oder überwiegend selbstständig tätigen Athleten in Einzelsportarten (z.B. Tennisspielern) würde differenzieren können.

43 → V. Rn. 8–21.

44 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 92–104 = NJW 1996, 505 – Bosman.

- 35 Die Entscheidungsgründe seien wiederum im Wortlaut wiedergegeben, um zu demonstrieren, wie der EuGH an eine bereits entwickelte Dogmatik der Grundfreiheiten unmittelbar anknüpfen und diese dann problemlos auf den konkreten Fall mit Sportbezug anwenden konnte:⁴⁵
- „96. Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden (vgl. auch EuGH Slg. 1991, I-1119 Rn. 18 f. [= NZA 1991, 446] – Masgio).
 - 97. Im übrigen hat der Gerichtshof im Urteil vom 27.9.1988 (Slg. 1988, 5483 Rn. 16 [= NJW 1989, 2186] – Daily Mail and General Trust) darauf hingewiesen, daß die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit zwar insbesondere die Vergünstigung der Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sicherstellen sollen, daß sie es aber dem Herkunftsstaat auch verbieten, die Niederlassung eines seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft, die im übrigen der Definition des Art. 58 entspricht, in einem anderen Mitgliedstaat zu beeinträchtigen. Die durch die Art. 52 ff. EWGV garantierten Rechte wären ihrer Substanz beraubt, wenn der Herkunftsstaat den Unternehmen verbieten könnte, sein Hoheitsgebiet zu verlassen, um sich in einem anderen Mitgliedstaat anzusiedeln. Die gleichen Erwägungen gelten im Zusammenhang mit Art. 48 EWGV bei Regeln, die die Freizügigkeit der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats beeinträchtigen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine unselbständige Tätigkeit ausüben wollen.
 - 98. Es trifft zu, daß die in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten in Rede stehenden Transferregeln auch für die Wechsel von Spielern zwischen Vereinen gelten, die im selben Mitgliedstaat unterschiedlichen nationalen Verbänden angehören, und daß die Wechsel zwischen Vereinen, die demselben nationalen Verband angehören, entsprechenden Regeln unterliegen.
 - 99. Wie Herr Bosman, die dänische Regierung und der Generalanwalt in den Tz. 209 und 210 seiner Schlußanträge ausgeführt haben, sind diese Regeln jedoch geeignet, die Freizügigkeit der Spieler, die ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen, dadurch einzuschränken, daß sie die Spieler sogar nach Ablauf der Arbeitsverträge mit den Vereinen, denen sie angehören, daran hindern oder davon abhalten, diese Vereine zu verlassen.
 - 100. Die genannten Regeln beeinträchtigen nämlich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, da sie vorsehen, daß ein Berufsfußballspieler seine Tätigkeit nicht bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen neuen Verein ausüben kann, wenn dieser Verein dem bisherigen Verein nicht die Transferentschädigung gezahlt hat, deren Höhe zwischen den beiden Vereinen vereinbart oder gemäß den Vorschriften der Sportverbände bestimmt wurde.
 - 101. Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat, wird diese Feststellung nicht dadurch berührt, daß nach den von der UEFA im Jahr 1990 erlassenen Transferregeln die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den beiden Vereinen keinen Einfluß auf die Tätigkeit des Spielers haben, der frei für seinen neuen Verein spielen kann.

45 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 96–98 = NJW 1996, 505 – Bosman.

Der letztgenannte Verein bleibt nämlich verpflichtet, die fragliche Entschädigung zu zahlen; andernfalls drohen ihm Disziplinarmaßnahmen, die bis zu seinem Ausschluß wegen Schulden gehen können, was ihn ebenso wirksam daran hindert, einen Spieler von einem Verein eines anderen Mitgliedstaats zu verpflichten, ohne die genannte Entschädigung zu zahlen.“

Hervorzuheben ist die Beiläufigkeit, mit der der Gerichtshof im letzten Satz des 36 97. Erwägungsgrundes die Übertragbarkeit der vorangehenden rechtlichen Erwägungen auf die Dienstleistungsfreiheit feststellt. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten wird sich wie in der Rechtssache *Bosman* vielfach vergleichsweise problemlos nachweisen lassen. In rechtlicher Hinsicht spielt die Musik ohnehin beim nächsten Prüfungspunkt auf der Rechtfertigungsebene.

d) Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit)

