Neue Schriften zum Zivilrecht Band 12

Peter W. Heermann

Verbandsautonomie im Sport

Bestimmung der rechtlichen Grenzen unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Band 12

Neue Schriften zum Zivilrecht



Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger
Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit
Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess
Prof. Dr. Abbo Junker
Prof. Dr. Dirk Looschelders
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Peter W. Heermann

Verbandsautonomie im Sport

Bestimmung der rechtlichen Grenzen unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts

Nomos Verlagsgesellschaft

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (Univ. of Wisc.); geb. 1961; Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München (1999–2000); Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth (seit 2000); wissenschaftlicher Leiter des Weiterbildungsstudiengangs „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)" (seit 2015); Richter im Nebenamt am OLG Nürnberg (2001–2005); Vorsitzender einer Kammer des Ständigen Schiedsgerichts des Deutschen Eishockey Bundes (2014–2018); Beisitzer in der Ethikkammer des Sportgerichts beim Deutschen Fußball Bund (seit 2016); beratende und gutachterliche Tätigkeit u.a. für (inter)nationale Sportverbände, Fußballclubs, Athletinnen und Athleten, Sportartikelindustrie.

Gefördert durch den Open Access-Monografienfonds der Universität Bayreuth.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

1. Auflage 2022

© Der Autor

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8762-3
ISBN (ePDF): 978-3-7489-3329-8

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748933298

Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.



Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für meine „5 P's“
Petra, Pamina, Pia Sophie, Piet Marius und Paola

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Seit mehr als 25 Jahren beschäftige ich mich in Forschung und Lehre (nicht ausschließlich, aber zu einem erheblichen Teil) intensiv mit der Anwendung des deutschen, schweizerischen sowie insbesondere auch des europäischen Rechts auf den Sport. Immer wieder hat sich mir dabei die Gelegenheit geboten, meine theoretischen Kenntnisse auf praktische Fälle anzuwenden, sei es durch Rechtsberatung und Anfertigung von Rechtsgutachten für verschiedene Akteure im Sportsektor, sei es im Rahmen von Verfahren vor Sportverbandsgerichten und Sportschiedsgerichten, aber auch vor staatlichen Gerichten. Ich empfinde es als großes Privileg, in dieser Weise in einem überaus spannenden, dynamischen und daher stets aufs Neue herausfordernden Rechtsgebiet tätig werden zu dürfen. Es freut mich sehr, dass die Nomos Verlagsgesellschaft mir die Gelegenheit gegeben hat, meine im Laufe der Zeit gesammelten Erfahrungen und rechtlichen Erkenntnisse zu zahlreichen sportrechtlichen Einzelproblemen in dieser Monographie zusammenzustellen und weiterzuentwickeln.

Der Buchtitel ist bewusst gewählt worden, umschreibt er doch die großen rechtlichen Herausforderungen, denen sich der kommerzialisierte Sport seit vielen Jahren ausgesetzt sieht. Sportverbände haben immer wieder erfahren müssen, dass sie in ihren Aktivitäten durch die aus Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK abgeleitete Verbandsautonomie wider Erwarten (zumindest aus ihrer Perspektive) nicht umfassend geschützt werden. Vielmehr sind der Verbandsautonomie, die in den Mitgliedstaaten der EU teils sehr unterschiedlich ausgestaltet ist, rechtliche Grenzen gesetzt, die damit von Fall zu Fall jeweils neu bestimmt werden müssen. Im Zentrum steht dabei regelmäßig die komplexe Frage, wie von Sportverbänden erlassene Statuten oder sonstige Maßnahmen, die die Rechte der Verbandsmitglieder, aber insbesondere auch verbandsunabhängiger Dritter beschränken, im Spannungsfeld von Verbandsautonomie und staatlichem sowie supranationalem Recht zu bewerten sind. Die damit für Sportverbände verbundenen Rechtsprobleme begegnen uns seit Jahren mit zunehmender Tendenz, sind überaus praxisrelevant, juristisch vielschichtig und damit zumeist eher kompliziert. Ein „*one size fits all*"-Ansatz existiert nicht.

Überraschenderweise wird dieses Problemfeld in der inzwischen recht umfangreichen Literatur sowie insbesondere auch in den auf Praxisbezug ausgelegten diversen Handbüchern zum Sportrecht weitgehend vernachlässigt. Diese Lücke füllt das vorliegende Buch. Zu diesem Zweck wird zunächst der Schutzbereich der Verbandsautonomie im Sinne von Art. 9 Abs. 1 GG abgesteckt, rechtliche und tatsächliche Maßnahmen zu ihrer Absicherung werden analysiert, bevor insbesondere die durch die europäischen Grundfreiheiten sowie durch das europäische (und deutsche) Kartellrecht der Verbandsautonomie gesetzten Grenzen abstrakt

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmt werden. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse werden sodann auf rund 25 aktuelle, durchweg kontrovers diskutierte Praxisbeispiele übertragen, wobei ich zu den jeweiligen rechtlichen Grundproblemen unter Würdigung des Meinungsstandes Position beziehe.

Ohne die – zumeist unwissentliche – Mitwirkung vieler, die entweder berufsbedingt mit dem Sportrecht in Berührung kommen oder aus sonstigen Gründen an dem Rechtsgebiet interessiert sind, hätte das Buch mit der vorliegenden inhaltlichen Ausgestaltung nicht entstehen können. Um meinen sportrechtlichen Erkenntnis- und Wissensstand permanent zu verbessern und zu vervollständigen, habe ich mich seit jeher darum bemüht, meine Rechtsauffassung möglichst unvoreingenommen insbesondere mit den abweichenden Meinungen anderer zu vergleichen. Den größten Teil meiner Erkenntnisse, die ich vorliegend mit den an sportrechtlichen Fragestellungen Interessierten teilen möchte, verdanke ich nicht denjenigen, die mir zustimm(t)en, sondern denjenigen, die – auch wenn interessengeleitet – anderer Auffassung waren und sind oder sachbezogene Zweifel an meinen Ansätzen anmeld(et)en. Das damit verbundene ständige ergebnisoffene Infragestellen und erforderlichenfalls Anpassen eigener Überzeugungen ist eine intellektuelle Herausforderung, die ich nicht missen möchte und die ich gerade beim Entstehen dieses Werkes sehr genossen habe. Insoweit gilt mein Dank vielen Personen:

- zuallererst meinem am 4.5.2019 verstorbenen väterlichen Freund *Bernhard Pfister*, der seit der Übernahme seines ehemaligen Lehrstuhls durch mich am 1.5.2000 kaum eine Gelegenheit ausließ, ebenso fachkundig wie stets neugierig immer neue rechtliche Problemstellungen mit Sportbezug mit mir und den jeweiligen Lehrstuhlmitarbeiterinnen und -mitarbeitern zu diskutieren;
- meinen aktuellen externen Doktoranden *Tassilo Mürtz* und *Tizian Göbel*, die neben ihren eigenen Promotionsprojekten mein Buchmanuskript im Entstehungsprozess vom Sommer 2020 bis in den Herbst 2021 Abschnitt für Abschnitt genauestens lasen, konstruktive Anregungen unterbreiteten und für stets fruchtbare Diskussionen vieler rechtlicher Einzelfragen zur Verfügung standen;
- meinen aktuellen und ehemaligen wissenschaftlichen und studentischen Lehrstuhlmitarbeiterinnen und -mitarbeitern, die ebenso interessiert wie kompetent den sportrechtlichen Meinungsaustausch bereicherten (selbst – zumindest vor Ausbruch der Corona-Pandemie – anlässlich regelmäßiger TV-Fußballabende unter Beteiligung der deutschen Nationalmannschaft im Hause Heermann mit kulinarisch auf den jeweiligen Gegner abgestimmter Speisekarte), mich mit immer neuen Fragestellungen und Ideen konfrontierten, mir bei Problemen mit der Computertechnik halfen und mich – ebenso wie meine

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

langjährige Sekretärin *Ingrid Elster* – mit der erforderlichen Fachliteratur versorgten;
- den Studierenden der Rechtswissenschaften, der Sportökonomie sowie im berufsbegleitenden Weiterbildungsstudiengang „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)", die in Vorlesungen und Seminaren die fachlichen Diskussionen um für mich neue Facetten bereicherten;
- den Autorinnen und Autoren von Fachaufsätzen, Beiträgen in Handbüchern, Sammelbänden und Festschriften, Dissertationen, sonstigen Monografien, rechtlichen Stellungnahmen oder Presseartikeln zu sportrechtlichen Fragestellungen, insbesondere wenn sie meine Rechtsauffassung nicht teil(t)en (oder *vice versa*);
- den Richterinnen und Richtern sowie Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern für zahllose sportbezogene Entscheidungen in Verfahren vor unterschiedlichen Gerichten;
- den Generalanwältinnen und -anwälten für die Schlussanträge in sportbezogenen Verfahren vor dem EuGH;
- den Mitgliedern der Spruchkörper in Kartellbehörden für Entscheidungen mit Bezug zum Sportsektor;
- den Referentinnen und Referenten sowie dem jeweiligen Auditorium insbesondere bei Tagungen zum Sportrecht für die Präsentation wertvoller Ideen und Anregungen in Vorträgen oder in anschließenden Diskussionsrunden;
- sämtlichen Mitwirkenden an zahlreichen Verfahren der Sportverbands- oder Sportschiedsgerichtsbarkeit, an denen ich teilgenommen habe;
- meinen ebenso kompetenten wie geduldigen Ansprechpartnerinnen und -partnern anlässlich außeruniversitärer Kooperationen im Rahmen der Beratung zu unterschiedlichen rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen im Sportsektor.

Als weiteres Zeichen meiner Dankbarkeit habe ich mich entschieden, bei der Publikationen meines Buch einen zumindest im Bereich der Rechtswissenschaften (noch) ungewöhnlichen Weg zu beschreiten. Jeder oder jedem der Vorgenannten ein klassisches Buchexemplar zu dedizieren, hätte mich vor unlösbare logistische Herausforderungen gestellt und zudem finanziell überfordert. Aber mit einer Veröffentlichung des Werkes in digitaler Form (Open Access) und zugleich als klassische Buchausgabe relativierten sich die vorgenannten Probleme deutlich. Es würde mich freuen, wenn insbesondere dieses in seiner digitalen Variante sehr niederschwellige Angebot nicht nur die sportrechtlichen Diskussionen auf allen Ebenen befruchten und bei konkreten Rechtsproblemen weiterhelfen, sondern auch dem bisherigen Mikrokosmos Sportrecht zu noch mehr Aufmerksamkeit und Anerkennung verhelfen könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

An dieser Stelle sei dem Open Access-Monografienfonds der Universität Bayreuth gedankt, der durch eine erhebliche Förderung des Projekts das Gewicht der mir verbleibenden Kostenlast spürbar reduziert hat. Besonderer Dank gilt darüber hinaus der Nomos Verlagsgesellschaft, die mit ihrem unermüdlichen Engagement nachfolgenden Autorinnen und Autoren den Zugang zur finanziellen Unterstützung von Open Access-Publikationen sicherlich erleichtert hat. Natürlich ist der Lesekomfort eines gedruckten Buches mit der Lektüre am Bildschirm (oder sodann ausgedruckter Seiten) nur bedingt vergleichbar. Beide Varianten sind beim vorliegenden Werk möglich, beide haben für die Leserschaft ihren (unterschiedlichen) Preis, wobei die Verfügbarkeit einer Open Access-Publikation naturgemäß unentgeltlich ist. Herrn *Dr. Marco Ganzhorn*, dem stellvertretenden Leiter des juristischen Lektorats und zugleich mein Hauptansprechpartner auf Verlagsseite, gilt mein besonderer Dank für die überaus angenehme und konstruktive Zusammenarbeit. Insbesondere für meine Wünsche hinsichtlich des Lesekomforts am Bildschirm hatte er nicht nur stets ein offenes Ohr, sondern er ließ diese Wünsche auch umsetzen durch die Einfügung von Randnummern (was bei Monografien bislang eher unüblich ist), durch die Einrichtung einer Suchfunktion bei Nutzung des Werkes in der eLibrary sowie durch die Aufrufbarkeit bestimmter Abschnitte und – soweit man sich das Werk als pdf-Datei herunterlädt – Randnummern mittels Anklickens der internen Verweise.[1]

Schließlich gilt mein herzlicher Dank der Herausgeberin und den Herausgebern der Schriftenreihe „Neue Schriften zum Zivilrecht“ für die Aufnahme dieses zwölften Bandes, der sich nun in einem wachsenden Kreis zivilrechtlicher Habilitationsschriften wähnen darf.

Das Werk befindet sich – abgesehen von wenigen Ergänzungen tatsächlicher Natur – auf dem Stand vom 7.2.2022.

Bayreuth, April 2022

Peter W. Heermann

1 Die internen Verweise sind durch Verweispfeile kenntlich gemacht (z.B. → VI. Rn. 114). Nach dem Klicken auf die konkrete Randnummer (im Beispiel also „114“) landet man direkt bei dieser. Über die Tastenkombination „Alt + Nach-links-Taste“ (beim Acrobat Reader) kommt man zur Verweisstelle zurück.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 37

II. Was macht den Sport besonders für die Rechtsanwendung? 45

1. Besonderheiten des Sports 45
   a) Annahmen der EU-Kommission 45
   b) Würdigung 47
      aa) Erster Spiegelstrich 48
      bb) Zweiter Spiegelstrich 48
      cc) Dritter Spiegelstrich 50
      dd) Vierter Spiegelstrich 50

2. Lex sportiva 52

3. Argumentative Ausgangspositionen zum Spannungsverhältnis zwischen der Verbandsautonomie der Sportverbände und dem staatlichen oder supranationalen Recht 54

4. Fazit 58

III. Verbandsautonomie 61

1. Normsetzung durch Sportverbände 61
   a) Vorteile 61
   b) Nachteile und Gefahren 62
   c) Zwischenfazit 66

2. Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden 69
   a) Vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten 69
   b) Privatautonomie 69
   c) Würdigung 71

3. Reichweite der Verbandsautonomie nach deutschem Recht 72

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Gerichtliche Überprüfung von Verbandsregelungen und ihrer Umsetzung 75
a) Notwendigkeit 75
b) Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang 77
aa) AGB-Kontrolle 78
bb) Treu und Glauben gem. § 242 BGB 81
(1) Vorgaben des BGH 81
(2) Gerichtliche Prüfungsschritte 82
(3) Vereinbarkeit mit der Verbandsautonomie 82
(4) Differenzierung nach Sportvereinen und -verbänden ohne und mit Aufnahmepflicht 83
cc) Grundfreiheiten 89
dd) Kartellrecht 89
c) Zwischenfazit 91

5. Fazit 92

IV. Verbandsseitige Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport 95

1. Drei taktische Varianten 95

2. Vertragliche Bindung der Mitglieder an die Statuten der Sportverbände 97
a) Rechtliche Ausgangslage 97
b) Unterwerfung (un)mittelbarer Mitglieder unter die Vereins- und Verbandssatzung 99
aa) Sanktionsregelungen und sonstige Verbandsregelungen 99
(1) Rechtsauffassung des BGH 99
(2) Würdigung 100
(3) Praktische Auswirkungen 101
bb) Wirksamkeit statischer und dynamischer Satzungsverweisungen 104
(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum 104
(2) Praktische Hinweise 107
(3) Rechtslage in der Schweiz 109
cc) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht 111

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag, Nominierungsvertrag, Lizenzvertrag 114
aa) Allgemeines 114
bb) Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung 115
cc) Wirksamkeit statischer und dynamischer Verweisungen auf Verbandsstatuten 117
(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum 117
(2) Praktische Hinweise 119
(3) Rechtslage in der Schweiz 121
dd) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht 123
d) Fazit 123

3. Absicherung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch eine pyramidenförmig-hierarchische Struktur 124
a) Ein-Verband-Prinzip 124
b) Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen 127
c) Sitz internationaler Sportverbände 129
d) Sanktionen für Verstöße gegen Verbandsstatuten 132
e) Fazit 134

4. Forderungen nach einer möglichst umfassenden Absicherung der Verbandsautonomie durch Einführung staatlicher Sondergesetze 135
a) Lobbyismus der Sportverbände und Politik 135
b) Druckpotential (inter)nationaler Sportverbände gegenüber nationalen Gesetzgebern 138
c) Beispiele 141
aa) OlympSchG 141
bb) Nationale Anti-Ambushing-Gesetze 143
cc) Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter 146
d) Würdigung 150
e) Fazit 154

5. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit 156
a) Verbands(schieds)gerichtsbarkeit versus (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit 156

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Sportschiedsgerichtsbarkeit am Beispiel des Court of Arbitration for Sport 158
aa) Vor- und Nachteile 159
bb) Organisation 164
(1) Entstehungsgeschichte und aktuelle Stellung des CAS 164
(2) Zusammensetzung und Kompetenzen des ICAS 164
(3) Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch das ICAS 168
(4) Das ICAS im Lichte der *Good Governance*-Diskussion im Sport 172
(5) Stellung des Generaldirektors in Schiedsverfahren 174
(6) Benennung eines Einzelschiedsrichters und eines Dreierschiedsgerichts 175
(7) Stellung eines Schiedsrichters am CAS 178
cc) Schiedsvereinbarung und Einrede ihrer Unwirksamkeit 182
(1) Allgemeines 182
(2) Form der Schiedsvereinbarung 183
(3) Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung 187
dd) Faktischer Zwang zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit 190
(1) Problemlage 190
(2) Schrifttum 192
(3) BGH 195
(4) EGMR 196
(5) UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport kein zwingender Rechtfertigungsgrund 196
(6) Zwischenfazit 197
ee) Strukturelles Ungleichgewicht sowie Zweifel an Unparteilichkeit 198
(1) EGMR 198
(2) Problem des fehlenden Wettbewerbs 201
(3) Weitere Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle 202
(4) Zwischenfazit 204
ff) Anerkennung als echtes Schiedsgericht 205
(1) Schweizerisches Bundesgericht 205
(2) BGH 206
(3) EGMR 206
(4) Würdigung 208
gg) Schiedssprüche – auf den konkreten Fall zugeschnittene Problemlösungen 211

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hh) Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts 214
(1) Anwendung der Grundfreiheiten 215
i. *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas* 215
ii. *RFC Seraing/FIFA* 216
(2) Anwendung des Kartellrechts 219
i. *AEK Athens and Slavia Prague/UEFA* 219
ii. *UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA* 219
iii. *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA* 220
iv. *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.* ... 221
v. *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.* 221
vi. *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)* 222
vii. *Azpeleta* 222
viii. *Galatasaray/UEFA* 225
ix. *World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency* 226
(3) Keine Vorlageberechtigung des CAS an den EuGH 229
(4) Würdigung 231
ii) Anerkennung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport insbesondere durch das Schweizerische Bundesgericht 232
jj) Absicherung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport durch (inter)nationale Sportverbände 237
kk) Absicherung der Sportschiedsgerichtsbarkeit im Gesetz gegen Doping im Sport (AntiDopG) 242
c) Fazit 247
aa) Zusammenfassende Würdigung 247
bb) Entwurf eines „Beipackzettels" für Schiedsklauseln zum CAS 249

V. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäische Grundfreiheiten 255

1. Vorüberlegungen: Einfache oder komplexe Sichtweise? 255

2. Walrave und Koch 258

3. Bosman 265
a) Sachverhalt und rechtlicher Prüfungsmaßstab 265

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit) auf Verbandsstatuten 267
c) Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit) 269
d) Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit) 271
e) Epilog 273

4. Deliège 274

5. Henrik Kristoffersen/NSF 277

6. Fazit 280

VI. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 101 Abs. 1 AEUV 283

1. Vorüberlegungen: Sport ohne oder mit Kartellrecht? 283

2. ENIC/UEFA 290

3. Meca-Medina und Majcen 293
a) EuG 294
aa) Sachverhalt 294
bb) Bewertung der Erwägungsgründe 295
cc) Würdigung 297
b) EuGH 298
aa) Schlussanträge von Generalanwalt Léger 298
bb) Bewertung der Erwägungsgründe 299
cc) Würdigung und offene Rechtsfragen 305
dd) Nachwirkungen 306

4. ISU's Eligibility Rules 308
a) Sachverhalt 308
b) Bewertung der Entscheidungsgründe 308
c) Erfolglose Interventionsbemühungen des Sports 310

5. Keine Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters und wirtschaftliche Betätigung von Sportverbänden 312
a) Meinungsstand und Rechtsauffassung der EU-Kommission 312

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Rein sportlicher Charakter von Verbandsregelungen regelmäßig reine Fiktion 314
c) Ausübung des Sports als Teil des Wirtschaftslebens – ein entbehrlicher Prüfungspunkt 315
d) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen 316

6. Bestimmung des relevanten Marktes im Sport 317
a) Grundlagen 317
b) Sportveranstaltung als Plattform im Sinne der Kartellrechtsökonomik? 321
aa) Ausgangslage 321
bb) Plattform und indirekte Netzwerkeffekte 321
cc) Indirekte Netzwerkeffekte bei Sportveranstaltungen 322
dd) Auswirkungen auf die Bestimmung des relevanten Marktes 327

7. Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes auf einem relevanten Markt 328
a) Unternehmen und Unternehmensvereinigung 328
b) Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes 330
aa) Meinungsstand 330
(1) Ausgangsproblematik 330
(2) Hypothetischer Beispielsfall 330
(3) Schrifttum 332
(4) Judikatur 333
bb) Würdigung 334

8. Entstehungsgeschichte des *Meca-Medina (und Majcen)*-Tests (Drei-Stufen-Tests) bei der Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV 337
a) Wouters 337
b) Übertragung von *Wouters* auf von Sportverbänden erlassene Statuten in *Meca-Medina und Majcen* 339
c) Kritik an der Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte 341
aa) Kritische Stimmen im Schrifttum 341
bb) Ansatz der Praxis 342
cc) Bewertung der Kritikpunkte 343
d) Würdigung 345
e) Ausmaß der Konvergenz von Grundfreiheiten und Art. 101, 102 AEUV 347

9. *Meca-Medina (und Majcen)*-Test (Drei-Stufen-Test) 349

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Allgemeines 349
aa) *Meca-Medina (und Majcen)*-Test (Drei-Stufen-Test) im deutschen Schrifttum 349
bb) Rechtsnatur und Terminologie 351
cc) Anwendungsbereich 354
dd) Unmöglichkeit einer trennscharfen Abgrenzung der Prüfungsschritte 356
b) Erste Stufe: Legitime Zielsetzung und kohärente Zielverfolgung 356
aa) Ausgangspunkt: Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports 357
bb) Ansatz der EU-Kommission 360
cc) Arten denkbarer legitimer Zielsetzungen 360
(1) Ausgangspunkt: Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports 361
(2) „the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes“ 364
(3) „the ensuring of uncertainty of results“ 366
(4) „the protection of the athletes' health“ 368
(5) „the protection of the safety of spectators“ 369
(6) „the encouragement of training of young athletes“ 370
(7) „the ensuring of financial stability of sport clubs/teams“ 371
(8) „the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (‚the rules of the game')“ 372
(9) Gewährleistung einer *competitive balance* als sonstige denkbare legitime Zielsetzung? 373
i. Was ist eine *competitive balance*? 373
ii. Meinungsstand zur *competitive balance* 375
iii. Wird das Ziel einer *competitive balance* in den deutschen Fußballbundesligen verfolgt? 379
iv. Fazit 382
(10) Weitere denkbare legitime Zielsetzungen 383
(11) Verfolgung wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen? 386
dd) Von EuG, EU-Kommission und BKartA im Einzelfall nicht als legitim eingestufte Zielsetzungen 391
ee) Festlegung des Schutzniveaus 393
ff) Risikobewertung 396
gg) Legitimität der Zielsetzung bei kohärenter und stringenter Zielverfolgung 398
(1) Ausgansproblematik 398
(2) Judikatur und Kartellbehörden 399
(3) Dogmatische Einordnung 402

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Praktische Hinweise 403
(5) Zwischenfazit 404
c) Zweite Stufe: Notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele 405
d) Dritte Stufe: Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die legitimen Ziele 406
aa) Geeignetheit 407
bb) Erforderlichkeit 409
(1) Denkbare Alternativmaßnahmen 410
(2) Geeignetheit der Alternativmaßnahme(n) 412
(3) Vergleich der Wirkungsgrade 412
(4) Vergleich der Eingriffsintensität 413
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 415
dd) Folgenabschätzung? 418
e) Ermessensspielraum der Sportverbände und Beweislastverteilung im Überblick 419
aa) Gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum versus gerichtsfeste Einschätzungsprärogative 419
bb) Reichweite des Sportverbänden zustehenden Ermessensspielraums 422
(1) Bewertung des Meinungsstands im Schrifttum 422
(2) Eigener Ansatz 425
cc) Beweislastverteilung 426
f) Würdigung 427
aa) Bewertung des Meinungsstands 427
bb) Fazit 433
g) Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zum Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV 436
aa) Vorrangige Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests neben Art. 101 Abs. 3 AEUV 436
bb) Würdigung der Gegenauffassungen 437
h) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen 441
i) Praktische Hinweise 442

VII. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 102 AEUV 447

1. Relevante Märkte im Sportbereich 447

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Marktbeherrschung 448
a) Grundlagen 448
b) Märkte für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen 450
c) Angrenzende Märkte 452

3. Kollektive Marktbeherrschung 453
a) Problematik und rechtliche Ausgangslage 453
b) Meinungsstand 455
c) Würdigung 458

4. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung 461
a) Grundlagen 461
b) Berücksichtigungsfähigkeit des Verhaltens eines Sportverbandes auf angrenzenden Märkten? 463
c) Besonderheiten bei Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung 465
d) Drittmarktbehinderung 466
e) Würdigung 467

5. Grundproblematik: Sportverbände als Verwalter und zugleich Vermarkter 468
a) Rechtliche Vorgaben des EuGH in der Rechtssache *MOTOE* 468
b) Meinungsstand: (Kein) Zwang zur rechtlichen Trennung von Verwaltung und Vermarktung? 469
c) Würdigung und Vorstellung eines Lösungsansatzes 472

6. Rechtfertigungsmöglichkeiten und Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests 474

VIII. Auswirkungen von Art. 165 AEUV auf die Verbandsautonomie im Sport und die Rechtsanwendung 477

1. Vorüberlegungen 477

2. Rechtliche Ausschlussdiagnose 478

3. Rechtlicher Befund 480

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IX. Flucht des Ligasports aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts mithilfe der *single entity doctrine* – Theorie und Praxis 483

1. Theorie: *single entity doctrine* als kartellrechtliches Konzernprivileg ... 483

2. Praxis: Gescheiterte Fluchtversuche des U.S.-amerikanischen Ligasports 485
   a) Major League Soccer als *single entity*? 485
   b) Gemeinschaftsunternehmen sämtlicher Mitglieder der National Football League als *single entity*? 487
   c) Exkurs: Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen im U.S.-amerikanischen Sportkartellrecht 491

3. Rechtliche Würdigung 494

X. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die Judikatur 497

1. EuGH 497

2. EFTA-Gerichtshof 499

3. EGMR 501

4. Deutsche staatliche Gerichte im Allgemeinen 503
   a) Inhalts- und Ausübungskontrolle hinsichtlich verbandsgerichtlicher Entscheidungen 503
   b) Aufhebungsverfahren sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren bezüglich Entscheidungen von Sportschiedsgerichten 505

5. BGH 506
   a) Pechstein 506
   b) SV Wilhelmshaven 509

6. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen 511
   a) 50+1-Regel 511

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Verschuldensunabhängige Haftung von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen gem. § 9a DFB-RuVO 515

7. Fazit 517

XI. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch Kartellbehörden 523

1. Europäische Kommission 523
   a) ENIC/UEFA 523
   b) ISU's Eligibility Rules 524

2. Weißbuch Sport und Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context" 526
   a) Allgemeines 526
   b) Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit geringem kartellrechtlichem Konfliktpotential 526
   c) Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit erhöhtem kartellrechtlichem Konfliktpotential 528
   d) Zwischenfazit 529

3. Bundeskartellamt 530
   a) Zentralvermarktung 530
   b) Regel 40 Olympische Charta 534

4. Fazit 535

XII. Grenzen der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten 539

1. Ausgangsproblematik 539

2. Beispiele einer Normsetzung durch Sportverbände mit beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten 542
   a) Verbandsstatuten mit (un)absichtlich mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten 542
   b) Verbandsstatuten mit absichtlich unmittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten 545

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden gegenüber verbandsunabhängigen Dritten 545

4. Reichweite der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten 546
   a) Meinungsstand 546
      aa) BVerfG 546
      bb) Zivilgerichte 548
      cc) EuG, EU-Kommission und BKartA 549
      dd) Schrifttum 549
      ee) Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" (*Steiner*) 550
   b) Würdigung 553
      aa) Vorzugswürdigkeit des Ansatzes des BVerfG und der vorherrschen Auffassung im Schrifttum 553
      bb) Keine Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" (*Steiner*) 554
      cc) Eigener Ansatz 555

5. Inhalts- und Ausübungskontrolle 557
   a) Kartellrechtlicher Maßstab 557
   b) Meinungsstand 558
      aa) EuG, EU-Kommission, BKartA 558
      bb) Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen 559
      cc) Differenzierung nach verbandsinternen und verbandsexternen Sachverhalten 559
   c) Würdigung 560

6. Fazit 561

XIII. Auswirkungen der rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Sport – Praxisbeispiele 563

1. Ausgewählte Prüfungsaspekte zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit von verschiedenen Maßnahmen der Sports Governance mit Art. 101, 102 AEUV 563
   a) Vorbemerkung: Bedeutung der „richtigen" Fragen 563

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Unmöglichkeit der Anfertigung einer Weißen Liste, Schwarzen Liste und Grauen Liste – stattdessen Einzelfallentscheidungen 565
aa) Gründe 565
bb) Konsequenzen für Sportverbände 566
cc) Kartellrecht als Angstgegner der Sportverbände gleichwohl beherrschbar 567
c) Prüfungsaspekte 568
aa) Vorrangige Prüfung von Art. 101 AEUV oder von Art. 102 AEUV anhand vorläufiger praktischer Erwägungen? 568
bb) Untrennbare Verbindung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs als Voraussetzung für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests? ... 571
cc) Vorliegen einer mittelbar beschränkenden Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten und Auswirkungen auf den Ermessensspielraum der Sportverbände sowie die gerichtliche Kontrolldichte? 571
dd) Vorliegen der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests? 572
d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift mit Art. 101, 102 AEUV 575

2. Europäisches Sportmodell 575
a) Position der EU-Kommission 575
b) Würdigung der tatsächlichen und angeblichen Charakteristika 578
c) Offenheit der Sportligen für neue Mitglieder 581
d) Vertikale und horizontale Solidarität 583
aa) Vertikale Solidarität zwischen verschiedenen Verbandsebenen 583
bb) Vertikale Solidarität zwischen einem privaten Sportveranstalter und einem Sportverband 585
cc) Vertikale Solidarität zwischen einem Athleten und einem Sportverband 587
dd) Horizontale Solidarität zwischen Ligamitgliedern 587
e) Fazit: Kein Bestandsschutz für europäisches Sportmodell 587

3. Monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen 590
a) Ausgangsproblematik 590
b) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 591
c) Zentrale Rechtsfragen 592
d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV ... 593

4. Zugangsbeschränkungen 594

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen 594
aa) Ausgangsproblematik 594
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 599
cc) Zentrale Rechtsfragen 600
(1) Wettbewerbsbeschränkung 601
(2) Umsetzung von Genehmigungsvorbehalten sowie Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten .. 602
(3) Legitime Zielsetzungen 603
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 606
b) Gründung von neuen Sportligen mit (teilweise) geschlossenem oder offenem Teilnehmerfeld 606
aa) Ausgangsproblematik 606
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung) 612
cc) Zentrale Rechtsfragen 612
(1) Vereinbarkeit geschlossener Sportligen mit Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV 612
(2) Weitere Rechtsfragen 613
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 615
c) Nominierungsverfahren für einen Sportwettbewerb 620
aa) Ausgangsproblematik 620
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 621
cc) Zentrale Rechtsfragen 622
(1) Vertraglicher und/oder kartellrechtlicher Ansatz 622
(2) Objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes Nominierungsverfahren? 623
(3) Rechtmäßigkeitskontrolle von Nominierungskriterien 624
(4) Sportliche Nominierungskriterien 625
(5) Objektive Nominierungskriterien 625
(6) Subjektive Nominierungskriterien 626
(7) Sonstige Nominierungskriterien 629
(8) Darlegungslast 629
(9) Ermessensspielraum des nominierenden Sportverbandes .. 630
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV oder mit §§ 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB 631
d) Geschlechtsbezogene Zugangsbeschränkungen zu einem Sportwettbewerb 632
aa) Ausgangsproblematik – Der Fall *Caster Semenya* 632
(1) Anfänglicher Verfahrensablauf 632

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Schiedsspruch des CAS vom 30.4.2019 im Verfahren *Semenya/IAAF* 633
(3) Fortgang des Verfahrens 634
(4) Weiteres Vorgehen 635
bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung des CAS im Lichte des *Meca-Medina*-Tests 635

5. Organisation einer Sportliga 638
a) UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay 638
aa) Ausgangsproblematik 638
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 641
cc) Zentrale Rechtsfragen 642
(1) Wettbewerbsbeschränkung 642
(2) *Meca-Medina*-Test oder Art. 101 Abs. 3 AEUV? 644
(3) Legitime Zielsetzung 645
(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung 647
(5) Inhärenz 648
(6) Verhältnismäßigkeit 648
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 649
b) Lizenzierungsverfahren im deutschen Fußball 651
aa) Ausgangsproblematik 651
(1) Feststellungen der EU-Kommission 651
(2) Nationale Umsetzung durch DFL-Lizenzierungsordnung 652
(3) Rechtliche Schranken und Prüfungsmaßstab 655
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung), zentrale Rechtsfragen und Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 655
cc) Herausforderungen für die Gestaltung von Lizenzierungsvoraussetzungen aus sportökonomischer Perspektive 656
(1) Ausgangslage 656
(2) Herstellung des Produkts Ligasport 657
(3) Erlösquellen der Ligamitglieder und derzeitige Umverteilung der Erlöse 657
(4) Positionierung der Liga und Ligamitglieder zur Verfolgung des Ziels einer *competitive balance* – wirtschaftlicher Erfolg versus sportlicher Erfolg 661

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Relegationsmodell und Qualifikation für internationale Ligawettbewerbe als Auslöser von „Rattenrennen“ zwischen den Ligamitgliedern 663
(6) Risiko von Überinvestitionen durch Ligamitglieder 665
(7) Maximierung des sportlichen Erfolgs der Ligamitglieder unter der Nebenbedingung der Aufrechterhaltung eines finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts 666
(8) Nachhaltigkeitsstrategien der Ligamitglieder versus Verwirklichung kurzfristiger Entwicklungssprünge 666
(9) Rücklagenbildung der Ligamitglieder: Verein versus Kapitalgesellschaft 667
(10) Eigenkapital versus Fremdkapital bei der Liga und bei Ligamitgliedern 667
(11) Interessen der Ligamitglieder versus Ligainteressen 669
(12) Begrenzte Geeignetheit rein nationaler Regulierungen einer Liga 673
(13) Konsequenzen für die Gestaltung von Lizenzierungsvoraussetzungen 674
c) 50+1-Regel im deutschen Fußball 678
aa) Ausgangsproblematik 678
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 681
cc) Zentrale Rechtsfragen 683
(1) Wettbewerbsbeschränkung 683
(2) Legitime Zielsetzung 683
(3) Kohärente und stringente Zielverfolgung 688
(4) Inhärenz 694
(5) Verhältnismäßigkeit 695
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 696
d) Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs (*Multi-Ownership*) 697
aa) Ausgangsproblematik 697
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 700
cc) Zentrale Rechtsfragen 701
(1) Wettbewerbsbeschränkung und legitime Zielsetzung 701
(2) Kohärente und stringente Zielverfolgung 702
(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 703
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 704
e) Terminkollisionen 705
aa) Ausgangsproblematik 705

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Nebeneinander von Sportligen und -turnieren auf drei regionalen Ebenen (Welt, Kontinent, Land) 705
(2) Wettbewerb zwischen Monopolisten?! 706
(3) Systemimmanente Gefahr von Interessenkonflikten 709
(4) Rahmenterminkalender 712
(5) Ausnahmen von der Einhaltung eines abgestimmten Terminkalenders 713
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 715
cc) Zentrale Rechtsfragen 716
(1) Wettbewerbsbeschränkung 716
(2) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 717
(3) Legitime Zielsetzung 719
(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung, Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 720
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 720
f) Einführung von Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga 720
aa) Ausgangsproblematik 720
(1) Auslöser der aktuellen Diskussion 720
(2) Arten von Gehaltsobergrenzen 724
(3) Gehaltsobergrenzen als Mittel zur Gewährleistung einer *competitive balance*? 724
i. *Competitive balance* im (Fußball-)Ligasport 724
ii. Anstreben einer *competitive balance* in den nordamerikanischen Major Leagues 726
iii. Übertragbarkeit auf europäische Fußballligen 727
iv. Zwischenfazit 728
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 729
cc) Zentrale Rechtsfragen 731
(1) Festlegung von Gehaltsobergrenzen in einem Tarifvertrag 732
(2) Wettbewerbsbeschränkung 733
(3) Verfolgung eines legitimen Ziels 734
i. Einsparung von Personalkosten 734
ii. Förderung der Chancengleichheit innerhalb einer Sportliga 735
iii. Weitere Zielsetzungen 737
iv. Zwischenfazit 738
(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung, Inhärenz und Geeignetheit 738
(5) Verhältnismäßigkeit 741
(6) Art. 101 Abs. 3 AEUV 743

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(7) Art. 102 AEUV 745
(8) Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV 747
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 749
g) Verschuldensunabhängige Haftung (*strict liability*) für Zuschauerausschreitungen ohne/mit Regressmodell 750
aa) Ausgangsproblematik 750
(1) Rechtliche Grundlagen 750
(2) Diskussionsstand 752
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung) 753
cc) Zentrale Rechtsfragen 755
(1) Rechtlicher Prüfungsmaßstab 755
(2) Kohärente und stringente Verfolgung einer legitimen Zielsetzung 756
(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 756
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/ Art. 101, 102 AEUV 758
h) Informationsaustausch oder Kooperationen zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportgeschehen Beteiligten 759
aa) Ausgangsproblematik 759
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung) 759
cc) Zentrale Rechtsfragen 761
(1) Beispielsfall 761
(2) Miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen 761
(3) Marktinformationssysteme 764
(4) Rechtfertigungsmöglichkeiten 766
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/ Art. 101, 102 AEUV 767
i) Vorzeitige Beendigung einer Spielzeit 768
aa) Ausgangsproblematik 768
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung) 768
cc) Zentrale Rechtsfragen 770
(1) Zivilrechtliche Prüfungsmaßstäbe, Prüfungsumfang und Konkurrenzverhältnis 770
(2) Anwendbarkeit des Kartellrechts 772
(3) Legitime Zielsetzung 774
(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung 775
(5) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 776
(6) Darlegungs- und Beweislast 776

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(7) Zwischenfazit 777
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/ Art. 101, 102 AEUV 778

6. Überlassung von Spielern 778
a) Spielertransfers 778
aa) Ausgangsproblematik 778
(1) Transfervorschriften nach Abschluss des *Bosman*-Verfahrens 778
(2) Position der EU-Kommission 780
(3) Beschwerde der FIFPro gegen FIFA-Transfersystem bei der EU-Kommission und (einstweilige) Konfliktlösung 781
(4) Weiteres Vorgehen 783
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 784
cc) Zentrale Rechtsfragen 786
(1) Wettbewerbsbeschränkung 786
(2) Legitime Zielsetzung 786
(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 789
i. Öffnen der Schere zwischen „armen“ und „reichen“ Fußballclubs trotz Transfersystems 789
ii. Solidarfondsmodell 790
iii. Würdigung der Kritik am Solidarfondsmodell 791
iv. Nachwuchsförderung 793
(4) Art. 101 Abs. 3 AEUV 793
(5) Art. 102 AEUV 793
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 794
b) Abstellungsgebühren und sonstige Abstellungsbedingungen für Nationalspieler 794
aa) Ausgangsproblematik 794
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 797
cc) Zentrale Rechtsfragen 798
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 800
c) Spielervermittlerreglement 800
aa) Ausgangsproblematik 800
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 803
cc) Zentrale Rechtsfragen 806
(1) Regelungsbefugnis der Fußballverbände und deren Reichweite 806
(2) Wettbewerbsbeschränkung 809

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Legitime Zielsetzung 810
(4) Exkurs: Pflicht der Spielervermittler zur Vergütung der von ihnen genutzten Vorleistungen der Fußballverbände? 813
(5) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 815
(6) Art. 101 Abs. 3 AEUV 815
(7) Art. 102 AEUV 818
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 818
d) *Third-Party-Ownerships* 819
aa) Ausgangsproblematik 819
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 822
cc) Zentrale Rechtsfragen 823
(1) Meinungsstand 823
(2) Wettbewerbsbeschränkung 825
(3) Stringente und kohärente Verfolgung legitimer Ziele 826
(4) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 829
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 830

7. Vermarktungsbeschränkungen 831
a) Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster 831
aa) Ausgangsproblematik 831
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 833
cc) Zentrale Rechtsfragen 836
(1) Abgrenzung des relevanten Marktes 836
(2) Wettbewerbsbeschränkung 839
(3) Spürbarkeit 840
(4) Marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes 840
(5) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 841
(6) *Meca-Medina*-Test und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten 842
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 843
b) Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern ... 844
aa) Ausgangsproblematik 844
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 847
cc) Zentrale Rechtsfragen 849
(1) Abgrenzung des relevanten Marktes 849
(2) Wettbewerbsbeschränkung 850
(3) Spürbarkeit 851
(4) Marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes 852

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 853
(6) Stringente und kohärente Verfolgung legitimer Ziele 854
(7) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit 858
(8) Art. 101 Abs. 3 AEUV und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten 858
(9) Beteiligung der Sportler an den Vermarktungserlösen des Verbandes 859
i. Ausgangssituation 859
ii. Eigener Ansatz 861
iii. Forderungen der Athleten nach pauschaler Beteiligung an den Vermarktungserlösen eines Sportverbandes 863
iv. Mitspracherechte der Athleten 864
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 865
c) Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen 866
aa) Ausgangsproblematik 866
(1) Wirtschaftliche Ziele der Zentralvermarktung im Ligasport 866
(2) Deregulierung und technische Entwicklung 869
i. Dynamische tatsächliche und kartellrechtliche Entwicklungen 869
ii. Entwicklung bis in die 1980er Jahre 869
iii. Entwicklung seit den 1980er Jahren bis heute 870
iv. Wandel der Zuschauerpräferenzen und Reaktionen der Medienanbieter 871
v. Rolle des BKartA 873
(3) Entwicklung des Ligasports im Fußball 873
(4) Rechtliche Entwicklung 875
(5) Weiteres Vorgehen 877
bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 877
cc) Zentrale Rechtsfragen 879
(1) Inhaber der Übertragungsrechte 879
(2) Abgrenzung der relevanten Märkte (insbesondere Rechtemarkt und Übertragungsmarkt) 881
i. Vorbemerkungen 881
ii. Unterscheidung zwischen Rechtemarkt (*upstream market*) und Übertragungsmarkt (*downstream transmission market*) 882
iii. Sachlich relevanter Rechtemarkt 883
iv. Sachlich relevanter Übertragungsmarkt 884

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

v. Geografisch relevanter Rechte- und Übertragungsmarkt 886
(3) Wettbewerbsbeschränkung – kartellrechtliche Anknüpfungspunkte 886
i. Beschluss der Ligamitglieder über Zentralvermarktung von Übertragungsrechten als horizontale Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV) 887
ii. Vermarktungsvertrag auf dem Rechtemarkt als potentielle vertikale Wettbewerbsbeschränkung (z.B. bei Verwendung von Exklusivitätsklauseln) 889
iii. Potentiell missbräuchliche Durchsetzung der Vermarktungsbedingungen auf dem Rechtemarkt (Art. 102 AEUV, § 19 GWB) 893
iv. Ausschließliche Vergabe territorial begrenzter Lizenzen als horizontale Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV) 894
(4) Rechtfertigung einer Zentralvermarktung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Wandel der Zeit 896
(5) Keine Alternativlosigkeit der Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten im Ligasport 902
i. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage 902
ii. Sports Broadcasting Act 904
(6) Stellenwert der Ziele einer finanziellen Solidarität und/oder einer *competitive balance* im Ligasport auf der Rechtfertigungsebene 906
i. EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA 906
ii. Weißbuch Sport und Begleitdokument aus dem Jahr 2007 907
iii. Aspekt der finanziellen Solidarität bei Art. 101 Abs. 3 AEUV 911
iv. Aspekt der *competitive balance* bei Art. 101 Abs. 3 AEUV 913
(7) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Grundlagen für Effizienzerwägungen 915
i. Effizienzvorteile im Wandel der Zeit 915
ii. Prüfungsmaßstab 917
iii. Prüfungsumfang 918

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(8) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Medienrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt 919
i. Rechtliche Ausgangslage für weiteren Erwägungen 919
ii. Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt und auf dem Übertragungsmarkt nach dem derzeitigen Zentralvermarktungsmodell 921
iii. Auswirkungen des modifizierten Zentralvermarktungsmodells auf Endkunden der Gruppen 1 und 2, Rechteinhaber und Medienanbieter 923
iv. Auswirkungen des modifizierten Zentralvermarktungsmodells auf Endkunden der Gruppen 3 und 4 927
(9) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Medienrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt 928
i. Rechtliche Ausgangslage für die weiteren Erwägungen 928
ii. Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt nach dem derzeitigen Zentralvermarktungsmodell 930
iii. Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt nach dem modifizierten Zentralvermarktungsmodell 932
(10) Möglichkeiten für eine weitere Intensivierung des Wettbewerbs 933
i. Rechtliche Ausgangslage 933
ii. Denkbare Maßnahmen 934
iii. Ökonomische Auswirkungen einer Intensivierung des Wettbewerbs 935
iv. Umsetzung neuer zusätzlicher Wettbewerbselemente 937
(11) Art. 102 AEUV 939
dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV 942

8. Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des Court of Arbitration for Sport 943
a) Ausgangslage und weiteres Vorgehen 943

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ansätze der Kartellbehörden 944
aa) EU-Kommission und EuG im Verfahren *ISU's Eligibility Rules* 944
bb) BKartA im Verfahren *Rule 40 Bye-Law 3 OC* 951
cc) Würdigung 955
c) Fazit 957

9. Schiedsvereinbarungen zum Court of Arbitration for Sport 958
a) Rechtliche Ausgangslage 958
aa) Schiedsvereinbarungsstatut 958
bb) Rechtliche Ansätze der EU-Kommission 960
cc) Rechtlicher Ansatz des BKartA 961
dd) Dilemma für Schiedsrichter 962
b) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung) 963
c) Zentrale Rechtsfragen 964
aa) Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes 964
bb) Abgrenzung des relevanten Marktes 965
cc) Art. 101 AEUV 965
dd) Art. 102 AEUV 966
ee) *Meca-Medina*-Test und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten 968
d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV ... 969

XIV. Schlussbetrachtung 971

Vorbemerkungen 971

Abschnitt II.: Was macht den Sport besonders für die Rechtsanwendung? 973

Abschnitt III.: Verbandsautonomie 974

Abschnitt IV.: Verbandsseitige Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport 975

Abschnitt V.: Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäische Grundfreiheiten 976

Abschnitt VI.: Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 101 Abs. 1 AEUV 976

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschnitt VII.: Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäisches Kartellrecht – Art. 102 AEUV 981

Abschnitt VIII.: Auswirkungen von Art. 165 AEUV auf die Verbandsautonomie im Sport und die Rechtsanwendung 982

Abschnitt IX.: Flucht des Ligasports aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts mithilfe der *single entity doctrine* – Theorie und Praxis 982

Abschnitt X.: Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die Judikatur 983

Abschnitt XI.: Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch Kartellbehörden 983

Abschnitt XII.: Grenzen der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten 984

Abschnitt XIII.: Auswirkungen der rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie auf die Sports Governance 985

Abschließende Bewertung der Verbandsautonomie im Sport 986

Zu guter Letzt 990

Literaturverzeichnis 993

Stichwortverzeichnis 1033

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Einleitung

Im Dezember 2019 reiften in mir die ersten Ideen, welchem wissenschaftlichen Betätigungsfeld ich mich denn im Sommersemester 2020, meinem seinerzeit unmittelbar bevorstehenden Forschungsfreisemester, zuwenden könne. Dabei trat ich nach geraumer Zeit dem Gedanken näher, eine zentrale Rechtsproblematik aufzugreifen und zu vertiefen, die sich zuvor wie ein „roter Faden" durch meine bislang rund fünfundzwanzigjährige Lehr- und Forschungstätigkeit sowie meine Aktivitäten in der Sportverbands- und Sportschiedsgerichtsbarkeit sowie Rechtsberatung im Bereich des Sportrechts gezogen hatte. Nahezu alle rechtlichen Problemstellungen mit Bezug zum Sportsektor, denen ich mich bislang zugewendet habe, lassen sich auf die folgende Frage reduzieren: Überschreitet das von einem Sportverband ausgehende Verhalten, welches ebenso regelmäßig wie reflexartig durch Verweis auf die – hierzulande durch Art. 9 Abs. 1 GG – rechtlich abgesicherte Verbandsautonomie gestützt wird, die Grenzen, die der Verbandsautonomie durch staatliches oder supranationales Recht gesetzt werden? Diese Frage ist, auch wenn sie selten explizit gestellt wird, inzwischen anhand sehr zahlreicher sportbezogener Rechtsprobleme „durchdekliniert" worden, wovon allein im deutschen Sprachraum neben der einschlägigen Rechtsprechung hunderte sportrechtlicher Dissertationen, eine sicherlich fünfstellige Anzahl an Fachaufsätzen und Beiträgen in Festschriften und in Tagungs- oder anderen Sammelbänden sowie – zuletzt deutlich zunehmend – einschlägige Handbücher zeugen. Überraschenderweise ist aber – zumindest im deutschen sportrechtlichen Schrifttum – in den letzten Jahren[1] nicht der Versuch unternommen worden, die zuvor skizzierte Fragestellung losgelöst von rechtlichen Einzelproblemen in einem größeren Kontext darzustellen und zu analysieren. Diese Lücke soll(te) mit diesem Werk geschlossen werden. 1

Den Ausgangspunkt bildet der Rechtsterminus Verbandsautonomie. Das Wort Autonomie leitet sich aus dem Altgriechischen ab und setzt sich aus den Begriffen „αὐτός *autós*", gleichbedeutend mit „selbst", und „νόμος *nómos*" zusammen, was mit „Gesetz" zu übersetzen ist. Den Begriff „αὐτονομία *autonomía*", kann man demzufolge mit „Eigengesetzlichkeit" oder auch etwas freier mit „Selbstständigkeit" beschreiben. Er bezeichnet einen Zustand der Selbstbestimmung und Unabhängigkeit, wodurch den hiermit Ausgestatteten – vorliegend also Sportverbänden – die Möglichkeit zur Selbstverwaltung sowie eine Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden. Der sprachliche Ursprung des 2

1 Die Dissertation von *Baecker* zu den „Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen" wurde im Jahr 1985 veröffentlicht, wohingegen die im vorliegenden Werk zu analysierenden Rechtsentwicklungen insb. zu den europäischen Grundfreiheiten und zum europäischen Kartellrecht (→ V. Rn. 1 ff., VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff. und XII. Rn. 1 ff.) sowie zu den einzelnen Problemfeldern der Sports Governance (→ XIII. Rn. 1 ff.) überwiegend erst später aufgetreten sind.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Begriffs „Verbandsautonomie“ war also bald ermittelt, die Planungen für die Monographie nahmen Fahrt auf.

3 Die erste Euphorie wurde jäh unterbrochen, als ich in einer überregionalen Tageszeitung folgende Überschrift las:[2]

> „Die Autonomie des Sports ist ein absurdes Sonderrecht – und gehört abgeschafft“

Die Lektüre des folgenden Zeitungsartikels ließ keinen Zweifel daran aufkommen, dass der für seine investigativen Berichte bekannte Sportjournalist *Thomas Kistner* seine Aussage ernst meinte.[3] Würde ich mich also womöglich in meinem geplanten Werk zur Verbandsautonomie im Sport mit einer Todgeweihten beschäftigen? Nicht noch einmal! Dies war mir nämlich in den späten 1980er Jahren bereits in der Gießener Dissertation einmal gelungen, ohne dass das baldige juristische Ableben meines seinerzeitigen Forschungsgegenstands[4] damals absehbar gewesen wäre.[5] Mit der Verbandsautonomie als Teil der Geschichte des Sportrechts wollte (und will) ich mich indes nicht schwerpunktmäßig befassen, dieses Feld überlasse ich den Experten.[6] Trotz intensiver Recherchen wollte es mir in der Folge aber nicht gelingen, einen belastbaren Nachweis dafür zu finden, dass hierzulande ernsthafte Bestrebungen verfolgt würden, unter Außerachtlassung der Ewigkeitsgarantie gem. Art. 79 Abs. 3 GG Hand an die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG anzulegen. Der Sportredakteur musste beim Verfassen seines Artikels die rechtlichen Grundlagen der Problematik außer Acht gelassen oder zumindest vernachlässigt haben – ein beim Blick durch die Sport- und Wirtschaftsteile auch überregionaler Tageszeitungen nicht selten zu beobachtendes Phänomen. Rechtlich unmögliche Eingriffe in das Grundgesetz durch Streichung von Art. 9 Abs. 1 GG waren aber auch in der kurz darauf einsetzenden und bis heute (Stand: 7.2.2022) fortdauernden COVID-19- Pandemie nicht zu erwarten. Ich war beruhigt und setzte meine Planungen fort.

4 Die Autonomie im Sport ermöglicht den Verbänden, eigenverantwortlich Regeln für den sportlichen Wettbewerb selbst (sog. Spielregeln), aber auch für das organisatorische Umfeld (neudeutsch: Sports Governance) aufzustellen.[7] Diesen Verbandsstatuten sind die verbandsangehörigen unmittelbaren Mitglieder, regelmäßig aber auch die mittelbaren Mitglieder, d.h. die Mitglieder der unmittelbaren Verbandsmitglieder und wiederum deren (un)mittelbare Mitglieder etc., unterworfen.[8] In den letzten Jahren sind Sportverbände sogar dazu übergangen,

2 *Kistner* SZ v. 10.12.2019.
3 Zur Würdigung dieses Zitats aus rechtlicher Perspektive → XIV. Rn. 46–51.
4 *Heermann*, Handelsüblichkeit von Zugaben, 1989.
5 Zur Aufhebung der ZugabeVO s. stellvertr. MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann*, 1. Aufl. 2006, § 4 Nr. 1 UWG (2004) Rn. 354 ff.
6 S. etwa *Hilpert*, Die Geschichte des Sportrechts.
7 → III. Rn. 1–32.
8 → IV. Rn. 4–68.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihre Regelungsgewalt auf verbandsunabhängige Dritte[9] wie etwa im Fußball auf Spielervermittler[10] zu erstrecken, die – vorsichtig formuliert – aus verschiedenen Gründen bei Fußballfunktionären nicht in höchstem Ansehen stehen.

„Regeln lenken den weisen Mann. Der Dummkopf befolgt sie."

So lautet die nüchterne, hier nicht zu kommentierende Einschätzung des irischen Lyrikers, Dramatikers und Bühnenautors *Oscar Wilde* (1854–1900). Es scheint, als gebe es im Kreis der den Sportverbandsregeln unterworfenen natürlichen und juristischen Personen seit jeher viele „weise Männer" und selbstverständlich auch weise Frauen,[11] die die Verbandsregeln nicht durchgängig in der Weise beachten und umsetzen, wie es den Normgebern vorgeschwebt haben mag. Kurzum: Auch im Mikrokosmos des Sports können verbandsinterne rechtliche Streitigkeiten nicht ausgeschlossen werden, ganz im Gegenteil treten solche Verfahren sogar in großer Zahl auf.

Die Herangehensweise vieler Sportverbände ist bei der Regelsetzung einerseits und bei der – wenn nicht mehr anders möglich: gerichtlichen – Regeldurchsetzung andererseits durch höchst unterschiedliche Taktiken geprägt: 5

– Mit größtmöglicher Genauigkeit und Akribie versuchen Sportverbände bei der Ausübung insbesondere des professionellen Sports gleiche Bedingungen hinsichtlich der Einhaltung der Spielregeln durch Athleten oder Mannschaften zu gewährleisten. Dies ist aus Gründen der Gleichbehandlung und Chancengleichheit im Grundsatz zu begrüßen.[12] So wird inzwischen in einigen Sportarten über Sieg und Platzierung durch eine Zeitmessung im Bereich der Hundertstel- oder gar Tausendstelsekunden entschieden. Bei Zeitgleichheit werden anhand von Zielfotos Entscheidungen im Millimeterbereich möglich. Für das menschliche Auge beim Betrachten eines Fußballspiels nicht mehr wahrnehmbare Abseitsstellungen werden von hochspezialisierten Videoassistenten mit Hilfe von Superzeitlupen aus unterschiedlichen Perspektiven und kalibrierten Linien entlarvt. Ein sog. Wembley-Tor wie einst am 30.7.1966 könnte heute infolge des Einsatzes spezieller Torlinienkameratechnik nicht mehr fallen – die höheren Semester werden sich noch erinnern. Denn mit wissenschaftlicher Akkuratesse könnte heutzutage die Frage „Drin oder nicht drin?" ohne den Hauch eines Zweifels beantwortet werden. Und ein Schieds- 6

9 → XII. Rn. 1 ff.
10 → XIII. Rn. 548–591.
11 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden stets das generische Maskulinum verwendet. Selbstverständlich sind damit sodann Sportlerinnen und Sportler, Athletinnen und Athleten, (Schieds-)Richterinnen und (Schieds-)Richter, Sportfunktionärinnen und Sportfunktionäre sowie weiblich (leider noch zu selten) und männlich geführte Sportverbände, -vereine und -clubs gleichermaßen gemeint.
12 Hierzu → VI. Rn. 196–199.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richter aus der „Sportrechts-Weltmacht Schweiz“[13] müsste nicht mehr in englischer Sprache bei einem Linienrichter aus der damaligen Sowjetunion nachfragen, der seinerzeit zum einen aus mindestens 30 m Entfernung den Torschuss verfolgte und zum anderen zwar nicht der englischen, dafür aber praktischerweise der aserbaidschanischen und russischen Sprache mächtig war. Nichts scheint den Sportverbänden zu aufwändig und teuer, damit die Sportregeln in sämtlichen Sportarenen für alle Wettkämpfer gleichermaßen gelten. Schon die in den 40er und 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zunächst in Duisburg, später auch in Münster und Dortmund kickende Fußballspielerikone *Alfred „Adi“ Preißler* hatte es anscheinend vorhergesehen:

„Grau ist alle Theorie – entscheidend is auf’m Platz.“

7 – Aber auch den Aktivitäten außerhalb des Spielfelds und der Sportarenen – also „nich auf’m Platz“ – kommt inzwischen eine zunehmende Bedeutung zu. Wenn nämlich am berühmten „grünen Tisch“ (der zumeist gar nicht in grüner Farbe gestaltet ist) vor Verbands- und Sportschiedsgerichten in einem juristischen Wettkampf zwischen einem Athleten oder Sportclub auf der einen Seite und den Hütern des Sportregel-Grals auf der anderen Seite Entscheidungen zu treffen sind, bemühen sich Sportverbände mit deutlich geringerem Ehrgeiz um die Gewährleistung eines nunmehr judikativen *level playing field*. Hierauf wird im Folgenden noch wiederholt einzugehen sein.[14] Um aufgrund dieser Einschätzung nicht von vornherein dem Vorwurf der Voreingenommenheit zulasten der Sportverbände und zugunsten ihrer juristischen Gegenspieler ausgesetzt zu sein, sei schon an dieser Stelle angemerkt, dass nach hier vertretener, aber durchaus umstrittener Auffassung die taktischen Vorkehrungen der Sportverbände und ihrer Unterstützer, um sich von vornherein vor Verbands- und Sportschiedsgerichten in eine möglichst günstige Spielposition beim juristischen Wettkampf zu bringen, fast ausnahmslos als legal zu bewerten sind.

8 Unter dem Deckmantel der Verbandsautonomie ist eine Diskrepanz zutage getreten zwischen auf der einen Seite zunehmender, immer weiter ins Detail gehender Regelsetzung durch Sportverbände, die die Handlungsfreiheiten der Verbandsmitglieder tendenziell weiter einschränkt, und auf der anderen Seite einer Verbandsjustiz, die bei der Regeldurchsetzung den Sportverbänden mehr oder weniger einen gewissen Startvorteil gegenüber den Regelungsunterworfenen verschafft und dadurch teilweise von den Standards der staatlichen Gerichtsbarkeit etwa in Deutschland abweicht. Dieser Befund wird in den nachfolgenden Kapiteln immer wieder anklingen, wenn – dem eingangs erwähnten „roten Faden“

13 S. mit gleichnamigem Titel den Beitrag von *Riemer* CaS 2004, 106 ff.
14 → insb. IV. Rn. 142–354 und XIII. Rn. 881–913, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

folgend – die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Sport erkundet werden.

Ein solcher Untersuchungsansatz wird bei vielen Verbands- und Sportfunktionären, selbst oder gerade auch bei solchen mit einem juristischen Fachhintergrund, auf Skepsis stoßen, wie ich anlässlich zahlreicher Diskussionsrunden bei Tagungen oder in Reaktionen auf meine Publikationen bereits erfahren durfte. Denn unter Sportfunktionären ist – auf den ersten Blick verständlicherweise – der Wunsch weit verbreitet, dass sie „ihren Sport" möglichst losgelöst von jeglicher staatlichen Aufsicht oder aber – hilfsweise – zumindest unter weitestgehender Reduktion der Kontrollmöglichkeiten staatlicher Gerichte[15] selbst organisieren und verwalten können.[16] 9

Doch im Laufe der Zeit haben die kritischen Stimmen zugenommen, die der rechtlichen Sonderstellung, die der Sport als Ausfluss der Verbandsautonomie immer wieder für sich beansprucht, skeptisch gegenüberstehen. Spätestens seit Mitte der 1990er Jahre haben Athleten, Sportclubs oder zuletzt Sportartikelhersteller verschiedenen Sportverbänden in Verfahren vor supranationalen und staatlichen Gerichten oder vor der europäischen und deutschen Kartellbehörde teils schmerzhafte Niederlagen zugefügt, die dem Ansehen der Sportverbände und der Sportschiedsgerichtsbarkeit in der Öffentlichkeit geschadet haben. Erinnert sei an den Fußballspieler *Jean Marc Bosman*,[17] die Langstreckenschwimmer *David Meca-Medina* und *Igor Majcen*,[18] die Eisschnellläufer *Mark Tuitert* und *Niels Kerstholt*,[19] die Fußballsparte des *Sport-Verein Wilhelmshaven Germania 1905 e.V.*,[20] den Alpinskirennfahrer *Henrik Kristoffersen*[21] und zuletzt eine auf den ersten Blick ungewöhnliche Allianz, bestehend aus dem *Bundesverband der Deutschen Sportartikelindustrie e.V.*, dem *Athleten Deutschland e.V.*, dem Diskuswerfer *Robert Harting* und der Beachvolleyballspielerin *Karla Borger*.[22] Anders liegt der Fall der Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*, die zwar vor dem EGMR nur einen kleinen juristischen Teilerfolg feiern konnte und mit ihren Hauptanträgen unterlag,[23] gleichwohl aber die Grundfesten der Sportschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und des Court of Arbitration for Sport (CAS) im 10

15 So wird in Großbritannien immer noch die Frage „Should sports governing bodies be subject to judicial review?" diskutiert, mithin eine Frage, bei der in Deutschland nicht mehr das *Ob*, sondern nur noch das *Wie* oder genauer das *Inwieweit* Gegenstand kontroverser Debatten ist; s. den gleichnamigen Beitrag von *Cisneros* ISLJ 2020, 18–35 m.w.N.

16 S. stellvertr. *Infantino* SpuRt 2007, 12 ff.

17 → V. Rn. 22–44 m.w.N.

18 → VI. Rn. 25–56 m.w.N.

19 → VI. Rn. 61–74 m.w.N.

20 → IV. Rn. 10 m.w.N.

21 → V. Rn. 51–56 m.w.N.

22 → XI. Rn. 28–31 m.w.N.

23 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251, 255–265 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Besonderen erdbebengleich erschüttert und ins Wanken, jedoch nicht zum Einsturz gebracht hat.

11 Von kritischen, zugleich regelmäßig verbandsfernen juristischen Betrachtern werden Sportverbände angesichts der aufgezeigten Entwicklungen zunehmend gleichsam als Staat im Staat mit angemaßten, staatsähnlichen Gewaltbefugnissen wahrgenommen, die sich staatlicher Kontrolle durch die Judikatur und Exekutive weitgehend entzogen haben. Darunter leidet auch das Ansehen des von vielen als exotisch eingestuften Sportrechts, einem ebenso komplexen wie spannenden, intra- und interdisziplinär angelegten Rechtsgebiet. Das Hauptanliegen dieses Buches besteht darin, die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Sport insbesondere am Maßstab des europäischen Kartellrechts, aber auch der europäischen Grundfreiheiten zu analysieren (→ II.–XII.) sowie nachfolgend die Auswirkungen auf verschiedene Maßnahmen der Steuerung und Kontrolle von Sportverbänden, sog. Sports Governance, zu beleuchten (→ XIII.). Dabei wird sich zeigen, dass die Verbandsautonomie in ein komplexes Geflecht staatlicher und supranationaler Normen eingefügt ist und nicht lediglich eine von Sportverbänden stets eingesetzte juristische Allzweckwaffe darstellt, durch die sämtliche Verbandsentscheidungen gerechtfertigt werden können oder sollen. Zugleich sollen die zunehmende Kritik Außenstehender am rechtlichen Gebaren von Sportverbänden – soweit dies möglich ist – relativiert sowie die wichtige Rolle, die ein nicht vorrangig von den Interessen der Sportverbände oder der Regelungsunterworfenen geleitetes Sportrecht in dieser rechtlichen Gemengelage zu leisten vermag, dargestellt werden.

12 Zu diesem Zweck wird zunächst herausgearbeitet, welche tatsächlichen Aspekte eine rechtliche Sonderbehandlung des Sports zu rechtfertigen vermögen, worin also insbesondere die Besonderheiten des Sports bestehen (→ II.). Anschließend wird das schillernde Rechtsinstitut der Verbandsautonomie analysiert (→ III.). In einem weiteren Schritt wird dargelegt und bewertet, wie die Verbandsautonomie im Sport durch verbandsseitige Maßnahmen abgesichert und begrenzt wird (→ IV.). Die nachfolgenden Abschnitte setzen sich allgemein mit der Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die europäischen Grundfreiheiten (→ V.), durch das europäische Kartellverbot (→ VI.) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auseinander (→ VII.). Sodann werden die Auswirkungen von Art. 165 AEUV auf die Verbandsautonomie entwickelt (→ VIII.) und die erfolglosen Versuche des Sports beschrieben, sich dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu entziehen (→ IX.). In zwei weiteren Schritten werden, anknüpfend an die in den vorangegangenen Abschnitten gewonnenen Erkenntnisse, die Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport analysiert, die seitens der Judikatur (→ X.) und Kartellbehörden (→ XI.) verfolgt werden. Während die vorangehenden Erwägun-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen sich auf das Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen Regelungsunterworfenen beschränken, werden sodann die Grenzen der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten untersucht (→ XII.). Den Abschluss bilden die Analyse der Auswirkungen, welche die zuvor herausgearbeiteten Grenzen der Verbandsautonomie auf ausgewählte Aspekte der Sports Governance haben (→ XIII.), sowie eine zusammenfassende und bewertende Schlussbetrachtung (→ XIV.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Was macht den Sport besonders für die Rechtsanwendung?

1. Besonderheiten des Sports

a) Annahmen der EU-Kommission

Auf die Besonderheiten des Sports[1] wird regelmäßig nicht nur von Verbandsfunktionären und -juristen, sondern auch in der wissenschaftlichen Diskussion rekurriert, um eine Ausnahme des Sportsektors von der Anwendung des als unpassend empfundenen staatlichen oder supranationalen Rechts zu rechtfertigen. Hilfsweise wird der Terminus bemüht, um zu erreichen, dass Verbandsstatuten bei einer Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle durch die Verbandsjustiz[2] und die staatliche Gerichtsbarkeit[3] lediglich einer aus der Perspektive der Sportverbände sportspezifischen – mit anderen Worten: einer verbandsfreundlichen und damit einer möglichst umfassend eingeschränkten – Kontrolle unterzogen werden.[4] Überraschenderweise werden dabei die Besonderheiten des Sports nur selten näher umschrieben, zumeist schlichtweg apodiktisch behauptet und bestenfalls stichwortartig angedeutet. Daher kann allzu leicht der Eindruck entstehen, bei den Besonderheiten des Sports handele es sich um eine vielseitig verwendbare, einen wissenschaftlich belegten Kerngehalt suggerierende Rechtsfigur, durch die das Aufstellen von Verbandsstatuten aufgrund der überlegenen Fachexpertise der Regelaufsteller gleichsam *per se* gegen Verletzungen staatlichen oder supranationalen Rechts immun sei. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 fehlt in diesem Zusammenhang nicht der Hinweis, dass die Besonderheiten des Sports auch ausdrücklich in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV verankert worden seien. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut: 1

> Die Union trägt zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion.

Es ist unschwer zu erkennen, dass diese Vorschrift, deren Auswirkungen auf die Verbandsautonomie an anderer Stelle vertieft werden sollen,[5] kaum etwas zur Klärung der Frage beiträgt, worin denn nunmehr die Besonderheiten des Sports bestehen. Aussagekräftiger ist insoweit das von der EU-Kommission bereits im 2

1 S. hierzu auch *Cukurov* 55–76; *Mürtz* Abschn. A. II.; *Parrish/Miettinen* 1–24, jew. m.w.N. *Putzier* 61–64 hat zuletzt – allerdings ohne Berücksichtigung der Annahmen der EU-Kommission – allzu pauschal das Leistungs-, das Konkurrenz- und das Gleichheitsprinzip als Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs indentifiziert.
2 → III. Rn. 33–65.
3 → X. Rn. 1–28.
4 *Seyb* 14.
5 → VIII. Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahr 2007 veröffentlichte Weißbuch zum Thema Sport in der EU,[6] insbesondere das begleitende Commission Staff Working Document.[7] Indes muss man sich in diesem Kontext stets vergegenwärtigen, dass es sich dabei um rechtlich unverbindliche, nationale und europäische Gerichte nicht bindende Rechtsquelle der EU-Kommission zur Anwendungspraxis des Kartellrechts auf den Sport handelt.

3 Da zum Begleitdokument im Gegensatz zum Weißbuch Sport keine deutsche Übersetzung vorliegt, sei die maßgebliche Passage hier in der englischen Originalversion wiedergegeben:[8]

> „a) The applicability of EC anti-trust law to organisational sporting rules and the specificity of sport
>
> The Community Courts and the Commission have consistently taken into consideration the particular characteristics of sport setting it apart from other economic activities that are frequently referred to as the ‚specificity of sport'. Although no such legal concept has been developed or formally recognized by the Community Courts, it has become apparent that the following distinctive features may be of relevance when assessing the compliance of organisational sporting rules with Community law:
>
> – Sport events are a product of the contest between a number of clubs/teams or at least two athletes. This interdependence between competing adversaries is a feature specific to sport and one which distinguishes it from other industry or service sectors.
> – If sport events are to be of interest to the spectator, they must involve uncertainty as to the result. There must therefore be a certain degree of equality in competitions. This sets the sport sector apart from other industry or service sectors, where competition between firms serves the purpose of eliminating inefficient firms from the market. Sport teams, clubs and athletes have a direct interest not only in there being other teams, clubs and athletes, but also in their economic viability as competitors.
> – The organisational level of sport in Europe is characterised by a monopolistic pyramid structure. Traditionally, there is a single national sport association per sport and Member State, which operates under the umbrella of a single European association and a single worldwide association. The pyramid structure results from the fact that the organisation of national championships and the selection of national athletes and national teams for international competitions often require the existence of one umbrella federation. The Community Courts and the Commission have both recognized the importance of the freedom of internal organization of sport associations.
> – Sport fulfils important educational, public health, social, cultural and recreational functions. The preservation of some of these essential social and cultural benefits of sport which contribute to stimulating production and economic development is supported through arrangements which provide for a redistribution of financial resources from professional to amateur levels of sport (principle of solidarity)."

6 EU-Komm., Weißbuch Sport, C(2007), 391 final.
7 Commission Staff Working Document.
8 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.a).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Würdigung

Die hier von der EU-Kommission identifizierten Besonderheiten des Sports verdienen eine genauere Betrachtung, auch wenn sie ausweislich der Überschrift des Abschnitts im Hinblick auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor entwickelt worden sind: 4

Zustimmung verdient der Ausgangspunkt, dass sich der wirtschaftliche Wettbewerb im Sportsektor in gewisser Hinsicht von dem sonstigen wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Unternehmen unterscheidet. Dies lässt sich anhand eines aktuellen Beispiels veranschaulichen: Nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie zu Beginn des Jahres 2020 beschworen Sportverbände mit einem laufenden Ligabetrieb in einer selten zuvor gezeigten Deutlichkeit und Vehemenz die Solidarität, die nunmehr insbesondere innerhalb der Liga geübt werden müsse. Hier kann vernachlässigt werden, dass dabei bereits innerhalb einer Liga wie etwa der Fußball-Bundesliga der Begriff der Solidarität höchst unterschiedlich interpretiert wurde.[9] Einigkeit bestand unter den Repräsentanten der Ligamitglieder nämlich dahingehend, dass – wie auch im ersten Spiegelstrich anklingt („interdependence between competing adversaries") – ein Ligamitglied wirtschaftlich davon abhängig ist, mit anderen Ligamitgliedern in einen Wettbewerb treten zu können.[10] Denn sonst könnten allenfalls sportlich und ökonomisch deutlich unattraktivere Trainingsspiele etwa gegen die 2. Fußballmannschaft des Clubs oder aber Freundschaftsspiele gegen Mannschaften anderer Clubs ausgeführt werden. Diese altruistischen, horizontalen Solidaritätsbekundungen zwischen unmittelbaren Wettbewerbern suchte man in den übrigen Wirtschaftsbereichen zumeist vergeblich, weil dort jedes Unternehmen letztlich für sich selbst ums wirtschaftliche Überleben ohne Rücksicht darauf kämpft, ob unmittelbare Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden. 5

Die daraus resultierenden vier Besonderheiten, die die EU-Kommission nachfolgend ohne Anspruch auf Vollzähligkeit herausarbeitet und vertieft, sind aber nicht schablonenhaft stets in Fällen anzuwenden, in denen Verbandsregelungen in Konflikt mit dem europäischen Kartellrecht geraten; vielmehr können sie bei der Rechtsanwendung Relevanz erlangen („may be of relevance"). Zudem ist davon auszugehen, dass die identifizierten Besonderheiten des Sports nicht nur bei Anwendung des europäischen Kartellrechts auf Verbandsstatuten und Beschlüsse eines Sportverbandes berücksichtigungsfähig sind, sondern auch wenn andere supranationale Regelungen und staatliche Gesetze, die auf die wirtschaft- 6

9 Zu weit geht indes die Auffassung von *Putzier* 30, der in der Berufung der Vereine und Verbände auf das Prinzip der Solidarität einen „Euphemismus für das wirtschaftliche Interesse an der Bildung eines Kartells" erblickt.

10 So auch aus sportökonomischer Sicht etwa *Galli* SpuRt 2020, 19 (22).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Aktivitäten von Sportverbänden ausstrahlen (z.B. Grundfreiheiten, nationale Kartellgesetze), der Verbandsautonomie rechtliche Grenzen setzen.

aa) Erster Spiegelstrich

7 Hier wird – wie zuvor schon erwähnt – die Interdependenz zwischen den einzelnen Sportakteuren betont. Selbstverständlich setzt ein sportlicher Wettkampf voraus, dass man sich mit mindestens einem anderen Team oder Athleten misst, andernfalls liegt eine zwar sportliche, aber individuelle, reine Freizeitgestaltung vor.

bb) Zweiter Spiegelstrich

8 Die Aussage, die nach dem zweiten Spiegelstrich getroffen wird, klingt zunächst auch wie eine Binsenweisheit. Denn dass die Ungewissheit über den Ausgang einem Sportwettkampf im Interesse der Zuschauer immanent sein sollte, liegt auf der Hand. *Weatherill* hat dieses Phänomen bereits frühzeitig in folgender Weise beschrieben:[11]

> „Sport without uncertainty of result would be like opera. You would know who is going to die in the end. It might be entertaining, but it would not be sport."

9 Es bedarf damit um des langfristigen wirtschaftlichen Erfolgs der gesamten Liga willen einer gewissen Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern, da insbesondere Ergebnisunsicherheit einen attraktiven sportlichen Wettbewerb gewährleistet.[12] Man wird darüber hinaus auch kaum der These widersprechen können, dass im Gegensatz zum sonstigen Wettbewerb zwischen Unternehmen der Sport ein gewisses Maß an Ebenbürtigkeit der im Wettbewerb stehenden Athleten oder Mannschaften voraussetzt („a certain degree of equality in competitions"), damit diese jeweils langfristig wirtschaftlich existenzfähig sind („economic viability as competitors"). Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die EU-Kommission nicht ein bestimmtes (Mindest-)Maß an Ausgeglichenheit vorschreibt, sondern diesbezüglich – unausgesprochen – die Festlegung den jeweiligen Sportverbänden überlässt. Aus der Äußerung der EU-Kommission kann also nicht abgeleitet werden, dass etwa Sportligen in einem gewissen Mindestumfang eine *competitive balance*[13] anstreben müssen, d.h. eine sportliche und damit mittel- bis langfristig erfahrungsgemäß auch wirtschaftliche Ausgeglichenheit

11 *Weatherill* 40 Common Mkt. L. Rev. 2003, 51 (76).

12 *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 270 – Bosman ging in seinen Schlussanträgen davon aus, eine *competitive balance* könne das Funktionieren des Ligasports sicherstellen; diesen Aspekt nachfolgend aufgreifend EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 105 f. = NJW 1996, 505 – Bosman.

13 Ausf. zu diesem Aspekt → VI. Rn. 213–236 sowie speziell bezüglich Gehaltsobergrenzen → XIII. Rn. 366–375, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen den Ligamitgliedern. Die Sportligen haben insoweit einen erheblichen Ermessenspielraum, ob und – wenn ja – in welchem Ausmaß sie durch spezielle Verbandsregelungen die Herbeiführung und Gewährleistung einer *competitive balance* anstreben oder gar als Verbandsziel festlegen wollen. Dies sei anhand zweier Extreme veranschaulicht:

– Die nordamerikanischen Major Leagues sind geprägt durch hochkomplexe Regelungssysteme, die durch verschiedene, verbandsseitig vorgegebene Maßnahmen möglichst umfassend eine wirtschaftliche und langfristig damit auch eine sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern gewährleisten sollen:[14] z.B. Rekrutierung von College- oder ausnahmsweise auch Highschool-Nachwuchsspielern, gestaffelt nach dem sportlichen Erfolg der Ligamitglieder in der Vorsaison, sog. *draft system*; Gehaltsobergrenzen, sog. *salary caps*; relativ weitreichende Umverteilungsmechanismen bezüglich der Einnahmen aus der zentralen und individuellen Verwertung der Medienrechte, aber auch der Erlöse aus Merchandising, Sponsoring, Ticketing, sog. *revenue sharing*; *unbalanced scheduling*, d.h. Spielplangestaltung, bei der nicht in jeder Saison ein Ligamitglied mindestens einmal und/oder gleich oft gegen jedes andere Ligamitglied spielt; modifiziertes System von Spielerwechseln etwa durch sog. *free agency*; geografische Verlagerung von Ligamitgliedern, sog. *relocation*, oder Aufnahme neuer Mitglieder in die geschlossene Liga ohne sportlichen Auf- und Abstieg. 10

– In krassem Gegensatz dazu stehen etwa die deutschen Fußball-Bundesligen, die – ebenso wie die anderen großen europäischen Fußballligen – keine möglichst weitreichende *competitive balance* im vorgenannten Sinne anstreben. Denn hierzulande werden die von den Ligamitgliedern erzielten Einnahmen allein im Hinblick auf die Erlöse aus den von der DFL zentral vermarkteten Medienrechten in sehr überschaubarem Umfang solidarisch horizontal umverteilt.[15] Anders als in den nordamerikanischen Major Leagues geht damit die Schere zwischen „armen“ und „reichen“ Mitgliedern der deutschen Fußball-Bundesligen tendenziell einstweilen immer noch weiter auseinander.[16] Spannend und offen ist die Frage, ob ein bestimmtes Mindestmaß an Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern nicht unterschritten werden darf. So konnten in den letzten Jahren eigentlich – wenn überhaupt – nur noch eingefleischte Anhänger des deutschen Rekordfußballmeisters den Kampf um die 11

14 Zum Folgenden *Heermann* CaS 2017, 191 (200 f.) m.w.N.

15 → XIII. Rn. 216–224; vgl. auch *Heermann* CaS 2017, 191 (198–200) m.w.N.

16 Ebenso, allerdings mit undifferenzierter Bezugnahme auf die „Auffassung der Experten“ *Steiner* SpuRt 2018, 186 (187). Demgegenüber glaubt(e) *Blask* KSzW 2011, 25 (30), Vorteile der Zentralvermarktung etwa im deutschen Profifußball seien „die Stärkung des Solidaritätsprinzips innerhalb einer Liga und somit die Sicherstellung des sportlichen Gleichgewichts und der Chancengleichheit innerhalb der Liga“.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deutsche Fußballmeisterschaft als spannend empfinden. Der Deutschen Fußball Liga und ihren Mitgliedern, die insoweit unter dem Dach der Verbandsautonomie die Richtung vorgeben, scheint es zur Erhaltung eines gewissen Spannungsgrades aber auszureichen, dass jeder Bundesligaclub einen Ligakonkurrenten schlagen kann, auch wenn hierfür mitunter außergewöhnliche Umstände erforderlich sind, indem das stark favorisierte Team etwa „einen schlechten Tag erwischt", der *David* zugleich „über sich hinauswächst" und letztlich der *Goliath* „sich selbst schlägt". Dies ist aber für eine tendenziell größer werdende Zahl an Bundesligaspielen zwischen den „üblichen Verdächtigen" aus dem oberen Tabellendrittel und den Clubs, die sich überwiegend in der zweiten Tabellenhälfte oder gar in der Nähe der Abstiegsränge tummeln, sehr oft nur noch „graue Theorie". Solange das Zuschauerinteresse jedoch nicht nachhaltig unter dieser Entwicklung leidet, werden sich die Rahmenbedingungen vermutlich kaum ändern.

cc) Dritter Spiegelstrich

12 In der Tat ist charakteristisch für das europäische Sportmodell ein monopolartiger, hierarchischer und pyramidenförmiger Aufbau der Verbandsstrukturen, was letztlich zu einem sog. Ein-Verband-Prinzip[17] führt. Die EU-Kommission hebt hervor, dass dies der Tradition im europäischen Sportverbandswesen entspreche, dass letztlich aber die Freiheit der Sportverbände anzuerkennen sei, die internen Organisationsstrukturen selbst festzulegen. Der hierarchisch-pyramidenförmige Aufbau von Sportverbandsstrukturen wird also keineswegs als zwingend vorgeschrieben, was letztlich mit der Verbandsautonomie[18] auch nicht zu vereinbaren wäre. Darauf wird zurückzukommen sein etwa bei der Frage, ob und – wenn ja – inwieweit Verbandsstatuten und europarechtliche Vorgaben der Gründung einer geschlossenen europäischen Fußball-Superliga entgegenstehen.[19]

dd) Vierter Spiegelstrich

13 Hier ordnet die EU-Kommission das Solidaritätsprinzip als eine weitere Besonderheit des Sports ein.[20] Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass nur der vertikale Solidaritätsausgleich zwischen dem Profisport und dem Amateursport ausdrücklich angesprochen wird, nicht explizit erwähnt werden jedoch horizontale Solidaritätsmechanismen etwa zwischen den Mitgliedern einer Sportliga. Zudem

17 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 16 ff.; zur rechtlichen Bewertung ausf. → XIII. Rn. 62–72 m.w.N.
18 Hierzu → III. Rn. 1 ff. m.w.N.
19 Hierzu → XIII. Rn. 101–131 m.w.N.
20 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 49–56 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden vertikale Solidaritätszahlungen keineswegs als zwingend angesehen („is supported through“ und nicht etwa „must/have to be supported through“).

Die von der EU-Kommission identifizierten Besonderheiten des Sports als solche wird man kaum ernsthaft in Zweifel ziehen können, auch wenn die Akzente mitunter mit geringfügigen Abweichungen oder Modifikationen gesetzt werden.[21] Die Besonderheiten des Sports zeigen deutlich, dass man auf europäischer Ebene gewillt ist, der nichtwirtschaftlichen Bedeutung des Sports angemessen Rechnung zu tragen. Sie taugen als Orientierungspunkte bei der Rechtsanwendung und haben auch schon Eingang in die rechtswissenschaftliche Diskussion gefunden.[22] Wie unterschiedlich jedoch Repräsentanten von Sportverbänden und -organisationen, von Athleten oder aus der Politik die Besonderheiten des Sports immer noch interpretieren, hat im Dezember 2019 ein von der EU-Kommission organisiertes Seminar zum spezifischen Charakter des Sports[23] eindrucksvoll belegt. 14

Teilweise wird an der Identifizierung von Besonderheiten des Sports und ihrer Berücksichtigung bei der Rechtsanwendung heftige Kritik geübt.[24] So entwickele sich ab einer bestimmten Verdichtung von spezifischen Merkmalen des normativen, faktischen und insbesondere textlichen Auftritts üblicherweise eine Systemideologie. Deren Codes, Phrasen, Komponenten und „Glaubenssätze“ würden von Systemdogmatikern laufend wiederholt, verstärkt, in die Medien getragen und weiterentwickelt. Dieser Kritik ist insoweit zuzustimmen, dass gerade in offensichtlich interessengeleiteten Stellungnahmen die Besonderheiten des Sports ein dynamisches Eigenleben entwickeln und jegliche von Sportverbänden getroffenen Regelungen sollen rechtfertigen können. Die Besonderheiten des Sports dürfen jedoch bei der Rechtsanwendung nicht zur reinen Phrasendrescherei verkommen. Vielmehr sind die Besonderheiten des Sports, sollen sie bei der Rechtsanwendung Berücksichtigung finden, genau zu identifizieren und ihre Bedeutung für die im Einzelfall zu entscheidende Rechtsfrage ist substantiiert vorzutragen. Die berechtigte Kritik an den Besonderheiten des Sports entfacht sich also nicht an den Phänomenen als solchen, sondern an deren Einsatz bei der Rechtsanwendung. Wie diese Gefahr effektiv gebannt werden kann, wird an späterer Stelle im Detail darzulegen sein.[25] 15

21 So rechnet etwa *Seyb* 14–18 zu den Besonderheiten des Sports ein faktisches Machtgefälle, die kooperative Konkurrenz, den Dualismus von staatlichem und selbstgesetztem Recht, die Existenz von Spiel- und Rechtsregeln sowie vertikale Solidarität innerhalb des europäischen Sportmodells. Zu den Besonderheiten des Fußballsports aus sportökonomischer Sicht s. *Galli* SpuRt 2020, 19 (20–22).

22 S. stellvertr. PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 14 ff.; ausf. hierzu *Weatherill*, Principles, 2017, 150–155 und 158–161 sowie *Hail* 183–191, jew. m.w.N.

23 S. hierzu *EOC EU-Büro* Monatsbericht Dezember 2019, 3–5; *Kornbeck* SpuRt 2020, 103 f.

24 *Thomasser* 282 ff.; krit. auch *Hail* 104 ff.

25 → insb. VI. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Lex sportiva

16 „Wer staatliches Recht auf dem Boden des Sports sät, wird staatliche Justiz ernten."

Dieser Einschätzung *Steiners*[26] wird man kaum widersprechen können. Diese Aussage werden nüchterne Juristen ohne Sportaffinität als Selbstverständlichkeit empfinden, die eigentlich keiner besonderen Erwähnung bedürfe. Allerdings sorgt die Vorstellung, dass das von Sportverbänden wie etwa in Deutschland unter dem Schutz der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG für den eigenen Einflussbereich selbst gesetzte Recht, letztlich also die gesamten Verbandsstatuten, möglicherweise auch an den Vorgaben staatlichen Rechts vor staatlichen Gerichten gemessen werden können, bis heute bei vielen Verbandsfunktionären und -juristen für Missbilligung und Unbehagen.

17 Zur Vermeidung solcher Beeinträchtigungen des persönlichen Wohlbefindens, aber auch aus sonstigen nicht völlig uneigennützigen Motiven bemühen sich Sportverbände in kunstvollem Doppelpassspiel mit der Verbandsgerichtsbarkeit oder der Sportschiedsgerichtsbarkeit, dem staatlichen Recht einen Gegenspieler entgegenzustellen, an dem nicht einmal der legendäre klassische Rechtsaußen *Reinhard „Stan" Libuda* (1943–1996) vorbeigekommen wäre.[27] Dies war die Geburtsstunde der *lex sportiva*.[28] Hierunter versteht man im Allgemeinen die Gesamtheit derjenigen Grundsätze, die aus der Interaktion zwischen den sportlichen Regelwerken, d.h. den Verbandsstatuten, auf der einen und den staatlichen Rechtsordnungen auf der anderen Seite hervorgegangen und sodann durch die Rechtsprechung der Sportschiedsgerichte konkretisiert worden sind.[29]

18 In diesem Prozess hat bislang insbesondere der CAS eine wichtige Rolle gespielt, der in zahlreichen Schiedssprüchen allgemeine Rechtsgrundsätze wie das Willkürverbot, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Prinzip der Chancengleichheit aller Teilnehmer an sportlichen Wettbewerben, die Interessenabwägung im Einzelfall und den Fairplay-Grundsatz entwickelt und im Laufe der Zeit mit gewissen Konturen versehen hat.[30] Eine positive Folgewirkung der Anerkennung einer *lex sportiva* wäre in sportrechtlicher Hinsicht sicherlich eine hohe Effizienz der Streitbeilegung durch sporterfahrene Richter.[31] Der Wunschvorstellung der zahlreichen Verfechter einer *lex sportiva* würde es entsprechen, dass die betreffenden Rechtsgrundsätze sich allmählich zu Gewohn-

26 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (226).
27 In Anlehnung an das geflügelte Wort aus den frühen 1960er Jahren: „An Gott kommt keiner vorbei, außer Stan Libuda."
28 S. hierzu stellvertr. *Adolphsen* 628 ff.; *Bachmann* 35–37; *Buck-Heeb/Dieckmann* 84–86; *Cattaneo/Parrish* Rn. 32–36; *Oschütz* 351 ff.; *Vieweg/Staschik* in Vieweg, 2015, 18 ff.
29 So *Haas* CaS 2007, 271 (272); ähnl. etwa PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 9.
30 *Buck-Heeb/Dieckmann* 85; vgl. auch *Oschütz* 358 f.
31 So *Weatherill*, Principles, 2017, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitsrecht verfestigen und letztlich sogar über die Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe staatlichen Rechts zu dessen Bestandteil würden. Ob ein solcher Zustand überhaupt erstrebenswert ist und in absehbarer Zukunft erreicht werden kann, soll hier nicht abschließend bewertet werden. Einstweilen gilt, was Rocklegenden, The Rolling Stones, uns schon seit Jahrzehnten zu Gehör bringen:

> „You can't always get what you want."

19 Mitunter bläst den Fans der *lex sportiva* aber heftiger Gegenwind ins Gesicht. *Mankowski*, der wie viele andere Berufskollegen der juristischen Fachdisziplin Sportrecht tendenziell eher fernsteht und deshalb eine unbefangene Sichtweise garantiert, hat eine für diese Juristengruppe nicht untypische Grundeinstellung folgendermaßen umschrieben:[32]

> „Eine *lex sportiva* anzuerkennen und zuzubilligen hieße endgültige und vollständige Selbstregulierung ausgerechnet im Profi-Sport anzuerkennen und zuzubilligen."