Wie sollten die Sportverbände das System der Ablösesummen rechtfertigen, 37 nachdem die dadurch bewirkte Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit feststand? Art. 48 Abs. 3 EWGV (= Art. 45 Abs. 3 AEUV) lässt sich entnehmen, dass Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden können. Im Jahr 1995 wurden in den europäischen Verträgen die Besonderheiten des Sports weder an irgendeiner Stelle ausdrücklich erwähnt, noch war ihnen dort in anderer Weise Rechnung getragen worden. In der Rechtssache *Bosman* fand der Gerichtshof im Rahmen seiner Erwägungen zur Rechtfertigung der bereits festgestellten Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁴⁶ gleichwohl einen Ausweg, um den Besonderheiten des Sports bei der Rechtsanwendung Rechnung tragen zu können. Erstaunlich schnell schloss er sich der Argumentation des belgischen Fußballverbandes, der UEFA sowie der französischen und italienischen Regierung an und stellte die Besonderheiten des Sports in einer Urteils Passage heraus, die nachfolgend im Sportrecht eine gewisse Berühmtheit erlangt hat:⁴⁷

„106. Angesichts der beträchtlichen sozialen Bedeutung, die der sportlichen Tätigkeit und insbesondere dem Fußball in der Gemeinschaft zukommt, ist anzuerkennen, daß die Zwecke berechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen den Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewißheit der Ergebnisse zu gewährleisten sowie die Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern.“

Damit war der Grundstein für die Ziele oder Zielsetzungen gelegt, die Sportver- 38 bände verfolgen dürfen, womit unter gewissen weiteren Voraussetzungen die da-

46 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 105–114 = NJW 1996, 505 – Bosman; s. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 91–97.

47 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 106 = NJW 1996, 505 – Bosman.

durch bewirkte Beschränkung einer Grundfreiheit gerechtfertigt werden kann. Das bedeutet freilich nicht, dass es sich insoweit automatisch um legitime Zielsetzungen im Sinne des vom EuGH erst später im Jahr 2006 entwickelten *Meca-Medina*-Tests handelt.⁴⁸ Zugleich war dies die Geburtsstunde für die Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Sports im Europarecht, die erst im Jahr 2009 über den heutigen Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV ausdrücklich in die europäischen Verträge aufgenommen wurden.⁴⁹ Kurzum: Dieser Ansatz des Gerichtshofs in der Rechtssache *Bosman* war von zentraler Bedeutung für die weitere Ausgestaltung des europäischen Sportrechts und wirkt bis zum heutigen Tag fort.

- 39 Diese Entwicklung war keineswegs selbstverständlich, hatten die europäischen Verträge doch seinerzeit keinerlei Anhaltspunkte dafür geboten, dem Sport eine solche rechtliche Sonderbehandlung zukommen zu lassen. Damals blieben insoweit die legislativen Kompetenzen der EU deutlich hinter der tatsächlichen Reichweite der Grundfreiheiten zurück, die sich nun auch auf den Sportsektor erstreckten. In dieser Situation musste der Gerichtshof nach einer kreativen, den besonderen Interessen des Sports Rechnung tragenden Lösung suchen, die er schließlich auch fand. Dabei orientierte sich der Gerichtshof fast bis ins Detail an einer Forderung, die die UEFA im laufenden Verfahren aufgestellt hatte (Hervorhebung durch *Verfasser*):⁵⁰

„71. Die UEFA hat u.a. geltend gemacht, daß die Gemeinschaftsbehörden stets die Eigenständigkeit des Sportsektors respektiert hätten, daß es äußerst schwierig sei, die wirtschaftlichen Aspekte von den sportlichen Aspekten des Fußballs zu trennen, und daß eine Entscheidung des Gerichtshofes über die Situation der Berufssportler die Organisation des Fußballs insgesamt in Frage stellen könnte. **Selbst wenn Art. 48 EWGV für die Berufsspieler gelten sollte, sei deshalb wegen der Besonderheiten des Sports eine gewisse Flexibilität geboten.**“

- 40 Die Grundeinstellung des Gerichtshofs gegenüber den Belangen des Sports konnte also schon im Jahr 1995 als durchaus positiv eingestuft werden, was bis heute in den kritischen Stellungnahmen verschiedener Sportfunktionäre zum – überwiegend als schädlich oder zumindest hindernd bewerteten – Einfluss des Europarechts auf den Sport vielfach vollständig vernachlässigt wird. Nach wie vor versucht man stattdessen verbreitet zu suggerieren, dass der EuGH eher aggressiv das Europarecht in den von den Sportverbänden kompetent gehegten Bereich der Verbandsautonomie hineingetragen und diesem erheblichen Schaden zugefügt habe.⁵¹ Dass dem Gerichtshof etwa in der Rechtssache *Bosman* (wie

48 Ausf. hierzu → VI. Rn. 176–284.

49 → VIII. Rn. 1 ff.

50 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 71 = NJW 1996, 505 – *Bosman*.

51 Dies gilt nicht nur für manche Sportverbände, die vielfach über eigene hochqualifizierte Rechtsabteilungen verfügen, sondern auch für ausgewiesene Sportrechtler. So wird über ein Impulsreferat von *Marius Breucker*, Rechtsanwalt und Mit-Organisator des 16. Stuttgarter Sportgesprächs am 3.2.2020 zum Thema „Ausverkauf der Werte – funktioniert Spitzensport nur noch als Event?“ von *Ludwig CaS*

in ähnlichen Verfahren) insoweit die Hände gebunden waren (sind), sobald sich Sportverbände wirtschaftlich betätigt hatten (haben), lässt man dabei gerne unter den Tisch fallen. Dies gilt auch für den Umstand, dass der Sport selbst im *Bosman*-Verfahren dem Gerichtshof keinen überzeugenden Weg hatte weisen können, wie man diesen Sektor trotz seiner unzweifelhaft wirtschaftlich motivierten Betätigungen vollständig oder zu signifikanten Teilen von vornherein von der Anwendung der europarechtlichen, auf die Verwirklichung des angestrebten Binnenmarktes gerichteten Regelungen hätte ausnehmen können.⁵²

Die weiteren Details der Rechtfertigungsprüfung in der Rechtssache *Bosman* 41 brauchen an dieser Stelle nicht vertieft zu werden, weil sie für die Entstehung und Struktur des europäischen Sportrechts (oder des sportbezogenen Europarechts) nicht bedeutsam sind. Hierauf wird jedoch bei der rechtlichen Analyse von Spielertransfers zurückzukommen sein.⁵³

e) Epilog

Um die Auswirkungen der durch das *Bosman*-Urteil des EuGH ausgelösten 42 sportrechtlichen Entwicklungen in ihrer Gesamtheit erfassen zu können, bedarf es einer kurzen Nachbetrachtung. Als *Jean-Marc Bosman* vor dem EuGH am 15.12.1995 letztlich obsiegte, war er 31 Jahre alt und mithin auch schon damals in einem fortgeschrittenen Fußballeralter. Bereits fünf Jahre zuvor hatte seine professionelle Fußballerkarriere geendet, in der seine Monatsgehälter zuletzt umgerechnet rund 3.500 Euro betragen hatten. Auch wenn *Bosman* im Jahr 1998 von der belgischen Spielergewerkschaft eine Zahlung i.H.v. 312.000 £ erhielt,⁵⁴ lebte er doch im Jahr 2015, d.h. am 20. Jahrestag des für immer seinen Namen tragenden, ebenso revolutionären wie zukunftsweisenden EuGH-Urteils, verarmt in der Nähe von Lüttich, hin und wieder finanziell unterstützt von der Spielergewerkschaft.⁵⁵ Auf wen wenn nicht auf *Jean-Marc Bosman* würde die Bezeichnung als tragischer Held besser passen?

Bosmans Leben hatte sich infolge europarechtswidriger Transferregelungen und 43 eines erst sehr späten Prozesssieg in wirtschaftlicher Hinsicht grundlegend zum Schlechteren verändert. Das Leben der aktiven Profifußballspieler sollte sich nach dem Jahr 1995 hingegen diametral entwickeln: Fortan erübrigten sich nach

2020, 135 (135) in folgender Weise berichtet: „[...] Auch Politik und Rechtsprechung massen den Sport im Wesentlichen an ökonomischen Kriterien: Die ‚Bosman-Entscheidung‘ aus dem Jahr 1995 unterwarf die Sportler uneingeschränkt der europäischen Arbeitnehmerfreizügigkeit, ohne auf Besonderheiten des Sports, etwa eine Beschränkung ausländischer Athleten im Interesse der Nachwuchsförderung, Rücksicht zu nehmen. [...]“

52 → V. Rn. 27–33.

53 → XIII. Rn. 494–529.

54 *Weatherill*, Principles, 2017, 99 Fn. 113 m.w.N.

55 *Ashelm* FAZ v. 15.12.2015.