20 *Weatherill*, ein angesehener britischer Europa- und Sportrechtler, der aus juristischer Perspektive dem Sportsektor sicherlich einen größeren Vertrauensvorschuss entgegenbringt, hat seine Kritik an der *lex sportiva* in kaum weniger deutliche Worte gefasst:[33]

> „[…] the dark side [of the *lex sportiva*] is absence of accountability of rule-makers, dearth of transparency, and the risk that *lex sportiva* is simply an intellectually deft camouflage for entrenching private power and privilege from legal scrutiny."

21 Wie schon bei der Phrase „Besonderheiten des Sports"[34] besteht auch bei dem lateinischen Begriff *lex sportiva* die Gefahr, dass dieser trotz (oder gerade wegen?) seiner bislang schwachen Konturierung zielorientiert zur möglichst weitgehenden Immunisierung von Verbandsregelwerken gegen eine rechtliche Überprüfungsmöglichkeit am Maßstab supranationalen oder staatlichen Rechts eingesetzt werden soll. Bei genauer Betrachtung weisen die bislang entwickelten Rechtsgrundsätze der *lex sportiva* – mit Ausnahme vielleicht des Fairplay-Grundsatzes – unübersehbare Parallelen zu in Rechtsordnungen demokratischer Staaten bereits enthaltenen Rechtsprinzipien auf, so dass sie gar nicht so originell und speziell sind, wie der lateinische Begriff zu suggerieren versucht. Zudem kann man auch bezweifeln, ob die Rechtsprechung des CAS, die weniger auf dogmatisch fundierte als vielmehr auf zeitnahe, problemorientierte und praktische Einzelfalllösungen von Rechtsstreitigkeiten innerhalb eines Sportverbandes ausgerichtet ist,[35] überhaupt eine ausreichende Basis für die Entwicklung von Rechtsgrundsätzen bildet.

32 *Mankowski* 475 unter Bezugnahme auf *Buck-Heeb/Dieckmann* 85 *et passim*.
33 *Weatherill*, Principles, 2017, 26.
34 → II. Rn. 4–15.
35 → IV. Rn. 266–274.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

22 Schließlich ist das Sportrecht, selbst wenn man eine *lex sportiva* anerkennen sollte, über das Prozessrecht in gewissem Umfang unauflösbar mit dem staatlichen Recht verbunden. So können auf die Anwendung von Verbandsstatuten gestützte, letztinstanzliche Entscheidungen der Verbandsgerichte auf Antrag der unterlegenen Partei von staatlichen Gerichten – freilich nur in beschränktem, der Verbandsautonomie Rechnung tragendem Umfang – daraufhin überprüft werden, ob die rechtlichen Grundlagen und die daraufhin getroffenen Maßnahmen des Sportverbandes rechtswirksam sind.[36] Sollte letztinstanzlich ein Sportschiedsgericht entschieden haben, so kann die unterlegene Partei vor einem staatlichen Gericht sowohl die Aufhebung des Schiedsspruchs als auch die Versagung seiner Anerkennung und Vollstreckung beantragen, wobei in beiden Fällen die Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), d.h. mit den wesentlichen Grundsätzen des inländischen Rechts, geprüft wird.[37] In beiden Fällen führt ein staatliches Gericht also nur eine sehr eingeschränkte materiell-rechtliche Überprüfung durch. Die Verbandsjustiz ist aber zwingend zumindest mittelbar an diejenigen Regelungen staatlichen Rechts gebunden, die vom jeweiligen nationalen *ordre public* umfasst sind.

3. Argumentative Ausgangspositionen zum Spannungsverhältnis zwischen der Verbandsautonomie der Sportverbände und dem staatlichen oder supranationalen Recht

23 Sportverbände und ihre Repräsentanten behaupten schon lange nicht mehr, dass eine vollständige Loslösung des autonom gesetzten Verbandsrechts von den begrenzend wirkenden Einflüssen staatlichen Rechts bestehe oder herbeigeführt werden solle. Dies gilt jedenfalls, soweit bei ihnen ein gewisses juristisches Grundverständnis vorhanden ist und sie die Augen vor den Entwicklungen bei der Überprüfung von Verbandsstatuten und darauf gestützten Entscheidungen durch staatliche Gerichte nicht standhaft verschließen oder als Fehlentscheidungen in keineswegs der Verallgemeinerung fähigen, aus Verbandssicht zu beklagenden Einzelfällen abtun. Man parkt nicht mehr gleichsam einen Bus im eigenen Strafraum, um einen Torerfolg des staatlichen Rechts zu verhindern, die Null muss nicht länger stehen. Stattdessen postulieren Sportverbände insoweit aber eine Sonderbehandlung durch die staatliche Justiz, zumindest soweit die Besonderheiten des Sports betroffen sind.[38] Diese Taktik erinnert an den einen

36 Zum rechtlichen Prüfungsmaßstab → III. Rn. 37–63 m.w.N.
37 Zum *ordre public* in der Schweiz und in Deutschland → IV. Rn. 216 m.w.N.
38 *Weatherill*, Principles, 2017, 9 spricht insoweit von der nicht mehr verfolgten Forderung einer „formal autonomy *from* the law of states or of international organizations", sondern vom Postulat der Sportverbände nach einer „functional autonomy *within* the law".

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder anderen Fußballmanager, der seine begabten, technisch filigranen Starkicker gegen allzu harte Zweikampfattacken spielerisch minderbemittelter „Rumpelfußballer" (die hier natürlich nicht die staatlichen Richter, sondern die Fußballwirklichkeit „auf'm Platz" repräsentieren) prophylaktisch verbal in Schutz nimmt. Diese taktische Umstellung der Sportverbände, die an die *Rehagel'sche* „kontrollierte Offensive" erinnert, ist durch folgende Komponenten gekennzeichnet:[39]

Den Ausgangspunkt bildet für Sportverbände und die ihre rechtlichen Interessen 24
vertretenden Juristen die Überzeugung, dass die von den Experten der jeweiligen Sportdisziplin aufgrund überlegener Sachkunde entwickelten Verbandsstatuten und ihre praktische Umsetzung eigentlich juristisch unantastbar seien. Dieses Spezialwissen wird staatlichen Richtern ebenso wie anderen Volljuristen, die die rechtliche Wirksamkeit der Verbandsstatuten auch nur andeutungsweise in Zweifel zu ziehen wagen, üblicherweise *per se* abgesprochen. Dabei sind mitunter auch ungewöhnliche Argumentationsmuster zu beobachten: Staatlichen Richtern fehle es an dem Grundverständnis für den Sport, sie verfügten – dies betrifft nicht nur den Reitsport betreffende Rechtsstreitigkeiten – nicht über den erforderlichen „Stallgeruch". Bei Juristen ohne Nachweis früherer, überdurchschnittlicher sportlicher Meriten wird – übrigens unabhängig von den erzielten Examensnoten, den verliehenen akademischen Titeln oder sonstigen juristischen Verdiensten – oftmals von vornherein vom Fehlen ausreichenden sportrechtlichen Sachverstands ausgegangen.

Neben diesen personenbezogenen Aspekten spielen aber natürlich auch sachbe- 25
zogene Argumente eine Rolle. Hierbei bedienen sich die juristischen Vertreter der Sportverbände eines Baukastens mit inzwischen standardisierten juristischen Argumentationshilfen, die sodann in höchst unterschiedlicher Weise zusammengestellt werden können:

Hervorgehoben wird regelmäßig die wichtige Funktion, die der Sportverband im 26
Hinblick auf die Erziehung, die öffentliche Gesundheit, in sozialer, kultureller und integrativer Hinsicht und nicht zuletzt auch für den Freizeitsport habe, so dass die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit (Voraussetzung u.a. für die Anwendung des Kartellrechts) kaum angenommen werden könne.[40] Dieses Argumentationsmuster wählte etwa die ISU, als sie die für sie ungünstige Entscheidung der EU-Kommission[41] kommentierte:[42]

> „The International Skating Union (ISU) disagrees with the European Commission's decision that the ISU's eligibility rules breach EU competition law. The decision fails to consider the specific nature of sport by putting commercial interests ahead of the principles

39 S. zum Folgenden auch *Seyb* 237.
40 Ausf. hierzu → VI. Rn. 114–138, aber auch VI. Rn. 75–89.
41 → VI. Rn. 61–74 m.w.N.
42 *ISU*, Pressemitteilung v. 8.12.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> of integrity, health and safety that protect fair play in sport. This contravenes the Treaty which recognises the voluntary, social and educational functions of sport. The decision harms not only the ISU but also Skaters and the entire Skating community."

27 Darüber hinaus betonen Sportverbände natürlich, dass das beanstandete Verhalten unter dem Schutz der durch die Verfassung, die GRCh und die EMRK abgesicherten Verbandsautonomie stehe und schon deshalb gerechtfertigt sei.[43] Der Verbandsautonomie liege nämlich ein natürliches Rechtsverständnis zugrunde, da sie von der Verfassung als bereits existent vorausgesetzt werde. Von diesem – wie zu zeigen sein wird[44] – nicht der vorherrschenden Rechtsauffassung entsprechenden Vorverständnis ausgehend, liegt es aus Verbandssicht nahe, Eingriffe der Legislative oder Judikative in die Verbandsautonomie als kritisch, problematisch, nicht sachgerecht o.Ä. zu bewerten oder nicht selten kurzerhand als systemfremd abzustempeln. Das hat den praktischen Vorteil, dass man nunmehr aus juristischer Perspektive den Spieß umdrehen und die Rechtfertigungslast geschmeidig verlagern kann. Denn bei dieser Sichtweise wäre jede legislative und judikative Beschränkung der Verbandsautonomie rechtfertigungsbedürftig.

28 Zudem greifen Sportverbände routinemäßig zu weiteren argumentativen Bausteinen und tragen vor oder lassen vortragen, dass die beanstandete Verbandsregelung oder deren Umsetzung aus Sicht des Sportverbandes den Besonderheiten des Sports[45] Rechnung trage, eine Vielzahl legitimer Ziele in verhältnismäßiger Weise verfolge,[46] wobei hinsichtlich der genannten Punkte dem betreffenden Sportverband selbstverständlich eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative einzuräumen sei.[47]

29 Die Gegenposition bringt der staatlichen Gerichtsbarkeit auch bei Verfahren mit Sportbezug ein erhebliches Grundvertrauen entgegen und schätzt die Flexibilität staatlicher Richter, sich ebenso rasch wie umfassend in auch zuvor völlig unvertraute Rechtsgebiete einzuarbeiten. Spruchkörper staatlicher Gerichte in demokratisch regierten Ländern oder auf Ebene der Europäischen Union, deren Unparteilichkeit und Unabhängigkeit grundsätzlich[48] von niemandem ernsthaft in Zweifel gezogen wird,[49] lassen sich sicherlich zumindest bei gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Beteiligten des Sportsektors tendenziell deutlich mehr von der Überzeugungskraft der vorgetragenen juristischen Argumente als

43 *Steiner* SpuRt 2018, 186 (189): „Der Sport ist autonom und will es auch so weit wie möglich bleiben, trägt freilich gelegentlich diese Autonomie wie eine Monstranz vor sich her."
44 → III. Rn. 20–25 m.w.N.
45 Hierzu bereits → II. Rn. 1–15.
46 Ausf. hierzu → VI. Rn. 176–284 und VI. Rn. 288–315.
47 Zu diesem ebenso komplexen wie umstrittenen Aspekt → VI. Rn. 317–324.
48 Ausnahmen bestätigen die Regel! Zu einer Justizreform zur Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter in Polen, die nach Überzeugung des EuGH gegen europäisches Recht verstieß, s. EuGH ECLI:EU:C:2019:531 = NVwZ 2019, 1109.
49 Das gilt für Schiedsrichter am CAS nicht in gleichem Maße. → IV. Rn. 237–250 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von der gesellschaftlichen, sportpolitischen und wirtschaftlichen Bedeutung des betroffenen Sportverbandes sowie von den sportlichen Meriten der Parteien oder ihrer rechtlichen Vertreter leiten. Geprägt durch das Primat möglichst freier und offener Märkte und im Vertrauen auf die positiven Effekte funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerbs, bereitet es den Vertretern der Gegenposition weniger Schwierigkeiten, die unternehmerischen Aktivitäten der Sportverbände mit ihren möglicherweise in ökonomischer Hinsicht beschränkenden Auswirkungen zu identifizieren. Damit ist für sie zugleich das Tor zum Kartellrecht nicht von vornherein verschlossen, zumal monopolartige Verbandsstrukturen naturgemäß den Argwohn von Juristen mit Grundkenntnissen des Wettbewerbsrechts wecken. Diese wissen aber auch, dass allein das Innehaben einer monopolartigen Stellung, wie sie für Sportverbände zumindest auf den relevanten Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen durchaus typisch ist,[50] im Ausgangspunkt (kartell)rechtlich völlig unbedenklich ist, sondern dass erst der Missbrauch einer solchen marktbeherrschenden Stellung die kartellrechtlichen Alarmglocken klingeln lässt. Ein derartiger Missbrauch, ebenso Beschlüsse von Sportverbänden, die etwa durch die Verabschiedung von Verbandsregeln Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken vermögen, können letztlich aber gleichwohl unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Sports unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden.[51]

Ausgehend von einem anderen Grundverständnis zum rechtlichen Charakter der Verbandsautonomie,[52] halten Vertreter der Gegenposition gerade die durch Verbandsstatuten und ihre Umsetzung verursachten Konflikte mit staatlichem oder supranationalem Recht für rechtfertigungsbedürftig. Außerdem neigen sie dazu, die von Sportverbänden behauptete Reichweite der Verbandsautonomie sowie der Besonderheiten des Sports kritisch zu würdigen sowie die behaupteten Zielsetzungen wettbewerbsbeschränkender Verbandsregelungen hinsichtlich ihrer Legitimität und Verhältnismäßigkeit an objektiven Maßstäben zu messen. Einer Einschätzungsprärogative von Sportverbänden stehen sie skeptisch bis ablehnend gegenüber, soweit diesen hierdurch die Möglichkeit eröffnet werden soll, sich selbst unkontrollierbare Ausnahmebereiche insbesondere von der Anwendung staatlichen Wirtschaftsrechts zu schaffen. 30

50 → VII. Rn. 1–37.
51 → VI. Rn. 164 ff. und VII. Rn. 67–71.
52 → III. Rn. 22–25.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Fazit

31 Das im vorangehenden Abschnitt skizzierte Spannungsfeld zwischen der Verbandsautonomie im Sport, den daraus resultierenden Verbandsstatuten und ihrer praktischen Umsetzung einerseits sowie dem supranationalen und nationalen Recht und den damit verbunden rechtlichen Grenzen für die Verbandsautonomie andererseits ist – so viel lässt sich schon an dieser Stelle des vorliegenden Werkes erahnen – hochkomplex. Daher ist die Wahrscheinlichkeit gering, dass sich stets zügig einfache juristische Lösungen finden lassen. Auf dem grünen Rasen kommt es beim sportlichen Wettkampf etwa zwischen zwei Fußballmannschaften im Rahmen der Spielleitung durch einen Schiedsrichter binnen 90 (und manchmal auch mehr) Minuten zu Dutzenden, in Sekundenschnelle zu treffenden und von den Spielparteien allgemein (wenngleich auf einer Seite mitunter auch widerwillig) akzeptierten Entscheidungen. Diese werden nur in Ausnahmefällen – etwa beim Auftreten eines seltenen Phantomtors – in rechtlicher Hinsicht in Zweifel gezogen, wenngleich auch hier durch die Rechtsfigur der Tatsachenentscheidung juristische Angriffe zuverlässig abgewehrt werden können. Neuerdings kann es vorkommen, dass Schiedsrichter durch Videoassistenten „zurückgepfiffen" werden und daraufhin im Vertrauen auf die Technik und auf die scharfen Augen des zu deren Bedienung eingesetzten Personals ihre getroffene Entscheidung revidieren. Auf dem Spielfeld jedoch haben Juristen nichts verloren und sich nicht in das Spielgeschehen einzumischen, es sei denn, sie nehmen allein in der Rolle eines Spielers oder Schiedsrichters am Spiel teil.

32 Sportverbände wissen, dass sich diese Verhältnisse nicht auf sportbezogene rechtliche Streitigkeiten außerhalb des Spielfelds übertragen lassen. Zudem befürchten sie – mitunter nicht zu Unrecht – in diesen Fällen, dass die (Sport-)Welt hinterher anders aussieht, wenn sich erst einmal Juristen eines sportbezogenen Konflikts angenommen haben, weil die Gefahr besteht, dass die der Verbandsautonomie durch supranationales und nationales Recht gesetzten Grenzen überschritten worden sein könnten. Sämtliche Versuche, den Sport und die in diesem Mikrokosmos getroffenen Entscheidungen vollständig von der Anwendung staatlichen Rechts zu immunisieren, sind zum Scheitern verurteilt (ein Strafrechtler würde diese Versuche als untauglich bezeichnen), selbst wenn man eine *lex sportiva* anerkennen und die Verbandsjustiz allein auf dieser Grundlage entscheiden würde.[53] Das ahnen inzwischen die meisten Verbandsfunktionäre, die Verbandsjuristen sollten es ohnehin wissen. Im juristischen Schrifttum hinkt man diesem Erkenntnisstand indes mitunter noch ein wenig hinterher (Hervorhebung durch *Verfasser*):[54]

53 → II. Rn. 21 f.
54 *Mankowski* 476 hins. des letztgenannten Aspekts unter Bezugnahme auf *Thomasser* 394–406.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Selbstgesetztes Verbands‚recht' wird zum Staatsimitat mit Anmaßung quasi-staatlicher Gewalt und einem Unterwerfungsanspruch, in striktem Widerspruch zur Zivilgesellschaft, begünstigt durch **fehlenden staatlichen Schutz vor Verbandsmacht**."

Es kann damit nachfolgend nur darum gehen zu ermitteln, ob und – wenn ja – in welchem Umfang dem Sport bei der Anwendung supranationalen und staatlichen Rechts eine Sonderrolle zuerkannt werden kann. Für eine solche Sonderbehandlung reicht allein eine pauschale Berufung auf die Besonderheiten des Sports, deren zentralen Aspekte vorangehend[55] herausgearbeitet worden sind, nicht aus. Die argumentativen Ausgangspositionen der Sportverbände einerseits sowie der rechtlich gegen diese vorgehenden, den Verbandstatuten Unterworfenen andererseits sind gleichfalls dargestellt worden.[56] 33

55 → II. Rn. 1–15.
56 → II. Rn. 23–30.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verbandsautonomie

1. Normsetzung durch Sportverbände

Aufgrund der Sportautonomie als Ausformung der Vereinsautonomie[1] ist es Sportverbänden als nicht-staatlichen Organisationen erlaubt, sich private Regelwerke zu geben, die das Verhältnis des Verbandes zu seinen Mitgliedern sowie der Mitglieder untereinander im Hinblick auf die gemeinsam verfolgten Verbandsziele näher ausgestalten.[2] Dies hat auch der BGH[3] für den Sportbereich im Hinblick auf die in Sport- und Wettkampfordnungen enthaltenen Regeln, die sich aus der Eigenart des Sports im Allgemeinen und der betreffenden Sportart im Besonderen heraus entwickelt hätten, ausdrücklich anerkannt. Ohne die Aufstellung und Durchsetzung solcher Verbandsregelungen 1

> „wäre ein geordneter Sport- und Wettkampfbetrieb undenkbar. Auf die Existenz derartiger Regelungen ist deshalb der Sport in seiner Gesamtheit wie jeder einzelne, der am organisierten Sportbetrieb aktiv teilhaben will, unumgänglich angewiesen. Sie sind objektiv wie auch aus der Sicht des Sporttreibenden notwendige Voraussetzung sportlicher Betätigung und der Teilnahme an einem geordneten Wettkampfbetrieb."

Eine Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen sowie Gefahren einer solchen Normsetzung durch Sportverbände erfolgte bereits früher an anderer Stelle.[4] Diese Erwägungen werden im Folgenden in aktualisierter Form aufgegriffen. 2

a) Vorteile

Der Umstand, dass Sportverbände – ebenso wie andere Vereinigungen, die in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK fallen – für den von der Verbandsautonomie erfassten Bereich[5] einen eigenen Normenkatalog aufstellen können, ist mit erheblichen Vorzügen verbunden. Einige hiervon hob das BVerfG bereits im Jahr 1972 hervor.[6] Eine eigenverantwortlich erstellte, staatsferne Ordnung biete den Vorteil, dass die entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die sie selbst betreffenden Angelegenheiten in ihren überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen könnten, wodurch zugleich der Abstand zwischen Normgeber und Normadressat verringert werde. 3

1 *Buck-Heeb/Dieckmann* 68–70.
2 S. zur privaten Regelsetzung im Verbandsrecht *Bachmann* 108–119.
3 BGHZ 128, 93 (96 f.) = NJW 1995, 583 (584) – Reiterliche Vereinigung.
4 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (26–28); s. zum Problemkreis etwa auch *Buck-Heeb/Dieckmann* 231 f.
5 → III. Rn. 26–32.
6 BVerfGE 33, 125 (156 f.) = NJW 1972, 1504 (1506) – Facharzt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem werde der Gesetzgeber entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar seien und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könne. Später hob in diesem Zusammenhang auch der EuGH die Aspekte der besonderen Sachkunde und Vertrautheit hervor.[7]

4 Diese Rahmenbedingungen tragen dazu bei, effektive normative Regelungen für verbandsinterne Interessenkonflikte zu schaffen, was zugleich eine hohe Akzeptanz bei den Regelungsunterworfenen gewährleistet. Private Normenkataloge können zudem flexibel und vergleichsweise zeitnah an neue Herausforderungen angepasst werden. Dies hat sich etwa im Jahr 2020 kurz nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie gezeigt, als diejenigen nationalen und europäischen Sportligen, die sich entschlossen, die zunächst unterbrochene Spielzeit später fortzusetzen und die noch fehlenden Saisonspiele nachzuholen, auf Verbandsebene binnen weniger Wochen Regelungen für diesen in den Verbandsstatuten zuvor nicht geregelten Fall trafen. Allerdings war die Akzeptanz dieser Regelungen insbesondere bei denjenigen Ligamitgliedern, die sich dadurch aus höchst unterschiedlichen, oftmals durchaus nachvollziehbaren Gründen benachteiligt fühlten, begrenzt. Solche Verbandsstatuten sind in der Folge vermehrt vor der Verbandsjustiz angegriffen und bei Erfolglosigkeit entsprechender Klagen hernach einer – freilich eingeschränkten – Inhalts- und Ausübungskontrolle vor staatlichen Gerichten unterzogen worden.[8]

5 Insbesondere im Sportsektor tritt ein weiterer gravierender Vorteil einer autonomen Normsetzung durch die Verbände hinzu, der auf dem sog. Ein-Verband-Prinzip – auch Ein-Platz-Prinzip genannt – beruht. Danach wird regelmäßig jedem Sportfachverband exklusiv das Recht zur Durchführung von Sportwettkämpfen auf demjenigen Gebiet zugesprochen, für das er verbandsrechtlich zuständig ist.[9] Üblicherweise nehmen internationale Sportfachverbände jeweils nur einen nationalen Sportfachverband als Mitglied auf. Auf diese Weise kann weltweit die Durchführung von Sportwettkämpfen nach einheitlichen Regeln effektiv gewährleistet werden.[10]

b) Nachteile und Gefahren

6 Diesen aufs Ganze gesehen überzeugenden Vorzügen der privaten Normsetzung in Sportverbänden stehen indes auch Nachteile und Gefahren gegenüber. Diese

7 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 67 f. = NJW 2000, 2011 – Deliège.
8 Zur Rechtmäßigkeit der vorzeitigen Beendigung einer Spielzeit → XIII. Rn. 471–493 m.w.N.
9 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 16 ff.; zur rechtlichen Bewertung ausf. → XIII. Rn. 62–72 m.w.N.
10 S. stellvertr. Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen* Rn. 970.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind schon seit Jahrzehnten latent vorhanden. Sobald sie einmal aufgetreten waren, wurde anfangs von der „großen Sportfamilie“ oftmals der Mantel des Schweigens darüber gedeckt. Ließen die Medien ein solches Vorgehen nicht länger zu, wurden die Vorfälle vielfach marginalisiert und als Einzelfälle abgetan. Man muss freilich kein Kenner der Sportszene sein, um zu erkennen, dass sich inzwischen in immer mehr Bereichen des internationalen und nationalen Sports Risiken verwirklicht haben, die mit der privaten Normsetzung verbunden sind und die die Glaubwürdigkeit des Sports nachhaltig zu beschädigen drohen.

7 Zunächst sind die Athleten oder Sportclubs, aber natürlich auch die Sportverbände in den Blick zu nehmen, die im Zuge der starken Kommerzialisierungsschübe im Sport in immer größerer Zahl und Intensität eigene unternehmerische Tätigkeiten entfalten, die nicht immer umfassend und einvernehmlich aufeinander abgestimmt sind. Damit sind Verteilungskämpfe und anschließende juristische Auseinandersetzungen vorprogrammiert. Dabei ziehen die Regelungsunterworfenen im Falle für sie ungünstiger Entscheidungen der Verbandsjustiz nach Erschöpfung des Verbandsrechtswegs immer öfter vor staatliche Gerichte.

8 Als Indikatoren für Fehlentwicklungen auf Verbandsebene mögen exemplarisch folgende Fakten dienen: Mit steigender Tendenz ermitteln Strafbehörden wegen Korruption, Steuerhinterziehung und/oder weiterer Delikte bei internationalen, aber auch diversen nationalen Sportverbänden.[11] Warum dabei Luxusuhren überdurchschnittlich oft eine Haupt- oder Nebenrolle spielen, konnte rechtssoziologisch noch nicht nachvollziehbar ermittelt werden.[12] Anklagen sind gegen lange Zeit als unantastbar geltende Sportfunktionäre erhoben worden. Vereinzelt werden sogar Sanktionen verhängt. Nicht selten aber versterben die Angeklagten vor der Verfahrensbeendigung oder sie sind aus gesundheitlichen Gründen nicht verhandlungsfähig oder sie stellen nach Verfahrenseröffnung aus tiefer Heimatverbundenheit ihre länderübergreifenden Reiseaktivitäten ein (insbesondere wenn keine Auslieferungsabkommen bestehen). Verbandsfunktionäre, die einst die hohe Effektivität und auch Schnelligkeit der Verbandsjustiz sowie einige sportrechtliche Besonderheiten priesen wie etwa die verschuldensunabhängige Haftung von Fußballclubs für das Fehlverhalten ihrer Fans (*strict liabilty*)[13] oder die Möglichkeit der indirekten Beweisführung in Dopingverfahren[14], lernen plötzlich die Vorzüge der gegen sie eingeleiteten, aufwändigen verbandsinternen Untersuchungen ohne vergleichbare Sanktionierungserleichterungen schätzen. Dies gilt umso mehr, wenn diese Verfahren nach einem zügigen Rücktritt des Überführten

11 S. stellvertr. zuletzt *Schade* 6 ff. mit zahlreichen Beispielen.
12 Athleten werden schon seit Langem im Rahmen der sportlichen Betätigung eher durch Dopingvergehen, seltener durch Bestechlichkeit auffällig; außerhalb des Sports bilden sie aber hins. der Gesetzestreue durchaus ein Spiegelbild der Gesellschaft.
13 Hierzu → X. Rn. 40–42 und XIII. Rn. 428–445, jew. m.w.N.
14 → X. Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(hier sind die Damen tatsächlich deutlich unterrepräsentiert, ohne sich deshalb diskriminiert zu fühlen) nicht weiterverfolgt werden oder letztlich zu keinen verwertbaren Ergebnissen führen, so dass weiterhin die Unschuldsvermutung gelten kann. In derartigen Verfahren bieten auch die – angeblich – allzu langsam mahlenden Mühlen der staatlichen Justiz gewisse Vorzüge: Mit findigen Rechtsvertretern lassen sich Verfahren so in die Länge ziehen, dass entweder einer der vorerwähnten Gründe für eine Verfahrensbeendigung oder aber – überraschenderweise – Verjährung[15] eintritt.

9 Früher wäre es nahezu undenkbar gewesen, dass Sportverbände ihre ehemaligen Leitungsorgane für Schäden, die jene zulasten des Verbandes verursacht hatten, in Regress nehmen – nun werden hierzulande und auch andernorts Vorbereitungen zur Einleitung solcher zivilrechtlichen Verfahren getroffen.[16] Das verbandsinterne System der *checks and balances* wird zunehmend an diese Entwicklungen angepasst. Ethikkommissionen und/oder Compliance-Abteilungen sind verbandsintern seit den späten 2010er Jahren in so großer Zahl eingerichtet worden,[17] dass man den Eindruck gewinnen kann, Verbandsfunktionäre hätten sich zuvor ohne jegliche effektive (juristische) Kontrollmöglichkeit gegenseitig blindes Vertrauen schenken dürfen.[18] Zudem werden die Vereinsstrukturen durch Schaffung neuer Aufsichtsgremien modernisiert, um die nunmehr aufgetretenen Missstände künftig effektiv(er) zu verhindern. Hinsichtlich der unabdingbaren, vollständigen Unabhängigkeit dieser Überwachungseinheiten von den Leitungsorganen der Sportverbände besteht indes teilweise noch Optimierungspotential. Schließlich ist zuletzt auch die Unabhängigkeit und Neutralität der zur Beilegung von verbandsinternen Rechtsstreitigkeiten von Sportverbänden eingerichteten ständigen Schiedsgerichte in einem lange Zeit unvorstellbaren Ausmaß kontrovers diskutiert worden.[19]

15 Hingewiesen sei auf die Ende April 2020 eingetretene Verjährung im Prozess um die „Sommermärchen"-Affäre, die nebenbei wegen Besprechungen zwischen *Gianni Infantino*, Präsident der FIFA, und *Michael Lauber*, Amtsleiter der seinerzeit ermittelnden Schweizer Bundeanwaltschaft, zu einem Skandal in der Schweizer Justiz führte; s. stellvertr. *Aumüller* SZ v. 28.4.2020 und *Catuogno/Kistner* SZ v. 17.4.2020.

16 S. zu dieser Entwicklung stellvertr. *Heermann* NJW 2016, 1687 ff. m.w.N.

17 Hierzu ausf. PHB VereinsR/*Jakob* § 2 Rn. 818–969 m.w.N.; s. außerdem *Schäffer* SpuRt 2019, 62 ff.; *Schockenhoff* NZG 2019, 281 ff.; *Schumacher/Schumacher* SpuRt 2018, 51 ff. und SpuRt 2018, 99 ff.; zur *tax compliance* vgl. *Knittel* SpuRt 2019, 71 ff.

18 Exemplarisch sei auf die Fußballlegende oder – zumindest früher einmal – „Lichtgestalt" *Franz Beckenbauer*, seinerzeit Präsident des nationalen Organisationskomitees der Fußball-WM 2006, verwiesen, welcher im Jahr 2015 im Rahmen der Ermittlungen zur sog. „Sommermärchen"-Affäre mit folgendem Eingeständnis zu seiner Verantwortlichkeit für einen nachträglich bekannt gewordenen Vertrag bzw. Vertragsentwurf mit dem langjährigen Fifa-Funktionär *Jack Warner* aus der Karibik überraschte: „Ich habe immer alles einfach unterschrieben, ich habe sogar blanko unterschrieben." S. hierzu *Leyendecker/Mascolo/Ott* SZ v. 20.11.2015.

19 → IV. Rn. 237–250.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Worin sind aber die Ursachen für diese unerfreulichen Entwicklungen zu erblicken, die seit geraumer Zeit am früher einmal überwiegend positiven Image des Sports nachhaltig kratzen? Die Gründe können nur ansatzweise eingegrenzt werden,[20] wobei sie in konkreten Fällen regelmäßig nicht gebündelt in ihrer Gesamtheit, sondern in immer neuen Zusammensetzungen aufgetreten sind und noch weiterhin auftreten: 10

Probleme entstehen, wenn bei der privaten Normsetzung die Grenzen vernachlässigt werden, die dem Handeln der Sportverbände durch das supranationale und nationale Recht seit jeher gesetzt sind. Wenn sodann die Regelungsunterworfenen hiervon insbesondere in wirtschaftlichen Interessen nachteilig betroffen sind, sind die mit den innerhalb der Verbandsjustiz bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten verbundenen Hürden und Risiken oftmals erheblich. Grund hierfür ist insbesondere die zwischen Sportverbänden und ihren Athleten oder sonstigen Mitgliedern bestehende strukturelle Ungleichgewichtslage.[21] Insoweit ist das Bild der „großen Sportfamilie" passend. Denn wie im „richtigen Leben" gilt auch in Sportverbänden die Einleitung von rechtlichen Schritten gegen Familienmitglieder als *ultima ratio*. Wenn gleichwohl die Verbandsgerichtsbarkeit zur Streitbeilegung angerufen wird, haben die Sportverbände gegenüber Klägern insgesamt mitunter einen deutlichen Startvorteil, d.h. die Kläger ziehen mit einem spürbaren Handicap in den Rechtsstreit.[22] 11

Warum Sportverbandsfunktionäre für rechtlich relevante Verfehlungen während ihrer Verbandstätigkeit in den letzten Jahren zunehmend in den Fokus der Staatsanwaltschaften, Steuerbehörden, zuletzt auch diverser Ethikkommissionen und der Öffentlichkeit geraten sind, lässt sich nur vermuten. Dieses Phänomen harrt noch der wissenschaftlichen Aufarbeitung. Wie Enthüllungen der letzten Jahre jedoch nahelegen, scheinen sich die Verhaltensmuster der die Grenzen der Legalität überschreitenden Verbandsfunktionäre in den letzten Jahrzehnten nicht grundlegend gewandelt zu haben. 12

Was für verschiedene Wirtschaftsbereiche bereits nachgewiesen werden konnte,[23] findet nun auch im Sportsektor zunehmend seine Bestätigung: Eine private Normsetzung kann dazu benutzt werden und wird mitunter auch dazu genutzt, den Wettbewerb durch Kartellabsprachen oder den Missbrauch von Marktmacht zu beschränken. Hier verwirklicht sich das sog. Freiheitsparadoxon,[24] wonach eine grenzenlos gewährte, unkontrollierte Freiheit auch die Gefahr einer Auf- 13

20 Ausf. hierzu *Esposito* 99–101 m.w.N.
21 → IV. Rn. 237–250 und IV. Rn. 348–354.
22 Hierzu ausf. am Beispiel des CAS → IV. Rn. 147–347 m.w.N.
23 S. stellvertr. Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio* Art. 2 GG Rn. 124; *Buck-Heeb/Dieckmann* 232; *Makowski* 144 ff.
24 Grundl. *W. Fikentscher* 13 f.; in die gleiche Richtung tendierend *Bachmann* 361 f. („Marktversagen als ‚natürliche' Grenze der Privatautonomie").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hebung ebendieser Freiheit und damit einer wirtschaftlichen Unfreiheit vieler Marktteilnehmer mit umfasst. So können aufgrund der Ausübung von Marktmacht auch Dritte ihrer Freiheit beraubt werden, selbst auf den Inhalt einer potentiellen oder tatsächlichen Vertragsbeziehung zu einem marktmächtigen Unternehmen Einfluss zu nehmen.[25] Dieser Entwicklung im Wirtschaftsbereich entgegenzuwirken, ist eine zentrale Zielsetzung des Kartellrechts.[26] Darauf wird zurückzukommen sein.[27]

c) Zwischenfazit

14 Die mit der Normsetzung durch Sportverbände zweifelsohne verbundenen erheblichen Vorteile scheinen in den letzten Jahren nicht nur in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend hinter die damit verbundenen Nachteile und Gefahren zurückgetreten zu sein. Dies ist ein besorgniserregender Befund. Für die Stabilität unseres Gesellschaftssystems ist es unabdingbar, dass der Eindruck einer Fremdbestimmung durch Private vermieden wird.[28] Es stößt in einer Gesellschaft auf verbreitete Kritik, wenn diese weniger von den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Organen, sondern von privaten Individuen wie Managern („Nieten in Nadelstreifen – Deutschlands Manager im Zwielicht“[29]) oder – zuletzt – Virologen („Die neue Macht der Virologen“[30]), von Institutionen („Diktatur der Konzerne“[31]) oder von der Europäischen Zentralbank[32] regiert zu werden scheint. Allmählich rückt in diesem Kontext hierzulande nun auch der Sport in den Fokus.

15 Wiederholt ablehnende Voten der Bevölkerung gegen die Pläne, Olympische Sommer- oder Winterspiele nach Deutschland zu holen, waren bereits unüberhörbare Warnschüsse. Der deutsche Fußball konnte sich hingegen jahrzehntelang auf der Sonnenseite wähnen. Die letztlich erfolgreiche deutsche Bewerbung für die Austragung der UEFA Fußball-Europameisterschaft 2024 war zuvor keinem spürbaren gesellschaftlichen Gegenwind ausgesetzt gewesen, eine für „Die Mannschaft“ – um es vorsichtig zu formulieren – enttäuschende FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2018 und die damit für den DFB verbundenen „Nachwehen“ waren (fast) vergessen.

25 *Bachmann* 145.
26 Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio* Art. 2 GG Rn. 125; *Makowski* 90 ff.
27 → III. Rn. 61–63, VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff., XII. Rn. 1 ff.
28 So zutreffend *Opfermann* 9.
29 So der Titel des im Jahr 1992 veröffentlichten Werkes von *Ogger*.
30 *Thuma* Handelsblatt v. 26.3.2020.
31 So der Titel des im Jahr 2018 veröffentlichten Werkes von *Bode*.
32 Vgl. stellvertr. EuGH ECLI:EU:C:2018:1000 = NJW 2019, 907 zur Vereinbarkeit der Anleihekäufe der EZB mit den EU-Verträgen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die DFL konnte von Jahr zu Jahr ihre beeindruckende Wachstumsstory fortschreiben, zuletzt in den Spielzeiten 2018/19 und 2019/20.[33] Ständig gestiegene Medienerlöse und Umsatzwerte trugen der Verband und insbesondere die in einträglichen europäischen Wettbewerben vertretenen Bundesligisten wie eine Monstranz vor sich her. Befeuert von allgegenwärtiger, überwiegend positiver Medienberichterstattung jubelte das Fußballvolk, obgleich es bei genauer Betrachtung einen erheblichen Teil des Preises für diese wirtschaftliche Erfolgsstory und die damit einhergehenden Extravaganzen zahlen muss. Nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie haben sich aber spätestens ab der Saison 2020/21 die wirtschaftlichen Kennzahlen im Ligasport nicht nur in Deutschland zumindest vorübergehend erst einmal in die entgegengesetzte Richtung entwickelt.[34] 16

Manche kritikwürdigen Nebenwirkungen dieser Entwicklung blieben weitgehend unbeachtet oder gingen schlichtweg unter. Beispiele: 17

- das seit jeher kühne Finanzgebaren mancher Bundesligisten, die die eingeplanten Einnahmen von morgen schon längst nicht nur verplant, sondern mitunter sogar schon ausgegeben hatten;
- ein Lizenzierungssystem, das so riskante Finanzmanöver zulässt und – eigentlich – ein wirtschaftliches Überleben der Ligamitglieder für die *gesamte* nächste Spielzeit gewährleisten sollte;
- eine vielleicht unzureichende Absicherung sämtlicher Beteiligten gegen Risiken eines Ausbleibens von erwarteten Einnahmen (als wären Sportveranstaltungen oder auch Zahlungen eines Erwerbers der Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga aus verschiedenen Gründen noch niemals ausgefallen).

Wer aber wirtschaftlich überaus erfolgreich war, konnte selbstbewusst auftreten und tat dies auch nicht selten wie noch im Februar 2020. Mit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie und dem dadurch bedingten Stillstand des Spielbetriebs geriet die finanzielle Statik bei manchem Ligamitglied jedoch binnen Wochen ins Wanken, Einsturzgefahr drohte. Um das Milliardengeschäft während der statutarisch zeitlich begrenzten Spielzeit fortsetzen und die angeblich drohende Insolvenz einiger Ligamitglieder abwenden zu können, schien das wirtschaftliche 18

33 DFL Wirtschaftsreport 2019 zur Spielzeit 2017/18 („Rekordumsatz und weitere Bestmarken bestätigen positive wirtschaftliche Entwicklung des deutschen Profifußballs"); DFL Wirtschaftsreport 2020 zur Spielzeit 2018/19 („Bundesliga übertrifft beim Erlös erstmals die Vier-Milliarden-Euro-Marke – 2. Bundesliga ebenfalls mit Umsatzrekord").

34 DFL Wirtschaftsreport 2021 zur Spielzeit 2019/20 („Wesentliche Kennzahlen einer Spielzeit der Bundesliga und 2. Bundesliga, die ab dem 26. Spieltag vom Ausbruch der Corona-Pandemie geprägt war."). Ausnahmen können bekanntlich die Regel bestätigen. So konnte etwa der Fußball-Bundesligist SC Freiburg trotz fehlender Zuschauereinnahmen aufgrund der COVID-19-Pandemie und eines weitgehend selbst finanzierten Stadionneubaus für das Geschäftsjahr 2020/21 insbesondere aufgrund hoher Transfereinnahmen eine erfolgreiche Bilanz mit einem Gewinn in Höhe von 9,8 Mio. € vorlegen. Vgl. SZ v. 13.10.2021 („SC Feiburg macht Gewinn …"), abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-sc-freiburg-macht-gewinn-fugmann-neuer-praesident-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-211013-99-587266 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schicksal der zuvor kraftstrotzenden Akteure an einem seidenen Faden zu hängen. Es bedurfte der Zulassung von sog. Geisterspielen vor leeren Rängen seitens der Politik und sonstigen zuständigen Stellen, mithin der staatlichen Erlaubnis von körper- und zweikampfbetonten Fußballspielen in Zeiten des allgemeinen *social distancing*. Die Liga betonte öffentlichkeitswirksam im April 2020 wiederholt, man sei trotz der COVID-19-Pandemie startbereit und stellte, gestützt auf medizinische Expertise, die weitgehende Beherrschbarkeit des Coronavirus zumindest auf dem Fußballfeld und an der Spielstätte sowie im Umfeld der Fußballprofis in Aussicht. Deutlich vernehmbar regte sich sachlich nachvollziehbarer Widerstand auf vielen Seiten, darunter manche medizinischen Experten aus dem Gebiet der Virologie, aber auch weite, teils sogar fußballaffine Bevölkerungsteile. Die Politik zeigte sich unentschlossen und plötzlich mutierte die im deutschen Profifußball sonst den Takt angebende DFL „Vom König zum Bittsteller".[35] Denn sie hatte – gerade noch rechtzeitig – wahrgenommen, dass das geplante Agieren ihres privaten Zusammenschlusses und die damit begehrte Sonderbehandlung des professionellen Fußballsports in dieser für alle extremen Situation in großen Teilen der Bevölkerung auf Ablehnung stieß. Die zuvor skizzierte Gefahr einer Fremdbestimmung durch Private hatte sich im Frühjahr 2020 Corona-bedingt nur kurz verwirklicht (sie sollte aber im Sport – um im Bild zu bleiben – nachfolgend regelmäßig wieder aufkeimen).

19 Dies war aber nur eine erste Episode. Die Fußball-Bundesligen nahmen infolge effektiven Lobbyings im Mai 2020 den Spielbetrieb wieder auf, der freilich in den Amateurligen überwiegend ruhen bleiben musste. Die Olympischen Sommerspiele 2020 in Tokio wurden ebenso wie die UEFA Fußball-Europameisterschaft 2020 nach langem Zögern um ein Jahr verschoben, um dann unter teilweise noch ungünstigeren Pandemiebedingungen nachgeholt zu werden. Die Sportverbände rangen Gesundheitsämtern und anderen staatlichen Stellen trotz ausdrücklicher Einwände zahlreicher anerkannter Virologen zunehmend weitere Zugeständnisse ab (z.B. hinsichtlich Stadionauslastung, Einreisebeschränkungen für aus dem Ausland angereiste Fans oder aber nationaler Fußballmannschaften, die nach Spielverboten in der Heimat ihre Spiele in ausländische Inzidenzhochburgen verlagern und so eine Niederlage am grünen Tisch, aber nicht immer auf dem grünen Rasen vermeiden konnten). Einstweilen bleibt künftigen soziologischen Studien die Untersuchung der spannenden Fragen vorbehalten, ob sich während der COVID-19-Pandemie die Fremdbestimmung durch Private oder auch durch die Politik verstärkt hat und welche Rolle dabei Sportverbände spielten.[36]

35 S. den gleichnamigen Artikel von *Horeni/Kamp* FAZ v. 24.4.2020.

36 Zu ersten Erwägungen zum Test der Grenzen der Verbandsautonomie im Sport infolge der COVID-19-Pandemie vgl. *Garcia-Garcia/James/Koller/Lindholm/Mavromati/Parrish/Rodenberg* ISLJ 2020, 115 (115 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden

Anknüpfend an frühere Ausführungen,[37] lassen sich die Ansätze zur dogmatischen Einordnung der Grundlagen für die Normsetzungsgewalt von Sportverbänden in zwei Lager teilen.[38] 20

a) Vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten

Im Anschluss an *Vieweg*[39] hat die Auffassung einige Anhänger[40] gefunden, bei der Sportverbandsautonomie handele es sich um eine vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten, die ihrerseits insbesondere auf Art. 9 Abs. 1 GG beruhe. Wenn man in dieser Weise Sportverbänden eine eigene Befugnis zur Aufstellung von Verbandsstatuten zubilligt, so hätte dies weitreichende rechtliche Konsequenzen. Denn damit würde der Sport über eine eigene, unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Befugnis zur Normsetzung verfügen. Auch wenn es nach wie vor die Sportverbandsmitglieder wären, die in der Mitgliederversammlung über die Verbandsstatuten abstimmen und beschließen, so könnte es doch hinsichtlich deren Legitimation zu einer Akzentverschiebung zulasten der den Regelungen unterworfenen Mitglieder und zugunsten des durch die Verfassung besonders geschützten Verbandes kommen. Dies könnte sich in Streitfällen auf die regelmäßig erforderliche Interessenabwägung auswirken. Zudem würden bei einem solchen Grundverständnis Beschränkungen der Verbandsautonomie, die von staatlichen oder supranationalen Regelungen ausgehen, für den Normgeber im Verhältnis etwa zu Sportverbänden zu einem erhöhten Rechtfertigungsdruck führen. Kurzum: Bei Annahme einer vom Staat abgeleiteten Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten würden die Sportverbände für den Fall von rechtlichen Auseinandersetzungen in eine relativ günstige argumentative Ausgangsposition gebracht. 21

b) Privatautonomie

Nach der vorherrschenden Gegenauffassung wurzeln die Verbandsautonomie und die daraus abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung von Sportverbänden 22

37 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (36 f.).
38 Zuletzt ausf. hierzu *Seyb* 20–39.
39 Grundl. *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 164.
40 So etwa *B. Eichel* 63; *Weiler* 53; Stopper/Lentze/*Englisch/Bagger von Grafenstein* Kap. 13 Rn. 3; *Deutscher* SpuRt 2009, 97 (98); *Ouart* WRP 2010, 85 (87).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

indes in der Privatautonomie,[41] was auch auf unionsrechtlicher Ebene gilt.[42] Eine Legitimation erhalten die privaten Regeln der Sportverbände damit im Wege der Zustimmung der hiervon betroffenen unmittelbaren und mittelbaren Vereinsmitglieder.[43]

23 Die argumentativen Ansätze unterscheiden sich nur in Nuancen, wie sich aus der folgenden – nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden – Auswahl an Stimmen ergibt: Nach *Steiner* sei aus Art. 9 GG die Freiheit der Sportvereine und Sportverbände abzuleiten, den Sport nach eigenen Vorstellungen zu organisieren, zugleich dessen Regeln festzulegen und zu definieren, was einerseits als sportlich und andererseits als unsportlich anzusehen sei.[44] Dem Sport sei erlaubt, eigene, aus der Gemeinschaft hervorgehende sportbezogene Werte und Maßstäbe zu bilden.[45] *Steinbeck* erblickt in der Vereinsautonomie einen Unterfall der Privatautonomie und hebt die Befugnis sowie die Fähigkeit der Vereine hervor, sich selbst Rechtsnormen zu geben. Da dies in erster Linie durch die Errichtung einer Satzung erfolge, sei jedenfalls die Satzungsautonomie umfasst,[46] deren verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 1 GG bestehe.[47] Dabei könne die Satzungsautonomie von der Vereinigung auch gegen ihre Mitglieder ins Feld geführt werden.[48] *P. Fischer* unterscheidet zwischen der grundrechtlichen Abwehrfunktion und der Ausgestaltungsebene.[49] Unter äußerer Vereinsautonomie versteht er die grundsätzlich gegebene Freiheit eigener Regelsetzung und -anwendung vor hoheitlichen Eingriffen. Demgegenüber bestimme die innere Vereinsautonomie den Inhalt der rechtlichen Beziehung von Verein und Mitglied aufgrund selbstgesetzter Regeln. Von anderen Stimmen ist die Vereinsautonomie kurz und prägnant als die Privatautonomie der Vereine zur Rechtsetzungsbefugnis bezeichnet worden,[50] welche durch Art. 9 Abs. 1 GG abgesichert sei. Zuletzt hat sich *Seyb* intensiv mit der Frage der Kompetenz von Sportverbänden zum Erlass privater Regelungen auseinandergesetzt und ist zu folgendem Ergebnis gelangt:[51] Der durch Art. 9 GG gewährleistete Schutz beziehe sich lediglich auf den Kernbereich der Vereinigung. Nur dort, wo es also allein um die innere Organisation und Selbstorganisation der Vereinigung gehe, könne es eine aus Art. 9 Abs. 1 GG abgeleite-

41 Vgl. stellvertr. Grüneberg/*Ellenberger* § 25 BGB Rn. 7; Hau/Poseck/*Schöpflin* § 21 BGB Rn. 57; PHB SportR/*Summerer* Kap. 2 Rn. 12; *Baecker* 25; *Esposito* 114 f.; *P. Fischer* 38; *Nicklisch* in Deutscher Sportbund, 1979, 4 (5); *Steinbeck* 16 f.; *Zinger* 62; so jetzt auch *Vieweg*, Faszination Sportrecht, 2015, S. 11; modifizierend Staudinger/*Schwennicke* § 25 BGB Rn. 5.
42 *Esposito* 125 f. m.w.N.
43 *Bachmann* 205; *Esposito* 116.
44 *Steiner*, FS Röhricht, 2005, 1225 (1236).
45 *Steiner* DÖV 1983, 173 (175).
46 *Steinbeck* 12 f.
47 *Steinbeck* 15.
48 *Steinbeck* 24.
49 *P. Fischer* 36 ff.
50 *Bohn* 29 m.w.N.
51 *Seyb* 31.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te Autonomie geben, die als Vereinsautonomie zu bezeichnen sei. Die Befugnis zur Regelsetzung in diesem Bereich sei indes allein in Art. 2 Abs. 1 GG zu finden. Die Autonomie umfasse dabei im Binnenverhältnis die Setzung eigener Regeln, die aber nicht an die allgemeinen Wertvorstellungen des Staates, der ja auf die Gesamtheit seiner Bevölkerung Rücksicht nehmen müsse, gebunden seien.[52] Damit könnten Vereine und Verbände ihre spezielle Sozialmoral im Sport, d.h. die Besonderheiten des Sports, durchsetzen und die gruppenspezifischen Zwecke der Sportler – eine weltweit einheitliche Sportausübung und ein weltweit einheitliches Regelwerk – erreichen.[53]

c) Würdigung

Eine vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Bei Art. 9 Abs. 1 GG handelt es sich vorrangig um ein Abwehrgrundrecht, das Freiheit im und zum Staat gewährt.[54] Der Ableitung einer eigenen Rechtsetzungsbefugnis der Sportverbände aus Art. 9 Abs. 1 GG steht auch das Streben des Staats zu ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung entgegen.[55] Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern als deren Konkretisierung auch die Privatautonomie. Dabei handelt es sich nicht um eine Kompetenzübertragung des Staates auf den einzelnen Bürger.[56] Damit bedarf es letztlich keiner besonderen staatlichen Legitimation durch Art. 9 Abs. 1 GG, um eine Kompetenz von Sportverbänden zum Erlass privater Regelungen zu begründen. 24

In diesem Zusammenhang kann zugleich eine Auffassung aus den frühen 1970er Jahren, gleichsam aus der Experimentierphase zum Verhältnis von Verbandsrecht und staatlichem Recht, als unhaltbar eingestuft werden. Seinerzeit hatte der Vorsitzende des DFB-Kontrollausschusses das von Vereinen und Verbänden selbst gesetzte Recht als eigene Rechtsquelle betrachtet und dem DFB-Sportgericht empfohlen, sich über das Urteil eines staatlichen Gerichts hinwegzusetzen, da Sportrecht ordentlichem Recht vorgehe.[57] Sicherlich steht die Befugnis zu originärer Rechtsetzung zunächst allein und ausschließlich dem Staat zu.[58] Eine Abweichung von staatlichem Recht ist möglich, soweit dieses dispositiv ist.[59] Falls es aber zu Kollisionen von zwingendem staatlichem Recht mit privaten Re- 25

52 So etwa auch *Pfister*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, 457 (464 f.).
53 Vgl. *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (182).
54 Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 34; Hau/Poseck/*Schöpflin* § 21 BGB Rn. 58; *Esposito* 114; auch *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (240 f.) betont den Schutzcharakter von Art. 9 Abs. 1 GG.
55 Grundlegend *F. Kirchhof* 171, 176; i.Erg. ebenso *Esposito* 114 f.; *Zinger* 63.
56 *Buck-Heeb/Dieckmann* 27; *Steinbeck* 25.
57 Vgl. hierzu *H. P. Westermann* 24.
58 *Bohn* 29; vgl. auch *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 140.
59 *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (191 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geln der Sportverbände kommt, sind solche Konflikte stets zugunsten des staatlichen Rechts aufzulösen. In die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe können die staatlichen Gerichte dabei verbandsrechtliche Wertungen und sporttypische Merkmale mit einfließen lassen,[60] zudem ist bei der Anwendung von EU-Recht – mit Bezug zum Sport insbesondere also die europäischen Grundfreiheiten und das europäische Kartellrecht – stets den Besonderheiten des Sports angemessen Rechnung zu tragen.[61]

3. Reichweite der Verbandsautonomie nach deutschem Recht

26 Auch in diesem Abschnitt können Erwägungen, die bereits an anderer Stelle angestellt wurden,[62] aufgenommen sowie ergänzt und aktualisiert werden.

27 Mangels einer ausdrücklichen Gewährleistung der Autonomie von Sportverbänden muss man deren Grundlagen im deutschen Recht[63] in den allgemeinen Vorschriften suchen, zum einen also in Art. 9 Abs. 1 GG und zum anderen in §§ 21 ff. BGB. Dabei sichert Art. 9 Abs. 1 GG die Verbandsautonomie in zwei Richtungen ab: Dies betrifft zum einen Organisationsmaßnahmen, die der Bildung der Vereinigung dienen, mithin das Recht zur Selbstorganisation.[64] Neben die Verbandsbildung muss aber zum anderen das Recht auf ein koordiniertes Wirken treten, also die Möglichkeit zur Regelung der verbandsinternen Abläufe.[65] Diese Unterscheidung zwischen interner und externer verbandsspezifischer Betätigung ist allgemein anerkannt[66] und spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG:

28 Dieses hatte bereits im Jahr 1971 festgestellt,[67] Art. 9 Abs. 1 GG verbürge nicht nur dem einzelnen Staatsbürger das Recht zum Zusammenschluss in Vereinen und Gesellschaften, sondern gewähre auch den Vereinen selbst Schutz. Es brauche nicht abschließend entschieden zu werden, wie weit dieser Schutz reiche, ob er insbesondere über die Existenz und Funktionsfähigkeit des Vereins hinaus auch jede Vereinstätigkeit als Freiheit gemeinsamen, vereinsmäßigen Handelns an

60 PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 25 f.; ähnl. *Butte* 474 f.
61 → II. Rn. 1–15, V. Rn. 1 ff., VI. Rn. 164–385, VIII. Rn. 1 ff.
62 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (31 f.); s. zu den Grenzen der Verbandsautonomie auch ausf. *Mürtz* Abschn. A. I. 3. c) cc) m.w.N. zum Meinungsstand.
63 Trotz ihrer Verankerung auch in Art. 11 Abs. 1 EMRK und in Art. 12 Abs. 1 GRCh ist die Verbandsautonomie in den Mitgliedstaaten der EU keienswegs einheitlich ausgestaltet, vgl. Commission Staff Working Document, Abschn. 5.1., zum Wortlaut → XII. Rn. 40. Daher erfolgt vorliegend eine Beschränkung auf die Rechtslage nach deutschem Recht.
64 So etwa auch *Esposito* 108 f. („Individuales Freiheitsrecht").
65 *Esposito* 109–111 („Kollektives Freiheitsrecht").
66 Vgl. stellvertr. Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 81 ff.; v. Münch/Kunig/*Löwer* Art. 9 GG Rn. 43; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (588 f.).
67 BVerfGE 30, 227 (241) = NJW 1971, 1123 (1123 f.) – Vereinsname.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich umfasse. Jedenfalls schütze Art. 9 Abs. 1 GG vor einem Eingriff in den „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" – im konkreten Fall in gewissem Umfang bejaht für die Namensführung des Vereins –, da sonst ein effektiver Grundrechtsschutz nicht bestände.[68] Acht Jahre später zog das BVerfG[69] Parallelen zwischen der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 und 3 GG und betonte, beide würden jeweils nicht nur die Tätigkeit im Außenverhältnis schützen, sondern auch die Selbstbestimmung der Vereinigungen und Koalitionen über ihre eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Die Vereinigungsfreiheit sei

> „in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzwürdigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen."

Die nähere Ausgestaltung der Regelungen zur Vereinsgründung sowie zu den in- 29
ternen Organisationsmaßnahmen erfolgt regelmäßig in den Verbandsstatuten, d.h. in der Satzung und in den daran anknüpfenden Nebenordnungen (Vereinsordnungen).[70] Hierbei genießen Verbände – auch dies ist Ausfluss der Verbandsautonomie – einen beachtlichen Gestaltungsspielraum. Nach deutschem Recht kann in erheblichem Umfang von den insoweit einschlägigen gesetzlichen Vorgaben für eingetragene Vereine in den §§ 21 ff. BGB abgewichen werden, weil gem. § 40 BGB nur wenige der genannten Gesetzesnormen zwingender Natur sind.[71] Wer sich wie ein Sportverband Regeln gibt, darf nicht davon ausgehen, dass diese stets von allen Regelungsunterworfenen, d.h. den Verbandsmitgliedern, vollumfänglich eingehalten werden. Deshalb sind bestimmte Regelverstöße üblicherweise sanktionsbewehrt. Damit bedarf es auch der Einrichtung einer eigenen Kontroll- und Strafinstanz zur Einhaltung der selbstauferlegten Regeln. Hierbei handelt es sich um eine zentrale, für ein gedeihliches Miteinander in dem Sportverband erfahrungsgemäß unentbehrliche Gestaltungsmöglichkeit im Rahmen der Vereinsautonomie.[72] Sollen also die eigenen inneren Angelegenheiten eigenverant-

68 Ebenso in der Folge im Hinblick auf ein Vereinsverbot BVerfGE 80, 244 (253) = NJW 1990, 37 (38) – Vereinsverbot.

69 BVerfGE 50, 290 (354) = NJW 1979, 699 (710) – Mitbestimmung.

70 Zur einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Verbandsautonomie s. zuletzt stellvertr. *Seyb* 42–51.

71 Nach Auffassung von PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 123 dürfte es „richtig" sein, dass mit der Umwandlung eines Vereins „in eine Kapitalgesellschaft keine Einschränkung der Vereins- bzw. der Verbandsautonomie einhergeht, da ein Verein von der Rechtsordnung nicht dafür bestraft werden sollte, dass er eine moderne und eindeutig gesetzeskonforme Rechtsform gewählt hat." Diese Auffassung ist in dieser Allgemeinheit unhaltbar. Wenn ein Verein sich z.B. in eine Aktiengesellschaft umwandelt, so geht etwa die weitreichende Autonomie des Vereins bei der Gestaltung der Satzung, die ihren Ursprung in Art. 9 Abs. 1 GG hat und in § 40 BGB ihren Ausdruck findet, natürlich nicht unverändert auf die Aktiengesellschaft über. Diese genießt zwar auch den Schutz der Verbandsautonomie, aber natürlich mit abweichenden rechtlichen Grenzen. So gilt für die Aktiengesellschaft stattdessen insb. aus Gründen des Kapitalmarkt- und Gläubigerschutzes der Grundsatz der Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 AktG.

72 *Stöber/Otto* Rn. 968.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wortlich und frei von staatlicher Bevormundung unter Bindung an die eigenen Wert- und Moralvorstellungen ausgeführt werden, ist letztlich auch die Einrichtung eigener Kontrollinstanzen Ausdruck der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie.[73] Die auf diese Weise ausgeübte Selbstkontrolle bewirkt in der Folge eine weitere Aktualisierung und Konkretisierung der selbst gegebenen Wertentscheidungen. Auf die Verbands- und Sportschiedsgerichtsbarkeit wird in nachfolgenden Abschnitten zurückzukommen sein.[74]

30 Anders als das BVerfG haben der EuGH und das EuG auf europäischer Ebene bislang nur ansatzweise eine Dogmatik zur Vereinigungsfreiheit entwickelt.[75] Beide europäischen Gerichte haben aber generell bekräftigt, dass der in Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerte Grundsatz der Vereinigungsfreiheit zu den Grundrechten gehöre, die nach ständiger Rechtsprechung in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt würden.[76] In der *Bosman*-Entscheidung hat der EuGH in diesem Kontext betont, die Autonomie, über die die privaten Verbände beim Erlass von Sportregelungen verfügen, dürfe die Ausübung der dem einzelnen durch den Vertrag verliehenen Rechte nicht einschränken.[77]

31 Während damit das BVerfG die Grenzen interner und externer verbandsspezifischer Tätigkeiten bislang nur in Ansätzen umrissen hat, hat es in einem weiteren Punkt, dem Handeln einer Vereinigung im Verhältnis zu nicht verbandsgebundenen Dritten, klar Stellung bezogen.[78] Werde eine Vereinigung wie jedermann im Rechtsverkehr tätig, so sei für den Grundrechtsschutz dieser Betätigung nicht Art. 9 Abs. 1 GG maßgebend, weil die Vereinigung und ihre Tätigkeit als solche insoweit nicht dieses Grundrechtsschutzes bedürften. Dieser richte sich vielmehr nach den materiellen (Individual-)Grundrechten. Im Schrifttum[79] ist in diesem Zusammenhang überzeugend darauf hingewiesen worden, wo es um die externe Realisierung bestimmter Vereinszwecke gehe, könne der Verein nicht über mehr Rechte verfügen, als nach der (allgemeinen) Grundrechtsordnung auch Individuen zustünden (etwa gem. Art. 5 Abs. 1 und 3, 12, 14, 2 Abs. 1 GG). Die Vereinigungsfreiheit diene gerade dazu, Individuen auch in organisierter (kollektiver) Form die Verfolgung solcher „inhaltsrechtlicher" Grundfreiheiten zu ermöglichen. Folgerichtig könne aber bei entsprechend organisiert-kollektiver Grund-

73 *Buck-Heeb/Dieckmann* 77.

74 → III. Rn. 33–65 und insb. IV. Rn. 142–354, aber auch X. Rn. 29–42, XIII. Rn. 881–913 und XIII. Rn. 914–944.

75 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (246): „mangels ‚Fall-Masse' blass geblieben".

76 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 79 = NJW 1996, 505 – Bosman; EuGH 1999, I-4539, Rn. 137 = BeckRS 2004, 75308 – Montecatini/Kommission; EuG Slg. 2001, II-2823, Rn. 231 = BeckRS 2001, 70450 – Martinez u.a./Parlament.

77 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 81 = NJW 1996, 505 – Bosman.

78 BVerfG NJW 2015, 612, Rn. 13–15 – Raucherclub; BVerfGE 70, 1 (25) – Orthopädietechniker-Innung.

79 Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 87; im Ansatz vergleichbar *Krogmann* 63; *Nolte* 116; ähnl. *St. Horn* 122–125.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtsausübung der jeweilige Grundrechtsschutz im externen Bereich von Vereinigungen nicht weitergehen, als dies gemäß jener „Inhaltsrechte" verfassungsgemäß sei.

Festzuhalten bleibt damit, dass die Vorstellung vom Freiheitsraum des Art. 9 Abs. 1 GG grundrechtlich von einer betonten Binnenperspektive geprägt ist.[80] Das Handeln von Sportverbänden mit (un)mittelbaren Auswirkungen gegenüber verbandsunabhängigen Dritten fällt also grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 GG,[81] außer wenn es insoweit um den existenznotwendigen Bestandsschutz des Verbandes geht und ein untrennbarer Zusammenhang zur Bildung und zum Bestand der Vereinigung besteht.[82] Auf diese Problemkonstellation wird in einem gesonderten Abschnitt zurückzukommen sein,[83] um die damit verbundenen, ebenso komplexen und umstrittenen wie aktuellen Rechtsfragen zu analysieren. 32

4. Gerichtliche Überprüfung von Verbandsregelungen und ihrer Umsetzung

a) Notwendigkeit

Im Jahr 2004 stellte *Steiner*[84] zum Verhältnis von Verbandsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit fest, letztere sei 33

> „Reservegerichtsbarkeit, freilich auf Grund ihrer ‚Vorwirkung' mit starkem indirektem Einfluss auf das Rechtsgeschehen in den Verbänden."

Je nach Perspektive wird man diese Feststellung heute entweder als zutreffend oder aber als überholt bewerten müssen:

– Da sind zunächst die vielen verbandsgerichtlichen Verfahren in sämtlichen Sportarten, die allein hierzulande jährlich in mindestens fünfstelliger Zahl durchgeführt werden und die im Wesentlichen Entscheidungen im reinen Amateursport mit unmittelbarem Bezug zur wettkampfmäßigen Sportausübung betreffen. Hier vermag die Verbandsjustiz bis auf relativ wenige Fälle beim Auftreten von Meinungsverschiedenheiten in der rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts verfahrensbeendende Entscheidungen zu gewährleisten. Die staatliche Gerichtsbarkeit kommt insoweit über ihre „Reservistenrolle" 34

80 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (241).
81 In diesem Sinne bereits *Heermann* ZWeR 2017, 24 (31 f.); im Anschluss daran PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 7; so zuletzt auch *Cukurov* 103 f.
82 So *Heinrich* 54; im Anschluss daran auch *Seyb* 25.
83 → XII. Rn. 1 ff.
84 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (227 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur selten hinaus, d.h. sie wird von der sanktionierten oder unterlegenen Partei regelmäßig nicht mehr angerufen. Andernfalls hat die Verbandsjustiz wertvolle Vorarbeit für die staatlichen Gerichte geleistet.

35 – Anders gestaltet sich die Situation bei verbandsgerichtlichen Verfahren im (semi-)professionellen Sport, soweit insbesondere wirtschaftliche Belange (Eigentums- und Vermögensschutz) der Sportverbände und/oder der an die Verbandsstatuten gebundenen (un)mittelbaren Mitglieder (bei diesen kann zudem der Gesundheitsschutz eine Rolle spielen) betroffen sind. In diesem Kontext werden Entscheidungen der Verbandsjustiz nach Erschöpfung des verbandsinternen Rechtswegs zunehmend staatlichen Gerichten zur Überprüfung vorgelegt. Beispielhaft erwähnt seien die nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie je nach Sportverband europaweit höchst unterschiedlichen Vorgehensweisen, um einen bereits unterbrochenen Betrieb der Sportliga vorzeitig zu beenden.[85] Da dieses Problemfeld in den jeweiligen Verbandsstatuten regelmäßig nicht zuvor geregelt worden war (Warum eigentlich?), mussten diese angepasst werden. Hierbei eine Lösung zu finden, mit der alle betroffenen Mitglieder etwa der höchsten und der nachgeordneten Sportliga einverstanden gewesen wären, kam in vielen Fällen der Quadratur eines Kreises gleich. Mitunter wurden schon die komplexen und langwierigen Diskussionen zur Änderung der Statuten von potentiell nachteilig betroffenen Ligamitgliedern mit Klagedrohungen angereichert. Vielfach bemühten Ligamitglieder, die sich etwa eines Meistertitels, der Teilnahme an internationalen Wettbewerben oder eines schon fast sicher geglaubten sportlichen Aufstiegs beraubt sahen, die Verbandsjustiz und nachfolgend die staatliche Gerichtsbarkeit.

36 Wenn aber der staatlichen Justiz dann Entscheidungen der Sportgerichtsbarkeit zur Überprüfung vorgelegt werden,[86] muss sie gewisse, bis heute nicht abschließend festgelegte Grenzen beachten, da die Verbandsjustiz zuvor auf Grundlage der durch Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK abgesicherten Verbandsautonomie tätig geworden ist. Dieser Umstand führt zu einer Begrenzung der Kontrollbefugnisse staatlicher Richter und einer insgesamt geringeren Kontrolldichte. Überwiegend erfolgt hierzulande die Prüfung am recht unscharfen Maßstab von Treu und Glauben gem. § 242 BGB im Allgemeinen sowie materiell-rechtlich, d.h. im Hinblick insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der streitgegenständlichen Maßnahme, am allenfalls geringfügig präziseren Maßstab des Verbots von Willkür und grober Unbilligkeit.[87] Dieser konturenlose Gesetzestatbestand und die letztgenannten interpretations-

85 Hierzu → XIII. Rn. 471–493 m.w.N.
86 Diese Möglichkeit wird nahezu weltweit eröffnet, eine vieldiskutierte und umstrittene Ausnahme besteht indes im englischen Recht; krit. hierzu etwa *Cisneros* ISLJ 2020, 18 ff.
87 → III. Rn. 44–59.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bedürftigen Rechtsfiguren[88] lassen staatlichen Richtern einen nicht unerheblichen Ermessenspielraum. Da insbesondere unter solchen rechtlichen Rahmenbedingungen zwei Juristen bekanntlich drei Meinung haben, kann man sich ausmalen, was dieser Umstand für die Vorhersehbarkeit des Verfahrensausgangs bedeutet. Wird die Waagschale bei verbandsfreundlicher Auslegung eher zugunsten des beteiligten Sportverbandes ausschlagen oder aber doch zugunsten des Regelungsunterworfenen? Dies hat *Steiner* folgendermaßen zusammengefasst:[89]

> „Self-restraint der ordentlichen Gerichte gegenüber den Entscheidungen der Sportgerichtsbarkeit ist – nicht anders als im Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – eher ein Appell, setzt keine wirklichen Kontrollgrenzen."

b) Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang

Soweit die staatliche Justiz eingeschaltet wird, kommen dem anzuwendenden 37
Prüfungsmaßstab sowie dem sachlichen Prüfungsumfang vorentscheidende Rollen zu. Wie zuvor herausgearbeitet,[90] bedeutet die durch die Verbandsautonomie ermöglichte Selbstorganisation der Sportverbände im Innenverhältnis nicht, dass die Verbandsstatuten und ihre praktische Umsetzung vollständig einer gerichtlichen Kontrolle durch die staatliche Justiz entzogen wären.[91] Nunmehr sind der dabei anzuwendende Prüfungsmaßstab sowie der sachliche Umfang seiner Anwendbarkeit zu beleuchten.[92] Hierbei handelt es sich um zwei Stellschrauben für die Überprüfung verbandsgerichtlicher Entscheidungen durch staatliche Gerichte, die üblicherweise zusammen diskutiert werden (müssen). Insoweit gilt Folgendes: Je strenger der anzuwendende rechtliche Prüfungsmaßstab ist, desto stärker kann die Verbandsautonomie durch staatliches und supranationales Recht eingegrenzt werden. Und je kleiner der zunächst unbeschränkte Anwendungsbereich des zuvor ermittelten Prüfungsmaßstabs ist, d.h. je mehr Bereiche der Verbandsregeln und ihrer Umsetzung von der Prüfung durch staatliche Gerichte etwa unter Bezugnahme auf die Besonderheiten des Sports[93] ausgenommen werden oder an einem milderen Prüfungsmaßstab gemessen werden können, desto weniger können staatliche Gerichte die Verbandsautonomie beschränken. Dabei dienen Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang staatlicher Gerichte der Verbandsjustiz insoweit als Spiegelbild, als letztere von vornherein absehen kann, unter welchen Voraussetzungen ihre Entscheidungen unter Berücksichtigung der Verbandsau-

88 Nach *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (228) handelt es sich dabei um eine „offene, weiche, biegsame Formel".
89 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (227 f.).
90 → III. Rn. 33–36.
91 *Oschütz* 9; *J. F. Orth* 96; PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 554.
92 Hierzu ausf. *Seyb* 51–82.
93 → II. Rn. 1–15.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tonomie gleichwohl durch staatliche Gerichte nachfolgend aufgehoben werden können.

aa) AGB-Kontrolle

38 Möglichkeiten und Reichweite einer AGB-rechtlichen Kontrolle von Verbandsstatuten werden schon lange diskutiert. Im Anschluss an frühere Erwägungen[94] soll die Kontroverse nachfolgend skizziert und in ihren praktischen Auswirkungen bewertet werden.

39 Nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden die Vorschriften zur gesetzlichen AGB-Kontrolle keine Anwendung bei Verträgen u.a. auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Aus der insoweit inhaltlich identischen Vorgängervorschrift § 23 Abs. 1 AGBG schloss *Steinbeck*[95], diese Bereichsausnahme erstrecke sich nicht nur auf Regelungen des Vereins, welche die Gründung und die Organisation der Vereinigung betreffen, sondern auch auf solche Bestimmungen, welche die Austauschbeziehungen zwischen Verein und Mitglied regeln, wie z.B. die Benutzung von Vereinseinrichtungen. Andernfalls widerspreche die Auslegung dem Wortlaut der Ausnahmevorschrift, der keine Einschränkung in dieser Hinsicht enthalte. Auch eine teleologische Reduktion der gesetzlichen Regelung scheine nicht interessengerecht, wenn man sich vor Augen führe, dass die Regelungen, die die Austauschbeziehungen zwischen Verein und Mitglied betreffen, letztendlich ebenso der Erreichung des Vereinszwecks dienen würden und daher Teilelemente aus der komplexen Beziehung zwischen Verein und Mitglied seien. Eine Herausnahme der die Austauschbeziehungen betreffenden Regelungen aus dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 AGBG – nunmehr § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB – wäre künstlich, unpraktikabel und interessenwidrig,[96] so dass die AGB-rechtlichen Regelungen folglich auf Vereinssatzungen generell nicht anwendbar seien.

40 Dieser rechtliche Ansatz ist erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Zuzugeben ist freilich, dass die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB nicht unmittelbar auf Austauschbeziehungen zwischen Vereinen und ihren Mitgliedern angewendet werden können, die im Wege der einzelvertraglichen Bezugnahme durch Vereinsordnungen ausgestaltet werden. Denn bei Vereinsordnungen handelt es sich nicht um Vertragsbedingungen, die ein Verein seinen einzelnen Mitgliedern gem. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB „bei Abschluss eines Vertrags stellt".[97] Die Gültigkeit von Vereinsordnungen ist regelmäßig unabhängig von einer individuellen Billigung durch die Vereinsmitglieder. Allerdings sind bei synallagmatischen Austauschverhältnissen mit

94 Insb. *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (102–104).
95 *Steinbeck* 211.
96 So auch *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 231; *Vieweg*, FS Lukes, 1989, 811 (813).
97 *Kohler* 200.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

potentiell gegenläufigen Interessen einerseits des Vereins und andererseits seiner Mitglieder die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB analog anzuwenden. Insoweit sind zahlreiche Leistungsaustauschbeziehungen zwischen einem Verein/Verband und seinen Mitgliedern denkbar, in denen auf Vereinsordnungen Bezug genommen wird:[98] z.B. Benutzung von Vereinseinrichtungen; Nominierungsverträge im Profi- oder auch Amateursport, ebenso Förderverträge, Lizenzverträge oder Athletenvereinbarungen, wenn der Athlet über die bloße Teilnahme am Sportwettkampf und/oder am Trainingslager hinaus zusätzliche Leistungen erbringen muss (Tätigwerden für die Verbandssponsoren durch Tragen der von diesen zur Verfügung gestellten Wettkampfkleidung oder Teilnahme an deren Vermarktungsaktivitäten, Verzicht auf eigene Vermarktungsmöglichkeiten[99]). Diese Situationen weisen, auch wenn sie mittelbar der Erreichung des Vereinszwecks dienen, eine größere Affinität zu vertraglichen, durch Interessengegensätze geprägten Austauschbeziehungen als zu vereinsrechtlichen Organisationsakten auf.[100] Zwar bestehen systematische Unterschiede zwischen einem vertraglich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Benutzungsverhältnis und einem durch vereinsinterne Ordnung ausgestalteten Vertragsverhältnis, die einer analogen Anwendung aber nicht entgegenstehen.[101] Nur auf diese Weise kann dem Umgehungsverbot gem. § 306a BGB in angemessener Weise Rechnung getragen werden. Praktische Erwägungen treten hinzu. Es sei unterstellt, dass eine Vereinseinrichtung auf vertraglicher Grundlage sowohl Vereinsmitgliedern als auch vereinsfremden Dritten zur Verfügung gestellt wird. In einem solchen Fall seien die Benutzungsbedingungen gegenüber den Vereinsmitgliedern durch eine Vereinsordnung, gegenüber Nichtmitgliedern durch inhaltlich identische, einzelvertraglich einbezogene Geschäftsbedingungen ausgestaltet. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb nur im letztgenannten Fall eine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB soll erfolgen dürfen.[102] Davon ist selbst dann auszugehen, wenn in dem Vertrag mit Außenstehenden – wie in der Praxis häufig – auf die Bestimmungen der Vereinsordnung Bezug genommen wird.[103]

Letztlich führt der dargestellte Ansatz einer AGB-Kontrolle derjenigen Vereins- 41
satzungen und -ordnungen, die in gegenseitige entgeltliche Austauschverträge zwischen einem Verein einerseits und seinen Mitgliedern oder Dritten ande-

98 Ausf. hierzu *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (104–107).
99 Ausf. zu diesem Problemfeld → XIII. Rn. 618–654.
100 Ähnl. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 589–593; s. auch *Oberthür* 35 f., die vergleichbare Erwägungen im Hinblick auf Spielertransfers anstellt und die Lizenzordnung des Ligaverbandes sowie das Transferreglement der FIFA als Gegenstand des Arbeitsvertrages der Lizenzspieler einer einheitlichen Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterziehen will; a.A. etwa PHB VereinsR/*Stopper* § 2 Rn. 62 („Die §§ 305 ff. BGB dienen dem Verbraucherschutz gegenüber den mächtigen Unternehmen, während Sportverbände und Sportler grundsätzlich ein gemeinsames Interesse verfolgen."); *Steinitz* 42 f.
101 *Kohler* 200.
102 *Kohler* 201 f.
103 MüKo-BGB/*Basedow* § 310 BGB Rn. 125; *Edenfeld* 207 f. unter Bezugnahme u.a. auf *Kohler* 192 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rerseits einbezogen sind, zu keiner ungerechtfertigten Ungleichbehandlung verschiedener Mitgliedergruppen. Regelmäßig werden nur professionelle und semiprofessionelle (Leistungs-)Sportler, Kaderathleten sowie Mitglieder von Sportfördergruppen überhaupt als Vertragspartner mit dem Verein abzuschließender, gegenseitiger und *entgeltlicher* Austauschverträge in Betracht kommen. Eine Ausnahme gilt, wenn *sämtlichen* Mitgliedern bestimmte Vereinseinrichtungen nicht aufgrund der Vereinssatzung, sondern nur bei Abschluss *entgeltlicher* Benutzungsverträge, die auf Vereinssatzungen oder -ordnungen Bezug nehmen, zur Verfügung gestellt werden (z.B. Tennishalle im Gegensatz zu den Freiluft-Tennisplätzen des Vereins). In derartigen Konstellationen verdrängen die entgeltlichen vertraglichen Austauschbeziehungen eindeutig etwaige Elemente organisationsrechtlichen Charakters, die den entsprechenden Verträgen innewohnen mögen, weil die dadurch erzielten Einnahmen letztlich auch der Förderung des Vereinszwecks zugutekommen sollen.

42 Damit bedürfen die grundlegenden Ausführungen des BGH in seinem Urteil *Reiterliche Vereinigung* vom 28.11.1994[104], wonach der Sporttreibende und die die betreffende Sportart betreuenden Verbände nicht grundlegend entgegengesetzte Interessen verfolgen, der Modifikation. Die zuvor aufgezählten Anwendungsfälle und damit verbundene rechtliche Auseinandersetzungen[105] belegen, dass es – anders als der BGH seinerzeit noch annahm – bei Leistungsaustauschbeziehungen zwischen einem Verein und (Nicht-)Mitgliedern nicht regelmäßig „um die Aufstellung von Normenwerken sozial-organisatorischer Natur geht", sondern schon seit geraumer Zeit „Leistungsaustauschbeziehungen mit von vornherein prinzipiell konträren Interessen" insbesondere im Bereich des kommerzialisierten und in Verbandsstrukturen betriebenen Sports auftreten.[106] Im Übrigen stehen bei genauer Betrachtung die Ausführungen des II. Zivilsenats in dem Urteil *Reiterliche Vereinigung* dem vorliegend favorisierten Ansatz einer Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf gegenseitige entgeltliche Austauschbeziehungen zwischen Vereinen/Verbänden und ihren Mitgliedern nicht entgegen. Denn in dem konkreten Fall sollte das vertraglich einbezogene Regelwerk keine Gläubigerinteressen des Vereins durchsetzen, sondern allein die Ordnung im sportlichen Wettkampf gewährleisten. Zwischen dem beklagten Reiterverband und den einzelnen klagenden Reitern bestanden daher letztlich keine Rechtsbeziehungen, die auf den Leistungsaustausch abzielten.[107]

104 BGHZ 128, 93 (102) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.
105 → X. Rn. 6 f., XI. Rn. 28–31, XIII. Rn. 618–654 und Rn. 655–708, jew. m.w.N.
106 Zum wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis zwischen Sportverbänden und Athleten s. bereits frühzeitig *Heermann* NZG 1999, 325 (329); vgl. auch *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (284); *Kretschmer* 82; PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 589 f.
107 *Edenfeld* 211 unter Bezugnahme auf *Pfister* JZ 1995, 464 (466).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staatliche Gerichte haben bislang – soweit ersichtlich – das AGB-Recht auch bei Vorliegen von Leistungsaustauschbeziehungen nicht als Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung von Verbandsregelungen und ihrer Umsetzung herangezogen, sondern stattdessen in jedem einschlägigen Fall, wie sogleich darzulegen sein wird,[108] die Kontrolle auf § 242 BGB gestützt. Unabhängig davon, ob man § 242 BGB oder aber §§ 305 ff. BGB als Prüfungsmaßstab heranzieht, sind grundlegend voneinander abweichende Ergebnisse nicht zu erwarten.[109] Dies deutet auch der BGH an.[110] So könnten im Rahmen einer Inhaltskontrolle unmittelbar nach § 242 BGB die für eine AGB-Kontrolle festgelegten Wertungsmaßstäbe zwar „allenfalls entsprechend" herangezogen werden, damit sei aber „kein weniger strenger Maßstab anzulegen […] als bei Anwendung des AGB-Gesetzes oder bei der Inhaltskontrolle von Normen, durch die der Verband die Beziehungen zu seinen Mitgliedern ordnet". 43

bb) Treu und Glauben gem. § 242 BGB

(1) Vorgaben des BGH

Der BGH[111] hat sich in seinem Urteil *Reiterliche Vereinigung* für den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB als Prüfungsmaßstab[112] ausgesprochen, ohne dabei einen weniger strengen Maßstab als im Rahmen einer AGB-Kontrolle anlegen zu wollen. Damit könnte zumeist allein die AGB-rechtliche Generalklausel § 307 BGB zur Konkretisierung des Kontrollmaßstabes § 242 BGB bemüht werden, womit aber letztlich wenig gewonnen wäre. Spätestens an diesem Punkt muss eine Konkretisierung der Interessen der Beteiligten, d.h. einerseits des Sportvereins oder -verbandes (Schutz der Verbandsautonomie) und andererseits seiner Mitglieder – seien es natürliche Personen (Individualinteressen), seien es wiederum Mitgliedsvereine (Schutz der Verbandsautonomie) –, vorgenommen werden. Es bedarf letztlich der Herbeiführung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Beteiligten, wobei die möglichen Auswirkungen der Satzungsregelung auf die Rechte der Mitglieder mit ihren Folgen und Belastungen sowie die Verteilung der Risiken zwischen dem Verein und den Mitgliedern zu berücksichtigen sind.[113] 44

108 → III. Rn. 44–59.
109 So bereits *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (285); i.Erg. ebenso PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 592; PHB VereinsR/*Stopper* § 2 Rn. 62; *Seyb* 51 f.
110 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.
111 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.
112 Hierzu *Seyb* 52–58.
113 Hierzu ausf. *Steinbeck* 230–234.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Gerichtliche Prüfungsschritte

45 Insgesamt umfasst eine Inhalts- und Ausübungskontrolle von Verbandsstatuten durch staatliche Gerichte aber mehr Aspekte als eine reine Interessenabwägung. Dabei ist durch die Praxis folgendes Prüfungsschema entwickelt worden,[114] dessen einzelne Punkte im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle aber nur angesprochen werden, falls insoweit Zweifel bestehen. Geprüft wird dabei, ob

i) die vom Verbandsgericht getroffene Ordnungsmaßnahme eine wirksame Grundlage in der insoweit gültigen Satzung hat,
ii) das zuständige Organ entschieden hat,
iii) das in der Satzung festgelegte Verfahren eingehalten worden ist und allgemeingültige Verfahrensgrundsätze beachtet worden sind,
iv) die streitgegenständliche Verbandsregelung oder die auf ihr beruhende Ordnungsmaßnahme nicht satzungs-, gesetz- oder sittenwidrig ist,
v) die dem Ordnungsausspruch zugrunde liegende Tatsachenermittlung nicht fehlerhaft gewesen ist und
vi) die Ordnungsmaßnahme nicht willkürlich oder grob unbillig gewesen ist.

46 Wenn die betreffenden Fragen allesamt bejaht werden können, wird ein staatliches Gericht die streitgegenständliche Ordnungsmaßnahme und deren rechtliche Grundlage in den Verbandsstatuten nicht beanstanden.

(3) Vereinbarkeit mit der Verbandsautonomie

47 Die Prüfungsschritte i), ii), iii) und v) beziehen sich auf verfahrenstechnische Aspekte. Prüfungsschritt iv) knüpft an die vereinsrechtliche Legalitätspflicht an. Beachtlich ist der Umstand, dass die Verbandsregelung und ihre Umsetzung im konkreten Fall weder gegen die Verbandssatzung selbst verstoßen noch sittenwidrig gem. § 138 BGB sein dürfen und insoweit zugleich auch kein Gesetzesverstoß gem. § 134 BGB vorliegen darf. Auf den letztgenannten Aspekt wird alsbald noch einmal zurückzukommen sein.[115] Ausfluss der Verbandsautonomie ist insbesondere Prüfungsschritt vi). Die streitgegenständliche Maßnahme des Sportverbandes wird materiell-rechtlich nämlich nicht vollständig hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit überprüft. Stattdessen findet insoweit lediglich eine Prüfung dahingehend statt, dass die Maßnahme weder willkürlich noch grob unbillig ist. Die mit dem Verbot von Willkür und grober Unbilligkeit verbundenen Rechtsgrundsätze können, auch gestützt auf die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, nicht aufgehoben werden. In Prüfungsschritt vi) ver-

114 *Bohn* 41 f.; *Buchberger* 165 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann* 60 ff.; Reichert/*Behler* Rn. 3281; *Stöber/Otto* Rn. 1010; PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 596 ff.
115 → III. Rn. 60–63.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirklicht sich letztlich der der Verbandsautonomie geschuldete eingeschränkte Prüfungsumfang, der gleichzeitig aber dem aus der allgemeinen Justizgewährungspflicht resultierenden Kontroll- und Korrekturvorbehalt genügt.[116] Den Sportverbänden verbleibt also nach Auffassung der Judikatur noch ein von staatlicher Seite nicht reglementierter und von staatlichen Gerichten nur eingeschränkt überprüfbarer Raum für die Umsetzung ihrer eigenen Wert- und Moralvorstellungen.

Allerdings lässt sich dieser der staatlichen Kontrolle letztlich entzogene Freiraum 48
von Sportverbänden nicht ansatzweise so zuverlässig bestimmen wie der Bereich, der inzwischen dank bestens geschulter Linienrichter und – hilfsweise – Videotechnik zumindest im Profifußball zentimetergenau abgegrenzt werden kann und dessen Betreten laut und vernehmbar vom Schiedsrichter mit einem „Abseitspfiff" (sei es sofort, sei es mitunter nach einer Rückmeldung aus dem „Kölner Keller" auch erst Minuten später) geahndet wird. Es ist zwar davon auszugehen, dass sich Sportverbände mit verhängten Ordnungsmaßnahmen deutlich seltener ins rechtliche Abseits manövrieren als Fußballspieler auf dem Spielfeld. Aber es passiert eben doch, was dem im Vorhinein nicht präzise bestimmbaren Grenzverlauf geschuldet ist. Satzungs- und Gesetzeskonformität, fehlende Sittenwidrigkeit, Willkür und grobe Unbilligkeit bilden zwar wichtige Prüfungsschritte bei der gerichtlichen Kontrolle von Ordnungsmaßnahmen eines Sportvereins oder -verbandes, sie stellen aber keine im konkreten Fall bereits vorhandenen, gleichsam katastermäßig festgelegten Grenzmarken dar. Diese müssen vielmehr von Fall zu Fall neu festgelegt werden.

(4) Differenzierung nach Sportvereinen und -verbänden ohne und mit Aufnahmepflicht

Neben der Kontrolle von Verbandsstatuten und darauf gestützten Ordnungsmaß- 49
nahmen der Sportverbände existiert noch ein weiteres Regulativ, mit dem Vereinsmitglieder ihrer Unzufriedenheit Ausdruck verleihen können. Denn sie sind grundsätzlich frei in der Entscheidung, aus einem Sportverein oder -verband auszutreten (§ 39 Abs. 1 BGB), wobei dieses Recht nur hinsichtlich der Kündigungsmodalitäten gewissen Einschränkungen unterliegt (§ 39 Abs. 2 BGB). Stattdessen können sie einem – soweit vorhanden (dazu sogleich) – anderen vergleichbaren Verein beitreten, von dem sie annehmen, dort insbesondere ihre sportlichen und sozialen Interessen besser verfolgen und umsetzen zu können. Die Freiwilligkeit des Ein- und Austritts eröffnet Vereinsmitgliedern somit die Möglichkeit, sich von den Wertvorstellungen einer bestimmten Vereinigung loszusagen, falls die

116 *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 162; ihm folgend *Seyb* 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selbstbindung hieran – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr gewünscht sein sollte.[117]

50 Es gibt aber auch Situationen, in denen diese Freiwilligkeit des Ein- und Austritts aus einem Verein oder Verband deutlich relativiert wird. Wenn ein Fußballverein etwa die Deutsche Meisterschaft im professionellen Fußball anstrebt, wird ihm dies ohne eine Mitgliedschaft im Deutsche Fußball Liga e.V. (DFL e.V.) nicht gelingen, weil ihm nur als Mitglied durch den DFL e.V., handelnd durch die DFL GmbH, eine Lizenz erteilt werden kann, die zur Teilnahme am Spielbetrieb der Bundesliga und 2. Bundesliga berechtigt. Wenn dieser Fußballverein als Mitglied des DFL e.V. mit gewissen Verbandsstatuten nicht einverstanden ist (wie etwa bis zum Jahr 2019, vermutlich aber auch darüber hinaus der seinerzeitige Präsident des Hannover 96 e.V., *Martin Kind*, mit der sog. 50+1-Regel[118]), könnte er zwar – theoretisch – als Verbandsmitglied ausscheiden, müsste damit aber zugleich seinen Traum vom Gewinn der Deutschen Fußballmeisterschaft aufgeben (der sich zugunsten des genannten Vereins mangels Verfolgung einer möglichst umfassenden *competitive balance*[119] innerhalb der Liga in absehbarer Zukunft ohnehin nicht erfüllen dürfte). Beim DFL e.V. handelt es sich somit um einen Sportverband mit Aufnahmezwang, falls der betreffende Fußballclub die sportliche Qualifikation und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit neben weiteren Lizenzierungsbedingungen nachgewiesen hat. Mit anderen Worten: Es gibt Sportverbände, die als Konsequenz des verbreiteten und seit Jahrzehnten bewährten Ein-Platz-Prinzips,[120] d.h. der monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen, über eine Alleinstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von Sportwettkämpfen in einer bestimmten Sportart verfügen, so dass es für die Vereins- und Verbandsmitglieder tatsächlich keine Alternative oder zumutbaren Substitute gibt.