Auslaufen der Arbeitsverträge hohe Ablösesummen, die starke Abhängigkeit vom jeweiligen Ex-Arbeitgeber entfiel, die Gehälter, Prämien und Handgelder der Fußballspieler stiegen im Laufe der Zeit deutlich, teils exorbitant an – insbesondere dank *Bosmans* Durchhaltevermögen im juristischen Wettkampf. Dass in der Folge gerade zahlreiche klickende Profiteure, letztlich auch Mitglieder der so oft beschworenen, großen Fußballfamilie, *Bosmans* Schicksal weithin mit Gleichgültigkeit – wenn überhaupt – verfolgten sowie seinen Namen in Vergessenheit geraten ließen, sagt viel über das professionelle Fußballgeschäft aus. Die Fußballclubs sowie die großen Fußballverbände lamentierten ob der Niederlage vor dem EuGH. Sie mussten ihr Geschäftsmodell in der Folge modifizieren, was ihnen in der Retrospektive ebenso zügig wie erfolgreich gelang. Für die betroffenen Fußballverbände hatte der juristische Misserfolg doch alsbald auch eine positive Nebenwirkung. Denn seither ist – zuletzt wieder am 20. Jahrestag des *Bosman*-Urteils – der breiten Öffentlichkeit, aber insbesondere auch Sportlern mithilfe der Medien deutlich vor Augen geführt worden, welch hohen Preis ein Athlet zu zahlen bereit sein muss, wenn er allein in einem juristischen Wettstreit gegen einen großen Sportverband antritt.

- 44 Es soll hier nicht darüber spekuliert werden, wie groß insoweit der Abschreckungseffekt des *Bosman*-Verfahrens war und ist; er dürfte aber deutlich über der Spürbarkeitsschwelle liegen. Somit können sich die Sportverbände letztlich sogar in gewissem Umfang als heimliche Sieger fühlen, selbst wenn sie nach einem jahrelangen Prozessmarathon gegen Athleten und Sportclubs – mögen sie z.B. *Walrave* und *Koch*, *Bosman*, *Pechstein* oder *SV Wilhelmshaven* heißen – vor Gericht in vollem Umfang oder auch nur teilweise den Kürzeren ziehen. Denn im Gegenzug haben sie dadurch gleichwohl faktisch ihre Verbandsautonomie gegen juristische Angriffe von Personen gestärkt, die den Verbandsstatuten unterworfen sind. Dies hat *Weatherill* treffend mit folgenden Worten zusammengefasst:⁵⁶

„To this extent *Bosman* confirmed that sports governing bodies, while not immune from legal challenge, are unusually powerful entities wielding global influence. They are in practice frequently able to operate on the assumption that they enjoy immunity from challenge. Sport is extraordinarily resilient to change.“

4. Delière

- 45 Die Rechtssache *Delière*⁵⁷ betraf eine erfolgreiche belgische Judoka, die vom belgischen Judoverband wiederholt aus unterschiedlichen Gründen, die hier ver-

⁵⁶ *Weatherill*, Principles, 2017, 99.

⁵⁷ EuGH Slg. 2000, I-2549 ff. = NJW 2000, 2011 ff. – Delière; vgl. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 101–103; PHB SportR/Summerer Kap. 1 Rn. 67–71.

nachlässigt werden können, nicht für internationale Wettkämpfe nominiert worden war. Dadurch waren ihr nicht nur die Aufmerksamkeit eines größeren internationalen Fachpublikums, sondern auch zusätzliche Möglichkeiten zur Erzielung von Einnahmen entgangen. Die Judoka hatte vor belgischen Gerichten eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG, heute Art. 56 AEUV, aber auch von Art. 81, 82 EG, heute Art. 101, 102 AEUV, geltend gemacht. In dem Vorlageverfahren klammerte der EuGH – wie schon zuvor in der Rechtssache *Bosman*⁵⁸ – den kartellrechtlichen Ansatz vollständig aus und beschränkte sich in seinen rechtlichen Erwägungen auf die behauptete Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Zur Auslegung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG (= Art. 56 AEUV) 46 stellte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die Rechtssachen *Walrave und Koch* sowie *Bosman* erneut fest, dass die Ausübung von Sport insoweit unter das Gemeinschaftsrecht falle, als sie zum Wirtschaftsleben gem. Art. 2 EGV gehöre, und betonte die beträchtliche soziale Bedeutung des Sports.⁵⁹ Neu war der ergänzende Hinweis,⁶⁰ dass die bisherige Rechtsprechung der Erklärung Nr. 29 zum Sport in der Schlussakte des Amsterdamer Vertrags⁶¹ entspreche. Von entscheidender Bedeutung für die weitere Entwicklung des europäischen Sportrechts sollte jedoch folgende Feststellung des Gerichtshofs werden:⁶²

„64. Auswahlregeln, wie die dem Ausgangsverfahren zu Grunde liegenden beschränken zwangsläufig die Zahl der Teilnehmer an einem Wettkampf. Eine solche Beschränkung, die unausweichlich auf bestimmten Regeln oder Auswahlkriterien beruht, ist notwendig mit der Durchführung eines hochrangigen internationalen Wettkampfes verbunden. Derartige Regeln können daher für sich genommen nicht als durch Art. 59 EGV [= Art. 49 EG = Art. 56 AEUV] verbotene Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden.“

Wenn also die Regelung eines Sportverbandes zu Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit führt, die notwendig mit der Durchführung eines Sportwettkampfes verbunden sind, kann die betreffende Vorschrift nicht als verbotene Beschränkung eingestuft werden. Der Gerichtshof verzichtete stillschweigend darauf, an den in dem Verfahren *Walrave und Koch*⁶³ entwickelten Gedanken von Verbandsregelungen anzuknüpfen, „die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben“, obgleich 47

58 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 138 = NJW 1996, 505 – *Bosman*.

59 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 41 = NJW 2000, 2011 – *Delière*.

60 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 42 = NJW 2000, 2011 – *Delière*.

61 EU-Komm. 10.11.1997 – ABl. C 340, 136: „Die Konferenz unterstreicht die gesellschaftliche Bedeutung des Sports, insbesondere die Rolle, die dem Sport bei der Identitätsfindung und der Begegnung der Menschen zukommt. Die Konferenz appelliert daher an die Gremien der Europäischen Union, bei wichtigen, den Sport betreffenden Fragen die Sportverbände anzuhören. In diesem Zusammenhang sollten die Besonderheiten des Amateursports besonders berücksichtigt werden.“

62 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 64 = NJW 2000, 2011 – *Delière*.

63 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 8) = NJW 1975, 1093 (1094) – *Walrave und Koch*.

er insoweit seine diesbezügliche Rechtsprechung zuvor noch zitiert hatte.⁶⁴ Im Vergleich dazu war der neue Ansatz argumentativ konkreter und überzeugender, wenngleich er die Folgefrage nahelegte, wann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit notwendig mit der Durchführung eines Sportwettkampfes verbunden oder – die englische Originalfassung („inherent“) ist insoweit sprachlich genauer – wann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Durchführung eines Sportwettkampfes inhärent, d.h. anhaftend und gleichsam systemimmanent, ist. In jedem Fall wäre es in diesem Kontext unpräzise und irreführend, den englischen Begriff „inherent“ lediglich mit „notwendig“ zu übersetzen. Zudem blieb der Gerichtshof Antworten auf weitere naheliegende, eigentlich klärungsbedürftige Fragen schuldig. Wann ist eine von Verbandsstatuten ausgehende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit über den konkreten Fall hinaus im Allgemeinen einem Sportwettkampf inhärent? Und wer entscheidet hierüber? Hierauf wird in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.⁶⁵

- 48 In jedem Fall sollten nach Auffassung des EuGH offensichtlich auch auf der Basis des neuen Ansatzes die Sportverbände den Inhärenzzusammenhang zumindest darlegen. Insoweit hatte der belgische Judoverband effektive Überzeugungsarbeit geleistet, wie aus nachfolgender Urteilspassage geschlossen werden kann:⁶⁶

„65. Im Übrigen beruht die Wahl eines bestimmten Systems der Auswahl der Teilnehmer für ein internationales Sportturnier auf einer großen Zahl von Erwägungen etwa der Art, der Organisation und der Finanzierung des betreffenden Sports, die nichts mit der persönlichen Lage irgendeines Sportlers zu tun haben.

66. Wenn sich ein Auswahlssystem für eine bestimmte Gruppe von Sportlern als vorteilhafter erweist als ein anderes, so kann allein daraus nicht geschlossen werden, dass die Entscheidung für dieses System eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

67. Es ist daher die natürliche Aufgabe der betroffenen Stellen, der Veranstalter von Turnieren, der Sportverbände oder auch der Vereinigungen von Berufssportlern, geeignete Regeln aufzustellen und in Anwendung dieser Regeln eine Auswahl zu treffen.

68. Dass mit dieser Aufgabe die nationalen Verbände betraut werden, die in der Regel über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, entspricht der Organisationsstruktur der meisten Sportarten, die im Grundsatz auf Landesverbänden beruht. Außerdem gelten die dem Ausgangsverfahren zu Grunde liegenden Auswahlregeln sowohl für Wettkämpfe innerhalb der Gemeinschaft als auch für Turniere außerhalb der Gemeinschaft und betreffen Staatsangehörige von Mitgliedstaaten ebenso wie Angehörige von Drittstaaten.“

- 49 Insbesondere im 68. Erwägungsgrund macht der Gerichtshof durch die Betonung der bei den nationalen Sportverbänden in der Regel zu unterstellenden

64 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 43 = NJW 2000, 2011 – Delière.