51 Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,[121] nimmt der BGH[122] mit Zustimmung von Teilen des Schrifttums[123] bei denjenigen Vereinen und Verbänden, die über eine „sozialmächtige", monopolartige Position verfügen, welche in einem Aufnahmezwang von unmittelbaren Mitgliedern ihren Ausdruck findet, eine umfassende Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen und -ordnungen und darauf gestützten Ordnungsmaßnahmen vor. Das bedeutet, dass bei Prüfungsschritt vi)[124] die

117 Vgl. *Bohn* 42; *Buck-Heeb/Dieckmann* 65.
118 Hierzu ausf.→ XIII. Rn. 268–310.
119 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
120 → XIII. Rn. 62–72.
121 *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (96 f.).
122 BGHZ 105, 306 (318) = NJW 1989, 1724 (1726); BGHZ 128, 93 (101, 102 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung; BGHZ 142, 304 (306) = NJW 1999, 3552 (3552).
123 S. stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 612–614; *Segna* Non Profit Law Yearbook 2003, 17 (37); *Steinbeck* 225 f., jew. m.w.N.
124 → III. Rn. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

streitgegenständliche Maßnahme in vollem Umfang auf ihre Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit hin überprüft wird.[125]

Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung, wie ein Urteil des LG Frankfurt/Main aus dem Jahr 2019 exemplarisch belegen mag (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[126] 52

> „**Bei Vereinen, für die eine Aufnahmepflicht besteht, sind die Anwendung des Vereinsrechts und die Strafbemessung vollständig gerichtlich nachprüfbar.** In einem solchen Fall **erstreckt sich die Kontrollbefugnis** des angerufenen Gerichts **auch auf die inhaltliche Angemessenheit der angewandten Bestimmungen gemäß § 242 BGB**, die einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Verbandes und den schutzwürdigen Interessen derjenigen herstellen müssen, die seiner Verbandsgewalt unterworfen sind (OLG Düsseldorf, NJOZ 2015, 858). **Bei anderen Vereinen beschränkt sich die Prüfung der Subsumtion und der Bemessung der Strafe dagegen grundsätzlich darauf, ob die Strafe willkürlich oder grob unbillig ist.**"

Es ist nicht zu erwarten, dass von dieser differenzierenden Rechtsprechungspraxis alsbald abgewichen werden wird. Denn die hiergegen vorgebrachten Argumente können durchweg nicht überzeugen: 53

So wollen viele kritische Stimmen[127] eine solche umfassende Inhaltskontrolle nicht auf Vereine mit überragender Machtstellung beschränken. Denn es sei nicht einzusehen, warum Vereine ohne Monopolstellung ihre Angelegenheiten in unbilliger Weise sollten regeln dürfen, da sich das Mitglied durch den Vereinsbeitritt nicht freiwillig der Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben begebe, sondern erwarte, dass es gerecht behandelt werde; unangemessene Benachteiligungen dürften nicht stets zulasten des Mitglieds gehen, indem sie das Mitglied zum Austritt zwängen, da die individuelle Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) auch die Freiheit umfasse, in der Vereinigung zu verbleiben.[128] Letztgenannte Prämisse vernachlässigt indes, dass unangemessene Benachteiligungen von Vereins- 54

125 A.A. das den Sportverbänden tendenziell nahestehende Schrifttum: S. etwa PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 3 Rn. 598 sowie unter Bezugnahme darauf Ständiges Schiedsgericht für die 3. Liga beim DFB SpuRt 2021, 47 (47) – Preußen Münster/DFB, die gleichwohl dem Verband unter Berücksichtigung der Verbandsautonomie noch einen Beurteilungsspielraum zubilligen; ebenso *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (57): „Undifferenzierten Äußerungen wie ‚Bei Monopolverbänden sind Entscheidungen vollständig gerichtlich überprüfbar' gilt es entgegenzutreten." Nach Auffassung von Cherkeh/Momsen/Orth/*J. F. Orth* 2. Kap. Rn. 466–472 unterliegen nur Tatsachenfeststellung und Subsumtion der Verbandsgerichte vollständiger gerichtlicher Kontrolle, wohingegen in Fragen der Regelaufstellungs- und -inhaltskontrolle sowie der Strafzumessungskontrolle den Verbänden stets ein – wenn auch enger – Ermessens- und Beurteilungsspielraum zustehen soll.

126 LG Frankfurt/Main SpuRt 2019, 137 (138) – 3-Punkte-Abzug. Nach einem Hinweisbeschluss des OLG Frankfurt SpuRt 2020, 194–196 ist durch einen Vergleichsabschluss zwischen den Parteien das genannte Urteil des LG Frankfurt/Main in der Vorinstanz zwar wirkungslos geworden. In dem Hinweisbeschluss hat das OLG Frankfurt indes den in der Vorinstanz verfolgten Prüfungsansatz als solchen nicht in Frage gestellt, sondern nur das Ergebnis der dort vorgenommenen Interessenabwägung.

127 Vgl. stellvertr. MüKo-BGB/*Leuschner* § 25 Rn. 36 m.w.N.; *Schöpflin* 231.

128 *Schöpflin* 231; ähnl. *Lettl* 161.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mitgliedern, die auf Regelungen von Vereinssatzungen oder -ordnungen beruhen, durchaus im Wege einer eingeschränkten Ausübungskontrolle[129] überprüft werden können. Somit verbleiben nur diejenigen Fälle, in denen das Vereinsmitglied sich durch eine weder willkürliche noch grob unbillige Maßnahme des Vereins, sondern allein durch die bloße Existenz der betreffenden Verbandsregelung und der darauf gestützten Ordnungsmaßnahme benachteiligt fühlt. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass keine Verpflichtung der Vereinsmitglieder zur objektiv richtigen, billigen oder gerechten Gestaltung der Satzung besteht. Vielmehr lässt die auf der Verbandsautonomie basierende Freiheit der Mitglieder zur Gestaltung der Vereinssatzungen und -ordnungen im Grundsatz durchaus auch bei objektiver Betrachtung unvernünftige und nicht der allgemeinen Mehrheitsmeinung entsprechende Regelungen zu. Daher bedarf gerade die Beschränkung dieser Freiheit der Vereinsmitglieder zur Gestaltung der Satzung durch eine richterliche Inhaltskontrolle einer Rechtfertigung, die die Judikatur aus den bereits dargelegten Gründen nur bei „sozialmächtigen" Verbänden mit Aufnahmezwang annimmt. Denn andernfalls können die Mitglieder „mit den Füßen abstimmen".

55 Gegen die Auffassung des BGH hat *Schöpflin*[130] zudem eingewendet, es sei nicht ersichtlich, warum im Gegensatz zu Publikumsgesellschaften bei Vereinen die umfassende Inhaltskontrolle nur im Fall von Monopolstellungen und faktischem Beitrittszwang gelten solle; zudem führe die Begrenzung der Inhaltskontrolle auf „sozialmächtige" (Monopol-)Vereine zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten. Zutreffend erkennt er, dass die Vereinsautonomie des „klassischen Idealvereins" ohne Monopolstellung durch die Drohung der Vereinsmitglieder, eine gerichtliche Inhaltskontrolle zu bewirken, eingeschränkt werden könnte, obwohl die Austrittsfreiheit in einem solchen Fall korrigierend wirke. Soweit *Schöpflin*[131] aber vorschlägt, dass die individuellen Verhältnisse des jeweiligen Vereins, insbesondere seine Bedeutung für das Mitglied, bei der Prüfung, ob eine Satzungsregel unangemessen ist, berücksichtigt werden solle, setzt sich auch dieser Ansatz dem Vorwurf nicht unerheblicher Abgrenzungs- und Anwendungsschwierigkeiten aus. Denn die subjektiv gefärbten und damit einem Beweis kaum zugänglichen Bewertungskriterien – Bedeutung der Vereinsmitgliedschaft für das Mitglied, Zumutbarkeit des Austritts – scheinen letztlich noch unschärfer als der Nachweis der Monopolstellung eines Vereins und seiner überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich. Entscheidend kann damit nur die Frage

129 → III. Rn. 45 f.
130 *Schöpflin* 231.
131 *Schöpflin* 231.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein, ob sich ein Verein der Marktkontrolle durch den Zu- und Abgang von Mitgliedern entzieht.[132]

Aus vergleichbaren Gründen sind die Abgrenzungsversuche weiterer Stimmen abzulehnen, die den differenzierenden Ansatz der ständigen Rechtsprechung kritisieren.[133] Denn ob ein Verein oder Verband eine „sozialmächtige" Stellung aufgrund der Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von oder Zulassung zu bestimmten Sportveranstaltungen innehat, ist leichter und genauer zu bestimmen als die anderen vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien: z.B. Angewiesenheit des Mitglieds auf die Mitgliedschaft; Vorliegen eines Publikumsvereins (wobei bereits hinsichtlich der erforderlichen Mindestzahl an Mitgliedern Uneinigkeit herrscht); Verselbstständigung der Willensbildung in der Vereinsspitze; Veränderung der Beitrittsmotivation. 56

Statt für eine Ausweitung oder Modifizierung des Anwendungsbereichs der beschriebenen, zwischen „sozialmächtigen" Verbänden mit Aufnahmeverpflichtung und sonstigen Verbänden differenzierenden Judikatur hat sich zuletzt *Seyb*[134] genau entgegengesetzt für eine vollständige Abkehr von diesem Ansatz ausgesprochen. Aus der Erkenntnis einer Machtverschiebung zugunsten der Verbände und zugleich zulasten der Individuen habe in der Rechtsprechungsentwicklung eine Änderung der Schutzrichtung resultiert.[135] Hauptzweck der gerichtlichen Überprüfung verbandlicher Regeln sei heute nicht mehr der traditionelle Schutz der Vereinsautonomie vor staatlicher Reglementierung, sondern der Schutz des Einzelnen vor einer übermäßigen Macht der Verbände.[136] Damit sei eine Erweiterung des ursprünglich eingeschränkten, zuvor dargestellten Prüfungsumfangs[137] einhergegangen. Im Hinblick auf die an der Verbandsautonomie orientierten Zwecksetzung, aus der den Sportverbänden generell ein durch staatliche Gerichte nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zuerkannt worden sei, könne die Reichweite des Beurteilungsspielraums aber nicht von der Machtstellung des Verbandes abhängig gemacht werden, wenn sie sich aus der Bestimmung der Eigentypizität des Verbandes ergebe. Auch für „sozialmächtige" Sportverbände gelte wie für sämtliche anderen Sportvereine und -verbände die Feststellung, dass ihre Regelungsgewalt umso weiter reiche, je sport-typischer sich der zu regelnde Sachverhalt darstelle.[138] 57

132 *Segna* Non Profit Law Yearbook 2003, 17 (37).
133 S. hierzu *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (98–101) m.w.N. und einer ausf. Darstellung der Gegenargumente.
134 *Seyb* 56–58.
135 *Esposito* 121.
136 Grüneberg/*Ellenberger* § 25 BGB Rn. 7; Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen/Hoefer/Nolte* Rn. 208; ausf. zur Entwicklung in der Rspr. *Steinbeck* 211 ff.
137 → III. Rn. 45 f.
138 *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (179 f.); ihm folgend *B. Eichel* 68; *Weiler* SpuRt 2007, 133 (135); ähnl. *P. Fischer* 104, der auf die Unabdingbarkeit einer Verbandsregelung abstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

58 Dieser Abgrenzungsversuch geht auf einen von *Kummer*[139] schon im Jahr 1973 entwickelten privatrechtstheoretischen Ansatz zurück, der eine Unterscheidung von „Spielregel und Rechtsregel" – so auch der Titel seiner Monographie – zu begründen versuchte. In den nachfolgenden Jahrzehnten hat sich herausgestellt, dass diese Differenzierung ebenso wie die nachfolgenden Abwandlungen, zu denen letztlich auch *Seybs* Ansatz zu rechnen ist, nicht überzeugen können. Denn nahezu jede Änderung einer Spielregel wird gerade heute in der schon stark kommerzialisierten Sportwelt zumeist auch wirtschaftliche Auswirkungen haben. Oder wer glaubt noch, dass für die Einführung einer *prima facie* so unscheinbaren Spielregel wie den Bekleidungsvorschriften im Beachvolleyball oder Beachhandball der Damen, die im Wettkampf mit deutlich weniger Textilien und damit mehr unbedeckten Körperteilen als ihre männlichen Kollegen antreten müssen,[140] *allein* praktische oder ästhetische (und keineswegs aufgrund der erwarteten Attraktivitätssteigerung auch ökonomische Gesichtspunkte und Vermarktungsinteressen) eine Rolle spielten?[141] Nicht zuletzt diese Probleme haben übrigens den EuGH im Jahr 2006 veranlasst, sämtliche Verbandsstatuten unabhängig vom Grad ihrer Sporttypizität in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts einzubeziehen.[142]

59 Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass in Deutschland im Anschluss an die ständige Rechtsprechung nur bei denjenigen Sportvereinen und -verbänden, die über eine „sozialmächtige", monopolartige Position mit Aufnahmezwang verfügen, im Rahmen von Prüfungsschritt vi)[143] eine umfassende Inhaltskontrolle von Verbandsstatuten und darauf gestützten Ordnungsmaßnahmen vorgenommen wird. Bei den übrigen Sportverbänden und -vereinen erfolgt bei diesem Prüfungsschritt hingegen lediglich eine eingeschränkte Inhalts- und Ausübungskontrolle am Maßstab des Verbots von Willkür und grober Unbilligkeit. In dem verbleibenden, zugegebenermaßen recht engen und von staatlichen Gerichten nicht kontrollierbaren Freiraum können Sportverbände ohne Aufnahmeverpflichtung ihre eigenen Wert- und Moralvorstellungen umsetzen.

139 *Kummer passim*.

140 S. hierzu Spiegel Online v. 2.11.2021 („Neue Kleidungsvorschriften im Beachhandball nach Sexismusvorwürfen – Shorts und Tanktops statt Bikinis"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/handball/beachhandball-weltverband-aendert-kleidungsvorschriften-nach-sexismusvorwuerfen-a-c45e0c68-0c91-44af-bcad-eff8102bb6a1 (zuletzt besucht am 7.2.2022); pointiert *Sippel* FAZ v. 2.11.2021.

141 Zu weiteren Beispielen, die die unvermeidbaren Abgrenzungsprobleme veranschaulichen, sowie zur Unmöglichkeit, Regelungen rein sportlichen Charakters von sonstigen Verbandsregelungen abzugrenzen → VI. Rn. 79–86.

142 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 27 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 43.

143 → III. Rn. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Grundfreiheiten

Bei der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten – Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45–48 AEUV), Dienstleistungsfreiheit (Art. 56–62 AEUV), Warenverkehrsfreiheit (Art. 28–37 AEUV), Niederlassungsfreiheit (Art. 49–55 AEUV) sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63–66 AEUV) – auf Sachverhalte im Sportsektor handelt es sich eigentlich nicht um einen klassischen Prüfungsmaßstab bei der gerichtlichen Überprüfung von Verbandsregelungen und ihrer Umsetzung, sondern vielmehr um eine konsequente Anwendung der vereinsrechtlichen Legalitätspflicht, wie sie auch in Prüfungsschritt iv)[144] angelegt ist.[145] Denn Verbandsstatuten und darauf gestützte Ordnungsmaßnahmen müssen selbstverständlich auch im Sportbereich gesetzeskonform sein und dürfen nicht gegen nationale Gesetzesvorschriften oder – sofern anwendbar – supranationale Regelungen verstoßen. Voraussetzung für die Anwendung der europäischen Grundfreiheiten ist zunächst eine sich auf dem europäischen Binnenmarkt auswirkende Beeinträchtigung. Damit wird bei den meisten Streitigkeiten, die üblicherweise vor Verbandsgerichten ihren Ausgang nehmen, der Anwendungsbereich des AEUV überhaupt nicht eröffnet sein. Auf die übrigen Fälle mit Binnenmarktbezug wird in einem späteren Abschnitt einzugehen sein.[146] Dabei wird sich herausstellen, dass bei der Anwendung der Grundfreiheiten spezielle, aus den Tatbeständen der einzelnen Grundfreiheiten oder der Judikatur hierzu abgeleitete Prüfungsmaßstäbe gelten. 60

dd) Kartellrecht

Spätestens seit Mitte der 1990er Jahre sind Verbandsstatuten und darauf gestützte Ordnungsmaßnahmen zunehmend am Kartellrecht gemessen worden. Ebenso wie bei den Grundfreiheiten handelt es sich dabei nicht um einen klassischen Prüfungsmaßstab,[147] sondern wiederum um eine konsequente Anwendung der vereinsrechtlichen Legalitätspflicht, wie sie in Prüfungsschritt iv)[148] angelegt ist. Während nationale und internationale Sportverbände die Entscheidungen des EuGH zum Spannungsfeld von Sport und europäischen Grundfreiheiten – sicherlich mit Ausnahme zumindest des *Bosman*-Verfahrens[149] – zwar als erratische 61

144 → III. Rn. 45.
145 Dies vernachlässigt *Seyb* 75–82, der sich gegen eine Heranziehung der Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab ausspricht, dies letztlich aber auf grundsätzliche Bedenken hins. der Anwendbarkeit – genauer: der horizontalen Direktwirkung – der Grundfreiheiten auf die Beziehungen zwischen Sportverbänden und ihren Mitgliedern oder Dritten stützt.
146 → V. Rn. 1 ff.
147 A.A. *Seyb* 57 f., 58–72.
148 → III. Rn. 45.
149 → V. Rn. 22–44.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und lästige, hinsichtlich ihrer Konsequenzen letztlich aber relativ leicht verkraftbare Einmischung in verbandsinterne Angelegenheiten wahrgenommen hatten, haben sie im Kartellrecht seit jeher ein deutlich größeres Potential für die Gefährdung der jahrzehntelang „bewährten" Strukturen und Handlungsweisen auf Verbandsebene erblickt. Aus der juristischen Perspektive ist das Kartellrecht sicherlich einer *der* Angstgegner des Sports, d.h. seiner Funktionäre und Verbandsjuristen. Zugleich ist das Kartellrecht aber auch quasi das Hochreck des Wirtschaftsrechts, bei dem viele mit dem Sport befasste Juristen bereits beim Aufschwung scheitern oder gar nicht erst versuchen, die Reckstange mit beiden Händen zu ergreifen. Über die Gründe für diese Entwicklung soll hier nicht spekuliert werden. Es wäre aber in der sportrechtlichen Beratung grob fahrlässig, die kartellrechtliche Perspektive – aus welchen Gründen auch immer – vollständig auszublenden oder zu unterschätzen. Wie im sportlichen Wettkampf auch sollte man sich möglichst vor dem Spiel (und z.B. nicht erst, wenn die Kartellbehörden bereits Vorermittlungen einleiten) auf den Gegner sorgfältig einstellen und eine Taktik entwerfen, was zunächst einmal voraussetzt, dass man ihn genau kennt. Allerdings sind hier – anders als etwa im Fußball – Videoanalysen zur „Spielvorbereitung" nur von begrenztem Nutzen,[150] eine möglichst frühzeitige, vertiefte Analyse des Sportkartellrechts im Allgemeinen und seiner praktischen Auswirkungen im Besonderen ist ratsam.[151]

62 Dass schließlich auch der Sportsektor in Deutschland und Europa in den Fokus des Kartellrechts rücken würde, war nicht zuletzt aufgrund der Entwicklungen im U.S.-amerikanischen Sport schon seit Langem absehbar gewesen.[152] Gleichwohl hatte man das Spannungsfeld von Sport und Kartellrecht in den europäischen Sportverbänden anfangs anscheinend verdrängt und später sicherlich verbreitet unterschätzt. Stattdessen hat man sich letztlich erst beim Auftreten von unvermeidbaren rechtlichen Auseinandersetzungen reaktiv der Problematik von Fall zu Fall angenommen, indes zumeist nicht erkennbar vorausschauend und systematisch. Diese Entwicklung überrascht ein wenig, war doch die zunehmende Bedeutung des Sportkartellrechts eigentlich vorhersehbar gewesen. Der Kommerzialisierungsprozess im Sport hatte seit den 1960er und 1970er Jahren

150 Instruktiv und für die kartellrechtliche Thematik sensibilisierend indes der Vortrag von *Stephen Weatherill* (University of Oxford) mit dem Titel „Conditional autonomy, and the sporting margin of appreciation", gehalten im 27.10.2017 anlässlich der International Sports Law Journal (ISLJ) Conference on International Sports Law in Den Haag; als Video abrufbar unter https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/call-for-papers-islj-annual-conference-on-international-sports-law-26-27-october-2017 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Vgl. auch die Vorlesung „Three strategies for defending ‚Sporting Autonomy'" von *Stephen Weatherill* vom 10.4.2014, gehalten am Asser Institute in Den Haag; als Video abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=2_-4aTletWk (zuletzt besucht am 7.2.2022).

151 S. insb. hins. der kartellrechtlichen Grundlagen → VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff. sowie zur praktischen Anwendung → IX. Rn. 1 ff., XI. Rn. 1 ff., XII. Rn. 1 ff. und XIII. Rn. 1 ff., jew. m.w.N.

152 Hierzu stellvertr. *Heermann* RabelsZ 2003, 106 (111–119) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch in Europa allmählich Fahrt aufgenommen, lange Zeit hatte man Sport zunächst aber noch aus vorrangig ideellen Motiven betrieben. Zunehmend waren jedoch auch wirtschaftliche Interessen der Sportverbände sowie der regelungsunterworfenen Athleten und Sportclubs betroffen. Die Beteiligten stehen sich nun spätestens seit den 1980er Jahren im (semi-)professionellen Sport in einem ökonomisch motivierten Verteilungswettkampf gegenüber. Der Anwendungsbereich des Kartellrechts war damit schon frühzeitig eröffnet.[153]

Diese Entwicklung erfordert aber nicht, die sportrechtlichen (Vereins-/ Verbands-)Streitigkeiten – in Abweichung zum sonstigen Vereinsrecht – zukünftig vordringlich am Wettbewerbsrecht zu messen und die traditionellen, allgemein gehaltenen Grundsätze des § 242 BGB lediglich ergänzend heranziehen.[154] Wo der Anwendungsbereich des Kartellrechts eröffnet ist, ist schon aufgrund der natürlich auch im Sport geltenden Legalitätspflicht das Kartellrecht von Verbands- und Sportschiedsgerichten anzuwenden.[155] Dabei wird sich zeigen, dass im Kartellrecht insbesondere anhand des sog. *Meca-Medina*-Tests[156] inzwischen den Besonderheiten des Sports[157] zumindest gegenüber „sozialmächtigen", monopolartigen Sportverbänden mit Aufnahmeverpflichtung in stärkerem Maße Rechnung getragen wird,[158] als dies nach vorherrschender Auffassung bei einer Prüfung allein am Maßstab von Treu und Glauben gem. § 242 BGB[159] möglich wäre. 63

c) Zwischenfazit

Die durch die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK ermöglichte Selbstorganisation der Sportverbände im Innenverhältnis bedeutet nicht, dass die Verbandsstatuten vollständig einer gerichtlichen Kontrolle durch die staatliche Justiz entzogen wären. Eine Überprüfung verbandsgerichtlicher Entscheidungen kommt insbesondere im (semi-)professionellen Sport in Betracht, soweit wirtschaftliche Belange (Eigentums- und Vermögensschutz) der Sportverbände und/oder der an die Verbandsstatuten gebundenen (un)mittelbaren Mitglieder (bei diesen kann zudem der Gesundheitsschutz eine Rolle spielen) betroffen sind. 64

153 S. auch *Vieweg*, FS Grunewald, 2021, 1225 (1236): „Berücksichtigt man zudem die im kommerzialisierten Sport regelmäßig bestehende Machtkonstellation, ist die Anlehnung an oder sogar die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften naheliegend."

154 Anders hingegen *Seyb* 58.

155 Darüber hinaus spricht sich *Mürtz* Abschn. F. II. 2. a) cc) dafür aus, den *Meca-Medina*-Test auf die Interessenabwägung des § 242 BGB unabhängig davon zu übertragen, ob die streitgegenständliche Verbandsregel oder -maßnahme in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fällt oder nicht.

156 → VI. Rn. 164–385.

157 → II. Rn. 1–15 und VIII. Rn. 1 ff.

158 Ausf. hierzu → VI. Rn. 1 ff. und VII. Rn. 1 ff.

159 → III. Rn. 44–59.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

65 Im Rahmen der Kontrolle durch staatliche Gerichte wird der Verbandsautonomie insbesondere durch den angewendeten Prüfungsmaßstab, aber vereinzelt auch durch einen eingeschränkten Prüfungsumfang Rechnung getragen. Obwohl zumindest bei Leistungsaustauschbeziehungen zwischen einem Sportverband und seinen Mitgliedern oder Dritten, in denen auf die Verbandsstatuten Bezug genommen wird, bei Anwendbarkeit deutschen Rechts eine AGB-rechtliche Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB denkbar wäre, wendet die Judikatur für sämtliche Konstellationen einheitlich den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB als Prüfungsmaßstab an. Dabei wird die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der streitgegenständlichen Maßnahme des Sportverbandes nur dann materiell-rechtlich beanstandet, wenn insoweit ein Verstoß gegen das Willkürverbot oder aber eine grobe Unbilligkeit vorliegt. Allerdings nimmt die ständige Rechtsprechung bei denjenigen Vereinen und Verbänden, die über eine „sozialmächtige", monopolartige Position verfügen, welche in einem Aufnahmezwang von unmittelbaren Mitgliedern ihren Ausdruck findet, eine umfassende, sich auch am Maßstab der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit orientierende Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen und -ordnungen und darauf gestützten Ordnungsmaßnahmen vor. Aufgrund der vereinsrechtlichen Legalitätspflicht sind die streitgegenständlichen Maßnahmen des Sportverbandes aber auch daraufhin zu überprüfen, ob sie satzungs-, gesetzes- oder sittenwidrig sind. Insofern kommt, soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist, auch die Prüfung einer Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und mit dem Kartellrecht in Betracht.

5. Fazit

66 Die Autonomie der Sportverbände, abgeleitet aus Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK, lässt es zu, dass solche privaten Vereinigungen zur Regelung ihrer Binnenbeziehungen, d.h. des Verhältnisses zu ihren (un)mittelbaren Mitgliedern, Satzungen sowie Vereins- und Nebenordnungen aufstellen dürfen. Zudem darf aber auch eine Verbandsjustiz, d.h. Verbands- und Sportschiedsgerichtsbarkeit, eingerichtet werden, damit wegen Verletzung der Verbandsstatuten verhängte Disziplinarmaßnahmen gerichtlich überprüft werden können. Entscheidungen der Verbandsgerichte können ihrerseits staatlichen Gerichten zur rechtlichen Überprüfung vorgelegt werden. Bei dieser kommt – außer bei „sozialmächtigen", monopolartigen Sportverbänden mit einem Aufnahmezwang – nur ein eingeschränkter, der Verbandsautonomie Rechnung tragender Prüfungsmaßstab zur Anwendung. Zugleich ist aber auch die vereinsrechtliche Legalitätspflicht zu beachten, d.h. die streitgegenständlichen Maßnahmen dürfen nicht satzungs-, gesetz- oder sittenwidrig sein. Auf diese Weise setzt staatliches und auch supranationales Recht den Aktivitäten von Sportverbänden rechtliche

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grenzen. *Weatherill*[160] spricht insoweit anschaulich von einer „conditional autonomy", die Sportverbänden gewährt werde.[161] Der Verlauf der genannten rechtlichen Grenzen lässt sich wegen der bislang allenfalls ansatzweise geklärten Frage, inwieweit im Lichte der Verbandsautonomie Sportvereinen und -verbänden ein von staatlichen Gerichten nicht kontrollierbarer Freiraum einzuräumen und zu ihren Gunsten zugleich den Besonderheiten Rechnung zu tragen ist, nur vage bestimmen. Exakte Grenzmarkierungen können letztlich nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls vorgenommen werden.

160 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93 im Hinblick auf die rechtlichen Grenzen, die der Autonomie der Sportverbände durch die europäischen Grundfreiheiten sowie das europäische Kartellrecht gesetzt werden. Vgl. auch *Chappelet* 6: „It goes without saying, within a constitutional state, there are limits to autonomy, and complete autonomy is not possible."

161 *Cattaneo/Parrish* Rn. 125 verwenden die Begrifflichkeit „conditional autonomy" hingegen in einem anderen Sinn: „The grounds for such conditional autonomy are substantive and procedural. In substantive terms, sporting rules must pursue, in a proportionate manner, legitimate sporting objectives. Requests for blanket immunity from the reach of EU law or the issuance of guidelines on its application are unrealistic. These substantive requirements are little more than a restatement of the Court's sports-related jurisprudence. Procedurally, the Commission has asserted that sporting rules should be framed with good governance in mind, including the involvement of stakeholders in decision-making."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Verbandsseitige Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport

1. Drei taktische Varianten

Sportverbände können in verschiedener Weise dafür sorgen, dass der relativ weite Handlungsspielraum, der ihnen durch die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK eingeräumt worden ist,[1] vor Beschränkungen von außen, d.h. durch den Gesetzgeber und staatliche Gerichte, möglichst vollständig abgesichert wird. Naheliegend ist es,[2] die unmittelbaren Vereinsmitglieder sowie auf höheren Stufen innerhalb der pyramidenförmigen Verbandshierarchie neben den unmittelbaren auch die mittelbaren Mitglieder auf den unteren Hierarchiestufen möglichst kollektiv an die gesamten einschlägigen Verbandsstatuten zu binden. Am einfachsten geschieht dies durch Beitritt zu einem Verein, wobei das Vereinsmitglied nicht nur an die Statuten des Vereins selbst, sondern praktischerweise auch an die Statuten der übergeordneten Verbände möglichst in ihrer jeweils gültigen Fassung, d.h. an alle zukünftigen Änderungen der gesamten Verbandsstatuten, gebunden wird. Wie zu zeigen sein wird,[3] birgt der beschriebene Weg zur Bindung der gesamten unmittelbaren und mittelbaren Mitglieder an alle einschlägigen Verbandsstatuten rechtliche Hürden, die in der Vergangenheit wiederholt dazu geführt haben, dass Ordnungsmaßnahmen des Verbandes gegenüber einem Mitglied mangels dessen wirksamer Bindung nicht durchgesetzt werden konnten. Diese rechtlichen Unsicherheiten können durch einzelvertragliche Vereinbarungen mit Vereinsmitgliedern, aber auch mit Dritten (z.B. an Sportwettkämpfen teilnehmenden Athleten) reduziert werden.[4] Bei beiden Verfahren erleichtert der pyramidenförmig-hierarchische Aufbau der Verbandsstrukturen die Unterwerfung der gesamten Verbandsmitglieder unter die ausgewählten Verbandsstatuten.[5] 1

Eine weitere Strategie der Sportverbände zur Bewahrung eines von staatlichem oder supranationalem Recht möglichst nicht eingegrenzten Autonomiebereichs ist dadurch geprägt, mit Hilfe effektiven Lobbyismus den jeweils zuständigen Gesetzgeber zu veranlassen, durch die Einführung von Sondergesetzen zugunsten der Sportverbände die Verbandsautonomie abzusichern.[6] Dies kann zunächst dadurch geschehen, dass Sportverbänden über die bereits bestehenden staatlichen 2

1 → III. Rn. 26–65.
2 So auch *Weatherill*, Principles, 2017, 10–37 m.w.N.
3 →IV. Rn. 8–45.
4 → IV. Rn. 46–65.
5 → IV. Rn. 69–94.
6 → IV. Rn. 95–141.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesetze hinaus Sonderrechte gewährt werden, wie dies etwa hierzulande im Jahr 2004 durch die Einführung des Gesetzes zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (OlympSchG)[7] geschehen ist. Während solche Bestrebungen der Sportverbände zumindest in seltenen Fällen erfolgreich sind, sind Forderungen nach Einführung einer Ausnahme von der Anwendung bestimmter Gesetzesvorschriften zugunsten der Sportverbände fast ausnahmslos zum Scheitern verurteilt. So konnten zwar insbesondere die deutschen Fußballverbände den nationalen Gesetzgeber davon überzeugen, im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1998 ins deutsche Kartellrecht einen neuen § 31 GWB aufzunehmen. Danach sollte unter bestimmten Voraussetzungen das Kartellverbot auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe keine Anwendung finden.[8] Diese seinerzeit auch als „Lex DFB" bezeichnete Vorschrift kam hernach jedoch in der Praxis wegen des Vorrangs europäischen Kartellrechts in den tatbestandlich erfassten Sachverhalten niemals zur Anwendung, wurde im Rahmen der nächsten GWB-Novelle wieder aufgehoben und geriet zu einem – wie auch zumeist auf dem Spielfeld – vermeidbaren Eigentor. Es ist ungewiss, ob die beschriebene Taktik, die von Sportverbänden seit April 2020 – wie in fast allen anderen Unternehmensbereichen auch – zur Bewältigung der kaum übersehbaren ökonomischen Folgen der COVID-19-Pandemie eingesetzt worden ist, eine nur vorübergehende Sonderkonjunktur erfahren wird.

3 Ein dritter Ansatz der Sportverbände besteht darin, die Verbandsjustiz, nachfolgend staatliche Gerichte und unter Umständen gar europäische Gerichte (EuG und EuGH) oder aber ermittelnde Behörden (insbesondere nationale Kartellbehörden, aber auch die EU-Kommission) in Verfahren, die unerwünschte Auswirkungen auf die Verbandsautonomie befürchten lassen, davon zu überzeugen, dass bei der Anwendung staatlichen oder supranationalen Rechts den Besonderheiten des Sports insbesondere durch eine mehr oder weniger modifizierte Norminterpretation und -anwendung angemessen Rechnung zu tragen sei. Entsprechende Bestrebungen der Sportverbände sind innerhalb der Verbandsjustiz aus verschiedenen, im Detail noch zu analysierenden Gründen oftmals erfolgreicher als vor staatlichen Gerichten oder etwa Kartellbehörden.[9]

7 → IV. Rn. 106–110.
8 Hierzu stellvertr. *Heermann* RabelsZ 67 (2003), 106 (126–130) m.w.N.
9 S. hierzu insb. → IV. Rn. 142–354, X. Rn. 1 ff. und XI. Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Vertragliche Bindung der Mitglieder an die Statuten der Sportverbände

a) Rechtliche Ausgangslage

Sportvereine und -verbände legen zunächst durch die Aufnahme von Mitgliedern fest, gegenüber welchen natürlichen oder auch juristischen Personen die Verbandsstatuten Geltung beanspruchen (satzungsrechtliches Modell).[10] Wenn eine Person durch Vereinsbeitritt unmittelbares Mitglied (M) eines Vereins (V) auf der untersten Hierarchiestufe der Verbandspyramide wird, wird M damit regelmäßig zugleich mittelbares Mitglied im Landesverband (L), bei dem V unmittelbares Mitglied ist.[11] Unterstellt, L sei seinerseits unmittelbares Mitglied im nationalen Sportdachverband (N) und N wiederum unmittelbares Mitglied im europäischen Sportdachverband (E), dann wäre M zugleich auch mittelbares Mitglied von L, N und E. Diese mitgliedschaftlichen Zusammenhänge waren – wie der *Verfasser* als früherer Vorsitzender eines ständigen Sportschiedsgerichts erfahren musste – vereinzelt sämtlichen Verfahrensbeteiligten, teilweise auch solchen mit juristischer Ausbildung unbekannt. Zumindest verwirrend ist es, wenn bis hin zum BGH in zivilgerichtlichen Entscheidungen zum Vereinsrecht mitunter nur von „(Vereins-)Mitgliedern" gesprochen wird, ohne zwischen unmittelbaren und mittelbaren Mitgliedern zu differenzieren. Wenn sich in solchen Konstellationen aus dem Kontext nicht eindeutig ergibt, dass mit dem Begriff „Mitglieder" entweder nur unmittelbare oder allein mittelbare Mitglieder erfasst werden sollen, wird sich der Terminus im Zweifel sowohl auf unmittelbare als auch mittelbare Mitglieder erstrecken. Im Folgenden soll stets – soweit erforderlich – sprachlich zwischen *unmittelbaren* und *mittelbaren* Mitgliedern unterschieden werden, andernfalls sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Mitglieder gemeint. 4

Wie ist nun der Akt der Unterwerfung in einen Verein aufzunehmender Personen unter die Vereinssatzung rechtsdogmatisch einzuordnen? Die Normentheorie betrachtet die Satzung als von staatlicher Gesetzgebung und rechtsgeschäftlicher Privatautonomie zu unterscheidende objektive Rechtsetzung, die ihrerseits Ausfluss der Verbandsautonomie sei.[12] Nach der Vertragstheorie, ihrerseits Ausfluss der Privatautonomie, verliert die Satzung auch nach der Gründung des Vereins nicht ihren vertraglichen Charakter. In den Verein später eintretende Mitglieder würden sich aufgrund eigener, privatautonom getroffener Entscheidung dem Verein in einem „Beitrittsvertrag" anschließen, seien dabei mit den Regeln des Vereins einverstanden, so dass die Satzung auch insoweit den Charakter als Vertrag 5

10 → IV. Rn. 8–45.

11 S. stellvertr. zur mittelbaren Mitgliedschaft in einem Sportverband PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 227–229.

12 S. stellvertr. MüKo-BGB/*Reuter*, 7. Aufl., 2015, § 25 BGB Rn. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht einbüße.[13] Die Judikatur sowie Teile des Schrifttums favorisieren hingegen die modifizierte Normentheorie, die Elemente der Normen- sowie der Vertragstheorie zusammenführt. Danach sei die Vereinssatzung als ein von den Gründern abgeschlossener Vertrag einzustufen. Nach Entstehung des Vereins bestehe die Satzung jedoch nicht mehr als Vertrag fort, nehme auch nicht den Charakter von Rechtsnormen an, sondern werde zu einem eigenständigen Normenkatalog des Vereinslebens, dem sich die Mitglieder unterworfen hätten.[14] In diesem Meinungsstreit muss hier nicht abschließend Stellung bezogen werden. Denn es besteht zumindest insoweit Einigkeit, dass zunächst eine die Bindungswirkung vermittelnde Legitimation – sei es durch Beitrittsvertrag, sei es durch tatsächliche Unterwerfung – im Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Mitglied und dem Verein erforderlich ist und dass darüber hinaus die Wirkung der Legitimation durch gerichtliche Kontrollmöglichkeiten abgesichert ist.

6 Neben dem satzungsrechtlichen Modell können durch Abschluss einer Athletenvereinbarung sowie eines Regelanerkennungs-, Nominierungs- oder Lizenzvertrages die Vertragspartner des Sportverbandes, die sodann nicht notwendigerweise Verbandsmitglieder sein müssen,[15] an die Verbandsstatuten gebunden werden (individualvertragliches Modell).[16] Mittelbare Mitglieder sind den verbandsexternen Dritten nicht gleichzustellen.[17]

7 Abschließend ist festzuhalten, dass sowohl beim satzungsrechtlichen als auch beim individualvertraglichen Modell die beitrittswillige, eine Mitgliedschaft anstrebende Person oder der einzelne Sportler oder das einzelne Individuum sich rechtswirksam den Verbandsstatuten unterwerfen oder sich mit ihrer Geltung einverstanden erklären müssen. Auf zwei damit verbundene, rechtliche Problemfelder ist nunmehr einzugehen.

13 S. stellvertr. MüKo-BGB/*Leuschner* § 25 BGB Rn. 15; den Streit zwischen Normen- und Vertragstheorie offenlassend, wenngleich zu letzterer tendierend Staudinger/*Schwennicke* § 25 BGB Rn. 33 f.

14 BGHZ 105, 306 (316) = NJW 1989, 1724 (1726); BGHZ 47, 172 (180 f.) = NJW 1967, 1268 (1271); BGHZ 21, 370 (374 f.) = NJW 1956, 1793 (1793) – Vereinsstrafe; Erman/*H. P. Westermann* § 25 Rn. 2; Grüneberg/*Ellenberger* § 25 Rn. 3; *Stöber*/*Otto* Rn. 55.

15 Zum Schutzbedarf verbandsungebundener Dritter *Seyb* 47–51.

16 → IV. Rn. 46–65.

17 Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen*/*Hoefer*/*Nolte* Rn. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Unterwerfung (un)mittelbarer Mitglieder unter die Vereins- und Verbandssatzung

aa) Sanktionsregelungen und sonstige Verbandsregelungen

(1) Rechtsauffassung des BGH

Die Frage, wie unmittelbare und möglicherweise auch mittelbare Mitglieder eines Sportvereins oder -verbandes rechtswirksam an Sanktionsregelungen und sonstige Verbandsstatuten gebunden werden können, ist im Zusammenhang mit der *SV Wilhelmshaven*-Entscheidung des BGH[18] bereits an anderer Stelle ausführlich diskutiert worden.[19] Hieran wird nachfolgend in aktualisierter Form angeknüpft. 8

Es ist allgemein anerkannt, dass Grundentscheidungen, die das Vereinsleben bestimmen, zwingend in der Satzung zu regeln sind. Hinsichtlich der genauen Abgrenzung dieser Fälle besteht freilich Uneinigkeit.[20] Die Judikatur ist indes bislang einhellig davon ausgegangen, dass es für Vereins- oder Verbandsvorschriften, die Sanktionen aussprechen, einer Grundlage in der Vereinssatzung bedürfe, weil insoweit der vereinsspezifische „Kernbereich" betroffen sei.[21] Nur vereinzelt ist vertreten worden, dass für Disziplinarmaßnahmen eines Vereins eine Grundlage in der Satzung des übergeordneten Verbandes ausreiche, sofern eine lückenlose Verweisungskette vorliege.[22] Im Schrifttum herrscht gleichfalls die Meinung vor, in Ermangelung einer anderen (z.B. vertraglichen) Zurechnung sei eine ausdrückliche Verankerung von Disziplinarmaßnahmen in der Satzung eines Vereins erforderlich, um dessen unmittelbare Mitglieder rechtlich zu binden.[23] Dem ist vereinzelt im Hinblick auf Sanktionsnormen entgegengehalten worden, ein solcher Rechtszustand sei letztlich unhaltbar, weil er das verfassungsrechtlich garantierte Selbstorganisationsrecht der Sportverbände nicht ausreichend berücksichtige und Art. 9 Abs. 1 GG hinter den anderen Interessen, die für die dargestellten 9

18 BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven, sehr krit. und nicht frei von Polemik *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9–14.

19 *Heermann* ZIP 2017, 253 (254–256).

20 Zum Meinungsstand s. stellvertr. MünchKomm-BGB/*Leuschner* § 25 BGB Rn. 3, 16–18; MünchKomm-BGB/*Reuter*, 7. Aufl., 2015, § 25 BGB Rn. 5; *Heermann*, ZHR 174 (2010), 250 (260–262).

21 So etwa zum Ausschluss von Vereinsmitgliedern sowie zu Vereinsstrafen BGHZ 21, 370 (370 f.) = NJW 1956, 1793 (1793); BGHZ 28, 131 (134) = NJW 1958, 1867 (1867); BGHZ 29, 352 (355) = NJW 1959, 982 (982); BGHZ 36, 105 (109) = NJW 1962, 247 (247); BGHZ 47, 172 (177) = NJW 1967, 1268 (1270); BGHZ 88, 314 (316) = NJW 1984, 1355 (1355); BGHZ 105, 306 (313) = NJW 1989, 1724 (1725); BGHZ 128, 93 (106) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung. Zuletzt hat LG Bonn SpuRt 2021, 33 (34 f.) die Belastung mit Kosten aus der Durchführung oder auch nur Einleitung eines vereinsinternen Rechtsstreits dem vereinsspezifischen Kernbereich zugerechnet (zweifelhaft); krit. hierzu *M. Meier* SpuRt 2021, 36 (36 f.).

22 So etwa OLG Karlsruhe OLGZ 1970, 300 (303 f.); LG Heilbronn NZG 1998, 783.

23 Staudinger/*Schwennicke* § 25 BGB Rn. 18; MünchKomm-BGB/*Reuter*, 7. Aufl., 2015, vor § 21 Rn. 133; PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 307 f.; *Steinbeck* 177; *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 336 ff.; *Heermann* NZG 1999, 325 (325 f.); *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (262).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtlichen Beschränkungen sprechen mögen, zu weit in den Hintergrund treten lasse.[24] Derartige apodiktische Hinweise auf aus der Perspektive der Sportverbände zu starke Eingriffe in die Verbandsautonomie stellen übrigens ein häufig bemühtes Argumentationsmuster dar, das freilich eine genaue Abwägung der Interessen *aller* Beteiligten nicht entbehrlich macht.

10 Zuletzt hat der BGH in dem Verfahren *SV Wilhelmshaven* mit überzeugenden Argumenten sowie auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung an seiner bisherigen Linie festgehalten.[25] So bedürften Beschlüsse, die in Ausübung der aus der Vereinsautonomie gem. Art. 9 GG hergeleiteten Sanktionsgewalt Disziplinarmaßnahmen zum Gegenstand hätten, einer hinreichend bestimmten Grundlage, damit der Regelunterworfene einen eventuell drohenden Rechtsnachteil erkennen und entscheiden könne, ob er diesen hinnehmen und ob er sein Verhalten danach einrichten wolle. Dies gelte unabhängig davon, ob die Unterwerfung unter die Disziplinargewalt kraft Vereinsmitgliedschaft unmittelbar aus der Satzung des Vereins oder – etwa bei Maßnahmen gegenüber Nichtmitgliedern – aus einer Unterwerfung durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt folge. Nicht minder deutlich ist die Feststellung des BGH,[26] Regeln eines übergeordneten Verbandes würden grundsätzlich nur für dessen Mitglieder – gemeint sind hier offensichtlich die unmittelbaren Verbandsmitglieder – gelten und sich nicht allein aufgrund der Mitgliedschaft eines nachgeordneten Vereins in dem übergeordneten Verband auf die unmittelbaren Mitglieder des nachgeordneten Vereins erstrecken. Schließlich hat der II. Zivilsenat[27] den vom OLG Karlsruhe,[28] aber etwa auch von Verbandsseite[29] geltend gemachten Einwand der fehlenden Praktikabilität nicht gelten lassen.

(2) Würdigung

11 Im Anschluss an bereits wesentlich früher veröffentlichte Ausführungen[30] wird hier an der seitens der Judikatur verfolgten und nunmehr vom BGH nochmals bestätigten Linie festgehalten. Wer einem Verein beitritt und sich dadurch dessen

24 *J. F. Orth/Pommerening* SpuRt 2010, 222 (223); ähnl. mit Bezug zum Urteil des BGH in der Rechtssache *SV Wilhelmshaven J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (14); PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 299 spricht insoweit gar von einem „Fehlurteil" und argumentiert folgendermaßen: „Hier überspannt der BGH die Anforderungen und verkennt sportreale Bedürfnisse im internationalen Kontext." Der Hinweis auf „sportreale Bedürfnisse" vermag freilich eine juristisch tragfähige Kritik an der st. Rspr. des BGH nicht zu ersetzen.

25 BGHZ 212, 70, Rn. 37 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

26 BGHZ 212, 70, Rn. 41 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

27 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

28 OLG Karlsruhe OLGZ 1970, 300 (303 f.).

29 So in einem Interview *Rainer Koch*, seinerzeit 1. Vizepräsident des DFB, FAZ v. 19.9.2016 („Dann ist alles aus den Fugen"), abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dfb-fuerchtet-im-streit-von-wilhelmshaven-und-fifa-weitreichende-folgen-14442800.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

30 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (262, 282, 286, 288–290).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Satzung und Nebenordnungen unterwirft, soll sich durch einen Blick in die Vereinssatzung einen ebenso einfachen wie zuverlässigen Überblick über seine wesentlichen Rechte und Pflichten verschaffen können. Dies gilt erst recht für drohende Disziplinarmaßnahmen im Falle einer Verletzung von Verbandsstatuten. Es fehlen zwar belastbare Belege dafür, wie viele Vereinsmitglieder *vor* ihrem Beitritt die Satzung des Vereins tatsächlich im Detail studieren, ganz zu schweigen von den Statuten übergeordneter Sportverbände, auf die in der Vereinssatzung Bezug genommen wird. Es ist insoweit – ebenso wie bei der genauen Lektüre von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss – eine verbreitete Zurückhaltung zu befürchten. Dieser Umstand sowie Praktikabilitätserwägungen bieten aber auch im Lichte der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK keine pauschale Rechtfertigung dafür, den Regelunterworfenen durch Verweise in der Vereinssatzung auf Statuten übergeordneter Verbände die Möglichkeit zu erschweren, sich in einfacher Weise einen umfassenden Überblick über ihre Rechte, Pflichten sowie etwaige Sanktionsregelungen zu verschaffen.

Sportverbände haben entweder unter Verdrängung oder (insbesondere bei kleineren Vereinen) in Unkenntnis dieser Rechtslage, die sich in der Vergangenheit bereits deutlich abzeichnete, an einer vielfach intransparenten Technik der Verweisung auf Statuten übergeordneter Verbände – mitunter sogar durch mehrere Verbandsebenen umfassende Verweisungen (sog. Kaskadenverweisung) – festgehalten.[31] 12

(3) Praktische Auswirkungen

Der Ansatz des II. Zivilsenats ist letztlich praktikabel und stellt, wie die zwischenzeitliche Entwicklung belegt, Sportvereine und -verbände auch nicht vor unlösbare Aufgaben:[32] 13

Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil des BGH unmittelbar allein solche Grundentscheidungen des Vereinslebens betrifft, die zwingend in einer Vereinssatzung bestimmt und transparent zu regeln sind. Der II. Zivilsenat hat damit keine expliziten Aussagen dazu getroffen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Vereinssatzung wirksam auf sonstige Satzungsbestandteile und 14

31 Sehr offen insoweit *Koch* FAZ 19.9.2016 („Das Problem der dynamischen Satzungsverweisungen ist in der Rechtswissenschaft seit Langem ein Thema, aber in der Praxis wurde es noch nie in Frage gestellt, weil alle von der Sinnhaftigkeit überzeugt sind."), abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dfb-fuerchtet-im-streit-von-wilhelmshaven-und-fifa-weitreichende-folgen-14442800.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

32 Zu in den letzten Jahren verstärkt eingesetzten alternativen Gestaltungsmöglichkeiten, insb. Regelanerkennungsverträgen oder jährlich zu erneuernden Lizenzverträgen → IV. Rn. 46–65.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insbesondere auch Nebenordnungen eines übergeordneten Sportverbandes verweisen und so seine Vereinsmitglieder daran binden kann.[33]

15 Zudem hat der BGH nunmehr klargestellt, dass selbst bei zwingend in der Vereinssatzung zu regelnden Grundentscheidungen Verweisungen auf die Statuten eines übergeordneten Verbandes unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und rechtswirksam sind. Nach Auffassung des II. Zivilsenats[34] sei es durchaus möglich, entsprechende Klauseln in die Satzung des jeweiligen Vereins aufzunehmen, nach denen bestimmte Regeln aus der Satzung des übergeordneten Verbandes auch für und gegen die Mitglieder des nachgeordneten Vereins gelten sollen. Dies müsse aber – jedenfalls wenn die Vereinsdisziplinargewalt betroffen sei – ausdrücklich geschehen, weil nur so die nötige Transparenz hergestellt werden könne.[35] Es sei Sache des unter Berufung auf die Vereinsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG Vereinsgewalt ausübenden Vereins, seinen insoweit unterworfenen Mitgliedern zu verdeutlichen, welche Rechte und gegebenenfalls Verpflichtungen er im Zusammenhang mit Regeln eines (internationalen) Dachverbandes und bei Regelverstößen gegen seine Mitglieder habe.[36]

16 Aus diesen überzeugenden Ausführungen des BGH lassen sich zwei Rückschlüsse ziehen:

- Wenn schon eine Verweisung auf Statuten übergeordneter Verbände, die auf Vereinsebene Grundentscheidungen betreffen, im Grundsatz zulässig ist, so muss das erst recht für die übrigen Teile der Verbandssatzung oder Nebenordnungen des Verbandes gelten.
- In jedem Fall sind – insbesondere bei zwingend in der Vereinssatzung zu regelnden Grundentscheidungen – derartige Verweise nur rechtswirksam, wenn insoweit Mindeststandards hinsichtlich Bestimmtheit und Publizität beachtet werden.[37]

---

33 S. hierzu → IV. Rn. 20–39.

34 BGHZ 212, 70, Rn. 42, 46 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven; zuvor bereits in diesem Sinne *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (262, 264–268) m.w.N.

35 A.A. *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (13) mit der apodiktischen Feststellung, es gebe „nichts transparenteres und eindeutigeres als die Verweisung auf ein ganzes Rechtssystem eines übergeordneten Verbandes".

36 A.A. *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (13), nach dessen Auffassung „für eine hinreichende Strafgrundlage die Konkretisierung durch eine Verweisung auf eine Satzung eines übergeordneten Verbandes ausreicht – wie im Übrigen alle am Sportbetrieb beteiligten Vereine und Verbände dies auch wollen." Bemerkenswert ist der Umstand, wie nonchalant hier die Interessen der potentiell zu sanktionierenden Vereinsmitglieder vollständig ausgeblendet werden. Nach einem durchaus verbreiteten Grundverständnis sollten Vereine und Verbände doch eigentlich primär im Interesse ihrer Mitglieder eingerichtet werden und ihnen die Teilnahme am Vereinsleben nicht unnötig erschweren. Damit lässt sich das „Verstecken" von Disziplinarmaßnahmen gegen Vereinsmitglieder in Satzungen übergeordneter Verbände mittels Verweisungstechnik nicht vereinbaren.

37 Zu einem hins. der Wirksamkeitsvoraussetzungen abgestuften System für die Bindung von Vereinsmitgliedern, aber auch Nichtmitgliedern an die Statuten übergeordneter Verbände s. ausf. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 ff.; gleichfalls differenzierend Staudinger/*Schwennicke* § 25 BGB Rn. 22; im Grundsatz zust., wenngleich in einigen Punkten einen teils deutlich milderen Wirksamkeitsmaßstab für

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu der Frage, in welchem Umfang und in welcher Weise die Unterworfenen bei Satzungsverweisungen in deutlicher und bestimmter Weise auf die in Bezug genommen Verbandsstatuten hingewiesen werden müssen, hat sich die Rechtsprechung noch nicht abschließend geäußert. Insoweit ist das Meinungsspektrum im Schrifttum weit gefächert.[38] Eine extreme Rechtsposition geht sogar so weit, dass ein Vereinsmitglied als Regelunterworfener bei Globalverweisungen in Zweifelsfällen durch Auslegung selbst zu ermitteln habe, welchen konkreten Regelungen es unterworfen sei und welche in Bezug genommenen Vorschriften für seine rechtliche Stellung unerheblich seien.[39] Vereinen sei es „ohne weiteres zumutbar, sich über die anwendbaren Regeln zu informieren."[40] Was für Sportverbände und große Sportvereine mit einer eigenen Abteilung hochspezialisierter Juristen und einige hochbezahlte Athleten mit einem (allerdings nicht durchweg) juristisch qualifizierten Management vielleicht zutreffen mag, lässt sich auf Sportvereine unterer Hierarchiestufen (wie seinerzeit den SV Wilhelmshaven) und sonstige als Sportler aktive Vereinsmitglieder, die gleichfalls Adressaten der Disziplinarmaßnahmen des Sportvereins oder -verbandes sein können (und oft genug auch sind), nicht übertragen. Die zuvor geschilderte Rechtsauffassung scheint die sportliche Basis und die dort vorherrschenden Rahmenbedingungen insbesondere hinsichtlich (im Regelfall fehlender) juristischer Vorkenntnisse aus dem Blick verloren zu haben … 17

In der Sportverbandspraxis macht man sich diesen auf unspezifische Globalverweisungen aufbauenden und zugegebenermaßen praktischen Ansatz noch immer verbreitet mehr oder weniger umfassend sowie stillschweigend zu eigen. Der damit verbundenen Gefahr, dass der Grundsatz der Informationsverschaffungspflicht des Vereins durch eine umfangreiche Informationsbeschaffungsobliegenheit der Regelunterworfenen ausgehöhlt wird,[41] ist der II. Zivilsenat[42] nunmehr mit deutlichen Worten entgegengetreten. Einem Vereinsmitglied könne – jedenfalls soweit die Vereinsdisziplinargewalt betroffen ist – nicht angesonnen werden, nicht nur die Satzung seines Vereins zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich auch noch die Satzung des übergeordneten Verbandes – möglicherweise auch einer dritten Ebene – zu beschaffen und zu lesen.[43] Hier verleiht der BGH Tendenzen, berechtigte Informationsinteressen der Vereinsmitglieder hinter die Praktikabilitätserwägungen der Sportverbände und -vereine in erheblichem Umfang zurück- 18

Verweisungsklauseln fordernd, *J. F. Orth/Pommerening* SpuRt 2010, 222 ff. und *J. F. Orth/Pommerening* SpuRt 2011, 10 ff.

38 S. stellvertr. den Überblick bei *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (264–268) m.w.N.

39 *J. F. Orth* 174; wesentlich restriktiver *Steinbeck* 174.

40 *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (13).

41 S. hierzu bereits *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (273 f., 276).

42 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

43 A.A. *Orth/Pommerening* SpuRt 2010, 222 (224).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

treten zu lassen, eine deutliche Absage und stellt zugleich einen Standard für die künftige rechtliche Beurteilung von Satzungsverweisungen auf.

19 Unter dem Deckmantel der Verbandsautonomie kann man allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze wie etwa *nulla poena sine lege certa* nicht fast vollständig verschwinden lassen.[44] Wer innerhalb der Sportverbandsstrukturen sanktioniert werden soll, muss von vornherein, d.h. vor dem Vereinsbeitritt, und bei späteren Änderungen der Vereinssatzung unverzüglich und ohne Umwege zumindest ermitteln können, welche Verbandsstatuten für ihn gelten und welche Sanktionen bei Pflichtverstößen drohen. Die Vorstellung, innerhalb von Sportverbandsstrukturen müsse ein Regelunterworfener insoweit im Zweifel selbst Statuten übergeordneter Verbände, auf die in einer Vereinssatzung pauschal verwiesen wird, durchsuchen, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

bb) Wirksamkeit statischer und dynamischer Satzungsverweisungen

(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum

20 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Gründen, die für und gegen eine Wirksamkeit dynamischer Verweisungen in Vereins- und Verbandssatzungen sprechen, ist bereits an anderer Stelle erfolgt.[45] Von dynamischen Satzungsverweisungen spricht man, wenn in der Satzung eines Vereins oder Verbandes (V) festgelegt wird, dass die Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) oder zumindest ein Teil der Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) eines übergeordneten Verbandes (ÜV) in ihrer jeweils gültigen Fassung auch für die unmittelbaren Mitglieder des V gelten soll, auch wenn es sich bei diesen lediglich um mittelbare Mitglieder des ÜV handelt. Wenn also die Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) des ÜV durch die dortige Mitgliederversammlung (oder das ansonsten zuständige Organ) geändert wird, ändert sich dadurch faktisch automatisch bei V der Satzungsinhalt, ohne dass in der Praxis die Mitgliederversammlung des V darüber noch entscheidet. Bei einer statischen Satzungsverweisung[46] wird in einer Vereinssatzung hingegen auf die Satzung oder die Vereins- oder Nebenordnung eines übergeordneten Verbandes in einer bestimmten Fassung Bezug genommen, so dass sich Änderungen der Verbandsstatuten nicht automatisch auf die Vereinssatzung auswirken.

---

44 S. indes *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (13), der in seiner Kritik an dem Urteil des BGH in dem Verfahren *SV Wilhelmshaven* wenig überraschend auch die aus Verbandssicht beliebte juristische Keule der Verbandsautonomie schwingt: „Indem der Senat den Rahmen für diese Anforderungen [für die Verankerung von Disziplinarmaßnahmen in Vereinssatzungen] überspannt, verkennt er erneut die Verbandsautonomie, […]".

45 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (253–278) m.w.N.; s. auch *Buck-Heeb/Dieckmann* 71 f.; *Gotta* 67 ff.; *J. F. Orth* 152 ff.; *Oschütz* 225 ff.

46 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 309 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Judikatur hat über die Frage, ob eine Bindung an die Statuten übergeordneter Sportverbände durch Verwendung entsprechender dynamischer Verweisungen in den Satzungen untergeordneter Sportvereine wirksam ist, noch nicht abschließend entschieden. Allerdings hat der BGH[47] bereits Zweifel an der Wirksamkeit anklingen lassen.[48] Argumente gegen die Wirksamkeit entsprechender dynamischer Satzungsverweisungen können aus verschiedenen Umständen abgeleitet werden. Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB bedürfen Änderungen der Satzung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister. Wenn sich nach einer Änderung der mittels dynamischer Satzungsverweisung in Bezug genommenen Verbandssatzung zugleich der Inhalt der Vereinssatzung ändert, unterbleiben regelmäßig entsprechende Einträge im Vereinsregister. Auch stimmt das auf Vereinsebene zuständige Organ über diese faktischen Satzungsänderungen nicht noch einmal ab. 21

Die verbreitete Annahme, dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen auf Verbandsstatuten seien bereits wegen Verstoßes gegen § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB *unzulässig*,[49] geht in dieser Allgemeinheit fehl. Vernachlässigt wird dabei der Umstand, dass die genannte Norm lediglich ein konstitutives Formerfordernis für die *Wirksamkeit* (und gerade nicht für die *Zulässigkeit*) von solchen Satzungsänderungen darstellt, die zwingend einer Beschlussfassung durch die Mitgliederversammlung bedürfen. Dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen auf Verbandsstatuten sind ebenso wie statische Verweisungen vielmehr grundsätzlich zulässig, müssen jedoch – wie nachfolgend darzulegen sein wird – bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllen.[50] Bedenklich ist aber auch die Gegenauffassung, die § 71 BGB mehr oder weniger ausblendet.[51] Danach erscheine die enge Auslegung des § 71 BGB, die eine dynamische Verweisung hindere, „als ungeeignete, jedenfalls nicht erforderliche und mithin unverhältnismäßige Einschränkung der Vereinigungsfreiheit, die im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG zu korrigieren“ sei. Sicherlich ist diskussionswürdig, ob § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB angesichts der bereits verbreiteten Digitalisierung und ständigen Online-Verfügbarkeit von Verbandsstatuten noch zeitgemäß ist. Jedoch hat der Gesetzgeber trotz der jahrzehntelangen Diskussion zur rechtlichen Wirksamkeit dynamischer Satzungsverweisungen die Gesetzesvorschrift unverändert gelassen, ja nicht einmal eine ent- 22

47 BGH NJW-RR 1989, 376 (378); BGHZ 128, 93 (100) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

48 S. sogleich → IV. Rn. 23–26; a.A. *Gotta* 75 f., 79; *J. F. Orth* 157 ff.; Stopper/Lentze/*Koch* Kap. 28 Rn. 4 f.

49 Vgl. stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 311; insoweit gleichfalls Bedenken äußernd PHB VereinsR/*Schneider* § 2 Rn. 161.

50 Grundl. zu dieser Differenzierung *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (259 ff.); ebenso zuletzt *Gotta* 73 ff., 139 ff.

51 S. stellvertr. *Bachmann* 311; *J. F. Orth* 173; für eine teleologische Reduktion der Vorschrift *Adolphsen* 85; *Gotta* 147 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechende inhaltliche Anpassung in Erwägung gezogen. Vor diesem Hintergrund vermag auch der allgemeine Verweis auf die Beeinträchtigung der Verbandsautonomie die Gesetzesvorschrift § 71 Abs. 1 BGB nicht faktisch außer Kraft zu setzen, zumal dann auf diese Weise mit leichter Hand auch weitere – von Sportverbänden als ungeeignet und unverhältnismäßig empfundene – gesetzliche Einschränkungen „korrigiert" werden könnten.

23 Gewisse Orientierungspunkte für die rechtliche Bewertung dynamischer Satzungsverweisungen hat zuletzt der BGH in seinem *SV Wilhelmshaven*-Urteil geliefert. Auf die Rechtsfrage ihrer rechtlichen Wirksamkeit brauchte der II. Zivilsenat aber nicht einzugehen, weil es im konkreten Fall hinsichtlich der durch Verweisung in Bezug genommenen Disziplinarmaßnahmen des übergeordneten Sportverbandes in jedem Fall an einem insoweit erforderlichen, ausdrücklichen, bestimmten und transparenten Hinweis in der Vereinssatzung gefehlt hatte.[52] So konnte sich der Senat auf die Feststellung beschränken,[53] auf die Frage, ob eine sog. dynamische Verweisung auf die Satzung des in der Verbandspyramide übergeordneten Verbandes wirksam wäre, komme es nach alledem für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.

24 Auch wenn der BGH damit die erwähnte Rechtsfrage nicht beantwortete, so lassen sich aus seiner Stellungnahme doch zwei für die weitere wissenschaftliche Diskussion sowie für die Praxis der Sportverbände hinsichtlich Satzungsverweisungen bedeutsame Rückschlüsse ziehen:

25 – Durch die Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung macht der II. Zivilsenat deutlich, dass er Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit (nicht jedoch an der Zulässigkeit) der Verwendung von dynamischen Satzungsverweisungen sowohl in Vereinssatzungen[54] als auch in rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen[55] zwischen Athleten und Vereinen/Verbänden (z.B. in Regelanerkennungs- und Lizenzverträgen) hegt.[56]

26 – Wenn damit bereits bei statischen Verweisen zwischen deren Verwendung einerseits und deren Rechtswirksamkeit im konkreten Fall andererseits unterschieden wird, muss diese Zweiteilung im Grundsatz erst recht für dynamische Satzungsverweisungen gelten. Denn bei einem Verweis auf die jeweilige Fassung der Statuten übergeordneter Verbände ist das Schutzbedürfnis der

52 → IV. Rn. 8–19 m.w.N. Für Zulässigkeit zumindest bei Dopingregeln *Kotzenberg* 39 ff.; ähnl. *Adolphsen* 72 ff.; für generelle Zulässigkeit *Bachmann* 308–313.

53 BGHZ 212, 70, Rn. 4 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

54 Eine solche Konstellation betraf BGH NJW-RR 1989, 376 (378).

55 Ein solcher Fall lag BGHZ 128, 93 (100) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung zugrunde.

56 In diesem Sinne die genannten BGH-Entscheidungen deutend *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (254–256); a.A. *J. F. Orth* 158 f.; *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (14); *J. F. Orth/Pommerening* SpuRt 2011, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regelunterworfenen keineswegs geringer als bei der Verwendung statischer Verweisungsklauseln.

(2) Praktische Hinweise

Was bedeutet dies nun für die praktische Gestaltung von Vereins- und Verbandssatzungen, bei der man auf Verweisungen auf die Statuten übergeordneter Sportverbände kaum vollständig wird verzichten können? Hier sei ein bereits an anderer Stelle entwickelter Vorschlag[57] zum praktischen Umgang mit dieser komplizierten Rechtsproblematik unterbreitet. Dabei ist in zwei Schritten vorzugehen: 27

1. Schritt:

Bei der rechtlichen Bewertung dynamischer Verweisungsklauseln in Vereinssatzungen ist zunächst in folgender Weise zu differenzieren, wobei zwischen der Vereinssatzung auf der unteren Hierarchieebene und der Verbandssatzung auf der übergeordneten Hierarchieebene zu unterscheiden ist: 28

– Wenn sich die dynamische Verweisung auf Vorschriften der Verbandssatzung bezieht, die auf der Ebene des Vereins unabdingbar dessen Regelungsgewalt unterliegen (z.B. Grundlagenentscheidungen des Vereins[58]), bedarf es zwingend einer Mitwirkung und Zustimmung der Mitgliederversammlung des Vereins. 29

– Soweit sich die dynamische Verweisung auf Regelungen der Verbandsstatuten, die auf der Ebene des Vereins zum Gegenstand einer Vereins- oder Nebenordnung gemacht werden können (z.B. Spielregeln), oder auf Regelungen bezieht, für die der Verein aus rechtlichen oder faktischen Gründen keine Regelungsgewalt hat (z.B. Gesetzesvorschriften), bedarf es keiner Mitwirkung der Mitgliederversammlung des Vereins. 30

2. Schritt:

Nach erforderlicher Mitwirkung der Mitgliederversammlung des Vereins in der erstgenannten Konstellation und im Falle des Fehlens eines solchen Mitwirkungserfordernisses ist sodann zu prüfen, ob die dynamische Verweisung in der Vereinssatzung gegenüber den Vereinsmitgliedern *rechtswirksam* ist. Hierzu müssen in beiden Konstellationen zwingend und kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: 31

57 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (277 f.).

58 A.A. *Gotta* 122–128. Gegen eine solche Differenzierung *Poth* 196 f., da nicht immer klar abgrenzbar sei, ob Grundsatzentscheidungen betroffen seien, was in einigen Fällen zu einer Rechtsunsicherheit führe. Letztgenannte Auffassung ist zweifelhaft; zum weitgehend unumstrittenen Meinungsstand hins. vereinsrechtlicher Grundlagenentscheidungen s. stellvertr. MüKo-BGB/*Leuschner* § 32 BGB Rn. 3 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

32 – Die in die Vereinssatzung inkorporierten Verbandsregelungen müssen bestimmt sein.[59] Danach darf für unmittelbare Vereinsmitglieder die Ermittlung der Verbandsregelung, auf die letztlich mittels einer dynamischen Verweisung in einer Vereinssatzung Bezug genommen werden soll, nicht in unzumutbarer Weise (etwa durch nicht nachvollziehbare Verweisungskonstellationen oder unübersichtliche Globalverweisungen) unangemessen erschwert werden. Zudem müssen die inkorporierten Regelungen für die Adressaten verständlich sein, andernfalls kann bei Sanktionsnormen ein das Verschulden ausschließender Verbotsirrtum vorliegen.

33 – Darüber hinaus bedürfen die mittels dynamischer Verweisungsklauseln in Vereinssatzungen inkorporierten Verbandsregelungen der Publizität.[60] Hierbei ist in folgender Weise zu differenzieren:

34 – Sofern Grundentscheidungen betroffen sind, die mittels Satzungsänderung zwingend in der Vereinssatzung geregelt werden müssen, ist das konstitutive und nicht zur Disposition der Vereinsmitglieder stehende Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten. Andernfalls entfaltet die dynamische Verweisung in der Vereinssatzung grundsätzlich keine Rechtswirkung. Indes kommt eine Umdeutung in eine an sich zulässige statische, auf den Zeitpunkt der Schaffung der Klausel bezogene Verweisung in Betracht, sofern seinerzeit das Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB eingehalten wurde.

35 – In den übrigen Fällen – also bei Regelungen, die in rechtlich zulässiger Weise zum Gegenstand einer Vereins- oder Nebenordnung gemacht worden sind, oder bei Regelungen, für die der Verein keine Regelungsgewalt hat – kann die für die Wirksamkeit der betreffenden Regelungen erforderliche Publizität in weniger strenger und formalisierter Form hergestellt werden. Ausreichend ist die Bereitstellung der betreffenden Regelungen durch den Verein in schriftlicher Form oder zum Download im Internet. Im Falle der Unwirksamkeit der dynamischen Verweisung in der Vereinssatzung wegen unzureichender Publizität ist die dynamische Verweisung in eine statische Verweisung umzudeuten. Maßgeblich ist sodann der Zeitpunkt, in dem letztmalig mittels dynamischer Verweisung Verbandsregelungen in rechtswirksamer Weise zum Gegenstand der Vereinssatzung gemacht wurden.

59 Zu den Details s. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (264–268); vgl. auch *Gotta* 139 ff., die teils einen großzügigeren Maßstab anlegt.

60 Zu den Details s. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (268).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Rechtslage in der Schweiz

Das schweizerische Zivilrecht stellt für Satzungsänderungen keine gesetzlichen Wirksamkeitserfordernisse auf, die mit denjenigen des § 71 Abs. 1 BGB vergleichbar wären. Nach Art. 61 ZGB sind einer Anmeldung des Vereins zum Handelsregister die Statuten und das Verzeichnis der Vorstandsmitglieder beizufügen. Satzungsänderungen werden dem Handelsregister nicht mitgeteilt. Somit bedürfen in der Schweiz Satzungsänderungen – seien sie durch einen formalen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch dynamische Verweisungen in der Vereinssatzung veranlasst – zu ihrer Wirksamkeit keiner Eintragung in ein Vereins- oder Handelsregister. 36

Im Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass bei dynamischen Satzungsverweisungen die Mitgliedschaft des Vereins im Dachverband und die Geltung der Statuten des Dachverbandes für die Vereinsmitglieder in den Vereinsstatuten festgehalten werden müssten.[61] Diesen Ansatz hat *Philipp* konkretisiert.[62] So spreche nichts gegen einen globalen Verweis auf die jeweils aktuellen Satzungen des Verbandes, sofern diese für die einzelnen Sektionsmitglieder jederzeit einsehbar seien; etwas anderes gelte erst, wenn sich ein Vereinsmitglied über den Inhalt der Verbandssatzung nicht mit vernünftigem Aufwand Kenntnis verschaffen könne.[63] Zum Ausgleich für die eingeschränkten Mitwirkungsmöglichkeiten eines Athleten bei dynamischen Satzungsverweisungen sei seinem individuellem Schutz mit Hilfe der Persönlichkeitsrechte Rechnung zu tragen; zögen Änderungen der Verbandsstatuten einen widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit nach sich, so könne sich der Betroffene über Art. 28 ZGB (Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen) bzw. Art. 75 ZGB (Schutz der Mitgliedschaft) zur Wehr setzen.[64] 37

Die staatliche Judikatur hat sich in der Schweiz – soweit ersichtlich – noch nicht ausdrücklich mit der Wirksamkeit dynamischer Satzungsverweisungen befasst, sondern ist in Streitfällen, denen diese Verweisungstechnik im Hinblick auf die streitgegenständliche Sanktionsnorm zugrunde lag, stillschweigend von deren Wirksamkeit ausgegangen.[65] Im Jahr 2013 hat sich jedoch der CAS im Verfahren *SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas* mit der Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit von mehrgliedrigen Satzungsverweisungen, sog. Kaskadenverweisungen, und dynamischen Satzungsverweisungen befassen müssen. Hinsichtlich beider Konstellationen wurde im konkreten Fall die Wirksam- 38

61 *Netzle* 212; ähnl. *Baddeley* 106; *Bodmer* 105; *Zen-Ruffinen* 133.
62 *Philipp* 112 f.
63 So auch SchweizBG BGE 77 II, 154 (156) hins. der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einem Speditionsvertrag.
64 Ausf. zu diesem persönlichkeitsrechtlichen Ansatz *Philipp* 38 ff.
65 S. etwa SchweizBG 4A_60/2008 hins. des Verweises auf Statuten der FIFA in der Satzung der Swiss Football League (SFL).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit bejaht. Die insoweit relevanten Entscheidungsgründe des Schiedsspruchs[66] seien hier im Wortlaut wiedergegeben, da sie eine rechtliche Grundeinstellung des CAS spiegeln. Zudem belegen sie eindrucksvoll, wie sehr sich die Rechtslage von derjenigen in Deutschland unterscheiden kann, wenn man – wie im konkreten Schiedsverfahren – den Rechtsstreit primär auf der Basis der einschlägigen FIFA-Regelungen und ergänzend des schweizerischen Rechts[67] entscheidet:

„54. The Sole Arbitrator first deals with the argument of the Appellant, according to which there is no relation between the Appellant and FIFA, since the Appellant is not a member of FIFA and did not submit to the latter's sanctioning power. The Sole Arbitrator also notes that the Appellant argues that even if there is a reference to FIFA's regulations, this would constitute an illegal ‚*dynamic reference*' to FIFA's rules and regulations.

55. In this respect, the Sole Arbitrator notes that the Appellant is, as a member of the NFV, affiliated to the DFB and bound by the latter's rules and regulations (*cf.* para. 3 of the Statutes of the NFV). The DFB, in turn, is a member of FIFA and therefore bound by FIFA's rules and regulations (art. 13 para. 1 lit. a of the FIFA Statutes). In addition, as a member of FIFA, the DFB has the obligation to ensure that its own (direct or indirect) members, *i.e., inter alia*, the Appellant, comply with the Statutes, regulations, directives and decisions of FIFA bodies (art. 13 para. 1 lit. d of the FIFA Statutes). Accordingly, pursuant to § 3 para. 1 of the Statutes of the DFB, the latter's members are bound by the regulatory provisions enacted by FIFA. This concept is generally known, on the one hand, as an ‚*indirect reference*' to the rules and regulations of an international federation: a club is a member of its national (or regional) federation and therefore bound by the applicable national regulations, while these regulations, *inter alia*, refer to the applicable international regulations and declare these regulations equally binding on a club at national level. As a result, the club is, on the basis of its (direct or indirect) membership with the national federation, also bound to the applicable international regulations (see HAAS/MARTENS, Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis, p. 67 *et seq*.[68]).

56. On the other hand, another aspect of this concept is generally known as a ‚*dynamic reference*': the applicable regulations generally refer to higher-ranking (or international) regulations in their currently applicable version, so that all athletes and clubs are always and equally bound to the most current version of the respective regulations (*cf.* CAS 2009/A/1931, para. 8.8).

57. The Sole Arbitrator is of the view that these concepts constitute one of the main pillars of sport in a structure based on the pyramid structure of regional, national and international sports federations, and that both the indirect and dynamic reference are necessary to ensure that all participants to national and international

66 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 54–58 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

67 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 38 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

68 Bei dem einzigen Verweis auf das Schrifttum zu den umstrittenen Rechtsfragen nimmt der Einzelschiedsrichter am CAS auf zwei dort tätige langjährige Kollegen Bezug. Bei dem zitierten Werk aus dem Jahr 2012, dessen Autoren zu den prominentesten Schiedsrichtern mit überdurchschnittlich vielen Verfahren am CAS zählen bzw. zählten (*Dirk-Reiner Martens* verstarb am 12.11.2019), handelt es sich, wie der Titel verspricht, um eine Einführung in die Praxis des Sportrechts – nicht mehr und nicht weniger. Eine krit. Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand im wissenschaftlichen Schrifttum zu konkreten, umstrittenen Rechtsfragen sucht man dort vergeblich.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sports are bound to the same set of rules. As a consequence, these principles, not least, safeguard the equal regulatory treatment of all participants in sporting competitions (*cf.* CAS 2007/A/1370 & 1376; CAS 2008/A/1575 & 1627; CAS 2009/A/1817 & 1844; see also Circular n°1080 issued by FIFA on 13 February 2007).

58. Therefore, and in view of the fact that the Appellant did not bring forward convincing arguments as to why these fundamental principles should be put into question, the Sole Arbitrator concludes that the Appellant is validly bound to the rules and regulations of FIFA. As a consequence, the Sole Arbitrator holds that, at least in principle, there has been a valid regulatory basis to impose a sanction on the Appellant, *i.e.* the FIFA Disciplinary Code."

Diese rechtliche Einschätzung des CAS, die den praktischen Interessen der Sportverbände sehr weit entgegenkommt, ist durchaus stringent und schlüssig. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem wissenschaftlichen Schrifttum fehlt, was aber auch einem insoweit unzureichenden Klägervortrag geschuldet gewesen sein kann. Dass nach deutschem Recht dynamische Satzungsverweisungen als unwirksam einzustufen sein könnten,[69] konnte ausgeblendet werden, weil ergänzend zu den FIFA-Statuten eben nicht deutsches, sondern schweizerisches Zivilrecht zur Anwendung kam. 39

cc) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht

Das Verfahren *SV Wilhelmshaven* ist aus rechtsvergleichender Perspektive bemerkenswert, weil auf der einen Seite der BGH[70] und auf der anderen Seite der CAS[71] über einen nahezu identischen Sachverhalt, wenngleich über unterschiedliche Streitgegenstände auf der Grundlage zum einen des deutschen und zum anderen – zumindest ergänzend – des schweizerischen Rechts zu entscheiden hatten. Eine solche Konstellation ist überaus selten. Sie führt vorliegend deutlich vor Augen, wie unterschiedlich nicht nur die zwar am konkreten Streitgegenstand orientierte, letztlich aber eher dogmatisch geprägte Herangehensweise des BGH und der primär praxisorientierte, auf eine zügige Einzelfallentscheidung gerichtete Zugriff des CAS sowie die daraus resultierenden rechtlichen Ergebnisse sein können. Der Umstand, dass der CAS seine Entscheidung im Gegensatz zum BGH nicht auf deutsches Recht stützen konnte, folgt daraus, dass in einem Verfahren vor einem echten (Sport-)Schiedsgericht die Parteien das im konkreten Verfahren anwendbare Recht festlegen können. So heißt es in der Entscheidung:[72] 40

„38. Pursuant to Article 66 para. 2 of the FIFA Statutes, '*CAS shall primarily apply the various regulations of FIFA and, additionally, Swiss law*'. As a consequence, the

69 → IV. Rn. 8–35.
70 BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.
71 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas. Der deutsche Fußballclub hatte darauf verzichtet, ein Rechtsmittelverfahren vor dem SchweizBG durchzuführen.
72 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 38 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> FIFA regulations will be applied primarily, and Swiss Law shall apply complimentarily (*cf.* CAS 2011/A/2484, paras. 20 *et seqq.*).“

41 Da es im schweizerischen Zivilrecht kein Äquivalent für die Wirksamkeitsvoraussetzung gem. § 71 Abs. 1 BGB gibt, liegt es nahe, dass der CAS letztlich der Wirksamkeit von mehrstufigen Satzungsvereisungen im Allgemeinen und dynamischen Satzungsverweisungen im Besonderen wesentlich offener als der BGH gegenüberstehen konnte. Indes hält der CAS – wie auch das in diesem Kontext im Schiedsspruch nicht erwähnte, einschlägige Schrifttum[73] – mehrgliederige Satzungsverweisungen nicht *per se* für rechtswirksam. Vielmehr verbleibt nach schweizerischem Recht denjenigen, die sich auf die Unwirksamkeit der Satzungsverweisung berufen, die Möglichkeit, überzeugende, gegen die Rechtswirksamkeit sprechende Gründe vorzubringen (Rn. 58: „convincing arguments as to why these fundamental principles should be put into question“) und im Zweifel nachzuweisen. Gerade dies dürfte jedoch insbesondere bei einer lückenlosen Kette von Satzungsverweisungen schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein, weil die durch Verweisung jeweils in Bezug genommenen Statuten eines übergeordneten Sportverbandes regelmäßig problemlos zur Kenntnis genommen werden können. Insoweit dürfte für Regelungsunterworfene aus Europa, Nordamerika, Australien und zumindest aus weiten Teilen Asiens und Süd- und Mittelamerikas sowie schließlich aus einzelnen Ländern Afrikas (z.B. Südafrika) eine englische Sprachfassung ausreichen.

42 Deutlich schwerer wiegt ein weiterer Unterschied zwischen den von BGH und CAS verfolgten Ansätzen. Nach deutschem Recht sind die das Vereinsleben bestimmenden Grundlagenentscheidungen, zu denen auch Disziplinarmaßnahmen zählen, unmittelbar in der Satzung desjenigen Vereins oder Verbandes zu regeln, in dem das zu sanktionierende Vereinsmitglied unmittelbares Mitglied ist, oder aber es muss ein klarer und verständlicher Verweis auf die konkreten Sanktionsnormen in den Statuten des übergeordneten Verbandes erfolgen. Hier verwirklicht sich ein nach deutschem Rechtsverständnis unabdingbares Mindestmaß an Schutzvorkehrungen zugunsten der unmittelbaren und mittelbaren Vereins- und Verbandsmitglieder.[74] Diesen gegenüber stuft der CAS die praktischen Bedürfnisse der Sportverbände als höherwertig ein (Rn. 57: „necessary to ensure that all participants to national and international sports are bound to the same set of rules“).

43 Die für alle Rechtsstreitigkeiten zwischen Vereinen oder Verbänden und ihren regelungsunterworfenen (un)mittelbaren Mitgliedern vorentscheidende Frage, ob letztere wirksam an die Verbandsstatuten gebunden worden sind, wird vom CAS

73 → IV. Rn. 36–39, 63 f., jew. m.w.N.
74 → IV. Rn. 8–19 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tendenziell also sehr verbandsfreundlich entschieden. Nicht nur dieser überaus praxisrelevante rechtliche Aspekt, sondern etwa auch die höhere Bereitschaft des CAS, Entscheidungen auf der Basis der vergleichsweise flexibel auslegbaren *lex sportiva*[75] zu fällen, sowie die geringe Neigung des SchweizBG, Entscheidungen des CAS im Rechtsmittelverfahren aufzuheben, tragen zur hohen Attraktivität der Schweiz als Sitz internationaler Sportverbände und des internationalen Sportschiedsgerichts CAS bei.[76]

Bereits an dieser Stelle sei, wie auch noch wiederholt in späteren Abschnitten,[77] festgestellt, dass der nach deutschem Recht gewährte Schutz von Mitgliedern in Sportvereinen und -verbänden im internationalen Vergleich nicht das Maß aller Dinge darstellt. Natürlich kann man das Schutzniveau in einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestalten, d.h. entweder tendenziell eher verbandsfreundlich oder aber weniger verbandsfreundlich und dafür mit einem relativ hohen Schutzniveau für die Mitglieder. Etwas anderes gilt, soweit auf supranationaler Ebene gewisse rechtliche Mindeststandards festgelegt sind (was im Hinblick auf die vorliegende Rechtsproblematik nicht der Fall ist). Zu denken ist hierbei etwa an die EMRK oder EU-Richtlinien,[78] die jedoch nur für die Unterzeichnerstaaten oder die Mitgliedstaaten oder sonstige, auf vertraglicher Grundlage hieran gebundene Staaten gelten und damit im Zweifel nicht weltweit. Das unterschiedliche Schutzniveau von Vereins- und Verbandsmitgliedern kann man je nach persönlicher Betroffenheit und Überzeugung entweder eher beklagen oder begrüßen. In einem gewissen Umfang wird es letztlich aber unvermeidbar bleiben. 44

An dieser Stelle bereits kann allenfalls ein anderes, kurz- und mittelfristig kaum behebbares faktisches Defizit angedeutet werden: Sportverbände können erfahrungsgemäß wesentlich besser die mit Verfahren vor dem CAS, die nicht zwingend, aber zumeist nach Grundsätzen der *lex sportiva* und ergänzend nach schweizerischem Zivilrecht entschieden werden, für sie verbundenen rechtlichen Vorteile einschätzen als zumindest die Athleten die sich für sie daraus möglicherweise ergebenden rechtlichen Nachteile. 45

75 → II. Rn. 16–22 m.w.N.
76 → IV. Rn. 83–89, 316–325, jew. m.w.N.
77 → IV. Rn. 220–250.
78 Eine mehrstufige Verweisungstechnik in Verbraucherkreditverträgen im Sinne der EU-RiLi 2008/48 als Verletzung des EU-Rechts einstufend zuletzt EuGH ECLI:EU:C:2020:242, Rn. 44 = NJW 2020, 1423 – JC/Kreissparkasse Saarlouis: „Verweist aber ein Verbrauchervertrag hinsichtlich der Informationen, die nach Art. 10 der Richtlinie 2008/48 anzugeben sind, auf bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts, so kann der Verbraucher auf der Grundlage des Vertrages weder den Umfang seiner vertraglichen Verpflichtung bestimmen noch überprüfen, ob der von ihm abgeschlossene Vertrag alle nach dieser Bestimmung erforderlichen Angaben enthält, und erst recht nicht, ob die Widerrufsfrist, über die er verfügen kann, für ihn zu laufen begonnen hat."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag, Nominierungsvertrag, Lizenzvertrag

aa) Allgemeines

46 Durch eine Unterwerfung unter die Vereins- und Verbandssatzung können allein (un)mittelbare Mitglieder an die Verbandsstatuten gebunden werden.[79] Vielfach besteht aber insbesondere im Hinblick auf die Durchführung von einzelnen oder einer Serie von Sportveranstaltungen ein Bedürfnis, dass ein Sportverein oder -verband als Eventveranstalter Dritte oder aber die (un)mittelbaren Mitglieder über die mitgliedschaftliche Unterwerfung hinaus durch individuell abzuschließende Verträge an die Verbandsstatuten bindet. Die dabei abzuschließenden Verträge werden als Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag, Nominierungsvertrag oder Lizenzvertrag bezeichnet, teilweise werden sie auch Teilnahmevertrag, Athletenpass, Aktivenerklärung o.Ä. genannt.[80] Umstritten ist, ob es sich bei einem solchen Vertrag jeweils um ein mitgliedschaftsähnliches Verhältnis oder ein Schuldverhältnis eigener Art handelt,[81] was hier nicht vertieft zu werden braucht.

47 Der BGH ist in seinem Urteil *Reiterliche Vereinigung* von der Notwendigkeit und Zulässigkeit solcher Verträge ausgegangen. Nach dem Herausarbeiten der zentralen Bedeutung einer einheitlichen Anwendung einschlägiger Sport- und Wettkampfordnungen für den Sport, die auch die Androhung von Sanktionen und deren Vollzug im Falle der Regelverletzung umfassen, hat der II. Zivilsenat festgestellt, dass das Aufstellen und Durchsetzen derartiger Statuten nur von den übergeordneten Verbänden, insbesondere Landes- und Spitzenverbänden bewältigt werden könne.[82] Zwar fehlten bei nicht vereinsgebundenen Sportlern mittelbare Mitbestimmungsmöglichkeiten, aber ebenso wie bei vereinsgebundenen Sportlern werde das Interesse an einem sachlich angemessenen Inhalt der auch ihnen gegenüber Verbindlichkeit beanspruchenden Verbandsordnungen dadurch ausreichend geschützt, dass die Rechtsprechung vereinsrechtliche Regelwerke „sozialmächtiger" Verbände auf ihre inhaltliche Angemessenheit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB)[83] sowohl im Hinblick auf die Beziehungen zu Mitgliedern als auch zu Nichtmitgliedern überprüfe.[84] Eine Beeinträchtigung der Nichtmitglieder sei mit einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB nicht verbunden, weil an die Angemessenheit sportlicher Verbandsnormen, wel-

79 → IV. Rn. 8–45.
80 Ausf. hierzu *Reimann* 40 ff.; s. zuletzt Cherkeh/Momsen/Orth/*J. F. Orth* 2. Kap. Rn. 172 ff.
81 *Andexer* 101 ff.; *Görtz* 159; *J. F. Orth* 185 f.; *Steinle* in Steinle, 2013, 9 (29).
82 BGHZ 128, 93 (96, 99) = NJW 1995, 583 (584 f.) – Reiterliche Vereinigung.
83 → III. Rn. 44–59.
84 BGHZ 128, 93 (101) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che die Beziehungen zu externen Sportreibenden regelten, kein weniger strenger Maßstab anzulegen sei als bei Anwendung des AGB-Gesetzes (heute: §§ 305 ff. BGB) oder bei der Inhaltskontrolle von Normen, durch die der Verband die Beziehungen zu seinen Mitgliedern ordne.[85] Aus rechtlicher Sicht beständen damit keine Bedenken grundsätzlicher Art gegen Regelunterwerfungsverträge zwischen Sportverbänden und Nichtmitgliedern.[86]

bb) Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung

Folgendes *obiter dictum* des BGH in der Entscheidung *Reiterliche Vereinigung*[87] hat Anlass zu der Frage[88] gegeben, ob Nichtmitglieder oder mittelbare Mitglieder angesichts des Massensports sich anstelle eines ausdrücklichen Vertragsabschlusses auch durch die bloße Sportausübung und Nutzung von Einrichtungen des Verbandes dessen Regelwerk unterwerfen können (Hervorhebungen durch *Verfasser*): 48

> „Die den übergeordneten Sportverbänden damit zufallenden Aufgaben sind mit verbandsinternen rechtlichen Mitteln allein nicht zu lösen. Wollten sich die Fachverbände des Sports darauf beschränken, die Anerkennung ihrer Regelwerke einschließlich der darin enthaltenen Sanktionenkataloge für Regelverstöße und der sie ergänzenden Verfahrensordnungen nur von ihren Mitgliedern zu fordern, so müßten alle aktiven Sportler Mitglieder dieser Verbände sein. Eine solche Lösung liegt für die betroffenen Sportverbände schon angesichts der großen Zahl der in ihnen zusammengeschlossenen aktiven Sportler – allein im Bereich des Dachverbandes des Beklagten sind dies ca. 620.000 Pferdesportler – äußerst fern. Jedenfalls widerspricht sie der historisch gewachsenen Organisationsform des deutschen Sports, dessen Verbände nahezu ausnahmslos keine Einzelmitgliedschaften gewähren. […] **Die Existenzberechtigung der von den Landes- und Spitzenverbänden entwickelten Sportordnungen und ihr allgemeiner Geltungsanspruch** auch und gerade gegenüber diesen Sport betreibenden Nichtmitgliedern der betreffenden Verbände einschließlich der in den maßgebenden Sportordnungen enthaltenen Sanktionskataloge für Regelverletzungen und der zu ihrer Durchsetzung unabdingbar erforderlichen internen Disziplinargerichtsbarkeit **folgt** [sic] **damit**, soweit die sportliche Aktivität des einzelnen über den Rahmen rein privater sportlicher Betätigung hinausgeht, **unmittelbar aus der Sportausübung unter den sie heute prägenden Gegebenheiten.**“

Wenn etwa weder eine schriftliche Anmeldung zu einem Wettkampf noch eine wirksame Lizenz vorliegen, könnte allein in einer bloßen Teilnahme an einer Veranstaltung oder in einer Nutzung von Einrichtungen eine konkludente Unterwerfung unter das Verbandsregelwerk während und auch außerhalb des Wett- 49

85 BGHZ 128, 93 (101) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.
86 BGHZ 128, 93 (103) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.
87 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung unter Bezugnahme auf *Lindemann* SpuRt 1994, 17 (21).
88 Ausf. hierzu bereits *Heermann* NZG 1999, 325 (330 f.) m.w.N. zum damaligen Meinungsstand.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kampfs zu sehen sein.[89] Allerdings bedarf eine daraus resultierende Bindung der Nichtmitglieder oder (un)mittelbaren Mitglieder an Verbandsregeln einer rechtlichen Verankerung in der Rechtsgeschäftslehre. Nur auf diese Weise können Vorhersehbarkeit und zuverlässige Bestimmbarkeit der Eingriffsbefugnisse des Verbandes gewährleistet werden. So ist nicht ausgeschlossen, dass es aufgrund der bloßen Teilnahme an einem Sportwettkampf zum konkludenten Abschluss eines individuellen Teilnahmevertrages kommt.[90] Es darf indes bezweifelt werden, dass ein Sportler in solchen Konstellationen regelmäßig ausdrücklich oder auch nur konkludent auf die Verbandsstatuten hingewiesen wird und – falls doch – derart sensibilisiert diese sodann in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen kann. Zudem wird derjenige, der ohne Mitgliedschaft in einem Sportverband sowie ohne ausdrücklichen Abschluss eines Teilnahme- oder gar Regelanerkennungsvertrages an einem Sportwettkampf teilnimmt, kaum einen Rechtsbindungswillen hinsichtlich bestimmter satzungsrechtlicher Verpflichtungen besitzen.[91]

50 Damit ist eine Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung durch Abschluss eines konkludenten Teilnahmevertrages zwar theoretisch denkbar. Ein solcher stillschweigender Vertragsabschluss wird aber zumeist am Fehlen eines entsprechenden und im Zweifel auch nachweisbaren Rechtsbindungswillens hinsichtlich bestimmter statutarischer Verpflichtungen scheitern. Eine solche konkludente Unterwerfung durch Sportausübung mag in einer extremen Ausnahmesituation einmal vorliegen. Indes sollte das oben zitierte *obiter dictum* des BGH im Urteil *Reiterliche Vereinigung* (dem ausdrücklich abgeschlossene Lizenzverträge zugrunde lagen, so dass es für die Entscheidung auf die Rechtsfigur der konkludenten Unterwerfung durch Sportausübung nicht ankam) nicht überinterpretiert und zu einem allgemeinen Auffangtatbestand aufgewertet werden,[92] der im Falle ausdrücklich abgeschlossener, aber (teilweise) rechtlich unwirksamer Regelankerkennungsverträge o.Ä. generell zwecks Füllung der entstandenen Rechtslücke angenommen werden kann.[93] Die Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre können auch nicht kurzerhand mit den Bezugnahmen des BGH[94] auf die „historisch gewachsene Organisationsform des deutschen Sports, dessen

89 So *Haas/Adolphsen* NJW 1995, 2146 (2147 f.) unter Beschränkung auf eine leistungsorientierte Sportausübung; *Lindemann* SpuRt 1994, 17 (21 f.); *Lukes*, FS H. Westermann, 1974, 325 (333).

90 S. stellvertr. *Heermann* ZIP 2017, 253 (257); so zuletzt auch *Opfermann* 62 f.

91 *Seyb* 47.

92 In der Grundtendenz a.A. *J. F. Orth* 181 ff.; i.Erg. wie hier PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 308, 317 f.

93 S. auch PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 34. Danach sei zu überlegen, ob nicht das von den (inter)nationalen Sportverbänden gesetzte Regelwerk für alle im Rahmen des Verbandes aktiven Sportler unabhängig von ihrer rechtsgeschäftlichen Zustimmung verbindlich sei und der wesentliche Schutz der berechtigten Interessen der Sportler durch eine inhaltliche Kontrolle zu gewährleisten sei. Dabei schwebt *Pfister/Fritzweiler* allerdings eine *gesetzlich angeordnete Bindung an Verbandsstatuten* vor, wie sie zwar teilweise im Ausland bestehe. Eine solche existiert aber gerade in Deutschland nicht und ist hierzulande bislang auch nicht diskutiert worden.

94 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbände nahezu ausnahmslos keine Einzelmitgliedschaften gewähren“ und die „Sportausübung unter den sie heute prägenden Gegebenheiten“ sowie angedeutete praktische Umsetzungsschwierigkeiten gleichsam außer Kraft gesetzt werden. *Bachmann*[95] spricht insoweit von einer

> „Leerformel […], die nichts anderes als eine Kapitulation vor den vorgefundenen Fakten ist“.

Zudem zeigt die Praxis der vergangenen Jahrzehnte, dass Sportverbände durchaus dazu in der Lage sind, im Hinblick auf eine gebotene einheitliche Regelbindung und -durchsetzung mittelbare Mitglieder oder Nichtmitglieder durch Satzungsverweisungsketten und/oder schriftliche Unterwerfungsverträge (z.B. Lizenzverträge, Regelanerkennungsverträge, Athletenvereinbarungen) rechtswirksam an Verbandsstatuten zu binden. 51

cc) Wirksamkeit statischer und dynamischer Verweisungen auf Verbandsstatuten

Gerade bei längerfristigen vertraglichen Vereinbarungen können sich die mittels Verweisung in Bezug genommenen Verbandsstatuten ändern, denen der Dritte unterworfen werden soll. Damit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch bei derartigen rechtsgeschäftlichen Unterwerfungserklärungen der Einsatz statischer und dynamischer Verweisungsklauseln zulässig ist. Insoweit kann an eigene Vorarbeiten angeknüpft werden.[96] 52

(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum

Mit der vertraglichen Unterwerfung von nicht vereinsgebundenen Sportlern unter die Disziplinargewalt eines Sportverbandes hat sich der BGH in seinem Urteil *Reiterliche Vereinigung* grundlegend auseinandergesetzt.[97] Reitsportler hatten in einem Formular für den ersten Antrag auf Erteilung eines Reiterausweises die Leistungs-Prüfungsordnung des Deutsche Reiterliche Vereinigung e.V. in ihrer jeweils gültigen Fassung als verbindlich anerkannt. In den jährlichen Anträgen auf Wiederausstellung eines Reiterausweises hatten die Antragsteller versichert, dass die früheren Angaben und Erklärungen weiterhin zuträfen. Die Anmeldung zu Reitturnieren erfolgte über zu dem Reiterausweis gehörende sog. Nennungsschecks, die ebenfalls einen Hinweis auf die Anerkennung der Leistungs-Prüfungsordnung enthielten. Zudem war in den Nennungsschecks darauf hingewiesen worden, dass mit der Meldung die Leistungs-Prüfungsordnung, deren Text 53

95 *Bachmann* 303 f.
96 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (278–291).
97 BGHZ 128, 93 = NJW 1995, 583 – Reiterliche Vereinigung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach deren § 42 bei jeder Veranstaltung an der Meldestelle aushänge, anerkannt werde.[98]

54 Auf die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der dynamischen Verweisung in dem Formular für den ersten Antrag auf Erteilung eines Reiterausweises brauchte der II. Zivilsenat nicht einzugehen, weil die Kläger mindestens die jederzeitige Möglichkeit gehabt hätten, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der Leistungs-Prüfungsordnung Kenntnis zu nehmen und sie bei ihrer durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt erklärten Unterwerfung unter die Verbandsordnung der Reiterlichen Vereinigung nicht schlechter gestellt gewesen seien als bei einer Unterwerfung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft.[99]

55 Im Schrifttum wird die rechtliche Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in rechtsgeschäftlichen Regelanerkennungsverträgen zwischen Verbänden und vereinsfremden Dritten überwiegend ohne Vorbehalte bejaht.[100] Eine Anwendung der Vorschriften zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) wird in Anlehnung an die rechtliche Auffassung des BGH verbreitet im Grundsatz abgelehnt, stattdessen wird eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB befürwortet.[101] Ausführlich hat sich *Reimann*[102] im Lichte der BGH-Entscheidung *Reiterliche Vereinigung* mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen für dynamische Verweisungen in vertraglichen Regelunterwerfungsvereinbarungen auseinandergesetzt. Seien danach Nichtmitglieder hinsichtlich der Regelbindung den Vereinsmitgliedern gleichzustellen, so seien sie auch genauso schutzbedürftig wie die Vereinsmitglieder; der Schutz der Nichtmitglieder dürfe deshalb im mitgliedschaftsähnlichen Verhältnis nicht hinter dem Schutz der Mitglieder zurückbleiben;[103] die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Regelanerkennungsverträgen bestimme sich daher nach den Kriterien, die für dynamische Verweisungen in Satzungen erarbeitet worden seien. Sodann ermittelt *Reimann* anhand des vereinsrechtlichen Informationsschutzes einen Zulässigkeitsmaßstab für derartige dynamische Verweisungen.[104] Da die Nichtmitglieder vergleichbar den Vereinsmitgliedern den Vereinsbestimmungen unterworfen seien, müssten sie genauso wie die Vereinsmitglieder die Möglichkeit haben, von den für sie verbindlichen Bestimmungen in der jeweils aktuellen Fassung Kenntnis zu nehmen.[105] Vor die-

98 BGHZ 128, 93 (95, 106) = NJW 1995, 583 (583 f., 586) – Reiterliche Vereinigung.
99 BGHZ 128, 93 (105) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.
100 S. etwa PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 315; *Daigfuß* 99 f.; *Edenfeld* 212 ff.; *Fenn* SpuRt 1997, 77 (78 f.); *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15; *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (185 f.); *Pfister* JZ 1995, 464 (467); einschränkend indes *Heermann* NZG 1999, 325 (331–333).
101 S. etwa *J. F. Orth* 185; *Steinbeck* 211; *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 231; *Vieweg*, FS Lukes, 1989, 811 (813); differenzierend *Heermann* NZG 1999, 325 (328–330); *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (102 ff.); *Nagel* CaS 2009, 29 (35).
102 *Reimann* 117.
103 So auch *Haas/Adolphsen* NJW 1995, 2146 (2148); *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15 (17).
104 Vgl. zum Folgenden *Reimann* 118 f.
105 So auch *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15 (17); *Pfister* JZ 1995, 464 (467).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sem Hintergrund sei die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der vertraglich in Bezug genommenen Satzungsbestimmungen zwar notwendige, jedoch auch gleichzeitig hinreichende Bedingung, Informationsdefiziten der vertraglich gebundenen Nichtmitglieder vorzubeugen. Deshalb müsse beispielsweise bei Sportwettkämpfen ein Exemplar der maßgeblichen Verbandsbestimmungen zur Einsichtnahme bereit liegen. Eine andere Möglichkeit bestehe darin, den Regelungsunterworfenen die betreffenden Verbandsbestimmungen auf Anfrage beim Verband zu übersenden. Nicht erforderlich sei es demgegenüber, jeder vertraglich gebundenen Person unaufgefordert ein Exemplar der in Bezug genommenen Satzungsbestimmungen auszuhändigen bzw. jede Änderung der Verbandsbestimmungen den einzelnen Personen mitzuteilen.[106] Denn auch der Schutz der Vereinsmitglieder erfordere keine ausdrückliche Bekanntgabe jeder Satzungsänderung gegenüber den einzelnen Vereinsmitgliedern, weil anderenfalls die Vereinfachungswirkung der dynamischen Verweisung auch weitgehend untergraben würde. Allenfalls sei in Erwägung zu ziehen, Änderungen der vertraglich in Bezug genommenen Verbandsbestimmungen beispielsweise in Mitteilungsblättern des Verbandes, durch Übersendung an die Vereine bzw. im Internet bekanntzumachen.

(2) Praktische Hinweise

Bei Athletenvereinbarungen, Regelanerkennungsverträgen, Nominierungsverträgen, Lizenzverträgen etc. wird man kaum auf Verweisungen auf Statuten übergeordneter Sportverbände verzichten können. Wie können diese aber möglichst rechtssicher gestaltet werden? Hier soll ein bereits an anderer Stelle entwickeltes Konzept[107] zum praktischen Umgang mit dieser komplizierten Rechtsproblematik aufgegriffen werden. 56

In rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen werden dynamische Verweisungen hauptsächlich zu dem Zweck eingesetzt, eine Bindung der Vertragspartner an die jeweils gültigen Verbandsstatuten zu gewährleisten. Insoweit sollen durch ein mitgliedschaftsähnliches Vertragsverhältnis die vertraglich Gebundenen den Vereinsmitgliedern gleichgestellt werden, die bereits durch ihre Mitgliedschaft den Verbandsregeln unterworfen sind.[108] Bei den genannten vertraglichen Vereinbarungen, die durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt begründet werden, sind damit Schlechterstellungen im Vergleich zu einer Unterwerfung unter die Verbandsordnung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft unzulässig. 57

Daher müssen für dynamische Verweisungen in vertraglichen Vereinbarungen im Grundsatz letztlich auch die gleichen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie für dy- 58

106 Insb. hins. des Sportbereichs ebenso zuvor *Pfister* JZ 1995, 464 (467); *Fenn* SpuRt 1997, 77 (79).
107 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (288–290).
108 BGHZ 128, 93 (105) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

namische Verweisungen in Vereinssatzungen[109] zur Anwendung gelangen. Abweichende Bewertungen können nur gerechtfertigt sein, soweit sie gerade auf den Besonderheiten der Verwendung dynamischer Verweisungen in Vereinssatzungen beruhen. Zwar braucht für die Satzung, auf die in einer Athletenvereinbarung o.Ä. verwiesen wird, nicht notwendigerweise das konstitutive Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB eingehalten worden zu sein,[110] weil der Vertragspartner des Sportverbandes als Nichtmitglied nicht in den Schutzbereich der genannten Norm fällt. Aber der Vertragspartner wird ebenso wie ein Vereinsmitglied davon ausgehen dürfen, dass Disziplinarmaßnahmen in der Satzung, auf die der Vertrag mit einem entsprechenden konkreten Hinweis verweist, festgelegt sind. Davon ist auch der BGH in der Rechtssache *SV Wilhelmshaven* ausgegangen.[111] So bedürften Beschlüsse, die in Ausübung der aus der Vereinsautonomie gem. Art. 9 GG hergeleiteten Sanktionsgewalt Disziplinarmaßnahmen zum Gegenstand hätten, einer hinreichend bestimmten Grundlage, damit der Regelunterworfene einen eventuell drohenden Rechtsnachteil erkennen und entscheiden könne, ob er diesen hinnehmen und ob er sein Verhalten danach einrichten wolle. Dies gelte unabhängig davon, ob die Unterwerfung unter die Disziplinargewalt kraft Vereinsmitgliedschaft unmittelbar aus der Satzung des Vereins oder – etwa bei Maßnahmen gegenüber Nichtmitgliedern – aus einer Unterwerfung durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt folge.

59 Ausgehend von einer grundsätzlichen Übertragbarkeit der Wirksamkeitserfordernisse für dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen, sind verschiedene Stellungnahmen des Schrifttums zur rechtlichen Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Unterwerfungserklärungen durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt zweifelhaft:

60 – Voreilig ist zunächst die Einschätzung, dass der BGH in der Entscheidung *Reiterliche Vereinigung* die dynamische Verweisung in Anerkennungsverträgen nicht beanstandet habe.[112] Deren generelle rechtliche Zulässigkeit kann aus dem Urteil gerade nicht abgeleitet werden. Im konkreten Fall brauchte sich der BGH zur rechtlichen Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Unterwerfungserklärungen überhaupt nicht zu äußern, weil bei jeder Meldung zu einem Turnier die Geltung des aktuellen Regelwerks durch die Athleten anerkannt worden war; zudem waren die Athleten nicht schlechter gestellt worden als bei Unterwerfung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft.[113]

109 → IV. Rn. 20–39.
110 *J. F. Orth* 186; a.A. noch *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (289).
111 BGHZ 212, 70, Rn. 37 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.
112 *J. F. Orth* 186 unter Bezugnahme auf *Haas/Adolphsen* NJW 1995, 2146 (2148); *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (14).
113 BGHZ 128, 93 (105 f.) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Dynamische Verweisungen in vertraglichen Regelanerkennungsverträgen bedürfen – entgegen gegenteiliger Forderungen[114] – einer konkret-inhaltlichen Beschreibung der Bezugnahme, soweit allein dadurch dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt werden kann.[115] 61

– Im Hinblick auf die Publizitätserfordernisse und die damit erforderliche Veröffentlichung der Rechtsvorschriften, auf die mittels dynamischer Verweisung Bezug genommen wird, ist dem deutschen Fußballsport wegen der unproblematischen und für jedermann kostenlosen Abrufbarkeit der jeweils geltenden Rechtsvorschriften im Schrifttum ein Freibrief erteilt worden.[116] Dem ist zuzustimmen, solange daneben nicht die aus dem Bestimmtheitsgrundsatz folgenden Wirksamkeitsanforderungen[117] vernachlässigt werden.[118] Selbst wenn also etwa sämtliche Regelwerke im Internet ohne größeren Aufwand abrufbar sind, so fehlt es an einer wirksamen Einbeziehung in eine vertragliche Unterwerfungserklärung, wenn die Ermittlung der konkret einschlägigen Vorschrift durch eine unübersichtliche Verweisungstechnik erschwert wird oder die in Bezug genommene(n) Vorschrift(en) schlichtweg unverständlich ist (sind). Bei der Verweisung in einem Teilnahmevertrag hinsichtlich eines bestimmten Sportevents (z.B. Weltmeisterschaft) ist auch zu beachten, dass die in Bezug genommene statutarisch verankerte Disziplinarmaßnahme zum einen verständlich und bestimmt sein muss sowie nur für die Dauer des Events, möglicherweise auch für einen kurzen Zeitraum vor und nach der Veranstaltung gilt.[119] 62

(3) Rechtslage in der Schweiz

In der Judikatur werden nicht nur rechtsgeschäftliche Regelanerkennungsverträge zwischen Verbänden und vereinsfremden Dritten als rechtlich zulässig angesehen, sondern grundsätzlich auch darin enthaltene dynamische Verweise auf jeweils gültige Fassungen von Statuten und Reglementen der nationalen und internationalen Sportverbände. Diese Verweise werden an den Grundsätzen zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen gemessen. Wenn eine Partei den Inhalt der Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht zur Kenntnis nehme, weil sie sich nichts überlege oder die Bedingungen nicht verstehe oder nicht lesen wolle, so handele es sich gleichwohl um eine Globalübernahme, welche grundsätzlich Wirkung ent- 63

114 *Blum/Ebeling* in Bepler, 2000, 85 (116); *J. F. Orth* 183.
115 I.Erg. ähnl. *Steinbeck* 153 m.w.N.
116 *J. F. Orth* 186, nach dessen Auffassung sich insoweit eine Einbeziehungsproblematik unter dem Gesichtspunkt einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit nicht mehr stellt; ähnl. *Gotta* 50 f.
117 → IV. Rn. 32.
118 So in der Tendenz auch *Nagel* CaS 2009, 29 (35).
119 Instruktiv CAS 23.6.2009, 2008/A/1564 – WADA v. F. Busch & IIHF, anschließend aufgehoben durch SchweizBG SpuRt 2010, 66 ff.; hierzu *Heermann*, FS Spellenberg, 2010, 11 (13–15).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

falte.[120] Allerdings sollen global übernommene Allgemeine Vertragsbedingungen nicht zur Anwendung gelangen, sofern sich die zustimmende Partei über den Inhalt derselben nicht mit vernünftigem Aufwand Kenntnis verschaffen konnte.[121] Nach der sog. „Ungewöhnlichkeitsregel" sind Bestimmungen, mit welchen die zustimmende Partei nicht gerechnet habe und objektiv auch nicht hätte rechnen müssen, unverbindlich.[122] Diesem Ansatz der Judikatur hat sich das Schrifttum im Wesentlichen angeschlossen.[123] Als Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisverschaffung der in den Vertrag mittels dynamischen Verweises inkorporierten Verbandsstatuten wird die Einsicht der Reglemente im Internet angesehen, zumal es praktisch sehr aufwändig wäre, jedem Lizenzantragsteller die Reglemente in Papierform zuzustellen.[124] Es ist davon auszugehen, dass der CAS auch bei einer vertraglichen Unterwerfung unter die Verbandsstatuten in einer Athletenvereinbarung o.Ä. an den für mehrstufige oder dynamische Satzungsverweisungen entwickelten Grundsätzen[125] festhalten würde.

64 Die schweizerische Rechtslage sei am Beispiel von Schiedsvereinbarungen im Sport veranschaulicht.[126] Wenn eine Schiedsvereinbarung durch einen ausdrücklichen Verweis einbezogen wird, ist die Wirksamkeit unbestritten.[127] Anders ist die Rechtslage bei sog. Globalverweisungen.[128] Je nach den Umständen des Einzelfalls wird die Gültigkeit angenommen, wenn der Vertragspartner mit der Schiedsvereinbarung aufgrund der üblichen Gepflogenheiten rechnen konnte.[129] Im Falle einer zwischen den Vertragsparteien bestehenden Ungleichgewichtslage wird ein globaler Verweis auf einen weiteren Text kritisch beurteilt.[130] Nach Auffassung des SchweizBG sei im Falle von Sportsachverhalten aber ein niedriger Maßstab anzulegen, da die Schiedsgerichtsbarkeit im Interesse beider Parteien liege.[131] Schiedsvereinbarungen werden zudem nicht als unübliche Klauseln eingestuft.[132]

120 SchweizBG BGE 77 II, 156.
121 SchweizBG BGE 77 II, 156
122 SchweizBG BGE 109 II, 217; BGE 119 II, 446; BGE 122 V, 146.
123 *Philipp* 118 f. m.w.N.
124 *Philipp* 118.
125 → IV. Rn. 36–39 m.w.N.
126 *Opfermann* 63 f.
127 SchweizBG BGE 110 II 54 ff.
128 *Wittmann* 58 ff.
129 Sehr weitgehend SchweizBG SpuRt 2002, 62; strenger SchweizBG SpuRt 2010, 66; Basler Kommentar-IPRG/*Gränicher* Art. 178 IPRG Rn. 60 f.
130 *Berger/Kellerhals* Rn. 440 ff.
131 SchweizBG ASA Bulletin 1/2012, 144 ff.; so auch *Handschin/Schütz* SpuRt 2014, 179 ff., insb. für Dopingstreitigkeiten sei der Schiedszwang gerechtfertigt; krit. *Mankowski* 477.
132 *Girsberger/Voser* Rn. 274a.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht

Insoweit wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Unterwerfung von (un)mittelbaren Mitgliedern unter die Vereins- und Verbandssatzung Bezug genommen.[133] 65

d) Fazit

Sowohl im Wege des Vereinsbeitritts (un)mittelbarer Mitglieder als auch durch den Abschluss einzelner Verträge wie Athletenvereinbarungen, Regelanerkennungsverträgen, Nominierungsverträgen, Lizenzverträgen o.Ä. mit Nichtmitgliedern, aber auch Mitgliedern können Sportverbände effektiv sicherstellen, dass sich Sportler den Vereins- und Verbandsstatuten unterwerfen. Dabei kommt es zu einer Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern, d.h. die Maßstäbe für eine rechtswirksame Unterwerfung sind in beiden Fällen nahezu identisch. Dies gilt insbesondere auch für in Verbandsstatuten verankerte Disziplinarmaßnahmen und Sanktionsregelungen. Unsicher ist in beiden Konstellationen in Deutschland die Rechtslage hinsichtlich der Wirksamkeit mehrstufiger und dynamischer Verweisungen auf Verbandsstatuten unabhängig davon, ob diese Verweisungen ihren Ursprung in der Vereinssatzung oder in einer Athletenvereinbarung etc. haben. 66

Eine Unterwerfung unter die Verbandsstatuten allein durch Sportausübung ist zwar theoretisch durch Annahme eines konkludent abgeschlossenen Vertrages denkbar, wobei sich jedoch zumeist ein Rechtsbindungswille der Sportler hinsichtlich einzelner, aus den Verbandsstatuten ableitbarer Verpflichtungen kaum nachweisen lassen wird. Diese Rechtsfigur sollte nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht gezogen werden und bildet keinen generellen Auffangtatbestand, falls sich die anderen Formen der Unterwerfung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern unter die Verbandsstatuten als unwirksam erweisen sollten. 67

Nach schweizerischem Recht werden mehrgliedrige Verweisungsketten ebenso wie dynamische Satzungsverweisungen deutlich verbandsfreundlicher als nach deutschem Recht bewertet. Allerdings gelten mehrstufige Verweisungen nicht *per se* als rechtswirksam. Vielmehr verbleibt denjenigen, die sich auf die Unwirksamkeit einer solchen Verweisung berufen, die Möglichkeit, überzeugende, gegen die Rechtswirksamkeit sprechende Gründe vorzubringen. 68

133 → IV. Rn. 40–45.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Absicherung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch eine pyramidenförmig-hierarchische Struktur

a) Ein-Verband-Prinzip

69 Im Begleitdokument zum Weißbuch Sport der EU-Kommission wird das sog. Ein-Verband-Prinzip, auch bekannt als Ein-Platz-Prinzip, naturgemäß beschränkt auf den Raum der EU folgendermaßen beschrieben:[134]

> „The organisational level of sport in Europe is characterised by a monopolistic pyramid structure. Traditionally, there is a single national sport association per sport and Member State, which operates under the umbrella of a single European association and a single worldwide association. The pyramid structure results from the fact that the organisation of national championships and the selection of national athletes and national teams for international competitions often require the existence of one umbrella federation. The Community Courts and the Commission have both recognized the importance of the freedom of internal organization of sport associations."

70 Diese zutreffende Beschreibung des Ein-Verband-Prinzips lässt sich zwanglos auf eine weltweite Dimension übertragen. Sodann steht ein Weltsportfachverband an der Spitze der monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen, während in der betreffenden Sportart der europäische Sportdachverband zusammen mit den übrigen Kontinentalverbänden, die durchaus auch nur Teile eines Kontinents umfassen können,[135] erst auf der zweiten Hierarchiestufe anzusiedeln ist. Da üblicherweise eine Sportart auf der jeweiligen Hierarchiestufe nur durch *einen* Sportfachverband vertreten wird, spricht man vom Ein-Verband-Prinzip. Der betreffende Sportfachverband hat im Hinblick auf die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen regelmäßig eine Monopolstellung inne.[136] Sämtliche Verbände sind üblicherweise in der Rechtsform eines Vereins organisiert.[137] Die Frage, ob eine solche Alleinstellung aus rechtlicher, insbesondere aus kartellrechtlicher Perspektive gerechtfertigt werden kann, wird in einem späteren Abschnitt analysiert werden.[138]

71 Durch diese Verbandsstrukturen lässt sich ein Grundbedürfnis aller Athleten, die ihre bevorzugte Sportart organisiert haben wollen und insbesondere in offiziellen, d.h. auch von den übergeordneten Sportverbänden anerkannten, Sportwettkämpfen ausüben wollen, in optimaler Weise befriedigen. Denn auf der Basis solcher Verbandsstrukturen lassen sich äußerst effizient einheitliche Bedingungen

134 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.a). S. zum Ein-Verband-Prinzip auch stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 232–253; *Seyb* 3, 12 f.

135 Z.B. CONMEDOL = Confederación Sudamericana de Fútbol = Südamerikanische Fußball-Konföderation.

136 → IV. Rn. 77–82.

137 Ausf. zur Frage, ob der Verein die geeignete Rechtsform für einen Sportverband ist, *Schade* 101 ff.

138 → XIII. Rn. 62–72.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

umsetzen, die einen weltweiten Vergleich der sportlichen Leistungen ermöglichen. Dies gilt etwa für die Spielregeln, aber natürlich auch Dopingbestimmungen.

Grundvoraussetzung ist freilich, dass sich alle Teilnehmer an einem Sportwettkampf einheitlichen Verbandsregelungen in der jeweils aktuellen Fassung unterworfen haben. Dies ist, wie bereits dargelegt,[139] in rechtlicher Hinsicht ein durchaus ambitioniertes Ziel, das mitunter verfehlt wird. Aber selbst wenn es erreicht wird, treten nicht selten bei der Durchsetzung gerade von Dopingbestimmungen praktische Probleme auf. Nach Meinung neutraler Beobachter soll es vorkommen, dass die Einhaltung von Verbandsregelungen – hier bevorzugt Regelungen des Welt Anti-Doping Codes (WADC) – mitunter je nach Landessitte oder dem Gusto politisch einflussreicher Personen durchaus auch zum Vorteil der sportlichen Landsleute eher unterdurchschnittlich scharf überwacht wird. Es soll auch passieren, dass Beweismittel durch einen überprüften Sportler selbst – zumeist unabsichtlich, versehentlich etc. – oder durch Hilfspersonen vernichtet werden.[140] Es dürfte dem vorherrschenden Rechtsempfinden entsprechen, dass derartige Aktionen, sollten sie nachgewiesen werden können, mit dem Fairplay-Gedanken kaum vereinbar sind. 72

Dem Fairplay-Gedanken laufen indes unterschiedliche tatsächliche Rahmenbedingungen eines sportlichen Wettkampfes nicht zuwider, auch wenn sie wegen des Gewöhnungseffekts die Heimmannschaft bevorteilen sollten. So sind etwa folgende Phänomene mit einheitlichen Spielregeln grundsätzlich vereinbar: die atemberaubende Höhenlage eines Spielorts (z.B. die Fußballarena Estadio La Casa Blanca in der ecuadorianischen Hauptstadt Quito, ca. 2.850 m ü.d.M.); der ohrenbetäubende, mitunter gesundheitsschädliche, von einer Stadiontribüne ausgehende Zuschauerlärm (als lautestes Stadion der Welt gilt das Arrowhead Stadium, Heimstätte des NFL-Teams Kansas City Chiefs mit der höchsten gemessenen Lautstäre von 142,2 dB, was etwa einem Flugzeugstart entspricht); orkanartiger Wind (im Rahmen eines Fußballländerspiels auf den Färöern konnte das Ruhen des Balles vor einem Freistoß trotz Fehlens einer entsprechenden 73

139 → IV. Rn. 4–68.

140 S. stellvertr. zur Zerstörung der Dopingprobe eines chinesischen Schwimmstars und Olympiasiegers durch seine Mutter mittels eines Hammers SZ v. 5.5.2020 („Medien: Sun Yang zieht nach CAS-Sperre vor Bundesgericht"), abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/doping-medien-sun-yang-zieht-nach-cas-sperre-vor-bundesgericht-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200505-99-943017 (zuletzt besucht am 7.2.2022). In der Folge wurde vom SchweizBG SpuRt 2021, 85 ff. das Gesuch des chinesischen Schwimmers Sun Yang um Revision des Entscheides des CAS vom 28.2.2020 (CAS 2019/A/6148) wegen Befangenheit eines Richters des CAS – er sollte Jahre zuvor als italienischer Politiker öffentlich antichinesische Äußerungen getätigt haben – gutgeheißen. Der Entscheid des CAS wurde aufgehoben und das internationale Sportschiedsgericht halbierte am 21.6.2021 in neuer Besetzung die Dopingsperre auf vier Jahre; vgl. *CAS*, Pressemitteilung v. 22.6.2021, abrufbar unter https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_6148_Decision_June21.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

FIFA-Ausnahmeregelung nur durch das Festhalten mit der Hand eines Mitspielers sichergestellt werden).

74 Das Ein-Verband-Prinzips hat sich allerdings nicht in allen Sportarten durchhalten lassen, wie auch die EU-Kommission in der eingangs zitierten Passage andeutet („Traditionally", „often"). Vielmehr existieren einige Ausnahmen oder Aufweichungen dieses Prinzips. Hiervon betroffen sind beispielsweise folgende Sportarten (in alphabetischer Reihenfolge):[141] American Football (American Football Conference, National Football Conference), Basketball (Fédération Internationale de Basket-Ball Europe, Euroleague Commercial Assets S.A.), Boxen (mehrere Weltverbände), Darts (British Darts Association, Professional Darts Corporation), Eishockey (Eissport-Verband Nordrhein-Westfalen e.V., Eishockeyverband Nordrhein-Westfalen), Eisschnelllauf (International Skating Union, kommerzieller Privatveranstalter[142]), Golf (International Golf Federation, The Royal and Ancient Golf Club of St Andrews, United States Golf Association), Ringen (Deutschen Ringer-Bund mit Ringer-Bundesliga, Deutsche Ringerliga), Tanzen (World Dancesport Federation, World Dance Council) und Tennis (International Tennis Federation [ITF], Association of Tennis Professionals [ATP], Women's Tennis Association [WTA][143]).

75 Neben den unbestreitbaren und offensichtlichen Vorteilen, die mit dem Ein-Verband-Prinzip einhergehen, existieren über die vorgenannten Ausnahmen und Abweichungen sowie die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Ein-Verband-Prinzips hinaus noch weitere Herausforderungen. Monopolisten neigen dazu, ihre Position nach Kräften zu verteidigen. Das gilt auch für Sportverbände, die regelmäßig nichts unversucht lassen, die Gründung und Etablierung potentieller Konkurrenzverbände oder die Durchführung von Wettkämpfen in der gleichen Sportart, die von einem verbandsunabhängigen, rein privaten Veranstalter organisiert werden, durch den Erlass zugangsbeschränkender Regelungen zu unterbinden. Dieses Vorgehen wird aus kartellrechtlicher Perspektive zu analysieren sein.[144] Zu Spannungen innerhalb monopolistisch-hierarchischer Verbandsstrukturen kann es des Weiteren kommen, wenn internationale Sportfachverbände nationale Verbände veranlassen, Entscheidungen durchzusetzen, die möglicherweise innerstaatlichen Rechtsvorstellungen widersprechen.[145]

141 Zu weiteren Details s. *Heermann* WRP 2019, 145, Rn. 7–17 m.w.N.; s. zu einer Bestandsaufnahme hins. konkurrierender Sportligen auch *Cukurov* 70–72. Angesichts der Vielzahl der Fälle ist zweifelhaft, ob es sich dabei – wie *Putzier* 51 meint – tatsächlich auch heute noch um „Ausnahmeerscheinungen" handelt.

142 → VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8.

143 Ob Planungen für einen Zusammenschluss von der Association of Tennis Professionals (ATP) und der Women's Tennis Association (WTA) – s. zu den Hintergründen *Clossé* FAZ v. 28.4.2020 – umgesetzt werden, ist nach derzeitigem Stand (7.2.2022) ungewiss.

144 → XIII. Rn. 73–131.

145 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (225) sowie → IV. Rn. 90–92.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem sind Kontroversen tatsächlicher, aber auch rechtlicher Natur vorprogrammiert, wenn die auf den verschiedenen Hierarchiestufen bestehenden Autonomieansprüche miteinander kollidieren.[146] Dazu kann es insbesondere kommen, wenn die vielfach durch ein auffälliges Selbstbewusstsein und einen gewissen Machtanspruch ausgezeichneten Verbandsfunktionäre sich bei Meinungsverschiedenheiten unter keinen Umständen an die altbewährte Skatregel „Ober sticht Unter", deren analoge Anwendung im Ein-Verband-Prinzip eigentlich angelegt ist, halten wollen. In diesem Kontext waren im Frühjahr 2020 bemerkenswerte, weil unter normalen Umständen undenkbare Entwicklungen zu beobachten. Normalerweise müssen sich nationale Sportligen bei der Durchführung ihrer Sportveranstaltungen am international vom zuständigen Kontinentalverband langfristig festgelegten Rahmenterminkalender orientieren, was durchaus sinnvoll ist. So war etwa im Fußball seitens der UEFA zunächst der Termin für die UEFA EURO 2020 festgelegt worden, hernach erst konnte die DFL die Spielzeit 2019/20 terminieren. Infolge der COVID-19-Pandemie preschten indes die nationalen Fußballligen vor, die nach mehrwöchiger Pause bis in den Frühsommer 2020 hinein ihren Ligabetrieb fortsetzen und die Spielzeit regulär beenden wollten, und veranlassten letztlich die UEFA, den Termin für die UEFA EURO 2020 um ein Jahr zu verschieben. 76

b) Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen

Oft wird im Hinblick auf nationale und internationale Sportfachverbände, die aufgrund des Ein-Platz-Prinzips[147] regelmäßig in einer bestimmten Sportart auf der jeweiligen Hierarchiestufe keiner Konkurrenz ausgesetzt sind, vereinfachend von „Monopol(sport)verbänden" gesprochen. Diese Terminologie ist in mindestens zweifacher Hinsicht irreführend. Zum einen existieren in manchen Sportarten durchaus Konkurrenzverbände oder aber der „Monopol(sport)verband" sieht sich privater Konkurrenz ausgesetzt. Zum anderen suggeriert eine solche Terminologie, der betreffende Sportverband würde generell über eine Monopolstellung verfügen, die nach deutschem und europäischem Kartellrecht als solche indes kartellrechtlich unbedenklich ist, solange sie nicht missbraucht wird (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV). Damit würden – so könnte man meinen – Sportverbände bei Entfaltung ihrer Aktivitäten aufgrund einer Monopolstellung stets am Rande eines Kartellrechtsverstoßes stehen. Diese Annahme ist in ihrer Allgemeinheit un- 77

146 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (226).
147 → IV. Rn. 69–76.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zutreffend, vielmehr ist nach den relevanten Märkten zu differenzieren, auf denen ein Sportverband tätig wird.[148]

78 Üblicherweise hat ein (inter)nationaler Sportverband nur auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportwettbewerben eine Monopolstellung inne.[149] Ausnahmen gelten, sofern ein Konkurrenzverband existiert (wie z.B. im professionellen Tanzsport) oder aber – was insbesondere nicht unter der Ägide eines Sportfachverbandes stattfindende Events etwa im Freizeitbereich betrifft – die Athleten ohne Weiteres auf eine andere Veranstaltung ausweichen können (z.B. für jedermann geöffnete Laufveranstaltungen). Ansonsten bedürfen Sportveranstaltungen stets der Genehmigung des zuständigen übergeordneten Verbandes auf der nächsten Hierarchiestufe, um auf diese Weise etwa sicherzustellen, dass die Wettkämpfe nach den offiziellen Spielregeln stattfinden und die erzielten Wettkampfergebnisse innerhalb der Verbandspyramide anerkannt werden.

79 Wenn also beispielsweise in einer bestimmten Sportart eine Europameisterschaft durchgeführt werden soll, so ist hierfür zunächst allein der vom jeweiligen Weltsportfachverband eingesetzte Kontinentalverband zuständig. Zur Durchführung der Veranstaltung wird dann ein ausgewählter nationaler Sportfachverband hinzugezogen. Der Kontinentalverband ist dann Monopolist auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu einer entsprechenden Europameisterschaft in der betreffenden Sportart. Als solcher entscheidet er über die nähere Ausgestaltung der sportlichen Qualifikation und Zulassung von Nationalverbänden oder einzelnen Athleten zum Wettbewerb. Insoweit ist die Annahme einer Monopolstellung zutreffend, weil für die Marktgegenseite, d.h. Athleten, National- oder Clubmannschaften, zumindest im professionell betriebenen Sport bei derart herausgehobenen Sportevents regelmäßig keine angemessenen Ausweichmöglichkeiten bestehen.

80 Dies bedeutet freilich nicht, dass dieser Kontinentalverband zugleich Monopolist auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Produktmärkten ist. Dies sei am Beispiel der Absatzmärkte, insbesondere anhand des Marktes für das Sponsoring von Sportveranstaltungen veranschaulicht.[150] So wird der Kontinentalverband auf dem Markt für die Vergabe von Sponsoringverträgen anlässlich der Europameisterschaft in einer bestimmten Sportart aus der maßgeblichen Sicht der Marktgegenseite, d.h. aus der Perspektive potentieller Sponsoren, je nach den Umständen des konkreten Falls wegen bestehender Ausweichmöglichkeiten (z.B. Sponsoring einer teilnehmenden Nationalmannschaft oder eines vergleichbar

148 Ausf. hierzu → VII. Rn. 1–3.
149 So im Ansatz etwa auch *Haus/Heitzer* NZKart 2015, 181 (184).
150 Ausf. hierzu *Heermann* WRP 2009, 285 (291 ff.) m.w.N. und Beispielen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

prestigeträchtigen Events in einer anderen Sportart) vielfach nicht als Monopolist wahrgenommen werden.

Zuletzt hat das BKartA in sachlicher Hinsicht einen Markt für die Organisation *und* Vermarktung der Olympischen Spiele angenommen.[151] Sportveranstalter wenden sich bei der Organisation und Vermarktung aber an völlig unterschiedliche Abnehmergruppen, wobei den Vermarktungspartnern üblicherweise Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dies spricht eher für separate Märkte.[152] Einen Ausnahmefall könnten aber in der Tat die Olympischen Spiele aufgrund ihrer Alleinstellung bilden, sofern hierfür aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Werbetreibenden, nachweisbar keine angemessenen Substitute bestehen sollten.[153] 81

Festzuhalten bleibt, dass den Sportverbänden aufgrund ihrer regelmäßig vorliegenden Monopolstellung zumindest auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen erleichtert wird, die Verbandsautonomie abzusichern. Zunächst wird die Unterwerfung der (un)mittelbaren Mitglieder und Nichtmitglieder an die Verbandsstatuten erleichtert. Sodann kann die Vergleichbarkeit der im sportlichen Wettkampf erzielten Ergebnisse auf einfache Weise gewährleistet werden. 82

c) Sitz internationaler Sportverbände

Die Schweiz ist als Sitz internationaler Sportverbände sehr beliebt.[154] Wenn eine „Welthauptstadt des Sports" allein nach dem Kriterium der dort ansässigen internationalen Sportverbände zu benennen wäre, müsste die Wahl zwangsläufig auf die Stadt Lausanne fallen.[155] Dafür gibt es für Sportverbände neben den allgemein bekannten Vorzügen der Schweiz als ebenso reizvolles wie beliebtes, wenngleich nicht ganz billiges Reiseland sowie begehrter Zweit- oder gar Erstwohnsitz insbesondere auch für vermögende Nicht-Schweizer eine Vielzahl anderer Gründe, die allesamt mit den dortigen rechtlichen Rahmenbedingungen zusammenhängen. Um nicht dem Vorwurf deutscher Voreingenommenheit aus- 83

151 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; in ähnl. Weise bereits zuvor EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 98–104 – ISU's Eligibility Rules; krit. *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 8.

152 So im Hinblick auf die Ausgangsproblematik *Varens* 94–97; einen solchen Ansatz als zumindest denkbar einstufend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

153 Hiervon ausgehend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 45 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

154 Zur Sitzbestimmung des CAS in der Schweiz ausf. *Hülskötter* 279 ff.

155 Eine informative Übersicht über die in der Schweiz ansässigen internationalen Sportverbände ist abrufbar unter https://www.fuw.ch/article/internationale-sportverbande-in-der-schweiz/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzt werden zu können,[156] soll in diesem Abschnitt eine Beschränkung auf Stellungnahmen und Einschätzungen schweizerischer und britischer Herkunft erfolgen:

84 – Die Steuersätze, denen die mehr oder weniger großen, teils gar gigantischen Gewinne der internationalen Sportverbände unterfallen, sind vergleichsweise günstig. Die Offenlegungspflichten hinsichtlich sensibler Geschäftszahlen sind aus Verbandssicht erfreulich schwach ausgeprägt,[157] wenngleich die Geheimhaltung nicht so weit reicht wie einst das weltweit geschätzte Schweizer Bankgeheimnis.

85 – Bis vor wenigen Jahren profitierten die in der Schweiz ansässigen internationalen Sportfachverbände von Unwägbarkeiten hinsichtlich der Fragen, ob und – wenn ja – inwieweit das nationale Korruptionsstrafrecht auf sie angewendet werden könnte.[158] Erhellend sind insoweit Darlegungen aus dem Entwurf einer Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (die schweizerische Rechtschreibung ist beibehalten worden; Hervorhebungen durch *Verfasser*):[159]

> „[…] Heute ist die Privatbestechung somit vom Begriff des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des UWG abhängig. Diese Verknüpfung erscheint jedoch als künstlich oder gar inkohärent, da gleichwertige Verhaltensweisen je nach Kontext (Wettbewerbssituation oder nicht) strafbar sind oder nicht.
> Ausserdem lassen sich Bestechungshandlungen in Verbindung mit der Vergabe grosser Sportanlässe wie den Olympischen Spielen oder der Fussballweltmeisterschaft aufgrund dieser Verknüpfung mit dem UWG nicht zureichend erfassen. Grundsätzlich stehen Kandidaturstädte nämlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des UWG, so wie auch die internen Wahlverfahren zur Besetzung der leitenden Funktionen in diesen Organisationen nicht zu einem Wettbewerb im Sinne des UWG führen. **Die Verknüpfung zwischen dem Straftatbestand der Privatbestechung und dem unlauteren Wettbewerb wird demnach zum Problem, wenn es darum geht, bestimmte Vorfälle in privaten Organisationen, im Besonderen in internationalen Sportverbänden, den Bestechungsstrafnormen zu unterstellen.** Angesichts der erheblichen finanziellen Interessen, die beispielsweise hinter der Vergabe der Olympischen Spiele oder der Fussballweltmeisterschaft stehen, muss allerdings geschlossen werden, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse daran besteht, dass solche Verfahren nicht mit dem Mangel der Korruption behaftet sind, **zumal sich gezeigt hat, dass sich die internen Kontrollsysteme dieser Organisationen als unzureichend erweisen können.**
> Daraus folgt, dass der Straftatbestand der Bestechung Privater vom Begriff des unlauteren Wettbewerbs losgelöst und als eigener Straftatbestand in das Strafgesetzbuch

156 Insoweit verfügt der *Verfasser* durchaus über Erfahrung. Auf Nachweise wird hier bewusst verzichtet.

157 *Weatherill*, Principles, 2017, 12 („Reasons for this include matters of tax and transparency (in relative terms there is not much of either) …") und 42.

158 S. stellvertr. *Schade* 9 ff. m.w.N.

159 Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) v. 30.4.2014, BBl 2014, 3591 (3602).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> aufgenommen werden muss. Dadurch kann auch die Stellung der verschiedenen nicht gewinnorientierten Organisationen, namentlich der internationalen Sportverbände, geklärt werden. […]"

86 Dass man sich aber als hochrangiger Sportfunktionär selbst in der Schweiz nicht mehr völlig sicher fühlen kann, sofern gegen die betreffende Person im Ausland wegen Verletzung von dort geltenden Straftatbeständen ermittelt wird, mussten sechs hochrangige Funktionäre der FIFA am 27.5.2015 erfahren. In den frühen Morgenstunden wurden sie auf Ersuchen U.S.-amerikanischer Behörden in einem Züricher Hotel wegen des Verdachts, Bestechungsgelder in Millionenhöhe angenommen oder gezahlt zu haben, festgenommen, vor laufenden Kameras abgeführt und sodann in Auslieferungshaft gesetzt.[160]

87 – *Baddeley* weist aus der eidgenössischen Perspektive auf ein weiteres Motiv internationaler Sportverbände hin, ihren Sitz in der Schweiz zu wählen:[161]

> „The possibility to create *adequate, legally enforceable regulations* within a very liberal legal framework was probably one of the determining factors in deciding to choose Switzerland as their seats."

88 Wie bereits dargelegt,[162] beurteilt das Zivilrecht der Schweiz die Unterwerfung von (un)mittelbaren Mitgliedern und auch Nichtmitgliedern unter die Verbandsstatuten in ihrer jeweils gültigen Fassung vergleichsweise großzügig. Die Wirksamkeit mehrstufiger geschlossener Verweisungsketten und dynamischer Verweisungsklauseln wird in diesem Kontext allenfalls in seltenen Ausnahmefällen beanstandet, was die Rechtssicherheit spürbar erhöht. Wie noch zu zeigen sein wird,[163] wird der CAS trotz eines gewissen strukturellen Ungleichgewichts, das sich in verschiedener Hinsicht zugunsten der Sportverbände auswirkt, als echtes Schiedsgericht allgemein anerkannt. Seine Schiedssprüche werden nach Einlegung von Rechtsmitteln durch das für Aufhebungsverfahren allein zuständige SchweizBG überprüft. Dieses kann – ebenso wie auch in anderen Jurisdiktionen – einen Schiedsspruch des CAS materiellrechtlich in gewissem Umfang am Maßstab des *ordre public* kontrollieren, zu dem in der Schweiz aber – im Gegensatz zu vielen anderen Jurisdiktionen – etwa das nationale und europäische Kartellrecht nicht zählt.[164] Die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs durch das SchweizBG ist überschaubar, ist dies seit Bestehen des CAS doch nur hinsichtlich einer einstelligen Anzahl an CAS-Schiedssprüchen geschehen. Dies ist in gewisser

160 NZZ v. 27.5.2015 („Mehrere Fifa-Funktionäre in Zürich verhaftet"), abrufbar unter https://www.nzz.ch/zuerich/aktuell/zuercher-polizei-im-einsatz-gegen-fifa-funktionaere-1.18549652 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

161 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (5).

162 → IV. Rn. 8–65.

163 → IV. Rn. 147–354.

164 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weise aktive und rechtlich kaum angreifbare Standortpolitik zugunsten der Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz,[165] was letztlich wiederum zur Rechtssicherheit in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit beiträgt.

89 Mögen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportverbände in der Schweiz in den letzten Jahren auch ein wenig verschlechtert haben, ist mit ihrem massenweisen Exodus nicht zu rechnen. Denn ähnlich attraktive Standorte, die zudem in der Sportschiedsgerichtsbarkeit kurze Wege und darüber hinaus ein erhebliches Maß an Unabhängigkeit von der Einflussnahme durch staatliche Gerichte bieten, lassen sich nicht leicht finden. Es ist nicht verwerflich, wenn sich internationale Sportfachverbände oder auch das IOC bei der Standortwahl von ökonomischen und juristischen Aspekten leiten lassen. Derlei ist in anderen Wirtschaftszweigen und Regionen gleichfalls üblich. Aus ähnlichen Motiven hat sich etwa die Mehrzahl großer U.S.-amerikanischer Unternehmen im Bundesstaat Delaware angesiedelt oder unterhalten international operierende Unternehmen Dependancen oder Tochterunternehmen in Steueroasen.

d) Sanktionen für Verstöße gegen Verbandsstatuten

90 Ein überaus effektives Mittel zur Absicherung der Verbandsautonomie innerhalb einer pyramidenförmig-hierarchischen Verbandsstruktur besteht darin, dass Sportverbände bei Verstößen gegen die Verbandsstatuten zunächst selbst verbandsintern Disziplinarmaßnahmen gegen die Regelverletzer verhängen können. Selbstgeschaffenes Verbandsstrafrecht ist sogar als „höchster Ausdruck von Autonomie" bewertet worden.[166] Aus dem Kreis der denkbaren Disziplinarmaßnahmen hat sich insbesondere die Verhängung sportlicher Sanktionen bewährt, um den Normbefolgungswillen der Regelungsunterworfenen zu erhöhen.[167] Die statutarische Verankerung der Disziplinarmaßnahmen muss natürlich den gesetzlichen Vorgaben, den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und gegebenenfalls der diese Vorgaben konkretisierenden Judikatur genügen.[168] Mit dieser erheblichen Macht eines Sportverbandes geht zugleich eine enorme Verantwortung einher. Denn Verbandsstrafrecht „kann Machtstrukturen befestigen und zementieren, weil es existenzvernichtend wirken kann."[169] Dabei sollte man nicht nur professionelle Sportler in den Blick nehmen, bei denen zeitlich beschränkte, im Extremfall gar lebenslange Sperren als Sanktion etwa für die Verletzung von Dopingbe-

165 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (10): „[…] the leniency of Swiss arbitration law is rooted in the circumstances of commercial arbitration and it is reinforced by the firmly established position of Swiss jurisprudence tending to intervene as little as possible in sports litigation, including arbitral proceedings."
166 *Mankowski* 478.
167 Ausf. hierzu *Opfermann* 387–410.
168 → IV. Rn. 8–19 m.w.N. zur Unterwerfung von Vereinsmitgliedern unter die Verbandsstrafgewalt nach deutschem Recht. Zu Vereins- und Verbandsstrafen im Fußballsport ausf. *J. F. Orth passim*.
169 *Mankowski* 478.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmungen letztlich einem Berufsausübungsverbot gleichkommen. Denn auch im Amateursport können sportliche Disziplinarmaßnahmen sehr schmerzen und etwa zu einem Verlust an Ansehen oder zu sozialer Ausgrenzung führen.

91 In solchen Situationen, in denen die betroffenen Verbandsmitglieder nicht mehr viel zu verlieren haben, ist die Schwelle zur Einleitung rechtlicher Schritte gegen die als unrechtmäßig eingeschätzte Ausübung der Verbandsstrafgewalt sehr niedrig. Einvernehmliche Lösungen innerhalb der Sportfamilie, die eigentlich stets vorzugswürdig sind, werden illusorisch. Manche Sportler entwickeln vor Verbands- und Sportschiedsgerichten, gegebenenfalls nachfolgend vor staatlichen oder gar supranationalen Gerichten genau das, was sie schon während ihrer sportlichen Laufbahn ausgezeichnet hat: großen sportlichen Ehrgeiz und beeindruckende Kondition. Einige von ihnen schrieben so zwar Sportrechtsgeschichte und obsiegten letztinstanzlich zumindest teilweise oder vollumfänglich, ihre sportlichen Karrieren waren aber vielfach (vorzeitig) beendet oder zumindest befleckt. Nicht verschwiegen werden sollen die vielfältigen persönlichen Belastungen, die mit einem solchen kräftezehrenden Rechtsstreit innerhalb der Sportfamilie zwangsläufig einhergehen. Welcher Kenner des Sportrechts und seiner Leitentscheidungen denkt in diesem Zusammenhang etwa nicht an den Fußballer *Jean Marc Bosman*[170], die Langstreckenschwimmer *David Meca-Medina* und *Igor Majcen*[171] oder die Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*[172]? Mitunter konnten und können Athleten von ihren juristischen Erfolgen noch während ihrer aktiven Laufbahn profitieren wie die Eisschnellläufer *Mark Tuitert* und *Niels Kerstholt*[173] oder der Alpinskifahrer *Henrik Kristoffersen*[174]. Die genannten, aber auch unzählige andere Athleten haben in solchen Konstellationen das Sportrecht und den Sport große Schritte vorangebracht, auch wenn das Sportverbände mitunter anders beurteilen werden.

92 In solchen Situationen werden das Verbandsrecht im Allgemeinen und das Verbandsstrafrecht im Besonderen auf den juristischen Prüfstand gestellt und müssen sich bewähren. Hier zeigt sich, ob beim Aufstellen der Verbandsstatuten die Interessen aller hiervon Betroffenen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht worden waren. Aber nicht nur die Athleten, die sich zu einem Zug durch die verschiedenen Instanzen der Gerichtsbarkeit entschlossen haben, können für Sportverbände sehr gefährlich werden. Denn in den letzten rund 25 Jahren greift mit dem Kartellrecht zunehmend der – inzwischen – juristische Angstgegner der Sportverbände in diese Rechtstreitigkeiten ein. Entsprechende Verfahren bergen –

170 → V. Rn. 22–44 m.w.N.
171 → VI. Rn. 25–60, 139–385 m.w.N.
172 → X. Rn. 20–24 m.w.N.
173 → XI. Rn. 6–8 m.w.N.
174 → V. Rn. 51–56. und X. Rn. 6 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie durchaus zu Recht angemerkt worden ist – „erhebliches Sprengpotential“[175], insbesondere wenn Kartellbehörden und staatliche Gerichte ins Spiel kommen. Dies ist Grund genug, um nachfolgend im Detail herauszuarbeiten,[176] wie frühzeitig verhindert werden kann, dass sich irgendwann einmal dieses Sprengpotential entlädt. Denn dieses ist – so viel sei schon hier angemerkt – durchaus beherrschbar.

e) Fazit

93 Es ist beeindruckend, wie umsichtig internationale Sportverbände mit wenigen, aber jeweils sehr effektiven, aufeinander abgestimmten und ineinandergreifenden Maßnahmen die ihnen unter dem Dach der Verbandsautonomie gewährten Befugnisse gegen Angriffe (un)mittelbarer Mitglieder, aber auch Nichtmitglieder und teilweise gar gegen die staatliche Justiz abgeschirmt haben. Noch beeindruckender ist hingegen der Umstand, dass die einzelnen Maßnahmen separat, aber auch in der Gesamtschau grundsätzlich aus rechtlicher Perspektive nicht zu beanstanden sind, mag sich für manchen Sportjuristen oder Außenstehenden auch ein Gefühl einstellen, welches auf schwäbisch als „Gschmäckle“ bezeichnet wird. Juristisch lassen sich die Maßnahmen kaum greifen und attackieren.[177] Zuletzt ist zwar etwa versucht worden, insbesondere aus der Ausklammerung des Kartellrechts aus dem schweizerischen *ordre public*[178] die Rechtsfolge einer Unwirksamkeit von Schiedsgerichtsklauseln zum CAS abzuleiten,[179] aber dies kann argumentativ nicht überzeugen.[180]

94 Auf der Basis des Ein-Verband-Prinzips können internationale Sportfachverbände, begünstigt durch die *lex sportiva* und das schweizerische Zivilrecht, die in Schiedsgerichtsverfahren vor dem CAS überwiegend zur Anwendung kommen, (un)mittelbare Mitglieder, aber auch Nichtmitglieder durch mehrgliedrige und dynamische Satzungsverweisungen innerhalb der Verbandspyramide umfassend an die Verbandsstatuten binden. Erleichtert wird dieses Unterfangen dadurch, dass Sportfachverbände üblicherweise über eine Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen verfügen. Durch die Sportverbänden eröffnete Befugnis, bei Verstößen der (un)mittelbaren Mitglieder gegen die Verbandsstatuten sportliche Sanktionen auszusprechen, wird der Normbefolgungswille innerhalb der Ver-

175 Ausf. hierzu *Opfermann* 388.
176 → insb. VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff., XII. Rn. 1 ff. und XIII. Rn. 1 ff.
177 → XIII. Rn. 881–913 m.w.N.
178 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 3021, 313, 318 f.
179 S. insb. zunächst *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 ff. sowie im Anschluss daran *Hülskötter* 245 ff.; i.Erg. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 256, 268 ff.
180 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bandspyramide auf allen Ebenen effektiv gestärkt. Wenn es sodann zu einer Auseinandersetzung vor der Verbandsjustiz kommen sollte, steht in letzter Instanz der CAS nicht im Verdacht, übermäßig verbandskritisch zu entscheiden. Interventionen des SchweizBG in etwaigen nachfolgenden Aufhebungsverfahren sind rar, vielmehr stärkt man dort zumindest mittelbar den Schiedsgerichtsstandort Schweiz. Dass in der Alpenrepublik schließlich vergleichsweise niedrige Steuersätze auf die Gewinne der internationalen Sportverbände erhoben werden, wird von diesen billigend in Kauf genommen.

4. Forderungen nach einer möglichst umfassenden Absicherung der Verbandsautonomie durch Einführung staatlicher Sondergesetze

a) Lobbyismus der Sportverbände und Politik

Zwischen Sportverbänden und der Politik herrscht eine besondere Beziehung. 95
Wo der Sport Erfolge und erhöhte Aufmerksamkeit erzielt, sind Verbandsfunktionäre und Politiker zumeist nicht fern. Entsprechendes gilt aber auch im entgegengesetzten Fall, wenn der Sport in gefährliches, existenzbedrohendes Fahrwasser gerät, wie für jedermann sichtbar ab März 2020 im Zuge der COVID-19-Pandemie. Wenn die unter dem Schutz der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie stehenden Sportverbände mit ihren Aktivitäten in die Grenzbereiche vordringen, wo infolge zu weniger klar sichtbarer Grenzsteine des staatlichen oder supranationalen Rechts der genaue Grenzverlauf des verbandsautonomen Reservats noch unklar ist, schlägt die Stunde der Verbandslobbyisten.[181] Dies gilt gleichermaßen für Fälle, in denen es aus Sicht der Sportverbände zu einer staatlichen Überregulierung, die angeblich die Verbandsautonomie zu stark einschränkt (das ist der Regelfall), oder aber auch zu einer Unterregulierung kommt, bei der überhaupt ein Tätigwerden der Exekutive und erforderlichenfalls der Legislative zum Schutz oder zur Absicherung der Verbandsautonomie gefordert wird. Warum auch sollte es im Sport anders sein als in den übrigen Branchen unternehmerischer Betätigung? Dabei können die gesellschaftliche Stellung und Bedeutung des betreffenden Sportverbandes ebenso hilfreich und nützlich sein wie gute Beziehungen zu politischen Entscheidungsträgern. Wenn etwa der DFB, mit mehr als 7 Mio. Mitgliedern (Stand: 31.12.2021) der größte nationale Sport-Fachverband der Welt, seine Stimme erhebt und ein Einschreiten der Politik zur Diskussion stellt oder fordert, werden Politiker, die instinktiv zumeist auch die eigenen Chancen zur Wiederwahl und die ihrer jeweiligen Partei im

181 Tendenziell krit. gegenüber der Lobbyarbeit der Sportverbände *Grünberger* Der Staat 55 (2016), 117 (132).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blick haben, derartigen Anliegen regelmäßig erhebliche Aufmerksamkeit schenken. Die DFL verwaltet demgegenüber zwar *nur* den professionellen Bundesliga-Fußball mit weit weniger Mitgliedern, weiß aber mitunter gleichfalls deren Interessen (so beim Re-Start der Fußball-Bundesliga im Frühjahr 2020) oder die in der Summe enorme Zahlungsbereitschaft von Millionen an Fußballfans (so regelmäßig bei der Versteigerung der Medienrechte an den Spielen der Fußball-Bundesliga) geschickt für die Zwecke des deutschen Profifußballs einzusetzen.

96 So wurden etwa im deutschen Fußballsport im Zuge der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen, zuvor in diesem Umfang undenkbaren Beschränkungen der gesamten Gesellschaft und damit natürlich auch der Sportler sowohl Überregulierungen als auch Unterregulierungen beklagt:

97 – Aus ökonomisch nachvollziehbaren Gründen wollten die unter dem Dach der DFL zusammengefassten Bundesligaclubs im Frühjahr 2020 schnellstmöglich wieder an den Start gehen, um andernfalls allein für die nächsten Monate erwartete Einnahmeausfälle in hoher dreistelliger Millionenhöhe (insbesondere aus der Vermarktung der Medienrechte) noch abzuwenden. Der unermüdliche, von den Sportmedien auch mangels anderer berichtenswerter Ereignisse eilfertig begleitete Einsatz der Verbands- und Clubfunktionäre, der in der Öffentlichkeit, insbesondere auch bei ausgewiesenen Fußballfans auf unterschiedliche Resonanz stieß, führte schließlich zu einem ersten Erfolg. Die Politik erlaubte die Öffnung von Sportstadien ab 16.5.2020 für sog. Geisterspiele ohne Stadionzuschauer. Teilweise entstand dabei der Eindruck, dass nach dem Wiedereinstieg ins Mannschaftstraining die strengen Quarantänevorschriften (an die sich die damalige Bundeskanzlerin wenige Wochen zuvor noch nach einem Kontakt mit einem kurz darauf positiv auf das Coronavirus getesteten Arzt genauestens gehalten hatte) auf Profifußballer als Kontaktsportler weniger streng angewendet wurden (was hier nicht bewertet werden kann und soll). Selbst unter Fußballfans war im Frühjahr 2020 die Zustimmung zum Hygienekonzept der DFL und zum von ihr geplanten Re-Start überraschend niedrig, insbesondere auch weil binnen weniger Wochen allein für den professionellen Fußballsport wegen engmaschiger Überprüfungen mehr als 20.000 Corona-Tests zum Einsatz kommen sollten. Denn zugleich war es bis dahin nicht möglich gewesen, das überdurchschnittlich stark gefährdete Personal in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen auf das Coronavirus flächendeckend auch nur einmal, geschweige denn regelmäßig vorsorglich zu testen.

98 – Eine Unterregulierung wurde hingegen für den gesamten Amateurfußballsport beklagt. Hier fallen die Erlöse aus der Medienrechtevermarktung weit weniger als im Profifußball ins Gewicht, so dass man – anders als die DFL und ihre Mitglieder, aber im Einklang mit zahllosen kleinen und großen Un-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ternehmen anderer Branchen – gezielte finanzielle Unterstützungsmaßnahmen des Staates zur Abwendung von Vereinsinsolvenzen forderte.

Auch schon in den Jahren zuvor hatten hin und wieder gesetzgeberische Maß- 99
nahmen die Lobbyisten des Sports zum Einschreiten veranlasst, weil man eine staatliche Überregulierung fürchtete, die den – natürlich auch in diesem Kontext reflexartig bemühten – Besonderheiten des Sports nicht angemessen Rechnung tragen würde. Exemplarisch sei auf die Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) zum 1.1.2015 mit einem Mindestlohn von seinerzeit 8,50 Euro (brutto) je Zeitstunde hingewiesen, die insbesondere im Amateurmannschaftssport kaum kalkulierbare negative Auswirkungen hätte haben können. Demnach wären zahllose Vertragsspieler mit Amateurstatus, die bis dahin weniger als 250 Euro pro Monat an Vergütungen oder anderen geldwerten Vorteilen erhalten hatten, in den Anwendungsbereich des MiLoG gefallen[182] und hätten damit künftig nur noch 29 Stunden pro Monat arbeiten dürfen. Tatsächlich investieren solche Vertragsspieler regelmäßig mehr Zeit für das Training und die Spiele (einschließlich An- und Rückreise). Zwei hochrangige Verbandsfunktionäre, der seinerzeitige Schatzmeister des DFB *Reinhard Grindel*, als ehemaliges Mitglied des Bundestages bestens vernetzt, und der damalige Präsident des DOSB *Alfons Hörmann*, mindestens 30 Jahre auch kommunalpolitisch tätig und mit zahlreichen Verbindungen in der Sportwelt ausgestattet, nahmen sich der Angelegenheit an. Kurz darauf erfolgte eine „Klarstellung auf Basis des geltenden Mindestlohngesetzes" der damaligen Bundesarbeits- und Sozialministerin *Andrea Nahles*, dass der Mindestlohn nicht für die Vertragsspieler gelte.[183] Aus dem MiLoG und den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich dieses Ergebnis kaum ableiten. Es sei daran erinnert, dass in Deutschland nach Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Recht und Gesetz gebunden sind. Daran mag auch die „private Meinungsäußerung" einer Bundesministerin nichts zu ändern, wenngleich sie ein Eingreifen der zuständigen Zollbehörden gegenüber Vertragsspielern – anders hingegen hinsichtlich Jugendtrainern beim deutschen Fußball-Re-

182 Ausf. hierzu *Kolb* CaS 2015, 23 ff.; *Walker* SpuRt 2015, 94 ff., jew. m.w.N.

183 Pressemeldung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales v. 25.2.2015 („Zukunft der Vertragsamateure im Sport gesichert"), Video abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Videos/DE/Artikel/Arbeitsschutz/zukunft-vertragsamateure-gesichert.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kordmeister[184] – eventuell verhindern konnte.[185] Eine Bindung der Gerichte konnte auf diese Weise aber keineswegs herbeigeführt werden.[186]

b) Druckpotential (inter)nationaler Sportverbände gegenüber nationalen Gesetzgebern

100 Die Vergabe großer internationaler Sportevents hat in den letzten Jahren immer wieder für Schlagzeilen gesorgt. Die „Sommermärchen"-Affäre, die hierzulande erst neun Jahre nach der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2006 ins Rollen kam, konnte bis heute (Stand: 7.2.2022) nicht aufgeklärt werden.[187] In diesem Zusammenhang verkündete der DFB im April 2020, nun wolle man die Affäre noch einmal einer „tief gehenden Betrachtung" unterziehen.[188] Man darf gespannt sein ... In den vergangenen Jahrzehnten sind insbesondere die Vergaben der Olympischen Spiele durch das IOC und der Fußball-Weltmeisterschaften durch die FIFA regelmäßig vom Verdacht dabei verwirklichter Korruptionstatbestände umweht gewesen.[189] Darum soll es in diesem Abschnitt jedoch nicht gehen, dieses Feld sei den verbandsinternen und -externen Untersuchungs- und Ethikkommissionen, Strafermittlern etc. kampflos überlassen. Hier steht eine sich zunehmender Beliebtheit erfreuende taktische Variante der Sportverbände im Vordergrund. Sie versuchen, nationale Gesetzgeber oder die Exekutive zu veranlassen, möglichst passgenaue staatliche Gesetze oder sonstige Maßnahmen zum Schutz der Interessen des Sports, die wenig überraschend zu einem erheblichen Teil mit den kommerziellen Interessen der Sportverbände übereinstimmen, in die Wege zu leiten.

184 FAZ v. 29.12.2021 („Mindestlohngesetz – Kahn reagiert auf Ermittlungen gegen den Bayern-Vorstand"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/fc-bayern-muenchen-oliver-kahn-zu-mindestlohn-ermittlungen-17706843.html (zuletzt besucht am 7.2.2022). Schon im Februar 2021 hatte der Fußballclub empört zur Kenntnis nehmen müssen, dass auf dem Flughafen BER in der Bundeshauptstadt, auf dem seinerzeit vieles noch nicht richtig funktionierte, zumindest das Nachtflugverbot strikt angewendet wurde und die Anreise zur Klub-WM in Qatar um sieben Stunden verzögerte; vgl. etwa Spiegel Online v. 6.2.2021 („Verspätete Starterlaubnis für den Bayern-Flug – ‚Die Verantwortlichen wissen gar nicht, was sie unserer Mannschaft damit angetan haben'"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/fc-bayern-muenchen-mit-sieben-stunden-verspaetung-zur-klub-wm-rummenigge-ist-empoert-a-dfd2f200-31a1-4f26-8801-919b511427d9 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Der deutsche Rekordmeister gewann übrigens wenige Tage später gleichwohl den Klub-WM-Titel.

185 *Walker* SpuRt 2015, 94 (96 f.).

186 *Kolb* CaS 2015, 23 (27).

187 So trat im Prozess um die „Sommermärchen"-Affäre vor dem Bundesstrafgericht der Schweiz Ende April 2020 Verjährung ein; s. zu dem Verfahren stellvertr. *Aumüller* SZ v. 28.4.2020 und *Catuogno/Kistner* SZ v. 17.4.2020.

188 SZ v. 24.4.2020 („DFB arbeitet ‚Sommermärchen-Affäre' erneut auf"), abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-dfb-arbeitet-sommermaerchen-affaere-erneut-auf-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200424-99-825502 (zuletzt abgerufen am 7.2.2022).

189 Hierzu *Schade* 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Verfolgung kommerzieller Eigeninteressen gerade im professionell betriebenen Sport wie auch in der Fußball-Bundesliga ist nicht verwerflich, sondern inzwischen systemimmanent, auch wenn uns kleine Gruppen selbsternannter Meinungsführer des Fußballs in den Fankurven der Bundesligastadien insbesondere bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie das Gegenteil zu suggerieren versuchten. Ebenso wie in anderen Bereichen des Wirtschaftsverkehrs müssen auch Veranstalter von Sportevents finanzielle Gewinne erzielen dürfen. Sogar das Streben nach Gewinnmaximierung ist nicht *per se* verboten, insbesondere wenn die Sportverbände mit dem erzielten Gewinn die in den Verbandsstatuten verankerten *sportlich* motivierten Zielsetzungen nachhaltig verfolgen. Zu diesen gehören übrigens nicht etwa persönliche Bereicherungen ebenso einflussreicher wie verdienter Funktionäre oder „finanzielles Doping" von Entscheidungsträgern im Vorfeld der Vergabe von Sportevents etc. 101

Vielfach wünschen internationale Sportverbände aber noch ergänzende rechtliche Hilfestellungen seitens der nationalen Veranstalter oder, weil diese nur Statuten mit verbandsinterner Wirkung aufstellen können, besser seitens der nationalen Gesetzgeber[190] sowie der Exekutive. Angestrebt wird dabei am Ort der Veranstaltung ein mindestens so verbandsfreundliches rechtliches und tatsächliches Umfeld und Klima, wie die internationalen Sportverbände es an ihrem Verbandssitz in der Schweiz[191] (oder andernorts[192]) schätzen gelernt haben. Den sodann im Vorfeld der Vergabe attraktiver Sportevents durch internationale Sportverbände in den Bewerberländern oder -städten einsetzenden Prozess hat *Weatherill*[193] pointiert mit folgenden Worten beschrieben: 102

> „Governing bodies in sport may sometimes appear to ask for the moon, but they have willing suppliers among national politicians. Nor is this lunacy. Given that the commonly expressed claims that hosting tournaments will be commercially lucrative for the host have been exposed as unfounded, it seems plain that political gain from association with the glitter and ‚soft power' of top-level sport counts as the true motivation."

In dieser polemisch anmutenden Einschätzung liegt sicherlich mehr als nur ein Fünkchen Wahrheit. Wer als außenstehender Jurist in früheren Jahren einmal Einblick in die seinerzeit noch höchst vertraulich behandelten *Host City Contracts* (etwa für die Olympischen Winterspiele 2022) nehmen konnte, hätte gestaunt, wozu sich die deutschen Bewerber, die Stadt München zusammen mit weiteren Wintersportregionen, hätten verpflichten müssen.[194] Manche von den 103

190 S. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 37–47 m.w.N., der insoweit von „The Legislative Solution" spricht.
191 → IV. Rn. 83–89.
192 So hat World Athletics, der Dachverband aller nationalen Sportverbände für Leichtathletik (bis zum Jahr 2019 bekannt unter dem Namen International Association of Athletics Federations), seinen Sitz in Monaco.
193 *Weatherill*, Principles, 2017, 43.
194 Instruktiv *Manssen* SpuRt 2011, 178 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bewerberstädten zu übernehmenden Verpflichtungen, die üblicherweise nicht verhandelbar waren, wiesen eine gewisse Nähe zur schuldrechtlichen Unmöglichkeit auf. Der Grund war simpel: Wie hätten die Bewerberstädte die geforderten Modifikationen etwa hinsichtlich der steuer-, zoll- oder strafrechtlichen und bundesweit geregelten Rahmenbedingungen ohne eigene entsprechende legislative Kompetenzen zusichern und gewährleisten sollen? Die Bewerbung scheiterte übrigens früh, weil im Jahr 2013 bei allen vier in München und Garmisch-Partenkirchen sowie in den Landkreisen Traunstein und Berchtesgadener Land durchgeführten Bürgerentscheiden die nötige Mehrheit nicht erreicht wurde.

104 Über die *Host City Contracts* sowie die regelmäßig viele hundert Seiten umfassenden *Bid Books*, d.h. die bis ins kleinste Detail niedergelegten Ausschreibungsbedingungen, wird indirekt und eher zurückhaltend Druck auf den nationalen Gesetzgeber ausgeübt. Denn dieser möchte nur ungern als Buhmann an den Pranger gestellt werden, sollte die Bewerbung an den rechtlichen Rahmenbedingungen scheitern. Um gerade dies zu vermeiden, ist man mitunter bereit, das Rechtsstaatsprinzip im Hinblick auf seine maximale Belastbarkeit einem Test zu unterziehen, ohne es jedoch gänzlich zu opfern. Das wissen natürlich auch die Sportverbände, die über ein von nationalen Sportverbänden, (Sport-)Politikern, Medien, Sponsoren etc. – mitunter aber eben nicht von der Bevölkerung in den betroffenen Bewerberregionen – überaus begehrtes Produkt verfügen. Sollte der Zuschlag an eine bestimmter Bewerberstadt oder -region erteilt sein, können die ohnehin schon bestehenden engen Kontakte der Sportfunktionäre zu den politischen Entscheidungsträgern durchaus hilfreich sein. Wenn dann gewisse Vorbehalte gegenüber den Wünschen der internationalen Sportverbände auftauchen, können die Regeln der sportpolitischen Diplomatie schon einmal auf der Strecke bleiben, um stattdessen verbal die Muskeln spielen zu lassen. So hatte etwa *Jérôme Valcke*, seinerzeit Generalsekretär der FIFA,[195] rund zwei Jahre vor Beginn der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2014 in Brasilien angesichts des damals geltenden Alkoholverbots in den Fußballarenen im Vertrauen auf die normative Kraft des Faktischen festgestellt:[196]

> „Alcoholic drinks are part of the Fifa World Cup, so we're going to have them. Excuse me if I sound a bit arrogant but that's something we won't negotiate. […] The fact that we have the right to sell beer has to be a part of the law."

Wer es nicht weiß, ahnt an dieser Stelle, wie die Geschichte seinerzeit ausging …

195 Zu *Jérôme Valckes* insgesamt abwechslungs-, zuletzt aber wenig ruhmreichen beruflichen Karriere bei der FIFA kann man Informationen abrufen unter https://de.wikipedia.org/wiki/J%C3%A9r%C3%B4me_Valcke (zuletzt besucht am 7.2.2022).

196 BBC News v. 19.1.2012 („Beer ‚must be sold' at Brazil World Cup, says Fifa"), abrufbar unter https://www.bbc.com/news/world-latin-america-16624823 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Beispiele

Nachfolgend soll exemplarisch auf drei Bereiche eingegangen werden, in denen internationale, aber auch nationale Sportverbände speziellen legislativen Schutz ihrer Vermarktungsaktivitäten teils mit mehr, teils mit weniger Erfolg gefordert haben. 105

aa) OlympSchG

Im Jahr 1972 fanden letztmalig Olympische Spiele in Deutschland statt. Insbesondere infolge der Ausschreibungsbedingungen für eine – letztlich erfolglose – Bewerbung der Stadt Leipzig um die Ausrichtung der Olympischen Sommerspiele 2012 wurde hierzulande im Jahr 2004 das Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (OlympSchG) eingeführt.[197] Dieses Gesetz hat in der Folge Begehrlichkeiten anderer Sportverbände geweckt, hieraus ist – in rechtlicher Hinsicht wenig überzeugend – „ein Privileg zur Gleichbehandlung" insbesondere der FIFA und der UEFA abgeleitet worden.[198] Entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen sind nachfolgend jedoch sogar im Zusammenhang mit der – erfolgreichen – deutschen Bewerbung um die Austragung der UEFA Fußball-Europameisterschaft 2024 unterblieben. 106

Mit dem OlympSchG verband sich die Erwartung des Nationalen Olympischen Komitees Deutschland, das später im Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) aufging, und des IOC als den gesetzlichen Rechteinhabern (§ 2 OlympSchG), dass ihnen fortan hierzulande ein gesetzliches Monopol hinsichtlich der Verwendung der olympischen sowie der diesen ähnlichen Bezeichnungen und Embleme zustehen würde. Man ging davon aus, dass *per se* eine Rechtsverletzung vorliegen würde, sobald im geschäftlichen Verkehr ohne Autorisierung durch die Rechteinhaber das olympische Emblem und insbesondere die olympischen Bezeichnungen verwendet würden, obgleich hierzu in sprachlicher Hinsicht kein zwingender Anlass bestanden hätte. 107

Diese Erwartungen sind in der Folge durch die Judikatur herb enttäuscht worden.[199] Als der BGH sich erstmalig eines Falles mit Bezug zum OlympSchG annahm – es ging um die unautorisierte Verwendung des Begriffs „Olympia-Rabatt" in einer Werbemaßnahme –, verfolgte er insbesondere auch unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien eine restriktive Normanwendung. Unter Orientierung am Gesetzestext, der Entstehungsgeschichte des OlympSchG, 108

197 S. stellvertr. zur Entstehungsgeschichte des OlympSchG und zu den seinerzeit diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken *Rieken* 136–144 m.w.N.
198 *Stopper* SpuRt 2013, 243 ff.
199 S. hierzu eine erste Analyse der einschlägigen Judikatur bei *Heermann* GRUR 2014, 233 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner systematischen Stellung im Immaterialgüterrecht sowie am Aspekt der Gemeinfreiheit lehnte der BGH eine Verletzung des Verbotstatbestandes § 3 Abs. 2 Nr. 1 Nr. 2 Alt. 2 OlympSchG ab.[200] Im Anschluss an diese Entscheidung des BGH sind Werbemaßnahmen, die Assoziationen zu den Olympischen Spielen oder Olympischen Ringen herstell(t)en, wiederholt von Gerichten nicht untersagt worden.[201]

109 Diese für den DOSB und das IOC ernüchternde Entwicklung bedeutet nicht, dass das OlympSchG für die genannten Verbände nutzlos ist. Den Niederlagen vor deutschen Gerichten hat bislang sicherlich ein Vielfaches an Abmahnverfahren wegen tatsächlicher oder auch nur angeblicher Verstöße gegen das OlympSchG gegenübergestanden, welche der DOSB erfolgreich mit Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die abgemahnten Unternehmen hat abschließen können. Indes haben sich – zumindest in Fachkreisen – die Möglichkeiten zur Umgehung der Verbotstatbestände des OlympSchG[202] vermutlich schon herumgesprochen.

110 Zudem macht das Beispiel des OlympSchG deutlich, dass zum Schutz insbesondere der Vermarktungsinteressen (inter)nationaler Sportverbände eingeführte nationale Sondergesetze nicht automatisch den Sportverbänden und ihren Sponsoren ein Monopol an bestimmten Vermarktungsmöglichkeiten verschaffen. Zunächst ist nicht ausgeschlossen, dass die hiermit befassten staatlichen Richter dem Gesetz und seinen Vorschriften kritisch gegenüberstehen und es restriktiv auslegen.[203] Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit Sonderge-

200 BGH GRUR 2014, 1215 ff. – Olympia-Rabatt. Diesen rechtlichen Ausführungen zuletzt ausdrückl. zust. BKartA 26.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 109 ff. – Rule 40 Bye-law 3 OC.

201 In chronologischer Reihenfolge (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):
- OLG München SpuRt 2018, 78 f. = CaS 2018, 47 ff. – Bauernhof-Olympiade: kein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 und 2 sowie § 3 Abs. 2 Nr. 2 OlympSchG;
- OLG Stuttgart CaS 2018, 50 ff. = WRP 2018, 509 (LIDL verwendete unter der Überschrift „Liebe ist, wenn wir zu Olympia anfeuern" eine Abbildung von vier Hamburgern und einem Lachsburger, sog. „Grill-Patties", die in der Form der Olympischen Ringe auf einem glühenden Holzkohlegrill angeordnet waren): kein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 sowie § 3 Abs. 1 Satz 2 OlympSchG;
- OLG Frankfurt BeckRS 2018, 30554: Verwendung der Werbeanpreisungen „Olympia Special" (Rabattaktion eines Fitnessstudios während der Dauer der Olympischen Spiele), „Wir holen Olympia in den Club" und „Training bei A wird olympisch" (eine für die Rabattgewährung maßgebliche Zahl der Trainingsbesuche wurde in „Medaillen" gemessen und in einem persönlichen „Medaillenspiegel" wiedergegeben) verstößt weder gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 OlympSchG noch gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 OlympSchG;
- BGH GRUR 2019, 648 ff. – Olympiareif mit Anm. *Heermann* GRUR 2019, 652–654: Die Verwendung der Bezeichnungen „olympiaverdächtig" und „olympiareif" im geschäftlichen Verkehr für die Bewerbung von Sporttextilien (also Produkten, die eine sachliche Nähe zu den Olympischen Spielen aufweisen!) verstößt als solche nicht gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 i.V.m. Satz 2 OlympSchG.

202 S. hierzu *Hans/Nilgen* MarkenR 2016, 440 ff.

203 Lesenswert in diesem Zusammenhang das erste Urteil, das sich mit dem OlmypSchG befasste und die Voraussetzungen des Verbotstatbestandes mit einer außergewöhnlichen Begründung, die nicht frei

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzen zugunsten des Sports verfassungsrechtlich geschützte Positionen wie die (wirtschaftliche) Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Kunstfreiheit, die Eigentumsgarantie und nicht zuletzt auch die Wettbewerbsfreiheit nicht vollständig außer Kraft setzen kann.

bb) Nationale Anti-Ambushing-Gesetze

111 Wenn internationale Sportverbände große Sportveranstaltungen per Ausschreibung vergeben, fordern sie indirekt über die vom nationalen Veranstalter zu erfüllenden Ausschreibungsbedingungen von nationalen Gesetzgebern vielfach eine möglichst effektive Eindämmung des sog. Ambush Marketings.[204] Für diese Werbemethode – frei übersetzt: Werbung mittels eines Angriffs aus dem Hinterhalt – werden üblicherweise noch andere pejorative, juristisch vorverurteilende Begrifflichkeiten wie parasitäres Marketing, Guerillamarketing, Schmarotzermarketing oder auch schlichtweg Trittbrettfahrerei verwendet. All diese Bezeichnungen sollen eine fehlende Rechtskonformität dieser Werbemethode suggerieren. Der Begriff Ambush Marketing und die erwähnten Synonyme sind aber nicht juristischer Natur, sondern der Marketingbranche entlehnt, eine exakte Definition existiert nicht. Sog. Ambush Marketing umfasst nach dem hier vertretenen Verständnis jegliches, von einem Sport(groß)veranstalter nicht autorisiertes Verhalten eines Unternehmens, mit dem bewusst eine Assoziation zu der Veranstaltung angestrebt wird, um davon ohne Leistung eines unmittelbaren eigenen Beitrages zu der Veranstaltung oder an den Veranstalter zu profitieren.[205] Der Begriff Assoziationswerbung würde die Werbeform sprachlich zwar eher sachgerecht erfassen, hat sich in der Praxis aber nicht durchgesetzt.

112 Die Argumentation der Sportveranstalter, auf die sie ihre deutlichen Vorbehalte, ja zumeist die strikte Ablehnung nahezu jeder Form des sog. Ambush Marketings stützen, ist relativ simpel.[206] Sportverbände werden nicht müde zu betonen, dass sie in mühevoller, zeitaufwändiger und kostenintensiver Arbeit das Renommee der Sportveranstaltung, einer Sportliga etc. aufgebaut hätten, bis diese sich am Sportmarkt durchsetzen konnten, vermarktungsfähig waren und neben dem breiten Publikum auch Sponsoren, Medienanbieter etc. anzogen. Über Ticketverkäufe hinaus werde das Event allein von den Veranstaltern, d.h. zumeist Sportverbänden, letztlich zusammen mit offiziellen, exklusiven Sponsoren und Medienan-

von ironischen Untertönen ist, ablehnte: LG Darmstadt CaS 2006, 278 ff. – Die Ringe sind schon in Athen mit Anm. *Heermann* CaS 2006, 282.

204 S. ausf. zu dieser Werbeform stellvertr. *Heermann*, Ambush Marketing, 2011; mit Fokus auf den Fußballsektor Stopper/Lentze/*Heermann* Kap. 7, jew. m.w.N.

205 Zu den Erscheinungsformen des sog. Ambush Marketings *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 24 ff. m.w.N.

206 Ausf. zu den umstrittenen Auswirkungen dieser Werbeform *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 33 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bietern finanziert, weshalb auch allein dem Veranstalter sowie den genannten Unternehmen und lizenzierten Vertragspartnern das Recht zustehen könne, in der Werbung auf die angesehene, in gutem Ruf stehende Sportveranstaltung sprachlich oder in sonstiger Weise assoziativ Bezug zu nehmen. Ohne flächendeckende Ausschaltung sog. Ambush Marketings würden die von Sportveranstaltern erzielbaren Sponsoringerlöse deutlich geringer ausfallen, wodurch die künftige Finanzierbarkeit der gesamten Sportevents ernsthaft in Frage gestellt werden müsse. Ebenso argwöhnisch steht man übrigens Sportwettanbietern gegenüber, deren Geschäftsmodell an Sportevents unmittelbar anknüpft und zumindest vor der COVID-19-Pandemie für enorme Unternehmensgewinne sorgte, an denen aber die veranstaltenden Sportverbände nicht unmittelbar partizipierten.

113 Diese Argumentation zur Begründung eines speziellen, umfassenden und möglichst strengen gesetzlichen Schutzes gegen sog. Ambush Marketing mag auf den ersten Blick überzeugend klingen, sie verfängt auch bei vielen politischen Entscheidungsträgern, sie greift aber bei genauer Betrachtung zu kurz:

114 – Es ist bislang nicht der Nachweis geführt worden, dass sich sog. Ambush Marketing gesamtökonomisch oder aber bezogen auf die von Sportveranstaltern erzielbaren Sponsoringerlöse nachhaltig negativ auswirkt. Stattdessen werden bis heute diese Konsequenzen von interessierter Seite nur gebetsmühlenartig behauptet. Wenn Sponsoringerlöse in der Vergangenheit bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie tatsächlich einmal stagnierten oder geringfügig sanken, waren dafür vorrangig hausgemachte Probleme, Skandale bei einzelnen Sportverbänden und damit verbundene Negativschlagzeilen verantwortlich.

115 – Wenn das tückische Coronavirus zumindest bei großen (inter)nationalen Sportevents zwar deren zeitliche Verschiebung, aber nicht ihren kompletten Ausfall zu bewirken vermag, stellt sich die Frage, wie allein sog. Ambush Marketing den vielfach befürchteten oder sogar behaupteten künftigen Ausfall einer traditionsreichen und renommierten Sportveranstaltung soll bewirken können.

116 – Darüber hinaus tragen viel mehr Akteure als nur die Veranstalter, die Zuschauer vor Ort, die offiziellen Sponsoren und die Medienanbieter zum wirtschaftlichen Erfolg von Sportveranstaltungen bei, was die Gegner des sog. Ambush Marketings regelmäßig vollständig vernachlässigen: Zuerst genannt seien die teilnehmenden Athleten, ohne die jegliche Veranstaltung undenkbar wäre und die deshalb in den letzten Jahren mit zunehmendem Erfolg eine angemessene Partizipation an den Gewinnen der Sportveranstalter gefordert haben.[207] Was wäre das Sportevent darüber hinaus ohne die Zuschauer, die

207 → V. Rn. 51–56, XI. Rn. 28–31 und XIII. Rn. 655–708.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwar nicht vor Ort in der Sportstätte, aber über unterschiedliche Medien das sportliche Geschehen live oder zeitversetzt verfolgen und auf diese Weise indirekt die Sportveranstaltung mitfinanzieren? Was wäre die Sportveranstaltung ohne die Sportinteressierten, die ihre Begeisterung für das Event verbreiten und weitertragen und dadurch den Aufmerksamkeitswert lawinenartig erhöhen, wovon wiederum die Sportveranstalter und ihre exklusiven Vertragspartner profitieren? Was wäre das Sportereignis ohne die Steuerzahler (zu ihnen gehören zumeist auch die sog. Ambusher), die zu einem erheblichen Teil etwa die erforderliche Infrastruktur wie Zufahrtswege zur Sportstätte, mitunter auch diese selbst, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen etc. (mit)finanzieren? Was wäre die Sportveranstaltung ohne den Staat, die Bundesländer und die Kommunen, die Steuereinnahmen in vielfältiger Weise zur Sportförderung einsetzen?