65 → VI. Rn. 176–315.

66 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 65–68 = NJW 2000, 2011 – Delière.

„erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen“ deutlich, dass – die Geeignetheit der Auswahlkriterien unterstellt – der Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Sportverbände hinsichtlich der Aufstellung und Umsetzung von Nominierungskriterien grundsätzlich in europarechtlicher Hinsicht nicht in Frage gestellt werden soll. Wenn auch vom Gerichtshof nicht angesprochen, können indes Fälle intransparenter Auswahlkriterien oder einer diskriminierenden Anwendungspraxis natürlich nicht von dem erwähnten Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Sportverbände gedeckt sein. Letztlich wurde auch in diesem Verfahren dem Sportverband keine uneingeschränkte, sondern weiterhin lediglich eine durch das nationale und supranationale Recht begrenzte Verbandsautonomie eingeräumt.

Nach seinem *Deliège*-Urteil bot sich dem Gerichtshof keine Gelegenheit mehr, 50 seine Rechtsprechung zum Spannungsfeld zwischen Sport und europäischen Grundfreiheiten weiterzuentwickeln. Stattdessen ist seither schrittweise das europäische Kartellrecht in den Fokus gerückt, das im Laufe der Zeit zum Angstgegner der Sportverbände geworden ist. Deshalb wird das dogmatisch ebenso komplexe wie auch praxisrelevante Gebiet des europäischen Sportkartellrechts in den nachfolgenden Abschnitten genauer analysiert werden.⁶⁷ Zuvor soll aber noch ein Abstecher zum EFTA-Gerichtshof unternommen werden.

5. Henrik Kristoffersen/NSF

Am 16.11.2018 verkündete der EFTA-Gerichtshof ein Urteil, welches sich auf- 51 grund der entsprechend eingegrenzten Vorlagefrage eines Zivilgerichts in Oslo allein mit der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 36 EWR-Abkommen – im Wesentlichen vergleichbar mit Art. 56 AEUV – auf einen Sachverhalt im norwegischen Skisport zu befassen hatte.⁶⁸ Dabei nahm der EFTA-Gerichtshof eine wesentlich detailliertere Tatbestandssubsumtion als zuvor der EuGH in der Rechtssache *Deliège*⁶⁹ vor, die zudem ansatzweise, aber unausgesprochen Verbindungslinien zum europäischen Kartellrecht erkennen ließ. Das Urteil ist im deutschsprachigen wissenschaftlichen Schrifttum erst zu Beginn des Jahres 2020 aufgegriffen und gewürdigt worden.⁷⁰ Daran anknüpfend, sollen nachfolgend der Sachverhalt geschildert und die wegweisenden rechtlichen Erwägungen zur Dienstleistungsfreiheit gewürdigt werden.

67 → insb. VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff., IX. Rn. 1 ff. und XI. Rn. 1 ff.

68 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17 – Kristoffersen/NSF, in englischer Sprache abrufbar unter <https://eftacourt.int/download/8-17-judgment-2/?wpdmdl=3370>.

69 EuGH Slg. 2000, I-2549 ff. = NJW 2000, 2011 ff. – *Deliège*; → V. Rn. 45–50.

70 Hierzu *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 6, 11 ff. m.w.N.; s. auch die Erwähnung bei *Beisenherz* NJOZ 2019, 1137 (1142); im englischsprachigen Schrifttum vgl. etwa *Cattaneo/Parrish* Rn. 548 f.