– Zudem blenden die Verfechter gesetzgeberischer Maßnahmen zur effektiven Eindämmung des sog. Ambush Marketings regelmäßig aus, dass diese Werbeform über das Immaterialgüterrecht, das Lauterkeitsrecht, Abwehrstrategien der Veranstalter (insbesondere gestützt auf das Hausrecht) zusammen mit den offiziellen Sponsoren schon sehr weitgehend unterbunden werden kann.[208] 117

Damit bestehen – zumindest bezogen auf den deutschen Markt – deutliche Zweifel an der Notwendigkeit zur Einleitung legislativer Maßnahmen gegen sog. Ambush Marketing. Ein Blick über die Ländergrenzen hinweg zeigt, dass etwa in den Gastgeberländern der Olympischen Sommerspiele 2008 (Peking), 2012 (London) und 2016 (Rio de Janeiro) oder der FIFA Fußballweltmeisterschaften 2010 (Südafrika), 2014 (Brasilien) und 2018 (Russland) jeweils nationale Gesetze zur Eindämmung des sog. Ambush Marketings galten. Die entsprechenden gesetzlichen Verbotstatbestände entpuppten sich fast durchweg als Papiertiger, von denen zwar sicherlich jeweils anlässlich der Events eine spürbare Abschreckungswirkung ausging, die aber letztlich in der Praxis kaum angewendet und durchgesetzt wurden.[209] Die Gründe sind vielfältig: Aus verfassungsrechtlichen Gründen können Anti-Ambushing-Gesetze nicht jegliche Formen von Werbemaßnahmen verbieten, die assoziativ auf das geschützte Sportevent Bezug nehmen. Im Hinblick insbesondere auf die Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Kunstfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Wettbewerbsfreiheit müssen gesetzliche Ausnahmebereiche verbleiben, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheit führt. Zudem sind die sog. Ambusher vielfach juristisch bestens beraten und dringen bewusst in rechtliche Grenzbereiche vor, die Bewertung entsprechender Werbemaßnahmen durch die staatliche Justiz ist ungewiss. 118

208 Hierzu im Detail *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 53 ff., 76 ff., 103 ff. m.w.N.

209 S. exemplarisch zum sondergesetzlichen Schutz der Olympischen Sommerspiele 2012 in London *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 147 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn ein Sportveranstalter sodann einen solchen Gerichtsprozess gegen einen sog. Ambusher verliert, überwiegt die zu erwartende negative Berichterstattung vielfach den Schaden, der durch die assoziative Werbemaßnahme eventuell – wenn überhaupt – hätte verursacht werden können.

cc) Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter

119 In den letzten 15 Jahren ist in Deutschland sowie auf europäischer Ebene im wissenschaftlichen Schrifttum und zuletzt auch von der EU-Kommission die Frage diskutiert worden, ob über die schon bestehenden rechtlichen Möglichkeiten hinausreichend *de lege ferenda* ein spezielles Schutzrecht eingeführt werden sollte, das gezielt und möglichst umfassend die von Sportveranstaltern und damit regelmäßig von (inter)nationalen Sportverbänden erbrachten Leistungen schützt.[210] Entsprechende Bemühungen sind bis heute (Stand: 7.2.2022) zumindest in Deutschland und EU-weit im Sande verlaufen. Die wichtigsten Stationen dieser Diskussion und damit die zentralen argumentativen Ansätze sollen nachfolgend in chronologischer Reihenfolge skizziert und gewürdigt werden.

120 Den wissenschaftlichen Ausgangspunkt in Deutschland bildete ein von Sportverbänden (DFB, DFL und DOSB) sowie von Senats- und Staatskanzleien verschiedener Bundesländer (Berlin, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, Bayern) in Auftrag gegebenes und im Jahr 2007 veröffentlichtes Rechtsgutachten. In diesem bewerteten *Hilty* und *Henning-Bodewig* die Rechtslage umfassend, stuften die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter mangels eines drohenden Marktversagens im klassischen Sinne nicht als zwingend ein, hielten aber auf der Basis der neu geschaffenen Figur eines „Marktversagens durch fehlgeleiteten Schutz" die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter für zumindest denkbar.[211] Der nationale Gesetzgeber reagierte auf diesen Vorschlag nicht.

121 Eine Steilvorlage für eine Fortsetzung der wissenschaftlichen Diskussion lieferte dann eher beiläufig der EuGH in der Rechtssache *FAPL/Karen Murphy*.[212] Die betreffenden Erwägungsgründe seien wörtlich wiedergegeben, bieten sie doch rechtliche Orientierungspunkte für die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter (Hervorhebungen durch *Verfasser*):

210 Diese Diskussion hat der *Verfasser* begleitet und wiederholt krit. bewertet, s. insb. *Heermann* GRUR 2012, 791 ff.; *Heermann* GRUR 2015, 232 ff., jew. m.w.N.; zur Möglichkeit, ein weitreichendes Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter über § 4 Nr. 9 UWG (2004) – nunmehr § 4 Nr. 3 UWG (2015) – zu konstruieren, krit. *Heermann* SpuRt 2013, 56 ff.

211 *Hilty/Henning-Bodewig passim*; hierzu *Heermann* GRUR 2012, 791 (794–797).

212 EuGH Slg. 2011, I-9159, Rn. 100–105 = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy; ausf. zu diesem Urteil *Heermann* WRP 2012, 650 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„100. Gleichwohl sind Sportereignisse als solche einzigartig und haben insoweit einen Originalcharakter, der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen, wobei dieser Schutz gegebenenfalls von den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährt werden kann.

101. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigt.

102. Einem Mitgliedstaat steht es daher frei, Sportereignisse – gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums – zu schützen, indem er eine spezielle nationale Regelung einführt oder unter Beachtung des Unionsrechts einen Schutz anerkennt, den diese Ereignisse auf der Grundlage von Verträgen genießen, die zwischen den Personen, die berechtigt sind, den audiovisuellen Inhalt dieser Ereignisse der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, und den Personen, die diesen Inhalt an die Öffentlichkeit ihrer Wahl verbreiten wollen, geschlossen werden.

103. Dazu ist zu bemerken, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mitgliedstaaten von dieser Befugnis Gebrauch machen werden, da er im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/36 auf Ereignisse Bezug nimmt, die von einem Veranstalter organisiert werden, der kraft Gesetzes befugt ist, die Rechte an diesem Ereignis zu veräußern.

104. **Falls die betreffende nationale Regelung daher zum Ziel haben sollte, Sportereignisse zu schützen** – was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts wäre –, **steht das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen**, so dass eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wie die in den Ausgangsverfahren fragliche rechtfertigen kann.

105. Jedoch darf eine solche Beschränkung zusätzlich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen (…).“

Der EuGH hat also über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinaus offensichtlich bewusst zusätzlich Maßgaben und Relativierungen aufgestellt,[213] denen im Rahmen der Diskussion stets angemessen Rechnung getragen werden sollte. Dies betrifft insbesondere die Vergleichbarkeit eines zu schützenden Sportevents mit urheberrechtlich geschützten Werken, nur bejahendenfalls die Verankerung des Schutzrechts im Immaterialgüterrecht sowie die Beschränkung eines solchen Sportveranstalterrechts auf die Verwertung von audiovisuellen Inhalten. Abweichungen hiervon wären zwar nicht vom Willen des EuGH gedeckt, aber auf der Basis einer zusätzlichen Begründung von einem nationalen Gesetzgeber gleichwohl umsetzbar. 122

213 Ausf. hierzu *Heermann* GRUR 2012, 791 (793 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

123 In der Folge gaben der DFB sowie die DFL ein weiteres, im Jahr 2014 veröffentlichtes Rechtsgutachten in Auftrag, in dem sich *Paal*[214] ausdrücklich für die Einführung eines vorrangig im Urheberrecht anzusiedelnden Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter mit einem erheblichen Schutzumfang aussprach. Es bestehe bereits eine Rechtslage, die durch einen fehlgeschlagenen bzw. unzureichenden Schutz das Funktionieren des Marktes beeinträchtige und eine Marktstörung bzw. ein Marktversagen begünstige.[215] Deshalb forderte er die Gewährleistung einer „angemessenen Möglichkeit zur Vermarktung der erbrachten, originär eigenen Leistungen durch die Sportveranstalter". Dies solle die „audiovisuelle Verwertung von Sportereignissen" und „sämtliche Bereiche der Werbung und der wirtschaftlichen Verwertung von Immaterialgüterrechten sowie gewerblichen Schutzrechten" betreffen. Zudem seien „nicht zuletzt auch die Themen Marketing und Merchandising unter Einschluss der Spielpläne sowie der hieraus erwachsenden Implikationen für den Glücksspiel- bzw. Sportwettensektor" zu berücksichtigen.[216]. Durch das Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter sollten insbesondere Leistungsübernahmen durch Dritte unterbunden werden können, „die sich als die Ausnutzung von schützenswerten Leistungen darstellen". Davon sollten folgende Maßnahmen erfasst werden: Streaming; Live-Ticker-Berichterstattungen von Sportereignissen; Internet-Veröffentlichungen von audiovisuellen Inhalten durch Private; das gesamte Merchandising durch Dritte unter Ausnutzung der von Sportveranstaltern erbrachten (Vor-)Leistungen sowie die kostenfreie Nutzung von Spielplänen[217] auch und gerade durch Sportwettanbieter; Zugriff von Dritten auf die Ergebnistabellen und Echtzeitdaten der Sportveranstalter.[218] Dieses offensichtlich ergebnisorientierte Rechtsgutachten[219] ließ keinen Wunsch der Sportverbände offen.

124 Unter Berücksichtigung auch der beiden zuvor erwähnten Rechtsgutachten von *Hilty/Henning-Bodewig* sowie von *Paal* gelangte eine Studie des *T.M.C. Asser Instituut/Asser International Sports Law Centre und des Institute for Information Law – University of Amsterdam*[220], die im Auftrag der *European Commission, Directorate-General for Education and Culture, Directorate Youth and Sport, Unit Sport* erstellt und im Februar 2014 veröffentlicht wurde, zu einem völlig

214 *Paal passim*.
215 *Paal* 48.
216 *Paal* 35.
217 Zur fehlenden Schutzfähigkeit von Spielplänen etwa der Fußball-Bundesligen sowohl als Datenbankwerk gem. § 4 Abs. 2 UrhG als auch als Datenbank gem. § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG vgl. *Heermann* CaS 2010, 227 ff. und *Heermann/John* K&R 2011, 753 ff., jew. m.w.N.
218 *Paal* 36 f.
219 Sehr krit. *Heermann* GRUR 2015, 232 (233–238) m.w.N.
220 *T.M.C. Asser Instituut u.a.*, Final Report sowie Executive Summary.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderen Ergebnis, wie stellvertretend folgende Einschätzung zum Schutz der überaus wertvollen Live-Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen erhellt:[221]

> „[…] the rights and interests of sports organisers are generally well safeguarded at the substantive legal level. The ‚house right' gives sports events organisers and clubs (and indirectly the sports federations) a right to exclude unauthorized media from the venue, and thereby creates leverage for the event organisers to negotiate exclusive contracts regarding media coverage.[222] In practice, these contracts may or may not provide for complete or partial transfer(s) to the sports organisers of the copyrights and neighbouring rights in the audiovisual recording and transmission of the event. Sports events organisers or their federations may, alternatively, elect to produce and distribute media coverage of the sports events themselves. Either way, the combination of house right, media contract(s), and intellectual property protection of the audiovisual recording and broadcast effectively allows the sports event organisers to enjoy complete ownership and/or control over the audiovisual rights in the sports events."

Im Hinblick auf die Forderung nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter erkannte man seinerzeit auch bezüglich der übrigen angeblichen Schutzdefizite, die von den Sportverbänden vorgetragen worden waren, keinen dringenden Anlass für die Einleitung von Harmonisierungsmaßnahmen auf EU-Ebene.[223] 125

In Unkenntnis der vorgenannten, im Jahr 2014 veröffentlichten Gutachten setzte sich *Kainer* kurz darauf in ihrer Dissertation ausführlich mit dem Diskussionsstand bis Juni 2013 auseinander. Dabei unternahm sie – erstmalig – den Versuch der Formulierung eines entsprechenden, die umfassenden Wünsche der Sportverbände berücksichtigenden und im UWG zu verankernden Schutztatbestands, um letztlich aber die Einführung eines solchen Leistungsschutzrechts für „derzeit" nicht erforderlich zu erachten.[224] 126

In seiner im Jahr 2017 veröffentlichten Dissertation gelangte *Brost*, seinerzeit Leiter des DFB-EU-Büros in Brüssel, zu einer deutlich abweichenden rechtlichen Einschätzung.[225] Er forderte die Normierung eines sondergesetzlichen Leistungsschutzrechts *sui generis* für Sportveranstalter im Urheberrecht. Der Regelungsgegenstand solle die schutzwürdigen Aspekte der audiovisuellen Verwertung umfassen und eine Grundlage für den Schutz der Verwertung von Live-Daten einer Sportveranstaltung bieten, d.h. Schutzmöglichkeiten insbesondere gegen unautorisiertes Streaming sowie Sportwettenanbieter. Die *de lege lata* bestehenden rechtlichen Schutzmöglichkeiten hinterließen „erhebliche Schutzlücken" sowie „unzureichende effektive Durchsetzungsmöglichkeiten". Das Merkmal des 127

221 *T.M.C. Asser Instituut u.a.*, Executive Summary, 2.
222 Ausf. zur Rechtsfigur des Hausrechts als Grundlage für den Schutz der audiovisuellen Verwertung von Sportveranstaltungen *Heermann* WRP 2012, 17 ff. und 132 ff.
223 *T.M.C. Asser Instituut u.a.*, Executive Summary, 2.
224 *Kainer* 361–413, 353–360, 415.
225 *Brost passim*.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Marktversagens" sei als Voraussetzung zur Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts „untauglich". Letztlich bestehe insoweit eine insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Handlungsverpflichtung des Gesetzgebers.

128 Fast wäre es dann im Jahr 2019 zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter gekommen. Der im September 2016 veröffentlichte Vorschlag einer Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt hatte in Art. 12a ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter vorgesehen. Die auf Antrag des Rechtsausschusses ergänzte Vorschrift bestimmte, dass Sportveranstalter das Aufzeichnungs- und Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (erstaunlicherweise aber nicht das Senderecht) erhalten sollten. Begründet wurde der Antrag damit, dass bislang fünf Mitgliedstaaten Sportveranstaltern ein solches verwandtes Schutzrecht gewährt hätten. Mangels einer entsprechenden Ergänzung der Erwägungsgründe blieb dabei aber ebenso offen, wer als Sportveranstalter in diesem Sinne originärer Inhaber der betreffenden Rechte sein sollte, wie auch eine Definition des Schutzgegenstands fehlte. Allerdings fand dieser Vorschlag für ein Leistungsschutzrecht nicht seinen Weg in die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG. Es taucht dort überhaupt nicht mehr auf. Nach inoffiziellen, nicht zitierfähigen Informationen soll das Parlament seinen Vorschlag auf Einführung des beschriebenen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter während der Verhandlungen zurückgezogen haben, nachdem der Rat und die EU-Kommission Bedenken hinsichtlich des Fehlens einer umfassenden Folgenabschätzung geäußert hatten.

129 Im Hinblick auf die Forderungen nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter auf deutscher und/oder europäischer Ebene gilt also Folgendes: Frucht rechtswissenschaftlicher und legislativer Mühen kann auch die Einsicht sein, dass eine Frage vom Gesetzgeber einstweilen nicht geregelt werden sollte.

d) Würdigung

130 Wenn Sportverbände ihre Geschäftsmodelle und die damit verbundenen Erlöspotentiale bedroht sehen, starten sie – wie dies auch in anderen Unternehmensbereichen üblich ist – Gegenattacken. Ins Fadenkreuz geraten dann oftmals Unternehmen oder Personen, deren Geschäftsmodell an Sportveranstaltungen wie z.B. an den Betrieb einer weithin bekannten und populären Sportliga anknüpft. Sportverbände stören sich – was im Ausgangspunkt durchaus nachvollziehbar ist – in solchen Konstellationen daran, dass die von ihnen oftmals als „Trittbrettfahrer" oder „Schmarotzer" bezeichneten Unternehmen in teils erheblicher Höhe

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(z.B. Sportwettenanbieter) Einnahmen erzielen, die ohne das vom Sportverband durchgeführte Event undenkbar wären.

131 Als besonders empörend wird empfunden, dass die Sportverbände nicht an denjenigen Erlösen dieser „schmarotzenden" Unternehmen unmittelbar partizipieren, die – wie etwa die Einnahmen der Sportwettenanbieter – ohne die durchgeführten Sportveranstaltungen gar nicht hätten anfallen können (was aber beispielsweise nahezu alle Clubs der Fußball-Bundesligen und auch die DFL nicht daran hindert, Sponsorenverträge mit jeweils einem der zahlreichen Sportwettenanbieter abzuschließen). Zudem sind Sportverbände zunehmend auf den Zug der Kommerzialisierung aufgesprungen und haben sich als sehr einfallsreich in der exklusiven (weil Erlösmaximierung versprechenden) Vermarktung nahezu aller Aspekte einer Sportveranstaltung erwiesen. Diese Aktivitäten erstrecken sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – u.a. auf folgende Aspekte: laufende Bilder vom Sportevent (wobei Live-Bildberichterstattung im Bezahlfernsehen die höchsten Einnahmen verspricht); Namen der Sportstätte (*Naming Right*); Werbung in der Sportstätte (z.B. Werbebanden, *Cam Carpets*, Werbedurchsagen) oder gar auf der Spielfläche, neuerdings auch durch den Einsatz sog. virtueller Werbung; Online-Verkauf von Eintrittskarten (*Ticketing*); Unterbringung und Verköstigung der Stadionbesucher von den Fans auf den Stehplätzen bis zu denen in den Logen (*Hospitality* und *Catering*); Präsentation des Spielballs, der Eckbälle oder der Freistöße, der Zeitlupenwiederholungen, der Zuschauerzahl etc.; vielfältige Möglichkeiten der Auswertung von Spieldaten (z.B. alle nur denkbaren Statistiken zum Spiel und zu den Spielern, *Heatmaps* etc.); Ausstattung der Sportler und Trainer mit Spiel- und Freizeitkleidung, Kraftfahrzeugen und sonstigen Dingen des täglichen Lebens. Wenn nunmehr Konkurrenten derjenigen Sponsoren, Ausstatter, Ausrüster etc., denen der Veranstalter vertraglich (Branchen-)Exklusivität zugesichert hat, sich etwa in der Werbung durch sog. Ambush Marketing an das Sportereignis assoziativ anlehnen, fürchten die Sportveranstalter und ihre Vermarktungspartner eine Entwertung der vertraglichen Vereinbarungen und werden im eigenen (finanziellen) Interesse gegen die sog. Ambusher vorgehen.[226]

132 Die von den Sportveranstaltern beklagten Situationen der Nutzbarmachung eigener Leistungen durch Dritte wird auch durch Metaphern wie „Pflügen mit fremdem Kalbe" oder „Schmücken mit fremden Federn" umschrieben. Aber ist solches Verhalten *per se* gesetzwidrig oder unlauter? Die Antwort lautet: Grundsätz-

226 Eine Ausnahmeproblematik ergab sich anlässlich der bei der japanischen Bevölkerung höchst umstrittenen Durchführung der um ein Jahr verschobenen Olympischen Sommerspiele 2020 in Tokio. Dabei verzichtete Toyota Motor, einer der wichtigsten exklusiven Sponsoren des IOC, in Japan während der Olympischen Spiele auf die Ausstrahlung von Werbespots, die mit dem Sportereignis in Verbindung standen, weil man fürchtete, dass der Werbewert der Spiele wegen der COVID-19-Pandemie weiterhin sinken oder gar ins Negative abrutschen würde; vgl. hierzu stellvertr. *Welter* FAZ v. 19.7.2021 („Toyota zieht die Bremse").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich nein! Denn die aufgeworfene Frage kann nur in bestimmten Fällen klar bejaht werden, während viele Formen der „Trittbrettfahrerei" rechtlich nicht greifbar sind. Wenn eine unternehmerische Leistung durch Spezialvorschriften des geistigen Eigentums gesetzlichen Schutz genießt (z.B. Marken-, Kennzeichnungs-, Urheber-, Design- oder Patentrecht) und ein entsprechendes Schutzrecht einem Rechtsinhaber zugewiesen ist, kann dieser natürlich gegen Rechtsverletzer vorgehen und Unterlassung sowie gegebenenfalls Schadensersatz verlangen. Im Übrigen gilt der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und damit auch der Nachahmungsfreiheit, wie er etwa im deutschen Lauterkeitsrecht klar in § 4 Nr. 3 UWG (2015) zum Ausdruck kommt:

> Unlauter handelt, wer
>
> 1. […]
> 2. […]
> 3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er
>   a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
>   b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder
>   c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;
> 4. […]

133 Die Botschaft des Gesetzgebers ist klar: Nachahmungen begründen allein bei Hinzutreten unlauterkeitsbegründender Merkmale einen Verstoß gegen den Auffangtatbestand des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 4 Nr. 3 UWG (2015). Im Übrigen sind Nachahmungen nur gesetzlich untersagt, wenn sie ein dem Sportverband oder -veranstalter zustehendes Urheberrecht oder gewerbliches Schutzrecht verletzen.

134 Dies führt zu einer misslichen rechtlichen Ausgangssituation für Sportveranstalter: Die von ihnen vor und bei der Organisation sowie Durchführung einer Sportveranstaltung erbrachten Leistungen sind nur selten über das Urheber-, Marken- oder Kennzeichnungsrecht geschützt.[227] Vom Schutz umfasst sind etwa Erkennungsmelodien oder Logos einer Sportveranstaltung. Aber schon typische Veranstaltungsbezeichnungen, die sich aus der Sportart, der Art der Veranstaltung (z.B. Europa- oder Weltmeisterschaft, EM oder WM), dem Veranstaltungsort und/oder dem betreffenden Jahr zusammensetzen, werden zumeist mangels Unterscheidungskraft und wegen ihres überwiegend beschreibenden Charakters

227 S. hierzu stellvertr. *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 53 ff.; Stopper/Lentze/*Heermann* Kap. 7 Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht als Marke eintragungsfähig sein.[228] Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 UWG (2015) scheitert regelmäßig daran, dass die Dienstleistungen des Sportveranstalters nicht nachgeahmt werden.[229] Ein reiner Investitionsschutz wird weder über das Immaterialgüter- noch über das Lauterkeitsrecht gewährt.[230] Insoweit sind die Rufe nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter verständlich, was freilich voraussetzt, dass künftig Sportevents gerade wegen unzureichenden rechtlichen Schutzes der von den Veranstaltern erbrachten Leistungen nicht mehr stattzufinden drohen. Ein solches Marktversagen wird sich aber üblicherweise nicht nachweisen lassen. Sofern also diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Geschäftsmodell an die Vorleistungen von Sportverbänden anknüpfen, weder gegen immaterialgüterrechtliche oder sonstige gesetzliche Vorschriften (z.B. Hausrecht) verstoßen noch vertragliche Pflichten verletzen, segeln sie unter der Flagge der Wettbewerbsfreiheit. Es liegt in der Natur der Sache, dass man nur bestimmte Leistungen über das Urheberrecht oder gewerbliche Schutzrechte für einen begrenzten Zeitraum monopolisieren kann. Dabei ist der jeweilige Schutzgegenstand in aufwändigen legislativen Prozessen und unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten festgelegt worden. In diesem Zusammenhang lässt sich ein Gesetzgeber auch von dem Gedanken leiten, dass Weiterentwicklungen einer geschützten Ware oder Dienstleistung nicht unnötig behindert werden sollen.

Bei dieser komplexen rechtlichen Gemengelage ist es für Sportverbände schwie- 135
rig, ausreichend politischen Rückenwind für die Einführung von Sondergesetzen zu erhalten, die eine über das *de lege lata* bereits bestehende Schutzniveau hinausgehende Absicherung ihrer Leistungen gewähren sollen. Dabei haben internationale Sportverbände überzeugendere Argumente in der Hand, weil sie mit Olympischen Spielen, Welt- oder Europameisterschaften über Produkte verfügen, in deren Genuss einzelne Länder nur – wenn überhaupt – im Abstand von mehreren Jahren, mitunter gar Jahrzehnten kommen. Dies erhöht natürlich den Druck auf die Politik und letztlich die nationalen Gesetzgeber, was internationale Sportverbände auszunutzen versuchen. Auffällig ist freilich, dass in letzter Zeit demokratisch regierte Länder bei der Bewerbung um solche sportlichen Mega-Events entweder immer öfter den Kürzeren zogen oder gar nicht erst antraten. Aber das ist ein anderes Thema, das hier nicht vertieft werden soll. Freuen wir uns also auf Olympische Winterspiele 2022 in nahezu schneefreien Gebieten (Wozu gibt es denn Kunstschnee?) oder eine FIFA Fußball-Weltmeisterschaft

228 Grundl. BGHZ 167, 278, Rn. 24, 29, 45 = NJW 2006, 3002 – FUSSBALL WM 2006; aus dem Schrifttum s. stellvertr. *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 56 ff.; *Heermann* ZEuP 2007, 535 ff.

229 BGHZ 187, 255, Rn. 16, 28 = SpuRt 2011, 158 – Hartplatzhelden.de; Stopper/Lentze/*Heermann* Kap. 7 Rn. 92 f.; zur – inhaltsgleichen – Vorgängervorschrift § 4 Nr. 9 UWG (2004) *Heermann* SpuRt 2013, 56 (57–59); i.Erg. a.A. *Röhl* 165 f., 200 ff., 219 ff., 397 ff.

230 *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2022 zwar nicht in, aber unmittelbar neben der Wüste in architektonisch aufregenden, aufwändig klimatisierten Stadien …

136 Demgegenüber sind etwa die Fußball-Bundesligen – für viele die „schönste Nebensache der Welt", für manche gar eine Art Ersatzreligion – jede Spielzeit aufs Neue in Deutschland verfügbar. Sie dürfen anders als die professionellen Kicker nicht in ein anderes Land wechseln. Die Fußball-Bundesligen ließen sich selbst während der COVID-19-Pandemie lediglich gut zwei Monate ausbremsen, was hierzulande den Profifußball nahe an den Status der Systemrelevanz heranrücken lässt. Zwar sind die nationalen Sportdachverbände nach wie vor in der Landes- und Bundespolitik bestens vernetzt und treffen dort auf viel Sympathie. Indes begegnen weite Kreise der Bevölkerung nicht erst seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie der Forderung von Sonderrechten zugunsten des professionellen und stark kommerzialisierten Sports mit zunehmender Skepsis oder gar Ablehnung.

e) Fazit

137 Der Wunsch (inter)nationaler Sportverbände nach Einführung von Sondergesetzen, die auf ihre speziellen Schutzbedürfnisse zugeschnitten sind, um auf diese Weise die Verbandsautonomie in größtmöglichem Umfang über die bereits *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten hinaus rechtlich zu schützen, geht nur selten in Erfüllung. Die größten Erfolgsaussichten haben insoweit internationale Sportverbände, die den rechtlichen Schutz einzelner Leistungen der Sportveranstalter zur Voraussetzung für eine erfolgreiche Bewerbung um die Ausrichtung großer internationaler Sportevents machen.

138 Auf das deutsche OlympSchG blicken andere Sportverbände wie die FIFA oder die UEFA zwar mit einer gewissen Portion Neid. Indes konnte das OlympSchG die von den Rechteinhabern DOSB und IOC gehegten Erwartungen nur teilweise erfüllen. Denn das olympische Emblem und die olympischen Bezeichnungen werden durch das OlympSchG zugunsten der Rechteinhaber nicht in einer Weise gleichsam monopolisiert, dass allein diese und ihre offiziellen Sponsoren assoziative Bezugnahmen hierauf im geschäftlichen Verkehr vornehmen dürften. Auch das OlympSchG muss den verfassungsrechtlich geschützten Positionen Dritter wie der (wirtschaftlichen) Meinungsäußerungsfreiheit, der Pressefreiheit, der Kunstfreiheit, der Eigentumsgarantie und nicht zuletzt auch der Wettbewerbsfreiheit durch entsprechende Ausnahmen angemessen Rechnung tragen. Dies gilt entsprechend für andere Sondergesetze zur Absicherung der Verbandsautonomie und – unausgesprochen – natürlich auch der finanziellen Interessen im Sport.

139 Nationale Anti-Ambushing-Gesetze existieren zwar in vielen Ländern, die zuletzt große internationale Sportevents beherbergten (z.B. China, Großbritannien, Bra-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

silien, Südafrika, Russland), jedoch nicht in Deutschland. Allerdings besteht hierzulande gleichwohl *de lege lata* bereits ein hohes Schutzniveau gegen assoziative Werbemaßnahmen von Unternehmen, die nicht zum Kreis der offiziellen Veranstaltungssponsoren oder Lizenznehmer (z.B. hinsichtlich Merchandisingartikeln) zählen.

140 Die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern ist von Seiten der Sportverbände sowohl in Deutschland als auch auf der Ebene der EU bislang erfolglos gefordert worden. Der ausbedungene Schutzumfang variiert dabei stark. Es ist nicht auszuschließen, dass in einigen Jahren auf europäischer Ebene ein Leistungsschutzrecht im Hinblick auf die audiovisuelle Verwertung von Sportveranstaltungen eingeführt werden wird. Wie dann der damit u.a. bezweckte effektivere Schutz gegen illegales Streaming von Liveübertragungen aus den großen Sportarenen verwirklicht werden soll, ist derzeit unklar. Denn die Anbieter solch illegaler Streamingdienste agieren im Verborgenen und tendenziell eher außerhalb der EU, so dass einstweilen[231] erhebliche Probleme der Rechtsdurchsetzung vor staatlichen Gerichten vorprogrammiert sind.

141 Seit dem Jahr 2021 können jedoch zumindest in Deutschland auch Sportveranstalter und/oder die Inhaber von Medienrechten an Sportveranstaltungen relativ kurzfristig eine dauerhafte Sperre illegaler Internetseiten durchsetzen. Zu diesem Zweck haben Internetzugangsanbieter und Rechteinhaber einen gemeinsamen Verhaltenskodex „Clearingstelle Urheberrecht im Internet“ (CUII) unterzeichnet. Unternehmen und Verbände beider Seiten hatten zuvor ein Verfahren erarbeitet, durch das der Zugang zu sog. „strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten“ nun außergerichtlich gesperrt werden kann, wenn die gemeinsam eingerichtete unabhängige Clearingstelle unter Vorsitz eines pensionierten Richters des BGH dies empfiehlt und die Bundesnetzagentur (BNetzA) keine Bedenken gemäß der EU-Netzneutralitätsverordnung hat.[232] Dadurch relativiert sich zumindest im Hinblick auf illegale Streamingangebote die von Sportverbänden seit Jahren angemahnte Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter.

231 Zu Planungen zur Bekämpfung illegaler Online-Übertragungen von Sportereignissen vgl. *EU-Parlament*, Pressemitteilung v. 19.5.2021, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20210517IPR04117/bekampfung-illegaler-online-ubertragungen-von-sportereignissen (zuletzt besucht am 7.2.2022).

232 *CUII*, Pressemitteilung v. 11.3.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit

142 Es ist zuvor dargelegt worden, dass Sportverbände, gestützt auf die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK, eine eigene Kontroll- und Strafinstanz zur Einhaltung der selbstauferlegten Regeln einrichten können.[233] Auch die Notwendigkeit, die Entscheidungen der Verbandsjustiz in freilich beschränktem Umfang von staatlichen Gerichten überprüfen lassen zu können, wurde bereits herausgearbeitet, ebenso der hierbei anzuwendende Prüfungsmaßstab und -umfang.[234] Die Sportverbände haben damit – wie *Steiner* zugespitzt formuliert hat[235] –

> „[…] eine Art inhaltlicher Teilverstaatlichung ihrer Sonderordnungen unter gleichzeitiger Intensivierung ihres Regelwerks – Binnenverrechtlichung der Sportgerichtsbarkeit und des Sports, könnte man sagen – hingenommen. Sie haben dafür ihre Existenz als rechtliches Subsystem mit einer effektiven eigenen Gerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Justiz gesichert."

143 Dem ersten Teil der Aussage kann vorbehaltlos zugestimmt werden. Die Frage der Effektivität der Verbandsjustiz soll an dieser Stelle aber bewusst noch nicht beantwortet werden. Dies wäre voreilig, solange zum einen die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und zum anderen die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht im Detail analysiert worden sind. Beide Zweige der Verbandsjustiz sind zwar unbestreitbar durch ein erhebliches Maß an Effektivität gekennzeichnet. Offen bleiben soll aber einstweilen die Frage, ob die an solchen Verfahren notwendigerweise Beteiligten – auf der einen Seite regelmäßig ein Sportverein oder -verband, auf der anderen Seite mindestens ein den Verbandsstatuten unterworfenes (un)mittelbares Mitglied – von der Effektivität der Verbandsjustiz tatsächlich gleichermaßen profitieren.

a) Verbands(schieds)gerichtsbarkeit versus (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit

144 Bei Verbandsgerichten handelt es sich um vereinsinterne Organe, die bei Sportvereinen oder -verbänden eingerichtet werden und in erster Linie für die Verhängung und Überprüfung von Vereinsstrafen zuständig sind. Um eine möglichst einheitliche verbandsinterne Rechtsprechung zu gewährleisten, wird die Strafgewalt zumeist auf der Ebene der Landes- oder Bundesfachsportverbände ausgeübt. Die „(Schieds-)Richter" eines Verbandsgerichts werden regelmäßig direkt oder

233 → III. Rn. 2.
234 → III. Rn. 33–65.
235 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (231).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

indirekt von den Sportverbänden bestimmt.[236] Die an diesen Verbandsgerichten tätigen Richter müssen nicht notwendigerweise Volljuristen mit Befähigung zur Ausübung eines Richteramtes in der staatlichen Justiz sein. Bei den Entscheidungen von Verbandsgerichten handelt es sich nicht um Rechtsprechung im weiteren Sinne. Sie können von staatlichen Gerichten in gewissem Umfang[237] überprüft werden. Zwei verbandsinterne Instanzen sind üblich, aber nicht zwingend. Die rechtliche Bindung der (un)mittelbaren Mitglieder an die Verbandsstrafgewalt, aber auch an die Sportschiedsgerichtsbarkeit erfolgt üblicherweise im Wege der Unterwerfung unter die Verbandsstatuten[238] und/oder durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt.[239]

Wie die in der Überschrift eingefügten Klammern andeuten, ist die Terminologie zur Bezeichnung der Spruchkörper in der Verbandsjustiz uneinheitlich. Denn Verbandsgerichte werden mitunter in den Verbandsstatuten auch als „Schiedsgericht" oder „Verbandsschiedsgericht" bezeichnet, was sodann in irreführender Weise suggerieren könnte, dass es sich bei dem Verbandsgericht um ein echtes Schiedsgericht gem. §§ 1025 ff. ZPO handelt.[240] Daher bietet es sich an, an dieser Stelle eine negative Abgrenzung vorzunehmen und die wesentlichen Charakteristika eines echten Sportschiedsgerichts darzulegen, da letztere insgesamt oder in wesentlichen Teilen bei der Verbandsgerichtsbarkeit gerade nicht vorliegen.[241] 145

Zunächst muss sich die Absicht, ein echtes Schiedsgericht zu installieren, eindeutig aus der Schiedsvereinbarung ergeben.[242] Es ist prägend und zwingend erforderlich für ein echtes Schiedsgericht, dass das Schiedsrichteramt in Neutralität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit[243] ausgeübt wird.[244] Durch die Verfahrensvorschriften (Schiedsverfahrensordnung) muss strukturell gesichert sein, dass das 146

236 *D.-R. Martens* SchiedsVZ 2010, 317 (318).
237 → III. Rn. 37–63.
238 → IV. Rn. 8–45.
239 → IV. Rn. 46–65.
240 Der *Verfasser* hat wiederholt feststellen müssen, dass den Mitgliedern der an manchen Verbandsgerichten tätigen Spruchkörper der Unterschied zwischen einem Verbands(schieds)gericht und einem (echten) Schiedsgericht gem. §§ 1025 ff. ZPO nicht geläufig war. Auch hins. des Umstandes, dass die Entscheidungen beider Zweige der Verbandsjustiz zumindest in gewissem Umfang von staatlichen Gerichten überprüft werden können, herrschte bei manchen Mitgliedern der Verbandsgerichtsbarkeit profunde Unkenntnis. Es soll hier nicht darüber spekuliert werden, inwieweit diese Erfahrungen repräsentativ sind.
241 Ausf. zu dieser Abgrenzung *Schlosser passim*; vgl. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 501–505; *Lachmann* Rn. 19; *Haas* ZVglRWiss 2015, 516 (517 ff.) mit einer Analyse der Abgrenzungskriterien im deutschen Recht und in einem internationalen Kontext; *H. P. Westermann* JZ 1972, 537 ff.; zuletzt *Opfermann* 149–153; *Steinitz* 68 ff.
242 PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 502 m.w.N.
243 S. in diesem Kontext zuletzt EGMR SpuRt 2020, 180 ff. – Ali Riza u.a./Türkei. Im Hinblick auf ein in der Türkei durch Gesetz errichtetes Sportschiedsgericht, dessen Mitglieder gegen Einflussnahmen durch den türkischen Fußballverband, der die Schiedsrichter ernannte und vergütete, nicht abgesichert waren, nahm der EGMR wegen unzureichender Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) an.
244 Zu weiteren Details → IV. Rn. 237–250.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsgericht als unabhängige und unparteiliche Instanz aufgrund eines fairen Verfahrens entscheidet.[245] Die Verfahrensregelung muss beide Parteien gleich behandeln, ihnen insbesondere gleiche Rechte einräumen und rechtliches Gehör gewähren, was sich nach deutschem Recht aus § 1042 Abs. 1 ZPO ergibt. Dies bedeutet, dass die an einem Schiedsverfahren beteiligten Parteien in die Lage versetzt werden müssen, paritätisch Einfluss auf die Besetzung der Schiedsrichterbank zu nehmen.[246] Damit darf ein Sportverband insoweit keinen überwiegenden Einfluss haben.[247] Anders als dies bei Verbandsgerichten durchaus verbreitet ist, kann über die Besetzung eines echten Sportschiedsgerichts also nicht ein Verbandsorgan allein bestimmen. Es ist aber zulässig, die Auswahl der Schiedsrichter eines echten Schiedsgerichts einer neutralen und vom Sportverband unabhängigen Instanz anzuvertrauen (z.B. dem Präsidenten einer Industrie- und Handelskammer oder eines Oberlandesgerichts). Zudem ist grundsätzlich das Aufstellen von Schiedsrichterlisten zulässig, um auf diese Weise die erforderliche fachliche Qualifikation der zu ernennenden Schiedsrichter zu sichern. Voraussetzung ist jedoch, dass ein ausreichender Auswahlspielraum bleibt und nicht ein Übergewicht einer Partei via Schiedsrichterliste institutionalisiert ist.[248] Hervorzuheben ist schließlich, dass der Schiedsspruch eines echten Sportschiedsgerichts dem Urteil eines staatlichen Gerichts gleichgestellt ist und ebenso weltweit vollstreckt werden kann.

b) Sportschiedsgerichtsbarkeit am Beispiel des Court of Arbitration for Sport

147 Die für das Sportrecht zentralen und wegweisenden Entscheidungen werden innerhalb der Verbandsjustiz letztinstanzlich regelmäßig von echten Sportschiedsgerichten gefällt. Dabei kommt auf internationaler Ebene dem Court of Arbitration for Sport (CAS)[249] eine hervorgehobene Rolle zu, handelt es sich dabei doch um das bedeutendste, sportartübergreifend tätige ständige Sportschiedsgericht weltweit. Daher sollen nachfolgend die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie von Sportverbänden durch Sportschiedsgerichte am Beispiel des CAS veranschaulicht werden.[250]

245 BGHZ 159, 207 (210 f.) = NJW 2004, 2226 (2226 f.); BGHZ 98, 70 (72) = NJW 1986, 3027 (3028); Stein/Jonas/*Schlosser* vor § 1025 ZPO Rn. 11.

246 BGHZ 197, 162, Rn. 17 = NJW-RR 2013, 873 m.w.N.; BGHZ 159, 207 = NJW 2004, 2226.

247 PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 503; Reichert/*Wagner* Rn. 5172; *K. Hofmann* 67; vgl. auch *Schwab*/*Walter* Kap. 9 Rn. 6 ff.

248 BGHZ 55, 162 (174–176) = NJW 1971, 986 (988 f.); Zöller/*Geimer* § 1034 ZPO Rn. 11; Stein/Jonas/*Schlosser* § 1034 ZPO Rn. 11. Zur relativ großzügigen Handhabung dieser Voraussetzungen am CAS → IV. Rn. 237–250.

249 Hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 259 ff.; zum Verfahrensablauf instruktiv Cherkeh/Momsen/Orth/*Mortsiefer* 3. Kap. Rn. 591 ff.

250 Allg. zur Problematik der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 506 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Vor- und Nachteile

Im Jahr 2016 sah sich der BGH im *Pechstein*-Verfahren[251] veranlasst, einige der schon altbekannten Vorzüge der Sportschiedsgerichtsbarkeit[252] nochmals hervorzuheben: 148

> „Zudem vermag ein einheitliches Sportschiedsgericht zur Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts beizutragen. Zu den weiteren Vorteilen einer internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlichen Gerichten zählen darüber hinaus die besondere Fachkunde der Schiedsrichter, die im Hinblick auf termingebundene Sportereignisse insbesondere auch für den von einem Verfahren betroffenen Sportler besonders bedeutsame Schnelligkeit der Entscheidungsfindung sowie die internationale Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (...)."

Diese Vorteile sind allgemein anerkannt, wenngleich man sie im Hinblick auf die Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts durch den CAS[253] und die besondere Fachkunde der Schiedsrichter (zumindest was das europäische Kartellrecht anbetrifft[254]) wird relativieren müssen. Dass die Schiedsrichter hingegen in Dopingstreitigkeiten über erhebliches Spezialwissen verfügen, sofern sie solche Verfahren regelmäßig durchführen, ist unbestreitbar. Der größte Vorzug für die Sportverbände dürfte darin bestehen, dass durch den CAS die weltweite Einheitlichkeit der Interpretation, Anwendung und Durchsetzung der jeweiligen Verbandsstatuten gewährleistet werden kann. Insoweit kann die nationale staatliche Gerichtsbarkeit, die durch unterschiedliche Rechtskreise und -traditionen geprägt ist, eine solche weltweite Einheitlichkeit nicht garantieren. Ob die Kostenlast für die Parteien vor Sportschiedsgerichten tatsächlich häufig geringer ist als vor staatlichen Gerichten,[255] hängt sicherlich von verschiedenen Umständen ab: Wie viele Instanzen innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit hätten sich mit der Rechtssache beschäftigen müssen? Besteht vor den Sportschiedsgerichten insbesondere in Dopingstreitigkeiten ein Anspruch auf Gewährung von Prozesskostenhilfe?[256] 149

„Wo viel Licht ist, ist starker Schatten." Die Worte, die auf *Johann Wolfgang von Goethe* (1749–1832) zurückgehen, umschreiben die Bewertung der mit dem CAS verbundenen positiven wie negativen Aspekte treffend. Die zuvor aufgezählten Vorteile der vor dem CAS geführten Schiedsverfahren, die das Licht verbreiten, 150

251 BGHZ 210, 292, Rn. 59 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
252 S. stellvertr. Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen* Rn. 1030 ff.; *Opfermann* 31 ff.; *Oschütz* 33 ff.; *Schleiter* 108 ff.; ausf. zuletzt *Steinitz* 48 ff., 90 ff.
253 → IV. Rn. 266–274.
254 → IV. Rn. 284–310 m.w.N.
255 *Haas/Prokop* SpuRt 1996, 109 (113).
256 Entsprechende Regelungen sind beim CAS zuletzt eingeführt worden, vgl. Art. S6 Nr. 9, S7 Ziff. 2 lit. b) CAS-Code; krit. *Vieweg* SpuRt 2021, 185. Zu Verfahren vor dem Deutschen Sportschiedsgericht s. *Bechtel* 115 ff.; *Mortsiefer/Hofmann* CaS 2016, 125 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind offensichtlich und gelten für alle Verfahrensbeteiligten gleichermaßen. Die Schattenseiten, die hier für die Nachteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit[257] stehen sollen, sind hingegen differenziert zu betrachten. Die Stärke der Schatten hängt naturgemäß neben dem Sonnenstand davon ab, wie groß die Schatten spendenden Objekte sind. Der Umfang der mit Sportschiedsgerichtsverfahren vor dem CAS verbundenen Defizite, die nunmehr in den Fokus rücken, werden von den Verfahrensbeteiligten teilweise höchst unterschiedlich bewertet. Von der Seite der Sportverbände werden sie weitgehend geringgeschätzt, sonst hätte man sie längst zumindest zu erheblichen Teilen reduzieren können. Die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder jedoch glauben überwiegend, dass diese Defizite sie selbst vorrangig, wenn nicht sogar einseitig treffen. Der springende Punkt ist jedoch: Ohne die Mitwirkung der Sportverbände lassen sich die im Folgenden zu bewertenden Defizite realistischerweise kaum abbauen. Damit wiegen die Nachteile, die mit der Sportschiedsgerichtsbarkeit einhergehen, im Vergleich zu den Vorteilen für die Verbandsmitglieder möglicherweise ungleich schwerer als für die Sportverbände selbst. Dieser Aspekt kann erst nach einer umfassenden Analyse im Rahmen des abschließenden Fazits beurteilt werden.[258]

151 Einige der mit Sportschiedsgerichtsverfahren vor dem CAS verbundenen Nachteile[259] sind offensichtlich:

152 – Die Verfahren werden grundsätzlich in nicht öffentlicher Verhandlung geführt,[260] sofern nicht die recht engen Voraussetzungen für eine Ausnahme hiervon vorliegen.[261] Einerseits bildet im Allgemeinen die Nichtöffentlichkeit von Verhandlungen vor Schiedsgerichten ein Charakteristikum solcher Verfahren, weil dadurch sensible Daten und Geschäftsgeheimnisse nicht einem potentiell breiten Publikum offengelegt werden müssen.[262] Andererseits können dadurch gerade in Verfahren, die Disziplinarmaßnahmen wegen Dopingverstößen betreffen, die Rechte der Sanktionierten in unverhältnismäßiger Weise verkürzt werden, wie der EGMR im *Pechstein*-Verfahren festgestellt hat.[263] Daraufhin wurde Art. R57 CAS-Code umgehend angepasst.[264] Letztlich werden durch diese Lockerungen des Grundsatzes der nicht öffentlichen Verhandlung – wenngleich in sehr überschaubarem Ausmaß – die Kontrolle

257 Allg. hierzu PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 514–525.
258 → IV. Rn. 348–354.
259 S. hierzu stellvertr. EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 2 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz, → IV. Rn. 237–241; LG München I SchiedsVZ 2014, 100 (106 f.); *Lungstras* 112 ff.; *Vaitiekunas* 181 ff.; *Wittmann* 27 ff.; zuvor bereits *Monheim* 391 m.w.N.
260 Art. R57 Abs. 2 CAS-Code. Zur Vertraulichkeit der Verhandlungen und des Schiedsspruchs ausf. *Hülskötter* 259 ff.
261 Hierzu zuletzt *Opfermann* 117 f.; *Heermann* NJW 2019, 1560 (1563).
262 *Lachmann* Rn. 144 ff.
263 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 175 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
264 Hierzu PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 276.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Transparenz innerhalb monopolistisch-hierarchischer Verbandsstrukturen im Sport sowie die Legitimität von Verfahren vor Sportschiedsgerichten gestärkt. Ob dies aber ausreichen wird, damit private Schiedsgerichte im Allgemeinen und Sportschiedsgerichte im Besonderen nicht länger im durchaus verbreiteten, anrüchigen Ruf stehen, letztlich Geheimgerichte oder Sondergerichte[265] zu sein, darf bezweifelt werden.[266]

153 – Die Regelungen zur Kostentragung bei CAS-Schiedsverfahren[267] werden kritisch bewertet.[268] Bei den Schiedsgerichtsverfahren im Bereich des CAS wurden für das Jahr 2015 durchschnittliche Verfahrenskosten von 73.000 CHF ermittelt, wobei 44.500 CHF auf die Parteikosten sowie 28.500 CHF auf die Schiedsgerichts- und Schiedsrichterkosten[269] entfielen.[270] Dabei haben die Parteien die Kosten für ihren Rechtsanwalt, ihre Zeugen, Experten und Dolmetscher grundsätzlich selbst zu tragen. Zudem fallen Kosten für die zertifizierte Übersetzung fremdsprachiger Dokumente an. Aufgrund dieser Fakten kann man nunmehr das Kostenrisiko der am Verfahren beteiligten Parteien abschätzen. Im Allgemeinen wird dieses Risiko einen Sportverband weniger belasten als die aufgrund der Verbandsstatuten sanktionierte Partei (denkbare Ausnahmen sind etwa gut verdienende Spitzenathleten oder umsatzstarke und/oder über zahlungskräftige Unterstützer verfügende Fußballclubs), selbst wenn der Verband üblicherweise an mehr Verfahren vor Sportschiedsgerichten beteiligt sein wird. Um dieses Risiko abzufedern, hat der CAS zuletzt eine Art Prozesskostenhilfe eingeführt.[271] Damit ist abschließend festzustellen, dass sich hinsichtlich der Kostentragung bei CAS-Schiedsverfahren bei einer Gesamtbetrachtung jedenfalls keine eklatanten Unterschiede zu vergleichbaren Verfahren vor staatlichen Gerichten ergeben, insbesondere wenn dabei mehrere Instanzen entscheiden müssen.

154 – Das zentrale Organ des CAS ist das International Council of Arbitration for Sport (ICAS). Die Finanzierung des ICAS durch das IOC, nationale olympische Komitees (NOKs) und internationale Sportverbände (z.B. FIFA)[272] ist

265 Darauf weist *Elsing* SchiedsVZ 2019, 16 (17) hin.
266 Ausf. zur Öffentlichkeit von Verfahren und Entscheidungen des CAS einschließlich Reformvorschlägen zuletzt *Bareuther* 91 ff.
267 Art. R64 ff. CAS-Code; hierzu zuletzt *Opfermann* 113–115 m.w.N.
268 *Niedermaier* 124; *Steiner* SchiedsVZ 2013, 15 (18).
269 Eine *Schedule of Arbitration Costs* ist abrufbar unter https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html (zuletzt besucht am 7.1.2022). So betragen etwa die Stundensätze der Schiedsrichter 300–500 CHF. Sofern gem. Art. R54 Abs. 5 CAS-Code zur Unterstützung der Schiedsrichter ein *ad hoc clerk* eingesetzt wird, werden die darauf entfallenden Kosten gleichfalls den Verfahrenskosten hinzugerechnet.
270 S. hierzu *Theus Simoni/Lang/Conrad/Fuchs* 38.
271 Art. S6 Nr. 9, S7 Ziff. 2 lit. b) CAS-Code; krit. hierzu *Vieweg* SpuRt 2021, 185, nach dessen Auffassung hiervon ein „Vergleichsdruck als Unrechtspflege" ausgeht.
272 Hierzu *Opfermann* 92–95 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wiederholt bemängelt worden.[273] Nachdem das SchweizBG das Finanzierungssystem bestätigt[274] und sich auch nicht an dem Umstand gestört hat, dass die FIFA 10 % am Gesamtbudget des CAS trägt,[275] hat zuletzt auch der EGMR deutlich gemacht, dass er die Unabhängigkeit des CAS zumindest durch dessen Finanzierung nicht beeinträchtigt sieht:[276]

> „151. Zur Finanzierung des CAS durch die Sportverbände hebt der Gerichtshof […] hervor, dass staatliche Gerichte stets vom Staatshaushalt finanziert werden, ohne dass dadurch jemand auf die Idee käme, ihnen in Rechtsstreitigkeiten gegen den Staat mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu unterstellen. Analog könnte auch dem CAS lediglich aufgrund seines Finanzierungsmodells keine mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterstellt werden."

155 Eine Fremdfinanzierung des CAS ist also – im Gegensatz zu anderen Sportschiedsgerichten[277] – tatsächlich alternativlos. Andernfalls müsste man die Frage beantworten, wer sonst die Finanzierung dieses Privatgerichts übernehmen sollte. Es ist zu vermuten, dass niemand die bisherigen Finanzierer ersetzen will. Das aktuelle Finanzierungsmodell sollte indes Anreiz für den CAS sein, in gleichem Maße wie vor staatlichen (nicht notwendigerweise deutschen) Gerichten die Unabhängigkeit der Justiz, den Grundsatz der prozessualen Gleichbehandlung sowie die übrigen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu beachten.[278] In welchem Umfang dies tatsächlich geschieht, werden die nachfolgenden Analysen[279] zeigen.

156 – Anknüpfend an die besonderen Beweisanforderungen in Dopingverfahren, die die eigentlich beim Sportverband liegende Beweislast auf den des unzulässigen Dopings bezichtigten Athleten verlagern,[280] hat *Mankowski* für seine Kritik zunächst das Zielfeld erweitert und sodann das Schussverfahren der Breitseite angewendet:[281]

> „Verbandsschiedsgerichte haben keine vollen Aufklärungsmittel und nicht selten auch keinen vollen Aufklärungswillen. Z.B. kann Beweisführung erschwert werden. Korpsgeist und möglichste Unversehrtheit der Gemeinschaft Verband firmieren unterschwellig in ihrem Wertekatalog."

273 *Brunk* 246; *Baddeley* CaS 2004, 91 (92); *Downie* Melb. J. Int. L. 2011, 67 ff.
274 SchweizBG BGE 129 III 445 (461) – Lazutina.
275 SchweizBG BGE 144 III 120 (126 ff., E.3.4.3.) – FIFA; krit. *Strub* SchiedsVZ 2018, 316 (317).
276 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 151 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
277 Die beim Deutschen Sportschiedsgericht in Verfahren entstehenden Kosten werden gem. § 40 DIS-SportSchO von den Streitparteien getragen. Das FIBA Arbitral Tribunal benötigt nach eigenen Angaben keine Fremdfinanzierung; vgl. *Kahlert/Zagklis* SpuRt 2013, 117 (117).
278 So auch *Opfermann* 91.
279 → IV. Rn. 161–250.
280 Ausf. zum direkten und indirekten Dopingnachweis in Sportgerichtsverfahren vgl. *Axer passim*; *Merget passim*; zuvor bereits *Oschütz* 304 ff.; s. auch *Opfermann* 112 f.
281 *Mankowski* 477.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das ist ein hartes *Tackling*, aber sicherlich keine verbale Blutgrätsche in Tatvollendung. Die nur eingeschränkten Aufklärungsmittel eines privaten Schiedsgerichts liegen in der Natur der Sache. Dies gilt für den Rückschluss auf den Aufklärungswillen der Schiedsrichter nicht zwingend, sind letzteren durch die Verfahrensordnung doch die Hände vielfach in gewisser Weise gebunden. Die in Dopingverfahren zur Anwendung kommenden *liability rules* sind zwar durchaus diskussions- und kritikwürdig,[282] müssen letztlich aber im Zweifel einer rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten.[283] Dabei liegt es in der Hand der sanktionierten Partei und ihrer Rechtsberater, die Verbandsjustiz und nachfolgend staatliche Gerichte von der Unangemessenheit der bestehenden Beweisanforderungen zu überzeugen.[284] Die übrigen Vorwürfe sind nicht neu und finden sich insbesondere in den Kommentaren der Sportseiten überregionaler Tageszeitungen. Am CAS wird man derlei – wenn überhaupt – *sportsmanlike* zur Kenntnis nehmen und belächeln. 157

– Verschiedene organisatorische Besonderheiten am CAS haben immer wieder Kritik herausgefordert. Dies betrifft etwa Zweifel am Verfahren zur Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste, zur Bestimmung des Vorsitzenden Richters in einem Schiedsverfahren oder die weitreichenden Kompetenzen des Generaldirektors am CAS. Darauf wird nachfolgend einzugehen sein.[285] 158

– Ob Schiedsvereinbarungen zum CAS tatsächlich rechtlich unwirksam sind, wie Kritiker zuletzt vorgebracht haben, und wie sich der faktische Zwang zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit insoweit auswirkt, wird ebenfalls erst in nachfolgenden Abschnitten analysiert werden.[286] 159

– Zudem ist wiederholt bezweifelt worden, ob die Parteien in CAS-Verfahren tatsächlich eine Gleichbehandlung erfahren. Kritisiert wird, dass die Sportverbände aufgrund eines strukturellen Ungleichgewichts tendenziell bevorzugt würden. Zudem sei die Unparteilichkeit der Schiedsrichter am CAS nicht 160

282 *Widdascheck* 230 ff.; *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1353 (1354, 1356 f.); *J. F. Orth* SpuRt 2015, 230 (232); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

283 Sollten sich Ergebnisse bestätigen, die die ARD-Dopingredaktion und das Institut für Rechtsmedizin der Uniklinik Köln in einer Testreihe mit Probanden ermittelt haben, wären Dopinganschläge durch minimalen Hautkontakt denkbar. Damit wäre ein weiteres Festhalten an der *strict liability*, d.h. der verschuldensunabhängigen Haftung derjenigen Athleten, bei denen Dopingproben positiv ausfielen, rechtlich kaum mehr haltbar. Vgl. hierzu sportschau.de v. 18.7.2021 („ARD-Doku über Hautkontakt-Doping: Athleten sind geschockt"), abrufbar unter https://www.sportschau.de/newsticker/dpa-doping-anschlaege-durch-hautkontakt-athleten-geschockt-story100.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

284 Zu einer anderen verbandsrechtlichen Beweislastverlagerung, der *strict liability* von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen ihrer Fans, → X. Rn. 40–42.

285 → IV. Rn. 161–202 m.w.N.

286 → IV. Rn. 203–236 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesichert. Auch diese Kritikpunkte sollen in einem gesonderten Abschnitt bewertet werden.[287]

bb) Organisation

(1) Entstehungsgeschichte und aktuelle Stellung des CAS

161 Der CAS wurde mit Sitz in Lausanne und damit in unmittelbarer Nähe zu einer Vielzahl internationaler Sportverbände[288] in den Jahren 1983/1984 auf Initiative des IOC gegründet. Diesem war im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit mit einem Mitglied bewusst geworden war, dass eine verbandsinterne Konfliktlösung vor einem institutionalisierten Schiedsgericht speziell für den Sportsektor vorteilhaft sein könnte.[289] Mit der Gründung des CAS sollte ein flexibles, kostengünstiges und effektives privates Schiedsgericht zur Lösung interner Rechtsstreitigkeiten in internationalen Sportverbänden geschaffen werden.[290] Nachdem das SchweizBG eine „gesteigerte Unabhängigkeit des CAS im Verhältnis zum IOC" als wünschenswert erachtet hatte,[291] wurde im Jahr 1994 das ICAS als Stiftung des schweizerischen Rechts gegründet,[292] was sowohl in organisatorischer als auch finanzieller Hinsicht eine Abkopplung des CAS vom IOC bewirkte.[293] Der CAS als ständiges Schiedsgericht wird heute in sehr weitem Umfang vom IOC sowie den internationalen Sportfachverbänden in olympischen wie nicht-olympischen Sportarten zur Lösung verbandsinterner Rechtsstreitigkeiten eingeschaltet, sofern nicht verbandsintern eine Sportschiedsgerichtsbarkeit abschließend entscheidet (z.B. FIBA Arbitral Tribunal[294]). Hinsichtlich Dopingstreitigkeiten wird gem. Art. 13 WADA-Code der CAS als letzte Instanz vorgesehen, wodurch eine weltweite Dopingbekämpfung nach einheitlichen Standards sichergestellt werden soll.

(2) Zusammensetzung und Kompetenzen des ICAS

162 Die Schaltzentrale des CAS bildet das ICAS, dessen Einrichtung im Jahr 1994 insbesondere eine größere Abnabelung vom IOC bewirken sollte. Bei den 20 Präsidiumsmitgliedern des ICAS muss es sich um erfahrene Juristen handeln, die sich mindestens einmal pro Jahr sowie stets bei Bedarf treffen und ihre Entscheidun-

287 → IV. Rn. 237–250 m.w.N.
288 → IV. Rn. 83–89 m.w.N.
289 *Brunk* 220; *Rigozzi* Rn. 216.
290 Ausf. *Vaitiekunas* 27 ff.
291 SchweizBG BGE 119 II 271 (279 f.) – Gundel.
292 → IV. Rn. 162–169.
293 *Brunk* 223; *Bunte* WuW 2016, 366 (367).
294 Hierzu *D.-R. Martens* SchiedsVZ 2010, 317 ff.; *Radke* ISLJ 2019, 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen mit einfacher Mehrheit treffen (Art. S4 Abs. 1, S8 Abs. 1 CAS-Code). Die beteiligten internationalen Sportverbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC ernennen jeweils vier Mitglieder (Art. S4 lit. a)–c) CAS-Code). Diese 12 von Sportverbänden ernannten Mitglieder ernennen ihrerseits vier Mitglieder, die die Interessen der Athleten wahren sollen (Art. S4 lit. d) CAS-Code: „with a view to safeguarding the interests of the athletes"). Soweit *Brunk*[295] in diesem Zusammenhang die Frage stellt, wessen Interessen dann die anderen 16 Mitglieder des ICAS-Präsidiums zu wahren haben, könnte zwar eine Fokussierung auf Verbandsinteressen naheliegen.[296] Dies könnte allerdings auch eine voreilige, rein spekulative Schlussfolgerung sein, unterstellt sie doch, dass die 12 Repräsentanten der Sportverbände innerhalb der großen Sportfamilie die Interessen der Athleten nicht zugleich neben den Verbandsinteressen verfolgen würden oder könnten. Diese 16 Mitglieder ernennen schließlich noch vier weitere Mitglieder, die unabhängig von den Organisationen sind, welche die anderen Mitglieder ernennen, d.h. unabhängig von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC (Art. S4 lit. d) CAS-Code). Aus dieser Regelung lässt sich der Rückschluss ziehen, dass 16 Präsidiumsmitglieder des ICAS zugleich als Verbandsfunktionäre tätig sein dürfen.[297]

Damit werden 16 Präsidiumsmitglieder (einschließlich der vier Athletenvertreter) 163
des ICAS direkt von den Dachorganisationen des Sports vorgeschlagen und gewählt. Über die vier Mitglieder, die unabhängig von den Sportverbänden sein müssen, stimmen mit einem Anteil von 25 % die Repräsentanten der Athleten mit ab, die ihrerseits aber allein von den Repräsentanten der Sportverbände ernannt werden. Dies wird kritisch beurteilt,[298] wobei allerdings stets stillschweigend vorausgesetzt wird, dass die von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC ernannten 12 Repräsentanten allein Verbandsinteressen vertreten und die anderen acht Präsidiumsmitglieder insbesondere für andere Interessen als die der Sportverbände eintreten würden. Es ist vertreten worden, selbst die acht kooptierten Mitglieder unterlägen aufgrund ihrer Minderheit einem gewissen Anpassungszwang, sofern ein Interesse an der Wiederwahl (Art. S5 CAS-Code) bestände.[299] Dies kann der Fall sein, muss es aber nicht. Gesicherte Erkenntnisse, die diese Vermutungen bestätigen, liegen – soweit ersichtlich – nicht vor.

Trotz der unsicheren Faktenlage, die nur eine auf Mutmaßungen gestützte Argu- 164
mentation zulässt, will die Kritik an der Zusammensetzung des ICAS nicht ver-

295 *Brunk* 238.
296 So ausdrückl. *Lungstras* 273.
297 *Opfermann* 97.
298 *Brunk* 237; *Hail* 155.
299 *Brunk* 238 f.; *Opfermann* 97; krit. auch *Baddeley* CaS 2004, 91 (92).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stummen.[300] Wie reagiert die Gegenauffassung? Nach *Reeb*, damals CAS-Generalsekretär am CAS, und *Mavromati*, seinerzeit noch Managing Counsel am CAS, sei bedeutsam, dass die Mitglieder des ICAS gem. Art. S5 Abs. 2 CAS-Code (inzwischen Art. S18 Abs. 2 CAS-Code i.d.F. v. 1.7.2020) eine deklaratorische Erklärung zu unterzeichnen hätten, in der sie sich zu einer persönlichen, objektiven und unabhängigen Ausübung ihrer Tätigkeit verpflichten würden; unzulässig sei jedoch die persönliche Beteiligung eines ICAS-Mitglieds als Schiedsrichter oder Parteivertreter in einem CAS-Verfahren.[301] Mit derartigen Compliance-Erklärungen sollten die von den Sportverbänden benannten 12 Präsidiumsmitglieder als erfahrene Juristen und eventuell auch als Verbandsfunktionäre ohnehin bestens vertraut sein. Wer in den letzten Jahren und Jahrzehnten aber das sportpolitische Geschehen weltweit oder auch nur in Deutschland verfolgt hat, dem kann nicht entgangen sein, dass das Papier, auf dem solche Integritätsversicherungen abgegeben werden, mitunter sehr geduldig ist und vereinzelt die Realität nur unvollkommen widerspiegelt.

165 *Schlosser*, ein international weithin angesehener Experte u.a. des Schiedsverfahrensrechts, hält das beim ICAS praktizierte System für unbedenklich.[302] So sei es nicht möglich, hinreichend Organisationen zu finden, die Interessenvertretungen der Sportler seien[303] – ein schwaches Argument. Einerseits sind Sportverbände sicherlich keine treibenden Kräfte, wenn es darum geht, vollständig unabhängige, aus den Verbandsstrukturen herausgelöste und ihnen auf Augenhöhe begegnende Athletenvertretungen zu gründen und in der Sportwelt zu installieren. Dies war etwa hierzulande während des Gründungsprozesses des Athleten Deutschland e.V. zu beobachten.[304] Wenn dann andererseits bedauert wird, dass man gerade wegen des Fehlens entsprechender Interessenvertretungen die Athletenvertreter im ICAS von den Repräsentanten der internationalen Sportverbände wählen lassen müsse, mutet dies widersprüchlich an und zeugt von wenig Phantasie. Denn man hätte etwa die bei allen internationalen Sportfachverbänden vorhandenen Athletensprecher beauftragen können, die vier Repräsentanten für das

300 S. jüngst *Baddely* ISLJ 2020, 3 (12). Zu einem Überblick über den Meinungsstand s. *Opfermann* 96–98.

301 *Mavromati/Reeb* Chapter 1 § 1.06.

302 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (261 ff.).

303 So auch *Monheim* in Vieweg, 2009, 93 (114 f.); *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (51); a.A. *Eichner* SpuRt 2017, 68 (70) unter Hinweis auf verschiedene Athletenvertretungen.

304 S. stellvertr. *Reinsch* FAZ v. 16.10.2017. In der Folge setzte sich der DOSB – letztlich erfolglos – dafür ein, „dass der neu gegründete Verein ‚Athleten Deutschland e.V.' innerhalb der Strukturen des DOSB agieren solle; s. DOSB News v. 11.5.2018, abrufbar unter https://www.dosb.de/sonderseiten/news/news-detail/news/hoermann-staerkung-der-athletenkommission-unabdingbar (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ICAS in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu benennen (wie dies inzwischen auch Art. S14 Abs. 1 CAS-Code vorsieht).[305]

Zudem weist *Schlosser* darauf hin, in der Geschichte der Rechtswissenschaften sei ein Gremium, das für die Aufstellung einer Schiedsrichterliste verantwortlich sei, noch niemals nach Integritätskriterien untersucht worden:[306] 166

> „Deutschland kann nicht erwarten, dass ein einheitliches Weltschiedsgericht für Sport in allen Einzelheiten den doch recht überperfektionistischen deutschen Vorstellungen über Integritätsvoraussetzungen folgt."

Auch dieser Rechtfertigungsversuch geht im Wesentlichen an der Sache vorbei. Denn üblicherweise gelten solche Gremien oder Instanzen zur Aufstellung von Schiedsrichterlisten *per se* als integer und völlig neutral (in Deutschland z.B. die Präsidenten eines Oberlandesgerichts oder einer Industrie- und Handelskammer), so dass sich eine Integritätsprüfung erübrigt. Zudem besteht regelmäßig Wettbewerb zwischen verschiedenen Institutionen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, der eine möglichst weitreichende Neutralität der Spruchkörper fördert. Demgegenüber ist der CAS als sportartenübergreifendes Weltschiedsgericht des Sports keinerlei Wettbewerb ausgesetzt, weil es keine auch nur ansatzweise vergleichbare Institution gibt und die Sportverbände in ihren Statuten die Einrichtung von *Ad-hoc*-Schiedsgerichten regelmäßig ausschließen. Deshalb sollten aufgrund dieser Ausnahmestellung eher strenge Maßstäbe an die Integrität und Neutralität der Mitglieder des ICAS-Präsidiums angelegt werden. 167

Die Situation wird für die nähere Zukunft unbefriedigend bleiben. Ein strukturelles Übergewicht der Sportverbände im ICAS wird sich auch weiterhin nicht mit belastbaren Belegen nachweisen lassen. Die Versuche zur Rechtfertigung des *Status quo* können nicht überzeugen. Förderlich wäre es für eine Bewertung, wenn das ICAS, das nach Art. S2 Satz 1 CAS-Code u.a. die Absicherung der Unabhängigkeit des CAS bezweckt, sich mit folgenden, an sich naheliegenden Fragen befassen würde: *Cui bono*? Warum hält das ICAS, das allein gem. Art. S6 Ziff. 1 CAS-Code die in Art. S4 CAS-Code festgelegten Regeln zur Ernennung von ICAS-Mitgliedern ändern könnte, an einem vielfach kritisierten System fest, obgleich relativ leicht Abhilfe geschaffen werden könnte? Warum sind die Sportverbände im ICAS gegenüber den denkbaren Gegenparteien in Schiedsverfahren (insbesondere Athleten, aber auch Sportvereine und vereinzelt sogar nationale Sportverbände) hinsichtlich des Benennungsrechts von ICAS-Mitgliedern überrepräsentiert? Warum lässt man nicht eine größere Anzahl an von den Sportverbänden völlig unabhängigen Mitgliedern im ICAS zu, wenn doch ohnehin alle 168

305 *Opfermann* 103 schlägt als Kompensation die Einräumung der Möglichkeit einer individuellen Bestellung von nicht gelisteten Schiedsrichtern vor.

306 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (261); a.A. *Lungstras* 272 im Hinblick auf die zahlreichen Interdependenzen zwischen ICAS und CAS-Schiedsgerichten.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ICAS-Mitglieder zu einer persönlichen, objektiven und unabhängigen Ausübung ihrer Tätigkeit verpflichtet sind?

169 Es ist nicht auszuschließen, dass man sich beim ICAS mit der einen oder anderen dieser Fragen auseinandergesetzt hat. Dass man stillschweigend an den altbewährten Regelungen festhält, ist letztlich in gewisser Weise auch eine Antwort. Dies ist umso bedenklicher, als das ICAS zugleich als geschäftsführendes und kontrollierendes Organ des CAS fungiert.[307] In dieser Funktion hat das ICAS nach Art. 6 CAS-Code weitreichende Kompetenzen. So bestimmt das ICAS, wer die wichtigsten Posten bekleidet,[308] hat die alleinige Befugnis zur Änderung des CAS-Codes und entscheidet über Befangenheitsanträge gegen CAS-Schiedsrichter. Gestützt auf die bisherige Entwicklung, ist die Prognose nicht gewagt, dass sich an diesen Zuständen künftig, vielleicht abgesehen von geringfügigen Modifikationen, nichts grundlegend ändern wird.

(3) Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch das ICAS

170 Im Kreuzfeuer der aus rechtsstaatlicher Sicht geäußerten Kritik[309] steht seit Langem die geschlossene Liste der am CAS zugelassenen Schiedsrichter.[310] Es ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass das ICAS zum 1.1.2016 das Prozedere zur Aufnahme in die Schiedsrichterliste modifiziert hat. Bis dahin konnten ausschließlich die internationalen Sportverbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC Kandidaten zur Ernennung für das Schiedsrichteramt am CAS vorschlagen. Seit einer entsprechenden Anpassung in Art. S14 CAS-Code wird dieses Recht inzwischen auch Athletenkommissionen der genannten Säulen der Olympischen Bewegung zugestanden. Zudem wurde mit der Änderung des CAS-Codes zum 1.1.2019 eine CAS Membership Commission eingerichtet (Art. S7 Ziff. 2 lit. a) CAS-Code). Diese Kommission schlägt dem ICAS Personen vor, welche als Schiedsrichter in die nach wie vor geschlossene Liste aufgenommen oder aus dieser gestrichen werden können (Art. S6 Ziff. 4 CAS-Code). Sie besteht aus fünf Mitgliedern, d.h. aus zwei ICAS-Mitgliedern (einer von ihnen übernimmt den Kommissionsvorsitz), die entweder Athletenvertreter oder unabhängige Mitglieder sein müssen, sowie aus den Präsidenten der drei Abteilungen am CAS.

307 Krit. deshalb *Lungstras*, S. 271 ff.
308 Hierzu insb. → IV. Rn. 170–178, 185–195.
309 *Adolphsen* 494; *Brunk* 287, 306 ff.; *Monheim* 384 f.; *Oschütz* 419 f.; *Wittmann* 30 f.; PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 270 f.; *Baddeley* CaS 2004, 91; *Brandner/Kläger* SchiedsVZ 2015, 112 (119); *Brüning* ZG 2019, 386 (392, 394); *F. Eichel* ZZP 2016, 327 (342); *Scherrer* SpuRt 2003, 127 (127 f.); *Scherrer* CaS 2009, 95 (98).
310 Hierzu ausf. *Hülskötter* 270 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die zuvor beschriebenen Änderungen bei der Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste am CAS sind hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen eher kosmetischer Natur.[311] Denn nach wie vor entscheidet das ICAS mit einfacher Mehrheit sowie bei Stimmengleichheit mit der dann doppelten Stimme des Vorsitzenden (Art. S8 Ziff. 1 CAS-Code) unabhängig davon über die Aufnahme eines Schiedsrichters, von welcher Gruppe dieser vorgeschlagen wurde. Das bedeutet zugleich, dass gegen die Stimmen der 12 von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC benannten Mitglieder des ICAS in keinem Fall ein Schiedsrichterkandidat gewählt werden kann, wenn nicht – zufällig – die anderen 8 Mitglieder die Stimmenmehrheit haben sollten. Dieser Fall ist zumindest denkbar, weil für eine Abstimmung innerhalb des ICAS die Anwesenheit von mindestens 10 stimmberechtigten Mitgliedern ausreicht. 171

Aus diesem Verfahren zur Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste ist der Schluss gezogen worden, die Liste werde maßgeblich durch die Säulen der Olympischen Bewegung bestimmt und beschränke sich auf Personen, deren gewisse ideologische Nähe zumindest zu vermuten sei.[312] Wie schon bei der Zusammensetzung des ICAS[313] basiert die Kritik also auf einer Vermutung, für die Nachweise fehlen. Damit gelten die schon im unmittelbar vorangehenden Abschnitt gegenüber dieser Argumentation geäußerten Vorbehalte hier entsprechend. Bislang sind – soweit ersichtlich – keine belastbaren Nachweise für die Vermutung präsentiert worden, dass eine ideologische Nähe der vorgeschlagenen Schiedsrichter zur vorschlagenden Gruppierung besteht und dass deren Interessen sodann in Schiedsverfahren von den vorgeschlagenen Schiedsrichtern einseitig oder bevorzugt verfolgt werden.[314] 172

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Judikatur künftig aus der optischen Überlegenheit (die etwa im Fußball oft genug nicht zum späteren sportlichen Erfolg führt) der Verbandsseite im Präsidium des ICAS sowie im Prozess der Benennung der Schiedsrichter am CAS rechtliche Rückschlüsse ziehen wird. Das gilt selbst dann, sollte einmal nachgewiesen werden können, dass ein Schiedsrichter bislang durchweg im Interesse der Sportverbände entschieden hat. 173

311 So i.Erg. auch schon *Opfermann* 107; *Heermann* Iurratio 2016, 94 (97); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

312 *Hail* 157 und im Anschluss daran *Opfermann* 107.

313 → IV. Rn. 162–169.

314 Dieser spannende Forschungsansatz lag auch der Studie von *Lindholm* zum CAS und seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2019 gerade nicht zugrunde; zuletzt hat *Lindholm* ISLJ 2021, 1 (3–5), anknüpfend an die vorangehend erwähnte Studie, bedenkenswerte Vorschläge für Reformen beim CAS unterbreitet, die an die Investitionsgerichtsbarkeit anknüpfen (insb. zur Auswahl der Schiedsrichter durch ein Gremium mit deutlich weniger Mitgliedern als das ICAS am CAS; Reduzierung der am CAS tätigen Schiedsrichter, die die verschiedenen beteiligten Interressengruppen gleichmäßiger repräsentieren).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So erwiderte der EGMR Folgendes auf das Vorbringen der wegen eines – angeblichen – Dopingvergehens zuvor gesperrten Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*, der Vorsitzende der Spruchkammer habe sich in der Vergangenheit auf eigenen Wunsch nur von Sportverbänden als Schiedsrichter benennen lassen und sodann eine „harte Linie" im Anti-Doping-Kampf vertreten:[315]

> „Wie dem auch sei, der Gerichtshof sieht ebenso wenig wie das Berufungsgericht irgendeinen Tatsachenbestand, der geeignet wäre, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des betreffenden Schiedsrichters in Frage zu stellen. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin sind dahingehend zu vage und hypothetisch und müssen deshalb zurückgewiesen werden."

174 Sodann heißt es in Bezug auf den Vorwurf, dass die Schiedsrichterliste geschlossen sei und zu viele verbandsnahe Schiedsrichter aufweisen könnte:[316]

> „Allerdings bemerkt der Gerichtshof, dass auf der vom ICAS zusammengestellten Liste zum Zeitpunkt der Geschehnisse um die 300 Schiedsrichter standen. […] Die Beschwerdeführerin jedoch hat keine Tatsachen vorgelegt, die erlaubt hätten, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dieser Schiedsrichter anzuzweifeln. Selbst bei demjenigen Panel, das im vorliegenden Fall entschieden hat, hat die Beschwerdeführerin *konkret* nur einen einzigen Schiedsrichter in Frage gestellt, und zwar den Vorsitzenden des Panels, dann aber ohne ihre Behauptung zu konkretisieren (…).
>
> Obgleich der Gerichtshof konzediert, dass diejenigen Organisationen, die sich möglicherweise im Rahmen von Streitigkeiten vor dem CAS den Athleten gegenüberstellen, seinerzeit einen realen Einfluss bei der Berufung der zum Zeitpunkt der Geschehnisse zuständigen Schiedsrichter ausübten, so kann er daraus keineswegs den Schluss ziehen, dass einzig und allein aufgrund dieses Einflusses die Schiedsrichterliste, gegebenenfalls nur mehrheitlich, aus Schiedsrichtern bestand, die individuell, objektiv sowie subjektiv gegenüber den genannten Organisationen nicht als unabhängig und unparteilich gelten konnten."

175 Diejenige Partei, die aufgrund der optischen Überlegenheit der Verbandsseite im Präsidium des CAS und bei der Ernennung von Schiedsrichtern eine fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers oder zumindest eines beteiligten Schiedsrichters behauptet, muss hierfür nach Auffassung des EGMR überzeugende Beweise im Hinblick auf das konkrete Verfahren liefern. Dies wird indes außer in Fällen evidenter Rechtsbeugung oder eindeutiger Beweise für die fehlende Neutralität des Schiedsrichters nicht gelingen. Dieser an der Beweislast orientierte Umgang des EGMR mit der Problematik ist in prozessrechtlicher Hinsicht durchaus konsequent, wenngleich man darüber streiten kann, ob aufs Ganze gesehen die Latte für die Anwendung rechtlicher Vermutungen oder sonstiger Beweiserleichterungen nicht zu hoch gelegt wurde.

315 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 155 Abs. 3 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
316 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 157 Abs. 1 und 2 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weit weniger überzeugend ist in diesem Kontext der Ansatz des BGH, der jedenfalls in Dopingstreitverfahren einen Interessengleichlauf beim Sportverband und dem sanktionierten Athleten gleichsam vermutet (ohne diesen Rechtsbegriff zu verwenden), so dass es auf eine etwaige fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter nicht ankommen könne (Hervorhebung durch *Verfasser*):[317] 176

> „Ein bestimmender Einfluss des konkret verfahrensbeteiligten Verbandes [Anmerkung: International Skating Union (ISU)] kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass den Sportverbänden und den Olympischen Komitees in ihrer Gesamtheit der maßgebliche Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste [Anmerkung: beim CAS] zukommt. **Ein Übergewicht des am konkreten Verfahren beteiligten Verbandes gegenüber dem Athleten bei der Schiedsrichterbestimmung ergäbe sich hieraus nur dann, wenn sich ‚Verbände' und ‚Athleten' grundsätzlich als von gegensätzlichen Interessen geleitete Lager gegenüberstünden, wie dies in anderen Bereichen, z.B. bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern, der Fall sein mag. ‚Verbände' und ‚Athleten' bilden jedoch keine derartig gegensätzlichen Lager.** Im vorliegenden Fall standen sich zwar vor dem CAS ein Verband, die Beklagte zu 2 [Anmerkung: ISU], und eine Athletin, die Klägerin [Anmerkung: *Claudia Pechstein*], in konträren Parteirollen gegenüber. Die übrigen Sportverbände können jedoch nicht ohne weiteres der Seite der Beklagten zu 2 zugerechnet werden. Die Sportverbände und die Olympischen Komitees sind vom Grunde her im Wettbewerb stehende Einheiten mit höchst unterschiedlichen Einzelinteressen (…). Im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Umsetzung des WADC mögen sie zwar in Dopingfällen durchaus gleichgerichtete Interessen vertreten. Diese Interessen decken sich jedoch grundsätzlich mit den Interessen der Athleten an einem dopingfreien Sport. […]"

Diese vom BGH entwickelte Lagertheorie, die von gleichgerichteten Interessen der Sportverbände und Athleten im Anti-Doping-Kampf ausgeht, kann nicht überzeugen.[318] Eine solche Annahme geht von einem Idealzustand aus, den die harte Sportrealität schon lange nicht mehr widerspiegelt.[319] Die Zahl der Anti-Doping-Verfahren gegen Athleten ist durchgängig hoch und belegt eindrucksvoll, dass schon im Vorfeld der vor Verbandsgerichten und später Sportschiedsgerichten ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten Sportverbände und Athleten nicht zwangsläufig die gleichen Interessen verfolgten und verfolgen. Dabei sind es nicht stets allein die Athleten, die gegen die Dopingbestimmungen des WADA-Code verstoßen. Ein im Jahr 2020 vor dem CAS verhandeltes Schiedsverfahren betraf eine zuvor von der Welt Anti-Doping-Agentur (WADA) gegen die Rus- 177

317 BGHZ 210, 292, Rn. 32 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

318 S. stellvertr. *Heermann* NJW 2016, 2224 (2224 f.); *Opfermann* 166 spricht insoweit von einer „reinen Fiktion" des BGH; krit. auch Cherkeh/Momsen/Orth/*J. F. Orth* 2. Kap. Rn. 127; PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 41 Fn. 183; *Thöne* SchiedsVZ 2020, 176 (179 f.). *Pipoh* 249 hält die Lagertheorie nur für anwendbar im Falle gleichberechtigten Einflusses auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts.

319 Ähnl. *Brüning* ZG 2019, 386 (394).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sische Anti-Doping Agentur (RUSADA) ausgesprochene vierjährige Sperre, die mittelbar den gesamten russischen Sport schwer traf.[320]

178 Damit bleibt festzuhalten, dass das Verfahren zur Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch das ICAS zwar ein gewisses juristisches Unbehagen verursacht, aber von staatlichen oder supranationalen Gerichten vermutlich auch künftig in rechtlicher Hinsicht weder beanstandet noch zum rechtlichen Nachteil der internationalen Sportverbände, der Nationalen Olympischen Komitees oder des IOC berücksichtigt werden wird.

179 Zum Abschluss bleibt noch die naheliegende Frage, ob die geschlossene Schiedsrichterliste am CAS zur schnellen, einheitlichen und fachkompetenten Entscheidungsfindung überhaupt notwendig ist.[321] Das Deutsche Sportschiedsgericht hat seine anfangs gleichfalls geschlossene Schiedsrichterliste nachträglich geöffnet.[322] Seither steht es den Parteien frei, einen Schiedsrichter zu benennen, der nicht auf der Schiedsrichterliste steht (§ 3 Ziff. 3.1 Satz 2 DIS-SportSchO i.d.F. v. 1.4.2016). Es sind in der Folge keinerlei Anzeichen bekanntgeworden, die auch nur ansatzweise darauf hindeuten könnten, dass dadurch die gleichbleibende Qualität der vor dem Deutschen Sportschiedsgericht ausgetragenen Schiedsverfahren sowie der Schiedssprüche nachteilig beeinträchtigt worden wäre. Allerdings – dies sei konzediert – betrifft die Öffnung der Schiedsrichterliste am Deutschen Sportschiedsgericht fast ausschließlich potentielle Schiedsrichter deutscher Herkunft und nicht solche aus einer Vielzahl von (Sport-)Nationen und aus verschiedenen Rechtskulturkreisen, so dass der Vergleich ein wenig hinkt.

(4) Das ICAS im Lichte der Good Governance-Diskussion im Sport

180 Es existieren zwar im September 2013 veröffentlichte „Principles for the Good Governance of Sport in the EU"[323], die sich unmittelbar allein an *Sports Governing Bodies*, d.h. Sportverbände, richten. Indes gibt es – soweit ersichtlich – keine entsprechenden Prinzipien für die Sportschiedsgerichtsbarkeit. Zu dieser wird lediglich Folgendes in Ziff. 7 letzter Absatz festgelegt:

> Where legal challenges to the decisions of governing bodies in national state courts are likely a sports body may also consider, subject to applicable national and EU laws, adopting a suitable binding internal arbitration mechanism. Such alternative dispute mechanisms should deliver swift, cost effective, expert sports specific resolutions.

320 CAS 17.12.2020 – CAS 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency; → IV. Rn. 303–310.

321 *Brunk* 345; *Opfermann* 105.

322 Instruktiv zum Verfahrensablauf beim Deutschen Sportschiedsgericht Cherkeh/Momsen/Orth/*Mortsiefer* 3. Kap. Rn. 490 ff.

323 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/xg-gg-201307-dlvrbl2-sept2013.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Voraussetzungen erfüllen ICAS und CAS zweifelsohne. Wie zuvor schon dargelegt,[324] sind die Installation des ICAS sowie seine Stellung und Kompetenzen innerhalb des CAS zwar rechtlich grenzwertig, d.h. man könnte sich im Hinblick auf eine stärkere Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesamten Schiedsgerichts eine andere Organisationsstruktur vorstellen. Jedoch sind die überwiegend auf Vermutungen gestützten Kritikpunkte rechtlich nicht greifbar. 181

Es trifft zwar zu, dass mit dem ICAS ein Organ über die vollständige Unabhängigkeit des CAS wacht, dessen eigene finanzielle Unabhängigkeit zweifelhaft ist.[325] Allerdings deutet viel darauf hin, dass das derzeitige Finanzierungsmodell alternativlos ist.[326] Konstruktive und realistischerweise umsetzbare Verbesserungsvorschläge werden insoweit von den Kritikern regelmäßig nicht unterbreitet. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Mitglieder des ICAS-Präsidiums sowie der von diesen ernannten Schiedsrichter wird man grundsätzlich nicht mit Aussicht auf rechtlichen Erfolg in Zweifel ziehen können, selbst wenn der *Status quo* einem neutralen Beobachter beim Vergleich etwa mit der deutschen staatlichen Gerichtsbarkeit Bauchschmerzen verursachen kann. 182

Ein Umstand, dessen Ursprung ökonomischer Natur ist, sorgt letztlich aber doch für erhebliche Bedenken. Der CAS als sportartenübergreifendes Weltsportschiedsgericht hat zwar eine Monopolstellung, kann aber im Gegensatz zu staatlichen Gerichten nicht völlig unabhängig am Markt für die Sportschiedsgerichtsbarkeit agieren. Zur Veranschaulichung der Problematik sei auf den Fußballsport Bezug genommen. Das SchweizBG hat den Beitrag der FIFA von weniger als 10 % des Gesamtbudgets des CAS als hinnehmbar eingeordnet.[327] Zugleich sollen einer im Jahr 2019 veröffentlichten Studie zufolge 38 % der CAS-Verfahren den Fußballsport betreffen.[328] Nun die rein hypothetische Frage: Was würde es für den CAS bedeuten, wenn die FIFA sich entschiede, die fußballbezogenen Schiedsgerichtsverfahren weitgehend und abschließend einer neu beim Verband einzurichtenden Schiedsgerichtsbarkeit zu überantworten, wie dies etwa im internationalen Basketball geschehen ist? Es ist zu vermuten, dass der CAS insbesondere auch aus finanziellen Motiven in der Zukunft ungern auf die FIFA als „Kundin" verzichten würde. Auch dies ist natürlich nur eine Vermutung, die sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals nachweisen lassen wird. Aber dies ist ja auch lediglich ein Gedankenspiel, das die Problematik der sog. *repeat player* veranschaulichen soll, d.h. derjenigen Parteien, die – wie die internationalen Sportverbände beim CAS – regelmäßig Prozesse vor einem bestimm- 183

324 → IV. Rn. 162–179.
325 *Brunk* 244; *Opfermann* 94.
326 → IV. Rn. 154 f.
327 SchweizBG BGE 144 III 120 (126 ff. E.3.4.3.).
328 *Lindholm* 40.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten Gericht führen.[329] Es wird befürchtet, dass solche *repeat player* beim CAS über die gegenwärtige Akzeptanz der Schiedsgerichtsinstitution und über deren zukünftige Existenz entscheiden würden,[330] zumal bezüglich solcher Situationen im Allgemeinen empirisch belastbare Beweise für die Gefahr einer Unparteilichkeit der Schiedsrichter vorlägen.[331] Daraus ist gefolgert worden, der CAS müsse einerseits seine Unabhängigkeit und Stellung als echtes Schiedsgericht garantieren, sei aber andererseits auf individualvertragliche Schiedsvereinbarungen und die Einfügung satzungsmäßiger Schiedsvereinbarungen in die Verbandsregelwerke angewiesen.[332]

184 Die beschriebene abstrakte Gefahr einer gewissen Abhängigkeit des CAS von internationalen Sportverbänden, die regelmäßig Schiedsverfahren vor dem CAS führen und zugleich an dessen Gesamtbudget beteiligt sind, wird man als solche kaum leugnen können. Die Verwirklichung dieser Gefahr in einem konkreten Schiedsverfahren wird allerdings nicht beweisbar sein. Dies sollte Anlass sein, ein besonderes Augenmerk auf das Zustandekommen und die rechtliche Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS zu richten.[333]

(5) Stellung des Generaldirektors in Schiedsverfahren

185 Der Generaldirektor am CAS[334] wird vom ICAS ernannt und besitzt in diesem Gremium eine beratende Stimme (Art. S8 Ziff. 4 CAS-Code). Die Kritik an der Position des Generaldirektors[335] entzündet sich insbesondere an einer bestimmten Befugnis, die gleich zweimal wortgleich in Art. R46 Abs. 1 Satz 5 CAS-Code und in Art. R59 Abs. 2 Satz 1 CAS-Code verankert ist:

> Before the award is signed, it shall be transmitted to the CAS Director General who may make rectifications of pure form and may also draw the attention of the Panel to fundamental issues of principle.

186 Es ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass eine solche Präventivkontrolle durch eine nicht gänzlich unabhängige Person in der staatlichen Justiz nicht

329 Hierzu stellvertr. *Opfermann* 48, 95, 109, 211, 382 m.w.N.
330 *Murray* ZZPInt 2006, 295 (304); im Anschluss daran *Opfermann* 94 f.
331 *Haubner* 58 ff. m.w.N., allerdings ohne Bezug zur Sportschiedsgerichtsbarkeit.
332 *Brunk* 249 und im Anschluss *Opfermann* 95; a.A. *Gotlib* 24 Cardozo J. of Int´L & Comp. Law 2016, 389 (421), der den Erfolg und die Akzeptanz des CAS auf einen Mangel an vernünftigen Alternativen zurückführt.
333 → IV. Rn. 203–236 sowie XIII. Rn. 914–944.
334 S. hierzu *Opfermann* 100 f.
335 Im Hinblick auf solche Verfahrensregelungen Bedenken an der Unabhängigkeit eines Schiedsgerichts äußernd Stein/Jonas/*Schlosser* § 1036 ZPO Rn. 60 f.; speziell im Hinblick auf den CAS: *Brunk* 245; *Scherrer* CaS 2012, 249 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hingenommen werden würde[336] – das gilt zumindest für die deutsche Justiz.[337] Vergleichbare Überprüfungskompetenzen finden sich indes auch in handelsrechtlichen Schiedsordnungen.[338]

Der Zweck der Vorschrift soll in der Vereinheitlichung der CAS-Rechtsprechung bestehen.[339] Entschärft wird die delikate rechtliche Situation dadurch, dass die Vorschläge des CAS-Generaldirektors nicht bindend sind.[340] Die Schiedsrichter können Hinweise des Generaldirektors, dass der konkrete Schiedsspruch von der bisherigen Rechtsprechung abweiche (was ohnehin nur selten vorkommen dürfte[341]), ohne weitere Begründung unberücksichtigt lassen.[342] Damit beschränkt sich die Überprüfungskompetenz des CAS-Generaldirektors im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte und ein Hinweisrecht auf die bisherige Praxis in CAS-Schiedssprüchen zu bestimmten Rechtsfragen.[343] 187

(6) Benennung eines Einzelschiedsrichters und eines Dreierschiedsgerichts

Am CAS sind drei Kammern eingerichtet worden: *Ordinary Arbitration Division*, *Anti-doping Division* und *Appeals Arbitration Division*. Die Präsidenten der Kammern werden gem. Art. S6 Ziff. 2 CAS-Code vom ICAS gewählt.[344] Zudem kommt als Spruchkörper entweder ein Einzelschiedsrichter oder ein Dreierschiedsgericht in Betracht. 188

336 *Podszun* JZ 2017, 208 (210); sehr krit. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 274 („[…] im Zeitalter der Gewaltenteilung ein absoluter Fremdkörper und läuft auf eine verkappte Zensur des Schiedsgerichts hinaus"; „Das ist so, wie wenn eine Kammer oder ein Senat eines staatlichen Gerichts sein Urteil vor Unterzeichnung dem Staatssekretär im Justizministerium zur Abnahme vorlegen müsste (!).").

337 Der *Verfasser* offenbart, dass bei ihm in diesem Punkt die Besorgnis der Befangenheit besteht. Denn er war in den Jahren 2000–2005 als Richter im Nebenamt in dem auf gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht spezialisierten Senat am OLG Nürnberg tätig. Dabei hat er nicht nur wertvolle praktische Erfahrungen sammeln, sondern auch wiederholt davon Kenntnis nehmen können, ein welch hohes Rechtsgut die richterliche Unabhängigkeit gem. Art. 97 Abs. 1 GG nicht nur für die gesamte Richterschaft, sondern auch für die Justiz im Allgemeinen darstellt. Eine etwaige Vorlagepflicht eines vom Senat gefassten, aber noch nicht verkündeten Beschlusses oder Urteils etwa beim Präsidenten des OLG Nürnberg oder gar im Justizministerium des Freistaats Bayern wäre seinerzeit schlichtweg undenkbar gewesen (und ist es heute immer noch).

338 *Mavromati/Reeb* Art. R46 CAS-Code Rn. 24 noch unter Hinweis auf Art. 33 ICC Arbitration Rules (2012), inzwischen Art. 34 ICC Arbitration Rules (2017): „Before signing any award, the arbitral tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No award shall be rendered by the arbitral tribunal until it has been approved by the Court as to its form."

339 Arroyo/*Rigozzi/Hasler* Art. R59 CAS-Code Rn. 11.

340 *Mavromati/Reeb* Art. R46 CAS-Code Rn. 27.

341 → IV. Rn. 185–187, 266–274.

342 *Straubel* Loy. Univ. Chic. L. J. 2005, 1203 (1256).

343 *Lungstras* 277 unter Bezugnahme auf SchweizBG 10.2.2010 – 4A_612/2009, E.3.3.

344 Ausf. zu den Kompetenzen der Kammerpräsidenten *Hülskötter* 274 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

189 Wenn sich die Parteien nicht innerhalb von 15 Tagen auf einen gemeinsamen Kandidaten für einen Einzelschiedsrichter einigen, so darf dieser vom Präsidenten der zuständigen Kammer bestimmt werden. Im Falle eines Dreierschiedsgerichts bestimmt der Präsident der zuständigen Kammer den Vorsitzenden, wenn sich die beiden zuvor durch die Streitparteien nominierten Schiedsrichter nicht innerhalb einer vom CAS festzusetzenden Frist auf einen Vorsitzenden einigen konnten (Art. R40.2 Abs. 2 und 3 CAS-Code). Zudem bedarf jeder Schiedsrichter einer Bestätigung durch den Präsidenten der jeweiligen Kammer (Art. R40.3. Abs. 1 CAS-Code).

190 In Verfahren vor der *Appeals Arbitration Division*, d.h. vor der Berufungskammer,[345] sind die Befugnisse des zuständigen Kammerpräsidenten noch umfangreicher. In Berufungsverfahren, die den größten Teil der vor dem CAS geführten Schiedsverfahren ausmachen,[346] ist grundsätzlich ein Dreierschiedsgericht vorgesehen (Art. R50 CAS-Code). Auch in solchen Verfahren können der Kläger und der Beklagte jeweils einen Schiedsrichter selbst bestimmen (Art. R48 Abs. 1, R53 CAS-Code). Indes wird in Berufungsverfahren der Vorsitzende stets vom Präsidenten der Berufungskammer nach einer Beratung mit den Beisitzern festgelegt (Art. R54 Abs. 2 CAS-Code).[347] Diese Zusammenhänge hat der BGH[348] verkannt, der im *Pechstein*-Verfahren stattdessen davon ausging, dass der Vorsitzende der Berufungskammer den Vorsitzenden nur festlege, wenn die Parteien sich insoweit nicht einigen konnten.[349]

345 Ausf. zu solchen Verfahren *Lungstras*.

346 Nach *Reilly* J. Disp. Resol. 2012, 63 (65, 70) werden 90 % der Verfahren vor der Berufungskammer verhandelt. Bei 30 % dieser Verfahren handele es sich um Dopingstreitigkeiten.

347 Stattdessen einen Geschäftsverteilungsplan fordernd *Wittmann* 34, 41; *J. F. Orth* SpuRt 2015, 230 (232); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

348 Dies ergibt sich aus einem Beschluss des BGH auf eine von *Claudia Pechsteins* Verfahrensvertreter erhobene Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO; vgl. BGH NZKart 2016, 487, Rn. 6.

349 Nachdem das CAS-Schiedsverfahren, in dem im Juli 2020 Sanktionen, die seitens der UEFA gegen den Fußballclub Manchester City FC wegen Verstößen gegen das UEFA Financial Fair Play-Reglement verhängt worden waren (u.a. eine zweijährige Sperre für UEFA-Clubwettbewerbe), größtenteils aufgehoben worden war, wurde Folgendes berichtet: „City schlug zwei der drei Richter vor – am Ende fiel das Urteil 2:1 gegen die Uefa aus"; vgl. *Buschmann/Winterbach* Spiegel Online v. 30.7.2020 („CAS-Urteil zu Manchester City – Interne Mails stellen Zeugenaussagen infrage"). Dies ist zwar sachlich zutreffend, indes ist die Aussage unvollständig. Denn die UEFA, die das Schiedsverfahren zeitnah, d.h. rechtzeitig vor Beginn der Saison 2020/21 abschließen wollte, stimmte dem Vorschlag des Manchester City FC zur Besetzung der Position des Vorsitzenden des Panels expizit zu, woraufhin der Vorsitzende der Berufungskammer nach Rücksprache auch mit den bereits ernannten Beisitzern den von Manchester City FC für das Panel vorgeschlagenen CAS-Schiedsrichter als Vorsitzenden des Panels festlegte; s. CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 34, 37 – Manchester City FC/UEFA. Dies stellt eine recht extensive Auslegung von Art. R54 Abs. 3 Satz 1 CAS-Code dar: „If three arbitrators are to be appointed, the President of the Division shall appoint the President of the Panel following nomination of the arbitrator by the Respondent and after having consulted the arbitrators." Gleichwohl kritisiert *Batzoglou* FAZ v. 29.5.2021 dieses Vorgehen heftig, wobei er sich insb. auf Zweifel an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des von Manchester City FC vorgeschlagenen, von der UEFA „im Eiltempo" akzeptierten und schließlich vom Vorsitzenden der Berufungskammer ernannten Vorsitzenden stützt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Praxis zur Benennung des Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts durch den zuständigen Kammerpräsidenten gerade in Berufungsverfahren, die die große Mehrzahl der Verfahren vor dem CAS bilden, ist Ziel verbreiteter Kritik.[350] So beklagt *Opfermann*, dass ausgerechnet in Berufungsverfahren, in denen es um die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Verbände gehe, diese mittelbar ein gewisses Übergewicht bei der Bestellung des Vorsitzenden des Dreierschiedsgerichts hätten.[351] *Brunk*[352] bemängelt die Intransparenz der Auswahlentscheidungen des Kammerpräsidenten, für die weder ein Verfahren vorgesehen noch eine Begründung erforderlich sei. Eine solche Regelung sei an einem staatlichen Gericht nicht denkbar und auch vom deutschen Zivilverfahrensrecht nicht vorgesehen. 191

Diese Missbilligung der Festlegung des Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts in Berufungsverfahren am CAS ist nachvollziehbar, sofern man durch die Brille des deutschen Verfassungsrechts auf den CAS blickt. Denn zum gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hat das BVerfG[353] festgestellt, dass zur Sicherung der Neutralität des Gerichts schon der Eindruck vermieden werden müsse, dass im Einzelfall durch eine gezielte Auswahl von Richtern das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden könnte.[354] Im Schrifttum wird eine Ungleichbehandlung angenommen, wenn der Personenkreis, aus dem die Schiedsrichter zu benennen sind, in einer Weise eingeengt ist, die einer Partei einen Vorteil einräumt.[355] 192

Die Übertragung dieses Ansatzes auf den CAS scheitert aus verschiedenen Gründen: So enthält Art. 101 GG keine Maßstäbe für private Gerichte und deren Richter sowie insbesondere für Schiedsgerichte.[356] Zudem ist der CAS bekanntlich in Lausanne in der Schweiz beheimatet, so dass der Blick auf das deutsche Verfassungsrecht oder auch Zivilverfahrensrecht aus rechtsvergleichender Perspektive durchaus interessant sein mag, im Hinblick auf die rechtliche Bewertung der Organisation der Berufungsverfahren am CAS aber nicht zielführend ist. Auch der Hinweis, dass das Deutsche Sportschiedsgericht ohne Kooperation mit 193

350 Allg. hierzu PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 272 f.
351 *Opfermann* 99 unter Bezugnahme auf *Wittmann* 32 sowie *Oschütz* 108.
352 *Brunk* 245.
353 BVerfGE 95, 322 (329 f.) = NJW 1997, 1497 (1498). Das Schrifttum nimmt eine Ungleichbehandlung an, wenn der Personenkreis, aus dem die Schiedsrichter zu benennen sind, in einer Weise eingeengt sei, die einer Partei einen Vorteil einräume; vgl. Musielak/Voit/*Voit* § 1034 ZPO Rn. 3; *Schwab/Walter* Kap. 9 Rn. 11; großzügig Stein/Jonas/*Schlosser* § 1034 ZPO Rn. 11 unter Bezugnahme auf *Kornblum* 249 f.: „nicht grundsätzlich unzulässig ist auch die Beschränkung auf eine Liste verbandsangehöriger Schiedsrichter in Streitigkeiten des Mitglieds mit dem Verband."
354 *Bunte* WuW 2016, 366 (368) weist darauf hin, dass aus Sicht der Athleten ein entsprechender Verdacht durch die Erstellungspraxis der Schiedsrichterliste i.V.m. Art. R54 Abs. 2 CAS-Code bestehe.
355 Musielak/Voit/*Voit* § 1034 ZPO Rn. 3; *Schwab/Walter* Kap. 9 Rn. 11
356 S. stellvertr. Dreier/*Schulze-Fielitz* Art. 101 GG Rn. 39 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Einrichtungen des organisierten Sports offensichtlich funktioniere,[357] ist letztlich nicht mehr als eine rechtsvergleichende Beobachtung.

194 Man kann es drehen und wenden wie man will: Zum einen wird der CAS vom Odium einer gewissen Abhängigkeit von Sportverbänden umweht, die mittelbar bis in die Auswahl der durchaus wichtigen Posten der jeweiligen Vorsitzenden in Dreierschiedsgerichten der Berufungskammer ausstrahlen kann (aber nicht muss). Zum anderen kann man diesen Befund kritisieren. So merkte im Hinblick auf diese Praxis beim CAS in der mündlichen Verhandlung im *Pechstein*-Verfahren vor dem Kartellsenat des BGH *Jörg Nothdurft*, Direktor beim BKartA, im Hinblick auf das OLG Düsseldorf, das Beschlüsse des in Bonn ansässigen BKartA rechtlich überprüft, Folgendes an:[358]

> „Wenn die Richter beim Oberlandegericht Düsseldorf vom BDI [Bundesverband der Deutschen Industrie] bestellt würden, brauchten wir nicht anzutreten!"

195 Wiederholt sind Reformen beim CAS angeregt worden, so u.a. auch von *Duve*.[359] Derlei Anliegen hat *Mavromati*[360] entgegengehalten, es liege in der Natur der Sache, dass Schiedsrichter, welche sich nicht auf der Schiedsrichterliste befänden, deren Aufhebung befürworteten. Diese Argumentationslinien zeigen eindrucksvoll, wie weit Bewertungen hinsichtlich des Reformbedarfs durch einen ehemals in die geschlossene Schiedsrichterliste am CAS aufgenommenen deutschen Rechtsanwalt und durch eine in Griechenland zugelassene Rechtsanwältin, seinerzeit Managing Council am CAS, auseinanderliegen können.

(7) Stellung eines Schiedsrichters am CAS

196 Schiedssprüche eines echten Schiedsgerichts – der CAS wird von der vorherrschenden Auffassung als ein solches eingestuft[361] – treten an die Stelle der Entscheidungen staatlicher Gerichte. Damit sind die Positionen eines staatlichen Richters einerseits und eines Schiedsrichters andererseits zwar nicht unmittelbar miteinander vergleichbar, aber an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit beider Gruppen wird man doch zumindest sehr ähnliche Maßstäbe anlegen dürfen. Denn andernfalls würden sich die Verfahrensbeteiligten vermutlich von vornherein nicht auf eine private Gerichtsbarkeit einlassen, es sei denn, sie würden hierzu (faktisch) gezwungen werden.[362] Um die insbesondere auch von deutscher Seite geäußerten Zweifel hinsichtlich der vollständigen Unabhängigkeit der CAS-

357 *Mertens* SpuRt 2008, 140 (143); *Bergmann* in Steinle, 2013, 59 (69).
358 Zitiert nach *Heermann* DRiZ 2016, 242 (243).
359 *Duve/Rösch* SchiedsVZ 2015, 69 (77).
360 *Mavromati* CAS Bulletin 2016, 27 (41).
361 → IV. Rn. 251–265 m.w.N.
362 Hierzu → IV. Rn. 220–236 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsrichter nachvollziehen zu können, sollte man sich zunächst hinsichtlich der Rechtslage in Deutschland Art. 97 GG vergegenwärtigen:

> (1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.
>
> (2) [1]Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. [2]Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. [3]Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.

Wenn man sich an diesem verfassungsrechtlichen Maßstab, der natürlich nicht auf am CAS tätige Schiedsrichter übertragen werden kann, gleichwohl bei der Bewertung der Stellung der CAS-Schiedsrichter zumindest vorsichtig orientiert, wird man wegen der erheblichen Diskrepanzen die kritischen Stimmen jedenfalls nachvollziehen können (ohne ihnen hiermit zustimmen zu müssen). Wie ist also die Position der Schiedsrichter am CAS im Detail ausgestaltet? Aufschluss gibt zunächst Art. S13 CAS-Code: 197

> The personalities designated by ICAS, pursuant to Article S6, paragraph 3, appear on the CAS list for one or several renewable period(s) of four years. ICAS reviews the complete list every four years; the new list enters into force on 1 January of the year following its establishment.

Soweit an der zeitlichen Begrenzung der Amtszeit Anstoß genommen wird,[363] ist allein dieser Umstand unbedenklich, zumal auch an manchen staatlichen Gerichten wie etwa am BVerfG eine solche Praxis üblich ist. Zudem besteht im Prinzip eine unbegrenzte Anzahl an Verlängerungsmöglichkeiten.[364] Bedenken erregt demgegenüber aber insbesondere die dem ICAS eingeräumte Möglichkeit, jederzeit den Namen eines Schiedsrichters von der geschlossenen Schiedsrichterliste entfernen zu können, wie sich aus Art. S19 Abs. 2 CAS-Code ergibt: 198

> ICAS may remove an arbitrator or a mediator from the list of CAS members, temporarily or permanently, if she/he violates any rule of this Code or if her/his action affects the reputation of ICAS and/or CAS.

Zudem wird gem. Art. R35 Satz 1 CAS-Code dem ICAS das Recht eingeräumt, in einem laufenden Verfahren einen Schiedsrichter abzuberufen,

> if she/he refuses to or is prevented from carrying out her/his duties or if she/he fails to fulfil her/his duties pursuant to this Code within a reasonable time.[365]

363 *Summerer* SpuRt 2018, 197 (198), der allerdings von einer nur zweijährigen Amtszeit auszugehen scheint.
364 Krit. *Hail* 155.
365 Krit. *Hail* 157.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

199 Sicherlich ist der Begriff der Pflichtverletzung sehr unbestimmt, zudem fehlen Rechtsschutzoptionen für den betroffenen Schiedsrichter gegen die jeweilige Abberufungsentscheidung.[366] Deshalb wurde Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Vorschriften angemahnt, die keinesfalls dazu genutzt werden sollten, unbequeme Schiedsrichter wegen unzureichender Vertragstreue des Amtes zu entheben.[367] Die allgemein angesprochenen Pflichtverletzungen könnte man zwar etwa durch Hinzufügen von Beispielsfällen noch genauer definieren, um auf diese Weise einen gewissen Maßstab oder Orientierungspunkt festzulegen. Wenn der Name eines Schiedsrichters jedoch erst einmal von der geschlossenen Liste entfernt worden ist, wird dies regelmäßig ein Ausdruck mangelnden Vertrauens sein, worauf auch immer dieses beruhen mag. In einer solchen Konstellation Rechtsschutzmöglichkeiten einzufügen, ist zwar vorstellbar. Eine rechtliche Überprüfung der Abberufung eines Schiedsrichters oder die Nichtverlängerung seiner Amtszeit würde im Erfolgsfalle aber das fehlende Vertrauen im Zweifel nicht wiederherstellen. Es gibt für im Sportrecht ausgewiesene Juristen keinen Anspruch darauf, in die geschlossene Schiedsrichterliste aufgenommen zu werden. Warum sollten dann nicht auch Lösungsmöglichkeiten zugunsten des ICAS vorgesehen werden können, solange diese nicht willkürlich und diskriminierungsfrei ausgeübt werden?

200 Weitere Bedenken hat *Opfermann* daraus abgeleitet, dass durch die Honorierung der Schiedsrichter *case by case* falsche Anreize gesetzt werden könnten.[368] Auf diese Weise könne ein Schiedsrichter seine Wiedernominierung durch einen *repeat player*, z.B. einen internationalen Sportverband, anstreben, indem er dessen Interessen bei der jeweiligen Entscheidung höher gewichte als jene der nur einmalig vor dem CAS verhandelnden Gegenpartei. Die Schiedsrichter würden auch als Gesamtheit von einer größeren Anzahl an Streitigkeiten profitieren, da diese potentiell die Weiterbeschäftigung sicherten. Sie hätten auch hier einen Anreiz, die *repeat player* zu bevorzugen. Diese Kritik ist zumindest zu relativieren. Zunächst basiert sie auf Vermutungen, die kaum zuverlässig belegt werden können. Tatsächlich werden sich auf der geschlossenen Liste der CAS-Schiedsrichter vermutlich die Namen mehrerer Schiedsrichter finden lassen, die mehrfach oder für einen gewissen Zeitraum gar regelmäßig von einem *repeat player* benannt worden sind, wobei die entsprechenden Verfahren möglicherweise sogar überwiegend zugunsten des *repeat player* entschieden wurden. Dies ließe aber nicht den Rückschluss zu, der betreffende Schiedsrichter hätte die Interessen der ihn benennenden Partei höher gewichtet. Zunächst benennt eine Partei etwa in einem Berufungsverfahren nur einen Beisitzer im Dreierschiedsgericht, der allein keinen

366 Krit. *Opfermann* 111.
367 *Oschütz* 121.
368 *Opfermann* 111 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Panels hat. Es ist des Weiteren nicht auszuschließen, dass der einen bestimmten Schiedsrichter wiederholt benennende *repeat player* im Falle des späteren Obsiegens jeweils die besseren juristischen Argumente auf seiner Seite hatte. Es ist zwar möglich, dass sich einzelne CAS-Schiedsrichter auch (und hoffentlich nicht nur) von den zuvor beschriebenen monetären Interessen leiten lassen. Dabei mag es eine Frage der Perspektive, d.h. der alternativen Verdienstmöglichkeiten im Einzelfall, sein, ob die Einschätzung generell zutrifft, ein Verfahren vor dem CAS sei für einen ernannten Sportschiedsrichter aus finanzieller Hinsicht keine lukrative Tätigkeit.[369] Der Umstand, dass ein Eintrag auf der exklusiven Liste der am CAS zugelassenen Schiedsrichter dem betreffenden Juristen Prestige und Renommee verschafft, könnte zwar einen weiteren Anreiz bieten, diesen Status nicht vorzeitig zu verlieren und möglichst lange aufrecht zu erhalten. Vor allem sollte aber davon ausgegangen werden, dass CAS-Schiedsrichter sich strikt an den Pflichten orientieren, zu deren Einhaltung sie sich nach Art. S18 Abs. 2 CAS-Code schriftlich verpflichtet haben:

> Upon their appointment, CAS arbitrators and mediators shall sign an official declaration undertaking to exercise their functions personally with total objectivity, independence and impartiality, and in conformity with the provisions of this Code.

Danach ist es schlichtweg rechtlich unzulässig, dass ein Schiedsrichter bei der 201
Entscheidungsfindung die Interessen derjenigen Partei – sei es ein *repeat player* oder nicht – höher gewichtet, die ihn nominiert hat, selbst wenn dadurch die Verlängerung seiner Amtszeit gefährdet werden sollte.[370] Es ist bei Juristen im Allgemeinen und Schiedsrichtern an Sportschiedsgerichten im Besonderen grundsätzlich davon auszugehen, dass sie sich ihrer großen Verantwortung bewusst sind, sich an die Legalitätspflicht gebunden fühlen und deshalb rechtskonform verhalten.[371] Natürlich sind die Grenzen aber fließend, d.h. erfahrene Juristen werden in rechtlich nicht eindeutig gelagerten Fällen regelmäßig in der Lage sein,

369 *Paulsson* SchiedsVZ 2015, 263 sowie *A. Röhricht/Wuschka* SchiedsVZ 2015, 247 (249) (Bericht von einem Treffen der DIS40 Regionalgruppe Nord). Nach der *Schedule of Arbitration Costs,* abrufbar unter https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html (zuletzt besucht am 7.2.2022), betragen die Stundensätze der Schiedsrichter 300–500 CHF. Laut *Theus Simoni/Lang/Conrad/Fuchs* 38 betrugen im Jahr 2015 in einem CAS-Verfahren die Schiedsgerichts- und Schiedsrichterkosten durchschnittlich 28.500 CHF.

370 Auch in diesem Zusammenhang bekennt der *Verfasser* wie schon in anderem Kontext (vgl. Fn. 337), dass bei diesem Punkt aufgrund persönlicher Erfahrungen eine Besorgnis der Befangenheit nicht ausgeschlossen werden kann. Unter seinem Vorsitz in einer von zwei Kammern eines Ständigen Schiedsgerichts für den Bereich eines deutschen Sportfachverbandes war letzterer in nahezu allen von der Kammer verhandelten Verfahren als Partei beteiligt. In denjenigen Schiedsverfahren, die nicht durch Vergleich oder Rücknahme der Schiedsklage beendet werden konnten, obsiegte nicht durchweg der Sportfachverband. Die *repeat player*-Problematik spielte – soweit für den *Verfasser* seinerzeit erkennbar – für keines der Kammermitglieder jemals eine Rolle. Die vierjährige Amtszeit der aller Kammermitglieder wurde nach deren Ablauf nicht verlängert.

371 Ähnl. *Elsing* SchiedsVZ 2019, 16 (19).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einen Schiedsspruch in der einen oder auch in der anderen Richtung rechtlich nachvollziehbar und nicht angreifbar zu begründen. Zudem gibt es aber ein System externer *checks and balances*, durch das solche Risiken reduziert werden können: Zu bedenken ist zunächst, dass in einem Dreierschiedsgericht ein Beisitzer allein seine persönliche Rechtsauffassung nur bei entsprechender Überzeugungskraft seiner Argumente im Panel wird durchsetzen können. Als Regulativ bei Zweifeln an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einzelner Schiedsrichter kommen zudem die Befangenheitsvorschriften in Betracht, die allerdings nur bei entsprechender Faktenlage greifen. Soweit schließlich darauf hingewiesen wird, dass CAS-Schiedsrichter trotz Art. R68 CAS-Code keine Garantie haben, im Anschluss an ein abgeschlossenes Schiedsverfahren für Fehlentscheidungen nicht in Haftung genommen zu werden,[372] so wird es sich dabei aufgrund der bisherigen Erfahrungen letztlich um eine grundsätzlich nur theoretische Gefahr handeln. Zum System externer *checks and balances* zählt aber auch der Umstand, dass am CAS ergangene Schiedssprüche, soweit sie wie zumeist vollständig veröffentlicht werden, seitens der Presse, aber insbesondere auch im wissenschaftlichen Schrifttum analysiert und teils kritisch gewürdigt werden.[373]

202 Damit ist abschließend festzuhalten, dass die Stellung eines CAS-Schiedsrichters gegenüber derjenigen eines Richters an einem deutschen staatlichen Gericht etwa im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit zwar schwächer ausgestaltet ist, wobei die entsprechenden Regelungen im CAS-Code aber einer rechtlichen Kontrolle standhalten würden. Selbst wenn man unterstellt, dass die *repeat player*-Problematik nicht nur abstrakter Natur ist, so werden einer niemals völlig auszuschließenden einseitigen Interessenwahrnehmung durch einzelne CAS-Schiedsrichter durch ein geeignetes System der *checks and balances* doch Grenzen gesetzt. Sicherlich kann man gerade mit einem von der deutschen Rechtslage, insbesondere von Art. 97 GG geprägten Vorverständnis Optimierungspotential beim CAS ausmachen, für dessen Umsetzung aber aus rechtlicher Sicht derzeit keine zwingenden Gründe ersichtlich sind.

cc) Schiedsvereinbarung und Einrede ihrer Unwirksamkeit

(1) Allgemeines

203 Wenn sich im Sportsektor Sportvereine und -verbände einerseits sowie die regelungsunterworfenen (un)mittebaren Mitglieder andererseits (insbesondere Sportler, aber auch Sportclubs) auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit einlassen, klammern sie damit bewusst die Möglichkeit aus, die betreffenden Rechtsstreitigkei-

372 *Vaitiekunas* 186 f.
373 Insoweit stellvertr. → IV. 275–310.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten von einem staatlichen Gericht klären zu lassen. Sie verzichten also hierzulande auf die Anrufung des staatlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Zu diesem Zweck müssen die Parteien eine Schiedsvereinbarung abschließen, für die das Gesetz bestimmte Formerfordernisse voraussetzt. Diese werden im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt aus der Perspektive sowohl des deutschen als auch des schweizerischen Rechts beleuchtet.[374] Die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung kann sich aber natürlich auch aus anderen Gründen als Formmängeln ergeben. Die denkbaren sonstigen Unwirksamkeitsgründe sind vielfältig, so dass auf sie nachfolgend an unterschiedlichen Stellen zurückzukommen sein wird.[375] Bereits im übernächsten Abschnitt[376] wird indes der überaus praxisrelevanten Frage nachgegangen werden, wann im Laufe einer schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung, welche mitunter im Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren vor staatlichen Gerichten fortgesetzt wird, die Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung spätestens zu erfolgen hat.

(2) Form der Schiedsvereinbarung

Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der deutschen Rechtslage bildet § 1031 ZPO, der folgenden Wortlaut hat: 204

> (1) Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein.
>
> (2) Die Form des Absatzes 1 gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung in einem von der einen Partei der anderen Partei oder von einem Dritten beiden Parteien übermittelten Dokument enthalten ist und der Inhalt des Dokuments im Falle eines nicht rechtzeitig erfolgten Widerspruchs nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen wird.
>
> (3) Nimmt ein den Formerfordernissen des Absatzes 1 oder 2 entsprechender Vertrag auf ein Dokument Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht.
>
> (4) *(weggefallen)*
>
> (5) [1]Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. [2]Die schriftliche Form nach Satz 1 kann durch die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden. [3]Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichter-

374 → IV. Rn. 203–214.

375 → IV. Rn. 220–236, 251–265, 275–315 und 335–347 sowie insb. XIII. Rn. 914–944 speziell zur rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS.

376 → IV. Rn. 215–219.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liche Verfahren beziehen, darf die Urkunde oder das elektronische Dokument nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung.

(6) Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.

205 Nach schweizerischem Recht wird gem. Art. 176 Abs. 1, 178 Abs. 1 IPRG eine Übermittlung vorausgesetzt, „die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht". Für das Beschreiten des verbandsinternen Rechtswegs ist regelmäßig eine schriftliche[377] Erklärung erforderlich.

206 Im Folgenden sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

207 – Zunächst ist sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht die in einer Verbandssatzung enthaltene Schiedsvereinbarung im Verhältnis zu den unmittelbaren Mitgliedern grundsätzlich (form)wirksam.[378]

208 – Nicht so eindeutig ist die Rechtslage, wenn eine Bindung mittelbarer Mitglieder in der Weise erfolgt, dass in der Satzung eines Vereins ein Verweis auf die Satzung eines höheren Verbandes enthalten ist, die wiederum eine Schiedsvereinbarung enthält.[379] Sicherheitshalber sollte in der verweisenden Satzungsbestimmung ausdrücklich auf die Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit durch den höheren Verband hingewiesen werden.[380]

209 Nach schweizerischem Recht erfolgt eine Einzelfallprüfung, wobei man sich an dem aus der AGB-Kontrolle entlehnten Vertrauensprinzip orientiert.[381] Erfolgt in der Vereinssatzung ein ausdrücklicher Verweis auf die Schiedsvereinbarung in der Satzung des übergeordneten Verbandes, geht das SchweizBG von einer (form)wirksamen Schiedsvereinbarung aus.[382] Weniger klar ist die rechtliche Beurteilung, sofern global auf die eine Schiedsvereinbarung umfassende Satzung eines übergeordneten Verbandes verwiesen wird.[383] Ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalls, orientiert sich die Judikatur daran, ob der Vertragspartner des Vereins, d.h. sein Mitglied, mit der Schiedsvereinbarung aufgrund der üblichen Gepflogenheiten rechnen konnte.[384] In jedem Fall werden Schiedsvereinbarungen nicht als unübliche Klauseln eingestuft.[385] Bei bestehender Ungleichgewichtslage zwischen dem (Monopol-)Verein und seinem Mitglied ist eine Globalverweisung in der Vereinssatzung auf

377 Dies genügt SchweizBG SpuRt 2002, 62 (64, E.2.b); krit. *Knöfel* SpuRt 2002, 49 ff.
378 S. stellvertr. *Opfermann* 65; zum Fall einer fehlenden Schiedsvereinbarung vgl. SchweizBG 2018, 157 (158).
379 Musielak/Voit/*Voit* § 1066 ZPO Rn. 8 m.w.N.
380 PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 532.
381 Basler Kommentar-IPRG/*Gränicher* Art. 178 IPRG Rn. 58 ff.
382 SchweizBG BGE 110 II 54 ff.
383 Ausf. *Wittmann* 58 ff.
384 Sehr weitgehend SchweizBG SpuRt 2002, 62; strenger SchweizBG SpuRt 2010, 66; Basler Kommentar-IPRG/*Gränicher* Art. 178 IPRG Rn. 60 f.
385 *Girsberger/Voser* Rn. 274a.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Statuten eines übergeordneten Verbandes kritisch zu betrachten.[386] Andererseits ist die schweizerische Rechtsprechung geneigt, in sportbezogenen Sachverhalten einen großzügigeren Maßstab anzulegen, weil die Sportschiedsgerichtsbarkeit letztlich im Interesse beider Parteien liege.[387]

Ob die Sportverbänden vor Sportschiedsgerichten unterlegenen Parteien dies nach Abschluss ihrer Verfahren vor dem CAS auch noch so sehen, mag bezweifelt werden. Man braucht nunmehr aber nicht gleich bei *Claudia Pechstein* nachzufragen, die sicherlich eine differenzierte Meinung haben dürfte. Denn der CAS ist einstweilen trotz seiner nicht unerheblichen strukturellen Defizite im Einklang mit dem SchweizBG, dem BGH und nicht zuletzt dem EGMR als echtes Schiedsgericht einzustufen.[388] Darüber hinaus legen die erheblichen Vorteile, die mit dem CAS zu Recht verknüpft werden,[389] die – freilich widerlegbare – Vermutung nahe, dass die Einrichtung des Weltsportschiedsgerichts im Ausgangspunkt tatsächlich im Interesse der Sportverbände sowie der regelungsunterworfenen natürlichen und juristischen Personen liegt. 210

– Gegenüber Nichtmitgliedern entfaltet die Schiedsvereinbarung nach deutschem Recht selbst dann keine Wirkung, wenn die Satzung in einem Vertrag zwischen dem Verein und dem Nichtmitglied in Bezug genommen wird.[390] 211

– Es ist im Schrifttum angedeutet worden, dass die bloße Teilnahme an einem (internationalen) Wettkampf grundsätzlich zur Annahme einer konkludenten Satzungs-/Regelanerkennung (gewissen Umfangs) ausreichen könne, sodass eine Aufnahme der Schiedsvereinbarung in die Satzungen genügen sollte.[391] Wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt,[392] sollte die Rechtsfigur einer Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung keinesfalls überstrapaziert, sondern – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen herangezogen werden. Dabei wird es vermutlich regelmäßig von vornherein an der erforderlichen Schriftform der Schiedsvereinbarung mangeln, so dass in solchen Fällen bereits deshalb von einer Formunwirksamkeit auszugehen wäre. 212

386 *Berger/Kellerhals* Rn. 440 ff.
387 SchweizBG ASA Bulletin 1/2012, 144 ff.; so auch *Handschin/Schütz* SpuRt 2014, 179 ff., insb. für Dopingstreitigkeiten sei der Schiedszwang gerechtfertigt; krit. *Mankowski* 477.
388 → IV. Rn. 251–265 m.w.N.
389 → IV. Rn. 148 f. m.w.N.
390 So etwa OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 140328, Rn. 58; Musielak/Voit/*Voit* § 1066 ZPO Rn. 7; *Kotzenberg* 104.
391 *Opfermann* 63.
392 → IV. Rn. 48–51.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

213 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das SchweizBG und in dessen Windschatten der CAS[393] eine sehr großzügige[394] Linie haben, soweit es um die Erhaltung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung im Sport geht.[395] Es ergeben sich dabei deutliche Parallelen zur rechtlichen Bewertung der Unterwerfung unter die Verbandsstatuten im Allgemeinen.[396] Besonders betont werden die Interessen der Parteien und der Wunsch nach einer zügigen Streitbeilegung im Sport. Das SchweizBG lässt es im Extremfall ausreichen, wenn eine Schiedsvereinbarung über mehrere, unter Umständen gar dynamische Verweisungen in den Regeln der Sportverbände ermittelt werden muss.[397] Damit droht der Grundsatz der Informationsverschaffungspflicht, welche die Sportvereine und -verbände gegenüber ihren (un)mittelbaren Mitgliedern trifft, in einen Grundsatz der Informationsbeschaffungspflicht der (un)mittelbaren Mitglieder umgewandelt zu werden. Eine solche Entwicklung läge definitiv nicht im Interesse der regelungsunterworfenen Parteien.[398] Das gemeinsame Interesse an einer zügigen Streitbeilegung vermag sicherlich einige den Sportverbänden entgegenkommende Erleichterungen im Hinblick auf die Durchführung von Verfahren vor Sportschiedsgerichten zu rechtfertigen. Dazu gehört aber – wie zuvor schon im Detail dargelegt wurde[399] – sicherlich nicht eine Abkehr von der Verpflichtung der Sportverbände, ihren (un)mittelbaren Mitgliedern die Verbandsstatuten in angemessener Weise aktiv zur Kenntnis zu bringen. Was der II. Zivilsenat[400] im Hinblick auf die Vereinsdisziplinargewalt festgestellt hat, muss auch für die Sportschiedsgerichtsbarkeit gelten, die solche Disziplinarmaßnahmen überprüft, insbesondere wenn sie im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit mit erheblichen Defiziten verknüpft ist.[401] Damit kann einem Vereinsmitglied aufgrund Unzumutbarkeit nicht angesonnen werden, nicht nur die Satzung seines Vereins zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich auch noch die Satzung des übergeordneten Verbandes – möglicherweise auch einer dritten Ebene – zu beschaffen und zu lesen, um auf diese Weise die für die eigene Rechtsstellung maßgeblichen Vorschriften (wie z.B. eine Schiedsklausel) zu ermitteln.

393 Krit. zur Neigung des CAS, trotz der nach Art. R27 CAS-Code erforderlichen Schiedsvereinbarung seine Zuständigkeit in Konstellationen anzunehmen, in denen es an einer gewissen Klarheit der Zustimmung fehle, *Gotlib* 24 Cardozo J. of Int´L & Comp. Law 2016, 389 (401) m.w.N. Instruktiv hierzu *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (14 f.).

394 Vgl. *Opfermann* 63; *Wittmann* 52 ff.; *Wächter* SchiedsVZ 2018, 294 (299); PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 244; s. auch *Baddely* ISLJ 2020, 3 (13 f.) mit einer Analyse der Rspr. des SchweizBG.

395 Vgl. *Mavromati/Reeb* Art. R27 CAS-Code Rn. 25 ff. m.w.N.

396 → IV. Rn. 4–68 m.w.N.

397 SchweizBG ASA Bulletin 3/2010, 644 ff.

398 Krit. daher *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (73 ff.); *Heermann*, GS Unberath, 2015, 159 (166 f.); im Anschluss daran *Mankowski* 474.

399 → IV. Rn. 13–19.

400 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

401 Zu einem Überblick → IV. Rn. 150–160 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allerdings kennt die Großzügigkeit zumindest des SchweizBG bei der Anerkennung von Schiedsvereinbarungen dann doch Grenzen. Zuletzt hat es die großzügige Handhabung des CAS ausnahmsweise einmal beanstandet und einen Schiedsspruch aufgehoben, da eine konkludente Schiedsvereinbarung zum CAS einer ausdrücklichen Vereinbarung auf ein argentinisches Handelsgericht nicht vorgehe.[402] Diese Entscheidung veranschaulicht deutlich, wie weit (hoffentlich nur) einzelne Schiedsrichter am CAS die berechtigten Interessen der den Verbandsstatuten unterworfenen Parteien auszublenden bereit sind, um die Wirksamkeit einer konkludenten Schiedsvereinbarung annehmen und letztlich selbst über den Fall entscheiden zu können. 214

(3) Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung

Zunächst ist zu beachten, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung eine Prozesspartei wegen widersprüchlichen Verhaltens mit dem Einwand ausgeschlossen sein kann, der Schiedsvertrag sei unwirksam,[403] nachdem diese Partei es war, die das Schiedsgericht angerufen hat.[404] Ein solches widersprüchliches Verhalten kann auch darauf beruhen, dass die den Einwand erhebende Partei sich vorprozessual auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung berufen[405] oder an einem Schiedsverfahren vorbehaltlos teilgenommen hat.[406] Sodann ist die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich als Einrede im Schiedsverfahren geltend zu machen.[407] Im *Pechstein*-Verfahren beispielsweise hatte die Eisschnellläuferin bzw. hatten ihre jeweiligen Prozessvertreter weder im Laufe des Schiedsverfahrens noch vor dem SchweizBG diese Einrede geltend gemacht.[408] Dieses Vorgehen war – wie sich im Folgenden zeigen wird – aus verfahrensrechtlicher Perspektive durchaus riskant, weil damit die spätere Präklusion dieser Einrede hätte drohen können. 215

Im Ausgangspunkt ist zunächst umstritten, ob ein staatliches Gericht bestimmte materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren stets berücksichtigen kann und muss.[409] Die Gegenauffassung geht davon aus, dass bereits im Schiedsverfahren die Obliegenheit zur Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmit- 216

402 SchweizBG SpuRt 2018, 157 ff.
403 Allg. zur Rechtsproblematik s. stellvertr. BeckOK-ZPO/*Wilske/Markert* § 1059 ZPO Rn. 38 ff.
404 BGH BeckRS 2021, 37110, Rn. 17.
405 BGH NJW-RR 1987, 1194 (1195).
406 OLG Hamm SchiedsVZ 2006, 106 (108), OLG Koblenz SchiedsVZ 2005, 260 (261).
407 Krit. *Wolff* SchiedsVZ 2015, 280 ff., der sich für eine Berücksichtigung der Schiedsvereinbarung von Amts wegen ausspricht.
408 S. insb. LG München I SchiedsVZ 2014, 100 ff., welches daher eine Präklusion annahm; zust. *Muresan/Korff* CaS 2014, 199 (208); ablehnend hingegen PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 249a Fn. 446 (*Summerer* war in dem betreffenden Verfahren Prozessvertreter der deutschen Eisschnellläuferin).
409 So *Rombach* SchiedsVZ 2015, 105 (110).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teln die Rüge sämtlicher[410] Mängel der Schiedsvereinbarung umfasse,[411] so dass eine erstmalige Geltendmachung der Einrede nachfolgend vor einem staatlichen Gericht präkludiert sein könnte. Aber auch insoweit wird differenziert. So wird teilweise vertreten, die Präklusion oder die Annahme eines Rechtsmissbrauchs vor einem staatlichen Gericht sei ausgeschlossen, wenn die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs andernfalls einen Verstoß gegen den *ordre public* gem. Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ zur Folge hätte.[412] Für diese Auffassung sprechen gute Gründe. Die Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs nach Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ sollte nicht allein vom Verhalten der Parteien im Schiedsverfahren abhängen.[413] Denn andernfalls wären etwa in Deutschland, wo das Kartellrecht – anders als in der Schweiz[414] – zum *ordre public* zählt, die effektive Durchsetzung des Kartellrechts und die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs gefährdet.[415]

217 Diese allgemeinen verfahrensrechtlichen Erwägungen sollen nun auf den Fall eines vom CAS erlassenen Schiedsspruchs übertragen werden. Sodann kann die unterlegene Partei gegen den Schiedsspruch gem. Art. 190 IPRG eine Beschwerde beim SchweizBG einlegen. Einer solchen Beschwerde entspricht im deutschen Recht das Aufhebungsverfahren gem. § 1059 ZPO. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, es sei einem Kläger nach dem internationalen Schiedsverfahrensrecht verwehrt, sich im Anschluss an das Schiedsverfahren erstmals auf das Fehlen oder die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zu berufen.[416] Zwar könne diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich aus dem UNÜ, so aber doch im Einzelfall aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens abgeleitet werden.[417] Hieraus wird vereinzelt ein Gebot abgeleitet, alle zumutbaren und effektiven Rechtsmittel im Erststaat auszuschöpfen.[418] Der BGH ist insoweit großzügiger, indem er im bloßen Unterlassen der Einlegung befristeter Rechtsbehelfe bei den staatlichen

410 *Niedermaier* 328 differenziert danach, ob eine von Amts wegen zu beachtende und damit der Parteidisposition entzogene Unzuständigkeitsrüge gegeben ist (z.B. Kartellrecht als Teil des materiellen *ordre public*).

411 So MüKo-ZPO/*Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 7 ff.; Musielak/Voit/*Voit* § 1061 ZPO Rn. 20 m.w.N.

412 *Lachmann* Rn. 2547; *Niedermaier* 325 f.; *Kröll* IPRax 2007, 430 (436).

413 *Eckel/Richter* WuW 2015, 1078 (1091); *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286) m.w.N. Zuletzt auch *Opfermann* 85.

414 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

415 *Opfermann* 85.

416 *Duve/Rösch* SchiedsVZ 2015, 69 (73) m.w.N.; *Brunk* 55, sofern man zuvor keinen Vorbehalt erklärt habe; a.A. *Pfeiffer* SchiedsVZ 2014, 161 (162), sofern die Rüge von vornherein aussichtslos erschienen sei; tendenziell auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 249a unter Hinweis auf die Drucksituation des klagenden Athleten.

417 Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens als dem UNÜ immanent einstufend BGHZ 188, 1, Rn. 17 = NJW 2011, 1290; MüKo-ZPO/*Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 8 f.; *Schwab/Walter* Kap. 44 Rn. 10; Wolff/*Borris/Hennecke* Art. V UNÜ Rn. 46 ff.

418 So *Schulze* SpuRt 2014, 138 (142) m.w.N.; a.A. MüKO-ZPO/*Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 10 f., 22; *Kröll* IPRax 2007, 430.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gerichten des Schiedsortes keine Treuwidrigkeit annimmt.[419] In diesem Zusammenhang ist vorgeschlagen worden, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sei zwar eine Rügepflicht vor dem Schiedsgericht abzuleiten, die aber nur soweit bestehe, wie die Erhebung möglicher Rügen im Ausgangsverfahren im Interesse der betroffenen Partei liege, da nur in dieser Hinsicht ein Vertrauenstatbestand gesetzt werde.[420] Daran anknüpfend, wird die Auffassung vertreten, es könne den berechtigten Interessen eines Sportlers widersprechen, die Rüge der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung und damit der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu erheben, wenn andernfalls die Gefahr einer erheblichen Verzögerung bestehe, die sodann in irreversiblen Nachteilen für den Athleten resultiere (z.B. hat der Wettkampf, zu dem er nicht nominiert wurde, zwischenzeitlich stattgefunden).[421] Andere halten es dagegen kategorisch für zumutbar, die Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu erheben.[422] Sofern man vor dem Schiedsgericht anwaltlich vertreten werde, könne von einer frühzeitigen Kenntnis etwaiger Unwirksamkeitsgründe ausgegangen werden.[423] Allerdings wird man die Rügeobliegenheit nicht derart ausweiten können, dass ein Anwalt alle denkbaren Einwände erheben muss, die in zunächst unbestimmt vielen Anerkennungsstaaten künftig erheblich werden könnten.[424]

218 Die Problematik sei am Beispiel des *Pechstein*-Verfahrens veranschaulicht. Dabei ging das OLG München[425] von einer jederzeitigen rechtlichen Überprüfbarkeit der Schiedsvereinbarung zum CAS aus und gelangte in der Folge zu dem Ergebnis der kartellrechtlichen Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Schiedsvereinbarung zwischen der ISU und der klagenden Eisschnellläuferin. Diese Argumentation war verfahrensrechtlich vor dem Hintergrund der – wie dargestellt – sehr umstrittenen Präklusionsproblematik sicherlich keine Selbstverständlichkeit und löste wegen der gezogenen kartellrechtlichen Folgerungen, die nur von wenigen erwartet worden sein dürften (und die der BGH in der Revision nicht teilte), in der Sportschiedsgerichtsbarkeit ein heftiges Erdbeben aus. Hierauf wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.[426]

219 Der Athlet, der in einem laufenden Verfahren vor einem Sportschiedsgericht die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung rügen möchte, befindet sich letztlich in einem Dilemma. Um das Risiko der Präklusion dieser Einrede in etwaigen nachfolgenden Verfahren vor staatlichen Gerichten zu minimieren, sollte er eigentlich

419 BGHZ 188, 1, Rn. 10 = NJW 2011, 1290.
420 *Hammer*, FS Schütze, 2015, 141 (146).
421 So *Opfermann* 87 Fn. 622; s. auch *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286); *Schulze* SpuRt 2014, 138 (141 f.).
422 *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (50); *Duve/Rösch* SchiedsVZ 2014, 216 (220).
423 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 (109) – Pechstein; krit. *Monheim* SpuRt 2014, 90 (93).
424 *Schlosser* SchiedsVZ 2009, 84 (87); im Anschluss daran *Opfermann* 87 Fn. 625.
425 OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (46) – Pechstein.
426 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bereits im Schiedsverfahren frühzeitig die Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts mangels wirksamer Schiedsabrede erheben. Wenn sich sodann das Schiedsgericht durch Zwischenbescheid für zuständig erklären sollte, könnte der Athlet gem. § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO oder einer entsprechenden Verfahrensregelung einer ausländischen Prozessordnung die Entscheidung durch ein staatliches Gerichts beantragen.[427] Das kostet Zeit, so dass etwa in einem Rechtsstreit wegen nicht erfolgter Nominierung des Athleten zu einem unmittelbar bevorstehenden Wettkampf eine abschließende Entscheidung zu spät kommen könnte. Falls der Athlet sich demgegenüber insbesondere aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung dazu entschließen sollte, die Rüge der Unwirksamkeit der Schiedsabrede nicht zu erheben (einen entsprechenden Vorbehalt könnte er indes zu Protokoll geben), kann er auf einen zügigen und für ihn günstigen Schiedsspruch hoffen. Erst wenn dieser ausbleiben sollte, müssten die Fragen geklärt werden, ob überhaupt noch ein Rechtsmittel eingelegt werden soll und – wenn ja – wie hoch sodann das Risiko einer Präklusion der Einrede einzuschätzen ist.

dd) Faktischer Zwang zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit

(1) Problemlage

220 Es entspricht der vorherrschenden Auffassung, dass rechtliche Auseinandersetzungen nicht zwingend vor staatlichen Gerichten, hierzulande also vor dem gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, ausgetragen werden müssen, sondern sich die Parteien stattdessen *freiwillig* darauf einigen können, ein privates Gericht, wie z.B. ein Sportschiedsgericht, anzurufen. Für die Durchführung von Rechtsstreitigkeiten mit Sportbezug unter Einschaltung von Sportschiedsgerichten sprechen einige unbestreitbare und überzeugende Gründe.[428] Daraus leiten Sportverbände vielfach stillschweigend ab, dass die Verbandsjustiz eigentlich auch bei den Regelungsunterworfenen auf uneingeschränkte Zustimmung stoßen müsste, so dass die notwendige freiwillige Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit mehr oder weniger nur eine Formsache sei. Das sehen allerdings nicht wenige (un)mittelbare Verbandsmitglieder anders, weil die Sportschiedsgerichtsbarkeit zwar nicht zwingend, aber doch verbreitet im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit mit Defiziten verknüpft ist,[429] die mit Einschnitten in die Rechtspositionen der Betroffenen verbunden sind oder zumindest sein können.[430]

427 *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (79).
428 → IV. Rn. 148 f.
429 → IV. Rn. 150–160.
430 A.A. *Opfermann* 45, wonach alle am internationalen Spitzensport beteiligten Akteure die zentral organisierte Sportschiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit favorisieren; wie hier unter Beschränkung auf den CAS *Monheim* SpuRt 2014, 90 (91).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die große Mehrheit der Verbandsmitglieder lässt sich gleichwohl regelmäßig ohne Weiteres – sei es bewusst oder aber bei Desinteresse auch unbewusst – auf Schiedsklauseln ein, so wie Verbraucher üblicherweise die in Verträgen enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne deren Lektüre stillschweigend akzeptieren. Das gilt insbesondere für Profisportler, die ihren Lebensunterhalt mit der Sportausübung bestreiten und die die Schiedsklauseln grundsätzlich nicht zu ihren Gunsten abzuändern versuchen, sondern schlichtweg akzeptieren, weil sie andernfalls ihrer Verdienstmöglichkeiten beraubt wären.[431] Im Verhältnis zum Sportverband, der die Sportwettkämpfe organisiert, handelt es sich bei nahezu jedem Athleten um einen beliebig austauschbaren Produktionsfaktor.[432] Dies ist letzteren bewusst, so dass sie die vorformulierten[433] Vereinbarungen mit Schiedsklauseln aufgrund der situationsbedingten Ungleichgewichtslage fast ausnahmslos unterzeichnen. Wenige Spitzenathleten, die sich medienwirksam nicht freiwillig einer Schiedsklausel unterwerfen wollen, könnten zwar das System der weltweit nach einheitlichen Verbandsregelungen erfolgenden Sportausübung ins Wanken bringen. Aber dies ist ein eher theoretisches Problem, weil sich Sportler aus nachvollziehbaren Gründen neben ihrer zeitlich befristeten und damit intensiven Sportkarriere nur in unabdingbaren Fällen auf zeit- und kostenaufwändige sowie nervenaufreibende Rechtsstreitigkeiten mit einem Sportverband einlassen. 221

Wie soll man jedoch angesichts des nicht zu leugnenden faktischen Zwangs der Athleten zur Unterwerfung unter die Schiedsklausel praktisch mit dem Freiwilligkeitserfordernis umgehen, wenn sich dann das Verbandsinteresse an einem funktionierenden System der weltweiten Wettkampfausübung nach einheitlichen Standards und die Autonomie des einzelnen Athleten gegenüberstehen? Sportverbände neigen dazu, die eigenen Wertentscheidungen höher zu gewichten und beklagen andernfalls gar einen unzulässigen Eingriff in die Verbandsautonomie.[434] 222

Das Phänomen, dass sich aufgrund des Erfordernisses einer freiwilligen Einwilligung jedes Einzelnen die Interessen einer Gruppe einerseits sowie verschiedener Individuen andererseits konträr gegenüberstehen können, ist uns auch aus anderen Zusammenhängen bekannt: Erinnert sei etwa an die von der DSGVO geforderte Freiwilligkeit der Einwilligung der Nutzer in die Datenverarbeitung. Eine konkrete Ausprägung dieses Konflikts bildete im Jahr 2020 die kontroverse Diskussion zur zwangsweisen oder freiwilligen Nutzung einer sog. Corona-Warn-App. In den Jahren 2021/22 gingen nicht nur in Deutschland die Meinungen 223

431 *Heermann* JZ 2015, 362 (362 f.); *Zimmermann* ZWeR 2016, 66 (67), jew. m.w.N. So auch EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules.

432 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 98 – ISU's Eligibility Rules; *St. Horn* 168 m.w.N.

433 *Niedermaier* 64 erkennt hierin ein Indiz für das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage.

434 Nach *Opfermann* 171 soll diese Janusköpfigkeit das Selbstverständnis zahlreicher Sportverbände als Staat im Staat zeigen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über die Einführungen einer (partiellen) COVID-19-Impfpflicht zumindest für bestimmte Berufsgruppen, aber auch für Fußballprofis[435] weit auseinander.

224 Wie in den vorangehend beschriebenen Konstellationen geht es auch beim Erfordernis der freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit darum, die widerstreitenden Interessen der Vertragspartner einer faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarung im Wege der praktischen Konkordanz zu einem Ausgleich zu bringen.[436] Welche grundrechtlich geschützten Positionen liegen nunmehr in den jeweiligen Waagschalen?[437] Auf der Seite der Sportverbände findet man dort natürlich die Verbandsautonomie als Anwendungsfall der Vereinigungsfreiheit sowie gegebenenfalls auch die Berufsfreiheit des Verbandes. In der anderen Waagschale befindet sich das Grundrecht auf Justizgewährung und bei professionell tätigen Sportlern, deren Kreis infolge steigender Kommerzialisierung im Sport zunehmend weiter zu ziehen ist, auch die Berufsfreiheit. Diese Grundrechte gehören als grundlegende Werteordnung zum materiell-rechtlichen Gehalt des *ordre public*-Vorbehalts, so dass ihnen sowohl innerhalb der Verbandsjustiz und auch nachfolgend vor staatlichen Gerichten im Aufhebungs- oder Vollstreckungsverfahren angemessen Rechnung zu tragen ist.

(2) Schrifttum

225 Vereinzelt sind die Umstände, die in der Praxis für die Athleten zu einem faktischen Zwang zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung führen,[438] kritisiert worden, wobei man sich sprachlich nicht zurückgehalten hat. So ist von einer insoweit „gestörten Vertragsparität" gesprochen worden,[439] ebenso von einer „Zwangsgerichtsbarkeit kraft privater Institutionalisierung."[440] Zudem wurde angemerkt, dass schon bei der Vereinbarung der Sportschiedsklausel „die Freiwilligkeit also häufig durch Missbrauch von Monopolmacht pervertiert" werde.[441] Dass diese kartellrechtliche Wertung in dieser Allgemeinheit unzutreffend ist, wird an anderer Stelle zu vertiefen sein.[442] Auffällig ist jedoch, dass im deutschsprachigen Schrifttum mit erstaunlichem Einfallsreichtum höchst unterschiedliche argumentative Ansätze entwickelt worden sind, die trotz des regelmäßig vorliegenden faktischen Zwangs der Athleten zum Abschluss einer

435 Zu dieser Berufsgruppe s. stellvertr. *Heermann* FAZ v. 24.11.2021 („Debatte in der Corona Krise – Wie realistisch ist eine Impfpflicht für Fußballprofis?").
436 Ausf. hierzu *Hülskötter* 67 ff.
437 Ausf. *Wittmann* 65 ff.; *Classen* 77 ff.
438 So ausdrückl. bereits *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (66); vgl. auch *Hülskötter* 33 ff., der von „oktroyierten Schiedsvereinbarungen" spricht.
439 *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1353 (1355).
440 *Mankowski* 473.
441 *Mankowski* 474.
442 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsvereinbarung deren freiwillige Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit begründen sollen.[443] So unvereinbar, wie sich sprachlich die Begriffe „Zwang" und „Freiwilligkeit" gegenüberstehen, so wenig konnten die gelieferten Begründungen das gewünschte(?) Ergebnis belegen.[444] Zwei Ansätze seien exemplarisch hervorgehoben, weil deren Urheber neben ihren umfangreichen universitären Aktivitäten schon seit Langem im Sportsektor als durchaus einflussreiche Schiedsrichter u.a. am Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen einerseits und am CAS andererseits tätig sind.

Steiner, ein Experte u.a. des Verfassungs- und Sportrechts sowie langjähriger Richter am BVerfG, wählt zunächst einen wenig überraschenden Ausgangspunkt:[445] 226

> „Eine unaufgebbare verfassungsrechtliche Prämisse der Zulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ist unverändert die Freiwilligkeit des Verzichts auf Anrufung der staatlichen Gerichte durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO."

Im gleichen Beitrag stellt er sodann wenig später fest:[446]

> „Athleten, Vereine und Verbände sind Nutznießer des organisierten Sports im nationalen und internationalen Raum, der sich aus den genannten ‚systemrelevanten' Gründen zunehmend der Schiedsgerichtsbarkeit zuwendet. Es ist daher nicht unfair, ihnen ohne Unterschied die Zustimmung zum rechtsstaatlich kontrollierten schiedsgerichtlichen Verfahren zuzumuten."

Die Formulierung „faktischer Zwang" wird zwar vermieden, eine Zustimmung zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit sei jedoch insbesondere unter dem Eindruck des Fairnessgedankens und der rechtsstaatlichen Kontrolle über schiedsgerichtliche Verfahren zumutbar.[447] Ein geschickter taktischer Spielzug! Aber kann man durch die Konstruktion einer „zumutbaren Zustimmung" (Einklagbar und nach deutschem Recht über § 894 ZPO vollstreckbar?) tatsächlich einen so tiefen Eingriff in die Rechtsposition der betroffenen Athleten rechtfertigen?

443 Mitunter wird aber auch auf eine Begründung gänzlich verzichtet; s. zuletzt stellvertr. *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (54): „[…] i.d.R. auch als freiwillig und damit zulässig anzusehen, selbst wenn den handelnden Verbänden eine Monopolstellung [Anmerkung des *Verfassers*: Auf welchem Markt?] zuzusprechen und der Abschluss der Schiedsvereinbarung Pflichtvoraussetzung für die Teilnahme an seinen Wettbewerben ist." Relativierend zuletzt auch *Pipoh* 55–58, 340: „[…] b) Eine solche Schiedsvereinbarung muss freiwillig geschlossen werden. c) Die Notwendigkeit von Freiwilligkeit ist indes keine schiedsverfahrensrechtliche Besonderheit, sondern Voraussetzung einer jeden privatautonomen Entscheidung."

444 Ausf. und krit. hierzu *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (73 ff.) m.w.N. zum seinerzeitigen Meinungsstand.

445 *Steiner* SpuRt 2014, 2 (3).

446 *Steiner* SpuRt 2014, 2 (4).

447 Sogar von einer Pflicht der Athleten zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung ausgehend Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen* Rn. 1151 f.; *Zuck* SpuRt 2014, 5 (9); krit. *Opfermann* 182 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

227 Auf andere Weise will *Haas*, Kenner insbesondere des Zivil-, Zivilverfahrens- und Sportrechts, den gordischen Knoten lösen. So belege eine funktionale Betrachtung, dass es aus Sicht der betroffenen Sportler kaum einen Unterschied mache, ob diese kraft gesetzlicher oder kraft einseitiger Anordnung eines Monopolverbandes an die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gebunden seien.[448] Im Zusammenhang mit einer Rechtsordnung, die einen Schiedszwang zulasse, stuft *Haas* Sportverbände sodann als „quasi-monopolistischen Ersatzgesetzgeber" ein.[449] Dies kommt einem von zahlreichen Sportverbänden jahrzehntelang gepflegten, inzwischen aber weitgehend überwundenen Selbstverständnis recht nahe.[450] Der Verbandsautonomie sind rechtliche Grenzen gesetzt,[451] die allein aus praktischen Erwägungen nicht einfach aufgehoben werden können. Zudem würden durch die befürwortete weitgehende Gleichstellung von staatlichem und privatem Gesetzgeber die gemeinhin anerkannten Grundfesten der Gewaltentrennung vollends ins Wanken geraten. Wenn die staatliche Legislative in einem demokratischen Prozess einen Schiedszwang anordnen würde, wäre keineswegs klar, dass sie keine höheren rechtlichen Standards etwa hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit fordern würde, als sie etwa derzeit beim CAS vorhanden sind.[452]

228 Sämtliche Ansätze, die trotz der faktischen Zwangslage der Athleten beim Abschluss der Schiedsvereinbarung eine Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit glauben annehmen und begründen zu können, heben deren zweifelsohne vorhandenen und weitgehend unbestrittenen Vorzüge[453] recht einseitig hervor. Dadurch wird zugleich der Eindruck vermittelt, diese Vorzüge gingen bei einem strikten Festhalten am Erfordernis einer freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit verloren. Indes fehlt es für eine derart einseitige Gewichtung der Vorteile einer einheitlichen, international gefassten Sportgerichtsbarkeit bereits an einer gesetzlichen Grundlage.[454] Bedenklich ist es, wenn die mit der Beachtung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Freiwilligkeitserfordernisses verbundenen praktischen Nachteile für die Sportverbände zur Rechtfertigung der Praxis faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen herangezogen werden.[455] Wie sogleich zu zeigen sein wird,[456] hat der EGMR einen anderen argumentativen Ausweg gefunden, der zwar auch nicht frei von

448 *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (76) m.w.N.; zust. *Jung* ZEuS 2014, 173 (177 f.).
449 *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (80).
450 → II. Rn. 23–30.
451 Ausf. → III. Rn. 1 ff.
452 → insb. IV. Rn. 161–202, 237–250 und 266–315.
453 → IV. Rn. 148 f.
454 So *Opfermann* 182 f.
455 *Bergermann* 143; *Monheim* 158; *Opfermann* 183; *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (75); *Maihold* SpuRt 2013, 95 (96); *Steiner* SchiedsVZ 2013, 15 (17 f.); a.A. *Haas* ZGR 2001, 325 (332 f.); *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (79–81).
456 → IV. Rn. 232 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweifeln ist, dafür aber der Kritik nicht eine vergleichbare, weithin erkennbare offene Flanke bietet.

(3) BGH

Hinsichtlich der vom BGH im *Pechstein*-Verfahren angenommenen freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist ihm „ein bemerkenswerter semantischer Spagat“[457] gelungen.[458] Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung einer freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit des CAS (Hervorhebungen durch *Verfasser*): 229

> „53. Die Kl. hat sich der Schiedsvereinbarung **freiwillig** und damit wirksam unterworfen (…).“

Sodann hat es den Senat in seiner Begründung für diese Feststellung aber aus der Kurve getragen, ohne dass er dies mitbekommen zu haben scheint: 230

> „56. Im Streitfall war die Entscheidung der Kl. allerdings **fremdbestimmt**. Die Bekl. zu 2 hat im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Eisschnelllauf-Weltmeisterschaften ein Monopol. Die Kl. war zur Ausübung ihres Berufs darauf angewiesen, an solchen Weltmeisterschaften teilzunehmen. Die Bekl. zu 2 war daher faktisch in der Lage, der Kl. die Bedingungen der Wettkampfteilnahme vorzugeben. Dabei ist im Hinblick auf die in Art. 13.2.1 i.V.m. Art. 23.2.2 WADC enthaltene Verpflichtung der Bekl. zu 2, den CAS als Schiedsgericht vorzusehen, davon auszugehen, dass die Kl. ohne Unterzeichnung auch der Schiedsvereinbarung nicht zum Wettkampf zugelassen worden wäre.“

Und zur Krönung spricht der Senat hernach in Bezug auf den konkreten Fall sogar ausdrücklich von einem „Zwang zur Schiedsgerichtsbarkeit“[459]. Es drängt sich der Eindruck der zumindest sprachlichen Orientierungslosigkeit auf. Letztlich hat der Kartellsenat mit der „fremdbestimmten Freiwilligkeit“ der Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht nur eine ebenso neuartige wie widersprüchliche Rechtsfigur geschaffen,[460] sondern – vermutlich unabsichtlich – das juristisch Unmögliche schließlich auch noch hinter der rhetorischen Stilfigur eines alliterierenden Oxymorons verborgen. 231

457 So schon *Heermann* NJW 2016, 2224 (2225); PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 516 Fn. 885 spricht gar von „einer Vergewaltigung der deutschen Sprache“.
458 BGHZ 210, 292, Rn. 53, 56 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
459 BGHZ 210, 292, Rn. 59 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
460 Diese Argumentation wurde in der Folge nahezu wörtlich und völlig unkritisch übernommen von BayObLG SpuRt 2021, 30 (31 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) EGMR

232 Demgegenüber hat der EGMR in erfreulicher Klarheit den Sachverhalt folgendermaßen juristisch bewertet (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[461]

> „113. […] bestand die einzige Wahl für die Beschwerdeführerin darin, entweder die Schiedsklausel anzunehmen, um weiterhin ihren Sport beruflich ausüben zu können, oder aber die Schiedsklausel abzulehnen und dann komplett darauf verzichten zu müssen, ihren Lebensunterhalt durch die Ausübung ihrer Sportart auf derzeitigem professionellem Niveau zu bestreiten.
>
> 114. Vor dem Hintergrund der Einschränkungen, die sich aus einer etwaigen Ablehnung der Schiedsklausel ergeben und die sich auf das Berufsleben der Beschwerdeführerin ausgewirkt hätten, ist es **unmöglich anzunehmen, diese Klausel sei freiwillig und unmissverständlich angenommen worden**.
>
> 115. Der Gerichtshof zieht daraus den Schluss, dass, obschon die **Schiedsklausel** nicht per Gesetz, sondern **aufgrund der ISU-Regelung aufgezwungen** worden war, die Zustimmung der Beschwerdeführerin zur CAS-Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne einer **‚erzwungenen' Einwilligung** im Sinne der Rechtsprechung erfolgt ist (…). Diese Schiedsgerichtsbarkeit müsste dementsprechend die in Art. 6 Abs. 1 der Konvention vorgesehenen Garantien bieten (…)."

233 Der EGMR hat aus der Tatsache, dass der Eisschnellläuferin die Schiedsklausel seitens des Sportverbandes faktisch aufgezwungen worden war, gefolgert, dass damit eine freiwillige Unterwerfung ausscheide. Sofern die Athletin insoweit auf eine der in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehenen Garantien verzichtet habe, müsse sodann aber zum Ausgleich die betroffene Schiedsgerichtsbarkeit im Übrigen die in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehenen Garantien bieten (was der EGMR im Anschluss bejaht[462]).[463]

(5) UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport kein zwingender Rechtfertigungsgrund

234 Wenn man nachfolgende Urteilspassage des BGH im *Pechstein*-Verfahren in ihrem Gesamtkontext liest, könnte man den Eindruck gewinnen, faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen zum CAS seien durch das UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport gerechtfertigt:[464]

> „63. […] Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber das Internationale Übereinkommen gegen Doping im Sport vom 19.10.2005 (BGBl. II 2007, 354) ratifiziert, das in

461 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 113–115 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; zust. *Blandfort* SchiedsVZ 2019, 120 (122); ähnl. zuvor bereits EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897; a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 64 f. = NJW 2016, 2266 – Pechstein; *Wekesa* ISLJ 2018, 46 (49).

462 Hierzu → IV. Rn. 255–265 sowie X. Rn. 8–11.

463 Ausf. zur Vereinbarkeit faktisch aufgezwungener Schiedsklauseln mit Art. 6 Abs. 1 EMRK *Opfermann* 203 ff.

464 BGHZ 210, 292, Rn. 63 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> seinem Art. 4 I auf die Regelungen des WADC Bezug nimmt und die Signatarstaaten zu dessen Einhaltung verpflichtet. Dabei sehen, wie bereits dargelegt, Art. 13.2.1 i.V.m. Art. 23.2.2 WADC Schiedsvereinbarungen vor, die gerade den CAS als Schiedsgericht bestimmen."

235 Durch das am 1.7.2007 für Deutschland in Kraft getretene UNESCO-Übereinkommen gegen Doping im Sport[465] haben sich die Unterzeichnerstaaten zur nationalen Durchsetzung des WADA-Code verpflichtet.[466] Darin ist die schiedsgerichtliche Entscheidung zwingend vorgeschrieben. Völkerrechtliche Verpflichtungen sind von den gebundenen Staaten einzuhalten und umzusetzen.[467] Deshalb sei, so *Adolphsen*,[468] selbst der faktisch erzwungene Abschluss von Schiedsvereinbarungen vom Staat zu tolerieren.[469] Ganz so weit ist – wie dargestellt[470] – der BGH in der Folge dann nicht gegangen. Mit gutem Grund, denn die Rechtslage ist keineswegs eindeutig. Die Freiwilligkeit des Verzichts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und damit auch die Unterwerfung unter die (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit ergeben sich zwar nicht ausdrücklich aus der Verfassung, so dass eine Wortlautinterpretation faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen vermutlichwohl nicht entgegenstünde. Gleichwohl ist das Ergebnis nicht zwingend.[471] Denn der WADA-Code bildet lediglich einen Anhang des UNESCO-Übereinkommens und hat damit gem. Art. 4 Abs. 2 UNESCO-Übereinkommen nicht selbst die Qualität einer verbindlichen Regel des Völkerrechts.[472] Allein Art. 4 Abs. 1 UNESCO-Übereinkommen nimmt auf die Grundsätze des WADA-Code Bezug, wobei überaus fraglich ist, ob dessen Nr. 13.2.1 überhaupt als Teil dieser Grundsätze angesehen werden kann.[473] Schließlich erwähnen Art. 3 lit. a) UNESCO-Übereinkommen angemessene sowie Art. 5 UNESCO-Übereinkommen geeignete Maßnahmen, die die Vertragsstaaten zur Zweckerreichung ergreifen sollen. Dies spricht für gewisse Umsetzungsspielräume in der Festlegung der Zuständigkeit für Rechtsmittel.[474]

(6) Zwischenfazit

236 Im Rückblick gleicht die kontroverse Diskussion um die Voraussetzungen, unter denen eine Freiwilligkeit der vertraglichen Unterwerfung unter die Sportschieds-

465 Überblick über die zentralen Vorschriften bei *J. A. Schmidt* 81 ff.
466 Hierzu *J. A. Schmidt* 128 ff.
467 *J. A. Schmidt* 136 m.w.N.
468 Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Adolphsen* Rn. 1150 f.
469 Krit. hierzu bereits *Heermann* JZ 2015, 362 (364).
470 → IV. Rn. 229–231.
471 *Brunk* 227; *Opfermann* 195.
472 *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1354 (1355); *Blasius* DRiZ 2010, 240 (243).
473 Ablehnend OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (42 f.); *J. A. Schmidt* 86 ff.
474 *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1354 (1355); im Anschluss daran *Opfermann* 195; im Ansatz a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 63 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerichtsbarkeit angenommen werden kann, und um die rechtlichen Auswirkungen einer faktischen Zwangslage der Athleten auf die Schiedsvereinbarung einem Sturm im Wasserglas. Nahezu alle, die an diesem Meinungsstreit teilnahmen (einschließlich des *Verfassers*), maßen der Klärung der genannten Fragen vorentscheidende Bedeutung im Hinblick auf die rechtliche Wirksamkeit entsprechend zustande gekommener Schiedsvereinbarungen zu. Nur wenige dürften vorhergesehen haben, dass der EGMR die Freiwilligkeit der Vereinbarung einer Schiedsklausel für verzichtbar erklären würde, falls zugleich die übrigen Garantien gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt würden.[475] Damit hat der Gerichtshof zwar nur einen Mindeststandard festgelegt, wobei die Vertragsstaaten aber durchaus strengere Maßstäbe für die rechtswirksame Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit aufstellen können. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen liegt die Vermutung nahe, dass man in der Schweiz davon im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen zum CAS keinen Gebrauch machen wird. Das bedeutet letztlich aber nicht, dass solche Schiedsvereinbarungen selbst in der Schweiz, wo die staatliche Justiz dem CAS tendenziell sehr wohlwollend gegenübersteht, nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam sein können.[476]

ee) Strukturelles Ungleichgewicht sowie Zweifel an Unparteilichkeit

(1) EGMR

237 Sowohl das strukturelle Ungleichgewicht als auch die Zweifel an der Unparteilichkeit, die kennzeichnend für den CAS sein sollen, sind vorangehend schon wiederholt thematisiert worden.[477] Dabei hat sich gezeigt, dass die analysierten Punkte zwar jeweils durchaus auf Vermutungen gestützte rechtliche Bedenken hervorrufen können. Diese sind letztlich aber nach hier vertretener Auffassung weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit geeignet, die rechtliche Wirksamkeit der Schiedsvereinbarungen zum CAS oder den Status des CAS als echtes Schiedsgericht nachhaltig zu erschüttern. Diese juristische Bewertung, die im Ergebnis vom EGMR gestützt wird,[478] muss man nicht teilen.[479] So haben im Verfahren *Mutu u. Pechstein/Schweiz* zwei Richter der für die Entscheidung zuständigen Sektion, *Helen Keller* (Schweiz) sowie *Georgios A. Serghides* (Zypern), ein eben-

475 → IV. Rn. 232 f.
476 → XIII. Rn. 914–944.
477 → IV. Rn. 162–202.
478 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
479 So zuletzt etwa *Steinitz* 150–153, die allerdings die rechtlichen Ausführungen des EGMR zum Verzicht auf Verfahrensgarantien nicht vollständig in ihre Erwägungen mit einbezogen hat; auch unter Berücksichtigung von EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz „erhebliche Zweifel an der hinreichenden Gewähr *struktureller Unparteilichkeit*" äußernd *Thöne* SchiedsVZ 2020, 176 (179 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

so bemerkens- wie lesenswertes Sondervotum erstellt,[480] das die Gegenposition konzis zusammenfasst und deshalb hier auszugsweise wörtlich wiedergegeben und bewertet werden soll:

Zunächst wird das dem Mehrheitsvotum widersprechende rechtliche Ergebnis gleich zweimal hervorgehoben:[481] 238

> „2. […] So gehen wir davon aus, dass die Struktur und Zusammensetzung des CAS den Maßgaben von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gem. Art. 6 Abs. 1 der Konvention nicht entsprechen; […]"
> „5. […] Unserer Ansicht nach entspricht die Struktur des CAS nicht den in Art. 6 Abs. 1 der Konvention gestellten Anforderungen hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit."

Nachvollziehbar und auch hier schon an anderer Stelle vertreten[482] ist die Feststellung divergierender Interessen zwischen Sportverbänden und Athleten:[483] 239

> „8. […] Die Mehrheit stellt auch selber fest, dass diese Organisationen [internationale Sportfachverbände, IOC und Nationale Olympische Komitees] ‚sich im Rahmen eventueller Streitigkeiten vor dem CAS möglicherweise den Athleten entgegenstellen' (vgl. Rn. 154 des Urteils). Somit gibt die Mehrheit schon zu, dass zwischen Verbänden und Athleten die Interessen divergieren."

Überaus kritisch werden die Rolle des ICAS und das dort vorhandene Übergewicht der Sportverbände insbesondere gegenüber Athleten[484] bewertet:[485] 240

> „9. […] Daraus ergibt sich, dass die Verbände einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Zusammensetzung des ICAS ausüben (vgl. Rn. 32 und 153–154 des Urteils).
> 10. […] Der genannte Mechanismus nach Fünfteln wurde übrigens im Jahr 2012 abgeschafft und durch eine allgemeine Formel ersetzt. Seitdem darf der ICAS sich an ‚Persönlichkeiten' wenden, deren ‚Namen und Qualifikationen ihm angetragen worden sind, insbesondere vom IOC, von den internationalen Fachverbänden oder den Nationalen Olympischen Komitees' (vgl. Rn. 38 des Urteils). Heutzutage legt mit anderen Worten keine Bestimmung fest, dass die Athleten zu vertreten sind, und sei es nur durch ein Fünftel der ICAS Mitglieder.
> 11. Damit erreichen die Verbände schließlich einen überproportionalen ebenso wie ungerechtfertigten ‚Einfluss' direkt sowie indirekt über den ICAS auf das Auswahlverfahren der Schiedsrichter, die über Streitigkeiten zwischen Verbänden und Athleten zu befinden haben. Dieses Auswahlsystem lässt mit anderen Worten ‚eine gewisse Beziehung zwischen dem ICAS und den Verbänden erkennen, die wiederum Gefahr laufen, sich im Rahmen eventueller Streitigkeiten vor dem CAS den Athleten zu widersetzen, insbesondere bei Disziplinarverfahren' (vgl. Rn. 154 des Urteils sowie sinngemäß *Gautrin u.a./Frankreich*, 20. Mai 1998, Rs. 21257/93 u.a., Rn. 59,

480 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
481 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 2 und 5 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
482 → IV. Rn. 170–179.
483 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 8 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 32 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
484 → IV. Rn. 162–184.
485 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 9–11 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Slg. 1998-III). Eine Beziehung, die uns, um es mit dem *Gautrin*-Urteil zu sagen, beunruhigend erscheint."

241 Aus den vorgenannten Umständen ziehen die beiden Verfasser des Sondervotums aber andere rechtliche Konsequenzen als die Mehrheit ihrer Richterkollegen, wobei man das von der Eisschnellläuferin im konkreten Fall zu erfüllende Beweismaß unterschiedlich bewertet:[486]

„12. Wir gehen davon aus, dass die Mehrheit aus den drei genannten Prämissen die nötigen Schlüsse nicht ziehen konnte. Anscheinend verlangt sie einen ‚individuellen' Nachweis des ‚Einflusses' […] (vgl. Rn. 157 des Urteils). […] Unserer Meinung nach geht dieses Erfordernis über das, was der Gerichtshof sonst erwartet, um ‚Unabhängigkeit' und ‚Unparteilichkeit' bejahen zu können, weit hinaus.

13. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs reicht es nicht aus, dass die einzelnen Schiedsrichter unparteilich sind, wenn die Gesamtstruktur einer Organisation nicht einmal den Anschein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit besitzt. […] Niemals würde er eine arbeitsgerichtliche Laienjury anerkennen, die beinahe oder gänzlich mit Arbeitgebervertretern besetzt wäre, selbst wenn ein konkretes Mitglied im vorliegenden Fall unparteilich gehandelt hätte. Unserer Meinung nach gibt es keinen Grund, warum der Gerichtshof diese Begründung in diesem Fall nicht entsprechend anwenden sollte.

14. Angesichts dessen, wie CAS- und ICAS-Mitglieder nominiert werden, erachten wir beide Organe als unter dem Einfluss der Verbände stehend. Allerdings halten wir den indirekten Einfluss der Verbände für bedeutend. […] Das System der sog. ‚geschlossenen Listen' hat zum Ergebnis, dass die Athleten ihre Schiedsrichter unter Personen zu wählen haben, die zuvor vom ICAS ausgewählt wurden. Der Einwand des SchweizBG, dass ein System offener Listen das Risiko beinhalte, innerhalb des CAS ein oder mehrere Mitglieder ohne Fachkenntnisse zu haben, die bereit wären, so zu handeln, als wären sie die Anwälte der Parteien, die sie bestellt haben (Rn. 44 des Urteils des SchweizBG), überzeugt nicht. Ganz im Gegenteil haben die Parteien auf weitaus technischeren Gebieten – z.B. Pharmaindustrie oder Luftfahrt – die freie Wahl ihrer Schiedsrichter, ohne dass daraus ein Problem entsteht.

15. Im Unterschied zur Mehrheit leiten wir von diesen Beobachtungen ab, dass dem CAS bereits der *Anschein* [Hervorhebung im Sondervotum] der Unabhängigkeit fehlt, und dass er ganz allgemein den nach Art. 6 Abs. 1 der Konvention gestellten Anforderungen nicht genügt. […]"

242 Die prekäre Beweislage derjenigen, die die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des CAS in Zweifel ziehen wollen, ist bereits zuvor dargestellt worden.[487] Sie müssen nach der Mehrheitsentscheidung des EGMR nachweisen, dass sich die entsprechenden Defizite im konkreten Schiedsverfahren zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben. Damit sind insoweit in rechtlicher Hinsicht die Würfel gefallen, weil dieser Nachweis, von extremen Ausnahmesituationen abgesehen, nicht zu führen sein wird. Wenn nach dem Sondervotum bereits der „*Anschein* der [fehlenden] Unabhängigkeit" des CAS ausreichen soll, so wäre dieses Ergebnis zwar

486 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 9–11 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
487 → IV. Rn. 175.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vertretbar, auch wenn es seinerseits weniger auf Tatsachen als vielmehr auf Vermutungen beruht. Im deutschen Prozessrecht etwa existiert mit § 46 ZPO eine Regelung, wonach man Richter unter bestimmten Umständen wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen kann. Es gibt aber gute Gründe, weshalb ein staatliches Gericht als solches regelmäßig nicht wegen des „*Anscheins* der [fehlenden] Unabhängigkeit", d.h. gleichsam wie ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit, abgelehnt werden kann. Bei privaten Gerichten wie Sportschiedsgerichten wird man dies vielleicht anders sehen können. Dann müssten aber deutlich strengere Anforderungen als bei Befangenheitsanträgen gegen einzelne Richter aufgestellt werden. Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* zeigt, dass dieses sicherlich neutrale und unvoreingenommene Gericht nicht bereit war, dem CAS als einem seit Jahrzehnten bewährten und in der Sportwelt weltweit großes Ansehen genießenden Sportschiedsgericht pauschal eine unzureichende Unabhängigkeit und damit eine Unvereinbarkeit mit den Mindestanforderungen zu attestieren, die Art. 6 Abs. 1 EMRK aufstellt. Kritiker werden dies als unangebrachte Beißhemmung kritisieren, sollten sich dabei aber hüten, mit Blick auf ihre zumeist strengere nationale Rechtsordnung diese zum Maß der Dinge zu erheben.

(2) Problem des fehlenden Wettbewerbs

Der CAS bietet mit der Organisation und Durchführung von internationalen 243
Schiedsgerichtsverfahren im Sportsektor eine Dienstleistung an. Wenn die Dienstleistung eines Anbieters A im Allgemeinen qualitativ und/oder preislich nicht (mehr) den Erwartungen der Kunden entspricht, wird sich dieser Umstand insbesondere über die Medien, Bewertungsportale, aber auch – ganz altmodisch – durch Mund-zu-Mund-Propaganda schnell verbreiten. Potentielle Kunden werden abgeschreckt werden und sich abwenden, ebenso wie die enttäuschten Kunden, und sich Anbieter B oder C zuwenden, sofern dieser ein adäquates Substitut der gewünschten Dienstleistung anbietet. Kurzum: Mittel- bis langfristig würde der Markt selbst das Problem regeln. Dieser Marktmechanismus versagt jedoch weitgehend im Hinblick auf die vom CAS angebotene Dienstleistung. Der Grund ist simpel: Der CAS ist faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt, sondern hat hinsichtlich verbandsinterner internationaler Rechtsstreitigkeiten, an denen das IOC sowie die internationalen Sportfachverbände in olympischen wie nicht-olympischen Sportarten beteiligt sind, inzwischen in gewisser Weise eine natürliche Monopolstellung inne. Diese wird etwa hinsichtlich Dopingstreitigkeiten über Art. 13 WADA-Code abgesichert, wonach der CAS als letzte Instanz vorgesehen ist, um eine weltweite Dopingbekämpfung nach einheitlichen rechtlichen Standards sicherzustellen. Ausnahmen gelten, sofern ein internationaler Sportfachverband durch eine verbandsintern eingerichtete Schiedsgerichtsbarkeit wie z.B. das

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

FIBA Arbitral Tribunal[488] in bestimmten Fällen abschließend entscheidet, so dass keine Notwendigkeit (mehr) für die Einschaltung des CAS besteht. Wenn diese Entwicklung bei anderen internationalen Sportverbänden Schule machen würde (wonach es derzeit allerdings nicht aussieht), könnte davon ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehen. Natürlich wäre es theoretisch auch denkbar, als Alternative zum CAS ein weiteres Weltsportschiedsgericht andernorts einzurichten. Allerdings sind die Marktzutrittsschranken abschreckend hoch, insbesondere wenn die große Zahl an internationalen Dopingstreitigkeiten beim CAS verbleibt, so dass von einem solchen potentiellen Wettbewerb kein spürbarer Wettbewerbsdruck auf den CAS ausgeübt werden könnte.

244 Nationale Sportschiedsgerichte, seien sie sportartübergreifend (z.B. Deutsches Sportschiedsgericht) oder aber unter dem Dach eines nationalen Sportfachverbandes (z.B. im deutschen Fußball das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen) eingerichtet, agieren nicht auf dem relevanten Produktmarkt. Denn sie sind für internationale Rechtsstreitigkeiten im Sport regelmäßig nicht zuständig, sondern nur für solche zwischen einem nationalen Sportfachverband und seinen (un)mittelbaren Mitgliedern.

(3) Weitere Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle

245 Zu Beginn des Jahres 2020 hat *Baddely* einen Vorschlag unterbreitet, wie man die rechtlich komplexe und unbefriedigende Situation zumindest entschärfen könnte, da weder mit der Selbstheilungskraft des Marktes noch mit grundlegenden Änderungen beim CAS zu rechnen sei:[489]

> „These considerations should lead legislators and courts to make sure by the means at their disposal that the weaker parties in litigation are not deprived of the protection of their rights. Such means might be, among others, refusing to recognize an award as such and allowing a challenge in ordinary judicial proceedings based on Art. 75 CC, or adapting the rules governing the review of awards to improve the protection of athletes, e.g., by extending the list of grounds for challenges. Regrettably, the trend goes the opposite way."

246 Zudem hat *Grünberger* die folgende Befürchtung geäußert:[490]

> „Allerdings kann man die private Übermacht der Sportverbände, die sich das transnationale Regelungsarrangement nach ihrem Gusto gezimmert haben, nicht durchgehen lassen. Die traditionellen Begrenzungsstrategien versagen in transnationalen Konstellationen."

488 Hierzu *D.-R. Martens* SchiedsVZ 2010, 317 ff.; *Radke* ISLJ 2019, 59 ff.
489 *Baddely* ISLJ 2020, 3 (13).
490 *Grünberger* Der Staat 55 (2016), 117 (125).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

247 Das Problem ist identifiziert, Maßnahmen nationaler Gesetzgeber beseitigen die beklagten Defizite beim CAS nicht, mitunter festigen sie gar die seit Jahren geübte Praxis.[491] Aber es gibt – was *Baddely* vernachlässigt hat – andere Instanzen, die zuletzt sogar bei transnationalen Konstellationen zwar nicht im Hinblick auf die Organisation des CAS, so aber doch in anderer Weise und teilweise sogar unter Hinweis auf die strukturellen Defizite des CAS die Rechte der Athleten in bemerkenswerter Weise gestärkt haben. Diese Entwicklungen wird man am CAS künftig nicht mehr vollständig ausblenden können, was allerdings voraussetzt, dass die Schiedsparteien den CAS veranlassen werden, sich mit den entsprechenden juristischen Argumentationsmustern auseinanderzusetzen. Die neuen rechtlichen Impulse gehen allesamt auf Instanzen zurück, die in ihrer Entscheidungsfindung – anders als nationale Gesetzgeber[492] – völlig unabhängig von internationalen Sportverbänden handeln können: Dies betrifft insbesondere

- den EuGH mit seiner für die Anwendung des Kartellrechts im Sportsektor bahnbrechenden Entscheidung in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*,[493]
- die EU-Kommission mit dem für die Zukunft der pyramidenförmig-hierarchischen Sportverbandsstrukturen bedeutsamen Beschluss in der Rechtssache *ISU's Eligibility Rules*,[494]
- den EFTA-Gerichtshof mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Henrik Kristoffersen*[495], die am Beispiel der Aufteilung der von Sportverbänden erzielten Vermarktungserlöse zuletzt die Interdependenzen zwischen den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht verdeutlicht hat, und
- das BKartA mit seinem Verpflichtungszusagenbeschluss in der Rechtssache *Rule 40 Bye-Law 3 OC*,[496] der für die kartellrechtliche Beurteilung der Aufteilung von Vermarktungsmöglichkeiten im Sport zwischen den Verbänden und den Athleten von zentraler Bedeutung ist.

248 Nach Abschluss der zuvor erwähnten Verfahren beklagten übrigens die Sportverbände – letztlich erfolglos – unverhältnismäßige Eingriffe in die Verbandsautonomie, aber auch die jeweilige Gegenseite zeigte sich trotz des Obsiegens aus unterschiedlichen Gründen in gewissem Umfang unzufrieden. Für praxiserfahrene Juristen ist dies ein erstes Indiz dafür, dass der jeweils gefundene rechtliche Kompromiss nicht gänzlich unsachgerecht gewesen sein kann.

491 → IV. Rn. 335–347.
492 → IV. Rn. 100–104.
493 Hierzu ausf. → VI. Rn. 25–60, 139–385.
494 → VI. Rn. 61–74 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 73–170.
495 → V. Rn. 51–56 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 655–708.
496 → XI. Rn. 28–31 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 655–708.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Zwischenfazit

249 Die prinzipielle Gleichwertigkeit der Rechtsschutzoptionen, die zum einen die staatliche Gerichtsbarkeit und zum anderen die Sportschiedsgerichtsbarkeit bieten, gibt den Rechtsuchenden keine Garantie, dass beide Gerichtsbarkeiten über ein ebenfalls gleichwertiges Ausmaß an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verfügen.[497] Es verbietet sich insoweit, einen hohen Standard, den man bei den vertrauten nationalen staatlichen Gerichten kennt und schätzt, zum Maßstab für den CAS zu erheben. Dessen rechtliche Bewertung orientiert sich am schweizerischen Recht i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK, wobei diese Norm Mindeststandards garantiert, die in vielen Unterzeichnerstaaten – allerdings nicht in der Schweiz im Hinblick auf den CAS – teils deutlich übertroffen werden. Aufgrund fehlenden Wettbewerbs in der internationalen sportartübergreifenden Sportschiedsgerichtsbarkeit ist die weitere Entwicklung absehbar: Die durchaus berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit des CAS werden insbesondere die internationalen Sportverbände, das IOC und die Nationalen Olympischen Komitees weiterhin billigend in Kauf nehmen. Das daraus resultierende strukturelle Ungleichgewicht zugunsten der Verbandsseite werden in naher Zukunft den CAS selbst, die schweizerische Legislative oder Judikatur nicht zu einem grundlegenden Umdenken veranlassen. Ein Umsteuern ist rechtlich auch nicht zwingend geboten, weil insoweit die Konformität mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vom EGMR bestätigt worden ist.[498]

250 Indes haben zuletzt europäische Gerichte (insbesondere der EuGH und der EFTA-Gerichtshof), die EU-Kommission sowie das BKartA als Hüter des freien Wettbewerbs korrigierend in das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Sportverbänden und Regelungsunterworfenen eingegriffen. Dabei hat die Anwendung des Kartellrechts, bei dem es sich um *den* juristischen Angstgegner des Sports handelt, den Sportverbänden schon längst bestehende rechtliche Grenzen der Verbandsautonomie aufgezeigt und die rechtliche Position der regelungsunterworfenen Athleten oder Sportclubs gestärkt. Das Kartellrecht muss also, soweit sein Anwendungsbereich eröffnet ist, im internationalen, aber auch im nationalen Sport in besonderem Maße in den Blick genommen werden. Denn auf diese Weise wird nicht nur funktionsfähiger Wettbewerb als solcher geschützt, darüber hinaus können sich so eine privatautonome Gestaltung überhaupt erst entfalten und die wirtschaftliche Selbstbestimmung gewährleistet werden.