- 52 Der norwegische Alpinskirennfahrer *Henrik Kristoffersen* hatte gegen den *Norges Skiforbund (NSF)* vor einem Zivilgericht in Oslo die Forderung geltend gemacht, bei offiziellen Skirennen auf seinem Helm sowie seiner Kopfbedeckung für seinen individuellen Sponsor Red Bull werben zu dürfen. Eine entsprechende Erlaubnis war ihm zuvor vom NSF insbesondere unter Hinweis darauf verweigert worden, dass Red Bull nicht dem Sponsorenpool des Skiverbandes angehöre. Im Hinblick auf die vom Kläger vorgetragene Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit legte das Zivilgericht dem EFTA-Gerichtshof verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vor.
- 53 Der EFTA-Gerichtshof nahm zunächst mit kurzer Begründung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 36 EWR-Abkommen an. So falle der Sport in den Anwendungsbereich des EWR-Abkommens, soweit wirtschaftliche Tätigkeiten wie Vermarktungsaktivitäten eines Sportlers zu beurteilen seien.⁷¹ In Anlehnung an die Judikatur des EuGH⁷² ging der EFTA-Gerichtshof davon aus, dass dies auch für Sportverbände gelte.⁷³ Der Erlaubnisvorbehalt des Skiverbandes hinsichtlich individueller Marketingaktivitäten des Skifahrers betreffe vorrangig die Dienstleistungsfreiheit und nur entfernt die Niederlassungsfreiheit.⁷⁴ Es sei ständige Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs, dass ein Erlaubnisvorbehalt hinsichtlich der Ausübung einer Dienstleistung zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führe,⁷⁵ was auch für die Verweigerung der beantragten Erlaubnis im konkreten Fall gelte,⁷⁶ zumal es sich bei einem solchen Erlaubnisvorbehalt nicht um eine Regelung rein sportlichen Charakters handele.⁷⁷
- 54 Sodann stellte der EFTA-Gerichtshof im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung (und ohne Erwähnung vergleichbarer Urteile des EuGH⁷⁸) fest, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit könne u.a. durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt sein, sofern die Beschränkung geeignet zur Erreichung des verfolgten Ziels sei und in erforderlicher und verhältnismäßiger Weise umgesetzt werde.⁷⁹ Dieser Ansatz weist deutliche Parallelen zu einer vom EuGH entwickelten Tatbestandsrestriktion im Hinblick auf das Merkmal „Wettbewerbsbe-

71 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 66 – Kristoffersen/NSF.

72 EuGH Slg. 2000, 2549, Rn. 47 f. = NJW 2000, 2011 – Delège.

73 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 68 – Kristoffersen/NSF.

74 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 69 – Kristoffersen/NSF.

75 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 76 – Kristoffersen/NSF m.w.N.

76 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 78 – Kristoffersen/NSF.

77 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 77 – Kristoffersen/NSF unter Bezugnahme auf EuGH Slg. 2000, 2549, Rn. 43, 64 = NJW 2000, 2011 – Delège. Dabei vernachlässigte der EFTA-Gerichtshof jedoch, dass sich der EuGH an der angegebenen Stelle gerade nicht mehr auf den Ansatz der reinen Sportregeln gestützt hatte. → V. Rn. 45–50.

78 S. stellvertr. EuGH Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 = NJW 1996, 579 – Gebhard.

79 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 114, 126 – Kristoffersen/NSF m.w.N.

schränkung“ gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV auf,⁸⁰ worauf im Rahmen der Erwägungen zum Kartellrecht zurückzukommen sein wird.⁸¹

Daraufhin hob der EFTA-Gerichtshof hervor, dass die Verfolgung rein wirtschaftlicher Eigeninteressen durch einen Sportverband wie das alleinige Bestreben nach Gewinnsteigerungen keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von Sportlern rechtfertigen könne.⁸² Diesem auch im Kartellrecht bereits anerkannten Ansatz ist zuzustimmen, wie noch im Detail darzulegen sein wird.⁸³ Der vom EFTA-Gerichtshof⁸⁴ gleichfalls betonte Aspekt der Solidarität zwischen dem Profi- und Amateursport, den die EU-Kommission schon im Begleitdokument zum Weißbuch Sport⁸⁵ hervorgehoben hatte, kann in verschiedener Weise umgesetzt werden. Insoweit ist das Bestreben eines Sportverbandes, das Anwerben sowie die Ausbildung junger Athleten zu unterstützen, allgemein als legitime Zielsetzung anerkannt, durch die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit oder auch Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden können.⁸⁶

Ausführlich setzte sich der EFTA-Gerichtshof schließlich mit der Frage auseinander, ob der Verband die zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Skirennfahrers vorgetragenen legitimen Zielsetzungen mittels des Erlaubnisvorbehalts tatsächlich auch in kohärenter und systematischer Weise verfolgt hatte.⁸⁷ Dieser Ansatz knüpfte einerseits an die ständige Rechtsprechung zu immanenten Schranken für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an und bot insoweit nichts Neues. Andererseits befruchtete dieser Ansatz aber in den letzten Jahren die Diskussion zur Auslegung und Anwendung des sog. *Meca-Medina*-Tests, der bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Einsatz kommt. In diesem Zusammenhang wird die hier nur angedeutete dogmatische Fortentwicklung ausführlich dargestellt und gewürdigt werden.⁸⁸

80 Allerdings hat EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 31 = SpuRt 2006, 195 – *Meca-Medina* und Majcen der Konvergenzthese eine Absage erteilt.

81 → VI. Rn. 164–385.

82 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 115 – Kristoffersen/NSF.

83 → VI. Rn. 243–254 m.w.N.

84 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 115 („solidarity policy involving cooperation between the elite and popular level of skiing“).

85 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. a) („redistribution of financial resources from professional to amateur levels of sport (principle of solidarity)“).