497 A.A. *Steiner* SpuRt 2018, 186 (186): „Die Sportgerichtsbarkeit hat sich an den rechtsstaatlichen Standards der staatlichen Gerichtsbarkeit ausgerichtet. Dies gilt vor allem für die Unabhängigkeit und Neutralität der Justizorgane des Sports."

498 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ff) Anerkennung als echtes Schiedsgericht

Der CAS wurde zunächst vom SchweizBG und in der Folge vom BGH im *Pechstein*-Verfahren als echtes Schiedsgericht anerkannt. Im Jahr 2018 hat der CAS schließlich infolge der Einstufung als echtes Schiedsgericht durch den EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* gleichsam den Ritterschlag erhalten. Eine Entscheidung über die von der Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein* eingelegte Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG steht noch aus (Stand: 7.2.2022). Die Bindungswirkung der *Pechstein*-Entscheidung des EGMR ist, wie aus Art. 46 Abs. 1 EMRK folgt, zwar beschränkt und bezieht sich auf das *inter partes*-Verhältnis. Indes kommt der Entscheidung infolge der Gewährleistungspflicht des Art. 1 EMRK und der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine Orientierungswirkung zu, die über den Einzelfall hinausreicht und von deutschen Gerichten zu berücksichtigen ist.[499] Dabei erfordert die völkerrechtsfreundliche Auslegung keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK.[500] 251

(1) Schweizerisches Bundesgericht

Zunächst hatte das SchweizBG bereits im Jahr 1993 darauf hingewiesen, dass eine „gesteigerte Unabhängigkeit des CAS im Verhältnis zum IOC" wünschenswert sei.[501] Daraufhin erfolgten die Gründung des ICAS und die organisatorische und finanzielle Abkopplung des CAS vom IOC.[502] Zehn Jahre später ordnete das SchweizBG den CAS als eine unabhängige Schiedsinstitution im Sinne des schweizerischen Rechts auch in solchen Verfahren ein, an denen das IOC als Partei beteiligt ist.[503] Im Jahr 2018 hat das SchweizBG den CAS trotz der zahlreichen Verfahren unter Beteiligung der FIFA und ihrer finanziellen Zuschüsse für das Weltsportschiedsgericht als unabhängig vom Weltfußballverband eingestuft und seinen Status als echtes Schiedsgericht nicht infrage gestellt.[504] Dabei hat das Gericht auf die im unmittelbaren Anschluss darzustellenden Erwägungen des BGH in seinem *Pechstein*-Urteil Bezug genommen. 252

499 St. Rspr., BVerfGE 74, 358 (370) = NJW 1987, 2427 und BVerfGE 128, 326, Rn. 88–94 = NJW 2011, 1931 sprechen von „Auslegungshilfen".
500 BVerfGE 111, 307 (323 ff.) = NJW 2004, 3407; BVerfG 128, 326, Rn. 91 = NJW 2011, 1931.
501 SchweizBG BGE 119 II 271 – Gundel.
502 → IV. Rn. 161.
503 SchweizBG BGE 129 III 445 = SchiedsVZ 2004, 208 (211) – Latsutina; zustimmend *Putzier* 56; a.A. zuletzt – allerdings im Hinblick auf ein Schiedsgericht im Sinne der ZPO – *Hülskötter* 42 ff.
504 SchweizBG BGE 144 III 120, E.3.4.1. sowie E.3.4.3. – FIFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) BGH

253 Die für die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht relevante Passage im *Pechstein*-Urteil des BGH hat folgenden Wortlaut:[505]

> „24. […] Dementsprechend liegt ein ‚echtes' Schiedsgericht, mit dem der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten wirksam ausgeschlossen werden kann, nur dann vor, wenn das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht eine unabhängige und neutrale Instanz darstellt (…).
>
> 25. Der CAS stellt eine solche unabhängige und neutrale Instanz dar. Er ist, anders als ein Verbands- oder Vereinsgericht (…), nicht in einen bestimmten Verband oder Verein eingegliedert. Er ist von den ihn tragenden Sportverbänden und Olympischen Komitees als Institution unabhängig (vgl. SchweizBG SchiedsVZ 2004, 208 (209 ff.) – Danilova und Latsutina) und soll eine verbandsübergreifende einheitliche Rechtsprechung sicherstellen."

254 Das Urteil ist auf verbreitete Zustimmung gestoßen.[506] *Mavromati*, die seinerzeit den Posten eines Head of Research and Mediation at the Court of Arbitration for Sport bekleidete, war – wenig überraschend – voll des Lobes, weil die Büchse der Pandora nicht geöffnet worden sei und der BGH die Bedeutung des Verfahrens für die Schweiz als Schiedsstandort berücksichtigt habe.[507] In der Tat ist das gesamte Urteil des BGH von Verständnis für eine weltweit nach einheitlichen Standards erfolgende, effiziente Dopingbekämpfung und von hoher Achtung der Kollegen am SchweizBG sowie der Institution des CAS geprägt. Beide Umstände wird man dem Kartellsenat nicht vorwerfen können. Gleichwohl ist das Urteil vom *Verfasser* (allerdings nicht wegen der Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht),[508] aber auch von anderen kritisiert worden,[509] was hier nicht vertieft zu werden braucht. Denn hernach hat der EGMR die nunmehr u.a. für die Schweiz, aber auch für Deutschland geltenden Mindeststandards für die Anerkennung eines privaten Gerichts als echtes Schiedsgericht festgelegt.

(3) EGMR

255 Zunächst ist festzustellen, dass die Entscheidung des EGMR vom 4.10.2018 in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz*[510] endgültig geworden ist, nachdem

505 BGHZ 210, 292, Rn. 24 f. = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
506 *Burianski/Pogrzeba* LMK 2016, 381217; *Kröll* npoR 2016, 275 (276); *Scherrer* CaS 2016, 297 (298).
507 *Mavromati* CAS Bulletin 2016, 27 (39).
508 *Heermann* WRP 2016, 1022 ff.
509 S. stellvertr. *Bunte* WuW 2016, 366 ff.; *H. Prütting* SpuRt 2016, 143 (146); *Podszun* JZ 2017, 208 (210, 212); *Stancke* SpuRt 2016, 230 (234); *Streinz*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 655 (663). Nach Auffassung von PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 265 verkörpert die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht durch den BGH „reinste Interessenjurisprudenz".
510 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Gericht am 5.2.2019 den Antrag der Eisschnellläuferin auf Verhandlung vor der Großen Kammer zurückgewiesen hatte. Um den CAS als echtes Schiedsgericht einzustufen, musste sich der EGMR mit der – im Ergebnis bejahten – Frage auseinandersetzen, ob es sich bei diesem Sportschiedsgericht um ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK handelt.

256 Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des CAS sind bereits beleuchtet worden.[511] Mit folgender Begründung gelangt der Gerichtshof sodann zum Ergebnis, dass der CAS zum Zeitpunkt der Streitentscheidung „den Anschein eines ‚auf Gesetz beruhenden Gerichts'" gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK besessen haben soll:[512]

- Der CAS sei uneingeschränkt befugt gewesen, auf der Grundlage von Rechtsnormen und nach einem organisierten Verfahren alle Sach- und Rechtsfragen zu entscheiden, die im Zusammenhang mit den ihm vorgelegten Streitigkeiten gestellt worden seien.
- Entscheidungen des CAS würden eine Streitbeilegung mit Rechtsprechungscharakter darstellen.
- Vor dem SchweizBG hätten nach den in Art. 190–191 IPRG genau festgelegten Vorgaben Rechtsmittel eingelegt werden können.
- Darüber hinaus habe das SchweizBG[513] in seiner Rechtsprechung die CAS-Schiedssprüche als „wirkliche, einem staatlichen Gericht vergleichbare" Entscheidungen eingestuft.

Daneben hat der EGMR festgestellt, dass das IPRG einer rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers in der Schweiz entsprochen habe, die Attraktivität und Effektivität des internationalen Schiedswesens in der Schweiz zu erhöhen.[514]

511 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251.

512 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 149 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; krit. hierzu EGMR, Sondervotum, SpuRt 2018, 259, Rn. 18 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz. Diese für die Entscheidung des EGMR zentralen Erwägungen blendet *Steinitz* 150–153 fast vollständig aus. PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 265 verzichtet überraschenderweise auf jeglichen Hinweis darauf, dass der EGMR den CAS als ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestuft hat; in Rn. 283 wird dieser Umstand allenfalls angedeutet; das Urteil wird indes in Rn. 276 im Hinblick auf den Aspekt der (Nicht-)Öffentlichkeit von Schiedsverfahren thematisiert.

513 SchweizBG BGE 129 III 445 (448 f.) = SchiedsVZ 2004, 208 (209) – Latsutina; so hernach auch BGHZ 210, 292, Rn. 25 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

514 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 97 – Mutu u. Pechstein/Schweiz unter Bezugnahme auf EGMR 1.3.2016 – 41069/12, Rn. 33 – Tabbane/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Würdigung

257 Bereits zuvor an anderer Stelle veröffentlichte Erwägungen zur Würdigung dieser Feststellungen des EGMR[515] sollen im Folgenden aufgegriffen, aktualisiert und ergänzt werden:

258 Der Hinweis des EGMR auf den Gesetzgeber der Schweiz sowie darauf, dass das SchweizBG als Rechtsmittelinstanz für CAS-Schiedssprüche den CAS als echtes Schiedsgericht anerkannt habe, soll letzterem eine gewisse demokratische Legitimation verleihen. Diese Bemühungen begegnen jedoch, wie zuletzt *Opfermann* überzeugend dargelegt hat,[516] erheblichen Zweifeln. So betone der Gerichtshof zwar, dass es sich um einen Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips handele, wenn jede eine rechtsprechende Funktion ausübende „Stelle" demokratischer Legitimation bedürfe. Die demokratische Legitimation des CAS lasse sich aber nur mittelbar von der großzügigen Rechtsprechung des SchweizBG ableiten,[517] da man eine Einwilligung der Parteien gerade nicht heranziehen könne.[518] Das Weltsportschiedsgericht werde letztlich also durch das vom schweizerischen Gesetzgeber erlassene IPRG und die schiedsfreundliche Auslegung dieses Gesetzes durch das SchweizBG ausreichend legitimiert, sofern man mit dem EGMR dem proklamierten Ermessensspielraum der Vertragsstaaten einen hohen Stellenwert beimesse.[519] Insofern respektiere der Gerichtshof u.a. die Auffassung des SchweizBG,[520] dass es sich bei Schiedsvereinbarungen im Sport nicht um unfreiwillige Vereinbarungen im Sinne der Rechtsprechung des EGMR handle. Dies mute zumindest widersprüchlich an.[521] Ungeklärt bleibe insbesondere, inwieweit eine demokratische Legitimationskette zwischen *Claudia Pechstein* und der Schweiz als Vertragsstaat der EMRK hergeleitet werden könne. Es könne zwar daran angeknüpft werden, dass Deutschland die EMRK und das UNÜ anerkannt und insoweit die Rechtsprechung des EGMR und internationaler Schiedsgerichte zu respektieren habe. Insoweit legitimiere sich die Einstufung des CAS als ein auf Gesetz beruhendes Gericht aber maßgeblich durch das Urteil des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz*, in welchem der CAS – wie dargestellt – erstmals als ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestuft worden ist. Dies sei dann letztlich ein klassischer Zirkelschluss. Dieser Einschätzung *Opfermanns* wird man kaum widersprechen können.

515 *Heermann* NJW 2019, 1560 (1561 f.).
516 *Opfermann* 209.
517 So auch *Widdascheck* 162 f.; *Hülskötter* SpuRt 2018, 261 (262).
518 Dementsprechend geht EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 149 – Mutu u. Pechstein/Schweiz auch nur von dem „Anschein eines ‚auf Gesetz beruhenden Gerichts'" aus.
519 Krit. insoweit *Lungstras* 255 ff.
520 SchweizBG CaS 2010, 185 (191 E.4.1.).
521 So auch *Hülskötter* SpuRt 2018, 261 (262).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Hinweis des Gerichtshofs auf die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers in der Schweiz, mit dem IPRG die Attraktivität und Effektivität des internationalen Schiedswesens in der Schweiz zu erhöhen, ist nur eine Seite der Medaille. Denn eine mindestens ebenso wichtige Rolle im Rahmen der Standortpolitik für Sportschiedsgerichte spielt auch die Anziehungskraft, welche der CAS selbst auf diejenigen ausübt, die die Austragung rechtlicher Streitigkeiten vor dem Internationalen Sportschiedsgerichtshof möglichst exklusiv und unter Ausschluss der Anrufung staatlicher Gerichte mittels faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen vorgeben können. Dies sind die (inter)nationalen Sport(fach)verbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC, die nicht im Verdacht stehen, rechtliche Streitigkeiten mit Verbandsmitgliedern oder sonstigen Vertragspartnern bevorzugt vor staatlichen Gerichten austragen zu wollen. Stattdessen ziehen die Sportverbände aus vielen sachgerechten Gründen,[522] zugleich aber nicht nur aus rein altruistischen Motiven die Sportschiedsgerichtsbarkeit vor. 259

Zahlreiche (inter)nationale Sportfachverbände und insbesondere auch die WADA legen vermutlich nicht nur aus Mangel an Alternativen den CAS als letzte sportschiedsgerichtliche Instanz fest, der in der Folge dann vielfach angerufen wird. Denn die Sportverbände hätten bei Unzufriedenheit mit der Judikatur des CAS stattdessen – außer bei Dopingstreitigkeiten – in der Schiedsklausel etwa auch die Anrufung eines *Ad-hoc*-Sportschiedsgerichts vorgeben können. 260

Standortpolitik wird damit nicht nur vom Gesetzgeber der Schweiz, sondern auch vom CAS selbst, dem SchweizBG sowie nicht zuletzt durch den EGMR betrieben. Wenn man nunmehr die Rechtsprechung des CAS, des SchweizBG und des EGMR in ihrer Gesamtheit betrachtet und bewertet, wird verständlich, weshalb der CAS auf die Mehrzahl internationaler und eine Vielzahl nationaler Sport(fach)verbände eine enorme Anziehungskraft ausübt. 261

Im Gegensatz zur – freilich nicht zwingend erforderlichen – Anerkennung als echtes Schiedsgericht durch das staatliche Gericht, zu dem Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch eingelegt werden können, stellen die nach Auffassung des EGMR zusätzlich von einem Spruchkörper im Sportbereich zu erfüllenden Anforderungen an ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK keine allzu hohen Hürden dar, um letztlichvon einem echten Sportschiedsgericht ausgehen zu können:[523] Entscheidungen aller für einen Rechtsstreit relevanten Sach- und Rechtsfragen auf der Grundlage von Rechtsnormen und nach einem organisierten Verfahren sowie Entscheidungen mit Rechtsprechungscharakter. 262

522 → IV. Rn. 148 f. m.w.N.

523 Krit. deshalb *Hülskötter* SpuRt 2018, 261 (262): „Mit der Argumentation des EGMR stellen jedenfalls alle echten Schiedsgerichte auch auf Gesetz beruhende Gerichte dar."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

263 Zumindest die organisatorische Unabhängigkeit von (inter)nationalen Sport(fach)verbänden hätte noch erwähnt werden sollen, weil es sich bei dem Spruchkörper ansonsten allenfalls um ein Sportgericht, aber keineswegs um ein auf Gesetz beruhendes (Sport-)Schiedsgericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK handeln würde.[524] Bei dieser rechtlichen Ausgangslage könnte man vermuten, dass in der Sportschiedsgerichtsbarkeit durch das *Mutu u. Pechstein/Schweiz*-Urteil des EGMR nun ein *race to the bottom* eröffnet worden sei, das nicht nur neu einzurichtende, sondern aufgrund des Konkurrenzdrucks auch bereits etablierte echte nationale Sportschiedsgerichte mit bislang vergleichsweise hohen rechtsstaatlichen Standards erfassen könnte. Dem stehen jedoch verschiedene Aspekte entgegen. Zunächst hat sich der Gerichtshof allein zur internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit geäußert, so dass seine Wertungen bei nationalen Sportschiedsgerichten oder sonstigen – etwa branchenbezogenen – echten Schiedsgerichten vermutlich anders ausfallen würden.[525] Zudem sind echte Sportschiedsgerichte außerhalb der Schweiz natürlich an die nationalen rechtsstaatlichen Voraussetzungen gebunden, die vielfach strenger als die vom EGMR gesetzten Mindeststandards sind. Schließlich sind in den letzten Jahren keine Anzeichen für das befürchtete *race to the bottom* erkennbar gewesen.

264 Ein gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK *auf Gesetz* beruhendes internationales (Sportschieds-)Gericht muss also – anders als der Wortlaut der Vorschrift vermuten lassen könnte – nur eine gelockerte Anbindung an bestehende (verfahrensrechtliche) Gesetze erfahren haben. Dies gilt – wie bereits dargestellt[526] – im Hinblick auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit zunächst für die aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter. Zudem unterfallen Sportschiedsgerichte dem Gerichtsbegriff gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unabhängig davon, ob ihre Zuständigkeit staatlich angeordnet wurde oder – wie regelmäßig bei Schiedsklauseln zum CAS – auf einer faktisch erzwungenen Vereinbarung beruht.[527] Denn nach Überzeugung des EGMR besteht in Fällen der faktisch aufgezwungenen Schiedsgerichtsbarkeit durch Private ein ausreichender Schutz durch die in vollem Umfang einzuhaltenden Garantien gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK.[528]

265 Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Üblicherweise werden (Sport-)Schiedsgerichte dem Bereich der *Alternative Dispute Resolution* zugerechnet. Spätestens seit der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* sollte man angesichts der tatsächlich fehlenden Wahlmöglich-

524 → IV. Rn. 144–146.
525 So auch *Lungstras* 270.
526 → IV. Rn. 173–175, 196–202, 242 m.w.N.
527 So auch *Wekesa* ISLJ 2018, 46 (55) unter Bezugnahme auf EGMR 3.4.2008 – Nr. 773/03 – Regent Company/Ukraine.
528 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 115 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keiten im Hinblick auf den CAS zumindest aus der Perspektive der den Statuten der Sportverbände Unterworfenen nicht länger von *Alternative Dispute Resolution*, sondern passgenauer von *Dispute Resolution Without Alternative* sprechen. Dies belegt ein weiteres Mal, wie weit sich der CAS inzwischen mit tatkräftiger Unterstützung durch die schweizerische Gesetzgebung, das SchweizBG, den BGH und nicht zuletzt auch den EGMR von der ursprünglichen Grundidee eines Sportschiedsgerichts hat entfernen können.[529] All dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Einstufung des CAS als echtes Sportschiedsgericht durch den EGMR am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK nachvollziehbar ist.[530]

gg) Schiedssprüche – auf den konkreten Fall zugeschnittene Problemlösungen

266 Schiedsgerichtliche Verfahren zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass eine zügige, auf den konkreten Fall zugeschnittene, pragmatische Lösung eines juristischen Konflikts gefunden werden soll, die die berechtigten Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigt. Der Schiedsspruch bindet nur die Prozessparteien hinsichtlich des konkreten Streitgegenstands.[531] Er muss sich nicht zwangsläufig umfassend und stringent in die bisherige Rechtsprechung eines institutionalisierten Schiedsgerichts einfügen. Diese Zusammenhänge hat *Weatherill*[532] prägnant mit folgenden Worten zusammengefasst:

> „It would be a mistake to exaggerate the consistency of the CAS's practice. Its job is to resolve disputes, not to craft an intellectually pure stream of principles."

267 Allerdings ist diese Einschätzung zu relativieren. Regelmäßig sehen die verfahrensrechtlichen Vorschriften (z.B. eine Schiedsgerichtsordnung) vor, dass in jeder Phase des Schiedsverfahrens das Schiedsgericht eine einvernehmliche Lösung des Rechtsstreits anstreben soll. Dies gilt auch für den CAS, wie sich aus Art. R42 CAS-Code ergibt:

> The President of the Division, before the transfer of the file to the Panel, and thereafter the Panel may at any time seek to resolve the dispute by conciliation. Any settlement may be embodied in an arbitral award rendered by consent of the parties.

268 Allein dieser Umstand sorgt dafür, dass viele Verfahren mit einer sehr individuellen Lösung des Rechtsstreits enden. Zudem ist zu konstatieren, dass die Schiedssprüche nach streitigen Verfahren sich zumindest in gewissem Umfang durch Stringenz auszeichnen. Denn ein Schiedsgericht wird stets darauf bedacht

529 Ähnl. die Einschätzung von *Grünberger* Der Staat 55 (2016), 117 (124).
530 Ebenso *Lungstras* 184; *Opfermann* 209; einschränkend *Bareuther* 76–89, die den CAS als Schiedsgericht *sui generis* mit einer Ähnlichkeit zu staatlichen Gerichten einordnet; stellvertr. für viele sieht etwa *Steinitz* 154 f. beim CAS dringenden Reformbedarf.
531 *Nafziger* ISLJ 2004, 3 (3).
532 *Weatherill*, Principles, 2017, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein, dass sein Schiedsspruch hernach in einem etwaigen Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren bestätigt werden wird.[533]

269 Zunächst können die Parteien festlegen, welcher Rechtsordnung ein späteres Schiedsgerichtsverfahren unterliegen soll (z.B. § 1051 ZPO, Art. 187 IPRG), wobei grundsätzlich auch anationales Rechts vereinbart werden kann. So werden in der Schweiz von dem für internationale Verfahren anwendbaren Art. 187 IPRG auch Rechtsregeln privater Organisationen erfasst, sofern es sich hierbei um ein kohärentes Normengefüge handelt.[534] Für Berufungsverfahren am CAS gilt Art. R58 CAS-Code:

> The Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision.

270 Bei fehlender Rechtswahl der Parteien kann der CAS also nach Rechtsregeln entscheiden, die er für angemessen hält. Auf diese Weise wird dem CAS die Möglichkeit eröffnet, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, die vielfach unter dem Begriff *lex sportiva* zusammengefasst werden.[535] Die Vorbehalte gegenüber der verbreiteten Anerkennung einer *lex sportiva* sind schon zuvor aufgelistet worden.[536] Selbst wenn man die *lex sportiva* weniger kritisch sehen sollte, würden sich die vom CAS aufgestellten Prinzipien letztlich doch als besondere Ausformungen der Grundrechte darstellen, die ihrerseits regelmäßig Teil der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) sind. Ein Verstoß gegen diese könnte zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs oder der Versagung seiner Anerkennung und Vollstreckung führen. Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, wenn die Prinzipien einer *lex sportiva* letztlich die in nationalen Verfassungen verankerten Grundrechte widerspiegeln[537] und sich von nationalen Rechtsprinzipien weniger abheben, als der Name vermuten lassen könnte.

271 Damit kann der CAS zwingendes staatliches Recht nicht unberücksichtigt lassen, sondern muss das primär[538] maßgebliche Verbandsrecht an dem (international) zwingenden Recht messen.[539] Dabei sollte er sich am *ordre public*-Vorbehalt der jeweiligen Anerkennungs- und Vollstreckungsstaaten orientieren und die eventuell einschlägigen Eingriffsnormen in den Blick nehmen. Diese Umstände geben

533 *Opfermann* 26; *Tyrolt* 67.
534 *Adolphsen* 628 ff.; *Lungstras* 159; *Wild* 171; *Adolphsen* SchiedsVZ 2004, 169 (174); *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (14); *Haas* CaS 2007, 271 ff. m.w.N.
535 Arroyo/*Rigozzi/Hasler* Art. R58 CAS-Code Rn. 26.
536 Hierzu → II. Rn. 19–22.
537 *Buck-Heeb/Dieckmann* 86.
538 *Valloni/Pachmann* Rn. 461.
539 *Tyrolt* 77 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gewissermaßen juristische Leitplanken vor, die dem Spielraum der Schiedsrichter bei der Entscheidungsfindung deutliche Grenzen setzen (sollten).

272 Natürlich kann durch vorgenannte Maßnahmen eine Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis nicht vollends gewährleistet werden. Der Grund hierfür ist aber nicht in der „schier unendlichen Anzahl möglicher Spruchkörperkonstellationen am CAS" zu suchen.[540] Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass auch die vor dem CAS verhandelten Fälle hinsichtlich des anwendbaren Verbandsrechts und der einschlägigen nationalen oder europäischen Normen überaus heterogen sind, so dass es nicht verwundern kann, dass eine gefestigte Rechtsprechung mitunter kaum erkennbar sein mag.[541] Etwas anderes dürfte in Dopingverfahren gelten, weil diese weltweit einheitlich nach den Regelungen des WADA-Code entschieden werden.[542] Darüber hinaus beklagt *Scherrer*,[543] die aktuelle Verfahrensordnung fördere den mageren Gehalt der Urteile des CAS. Nationales Recht werde oft von Richtern angewandt, die dieses Recht nicht beherrschten.[544] Es trifft zwar zu, dass in manchen Schiedssprüchen des CAS, in denen nationale Gesetzesvorschriften oder aber europarechtliche Normen anzuwenden sind, die Auseinandersetzung mit der einschlägigen Judikatur und dem Meinungsstand im wissenschaftlichen Schrifttum eher – um es vorsichtig zu formulieren – sparsam ausfällt. Andere Schiedssprüche zeigen jedoch, dass dies kein einheitlicher Standard ist. Insbesondere kann es nicht Anspruch der (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit sein, umfassende rechtliche Analysen auf höchstem wissenschaftlichen Niveau abzuliefern. Zudem hat es jede Streitpartei selbst in der Hand, einen Schiedsrichter mit den entsprechenden Fachkenntnissen auszuwählen sowie durch überzeugenden Sach- und Rechtsvortrag sicherzustellen, dass das Schiedsgericht sich hiermit im Detail auseinandersetzt.

273 Abschließend könnte man meinen, dass die Ablehnung des CAS, das aus dem *Common Law* bekannte Prinzip *stare decisis (et non quieta movere)* – wörtlich übersetzt etwa: beim Entschiedenen stehen und das Ruhende nicht bewegen – anzuwenden,[545] zur beklagten Uneinheitlichkeit der Entscheidungspraxis beitrage.[546] Diesem Prinzip zufolge darf ein Gericht von einer früheren Präzedenzentscheidung nur dann abweichen, wenn signifikante Unterschiede der zu beurteilenden Sachverhalte vorliegen (*doctrine of precedent*). Trotz der Ablehnung des

540 So aber *Opfermann* 23; ähnl. *Thorn/Lasthaus* IPRax 2016, 426 (430); a.A. *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (46).
541 A.A. *Scherrer* CaS 2016, 297 (299).
542 → IV. Rn. 234 f. m.w.N.
543 *Scherrer* CaS 2016, 297 (298).
544 Krit. insoweit im Hinblick auf die Anwendung des Kartellrechts *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 (385).
545 CAS 16.7.2010 – 2008/A/1545, Rn. 52 – Andrea Anderson u.a./IOC; CAS 26.1.2017 – 2015/A/4271, Rn. 57 – Club Kabuscorp do Palanca v. Rivaldo Vitor Borba Ferreira & Fédération Internationale de Football Association (FIFA).
546 So *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (34).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stare decisis-Prinzips zeigt die Praxis jedoch, dass der CAS sich nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit durchaus an älteren Präzedenzentscheidungen orientiert.[547] Zudem hat eine im Jahr 2012 veröffentlichte empirische Studie zu CAS-Schiedssprüchen im Bereich der Leichtathletik[548] ergeben,

> „in the overwhelming majority of arbitral tribunals, CAS panels rely heavily on previous arbitral awards in reaching their decisions."

274 In den letzten Jahren wendet der CAS auch zunehmend europarechtliche Regelungen insbesondere zu den Grundfreiheiten oder zum Kartellrecht an,[549] was im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt anhand von Beispielen belegt werden wird.[550] Dabei wird sich dann auch zeigen, ob die Einschätzung zutrifft, dass insoweit nur offensichtliche Verstöße gegen die europarechtlichen Regelungen den sich darauf berufenden Schiedsparteien zum Erfolg verhelfen würden, während in der Regel die Rechtswirksamkeit der Verbandsstatuten vom CAS bestätigt werde.[551]

hh) Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts

275 Im Folgenden werden einige Schiedssprüche des CAS, in denen die europäischen Grundfreiheiten oder das europäische Kartellrecht zur Anwendung kamen, im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfragen dargestellt und analysiert. Hinsichtlich der Schiedssprüche mit Bezug zu den europäischen Grundfreiheiten werden nur zwei Fälle exemplarisch aufgegriffen. Demgegenüber sind die dargestellten Schiedssprüche mit Bezügen zum europäischen Kartellrecht wegen ihrer insgesamt bis heute noch überschaubaren Anzahl doch durchaus repräsentativ. Auffällig ist, dass – so viel sei vorab angemerkt – die an den Verfahren beteiligten Schiedsrichter einerseits zwar die prinzipielle Anwendbarkeit der europäischen Regelungen nicht in Zweifel zogen, andererseits aber fast durchweg eine „schnelle" Lösung suchten, jeweils bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen mit nur selten überzeugender Begründung als nicht erfüllt ansahen und auf diese Weise ausnahmslos eine Verletzung europäischen Rechts ablehnten.[552]

---

547 *Blackshaw* Ent. & Sports L. J. 2003, 61 (62).
548 *Bersagel* Pepperdine Disp. Res. L.J. 2012, 189 (189).
549 So auchdie Einschätzung von *Duval* Maastricht J. of Europ. & Comp. L. 2015, 224 (227); *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (34).
550 → IV. Rn. 275–315 m.w.N.
551 So *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (35).
552 S. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 15: „There is a degree of inconsistency in the attitude of CAS Panels to the application of relevant provisions of EU law."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Anwendung der Grundfreiheiten

i. *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas*

Das mit Bezug zu den Grundfreiheiten zu untersuchende erste Beispiel betrifft die vor dem CAS verhandelte Rechtssache *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas*.[553] Etwas überraschend hielt es der CAS in diesem Verfahren für unerheblich, dass es seinerzeit in den FIFA-Statuten an einer Rechtsgrundlage für den von der FIFA verfügten Zwangsabstieg gemangelt hatte. Dazu hatte die FIFA-Disziplinarkommission Folgendes ausgeführt:[554] 276

> „The club is pronounced guilty of failing to comply with a decision of a FIFA body in accordance with art. 64 of the FIFA Disciplinary Code (FDC). The first team of the club is relegated to the next lower divison."

Nach dem im konkreten Fall noch einschlägigen Art. 64 FIFA-Disziplinarreglement a.F. hatte die FIFA die Kompetenz besessen, den Verein mit einer Geldstrafe zu belegen sowie Sanktionen wie Punktabzug oder *Zwangsabstieg anzudrohen*. Gemäß Art. 64 Abs. 2 FIFA-Disziplinarreglement a.F. *sollte*, sofern der Club eine letzte Frist ungenutzt verstreichen ließ, *der entsprechende Verband aufgefordert werden, die angedrohten Sanktionen in die Tat umzusetzen*.[555] Obwohl sich die FIFA unter Missachtung der eigenen Statuten nicht an dieses Verfahren gehalten, sondern mehrere eigene Strafentscheidungen getroffen hatte,[556] ging der CAS auf diese Verfahrensmängel nicht ein.[557] Es soll hier nicht spekuliert werden, weshalb das Panel in dieser Weise handelte – jede denkbare Erklärung ist zumindest kein Aushängeschild für die juristische Arbeitsweise im konkreten Verfahren. 277

Aber auch die Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV wendete das zuständige Panel am CAS ungenau an. Zunächst sah sich der CAS an seinen seinerzeit rund vier Jahre alten Schiedsspruch gebunden, der der Entscheidung der FIFA zugrunde gelegen und einen Rechtsstreit des SV Wilhelmshaven mit zwei argentinischen Vereinen in Bezug auf die Zahlung einer Ausbildungsentschädigung betroffen hatte.[558] Diesbezüglich hatte der CAS hinsichtlich 278

553 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032 – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas; s. hierzu auch *Opfermann* 392 f.

554 S. hierzu BGHZ 212, 70, Rn. 5 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

555 Die FIFA hat erst nachträglich eine passende Rechtsgrundlage geschaffen. Nach Art. 15 FIFA-Disziplinarreglement 2019 werden nicht nur CAS-Entscheide in Berufungsverfahren, sondern auch in ordentlichen Verfahren nunmehr intern vollstreckt. Das für die Vollstreckung zuständige Organ ist der jeweilige Verband, der den Schiedsspruch „verfügt" hat.

556 Vgl. zu den Folgen, die sich hieraus im konkreten Verfahren ergaben, *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (12).

557 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 63 ff. – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas beurteilte lediglich die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit des Art. 64 Abs. 1 lit. c) FDC.

558 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 70 – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas: „In other words, what is now at stake is only the question whether the Appellant respected and fulfilled that decision, but no longer its content".

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer etwaigen Unvereinbarkeit des Entschädigungssystems der FIFA mit Art. 45 AEUV im Jahr 2009 Folgendes festgestellt:[559]

> „According to the CAS case law, arguments as to the freedom of movement of football players across the EU can only be raised by the football player himself and not by the football clubs."

279 Dass der EuGH in der Zwischenzeit im Jahr 2010 in der Rechtssache *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* die genau entgegengesetzte Rechtsauffassung vertreten hatte,[560] hatte sich offensichtlich nicht bis zum CAS in Lausanne oder – genauer – bis zu dem Einzelschiedsrichter, der für beide Verfahren zuständig gewesen war, herumgesprochen. Hoffentlich kann man hieraus nicht den Rückschluss ziehen, dass sich der CAS an die tatsächlich noch relativ wenigen Entscheidungen des EuGH zu Rechtsfragen im Sportsektor nur gebunden fühlt, wenn sie nicht im Widerspruch zu rechtlichen Einschätzungen in früheren Schiedssprüchen des CAS stehen.

ii. *RFC Seraing/FIFA*

280 In dem zweiten hier ausgewählten Beispiel musste sich der CAS im Jahr 2017[561] mit der Frage auseinandersetzen, ob Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern, wonach sog. *Third-Party-Ownerships* verboten sind,[562] mit der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit sowie mit Art. 101, 102 AEUV vereinbar sind. Die von den Schiedsklägern behaupteten Rechtsverletzungen lehnten die Schiedsrichter ab, wobei sie im Rahmen der rechtlichen Analyse den inhaltlichen Schwerpunkt bei der behaupteten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit setzten,[563] um hernach auf die entsprechenden Erwägungen bei der kartellrechtlichen Analyse wiederholt Bezug zu nehmen.[564]

281 Die Frage, ob die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV, die primär vor beschränkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten schützen soll, überhaupt unmittelbare Wirkung gegenüber Sportverbänden entfalten kann,[565] bejahte das Panel ohne nähere Begründung. Dies verwundert, denn es erkannte durchaus, dass der EuGH zuvor (und auch seither) über diese Grundfreiheit im Bereich des Sports

559 CAS 5.10.2009 – 2009/A/1810 & 1811, 4. Leitsatz (im Folgenden ebenso Rn. 42) – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate unter Bezugnahme auf CAS [Datum in der CAS-Datenbank nicht ermittelbar] – 2004/A/794 – [Parteien in der CAS-Datenbank nicht ermittelbar] und CAS 13.7.2006 – 2006/A/1027, Rn. 41 – Blackpool F.C. v. Club Topp Oss.

560 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 21, 27 ff. = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC.

561 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490 – RFC Seraing/FIFA.

562 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 592–617 m.w.N.

563 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 96 ff. – RFC Seraing/FIFA.

564 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 130 ff. – RFC Seraing/FIFA.

565 S. hierzu stellvertr. *Heermann* CaS 2013, 21 (27); *Memeti* 181–183.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

noch nicht entschieden hatte (und hat).[566] Ohne nähere Begründung unterstellten die Schiedsrichter sodann, dass die streitgegenständlichen Verbandsstatuten eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bewirken würden.[567] Im Folgenden stellte das Schiedsgericht zutreffend fest, dass Beschränkungen von Grundfreiheiten nicht nur über die jeweiligen gesetzlichen Rechtfertigungstatbestände, sondern auch im Hinblick auf zwingende Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt werden könnten.[568] Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung trennte der CAS[569] sodann nicht sauber zwischen zwingenden Interessen des Allgemeinwohls im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH[570] und den von der FIFA nach eigener Auskunft verfolgten und möglicherweise legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests.[571] In diesem Kontext ist überaus zweifelhaft, ob die von der FIFA geltend gemachten sportbezogenen Zielsetzungen (insbesondere der Schutz der Wettbewerbsintegrität und der Vertragsstabilität vor der Einflussnahme durch vereinsfremde Investoren) tatsächlich auf eine Stufe mit den vom EuGH anerkannten Allgemeinwohlinteressen wie dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, dem Verbraucherschutz, dem Umweltschutz, dem Schutz öffentlicher Netze, dem Schutz kultureller Zwecke (insbesondere der Erhaltung der Medienvielfalt) oder dem Schutz der Sozialsysteme gestellt werden können.[572] Diese Feinheiten der vom EuGH entwickelten Rechtfertigungsdogmatik waren den Schiedsrichtern offensichtlich nicht bekannt und sie wendeten damit faktisch und unausgesprochen den *Meca-Medina*-Test im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit an. Dies ist zwar ein – positiv formuliert – innovativer Ansatz. Letztlich offenbart sich hier aber ein allzu laxer, ergebnisorientiert anmutender Umgang des Panels mit der nicht gesetzlich verankerten und vom EuGH im Laufe der Zeit entwickelten Rechtfertigungsdogmatik zu den Grundfreiheiten einerseits und zu Wettbewerbsbeschränkungen andererseits. Zwischen diesen Rechtskomplexen bestehen zwar gewisse inhaltliche Verbindungslinien, die aber nicht ohne Weiteres miteinander vermischt werden dürfen.

Im nachfolgenden kartellrechtlichen Abschnitt stellte das Schiedsgericht fest, 282
dass es in Ermangelung eines von den insoweit beweisbelasteten Schiedsklägern vorzulegenden ökonometrischen Gutachtens nicht in der Lage sei, das Vorliegen einer von den streitgegenständlichen Verbandsvorschriften bewirkten Wett-

566 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 94 f. – RFC Seraing/FIFA.
567 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 96 f. – RFC Seraing/FIFA.
568 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 100 – RFC Seraing/FIFA.
569 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 101–104 – RFC Seraing/FIFA.
570 Hierzu ausf. → VI. Rn. 169 m.w.N.; s. auch MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 48–72 m.w.N.
571 Hierzu ausf. → VI. Rn. 185–254.
572 Für eine Gleichstellung zumindest der Besonderheiten des Sports mit zwingenden Allgemeinwohlinteressen im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung etwa *Mürtz* Abschn. B. III. 3. c) ee.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bewerbsbeschränkung anzunehmen.[573] Während die Schiedsrichter kurz zuvor fast ohne Begründung eine von dem TPO-Verbot der FIFA ausgehende und potentielle Investoren belastende Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit problemlos hatten erkennen können, vermissten sie nun plötzlich hinsichtlich der ähnlich gelagerten Frage, ob die streitgegenständlichen Verbandsregelungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten, zusätzliche, aufwändig zu erstellende und teure Beweismittel. Auf diesen Aspekt wird nachfolgend nochmals zurückzukommen sein.[574] Gleichwohl prüfte das Panel, eine von den Verbandsvorschriften ausgehende Wettbewerbsbeschränkung unterstellend, gleichsam hilfsweise, ob diese gerechtfertigt werden könnte, wobei man im Wesentlichen auf die vorangegangenen entsprechenden Ausführungen zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit Bezug nahm.[575] Dabei legten die Schiedsrichter die eigentlich ihnen obliegende rechtliche Bewertung des zugrunde liegenden Tatbestands zu einem erheblichen Teil in die Hände der Schiedsparteien.[576] So listete das Schiedsgericht zunächst diejenigen Zielsetzungen auf, die die FIFA selbst als legitim eingestuft hatte und nach eigenem Bekunden mit den streitgegenständlichen Regelungen verfolgte. Dieser Vortrag sei nach Ansicht des Panels von den Schiedsklägern zum Teil anerkannt und im Übrigen nicht bestritten worden. Sodann lehnten die Schiedsrichter eine rechtliche Analyse der von der FIFA behaupteten legitimen Zielsetzungen ab, da diese ja unstreitig seien. Es erstaunt, wenn hier erfahrene Juristen geglaubt haben sollten, dass die Schiedsparteien eine Rechtsfrage in gleicher Weise unstreitig stellen könnten, wie dies natürlich zweifelsohne im Hinblick auf den rechtlich zu bewertenden Tatbestand – aber auch nur insoweit – möglich ist. Auch die Rechtfertigungsproblematik wird in einem nachfolgenden Abschnitt noch ein weiteres Mal aufgegriffen werden.[577]

283 Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die CAS-Schiedsrichter des zuständigen Panels mit diesem Schiedsspruch eindrucksvoll belegt haben, mit den Feinheiten der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung von Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten einerseits sowie von Wettbewerbsbeschränkungen andererseits nur ansatzweise vertraut zu sein. Staunend und ernüchtert ist darüber hinaus zu konstatieren, dass das Panel offensichtlich glaubte, die Schiedsparteien könnten selbst über die Legitimität der von ihnen mit (wettbewerbs)beschränkenden Verbandsvorschriften verfolgten Zielsetzungen entscheiden. Die Rechtsfindung gehört aber auch vor (Sport-)Schiedsgerichten zu den ureigenen, den Schiedsparteien nicht übertragbaren Aufgaben, der sich die Schiedsrichter im Ausgangsverfahren nicht hätten entziehen können und dürfen.

573 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 136 f. – RFC Seraing/FIFA.
574 → XIII. Rn. 606 f.
575 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 138 i.V.m. Rn. 100 ff. – RFC Seraing/FIFA.
576 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 101–103 – RFC Seraing/FIFA.
577 → XIII. Rn. 608–614.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vielmehr hätten sie die Legitimität der vorgetragenen Zielsetzungen im Lichte des *Meca-Medina*-Tests selbst prüfen und bestimmen müssen. Vor diesem Hintergrund ist es nur ein schwacher Trost, dass der Schiedsspruch letztlich zu einem *prima facie* vertretbaren, wenngleich aufgrund der vorgenannten Defizite aber natürlich nicht vollkommen überzeugenden Ergebnis geführt haben mag.

(2) Anwendung des Kartellrechts

Soweit ersichtlich, hat der CAS bislang noch in keinem Verfahren die Unvereinbarkeit einer Verbandsnorm oder deren Anwendungspraxis mit europäischem Wettbewerbsrecht angenommen.[578] 284

i. *AEK Athens and Slavia Prague/UEFA*

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Panel am CAS unter dem Vorsitz eines Italieners und mit zwei deutschen Beisitzern bereits im Jahr 1999 im Verfahren *AEK Athens and Slavia Prague/UEFA* unter Bezugnahme auf Art. 19 IPRG festgestellt hatte, dass der Sportgerichtshof europäisches Kartellrecht zu berücksichtigen habe.[579] Dieser Umstand ist bemerkenswert, weil seinerzeit noch verbreitet die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor generell bestritten worden war und das insoweit bahnbrechende Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[580] erst rund sieben Jahre später erging. Insoweit war der Weg für die Anwendung des Kartellrechts auf sportbezogene Sachverhalte schon frühzeitig bereitet worden, er ist in den nachfolgenden Jahren vom CAS allerdings nur relativ selten beschritten worden. 285

ii. *UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA*

In der Rechtssache *UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA* setzte sich der CAS im Jahr 2012 in folgender Weise mit dem Kartellrecht der Schweiz, welches im konkreten Fall einschlägig war, auseinander:[581] 286

> „120. The Swiss Competition authorities usually assess the question whether there is an abuse of a dominant market position by following a two step approach: First, they assess whether the behaviour of an undertaking having a dominant market position leads to a restraint of competition. Second, if there is a restraint of com-

578 Zu einer rechtlichen Analyse einiger insoweit einschlägiger Schiedssprüche des CAS s. auch *Opfermann* 260–263, 274–276.

579 CAS 20.8.1999 – 98/200, Rn. 10 f. – AEK Athens & SK Slavia Prague/UEFA; so zuletzt nochmals ausdrückl. CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, 1. Leitsatz und Rn. 41–45 – Galatasaray/UEFA.

580 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → insb. VI. Rn. 25–60, 139–163.

581 CAS 31.1.2012 – 2011/O/2574, Rn. 120 f. – UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

petition, they investigate whether there are legitimate business reasons justifying the restraint of competition.

121. In sports matters, the term ‚legitimate business reasons' cannot be limited to economic reasons. The message of the Federal Council of 23 November 1994 to the Swiss Parliament regarding the CA [Anmerkung: Swiss Cartel Act] refers to commercial principles which may constitute legitimate business reasons and keeps the range open for a wider interpretation of the term, without explicitly taking into consideration the specificity of sport. In sports matters, the behaviour of sports associations must be legitimated by reasons that are necessary for the proper functioning of the sport in order to qualify as ‚legitimate business reasons'."

287 Dieser Ansatz ist nicht außergewöhnlich, wenngleich die Auseinandersetzung mit den *legitimate business reasons* recht oberflächlich ausfiel.

iii. *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA*

288 In dem Verfahren *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA* wendete der CAS im Jahr 2006 europäisches Kartellrecht an und fand einen argumentativen Ansatz, der einen schnellen Abbruch der kartellrechtlichen Prüfung erlaubte:[582]

> „The mere fact that an IF [Anmerkung: International Federation] is in a monopoly situation does not mean that it has abused that position: in order to find an abuse of dominant position, it would have to be shown that the IF has indeed sought to restrict competition and overcome rival competitors through its dominant market power. This is however not the case if the IF is acting, not as a competitor on the market with financial stake in the outcome, but as a mere private association exerting regulatory authority. Sanctions issued in application of regulations drawn up by the IF are necessary to safeguard the correct application of the regulations. They do not constitute an abuse of dominant position, but the justified exercise of an IF's power to draw up and apply the rules for the sport for which it is responsible."

289 Dieser Ansatz beruht auf der Annahme, dass die FIFA nicht als Wettbewerber mit eigenen wirtschaftlichen Interessen auf dem Markt auftrete und damit gar nicht unternehmerisch tätig sei. Das ist – wie noch zu zeigen sein wird[583] – keine neue und außergewöhnliche, indes in dieser Allgemeinheit im Ergebnis nicht überzeugende Argumentation. Sie hätte freilich den von Sportverbänden sicherlich gerne in Kauf genommenen Nebeneffekt, dass ihre in der Durchsetzung der Verbandsstatuten bestehenden Aktivitäten, die den Ausgangspunkt zahlreicher Sportschiedsverfahren bilden, kartellrechtlich nicht erfasst werden könnten. Der Haken an der Sache ist jedoch, dass weder der EuGH noch die EU-Kommission oder das BKartA diesen Ansatz bislang übernommen haben (und vermutlich auch künftig nicht übernehmen werden). Im Übrigen deutete der CAS an, dass der klagende Fußballclub zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

582 CAS 9.5.2006 – 2005/A/1001, 4. Leitsatz – Fulham FC (1987) Ltd/FIFA.
583 → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unzureichend vorgetragen hatte („would have to be shown that"). Dies kann bei einer nicht selten zu beobachtenden unzureichenden Sensibilisierung der Schiedskläger für die kartellrechtliche Brisanz eines Sachverhalts nicht überraschen.

iv. *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.*

290 Im Verfahren *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.* sah der CAS im Jahr 2007 bei der kartellrechtlichen Prüfung des FIFA-Solidaritätsmechanismus[584] zunächst die Voraussetzungen des sog. *Meca-Medina*-Tests[585] als erfüllt an.[586] Sodann traf er eine aus Sicht des *Verfassers* zutreffende Feststellung, die allerdings bis heute im Kreis von Sportfunktionären und -juristen noch verbreitet auf Skepsis oder gar Widerspruch stößt (Hervorhebung durch *Verfasser*):[587]

> „The Panel notes in this regard that the principles incorporated in the FIFA Regulations with respect to the transfer of players were approved by the EC authorities after a long process of negotiation. (...) It is now accepted that EU and national law applies to football, **and it is also now understood that EU law is able to take into account the specificity of sport, and in particular to recognise that sport performs a very important social, integrating and cultural function**. Football now has the legal stability it needs to go forward (see the official press release IP/02/824 – Brussels, 5 June 2002, announcing that the European Commission had closed its investigation into the rules governing international transfers of football players)."

v. *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.*

291 Im Jahr 2009 wendete der CAS in der Rechtssache *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.* erneut den sog. *Meca-Medina*-Test[588] an, konnte aber wiederum keinen Kartellrechtsverstoß feststellen:[589]

> „Art. 82 EC Treaty requires the abuse of a monopolistic position. Whether an abuse can be held in the case in question, must not be decided, because again, a possible abuse can be justified by objective reasons including the particularities of sports to the extent the measure taken is adequate, required and proportionate (HEERMANN P.W., Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports, WuW 2009, 489, 497)."

292 In den Entscheidungsgründen fand sodann eine vertiefte Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Problematik statt. Über die Überzeugungskraft der Argumentation wird man streiten können. Dabei ist aber stets zu bedenken, dass der Schiedsspruch drei Jahre nach *Meca-Medina* veröffentlicht wurde und zu

584 Vgl. Stopper/Lentze/*Karlin* Kap. 16 Rn. 58 ff.
585 Ausf. → VI. Rn. 164–385.
586 CAS 28.11.2007 – 2007/A/1287, Rn. 35 f. – Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.
587 CAS 28.11.2007 – 2007/A/1287, Rn. 37 – Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.
588 Ausf. → VI. Rn. 164–385.
589 CAS 29.10.2009 – 2009/A/1788, Rn. 44 ff. i.V.m. Rn. 28 ff. – UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieser Zeit die wissenschaftliche Diskussion zum Spannungsfeld von Sport und europäischem Kartellrecht erst sehr langsam Fahrt aufnahm.

vi. *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)*

293 Im Jahr 2011 schilderte der CAS in dem Verfahren *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)* zunächst sachlich zutreffend den sog. *Meca-Medina*-Test,[590] konnte in der Folge aber mangels hinreichenden Sachvortrags von einer detaillierten Prüfung absehen:[591]

> „In addition, the Panel is satisfied that the EU Court of Justice clearly stated in Meca-Medina that anti-doping rules and sanctions ‚are justified by a legitimate objective' and that any related limitation to the athletes' economic freedom ‚is inherent in the organisation and proper conduct of competitive sport and its very purpose is to ensure healthy rivalry between athletes' (Case C519/04P Meca-Medina and Majcen v Commission, [2006] 5 C.M.L.R. 18, para. 45). While it is true that restrictions imposed by anti-doping rules and sanctions ‚must be limited to what is necessary to ensure the proper conduct of competitive sport' (ditto, para. 47) and, thus, they must be proportionate, the Athlete has equally adduced no evidence to establish that the anti-doping rules and sanctions at issue are disproportionate and, as a consequence, has not established a violation of article 101 TFEU. As to article 102 TFEU, the Athlete has offered no market analysis to define the relevant market and submitted no evidence to prove the existence of a dominant position, let alone the perpetration of abuses, by UCI. Accordingly, this submission on behalf of the Athlete also fails."

294 Diese Entscheidung belegt eindrucksvoll, dass in sportrechtlichen Verfahren vor Sportschiedsgerichten oder auch staatlichen Gerichten das Schwingen der „kartellrechtlichen Keule" allein regelmäßig nicht zum rechtlich gewünschten Erfolg führen wird. Vielmehr bedarf es insoweit eines substantiierten Vortrags zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, was sich gerade bei der Abgrenzung des relevanten Marktes oder der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung[592] als schwierig erweisen kann.

vii. *Azpeleta*

295 Verschiedene kartellrechtliche Aspekte, die schon in den bereits erwähnten Schiedssprüchen des CAS thematisiert worden waren, spielten auch im Schiedsspruch zur Rechtssache *Azpeleta* aus dem Jahr 2015[593] eine Rolle:

296 Eine spanische Mittelstreckenläuferin, der ein Dopingverstoß vorgeworfen worden war, war vom spanischen Leichtathletikverband freigesprochen worden.

590 Ausf. → VI. Rn. 164–385.
591 CAS 21.4.2011 – 2010/A/2235, Rn. 52 – UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS).
592 → VII. Rn. 1–37.
593 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614 – Azpeleta.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hiergegen hatten die IAAF sowie die WADA vor dem CAS geklagt. Dort bestritt die Athletin die Zuständigkeit des internationalen Sportschiedsgerichts und behauptete einen Verstoß des CAS gegen die Garantien aus Art. 6 EMRK.[594] Sie trug weiter vor, das Verhalten der IAAF stelle einen Verstoß gegen das Kartellrecht dar, soweit vom Verband die Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung zum CAS zur Bedingung für die Teilnahme an Sportwettkämpfen erklärt worden sei.[595] Die Betroffenheit des verfassungsrechtlich geschützten Justizgewährungsanspruchs begründe einen Missbrauch im Sinne des europäischen Kartellrechts.[596] Die Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung sei nicht freiwillig erfolgt, obwohl dies nach der Rechtsprechung des EGMR erforderlich gewesen sei.[597] Das zuständige Panel schloss sich diesen Ausführungen aus verschiedenen Gründen nicht an:[598]

297 Gegen die von der Leichtathletin vorgetragene Rechtsauffassung spreche bereits der Umstand, dass es sich bei der IAAF um kein Unternehmen handele. Denn der Verband werde nicht unternehmerisch tätig, wenn er zwecks Erleichterung der Dopingbekämpfung Bestimmungen über die Streitbeilegung treffe:[599]

> „In turn, the Panel finds that the First Appellant (and sports federations more generally) do not engage in an economic activity, and thus do not constitute undertakings for the purposes of EU competition law, when determining a dispute resolution forum, with a view to facilitating the independent, impartial, specialized, and expeditious resolution of sports disputes, especially in connection with the global fight against doping in sport."

298 Auffällig ist, dass sich der CAS nicht mit dem Meinungsstand zu dieser Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Unionsgerichte sowie im wissenschaftlichen Schrifttum auseinandersetzte. Dort hatte sich seinerzeit noch keine klar vorherrschende Meinung herausgebildet. Aber aus der *ISU*-Entscheidung der EU-Kommission[600] ließ sich – allerdings erst zwei Jahre später – ableiten, dass grundsätzlich nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass ein Sportverband bei der Implementierung von Streitbeilegungsregelungen in Verträge oder in die eigene Satzung unternehmerisch tätig wird.[601] Indes hatte bereits im Jahr 2007 die EU-Kommission in ihrem Commission Staff Working Dokument darauf hingewiesen, dass in Sportarten, in welchen die Teilnehmer ihren Lebensunterhalt

594 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 146 – Azpeleta.
595 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 148 ff. – Azpeleta.
596 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 154 – Azpeleta.
597 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 157 – Azpeleta.
598 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 162 ff. – Azpeleta.
599 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 175 – Azpeleta.
600 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 152 f. – ISU's Eligibility Rules unter Bezugnahme auf EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 69 ff. = SpuRt 2005, 102 – Piau.
601 So zuletzt *Opfermann* 276; ähnl. schon *Heermann* CaS 2015, 384 (386 f.); enger hingegen *Mestmäcker/Schweitzer* § 9 Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit der Sportausübung bestreiten können, diese Annahme sogar naheliegend sei.[602]

299 Sodann prüfte der CAS noch hilfsweise den von der Athletin behaupteten kartellrechtlichen Missbrauch, ohne dabei jedoch auf eine etwaige Beeinträchtigung des Wettbewerbs näher einzugehen. Nach Ansicht des Panels könne der Vorwurf des Missbrauchs nicht erfolgreich auf die fehlende Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit des CAS oder die Organisation des CAS gestützt werden.[603] Auf diese Rechtsproblematik wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.[604]

300 Besondere Aufmerksamkeit verdient die Argumentationstechnik zu einem letzten Punkt. Das Panel nahm zunächst auf die *Eco-Swiss*-Entscheidung des EuGH Bezug,[605] wonach die Gerichte der Mitgliedstaaten der EU, zu denen die Schweiz bekanntermaßen nicht gehört, das Kartellrecht im Rahmen einer *ordre public*-Kontrolle von Amts wegen zu beachten haben. Zudem führte das Schiedsgericht aus, dass der CAS das europäische Kartellrecht stets zu berücksichtigen habe und sich hieran auch das schweizerische Rechtssystem zunehmend orientiere. Zudem sei der Schweiz eine *ordre public*-Kontrolle im Beschwerdeverfahren bekannt.[606] Die unmittelbar nachfolgende Passage sei im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[607]

> „190. Finally, the Swiss Federal Tribunal has, on numerous occasions, held that the CAS presents ‚sufficient guarantees of independence and impartiality'. In addition, the Swiss Federal Tribunal has, in a judgment concerning an action for annulment based, inter alia, on a supposed lack of independency and impartiality of the CAS from international sports associations in general and the IOC in particular, stated that it considers the CAS as constituting a real arbitration tribunal and that it is sufficiently independent from sports associations, including, the IOC, that even in cases where these are parties to the dispute, its awards have to be considered as judgments having the same value as judgments from an ordinary state court. **Given that in the same judgment, the Swiss Federal Tribunal applied Article 190 para. 2 PILA** [Anmerkung: IPRG = (schweizerisches) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht]**, the Panel concludes that the Swiss Federal Tribunal does implicitly consider that neither the composition of the CAS nor the procedural rules followed by the CAS are the result of an abuse of a dominant position by the international sports associations.**
>
> 191. In the light of the foregoing, the Panel considers that the arguments brought forward by the First Respondent with regards to the supposed abuse of a dominant

602 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.b): „In this respect, the question will become relevant to what extent the sport in which the members (usually clubs/teams or athletes) are active can be considered an economic activity and to what extent the members exercise economic activity."

603 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 177 ff. – Azpeleta.

604 → XIII. Rn. 914–944.

605 EuGH Slg. 1999 I-3055, Rn. 37 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss.

606 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 189 – Azpeleta.

607 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 190 f. – Azpeleta.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> position concerning the composition of the CAS and the arbitral procedure before the CAS lack any merit and have, thus, to be rejected."

Die Argumentationsschritte sind also folgendermaßen aufgebaut: Das SchweizBG habe in der Rechtssache *Pechstein*[608] im Berufungsverfahren, welches in Deutschland einem Aufhebungsverfahren entspricht, im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle implizit die Kartellrechtskonformität faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen zum CAS festgestellt, indem es insoweit eine kartellrechtliche Überprüfung unterlasen habe. Hier scheint der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen zu sein. Zum einen sind Urteile des EuGH für das SchweizBG nicht verbindlich. Zum anderen gehört das Kartellrecht in der Schweiz nicht zum *ordre public*.[609] Ein insoweit rechtskundiger Betrachter hätte also – im Gegensatz zum CAS im Verfahren *Azpeleta* – in den fehlenden Erwägungen des SchweizBG im Berufungsverfahren zu einer etwaigen Kartellrechtswidrigkeit der Schiedsvereinbarung geradezu eine Selbstverständlichkeit gesehen und wäre nicht auf die Idee gekommen, hieraus ebenso weitreichende wie rechtlich unhaltbare Rückschlüsse zu ziehen.[610] 301

viii. *Galatasaray/UEFA*

Die bisherige Analyse zum Umgang des CAS mit den Regelungen des europäischen Kartellrechts ist – zurückhaltend formuliert – ernüchternd gewesen. Es muss jedoch hervorgehoben werden, dass der Schiedsspruch in dem Verfahren *Galatasaray/UEFA* aus dem Jahr 2016[611] belegt, dass sich in diesem Fall ein Panel am CAS durchaus bemühte, Art. 101, 102 AEUV unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Judikatur auf einen konkreten Fall anzuwenden. In dem Rechtsstreit ging es insbesondere um die – im Ergebnis letztlich bejahte – Vereinbarkeit der sog. *Break even-Rule* des UEFA-Reglements zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay[612] mit dem europäischen Kartellrecht sowie mit den europäischen Grundfreiheiten. Eingangs stellte das Panel klar, dass die genannten Regelungen in Verfahren vor dem CAS als zwingende Bestimmungen gem. Art. 19 IPRG Anwendung finden.[613] Die ausführliche Prüfung am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 AEUV[614] überzeugt allenfalls im Ergebnis, wenngleich die zahlreichen Gegner der genannten UEFA-Regelungen dies letztlich anders beurteilen werden. Zutreffend wurde die UEFA als Unternehmensvereinigung einge- 302

608 SchweizBG CaS 2010, 185.
609 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.
610 *Opfermann* 275 f.
611 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492 – Galatasaray/UEFA.
612 Hierzu → XIII. Rn. 171–202 m.w.N.
613 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, 1. Leitsatz und Rn. 41–45 – Galatasaray/UEFA.
614 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 55–80 – Galatasaray/UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stuft.[615] Das Vorliegen einer von der *Break even-Rule* ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung lehnte das Panel ab, wobei die insoweit vom türkischen Fußballclub vorgelegten Beweise als unzureichend eingestuft wurden.[616] Das überrascht, weil potentiell wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zumindest nachvollziehbar vorgetragen worden waren und auch im Schrifttum angenommen werden.[617] Man hätte damals durchaus erwarten können, dass der CAS als letztinstanzliches Gericht sich bei dieser sehr umstrittenen Rechtsfrage nicht so schnell unter Berufung auf die Beweislast aus der Affäre zieht, zumal Art. 57 i.V.m. 44 CAS-Code Möglichkeiten zu einer intensiveren Nachforschung eröffnet hätten.[618] Der gegen den Fußballclub gerichtete Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens, weil er nicht schon in einem früheren, von der UEFA eingeleiteten und mit einem Vergleich beendeten Verfahren die Kartellrechtswidrigkeit geltend gemacht hatte,[619] liegt neben der Sache, weil das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes nicht von einem solchen Verhalten einer Partei abhängig gemacht werden kann. Der Umstand, dass das Panel sodann noch ergänzend („In addition …") die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests[620] prüfte,[621] belegt eindrucksvoll, dass den Schiedsrichtern die Funktion dieses Tests als Reduktion des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung oder – nach anderer Ansicht – als tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsgrund[622] unbekannt war. Die Unzulänglichkeiten der rechtlichen Prüfung von Art. 101 AEUV strahlten sodann auf die deutlich knappere Auseinandersetzung mit einem etwaigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV aus.[623] Auch die Prüfung der behaupteten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit[624] geriet sehr oberflächlich.

ix. *World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency*

303 Dieses Schiedsverfahren der klagenden Welt Anti-Doping Agentur (WADA) gegen die beklagte Russische Anti-Doping Agentur (RUSADA) aus dem Jahr

615 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 60 – Galatasaray/UEFA.
616 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 64, 67, 72, 74 f. – Galatasaray/UEFA.
617 *Heermann* CaS 2013, 263 (264 f.); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (6 f.); s. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 273 Fn. 109 m.w.N. zum Meinungsstand im englischsprachigen Schrifttum.
618 Zu etwaigen vom FFP ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und den mit einem entsprechenden Nachweis verbundenen Problemen → XIII. Rn. 181–185.
619 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 71 – Galatasaray/UEFA.
620 → VI. Rn. 164–385.
621 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 77–79 – Galatasaray/UEFA; unzutreffend geht der CAS insoweit vom *Wouters*-Urteil des EuGH (EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – Wouters, zum Wortlaut → VI. Rn. 140) aus, das aber gar nicht Sportverbände betrifft. Vielmehr wurde der *Wouters*-Test erst später vom Gerichtshof in EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen (zum Wortlaut → VI. Rn. 46) auf den Sportsektor übertragen.
622 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.
623 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 81–84 – Galatasaray/UEFA.
624 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 85–87 – Galatasaray/UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2020[625] betraf weitreichende, hier nicht im Detail zu vertiefende Sanktionen, die die WADA gegen die RUSADA, russische Athleten sowie deren Trainer und Betreuer, russische Regierungsvertreter, offizielle Vertreter des russischen Nationalen Olympischen Komitees sowie das Land Russland verhängt hatte. Das schweizerische und europäische Kartellrecht spielte in dem 186-seitigen Schiedsspruch nur am Rande eine Rolle. Aber selbst dann hätten die Schiedsparteien erwarten dürfen, dass sich das Panel in dem Schiedsspruch zunächst mit dem gesamten kartellrechtlichen Vorbringen der Parteien auseinandersetzt (was nicht geschah) und dabei das Kartellrecht unter Berücksichtigung auch aktueller Entwicklungen sachgerecht anwendet (was nur teilweise gelang).

Die WADA hatte in dem Verfahren, gestützt auf ein externes Rechtsgutachten, u.a. vorgetragen, dass sie selbst keine unternehmerische Tätigkeit ausübe, damit kein Unternehmen oder keine Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne sei und deshalb in dem Verfahren Kartellrecht nicht angewendet werden könne.[626] Bei abweichender rechtlicher Beurteilung dieser Fragen liege indes weder eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV noch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV vor. Zudem wiesen die Sanktionen legitime Zielsetzungen auf und seien insoweit verhältnismäßig.[627] 304

Der Russische Eishockey-Verband sowie eine Gruppe russischer Athleten hatten, gleichfalls gestützt auf ein externes Rechtsgutachten, die WADA als ein Unternehmen im Sinne des europäischen und schweizerischen Kartellrechts eingestuft und diese Rechtsauffassung durch weitere Argumente untermauert. Insbesondere würden die WADA, das IOC, das Internationale Paralympische Komitee und die internationalen Sportverbände einzeln oder zusammen bei der Umsetzung der von der WADA verhängten Sanktionen eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV missbräuchlich ausnutzen. Zudem seien diese Sanktionen im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele nicht erforderlich und unverhältnismäßig.[628] 305

Das Panel schloss sich zunächst der Auffassung des von der WADA eingeschalteten Rechtsgutachters an und stellte fest, dass das Kartellrecht auf die WADA nicht anwendbar sei.[629] Sodann prüfte es, ob es sich bei der WADA um eine Unternehmensvereinigung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV handelt und verneinte dies mit folgender Begründung:[630] 306

625 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
626 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 230 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
627 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 231 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
628 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 460, 482 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
629 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 814 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
630 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 816 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „[…] the Panel doubts that WADA falls under the qualification of an ‚*association of undertakings*', insofar as it does not consist of national associations which themselves are undertakings in the meaning of Article 101 TFEU [Anmerkung: AEUV]. The WADC [Anmerkung: WADA-Code] and the ISCCS [Anmerkung: International Standard for Code Compliance by Signatories], therefore, adopted by WADA, as well as the Signatory Consequences based on them, do not appear intended to regulate the manner in which Signatories conduct their economic activities or constitute a ‚*decision by associations of undertakings*' within the meaning of Article 101 TFEU."

307 Nachfolgend lehnte das Panel hilfsweise die Voraussetzungen einer von der WADA bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ab, weil es insoweit an einer detaillierten ökonomischen Analyse oder an einem entsprechenden empirischen Nachweis seitens der Schiedsbeklagten gemangelt habe.[631] Geradezu apodiktisch verneinte das Panel schließlich noch das Vorliegen der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests,[632] ohne hierfür eine nähere Begründung zu präsentieren.[633]

308 Der CAS mag zwar zu einem vertretbaren Ergebnis gelangt sein, indem die streitgegenständlichen Maßnahmen der WADA letztlich als kartellrechtskonform eingestuft wurden. Allerdings fordert die Argumentation des Panels Widerspruch geradezu heraus:

309 Die befassten Richter am CAS gingen seinerzeit anscheinend davon aus, mit ihrer Feststellung, dass es sich bei der WADA nicht um eine Unternehmensvereinigung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV handele, komme ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV nicht mehr in Betracht. Warum sonst hätten sie auf den Vortrag der RUSADA und einer Gruppe von Athleten zu Art. 102 AEUV mit keiner Silbe mehr eingehen sollen? In dieser Vorschrift ist indes von einer Beeinträchtigung „durch ein oder mehrere Unternehmen" die Rede. Es hätte also zunächst einer genaueren Prüfung bedurft, ob die WADA als Stiftung nach schweizerischem Recht unternehmerisch tätig geworden war,[634] was angesichts des auch im europäischen Kartellrecht allgemein anerkannten funktionalen Unternehmensbegriffs[635] nicht von vornherein ausgeschlossen werden konnte. Allein die seitens des Panels vorgebrachte Tatsache, dass die WADA aufgrund der Rechtsform keine unternehmerisch tätigen internationalen Sportverbände als Mitglieder hat und auf diese nicht in ökonomischer Hinsicht einwirken wolle, steht nicht *per se* einer Einstufung der WADA als Unternehmen entgegen. Im konkreten Fall hätte es durchaus nahe gelegen, die Voraussetzungen einer sog. kollektiven Marktbeherrschung[636] zu

631 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 818 f. – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
632 Hierzu → VI. Rn. 164–385.
633 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 818, 820 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.
634 Hierzu allg. → VI. Rn. 119–138 m.w.N.
635 Hierzu → VI. Rn. 114–118 m.w.N.
636 → VII. Rn. 16–37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

prüfen. Dies galt umso mehr, als das BKartA[637] bereits zu Beginn des Jahres 2019 die sog. Olympische Bewegung, die keine spezielle Rechtsform aufweist, als kollektiv marktbeherrschend gem. Art. 102 AEUV eingestuft hatte. Man möge an dieser Stelle nicht einwenden, Schiedsrichtern am CAS sei schon aus sprachlichen Gründen nicht zumutbar, Entscheidungen des BKartA zur Kenntnis zu nehmen, zumal Deutschland in keiner Weise an dem Schiedsverfahren beteiligt gewesen sei. Denn erstens war der für die Anwendung europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor geradezu bahnbrechende Verpflichtungszusagenbeschluss des BKartA, über den in der Tages- und Fachpresse weltweit berichtet worden war und der deshalb weit über Deutschland und die Mitgliedstaaten der EU hinaus in Fachkreisen auf reges Interesse gestoßen war, vom BKartA zeitnah auch in englischer Sprache veröffentlicht worden.[638] Deshalb kann zweitens kaum angenommen werden, dass dieser Beschluss den erfahrenen Schiedsrichtern am CAS unbekannt geblieben wäre, selbst wenn hierauf in den von den Parteien vorgelegten Rechtsgutachten nicht eingegangen worden sein sollte (was hier naturgemäß nicht beurteilt werden kann, indes wenig schmeichelhaft zumindest für den von der RUSADA und der Gruppe von Athleten eingeschalteten Rechtsgutachter wäre).

Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung kurz und knapp unter Hinweis auf fehlende empirische Nachweise zurückzuweisen, scheint sich am CAS zunehmender Beliebtheit zu erfreuen.[639] Gerade auch bei dieser wichtigen Rechtsfrage hätte man eine intensivere Auseinandersetzung hiermit erwarten können. Die über eine bloße Erwähnung des *Meca-Medina*-Tests kaum hinausgehende apodiktische Auseinandersetzung mit diesem durch das Panel rundet das aus kartellrechtlicher Sicht enttäuschende Gesamtbild ab. 310

(3) Keine Vorlageberechtigung des CAS an den EuGH

Wenn es um die Anwendung und Auslegung der Vorschriften des AEUV geht, liegt der Gedanke nicht fern, den EuGH gem. Art. 267 AEUV über die Auslegung der Verträge im Wege der Vorabentscheidung entscheiden zu lassen. Unabhängig davon, ob diese Vorschrift im Nichtmitgliedstaat Schweiz überhaupt Anwendung finden kann, entspricht es jedoch ständiger Rechtsprechung, dass für echte Schiedsgerichte und damit auch für den CAS[640] keine Vorlagebefugnis zum 311

637 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 41 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zur rechtlichen Würdigung dieses Ansatzes → VII. Rn. 30–37.

638 Abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-26-17.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

639 S. zuvor bereits CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 64, 67, 72, 74 f. – Galatasaray/UEFA, → IV. Rn. 302; CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 137, 142 – RFC Seraing/FIFA, → IV. Rn. 280–283.

640 Insoweit krit. PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 282.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EuGH besteht.[641] Für Schiedsgerichte mit Sitz in den Mitgliedstaaten – also nicht für den CAS – könnte analog Art. 15 VO 1/2003 in Betracht kommen, die EU-Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde als *amicus curiae* um Stellungnahmen zu Fragen zu bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen.[642]

312 In jedem Fall verbleibt den Schiedsparteien bei Verfahren vor dem CAS mit Bezug zum europäischen oder auch nationalen Kartellrecht aber noch eine andere Möglichkeit: Zunächst muss in derartigen Konstellationen regelmäßig die gegen einen internationalen Sportverband klagende Schiedspartei die Relevanz kartellrechtlicher Regelungen für ihr Verfahren erkannt haben, was erfahrungsgemäß insbesondere auch von den rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters abhängt (1. Hürde). Sodann muss zu diesen Rechtsfragen substantiierter Vortrag erfolgen, was eventuell die Einholung eines – regelmäßig nicht billigen – ökonometrischen Gutachtens erfordern kann (2. Hürde und 3. Hürde). Darüber hinaus können Schiedsparteien zu den sodann umstrittenen zentralen kartellrechtlichen Fragen auch noch privat von Experten anzufertigende Rechtsgutachten in Auftrag geben und dadurch ihren Rechtsvortrag untermauern (4. Hürde). Das alles kostet indes Zeit und natürlich auch Geld. Von dieser Möglichkeit wird jedoch in Verfahren vor dem CAS durchaus Gebrach gemacht. Damit ist der Hürdenlauf aber noch nicht beendet. Denn nunmehr sollte das Panel, auf dessen Zusammensetzung die Parteien nur begrenzten Einfluss haben,[643] auch selbst noch über den erforderlichen kartellrechtlichen Sachverstand verfügen (5. Hürde), damit gewährleistet ist, dass – wie mitunter in der Vergangenheit – die kartellrechtliche Problematik nicht mit zweifelhaften, teils unvertretbaren Begründungen vom Tisch gewischt wird. Dabei sollte man sich vergegenwärtigen, dass für Schiedsgerichte gerade am Schiedsort Schweiz nur geringe – wenn überhaupt – Anreize bestehen, einen eigenen Beitrag zur Harmonisierung des Unionsrechts zu leisten.[644]

641 EuGH Slg. 1982, 1095, Rn. 8 ff. = NJW 1982, 1207 (1208) – Nordsee; EuGH Slg. 1999, I-3055, Rn. 34 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss; EuGH Slg. 2005, I-923, Rn. 13 = EuZW 2005, 319 – Denuit und Cordenier; ebenso *Hail* 253 f. Krit. hierzu EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897. Zuletzt hat *Rösch* 151 ff. eine Vorlagebefugnis für Investitionsschiedsgerichte angenommen, weil es sich insoweit nicht um Schiedsgerichte handele, die auf privatrechtlichen Verträgen beruhen. Für Deutschland wird eine Vorlagebefugnis zum BGH diskutiert, welcher sodann Fragen zur Auslegung des Unionsrechts wiederum gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegen könnte; vgl. *Wernicke* NJW 2017, 3038 (3042).

642 *Dreher*/Kulka Rn. 1835; vgl. auch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Zuber* Art. 15 VO 1/2003 Rn. 5 bei Fn. 13.

643 → IV. Rn. 188–195.

644 *Tyrolt* 13 nimmt aber immerhin eine mittelbare Bindung an die Vorgaben zwingenden EU-Rechts an.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Würdigung

313 Wie bereits dargelegt, gibt es zahlreiche nachvollziehbare Gründe, gerade in der Schweiz mit dem CAS ein faktisch konkurrenzloses, sportartübergreifendes Weltsportschiedsgericht zu unterhalten und vorrangig dort Rechtsstreitigkeiten unter Beteiligung internationaler Sportverbände auszutragen.[645] Dies ist insbesondere aus der Perspektive des Kartellrechts, dessen Bedeutung in sportrechtlichen Auseinandersetzungen in den letzten Jahren permanent zugenommen hat, brisant.[646] Aus den beiden unmittelbar vorangehenden Abschnitten hat sich ergeben, dass

- der CAS nationales, aber insbesondere auch europäisches Kartellrecht anzuwenden hat,
- die Behandlung kartellrechtlicher Fragen durch den CAS wiederholt nicht zu überzeugen vermochte,
- eine Vorlagebefugnis des CAS zum EuGH nicht besteht und
- eine effektive Kontrolle kartellrechtlicher Ausführungen in Berufungsverfahren vor dem SchweizBG nicht erfolgt,[647] weil das Kartellrecht nicht zum schweizerischen *ordre public* zählt.[648]

314 Auf eine Nachkontrolle der CAS-Schiedssprüche im Vollstreckungsverfahren vor staatlichen Gerichten in Ländern außerhalb der Schweiz, wo der anwendbare nationale *ordre public* das Kartellrecht umfasst (wie z.B. in Deutschland), sollte man im Zweifel nicht setzen. Denn Schiedssprüche des CAS werden bevorzugt[649] innerhalb der Verbandspyramide umgesetzt,[650] so dass staatliche Gerichte zum Zwecke der Vollstreckung regelmäßig nicht angerufen werden.[651] Wenn man nun auch noch berücksichtigt, dass Athleten und Vereine, die sich den Statuten eines (inter)nationalen Sportverbandes unterworfen haben, sich regelmäßig aufgrund faktischen Zwangs auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit und damit auch auf den CAS einlassen,[652] kann man im Hinblick auf Schiedsverfahren vor dem CAS – zumindest in erheblichem Umfang – von einer „faktischen Bereichsausnahme des (EU-)Kartellrechts für den Sport" sprechen.[653] Dies widerspricht freilich der Intention, die der EuGH mit der grundlegenden Entscheidung *Meca-Medina und Majcen* verfolgt und die darauf gerichtet ist, keine derartigen Ausnahmebereiche

645 → insb. IV. Rn. 83–89, 148 f. m.w.N.
646 S. hierzu *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 ff.
647 Hierzu auch → IV. Rn. 316–325.
648 → IV. Rn. 301, 318 f. Allg. in kartellrechtlichen Schiedsverfahren innerhalb der EU eine unzureichende staatliche Nachkontrolle in Aufhebungsverfahren beklagend *Kasolowsky/Steup* IPrax 2011, 96 ff.
649 S. exemplarisch BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.
650 S. stellvertr. *Weatherill*, Principles, 2017, 19 f.
651 → IV. Rn. 326–334.
652 → IV. Rn. 220–236.
653 So *Opfermann* 13.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Sportsektor zuzulassen.[654] Allerdings gibt es in jüngerer Zeit Anzeichen dafür, dass am CAS in einzelnen Verfahren mit Bezügen zum europäischen Kartellrecht trotz der insoweit begrenzten Kontrollen durch staatliche Gerichte durchaus Prüfungen am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV stattfinden.[655] Die Schiedsrichtern am CAS üblicherweise zugesprochene überlegene Sach- und Fachkunde in sportrechtlichen Fragen hat man in bisherigen sportkartellrechtlichen Verfahren bis in die jüngste Vergangenheit indes wiederholt vergeblich gesucht. Vielmehr haben verschiedene Panels kartellrechtliche Vorwürfe gegenüber internationalen Sportverbänden oder zuletzt der WADA mit fast durchweg zweifelhaften, in Einzelfällen gar unhaltbaren, abenteuerlichen Begründungen zurückgewiesen. Ob bei sachgerechter kartellrechtlicher Prüfung der Ausgang der betreffenden Schiedsverfahren vor dem CAS jeweils oder im Einzelfall ein anderer gewesen wäre, lässt sich nachträglich in Unkenntnis der Verfahrensdetails natürlich nicht mehr zuverlässig ermitteln, so dass dieser Aspekt bei der kartellrechtlichen Analyse der betreffenden Verfahren[656] bewusst ausgeblendet worden ist.

315 Weniger Zurückhaltung bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts auf Sachverhalte im Sportsektor haben zuletzt allerdings die europäische Kartellbehörde,[657] aber auch das BKartA[658] gezeigt.[659] In den betreffenden Kartellverfahren mussten die internationalen Sportverbände – anders als in den bislang vor dem CAS verhandelten Fällen – durchaus Federn lassen. Diese Entwicklung hat sich vermutlich aus fachlichem Interesse bis zum CAS herumgesprochen, ist aber mit Sicherheit der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) bekannt. Denn am 17.5.2013 wurde das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts abgeschlossen.[660]

ii) Anerkennung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport insbesondere durch das Schweizerische Bundesgericht

316 Im Jahr 2016 gab *Mankowski*[661] eine ebenso nüchterne wie klare Einschätzung zur internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit ab:

654 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 37–39 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → VI. Rn. 75–89.
655 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492 – Galatasaray/UEFA.
656 → IV. Rn. 284–310 m.w.N.
657 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; → VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8 und XIII. Rn. 73–100.
658 Vgl. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31 und XIII. Rn. 655–708.
659 Allg. hierzu → XI. Rn. 1 ff.
660 Abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20130606/index.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).
661 *Mankowski* 475.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Die internationalen Sportverbände gerieren sich als ‚Mini-Staaten'[662] und eigene Quasi-Welten. Effektive Kontrolle über sie üben ihre Sitzstaaten kaum aus, sondern gerieren sich als eine Art juristisches Paradies."

317 Da die meisten internationalen Sportverbände wie auch der CAS ihren Sitz in der Schweiz haben,[663] zielt diese Kritik offensichtlich auf die schweizerische Legislative und Judikative. Die günstigen rechtlichen Rahmenbedingungen sind bereits beleuchtet worden,[664] nunmehr soll der Blick auf das SchweizBG gerichtet werden.[665] Dieses Gericht bewertet Schiedsvereinbarungen nach schweizerischem Recht deutlich großzügiger, als dies etwa bei Anwendung deutschen Rechts möglich wäre,[666] was *Baddely*[667] jüngst zur folgenden, insbesondere für die Praxis bedeutsamen Feststellung veranlasst hat:

> „Even a party who contests the competence of CAS from the start of arbitral proceedings has therefore little chance of success in invoking the absence of consent to arbitration."

318 Wenn eine beim CAS unterlegene Partei sodann gem. Art. 190 IPRG die Anfechtung des Schiedsspruchs vor dem SchweizBG beantragt, ist dessen materiellrechtliche Überprüfung nur noch am Maßstab des *ordre public* möglich.[668] Dieser wird ausdrücklich in Art. 190 Abs. 2 lit. e) IPRG angesprochen. Indes kann sich der *ordre public* in der Schweiz durchaus vom *ordre public* in anderen Ländern (etwa dem deutschen *ordre public* gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO) unterscheiden. So hat der EuGH in seinem *Eco Swiss*-Urteil[669] festgestellt, dass ein staatliches Gericht, soweit es nach seinen nationalen Verfahrensregeln einem Antrag auf Aufhebung eines Schiedsspruchs wegen Verletzung nationaler Bestimmungen, die zur öffentlichen Ordnung gehören, stattgeben müsse, verpflichtet sei, einem solchen Antrag auch dann stattzugeben, wenn er auf die Verletzung des Verbots aus Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) gestützt sei.

319 Was somit für Mitgliedstaaten der EU gilt,[670] muss aber nicht zwangsläufig auch in der Schweiz gelten.[671] Dementsprechend wird nach der Rechtsprechung des SchweizBG das europäische und nationale Kartellrecht nicht vom nationalen

662 *Rigozzi* ZSR 132 (2013), 301.
663 → IV. Rn. 83–89.
664 → IV. Rn. 83–89 m.w.N.
665 Zur Rolle des SchweizBG bei der rechtlichen Überprüfung von CAS-Entscheidungen sowie zu deren Anerkennung und Durchsetzung s. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 16–25 m.w.N.
666 → IV. Rn. 204–214 m.w.N.
667 *Baddely* ISLJ 2020, 3 (13 f.).
668 *Weatherill*, Principles, 2017, 20 f.
669 EuGH Slg. 1999, I-3055, Rn. 37 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss.
670 BGH NJW 1969, 978 (979 f.); MüKo-ZPO/*Adolphsen* § 1061 ZPO Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 80; Stein/Jonas/*Schlosser* Anh. zu § 1061 ZPO Rn. 349.
671 Zum *ordre public* in der Schweiz in Beschwerdeverfahren *Opfermann* 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schweizerischen *ordre public* umfasst.[672] Dies führt im Ergebnis dazu, dass bei einer Wahl des Schiedsorts in der Schweiz die den Verbandsregelungen unterworfenen Parteien sich nicht darauf verlassen können, dass die Art und Weise der (Nicht-)Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften durch das Schiedsgericht von einem staatlichen Gericht geprüft wird.[673] Denn im Aufhebungsverfahren wird das SchweizBG den schweizerischen *ordre public* anwenden, der das Kartellrecht nicht umfasst.[674] Vollstreckungsverfahren vor staatlichen Gerichten in anderen Ländern kommen als Kontrollinstanz regelmäßig nicht in Betracht, weil internationale wie nationale Sportverbände Schiedssprüche weitestmöglich verbandsintern umsetzen.[675] Aus der weitgehenden Ausschaltung staatlicher Vollstreckungsmechanismen durch internationale Sportverbände hat das SchweizBG bislang keine rechtlichen Konsequenzen gezogen. So erkannte es zwar vollstreckungsähnliche Wirkungen im verbandsinternen Sanktionssystem der FIFA, lehnte im konkreten Fall aber dennoch einen Verstoß gegen Art. 190 Abs. 2 lit. e) IPRG ab.[676]

320 Die recht unkritische Haltung des SchweizBG in Aufhebungsverfahren, die sich auf Schiedssprüche des CAS beziehen,[677] ist vielfach kritisiert worden: So spricht etwa *Weatherill* von „… a strongly held deference to the *lex sportiva* as shaped by the CAS“[678] sowie von „aggressive protection by national courts of rulings of the CAS as arbitral awards“.[679] Nach *Widdascheck*[680] zeige die Rechtsprechung des SchweizBG „den Willen, eine verbandsfreundliche Atmosphäre zu schaffen und eine funktionierende Schiedspraxis im Sport um jeden Preis aufrechtzuerhalten.“ *Baddely*[681] erkennt „the considerable autonomy afforded the governing bodies of international sports by the Swiss law of associations in combination with Swiss arbitration law” und beklagt zugleich „the reluctance of Swiss courts of law to intervene in ‚internal‘ affairs of the sports world and in arbitration in general.“ *Opfermann*[682] hat jüngst festgestellt, es sei „offensichtlich, dass das SchweizBG die Attraktivität des CAS nicht schmälern möchte.“

672 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; *Wittmann* 104; diesen Aspekt vernachlässigend *Weatherill*, Principles, 2017, 30 f.; krit. *Monnier passim*; *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 (385).

673 *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 (385); so zuletzt auch *Opfermann* 37 f.

674 Diesen Umstand gleichfalls hervorhebend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271 – ISU’s Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897.

675 → IV. Rn. 326–334 m.w.N. Ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 272 – ISU’s Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897.

676 SchweizBG SpuRt 2007, 63 ff.

677 *Reilly* J. Disp. Resol. 2012, 63 (75) wies im Jahr 2012 darauf hin, dass seinerzeit über die Hälfte der schweizerischen Aufhebungsverfahren in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gegen Urteile des CAS gerichtet waren.

678 *Weatherill*, Principles, 2017, 17.

679 *Weatherill*, Principles, 2017, 23.

680 *Widdascheck* 253.

681 *Baddely* ISLJ 2020, 3 (3).

682 *Opfermann* 132.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Demgegenüber hat der BGH im *Pechstein*-Verfahren[683] sowie in einem Verfahren, das u.a. die Rechtswirksamkeit von § 9a DFB-RuVO zur verschuldensunabhängigen Haftung von Fußballclubs für das Fehlverhalten ihrer Fans im Stadion (sog. *strict liability*) betraf,[684] zu erkennen gegeben, dass er nicht bereit ist, Entscheidungen der Kollegen am SchweizBG sowie der Schiedsrichter am CAS mit leichter Hand in Zweifel zu ziehen, sondern dass er sie grundsätzlich anerkennen wird. 321

Einen interessanten Ansatz zur rechtlichen Würdigung der vom SchweizBG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz im Allgemeinen sowie für den CAS im Besonderen betriebenen Standortpolitik hat jüngst *Opfermann*[685] entwickelt. So sei fraglich, ob die großzügige Linie des SchweizBG nicht als eine Beihilfe zu bewerten sei. Von Staatsseite blicke man nicht selten auf den Sport als Wirtschaftsfaktor in der volkswirtschaftlichen Bilanz und setze deshalb auf Unterstützung durch ermöglichende, teilweise abgesenkte Rechtsstrukturen und Rechtsrahmen. Eine „*laissez-faire*"-Rechtsprechung erhöhe die Attraktivität des Standorts für Sportschiedsgerichtsverfahren erheblich. Im Juni 2016 habe die EU-Kommission entschieden, dass Irland 13 Mill. Euro nicht erhobene Steuern vom U.S.-Konzern Apple zurückverlangen solle, um auf diese Weise den Wettbewerb wieder sicherzustellen.[686] In ähnlicher Weise könnte die Schweiz von der EU dazu angehalten werden, die Rechtsprechung an die rechtsstaatlichen Standards der Union anzugleichen, um ausländischen Wettbewerbern des CAS eine realistische Chance auf dem Markt der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im organisierten Sport einzuräumen. Die Schweiz ist aber – wie *Opfermann* natürlich erkennt – weder über ein Assoziierungsabkommen noch im Zuge des Freihandelsabkommens an die Beihilferegeln der EU gebunden. Dies zeigt wiederum eindrucksvoll, wie weit aus Sicht der unternehmerisch tätigen internationalen Sportverbände die Vorteile des schweizerischen Rechtssystems[687] reichen. 322

683 BGHZ 210, 292, Rn. 24 f. = NJW 2016, 2266 – Pechstein. *Summerer* SpuRt 2018, 197 (200) spricht als Prozessvertreter *Pechsteins* insoweit von einer „von Interessenjurisprudenz geleitete[n] Ehrerbietung gegenüber dem Schweizer Bundesgericht" (welches offiziell *Schweizerisches* Bundesgericht heißt). Sportverbände sehen dies naturgemäß etwas anders, insb. wenn das SchweizBG – wie zumeist in Aufhebungsverfahren bezüglich Schiedssprüchen des CAS – zu ihren Gunsten entscheidet, wie die im Jahr 2011 geäußerte Position des ehemaligen langjährigen Vorsitzenden des Kontrollausschusses des DFB zum Urteil des SchweizBG stellvertr. belegen mag, vgl. *Hilpert* 520: „Der faire Sportsmann verliert schweigend – *Claudia Pechstein* wirft den Schweizer Bundesrichtern ‚glatte Rechtsbeugung' vor und benutzt das Wort ‚Skandal' für das Urteil."

684 BGHZ 211, 375, Rn. 24 = NJW 2016, 3715; → X. Rn. 40–42 m.w.N.

685 *Opfermann* 55 f., der dabei einen Gedanken von *Mankowski* 474 aufgreift, welcher jedoch nicht auf Beihilfeverbote Bezug nimmt („Gegenläufige Entwicklungen sehen freilich von Staatsseite auf Sport als Wirtschaftsfaktor in der volkswirtschaftlichen Bilanz und setzen deshalb auf Subvention durch ermöglichende, teilweise abgesenkte Rechtsstrukturen und Rechtsrahmen.").