86 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 116 – Kristoffersen/NSF; EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 39 = NJW 2010, 1733 – *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* m.w.N.; Commission Staff Working Document, Abschn. 2.1.5. („the encouragement of training of young athletes“), → VI. Rn. 208 f. m.w.N.

87 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF; der Abschnitt ist überschrieben mit „*Suitability/consistency*“.

88 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

6. Fazit

- 57 Es bleibt festzuhalten, dass der EuGH seit dem *Bosman*-Urteil nicht nur willens, sondern auch in der Lage ist, bei Beschränkungen von Grundfreiheiten, die von Verbandsstatuten ausgehen, auf der Rechtfertigungsebene die Besonderheiten des Sports zu berücksichtigen. Insoweit liegt es an den Sportverbänden, substantiiert vorzutragen und im Zweifel nachzuweisen, dass die betroffenen Verbandsregelungen legitime Ziele in verhältnismäßiger Weise verfolgen. Dabei befinden sich die Sportverbände in einer gewissen Bringschuld, der sie in der Vergangenheit nicht immer in ausreichendem Umfang nachgekommen sind. Andernfalls haben die befassen Gerichte im Einzelfall geprüft, ob etwaige Beschränkungen der Grundfreiheiten durch eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Verfolgung legitimer Verbandsziele oder wegen ihrer notwendigen Verbindung mit der Durchführung eines Sportwettkampfes gerechtfertigt werden können.
- 58 Dieser rechtliche Prüfungsschritt ist in der Rechtsprechung des EuGH bis heute ein wenig konturenlos geblieben, wenn auch der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Kristoffersen/NSF* hier zuletzt wichtige neue Impulse gegeben hat. Zwar hatte der EuGH deutlich zu erkennen gegeben, dass er bereit war, künftig die Besonderheiten des Sports bei der Anwendung der Grundfreiheiten zu berücksichtigen. Allerdings war der Gerichtshof eine stringente rechtliche Begründung und Umsetzung hierfür schuldig geblieben. Stattdessen sollten auch in der Folge die entsprechenden rechtlichen Ausführungen eher einzelfallbezogen und ergebnisorientiert bleiben. Über die seitens der Judikatur im jeweiligen Einzelfall gefällten Entscheidungen wird man oftmals geteilter Meinung sein können. Das liegt jedoch in der Natur der Sache. Denn es lassen sich auf der Rechtfertigungsebene Abwägungen der beteiligten Interessen unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und die beschriebenen Inhärenzkriterien nicht mit mathematischer Präzision im Vorhinein bestimmen, weil insoweit stets noch ein gewisser Beurteilungs- und Ermessensspielraum verbleibt, den das Gericht und die Streitparteien vielfach in unterschiedlicher Weise interpretieren. Wenn in einem solchen Fall Sportverbände und/oder deren Prozessvertreter nach einem für sie ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits oder auch am Verfahren unbeteiligte Dritte eine konkrete Entscheidung etwa des EuGH kritisieren, sollten sie sich stets klarmachen, dass bei der Entscheidungsfindung die Besonderheiten des Sports mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit berücksichtigt wurden. Denn dies ist gleichsam das Vermächtnis der am *Bosman*-Urteil beteiligten Richter am EuGH. Stattdessen sollte und kann die Kritik allein daran anknüpfen, in welchem Umfang und vor allem in welcher Weise die Besonderheiten des Sports in die konkrete Entscheidungsfindung eingeflossen sind.

Seit rund zwei Jahrzehnten hat im Spannungsfeld von Sport und Europarecht 59 eine allmähliche Verlagerung von zunächst angenommenen Beschränkungen der Grundfreiheiten hin zu inzwischen vorrangig beklagten Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV und Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellungen gem. Art. 102 AEUV stattgefunden. Erst in diesem Kontext sollen zwei Aspekte vertieft werden, die der Gerichtshof in seinen Entscheidungen, die die Anwendbarkeit und Anwendung der Grundfreiheiten auf den Sport betrafen, weitgehend offengelassen hatte:

- Warum vermögen die vom Gerichtshof im Grundsatz anerkannten Besonderheiten des Sports keine zumindest partielle Ausnahme von der Anwendung der Grundfreiheiten oder des europäischen Kartellrechts auf wirtschaftliche Betätigungen von Sportverbänden zu begründen?⁸⁹
- Wie wirken sich sodann diese Besonderheiten des Sports auf die Anwendung der genannten Vorschriften aus?⁹⁰

89 → VI. Rn. 75–89.

90 → VI. Rn. 139–385 und VII. Rn. 67–71.