686 EU-Komm. 30.8.2016, ABl. 2017 L 187, 1 – Apple.

687 → IV. Rn. 83–89.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

323 Während der CAS in inzwischen weit mehr als drei Jahrzehnten seines Bestehens grundlegende Reformen erst auf Druck staatlicher oder supranationaler Gerichte eingeleitet und umgesetzt hat, hoffen nicht wenige im wissenschaftlichen Schrifttum, dass das SchweizBG seine bisherige Positionierung gegenüber dem CAS und seiner Spruchpraxis aus Überzeugung ändern wird. Verschiedene mehr oder auch weniger fundierte Vorschläge sind bislang unterbreitet worden:

324 So solle das SchweizBG einen kritischeren Blick auf den CAS werfen,[688] zumal es im Wege seiner Rechtsprechung durchaus eine Kehrtwende einleiten könne.[689] Solch pauschale Postulate sind nicht recht greifbar. Dies gilt in etwas geringerem Maße für die Forderungen, der CAS solle dem EuGH ungeklärte Rechtsfragen vorlegen können[690] sowie es solle insoweit insgesamt eine engere Kooperation zwischen der Schweiz und der EU angestrebt werden.[691] Die Vorlageberechtigung des CAS scheitert – wie bereits dargelegt[692] – aus rechtlichen und insbesondere auch tatsächlichen Gründen. Im Hinblick auf eine engere Anbindung der Schweiz etwa an die Regelungen des AEUV mag man zwar Wünsche äußern. Es ist freilich davon auszugehen, dass man in der Schweiz sehr genau abzuwägen vermag, wann eine intensivere rechtliche oder auch ökonomische Kooperation mit der EU *per saldo* zu einer Verbesserung der eigenen Situation oder aber zu einer *Win-win*-Situation führt und wann nicht. Daher dürfte mit einem raschen Eingehen auf die letzte Forderung nicht zu rechnen sein.

325 Schon konkreter ist der Vorschlag, bei der staatlichen Überprüfung von CAS-Schiedssprüchen sei zum Schutz der Rechte der Athleten eine Ermessensreduktion auf null aus der EMRK abzuleiten.[693] Das SchweizBG solle sich in Aufhebungsverfahren nicht mit den Mindeststandards des *ordre public* begnügen, sondern eine vollumfängliche Prüfung der Verfahrensgarantien aus Art. 6 Abs. 1 EMRK vornehmen.[694] Das könnte freilich dazu führen, dass die Schweiz als Ort für die Durchführung internationaler Schiedsverfahren erheblich an Attraktivität verlöre. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist ein Wirtschaftsfaktor, weshalb der CAS auch unternehmerisch denken kann und muss. Das gilt natürlich nicht für das SchweizBG, auch wenn es bei der Standortpolitik (gewollt?) kräftig mitmischt. Schon eher darf der Gesetzgeber in der Schweiz wirtschaftliche Auswirkungen berücksichtigen. Welcher vorrangig ökonomisch denkende Zeit- oder Eidgenosse wird aber die Attraktivität eines von ihm angebotenen und offensichtlich begehrten Produkts sehenden Auges verschlechtern, wenn er dazu aus

688 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (15 f.); *M.-E. Orth* SpuRt 2007, 177 ff.
689 *Brunk* 347.
690 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (260).
691 *Opfermann* 131.
692 → IV. Rn. 311 f.
693 *Lungstras* 255 f. m.w.N.
694 *Lungstras* 258.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtlichen Gründen nicht verpflichtet ist? Hier würde ein Vergleich mit der von verschiedenen Autokonzernen jahrelang massenweise in Dieselfahrzeuge zu Manipulationszwecken eingebauten Software hinken. Denn in diesem Fall wurden die Käufer entsprechender Fahrzeuge tatsächlich durch Vorenthaltung relevanter Informationen aktiv getäuscht. Demgegenüber spielen der CAS, das SchweizBG und der schweizerische Gesetzgeber mit offenen Karten und es obliegt den potentiellen Parteien in Sportschiedsverfahren, vor einer Bindung an die CAS-Schiedsgerichtsbarkeit die rechtlichen Zusammenhänge zu erkennen und die erforderlichen Konsequenzen daraus zu ziehen. Das spielt den internationalen Sportverbänden in ihrer Rolle als *repeat player* in die Karten, zumal sie beim CAS, dem das SchweizBG und der nationale Gesetzgeber sehr großzügige rechtliche Grenzen setzen, einen gewissen Heimvorteil genießen. Das gilt nicht in gleichem Maße für die Gegenspieler der internationalen Sportverbände in Verfahren vor dem CAS. Selbst wenn sie einmal im Vorhinein die vorrangig sie treffenden Defizite der vor dem CAS durchgeführten Schiedsverfahren[695] erkennen sollten, haben sie hinsichtlich des Rechtswegs aufgrund der faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen[696] keine Alternative. Der EGMR hat diese Praxis faktisch abgesegnet.[697] An dieser Rechtslage wird sich nichts ändern, solange die regelungsunterworfenen Athleten oder Sportclubs den internationalen Sportverbänden verhandlungstechnisch nicht auf Augenhöhe begegnen.

jj) Absicherung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport durch (inter)nationale Sportverbände

Internationale wie nationale Sportverbände haben ein großes Interesse daran, möglichst keine oder zumindest nur wenige Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen oder supranationalen Gerichten austragen zu müssen. Die Gründe liegen auf der Hand: Diese Verfahren sind regelmäßig öffentlich, eine große Medienaufmerksamkeit ist garantiert, die Sympathien der Öffentlichkeit fliegen sehr oft dem Prozessgegner des Sportverbandes als Underdog zu und bei dessen Sieg vor Gericht kann das Image des Sportverbandes erheblichen Schaden nehmen. Darum sind Sportverbände zur Minimierung dieser Risiken bemüht, rechtliche Auseinandersetzungen verbandsintern vor der Verbandsgerichtsbarkeit oder Sportschiedsgerichtsbarkeit möglichst abschließend zu klären. Wie bereits dargelegt,[698] können Entscheidungen der verbandsinternen Instanzen jedoch – wenngleich auch nur in begrenztem Umfang – von staatlichen Gerichten überprüft werden. Bei Schiedssprüchen des CAS betrifft dies zunächst die von der unterlegenen Par- 326

695 → IV. Rn. 150–160.
696 → IV. Rn. 220–236.
697 → IV. Rn. 232 f. und 255–265.
698 → IV. Rn. 144–146.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tei eingeleiteten Aufhebungsverfahren vor dem SchweizBG gem. Art. 190 Abs. 2 IPRG. Die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs ist jedoch gering. Um die Anzahl der Verfahren darzustellen, in denen ein Schiedsspruch des CAS tatsächlich vom SchweizBG aufgehoben worden ist, reichen auch nach mehr als 30 Jahren die Finger beider Hände aus.[699] Darüber hinaus ist die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs durch ein nationales staatliches Gericht im Vollstreckungsverfahren vermutlich kaum größer. Denn regelmäßig erfolgt eine Selbstvollstreckung von Sportschiedssprüchen durch Sportverbände, ohne dass daneben bei den vom Sportverband regelmäßig verhängten sportbezogenen Sanktionen noch eine Einschaltung staatlicher Zwangsvollstreckung erforderlich wird.[700]

327 Sportverbände wenden sich bei Umsetzungsproblemen, die zu ihren Gunsten ergangene Schiedssprüche betreffen, nicht an staatliche Gerichte, sondern setzen stattdessen regelmäßig ihre Verbandsstrafgewalt zur Durchsetzung ein.[701] Auf diese Weise nutzen Sportverbände verbreitet die Hierarchien der eigenen Verbandspyramide und umgehen mit der regelmäßigen Verhängung sportbezogener Sanktionen die völkerrechtlich für ausländische Schiedssprüche vorgesehene *ordre public*-Kontrolle im Vollstreckungsstaat.[702] Dabei machen die internationalen Sportverbände von ihren satzungsmäßigen Weisungsbefugnissen gegenüber den nationalen Mitgliedsverbänden Gebrauch,[703] erforderlichenfalls sollen in einigen Sportverbänden Strafen verhängt oder zumindest angedroht werden.[704] Darüber hinaus haben nationale Sportdachverbände einen weiteren Anreiz, möglichst nicht dadurch beim internationalen Sportverband anzuecken, dass Schiedssprüche des CAS nicht hinreichend beachtet und umgesetzt werden oder dass staatlichen Gerichten Gelegenheit zur Rechtskontrolle der Schiedssprüche gegeben wird. Denn früher oder später wollen nationale Sportverbände nicht zuletzt auch aus finanziellem Eigennutz Kontinental- oder gar Weltmeisterschaften sowie große internationale Turniere veranstalten, wobei das Wohlwollen des internationalen Sportfachverbandes nicht hinderlich sein dürfte.[705] So bedarf es letztlich regelmäßig keiner Vollstreckung der CAS-Schiedssprüche durch staatliche Ge-

699 Die Aufhebungsquote liegt im einstelligen Prozentbereich, vgl. hierzu *A. Röhricht/Wuschka* SchiedsVZ 2015, 247 (248) m.w.N.

700 Ausf. hierzu *Opfermann* 34–37, 390–409; vgl. auch *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 (385 f.).

701 S. stellvertr. den Sachverhalt, der BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven zugrunde liegt. → X. Rn. 25–28.

702 *D.-R. Martens* SchiedsVZ 2010, 317 ff.

703 *Widdascheck* 160. Instruktiv zum damaligen FIFA-Vollstreckungssystem *Haas* ZVglRWiss 2015, 516 (532 ff.).

704 *Weatherill*, Principles, 2017, 19 f.: „The CAS's awards appear to command general respect and in any event some sports are capable of penalizing or threatening to penalize refusal to comply with an award of the CAS through ‚internal' means without the need to seek the strong arm of the ordinary courts."

705 *Weatherill*, Principles, 2017, 35 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richte oder Organisationen.[706] Aufgrund dieser Entwicklung hat man bereits „der Sportschiedsgerichtsbarkeit eine Art Wagenburgcharakter, der sie von staatlicher Kontrolle in größerem Umfang als gewöhnlich ausnimmt", attestiert.[707]

328 Zieht man die Erkenntnisse zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts vor dem CAS in die Bewertung mit ein,[708] trifft dieses Weltsportschiedsgericht in vielen Fällen faktisch abschließende Entscheidungen über die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Verbandsstatuten mit den Regelungen des AEUV.[709] Eine Ausnahme gilt indes für Feststellungs- und Gestaltungsurteile des CAS, die nicht der verbandsinternen Durchsetzung von Leistungen dienen.[710] Denn in derartigen Konstellationen kann die vor dem CAS unterlegene Partei etwa hierzulande versuchen, im Wege einer vor einem staatlichen Gericht zu erhebenden Feststellungsklage dem Schiedsspruch des CAS im deutschen Rechtsraum seine Wirkung zu nehmen.[711]

329 Eine weitere Möglichkeit, Schiedssprüche des CAS ins Leere laufen zu lassen, eröffnet sich für Athleten, die nach einer Wettkampfsperre durch den CAS nicht nur mit dem betreffenden Sportverband, sondern auch mit der eigenen professionellen Sportkarriere abgeschlossen haben. Wenn der Athlet aufgrund des Schiedsspruchs zugleich zu einer finanziellen Strafzahlung an den Sportverband verurteilt wurde, könnte jener die Zahlung verweigern und warten, bis der Verband Vollstreckungsmaßnahmen am Wohnsitz des Schuldners ergreift. So verhielt sich etwa der deutsche Radrennfahrer *Patrik Sinkewitz*, nachdem er am 24.2.2014 aufgrund eines – soweit ersichtlich nicht veröffentlichten – Schiedsspruchs des CAS zu einer Wettkampfsperre von acht Jahren wegen Dopings sowie zur Zahlung von Gerichtskosten verurteilt worden war, die sein Prozessgegner, die NADA, zuvor beim CAS verauslagt hatte.[712] Der Athlet soll die Zahlung hartnäckig verweigert haben, woraufhin die NADA sich zur Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs an ein deutsches Zivilgericht hätte wenden können. Dies scheint nicht geschehen zu sein. Denn in dem betreffenden Verfahren hätte nunmehr überprüft werden können, ob der Schiedsspruch des CAS gegen den *ordre public* verstoßen hat (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO), bejahendenfalls der Schiedsspruch in Deutschland nicht anerkennungsfähig und davon auch die Kostenentscheidung betroffen gewesen wäre. Dieses Risiko hat die NADA vermutlich gescheut.

706 *Schleiter* 66, 192, 230; s. auch SchweizBG BGE 133 III 235 (242 f., E.4.3.2.2).
707 *Opfermann* 35 f.; *F. Eichel* ZZP 2016, 327 (329).
708 → IV. Rn. 275–310 m.w.N.
709 *Opfermann* 35 f.; *Morgenroth* ZStV 2017, 71; *J. F. Orth/Stopper* SpuRt 2015, 51 (52).
710 *Lungstras* 64; ihm folgend *Opfermann* 36 f.
711 Hierzu *Kotzenberg* 108 ff.; *Opfermann* 407; *Tyrolt* 106; *Wilkmann* 80; *Wittmann* 167 ff.
712 Hierzu *Kistner* Deutschlandfunk v. 8.5.2015.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

330 Mitunter melden sich (inter)nationale Sportverbände entweder eher hemdsärmelig oder mit lobbyistischen Interessen zu Wort, um die Rechtswirksamkeit der vom CAS erlassenen Schiedssprüche zu sichern oder deren Qualität zu steigern. Drei Fälle seien exemplarisch genannt:

331 – Im *Pechstein*-Verfahren hatte das LG München I[713] trotz eines bereits ergangenen Schiedsspruchs des CAS[714] die Schiedsvereinbarung, die dem Verfahren zugrunde gelegen hatte, als rechtsunwirksam eingestuft. Teilweise hörte man in der Folge bereits – letztlich voreilig – den BGH die Totenglocke für eine funktionsfähige Sportschiedsgerichtsbarkeit läuten,[715] andere nahmen – gleichfalls voreilig – an, das LG München I sowie das OLG München hätten im *Pechstein*-Verfahren Sportrechtsgeschichte geschrieben.[716] Auch von einer „Wunde der Sportschiedsgerichtsbarkeit"[717] sowie vom „Sieg über das System"[718] wurde gesprochen.[719] Inzwischen sind wir schlauer, denn in der Folge bestätigte der BGH, wenngleich mit wenig überzeugender Begründung, die Rechtswirksamkeit der der Eisschnellläuferin faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarung.[720] Aus Sorge um die Autorität des CAS forderte der seinerzeitige Generalsekretär des DOSB, *Michael Vesper*, im April 2014 die Sportverbände schriftlich dazu auf, das Urteil des LG München I zu ignorieren.[721] Diese Reaktion spiegelt einerseits das im konkreten Fall treffsichere Rechtsgefühl des damaligen Generalsekretärs, andererseits aber auch das im Sportverbandswesen durchaus verbreitete gespannte Verhältnis zu Entscheidungen der staatlichen Gerichte, die von der Rechtsauffassung der Sportverbände abweichen. Hier zeigen sich im juristischen Wettkampf unterlegene Sportverbände nicht durchweg als faire Verlierer. Ein Hinweis auf die eigene abweichende Rechtsauffassung und das Fehlen einer rechtskräftigen Entscheidung hätten es in der beschriebenen Situation vermutlich auch getan.

332 – Im Jahr 2018 sah sich der Präsident des IOC, *Thomas Bach*, veranlasst, eine Strukturreform des CAS anzumahnen, um eine „bessere Qualität und Konstanz der Rechtsprechung" zu garantieren. Man könne nicht riskieren, dass der CAS seine Glaubwürdigkeit bei den Athleten verliere.[722] Auf den ersten

713 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 ff. unter Bezugnahme auf § 138 BGB. Die Berufungsinstanz hielt die Schiedsvereinbarung gleichfalls für rechtsunwirksam, vgl. OLG München SchiedsVZ 2015, 40 ff. in Anwendung von § 134 BGB i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F.; zudem versagte das Gericht dem CAS-Schiedsspruch auch unter Rückgriff auf § 33 GWB a.F. die Anerkennung.
714 CAS 25.1.2009 – 2009/A/1912-1913 – Pechstein/ISU.
715 *Kröll* npoR 2016, 275 (276).
716 S. etwa *Adinolfi/Rübben* ZJS 2016, 382 ff.; *Heermann* JZ 2015, 362 ff.
717 *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286).
718 *Becker/Hecker/Reinsch* FAS v. 18.1.2015, 11.
719 S. auch *Rombach* SchiedsVZ 2015, 105 (106) mit weiteren Presseschlagzeilen.
720 → IV. Rn. 229–231 m.w.N.
721 *Reinsch* FAZ v. 16.4.2014.
722 *Teuffel* Tagesspiegel v. 4.2.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blick mögen diese Worte vielleicht überraschen. Allerdings fielen sie vermutlich aus Enttäuschung über einen CAS-Schiedsspruch, der zuvor die vom IOC im russischen Dopingskandal verhängten Sanktionen gegen 28 Athleten vollständig aufgehoben sowie die Sperren für 11 weitere Athleten reduziert hatte. Auch wenn der Präsident des IOC auf die Glaubwürdigkeit des CAS bei den Athleten verwies, so war der Hauptgrund seiner Kritik die nach seiner Auffassung unzureichende Berücksichtigung der Verbandsinteressen durch den CAS.[723]

– Im Zuge des sich über viele Jahre erstreckenden *Pechstein*-Verfahrens forderte der DOSB-Präsident *Alfons Hörmann* im Jahr 2015 Veränderungen beim CAS und bezog sich insoweit auf die Besetzung der Schiedsrichter, die Verhandlungssprache und die öffentliche Transparenz der Verhandlungen.[724] Zuvor hatte er die Eisschnellläuferin namens des DOSB moralisch und sportlich voll rehabilitiert. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entschuldigung des DOSB-Präsidenten gegenüber *Claudia Pechstein* zu sehen („Man kann nur um Entschuldigung bitten, für all das was ihr in den vergangenen Jahren medial und psychologisch zugefügt worden ist."), weil er aus nationaler Sicht den Ausgang des Verfahrens vor dem CAS bedauerte. Eine vergleichbare Äußerung oder Reaktion des IOC-Präsidenten in diesem Kontext sucht man – vielleicht mangels unmittelbarer Betroffenheit des IOC – hingegen vergeblich. Offensichtlich war dem IOC dabei die Endgültigkeit von CAS-Schiedssprüchen insbesondere bei Dopingstreitigkeiten innerhalb des verbandsinternen Rechtszuges wichtiger gewesen. 333

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die weitgehende Abschirmung von CAS-Schiedssprüchen gegen eine Kontrolle durch staatliche Gerichte, zu der neben der Legislative in der Schweiz und insbesondere dem SchweizBG auch die (inter)nationalen Sportverbände einen erheblichen Anteil beitragen, zwar Misstrauen wecken kann, rechtlich aber kaum angreifbar ist. Allerdings kann dieser Aspekt bei der kartellrechtlichen Bewertung von Verbandsstatuten und darauf gestützten Verbandsentscheidungen und -maßnahmen eine gewisse Rolle spielen. So hatte die EU-Kommission schon im Jahr 2007 bei folgender Fallkonstellation eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Unvereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV – vorbehaltlich der Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder aufgrund von Effizienzerwägungen gem. Art. 102 AEUV – angenommen:[725] 334

723 PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 274 erblickt darin eine Druckausübung seitens des IOC auf den CAS.
724 *Voigt* Tagesspiegel v. 29.1.2015.
725 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Rules excluding legal challenges of decisions by sports associations before national courts if the denial of access to ordinary courts facilitates anti-competitive agreements or conduct."

Auf diesen Aspekt wird in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.[726]

kk) Absicherung der Sportschiedsgerichtsbarkeit im Gesetz gegen Doping im Sport (AntiDopG)

335 In Deutschland hat der Bundesgesetzgeber auf den insbesondere aus Anlass des *Pechstein*-Verfahrens umstrittenen Aspekt der rechtlichen Wirksamkeit von faktisch erzwungenen Schiedsvereinbarungen zur Sportschiedsgerichtsbarkeit und zum CAS im Besonderen[727] unmittelbar Einfluss genommen. Die entsprechende Regelung findet man in § 11 AntiDopG und sie stellt in diesem Gesetz in gewisser Weise einen Fremdkörper dar. Durch die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum AntiDopG eingefügte gesetzliche Klärung dieser offenen Rechtsfrage versuchte man seinerzeit den Widerstand, den der DOSB gegenüber dem geplanten AntiDopG im Übrigen angekündigt hatte, zu überwinden. Im Folgenden soll § 11 AntiDopG nicht im Detail analysiert werden,[728] vielmehr sollen die Entstehungsgeschichte der Norm sowie die damit vom Gesetzgeber beabsichtigten rechtlichen Auswirkungen kritisch beleuchtet werden.[729]

336 Zunächst lässt der Wortlaut von § 11 AntiDopG auf den ersten sowie auch noch auf den zweiten Blick die Absicht des Gesetzgebers, dem Meinungsstreit um die rechtliche Wirksamkeit von erzwungenen Schiedsvereinbarungen ein Ende zu bereiten, nicht erkennen (Hervorhebung der Kernaussage von § 11 AntiDopG durch den *Verfasser*):

> **Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler können** als Voraussetzung der Teilnahme von Sportlerinnen und Sportlern an der organisierten Sportausübung **Schiedsvereinbarungen über die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf diese Teilnahme schließen,** wenn die Schiedsvereinbarungen die Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler in die nationalen oder internationalen Sportorganisationen einbinden und die organisierte Sportausübung insgesamt ermöglichen, fördern oder sichern. Das ist insbesondere der Fall, wenn mit den Schiedsvereinbarungen die Vorgaben des Welt Anti-Doping Codes der Welt Anti-Doping Agentur umgesetzt werden sollen.

726 → XIII. Rn. 881–944.
727 Hierzu bereits → IV. Rn. 203–236 m.w.N.
728 S. insoweit stellvertr. Lehner/Nolte/Putzke/*Lehner* § 11 Rn. 1 ff.
729 Instruktiv *Bindels* in Pfister, 2016, 9 ff.; krit. *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1353 ff.; *Heermann* SpuRt 2015, 4 ff. zum Referentenentwurf zum AntiDopG v. 10.11.2014; *Heermann* CaS 2016, 108 ff. zum Regierungsentwurf zum AntiDopG v. 12.3.2015; unkrit. hingegen *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (49); *Hülsk*ötter 210–217.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Neuigkeitsgehalt dieser Norm tendierte bei der Vorstellung des Referentenentwurfs zum AntiDopG vom 10.11.2014[730] zumindest für einen mit der Entstehungsgeschichte sowie mit der Begründung zum Referentenentwurf nicht vertrauten Außenstehenden gegen null. Denn „Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler" hatten natürlich auch schon zuvor Schiedsvereinbarungen abschließen *können*. Erst ein Blick auf die Seiten 42 f. der Begründung zu § 11 RefE-AntiDopG v. 10.11.2014 deutete dann die mit der Norm beabsichtige Zielrichtung an: 337

> „Allerdings wird in letzter Zeit vereinzelt die Unwirksamkeit solcher Schiedsvereinbarungen vorgebracht, weil die Sportlerinnen und Sportler sich den Verbänden gegenüber in einer unterlegenen Stellung befänden und weil ihnen die schiedsrichterliche Streitbeilegung ‚aufgezwungen' werde."

Wie bereits dargelegt,[731] traf seinerzeit diese Feststellung zu, zumal sich der EGMR mit dieser Frage im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK erst rund vier Jahre später abschließend auseinandersetzen sollte.[732] Daran schloss sich in der Begründung zum RefE-AntiDopG unmittelbar eine apodiktische, nur zwei Sätze umfassende Kurzsubsumtion an, die sich natürlich ein Gesetzgeber in dieser Form herausnehmen kann und die nur Studierenden der Rechtswissenschaften in einer Klausur oder Seminararbeit wegen fehlender Begründung angestrichen werden würde (die Normen oder Normenkomplexe, unter die in diesem Zusammenhang subsumiert wurde, sind vom *Verfasser* im Fettdruck hervorgehoben worden): 338

> „Der Abschluss solcher Vereinbarungen als Voraussetzung für die Teilnahme am organisierten Sport hält jedoch einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des **§ 138 des Bürgerlichen Gesetzbuchs** auch unter Berücksichtigung der **Grundrechte und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte** und **Grundfreiheiten** vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Leistungssports stand. Wenn Schiedsvereinbarungen nach deutschem Recht als wirksam anzusehen sind, dürften auch Schiedsvereinbarungen, die einem ausländischem Recht unterliegen, jedenfalls regelmäßig nicht am Haupteinwand, dem deutschen **Ordre-public-Vorbehalt** nach Artikel 6 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, scheitern."

Diese Passage ist sodann in die Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG v. 12.3.2015 übernommen worden, wobei der Aussagegehalt jedoch durch die Einfügung von drei Worten (vom *Verfasser* nachfolgend durch Unterstreichung hervorgehoben) deutlich relativiert wurde:[733] 339

> „Der Abschluss solcher Vereinbarungen als Voraussetzung für die Teilnahme am organisierten Sport hält jedoch <u>in der Regel</u> einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des **§ 138 des Bürgerlichen Gesetzbuchs** […] stand. […]"

730 Abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/downloads/11553380/1/referentenentwurf-antidoping gesetz.pdf?ticket=ST-5133484-IsxWhabnZlidu5scghxM-ap2 (zuletzt besucht am 7.2.2022).
731 → IV. Rn. 220–236 m.w.N.
732 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.
733 BT-Drs. 18/4898, 38 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

340 Zum Abschluss der Begründung sowohl zu § 11 RefE-AntiDopG v. 10.11.2014 auf S. 43[734] als auch zu § 11 RegE-AntiDopG v. 12.3.2015[735] findet man schließlich folgenden Satz:

> „Die Klarstellung in der Vorschrift dient dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen."

341 Hieran hat der Gesetzgeber in der Begründung zum RegE-AntiDopG jedoch noch zwei neue Sätze angeschlossen (deshalb vom *Verfasser* nachfolgend durch Unterstreichung hervorgehoben), mit denen er letztlich nach dem argumentativen Vorpreschen im RefE-AntiDopG fast eine 180°-Drehung vollzog und zum Ausgangspunkt zurückkehrte:[736]

> „Ob diese Schiedsvereinbarungen einer umfassenden Inhaltskontrolle standhalten und damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen, soll durch diese Vorschrift nicht entschieden werden. Eine funktionierende Sportschiedsgerichtsbarkeit, die den allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht und damit solche Verstöße ausschließt, wird vielmehr vorausgesetzt."

342 Wenn man sich am letztlich maßgeblichen Wortlaut der Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG orientiert, bleibt man etwas ratlos zurück: Zwar sollen einerseits faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen „in der Regel" einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des § 138 BGB auch unter Berücksichtigung der Grundrechte und der EMRK und der europarechtlichen Grundfreiheiten vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Leistungssports standhalten. Überraschenderweise bleibt an dieser Stelle das Kartellrecht wie schon im RefE-AntiDopG unerwähnt.[737] Andererseits soll aber durch § 11 AntiDopG gerade nicht entschieden werden, ob faktisch erzwungene Schiedsvereinbarungen einer umfassenden Inhaltskontrolle standhalten und damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen. Dieser sich andeutende Widerspruch wird dahin-

734 Abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/downloads/11553380/1/referentenentwurf-antidopinggesetz.pdf?ticket=ST-5133484-IsxWhabnZlidu5scghxM-ap2 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Kurz nach Vorstellung des RefE-AntiDopG wurde in Welt v. 12.11.2014, abrufbar unter https://www.welt.de/newsticker/news1/article134261425/Anti-Doping-Gesetz-stuetzt-Schiedszwang.html (zuletzt besucht am 7.2.2022), über folgenden Vorgang berichtet: „‚Ich hoffe, dass die Bestimmung über die Absicherung der Sportgerichtsbarkeit vielleicht auch eine Art Vorwirkung in einem aktuellen Verfahren entfalten könnte', sagte de Maizière und bestätigte dem Sport-Informations-Dienst (SID), dass er damit den Fall Pechstein meint. ‚Ich denke aber, dass es in diesem Fall in absehbarer Zeit eine Entscheidung gibt. Bis dahin wird unser neues Gesetz noch keine Rechtswirkung haben', sagte der CDU-Politiker." Dies ist ein bemerkenswerter Beleg dafür, wie mitunter die Exekutive gegenüber der Judikative versucht, die zentralen Wertungen des Gewaltentrennungsprinzips zumindest zu verwässern.

735 BT-Drs. 18/4898, 39.

736 BT-Drs. 18/4898, 39.

737 Deshalb bleibt es staatlichen Gerichten unbenommen, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im konkreten Fall die rechtliche Unwirksamkeit der einem Athleten aufgezwungenen Schiedsvereinbarung aus kartellrechtlichen Vorschriften abzuleiten. So *Adinolfi/Rübben* ZJS 2016, 382 (385); *Heermann* SpuRt 2015, 4 (7 f.); zuletzt auch *Opfermann* 138.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gehend aufzulösen sein, dass der Gesetzgeber durch die zuletzt zitierte Ergänzung in der Begründung zum RegE-AntiDopG betonen wollte, dass faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen zumindest in Einzelfällen doch rechtsunwirksam sein können.[738]

Nachdem sich die Ziel- und Zwecksetzungen des Gesetzgebers nunmehr in der beschriebenen Weise abzeichnen, muss noch ein letztes Problem gelöst werden. Denn der erklärte Wille des Gesetzgebers lässt sich aus dem Wortlaut von § 11 AntiDopG in Unkenntnis der Begründung des Regierungsentwurfs kaum ableiten. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich aber zumindest, dass es in der Norm um die Möglichkeit oder Kompetenz („können") zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportverbänden und Sportlern geht. Was bedeutet dies nun für die Rechtsanwendung? 343

Bei der Auslegung von Rechtsnormen ist stets der wirkliche Wille des Normgebers hinsichtlich deren Sinn und Zweck maßgebend. Bei einer den Willen des Gesetzgebers zu weit oder – wie hier – zu eng wiedergebenden Gesetzesformulierung ist im ersten Fall eine restriktive, d.h. einschränkende, und im letzten Fall – wie hier – eine extensive, d.h. erweiternde, Auslegung des sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergebenden Wortsinns vorzunehmen.[739] Diese Zusammenhänge hat das BVerfG mit folgenden Worten zusammengefasst:[740] 344

> „Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen. Dies gilt allerdings nur für die in dieser Regelung erkennbar ausgeprägten und in ihr angelegten Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke; […]"

Seine mit § 11 AntiDopG verfolgte Regelungsabsicht, „Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen", hat der Gesetzgeber in der Begründung des RegE-AntiDopG mittels einer „Klarstellung" zum Ausdruck gebracht.[741] Über eine solche „Klarstellung" könnte sodann sogar das Ziel verfolgt werden, dass das alte Recht rückwirkend im Sinne der Neuregelung auslegt oder zumindest einer schon immer bestehenden Auslegungsmeinung nunmehr zum endgültigen Durch- 345

738 *Hülskötter* 149 ff. leitet aus der Einführung von § 11 AntiDopG sowie aus der Abschaffung von § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. ab, dass die Freiwilligkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung keine Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch sei.

739 S. stellvertr. MüKo-BGB/*Säcker* Einl. Rn. 139.

740 BVerfGE 54, 277 (297) = NJW 1981, 39 (42) – Plenum.

741 BT-Drs. 18/4898, 39.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bruch verholfen wird.[742] Auf diese Weise kann über eine Gesetzesbegründung das grundsätzliche Rückwirkungsverbot von Gesetzen elegant ausgehebelt werden.

346 Man hätte vom Gesetzgeber vielleicht erwarten dürfen, dass er bekannte, zuvor bereits von der Gegenauffassung verschiedentlich geäußerte rechtliche Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit erzwungener Schiedsvereinbarungen nicht nur in einem Satz pauschal als unerheblich abtut. Dies gilt umso mehr,

- wenn wie seinerzeit im noch laufenden *Pechstein*-Verfahren zwei Gerichte solche – nicht offensichtlich unvernünftigen – rechtlichen Zweifel geäußert hatten, die zudem von Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums gestützt worden waren,
- wenn mit dem Justizgewährungsanspruch ein wichtiges Grundrecht der Athleten betroffen war und ist,
- wenn damit zugleich – wie im Falle von § 11 AntiDopG – die rechtlichen Grundprinzipien der Sportschiedsgerichtsbarkeit neu geordnet werden sollten und
- wenn die geplante rechtliche Weichenstellung über den mit dem geplanten Gesetz verfolgten Zweck der Dopingbekämpfung (§ 1 AntiDopG) deutlich hinausreichen sollte, sofern nicht nur Dopingstreitigkeiten zwischen Sportverbänden und Athleten erfasst werden sollten (§ 11 AntiDopG).[743]

Allerdings zählt es sicherlich nicht zu den zentralen Aufgaben eines Gesetzgebers, in Gesetzesbegründungen dogmatisch umstrittene Rechtsfragen gutachterlich aufzubereiten und zu analysieren, zumal er Kritikern dadurch zusätzliche Angriffsfläche böte. Insoweit sind etwa Anhörungen im Rechts- und/oder Sportausschuss des Deutschen Bundestages oder das Gesetzgebungsverfahren begleitende rechtliche Stellungnahmen von Experten besser geeignet.

347 Damit ist abschließend festzustellen, dass die angesichts der eindeutigen Zwecksetzung zu enge Gesetzesformulierung („Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler können […] Schiedsvereinbarungen […] schließen") zu lesen ist, als würde sich unmittelbar folgender Relativsatz anschließen: „die in der Regel als rechtswirksam gelten".[744] In diesem Kontext drängt sich natürlich die Frage auf, weshalb der Gesetzgeber auf eine solche „Klarstellung" unmittelbar im Gesetzes-

742 Instruktiv zur Rolle von „Klarstellungen" in Gesetzesbegründungen *Seibert* in Fleischer, 2013, 111 (122 f.).

743 Laut Lehner/Nolte/Putzke/*Lehner* § 11 AntiDopG Rn. 36 soll sich § 11 AntiDopG unausgesprochen ausschließlich auf eine schiedsvertragliche Vereinbarung des CAS als schiedsgerichtliche Schlussinstanz in Dopingverfahren beziehen, was im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut („Das ist insbesondere der Fall …") zweifelhaft ist.

744 Zurückhaltender *Pipoh* 67: „§ 11 AntiDopG ist in Verbindung mit seiner Gesetzesbegründung lediglich als gesetzgeberische Meinungskundgabe zu verstehen." Allzu undifferenziert PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 403: „Er [= § 11 AntiDopG] darf aber keinesfalls als Blankoscheck für einen Schiedszwang verstanden werden."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

text verzichtet und stattdessen den Umweg über die Gesetzesbegründung gewählt hat. Über die Gründe für dieses den wahren Regelungszweck eher verschleiernde Vorgehen soll hier nicht spekuliert werden. Den gut organisierten Sportverbänden, die an dem Gesetzgebungsverfahren zum AntiDopG mitgewirkt haben, dürften die für sie tendenziell günstigen rechtlichen Auswirkungen von § 11 AntiDopG auf die rechtliche Wirksamkeit von erzwungenen Schiedsvereinbarungen von Beginn an bekannt gewesen sein. Ob dies aber auch gleichermaßen für diejenigen Athleten gilt, denen Schiedsvereinbarungen faktisch aufgezwungen werden? Das darf bezweifelt werden, selbst wenn sie den insoweit einschlägigen § 11 AntiDopG finden und nachlesen würden, weil sich Sinn und Reichweite der Norm ohne die Kenntnis der Gesetzesbegründung schlichtweg nicht erschließen lassen.

c) Fazit

aa) Zusammenfassende Würdigung

Die vorangegangenen Ausführungen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit haben die Komplexität der Problematik zumindest in wesentlichen Teilen aufgezeigt, aber natürlich nicht umfassend aufarbeiten können.[745] Dabei ist deutlich geworden, weshalb sich die Sportschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und Schiedsverfahren vor dem CAS im Besonderen nach wie vor insbesondere bei Sportverbänden so großer Beliebtheit erfreuen, dass man auch nicht unmittelbar sportbezogene Rechtsstreitigkeit dorthin auszulagern versucht.[746] Zugleich ist herausgearbeitet worden, dass sich im Laufe der Zeit bezüglich rechtlicher Auseinandersetzungen, die im Rahmen der Verbandsjustiz ausgetragen werden, bei den üblicherweise an solchen Verfahren Beteiligten eine strukturelle Ungleichgewichtslage herausgebildet und verfestigt hat.[747] Sportverbände gehen vor Verbands- und Sportschiedsgerichten mit einem gewissen Startvorteil in Rechtsstreitigkeiten mit Verbandsmitgliedern, die den Verbandsstatuten unterworfenen sind. Dieser in rechtlich nicht zu beanstandender Weise erlangte Vorsprung der Sportverbände kann insbesondere folgende Aspekte umfassen: bereits gesammelte Erfahrungen vor den betreffenden Spruchkörpern der Verbandsgerichtsbarkeit und daraus resultierende bessere Kennt- 348

745 So beklagt *Podszun* JZ 2017, 208 (209), dass die Komplexitäten des „Wie" einer optimalen Ausgestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit rechtlich kaum aufgearbeitet seien. Insoweit haben aber zuletzt etwa die Dissertationen von *Widdascheck* (2018), *Lungstras* (2019), *Hülskötter* (2020), *Steinitz* (2020) und *Opfermann* (2021) aus unterschiedlichen Perspektiven wichtige Beiträge geleistet.

746 Zuzustimmen ist daher *Opfermann* 395: „Übergeordnetes Ziel des organisierten Sports wird es also sein, dass alle Streitigkeiten abschließend vom gleichen Schiedsgericht entschieden werden."

747 S. stellvertr. *Lungstras* 40 ff.; *Widdascheck* 265 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nis der Schiedsrichter; regelmäßig bessere finanzielle Ausstattung und damit oftmals (aber nicht notwendigerweise) überlegene eigene oder hinzugezogene rechtliche Expertise; zumindest am CAS eine gewisse Verbandslastigkeit der gesamten Organisationsstrukturen; die Möglichkeit zur Ausgestaltung tendenziell verbandsfreundlicher Statuten; maßgeblicher Einfluss auf die Auswahl des in Schiedsverfahren einschlägigen nationalen Rechts sowie des in Aufhebungsverfahren vor staatlichen Gerichten anwendbaren *ordre public*; bei einem Schiedsort in der Schweiz verbandsfreundliche Rechtsprechung des SchweizBG in Aufhebungsverfahren; Möglichkeit der verbandsinternen Vollstreckung von Schiedssprüchen, wodurch Kontrollmöglichkeiten nationaler staatlicher Gerichte in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren weitgehend ausgeschlossen werden.

349 Darüber hinaus hat *Mankowski*[748] im Hinblick auf Verbandsschiedsgerichte sehr zugespitzt formuliert:

> „Korpsgeist und möglichste Unversehrtheit der Gemeinschaft Verband firmieren unterschwellig in ihrem Wertekatalog."

Diese pauschale Bewertung der wichtigen Arbeit, die in unzähligen Verbands(schieds)gerichten geleistet wird, ist sicherlich einerseits weit übertrieben, zeigt aber andererseits anschaulich, wie die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit in Teilen der Rechtswissenschaft wahrgenommen wird, was auch auf die weitgehend Kritikresistenz der Sportverbände und insbesondere des CAS zurückzuführen sein mag. Die vorangehenden Abschnitte haben ergeben, dass beim CAS zwar Optimierungspotential durchaus vorhanden ist,[749] man dort aber die teilweise relativ niedrigen verfahrensrechtlichen Mindeststandards, die der EGMR im *Pechstein*-Verfahren für die Sportschiedsgerichtsbarkeit festgelegt hat,[750] zumindest nicht unterschreitet. Ein gutes Pferd springt auch nicht höher, als es unbedingt muss …

350 Weniger pointiert und deutlich zurückhaltender hat *Pfister*[751] angemerkt, dass ein Sportler sein Selbstbestimmungsrecht nur bei der anfänglichen Auswahl der Sportart ausüben könne. In der Folgezeit sei er in jeder Phase durch (Fehl-)Entscheidungen des Verbandes gefährdet, weshalb der Staat verpflichtet sei, den Beteiligten – unter Beachtung des Sport-Typischen – Rechtsschutz zu gewähren.[752] Diese Einschätzung ist weder übertrieben noch realitätsfern, wenngleich man natürlich trefflich darüber streiten kann, ob der Staat oder supranationale Instan-

748 *Mankowski* 477.
749 S. hierzu auch *Lungstras* 259 ff.; *Opfermann* 118 ff. Ausf. zu Änderungsmöglichkeiten bei der Sportgerichtsbarkeit in Deutschland *Steinitz* 156 ff.
750 → IV. Rn. 232 f., 255–265.
751 PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 44.
752 So auch *Lungstras* 67 f.; *Thomasser* 395 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen (z.B. EU-Kommission, EuGH, EGMR) dieser Schutzpflicht in ausreichendem Maße nachkommen. Bedenkenswert ist auch *Weatherills*[753] Kritik am CAS:

> „The CAS aspires to shape a procedurally respectable scheme of review of an insulated and developing *lex sportiva*, at the apex of which it sits, but beneath which is flourishing a rather dense form of governance which is largely invisible to the ordinary courts."

Ergänzend kann man hinzufügen, dass allenfalls wenige Athleten (vielleicht tendenziell mehr professionelle Sportclubs), die sich der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS unterwerfen, von vornherein überschauen dürften, wie sich dies im Detail einmal auf ihren Justizgewährungsanspruch auswirken könnte und inwieweit Schiedsgerichtsverfahren vor dem Weltsportschiedsgericht in rechtlich zulässiger Weise etwa von den rechtsstaatlichen Standards abweichen, die vor deutschen staatlichen Gerichten gelten. Nur wenige Athleten werden überhaupt einmal Partei in einem Schiedsverfahren vor dem CAS sein. Dann sollten sie aber schon bei der Unterwerfung unter die entsprechende Schiedsklausel folgendes berühmte Filmzitat beherzigen: 351

> „My mama always said, ‚Life was like a box of chocolates. You never know what you're gonna get.'" – Forrest Gump

bb) Entwurf eines „Beipackzettels" für Schiedsklauseln zum CAS

Deshalb sollte einer Schiedsvereinbarung zum CAS im Interesse der den Verbandsstatuten unterworfenen Parteien eigentlich folgender Hinweis beigefügt werden: 352

> „Zu Risiken und Nebenwirkungen befragen Sie Ihren Sportverband oder Rechtsberater!"

Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit, dass der zur Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit Aufgeforderte eine objektive Antwort erhält, im ersten Fall gering (denn zugunsten des Sportverbandes gilt der *nemo tenetur (se ipsum accusare)*-Grundsatz analog) und hängt im zweiten Fall davon ab, wie viel Spezialwissen der befragte Rechtskundige aufweist. Die Erfahrung lehrt, dass die vielen kleinen und jeweils rechtlich grundsätzlich nicht angreifbaren Schritte, die Sportverbänden in Schiedsverfahren vor dem CAS einen spürbaren Startvorteil verschaffen,[754] bei Athleten, aber auch in weiten Juristenkreisen nahezu unbekannt sind.

Die Lösung des Problems könnte ein „Beipackzettel" sein, der über Risiken und Nebenwirkungen einer Schiedsklausel zum CAS informiert[755] und etwa bezüglich dort zu verhandelnder Berufungsverfahren folgende Hinweise enthalten könnte: 353

753 *Weatherill*, Principles, 2017, 14.

754 Zusammenfassend → IV. Rn. 348.

755 Ergänzend sei eine intensive Lektüre von EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 268–277 – ISU's Eligibility Rules empfohlen, wo die europäische Kartellbehörde mit – zumindest

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Der Court of Arbitration for Sport (CAS) hat seinen Sitz in Lausanne in der Schweiz. Er ist vom Schweizerischen Bundesgericht (SchweizBG), vom deutschen Bundesgerichtshof (BGH) und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als echtes Schiedsgericht anerkannt worden. **Achtung:** Sollte ein Athlet/ein Sportclub aufgrund der unter Punkt 3. dargestellten Zusammenhänge den sachlich zutreffenden Eindruck gewinnen, der CAS sei durch ein strukturelles Ungleichgewicht zugunsten der internationalen Sportverbände geprägt, so ist dieser Umstand nach Auffassung der Rechtsprechung für die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht grundsätzlich unerheblich.[756]
2. Der Sitz des CAS in Lausanne bedeutet für die internationalen Sportverbände, die ihren Sitz überwiegend auch in der Schweiz haben, dass sie bei Schiedsverfahren regelmäßig kürzere Reisewege als die der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS unterworfenen Athleten/Sportclubs haben. **Achtung:** Daneben bieten die Rechtslage in der Schweiz sowie die Rechtsprechung des SchweizBG erhebliche Vorteile,[757] die sich allerdings überwiegend nur zugunsten der internationalen Sportverbände auswirken.

3.1 In Berufungsverfahren vor dem CAS entscheidet ein Dreierschiedsgericht, das sich aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern zusammensetzt.

3.2. Jede Partei kann aus einer geschlossenen Liste von mehr als 300 Schiedsrichtern, die allesamt mit dem Sportrecht bestens vertraut sein sollen, einen Beisitzer auswählen. Aufgrund einer zu Beginn ihrer Amtszeit abzugebenden vertraglichen Verpflichtung gelten diese Schiedsrichter als unabhängig und unparteiisch. **Achtung:** Jeder Schiedsrichter bedarf vor der Aufnahme in die geschlossene Schiedsrichterliste einer Bestätigung durch einen Mehrheitsbeschluss des International Council of Arbitration for Sports (ICAS) (siehe nachfolgend noch 3.6.). Dieses Gremium hat zudem jederzeit die Möglichkeit, den Namen eines Schiedsrichters, der gegen Pflichten des CAS-Code verstoßen oder das Ansehen des CAS und/oder ICAS beeinträchtigt hat, von der geschlossenen Schiedsrichterliste wieder zu entfernen.[758]

3.3. Der Vorsitzende eines Dreierschiedsgerichts wird weder gemeinsam von den Schiedsparteien noch gemeinsam von den ernannten Beisitzern, sondern stets vom Präsidenten der Berufungskammer aus dem Kreis der auf der geschlossenen Schiedsrichterliste aufgelisteten Schiedsrichter ausgewählt und benannt. **Achtung:** Der Präsident der Berufungskammer hat dieses Amt auf-

---

in der Rechtsprechung – selten anzutreffender Deutlichkeit einige der mit Schiedsverfahren vor dem CAS verbundenen rechtlichen Nachteile für die den Verbandsregelungen unterworfenen Parteien auflistet; zum Wortlaut → XIII. Rn. 885–893.

756 → IV. Rn. 237–250, 252–256, 264.

757 → IV. Rn. 148 f.; ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271, 275 – ISU's Eligibility Rules.

758 → IV. Rn. 162–179, 188–202.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grund eines Mehrheitsbeschlusses des ICAS inne (siehe nachfolgend noch 3.6.).[759]

3.4. Internationale Sportverbände und auch Athleten/Sportclubs können in verschiedenen Schiedsverfahren jeweils einen bestimmten Schiedsrichter wiederholt als Beisitzer benennen. **Achtung:** Selbst wenn ein Schiedsrichter sich in der Vergangenheit allein von Sportverbänden als Beisitzer hat benennen lassen und sodann stets eine „harte Linie" im Anti-Doping-Kampf verfolgt hat, ist insoweit eine Besorgnis der Befangenheit auszuschließen, wenn dieser Schiedsrichter vom Präsidenten der Berufungskammer zum Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts in einem Dopingverfahren benannt wird. Vielmehr hat stets diejenige Partei, die eine fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers oder eines beteiligten Schiedsrichters behauptet, hierfür überzeugende Beweise im Hinblick auf das konkrete Verfahren zu liefern (selbst wenn dies faktisch nahezu unmöglich ist).[760] Andernfalls gelten die Schiedsrichter weiterhin als unabhängig und unparteiisch.

3.5. Dem CAS-Generaldirektor sind Schiedssprüche vor ihrer Verkündung zur Prüfung vorzulegen, die sich im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte und ein Hinweisrecht auf die bisherige Praxis in CAS-Schiedssprüchen zu bestimmten Rechtsfragen beschränkt. Die Hinweise sind für das Dreierschiedsgericht nicht bindend. **Achtung:** Der CAS-Generaldirektor hat sein Amt aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses des ICAS inne (siehe nachfolgend noch 3.6.).[761]

3.6. Im ICAS werden drei Fünftel der Mitglieder von den Sportverbänden gestellt (je ein Fünftel von den internationale Sportverbänden, von den Nationalen Olympischen Komitees und vom IOC).[762] **Achtung:** Gegen die Stimmen der von den Sportverbänden gestellten Mitglieder im ICAS können keine Schiedsrichter auf die geschlossene Schiedsrichterliste berufen werden. Entsprechendes gilt für die Berufung des Präsidenten der Berufungskammer und des CAS-Generaldirektors.[763]

4. Schiedsverfahren werden anhand der einschlägigen Verbandsstatuten und ergänzend (insbesondere hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Schiedsvereinbarung[764]) vorrangig nach dem Recht der Schweiz entschieden. Eine etwaige rechtliche Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung sollte möglichst bereits in den Verfahren vor den Verbandsgerichten und spätestens im

759 → IV. Rn. 190–194.
760 → IV. Rn. 173–175.
761 → IV. Rn. 185–187.
762 → IV. Rn. 162–169.
763 → IV. Rn. 170–179, 185–187.
764 → IV. Rn. 213–214.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsverfahren vor dem CAS gerügt werden.[765] **Achtung:** Nach schweizerischem Recht werden auch stillschweigend vereinbarte Schiedsklauseln als rechtswirksam eingestuft.[766] Zudem ist es nach schweizerischem Recht nicht zu beanstanden, wenn ein Athlet/Sportclub, der sich als unmittelbares Mitglied eines Vereins/Verbandes dessen Satzung unterworfen hat, sich dabei zugleich über entsprechende Verweisungsklauseln den Statuten der übergeordneten nationalen und internationalen Sportverbände unterwirft. Es ist für die rechtswirksame Bindung eines Athleten/Sportclubs an diese Statuten erforderlich, aber auch ausreichend, wenn auf diese Regelungen in der Vereinssatzung unmittelbar oder mittels einer Verweisungskette Bezug genommen wird. Dies gilt unabhängig davon, ob der Athlet/Sportclub diese Verweisungen nachverfolgt, nachvollzogen und zur Kenntnis genommen hat. Es ist dem Athleten/Sportclub bei solchen sog. Kaskadenverweisungen zu empfehlen, die Verweise nachzulesen und die für die eigene Rechtsposition maßgeblichen Vorschriften selbstständig zu ermitteln.[767]

5. Athleten/Sportclubs werden durch Sportverbände regelmäßig faktisch gezwungen, sich der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS zu unterwerfen, weil sie andernfalls vom zuständigen Sportverband nicht zu offiziellen Sportwettkämpfen zugelassen werden würden und deshalb ihre sportliche Tätigkeit nicht mehr professionell ausüben könnten.[768] **Achtung:** Allein der Umstand, dass die Unterwerfung eines Athleten/Sportclubs unter die Schiedsgerichtsbarkeit des CAS nicht freiwillig erfolgt ist, führt – zumindest nach dem Recht der Schweiz – grundsätzlich nicht zur rechtlichen Unwirksamkeit der betreffenden Schiedsvereinbarung (siehe oben 4.) und steht nach Auffassung des SchweizBG, BGH und EGMR der Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht (siehe oben 1.) nicht entgegen.[769]
6. Soweit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, muss der CAS bei der Entscheidungsfindung die europäischen Grundfreiheiten (z.B. Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit), die Regelungen des nationalen oder europäischen Kartellrechts sowie die diesbezüglichen Entscheidungen etwa des EuGH oder der EU-Kommission berücksichtigen. Es ist nicht gewährleistet, dass jeder der auf der geschlossenen Schiedsrichterliste aufgeführten Schiedsrichter ein ausgewiesener Experte in den genannten Rechtsgebieten ist.[770] Daher ist den Athleten sowie ihren Prozessvertretern dringend zu raten, das Schiedsgericht durch entsprechende rechtliche Aus-

765 → IV. Rn. 215–219.
766 → IV. Rn. 209, 213.
767 → IV. Rn. 36–39, 63 f.
768 Ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules.
769 → IV. Rn. 220–236, 251–265.
770 → IV. Rn. 275–310.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führungen zur sachgerechten Anwendung der genannten Rechtsvorschriften zu veranlassen. **Achtung:** Sollte der im Schiedsverfahren unterlegene Athlet/Sportclub den Schiedsspruch vor dem SchweizBG anfechten, so wird letzteres nicht prüfen, ob das Kartellrecht vom CAS zutreffend angewendet wurde, weil kartellrechtliche Regelungen in der Schweiz – anders als etwa in den Mitgliedstaaten der EU – nicht zum *ordre public* zählen.[771]

7. Athleten/Sportclubs werden regelmäßig keine Möglichkeit haben, einen Schiedsspruch des CAS im Land ihres Wohnsitzes von einem staatlichen Gericht in einem Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren prüfen zu lassen. **Achtung:** Die internationalen Sportverbände vollstrecken Schiedssprüche – soweit möglich – verbandsintern insbesondere durch Ausübung ihres Weisungsrechts gegenüber nachgeordneten Sportverbänden oder durch Androhung oder Verhängung von Disziplinarmaßnahmen gegen den im Schiedsverfahren unterlegenen Athleten/Sportclub. Damit müssen Schiedssprüche des CAS auch außerhalb der Schweiz regelmäßig nicht mehr durch Einschaltung staatlicher Gerichte vollstreckt werden.[772]

Selbst die Kenntnis dieser im „Beipackzettel" zusammengefassten und jeweils 354
rechtlich kaum angreifbaren Risiken und Nebenwirkungen einer Schiedsklausel zum CAS wird allenfalls verhindern können, dass Athleten hiervon erst anlässlich eines konkreten Rechtsstreits mit einem internationalen Sportverband erfahren und überrascht werden. Während man den mit der Verabreichung eines bestimmten Arzneimittels verbundenen Risiken und Nebenwirkungen aber im Falle einer individuellen Unverträglichkeit durch Rückgriff auf ein alternatives Arzneimittel ausweichen kann, ist die institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit des CAS zwar eine Variante der sog. *Alternative Dispute Resolution*. Indem den Athleten aber faktisch die Möglichkeit zur Anrufung staatlicher Gerichte bei rechtlichen Auseinandersetzungen mit internationalen Sportverbänden von letzteren weitestgehend genommen worden ist und weil Alternativen zum CAS nicht existieren, sollte er als das wahrgenommen werden, was er tatsächlich für den Sportsektor darstellt: *Dispute Resolution Without Alternative*.

771 → IV. Rn. 301, 313, 318 f.; gleichfalls diesen Aspekt betonend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271, 275 – ISU's Eligibility Rules.

772 → IV. Rn. 326–334; diesen Aspekt hervorhebend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 272 – ISU's Eligibility Rules.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäische Grundfreiheiten[1]

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: 1

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 EuGH[6] habe sodann in völligem Gegensatz hierzu in der Rechtsmittelinstanz festgestellt, auch Regelungen rein sportli- 2

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 andererseits[10] ist sachlich zutreffend und hebt bestehende Defizite in den judikativen Argumentationslinien hervor. Allerdings sollte man sich durch die vereinzelten 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 AEUV[12] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 praktizierten[13] 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 jüngeren Datums bildet EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17 – Kristoffersen/NSF; → V. Rn. 51–56.

14 → V. Rn. 8–21, 22–44.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 unvertretbaren 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 stellvertr. *Weatherill*, Principles, 2017, 73–78; PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 50–53.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

9 Der EuGH sah sich der Frage ausgesetzt, ob und – wenn ja – wie er das Europarecht 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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] 13

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 14

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 […]")

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Pass[24] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „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 herausfordert 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] 18

> „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] 19

> „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- 20

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 rekordverdächtiger 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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? 22

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. 23

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 24

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").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 vergegenwärtigen, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 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: 27

In einem ersten Schritt erinnerte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die 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 zutreffe, 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. 28

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

> „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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Hatten die Sportverbände im *Bosman*-Verfahren tatsächlich geglaubt, den EuGH 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 abzuringen. 33

c) Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit)

Hatte der EuGH sich in der Rechtssache *Walrave und Koch*[43] noch auf die Anwendung 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. 34

43 → V. Rn. 8–21.
44 EuGH Slg. 1995, I-5040, Rn. 92–104 = NJW 1996, 505 – Bosman.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> 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 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. 36

d) Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (oder Dienstleistungsfreiheit)

Wie sollten die Sportverbände das System der Ablösesummen rechtfertigen, 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 Arbeitnehmerfreizügigkeit[46] 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 Urteilspassage heraus, die nachfolgend im Sportrecht eine gewisse Berühmtheit erlangt hat:[47] 37

> „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 Sportverbände verfolgen dürfen, womit unter gewissen weiteren Voraussetzungen die da- 38

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 behindernd 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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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* 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] 41

e) Epilog

Um die Auswirkungen der durch das *Bosman*-Urteil des EuGH ausgelösten 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 zukunftweisenden 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? 42

Bosmans Leben hatte sich infolge europarechtswidriger Transferregelungen und eines erst sehr späten Prozesssiegs 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 43

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 kickende 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. Deliège

45 Die Rechtssache *Deliège*[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. – Deliège; vgl. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 101–103; PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 67–71.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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) 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 Vertrags[61] entspreche. Von entscheidender Bedeutung für die weitere Entwicklung des europäischen Sportrechts sollte jedoch folgende Feststellung des Gerichtshofs werden:[62] 46

> „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 – Deliège.
60 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 42 = NJW 2000, 2011 – Deliège.
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 – Deliège.
63 EuGH Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 (Satz 8) = NJW 1975, 1093 (1094) – Walrave und Koch.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Auswahlsystem 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 – Deliège.
65 → VI. Rn. 176–315.
66 EuGH Slg. 2000, I-2549, Rn. 65–68 = NJW 2000, 2011 – Deliège.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 EuGH[72] 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 EuGH[78]) 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 – Deliège.
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 – Deliège. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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-Gerichtshof[84] gleichfalls betonte Aspekt der Solidarität zwischen dem Profi- und Amateursport, den die EU-Kommission schon im Begleitdokument zum Weißbuch Sport[85] 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] 55

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] 56

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/conistency*“.
88 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 befassten 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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

1. Vorüberlegungen: Sport ohne oder mit Kartellrecht?

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

9 → V. Rn. 8–21 m.w.N.

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

11 → V. Rn. 8–21, 22–44 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. ENIC/UEFA

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

3. Meca-Medina und Majcen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

a) EuG

aa) Sachverhalt

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

bb) Bewertung der Erwägungsgründe

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

cc) Würdigung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

b) EuGH

aa) Schlussanträge von Generalanwalt Léger

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

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

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

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

66 Ausf. hierzu → VI. Rn. 79–86.

67 Ausf. hierzu → VI. Rn. 114–138.

68 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb) Bewertung der Erwägungsgründe

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

> „27. Nach alledem **führt der bloße Umstand, dass eine Regelung rein sportlichen Charakters ist, nicht dazu, dass derjenige, der die dieser Regelung unterliegende sportliche Tätigkeit ausübt, oder die Institution, die diese Regelung erlassen hat, nicht in den Geltungsbereich des EG-Vertrags fällt.**"

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

---

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

> „42. Außerdem kann die Vereinbarkeit eines Regelwerks mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln nicht abstrakt beurteilt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92, DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 31). Nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluss einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, fällt zwangsläufig unter das Verbot des Arti-

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> kels 81 Absatz 1 EG. Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sind nämlich der **Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet**, und **insbesondere seine Zielsetzung** zu würdigen. Weiter ist dann zu prüfen, **ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen** (Urteil Wouters u. a., Randnr. 97) und **ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.**"

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

88 → VI. Rn. 176–284 m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

45. Selbst unterstellt, dass die streitige Anti-Doping-Regelung eine die Handlungsfreiheit der Kläger einschränkende Entscheidung von Unternehmensverbänden wäre, wäre sie deshalb nicht unbedingt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 EG, da sie **durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt** ist. Eine solche Beschränkung ist nämlich **mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden** und **dient** gerade **dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten.**"

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

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

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

90 → VI. Rn. 146–156 m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Würdigung und offene Rechtsfragen

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

dd) Nachwirkungen

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. ISU's Eligibility Rules

a) Sachverhalt

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

b) Bewertung der Entscheidungsgründe

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

107 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.
108 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184; EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 339–342 – ISU's Eligibility Rules.
109 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission; hierzu *Streinz* JuS 2021, 276–278.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

111 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c) Erfolglose Interventionsbemühungen des Sports

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

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

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

113 → XII. Rn. 1 ff. m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

a) Meinungsstand und Rechtsauffassung der EU-Kommission

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

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

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

119 → VI. Rn. 39–60 m.w.N.

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b) Rein sportlicher Charakter von Verbandsregelungen regelmäßig reine Fiktion

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

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

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

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

127 → VI. Rn. 146–159 m.w.N.

128 *Weatherill*, Principles, 2017, 116: „fictional or at least extremely rare creature that is the ‚purely sporting' rule".

129 Langen/Bunte/*Schneider*, Bd. 2, Syst. IV Rn. 12; *Opfermann* 236 f.; a.A. ohne Begründung *Kling/Thomas* § 5 Rn. 233.

130 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 147 ff. – ISU's Eligibility Rules; *Adolphsen* 176 f.; *Seyb* 83; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (570 f.); *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (400 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

d) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

6. Bestimmung des relevanten Marktes im Sport

a) Grundlagen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

147 → VI. Rn. 119–138.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

unterschieden werden.[153]

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Sportveranstaltung als Plattform im Sinne der Kartellrechtsökonomik?

aa) Ausgangslage

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

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

bb) Plattform und indirekte Netzwerkeffekte

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

cc) Indirekte Netzwerkeffekte bei Sportveranstaltungen

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

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

172 *Hülsk*ötter 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

173 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

174 *Hülskötter* 222.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

111 *Hülskötter* fährt folgendermaßen fort:[179]

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

dd) Auswirkungen auf die Bestimmung des relevanten Marktes

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes auf einem relevanten Markt

a) Unternehmen und Unternehmensvereinigung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b) Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes

aa) Meinungsstand

(1) Ausgangsproblematik

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

(2) Hypothetischer Beispielsfall

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

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

209 Hierzu *Jung* 198.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

211 → IV. Rn. 4–68 m.w.N.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

(3) Schrifttum

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

(4) Judikatur

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb) Würdigung

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

a) Wouters

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

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

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

235 → VII. Rn. 52 f.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c) Kritik an der Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte

aa) Kritische Stimmen im Schrifttum

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

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

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

251 → VI. Rn. 68–74 m.w.N.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

bb) Ansatz der Praxis

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

cc) Bewertung der Kritikpunkte

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

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

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

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

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

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

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

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

265 → VI. Rn. 40–53, 176–315.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

d) Würdigung

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

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

272 → VI. Rn. 56.

273 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.

274 → VI. Rn. 334–336.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

a) Allgemeines

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

304 → VI. Rn. 139–142.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb) Rechtsnatur und Terminologie

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

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

309 → VI. Rn. 56.

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

317 *Esposito* 225 f.; zuletzt in diesem Sinne *Seyb* 103. So auch noch *Heermann* WuW 2009, 489 (500–502); an dieser Rechtsauffassung wird im Folgenden nicht weiter festgehalten.

318 *Esposito* 226 gelangt über den beweisrechtlichen Sphärengedanken zu einem ähnl. Ergebnis.

319 → V. Rn. 1 ff. und VI. Rn. 1–60 m.w.N.

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

321 S. hierzu stellvertr. MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 43 ff. m.w.N.

322 Hierzu MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 48 ff. mit umfassenden Nachw. der Rspr des EuGH.

323 EuGH Slg. 2003, I-4431, Rn. 67 f. = BeckRS 2004, 74377 – ATRAL; EuGH 2003, I-6445, Rn. 29 f. = GRUR Int. 2003, 826 – Kommission/Italien; EuGH 2003, I-13 145, Rn. 54 = CELEX62001CS0358 – Kommission/Spanien; EuGH 2004, I-1559, Rn. 23 = BeckRS 2004, 75862 – Kommission/Italien; vgl. auch stellvertr. Streinz/*Schroeder* Art. 36 Rn. 57 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

326 → VI. Rn. 56.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Anwendungsbereich

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

> „45. Selbst unterstellt, dass die streitige Anti-Doping-Regelung eine die Handlungsfreiheit der Kläger einschränkende Entscheidung von Unternehmensverbänden wäre, wäre sie deshalb nicht unbedingt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 EG, da sie durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt ist. Eine solche Beschränkung ist nämlich **mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden** und **dient** gerade **dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten**."

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

dd) Unmöglichkeit einer trennscharfen Abgrenzung der Prüfungsschritte

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

b) Erste Stufe: Legitime Zielsetzung und kohärente Zielverfolgung

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

aa) Ausgangspunkt: Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports

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

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

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

342 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

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

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

345 Ebenso *St. Horn* 93 ff.

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

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

348 *L. Breuer* 702.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

bb) Ansatz der EU-Kommission

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

> „Legitimate objectives of sporting rules will normally relate to the ‚organisation and proper conduct of competitive sport' and may include, e.g., the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes, the ensuring of uncertainty of results, the protection of the athletes' health, the protection of the safety of spectators, the encouragement of training of young athletes, the ensuring of financial stability of sport clubs/teams or the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (‚the rules of the game'). The specificity of sport, i.e. the distinctive features setting sport apart from other economic activities, such as the interdependence between competing adversaries, will be taken into consideration when assessing the existence of a legitimate objective. […] ‚rules of the game', i.e., rules which determine the number of players, their function, duration of the competition/game etc. Obvious examples of rules of the game include the rule that a football team must have eleven players or a rule that regulates the dimensions of the goals."

Die einzelnen Elemente dieses Ansatzes sollen nachfolgend separat dargestellt werden.

cc) Arten denkbarer legitimer Zielsetzungen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Ausgangspunkt: Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

372 → II. Rn. 1–15.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

377 → XIII. Rn. 154–170.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

(3) „the ensuring of uncertainty of results"

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

---

378 *Beisenherz* 42, 44, 144; im Anschluss daran *Henneberg* 232; im Anschluss an die Vorgenannten sodann *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22.

379 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 49.

380 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 51.

381 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.

382 → II. Rn. 8–11 m.w.N.

383 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

395 A.A. wenig überzeugend unter gleichzeitiger Betonung der Zielsetzung einer Chancengleichheit der Athleten (allg. hierzu → VI. Rn. 196–199) offensichtlich *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 7, 15, 16, 22; allg. zu Gehaltsobergrenzen → XIII. Rn. 355–427 m.w.N.

396 → VI. Rn. 186–195.

397 → VI. Rn. 213–236.

398 S. hierzu etwa PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

während der Saison Heraufsetzung der zulässigen Höchstzahl von Spielerauswechslungen).

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

i. Was ist eine *competitive balance*?

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

ii. Meinungsstand zur *competitive balance*

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

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

402 → VI. Rn. 201 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

> „daß die Zwecke berechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen den Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewißheit der Ergebnisse zu gewährleisten […]"

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

428 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

iv. Fazit

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

(10) Weitere denkbare legitime Zielsetzungen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

(11) Verfolgung wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen?

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

in den Hintergrund treten.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

> „102: Weiter machen die Beteiligten geltend, zur Bewahrung der finanziellen Stabilität und Nachhaltigkeit der Olympischen Bewegung und der Olympischen Spiele müsse Chancengleichheit sichergestellt sein. Daher müssten weltweit sämtliche Athleten, die sich sportlich qualifizieren, teilnehmen können und eine Teilnahme dürfe nicht wegen der unterschiedlichen finanziellen Ausstattung der NOKs und damit der mangelnden oder unzureichenden Unterstützung der Athleten scheitern. Dies ist aus derzeitiger Sicht der Beschlussabteilung jedoch nicht als legitimes Ziel im Sinne der Meca-Medina-Rechtsprechung anzuerkennen.
>
> 103: Vor dem Hintergrund der jüngsten Entscheidungen der Europäischen Kommission (‚International Skating Union's Eligibility Rules') und des EFTA-Gerichts („Kristoffersen") ist es zwar grundsätzlich denkbar, dass der Schutz bzw. die Sicherung des Fortbestands eines Solidaritätsmodells, in dessen Rahmen Einnahmen entweder horizontal (z.B. zwischen allen Vereinen, die an einem Wettkampf teilgenommen haben) oder vertikal (z.B. professionellen Sportlern und Amateursportlern) umverteilt werden, ein legitimes Ziel darstellen kann, dass [sic] die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts rechtfertigt. Wie auch das EFTA-Gericht im Fall ‚Kristoffersen' ausgeführt hat, setzt dies nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung jedoch voraus, dass das System hinsichtlich der dadurch finanzierten Förderung für die Akteure, die durch ihre Leistung hierzu beigetragen haben, hinreichend transparent ist. Es muss ihnen möglich sein, nicht nur nachzuvollziehen, welche Einnahmen erzielt worden sind, sondern auch, ob diese Einnahmen – zumindest zum weit überwiegenden Teil – tatsächlich Athleten zu Gute gekommen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

ee) Festlegung des Schutzniveaus

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

ff) Risikobewertung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

502 → VI. Rn. 139–145 m.w.N.

503 *L. Breuer* 726 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gg) Legitimität der Zielsetzung bei kohärenter und stringenter Zielverfolgung

(1) Ausgangsproblematik

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

> „Der Weg ist das Ziel."

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Judikatur und Kartellbehörden

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

---

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

508 → VI. Rn. 179.

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

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

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

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

513 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

514 *L. Breuer* 727.

515 Vgl. stellvertr. EuGH Slg. 1986, 1007, Rn. 15 = BeckRS 2004, 71391 – Conegate; EuGH Slg. 1987, 1227, Rn. 49 = NJW 1987, 1133 – Kommission/Deutschland; EuGH Slg. 1989, 617, Rn. 21 = NJW 1989, 2185 (2186) – Schuhmacher; EuGH Slg. 1999, I-1459, Rn. 35 = NJW 1999, 2028 – Centros; EuGH Slg. 2003, I-13031, Rn. 67 ff. = NJW 2004, 139 – Gambelli; EuGH, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 ff. = NJW 2007, 1515 – Placanica; EuGH Slg. 2008, I-5785, Rn. 39 f. = EuZW 2008, 505 – Corporación Dermoestética; EuGH Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 ff. = EuZW 2009, 298 – Hartlauer; EuGH Slg. 2009, I-9735, Rn. 38 ff. = BeckRS 2009, 71103 – Kommission/Spanien; EuGH Slg. 2009, I-10821, Rn. 42 ff. = IStR 2010, 581 – Presidente del Consiglio dei Ministri; EuGH Slg. 2010, I-47, Rn. 53 ff. = NJW 2010, 587 – Petersen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sowohl von der EU-Kommission als auch hernach vom BKartA und vom EuG auf den *Meca-Medina*-Test übertragen worden.[516]

(3) Dogmatische Einordnung

278 Die bisherige Entscheidungspraxis lässt nicht erkennen, wie dieses überaus praktische und zugleich die Prozessökonomie fördernde Kohärenzkriterium dogmatisch einzuordnen ist. Verschiedene Ansätze sind denkbar. *L. Breuer*[517] hat vorgeschlagen, den von ihm mit „Kohärenz der Zielverfolgung" oder „Widerspruchsfreiheit von Regelungssystemen" bezeichneten Gesichtspunkt als alternativen Weg einer stark verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu interpretieren. Der EFTA-Gerichtshof hat inkonsistente mitgliedstaatliche Regelungen als ungeeignet qualifiziert,[518] auch eine Anknüpfung an das Erforderlichkeitskriterium ist vorstellbar. Die EU-Kommission scheint das Kohärenzkriterium auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu verorten.[519] Das BKartA hat angedeutet, dass bei fehlender Kohärenz der Zielverfolgung es letztlich auf der ersten Stufe an der Verfolgung eines *legitimen* Zwecks mangele.[520]

279 Hier wird dem letztgenanntenAnsatz gefolgt, so dass auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests auf der Basis einer verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung nur bei einer kohärenten und stringenten Zielverfolgung von einer *legitimen* Zielsetzung ausgegangen werden kann. Für eine solche dogmatische Einordnung spricht, dass die Legitimität einer Zielsetzung an Überzeugungskraft verlöre, falls das Ziel nicht kohärent und stringent verfolgt wird. Zudem ist nach Auffassung des EuGH in den Rechtssachen *Wouters* sowie *Meca-Medina und Majcen* auf der ersten Prüfungsstufe stets der „Gesamtzusammenhang" zu berücksichtigen,[521] der nach hier vertretener Auffassung auch die Kohärenz und Stringenz der Verfolgung eines angeblich legitimen Ziels umfasst.

280 Da insoweit nur eine Evidenzkontrolle erfolgt,[522] kann es vorkommen, dass die Problematik auf den nachfolgenden Prüfungsstufen nochmals (oder aus Praktika-

516 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 103–105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

517 *L. Breuer* 727 f.

518 So im Ansatz EFTA-Gerichtshof 16.11.2018, Rs. E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF.

519 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; unklar hernach EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission. *Mürtz* Abschn. E. V. 2. b) aa) prüft das Erfordernis einer kohärenten und systematischen Zielverfolgung gleichfalls zusammen mit der Inhärenz auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests.

520 So andeutungsweise auch BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

521 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – Wouters; EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 43 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.

522 → VI. Rn. 281 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bilitätsgründen von Beginn an) aufgegriffen und aus dem speziellen Blickwinkel der Inhärenz,[523] Geeignetheit[524] oder Erforderlichkeit[525] im Ergebnis anders als auf der ersten Prüfungsstufe bewertet wird. Wesentlich wichtiger als die dogmatische Einordnung des Kohärenzkriteriums ist letztlich also der Umstand, dass die damit verbundenen Aspekte und Fragen überhaupt im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests angesprochen und geklärt werden.

(4) Praktische Hinweise

281 Abschließend ist zu ermitteln, welcher Maßstab bei der Anwendung des Kohärenzkriteriums anzulegen ist. Dabei ist insbesondere zwei Punkten angemessen Rechnung zu tragen: Erstens handelt es sich beim Kohärenzkriterium unabhängig von seiner genauen Einordnung in den *Meca-Medina*-Test um eine vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, was gegen einen allzu strengen, eine absolute Stringenz der Zielverfolgung fordernden Ansatz spricht. Zweitens sind die mitunter kleinteilige Regelungsdichte und -tiefe von Verbandsstatuten zu berücksichtigen. Diese werden vielfach in kurzen Zeitintervallen modifiziert oder ergänzt, wenn etwa zwischenzeitlich unvorhergesehene Rechtsprobleme aufgetreten sind und bei nächster Gelegenheit durch Verbandsregelungen für die Zukunft gelöst werden sollen (z.B. infolge der COVID-19-Pandemie Ermöglichung von virtuellen Mitgliederversammlungen oder Vorstandssitzungen sowie Regelungen zur Beendigung eines für einen längeren Zeitraum unterbrochenen Ligaspielbetriebs). Regelmäßig sind Satzungsänderungen erforderlich, wenn Verbandsstatuten infolge einer (verbands)gerichtlichen Inhaltskontrolle als rechtsunwirksam eingestuft wurden oder sich in der Praxis nicht bewährt haben. Vielfach werden Verbandsstatuten also anlassbezogen im Hinblick auf Einzelprobleme geändert, ohne dass jeweils das gesamte Regelwerk, bestehend aus einer Satzung, gegebenenfalls diversen dynamischen oder statischen Satzungsverweisungen sowie einer Vielzahl von Vereinsordnungen, im Hinblick auf seine Stringenz und Kohärenz sowie das Fehlen jeglicher Wertungswidersprüche durchgeführt werden kann. Damit besteht gerade bei komplexen Verbandsstatuten stets die latente Gefahr, dass mit bestimmten Regelungen definierte Zielsetzungen nicht mit 100 %iger Widerspruchsfreiheit und Kohärenz verfolgt werden. Treffend spricht *L. Breuer*[526] in diesem Zusammenhang von

> „ein[em] ideale[n] Nährboden für die Argumentationsfigur der inneren Widersprüchlichkeit von Regelungssystemen".

523 → VI. Rn. 285–287.
524 → VI. Rn. 289–294.
525 → VI. Rn. 295–309.
526 *L. Breuer* 730.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

282 Daher sollten die fehlende Kohärenz und Stringenz der Zielverfolgung oder ein damit einhergehender Wertungswiderspruch nur angenommen werden, wenn diese Aspekte offensichtlich sind, allgemeine Regeln der Logik verletzt werden und sich dies dem fachkundigen Betrachter geradezu aufdrängt.[527] Wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann die Problematik hernach nochmals oder aus verfahrensökonomischen Gründen auch von Beginn an aus der speziellen Perspektive der Inhärenz,[528] Geeignetheit[529] oder Erforderlichkeit[530] geprüft werden.

(5) Zwischenfazit

283 Nicht jede Zielsetzung, die *theoretisch* als legitim im Sinne der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden kann, ist letztlich auch *tatsächlich* legitim. Von einer Legitimität der Zielsetzung kann grundsätzlich[531] nur ausgegangen werden, wenn der Sportverband die Zielsetzung auch in kohärenter, stringenter und widerspruchsfreier Weise verfolgt. Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt, wenn die fehlende Kohärenz, Stringenz und Widerspruchsfreiheit eines vom Sportverband verfolgten Ziels offensichtlich sind und bei der Umsetzung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift allgemeine Regeln der Logik verletzt werden. Innerhalb des *Meca-Medina*-Tests bedarf es eines solchen Korrektivs, weil andernfalls von Sportverbänden lediglich behauptete, aber nicht oder unzureichend verfolgte legitime Zielsetzungen berücksichtigungsfähig wären.

284 In der Sache handelt es sich beim Kohärenzkriterium um eine im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests aus Gründen der Prozessökonomie vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, die inhaltliche Überschneidungen mit folgenden Prüfungsschritten aufweist: Festlegung des Schutzniveaus und Risikobewertung auf der ersten Stufe; notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung legitimer Ziele auf der zweiten Stufe; Geeignetheit und Erforderlichkeit auf der dritten Stufe. Es ist lediglich von theoretischem Interesse, ob man das Kohärenzkriterium – wie hier – auf der ersten Stufe oder auf einer der logisch nachfolgenden Stufen dogmatisch ansiedelt, weil jeweils inhaltliche Bezugspunkte, Überschneidungen und Interdependenzen bestehen.

527 *L. Breuer* 730 f.: „Sobald die Widersprüche aber besonders grobe Wertungsdiskrepanzen offenbaren, die den hierfür typischen Fallkonstellationen im Bereich der Grundfreiheiten entsprechen […]"; zu ungenau insoweit *Seyb* 106, der pauschal allein auf die Widerspruchsfreiheit abstellt.

528 → VI. Rn. 285–287.

529 → VI. Rn. 289–294.

530 → VI. Rn. 295–309.

531 Zu einer denkbaren Ausnahme für den Fall, dass sich eine ursprünglich als geeignet eingestufte Maßnahme in der Folge als evident ungeeignet erweist, → VI. Rn. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Zweite Stufe: Notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele

Wenn man versucht, sich die Bedeutung der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu erschließen, sind wiederum die Erwägungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport der EU-Kommission hilfreich. Dort heißt es (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[532] 285

> „**The restrictions** caused by a sporting rule **must be inherent in the pursuit of its objective.** The ECJ found, e.g., that the penalties contained in the anti-doping rules in Meca-Medina were **inherent** for the proper conduct of competitive sport and the healthy rivalry of athletes. Likewise, the prohibition on the ownership of two or several sport clubs/teams competing against each other was found by the Commission to be **inherent** for ensuring the uncertainty of results. Rules **inherent** in the organisation and proper conduct of competitive sport also include the ‚rules of the game', i.e., rules which determine the number of players, their function, duration of the competition/game etc. Obvious examples of rules of the game include the rule that a football team must have eleven players or a rule that regulates the dimensions of the goals."

Die rechtliche Einordnung des Inhärenzkriteriums[533] hat in der Vergangenheit für ein wenig Verunsicherung gesorgt, die wesentlichen Voraussetzungen, die auf dieser Stufe zu prüfen sind, können inzwischen aber als gesichert gelten. Es handelt sich dabei nicht um eine reine Erforderlichkeitsprüfung, wie sie aus dem für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung typischen Dreiklang Geeignetheit – Erforderlichkeit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne allgemein bekannt ist.[534] Vielmehr verlangt der EuGH seit seinem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil,[535] dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den mit der streitgegenständlichen Verhaltensweise verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und der verfolgten legitimen Zielsetzung bestehen muss. Damit „darf das legitime Ziel nicht (und nicht ‚nur' gleich effektiv) erreichbar sein, ohne dass der Sportverband zugleich auch zwangsläufig den Wettbewerb hierzu beschränken muss."[536] Ein wettbewerbsbeschränkender Eingriff muss also als solcher notwendig, mithin gleichsam in der Natur der Sache liegend und damit inhärent sein, sofern ein Sportverband sein legitimes Ziel erreichen will. Es handelt sich damit um einen Prüfungsschritt, bei dem im Vergleich zu einer reinen Erforderlichkeitsprüfung 286

532 Commission Staff Working Document, Abschn. 2.1.5.

533 Hierzu zuletzt stellvertr. ausf. *Mürtz* E. V. 2.; s. auch *Opfermann* 316–318. Bedeutung und Notwendigkeit der zweiten Prüfungsstufe generell anzweifelnd *Jung* 214; *Verse* CaS 2010, 28 (31); insoweit a.A. etwa *Esposito* 220; *Kornbeck* EuZW 2017, 603 (606).

534 *Jung* 214 f.; *Opfermann* 317.

535 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 46. In der englischen Sprachfassung kommt dies ein wenig deutlicher als in der deutschen Übersetzung zum Ausdruck, weil „inherent" etwas irreführend, weil eine Erforderlichkeitsprüfung andeutend, mit „notwendig […] zusammenhängen" übersetzt wurde, während „proportionate" als Synonym für die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne verwendet wurde.

536 *Opfermann* 316 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Rahmen einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbsschutzes ein strengerer Maßstab anzulegen ist.

287 Eine Inhärenz in diesem Sinne setzt denklogisch voraus, dass eine solche Maßnahme diesen Zweck überhaupt erfüllen kann, d.h. zur Zielverfolgung geeignet ist.[537] Es bestehen also Interdependenzen zur ersten Stufe einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Daher kann es auch nicht überraschen, dass die EU-Kommission im *ISU*-Verfahren nicht sauber zwischen der zweiten und dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests differenziert, sondern das Inhärenzkriterium und den Aspekt der Geeignetheit gemeinsam geprüft hat.[538] Dieser Umstand zeigt erneut,[539] dass sich insbesondere die Prüfungskriterien der Kohärenz, der Inhärenz sowie der Geeignetheit der Maßnahme, jeweils bezogen auf die Verfolgung einer legitimen Zielsetzung, inhaltlich überschneiden. Dabei kommt dem Inhärenzkriterium auf der zweiten Stufe letztlich eine Art Scharnierfunktion insbesondere zu den genannten Prüfungskriterien auf den anderen Stufen zu.

d) Dritte Stufe: Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die legitimen Ziele

288 Von der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests, der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme hinsichtlich der legitimen Zielsetzung,[540] geht in rechtlicher Hinsicht eine gewisse Faszination aus. Die Frage des Ausgleichs zwischen privaten Interessen (nicht nur im Sport) hat *Steiner* als „eine der spannendsten Fragen des Sportrechts schlechthin" bezeichnet; zugleich spricht er im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip von „der verfassungsrechtlichen Goldader deutscher Rechtsfindung".[541] Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich diese zweifelsohne sehr spannende Frage bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests weniger häufig, als von vielen erwartet, stellen wird. Denn aufgrund der vorgelagerten Kohärenzprüfung,[542] die ihrerseits eine vorgezogene und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt, werden sich vielfach Fragen zur Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne nicht mehr stellen.

537 So schon *Weiler* 247; s. auch *Hail* 308; *Opfermann* 317 Fn. 694; *Scherzinger* 217; *Seyb* 106; *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 19; a.A. *St. Horn* 95.

538 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 228–235 – ISU's Eligibility Rules; ähnl. EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 106 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC setzt sich mit den Voraussetzungen der zweiten Stufe in einem einzigen Satz auseinander.

539 → bereits VI. Rn. 281 f.

540 Hierzu ausf. *Mürtz* Abschn. E. V. 3.; vgl. auch *Hail* 308–317; *Seyb* 107–109; s. ausf., indes vorrangig mit entsprechenden Erwägungen zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 734–782.

541 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (232 f.).

542 → VI. Rn. 269–284.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Geeignetheit

289 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird üblicherweise und damit auch auf der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zunächst nach der Geeignetheit der streitgegenständlichen Maßnahme zur Verfolgung des legitimen Ziels gefragt.[543] Nicht nur aus rechtstheoretischer Sicht, sondern insbesondere auch für die Anwendungspraxis sind zwei Aspekte von erheblichem Interesse: Aus welcher zeitlichen Perspektive erfolgt die Bewertung der Geeignetheit der Verbandsmaßnahme? Und wieviel Ermessensspielraum ist dabei Sportverbänden zuzubilligen?

290 Wenn man sich an der *Meca-Medina und Majcen*-Entscheidung des EuGH orientiert, spricht vieles dafür, sich – wie schon bei der Risikobewertung[544] – im Hinblick auf den für die Geeignetheitsprüfung maßgeblichen Zeitpunkt gleichfalls für eine *Ex-ante*-Perspektive auszusprechen.[545] Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, weil die Festlegung geeigneter Maßnahmen zur Verfolgung eines legitimen Ziels für einen Sportverband letztlich eine Prognoseentscheidung darstellt, die mit unvorhersehbaren Unwägbarkeiten verbunden ist. Eine Ausnahme ist jedoch zu machen, wenn gerade die Realisierung eben dieser unvorhergesehenen Unwägbarkeiten zu der gesicherten Erkenntnis führt, dass sich durch eine ursprünglich zulässigerweise als geeignet eingestufte Maßnahme das vom Sportverband gesetzte Ziel nicht mehr erreichen lässt.

291 Diese Ausnahmefälle sind rar und sollten nicht voreilig angenommen werden, um den aus der Verbandsautonomie abgeleiteten Ermessensspielraum der Sportverbände nicht von vornherein in unvertretbarer Weise einzuschränken. Aber solche Konstellationen sind auch nicht rein theoretischer Natur, wie sich jüngst kurz nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie beispielsweise im deutschen Bundesliga-Fußball (und wahrlich nicht nur dort) gezeigt hat. Jahrzehntelang hatte das strenge Lizenzierungsverfahren, welches die DFL im Laufe der Zeit ständig verfeinert hatte,[546] europaweit als vorbildlich gegolten. Ein Hauptzweck der Vorschriften der DFL-Lizenzierungsordnung besteht darin, über die sportliche Qualifikation hinaus durch eine detaillierte Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sicherzustellen, dass die Lizenzbewerber, also die Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga sowie Aufstiegsaspiranten aus der 3. Liga, in der kommenden Spielzeit nicht vorzeitig aus wirtschaftlichen Gründen Insolvenz werden anmelden müssen – ein *Worst-case*-Szenario für jede Sportliga. Nur wenige Wochen nach Einstellung des Bundesligaspielbetriebs im März 2020, der

543 *L. Breuer* 735–754; *Hail* 308–310; a.A. *Mürtz* Abschn. E. V. 2. c) cc) (1.), nach dessen Auffassung das Erfordernis der Geeignetheit „gewissermaßen ein in der Inhärenz enthaltenes ‚Minus' dar[stellt]".

544 → VI. Rn. 266–268.

545 So *L. Breuer* 745 unter Hinweis auf „das Gebot der inneren Stimmigkeit".

546 Hierzu ausf. Stopper/Lentze/*Holzhäuser/Wilkens* Kap. 20 Rn. 1–232; vgl. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 133–149.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die laufenden Einnahmen der Bundesligaclubs binnen sehr kurzer Zeit in einem zuvor vermutlich unvorstellbaren Maß zusammenschmelzen ließ, mutmaßte etwa der damalige DFB-Präsident *Fritz Keller*: „Für viele Clubs geht es schlicht um die Existenz".[547] Das Lizenzierungsverfahren allein hätte ohne umgehend ergriffene begleitende Maßnahmen eine zeitnahe Verwirklichung konkreter Insolvenzgefahren während der laufenden Spielzeit 2019/20 nicht verhindern können. Damit stand in diesem Fall aufgrund erst *ex post* erlangter Erkenntnisse fest, dass die ursprünglich getroffenen Maßnahmen der Liga doch nicht geeignet waren, ein wesentliches Ziel zu erreichen.

292 In der Terminologie des *Meca-Medina*-Tests ist im Hinblick auf das vorgenannte Beispiel also nüchtern festzustellen, dass eine Verbandsmaßnahme, die ursprünglich zulässigerweise als geeignet zur Verfolgung eines legitimen Ziels einzustufen war, sich nachträglich binnen weniger Wochen definitiv als ungeeignet erwiesen hat. Daran mag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Saison 2019/20 aufgrund der späteren Fortsetzung des Spielbetriebs mit sog. Geisterspielen, der teils vorzeitigen Auszahlung eines erheblichen Teils der erwarteten Einnahmen aus der TV-Rechtevermarktung sowie diverser begleitender Maßnahmen (z.B. Verzicht der Spieler auf Auszahlung eines Teils der vertraglich vereinbarten Spielergehälter) letztlich kein Bundesligist Insolvenz anmelden musste. Dies konnte durch die genannten und ähnliche Maßnahmen, die man vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie sicherlich nicht erwogen hatte, sowie letztlich auch aufgrund glücklicher Umstände gewährleistet werden. Wenn die DFL die Lizenzierungsordnung aufgrund der leidvollen Erfahrungen in der Folge nicht modifiziert hätte, hätte eine ursprünglich zulässigerweise als geeignet eingeschätzte Verbandsmaßnahme sodann als ungeeignet eingestuft werden müssen. Dies wiederum hätte dazu geführt, dass die DFL die nach wie vor legitime Zielsetzung nicht länger in stringenter und kohärenter Weise verfolgt hätte, so dass zugleich die Voraussetzungen der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests nicht mehr vorgelegen hätten.

293 Die vorangegangenen Erwägungen zeigen erneut,[548] wie eng verschiedene Kriterien des *Meca-Medina*-Tests miteinander verflochten sind und sich gegenseitig bedingen. Dies betrifft die Festlegung des Schutzniveaus, die Risikobewertung, das Kohärenzkriterium, das Inhärenzkriterium und schließlich die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung legitimer Ziele.[549]

547 FAZ v. 10.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/dfb-praesident-befuercht et-klub-pleiten-durch-corona-krise-16720113.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

548 → bereits VI. Rn. 281 f. und VI. Rn. 286 f.

549 *Hail* 309 f. geht offensichtlich gleichwohl davon aus, dass man die Geeignetheit isoliert prüfen könne, erkennt aber in Übereinstimmung mit dem hier verfolgten Ansatz, dass eine Geeignetheit „nur in Extremfällen einer offensichtlichen Zweckverfehlung abzulehnen sein wird".

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Festlegung von Verbandsmaßnahmen, die zur Verfolgung legitimer Zielsetzungen geeignet sind, haben Sportverbände einen objektiven Maßstab zugrundzulegen. Es muss also *ex ante* eine hinreichende objektive Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass die wettbewerbsbeschränkende Verbandsmaßnahme tatsächlich die Erfüllung des legitimen Zwecks zu bewirken vermag.[550] Darüber hinaus verfügen Sportverbände insoweit über einen gewissen Ermessensspielraum,[551] was wegen der *ex ante* zu treffenden Prognoseentscheidung auch gar nicht anders sein kann. Dieser Beurteilungsspielraum ist gerichtlich voll nachprüfbar.[552] 294

bb) Erforderlichkeit

Im Rahmen der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird üblicherweise nach der Feststellung der Geeignetheit der streitgegenständlichen Maßnahme als zweites deren Erforderlichkeit im Hinblick auf die verfolgte Zielsetzung geprüft.[553] Diese Erforderlichkeitsprüfung soll hier in Anlehnung an die von *L. Breuer* verwendete Untergliederung in vier Schritte – Suche nach möglichen Alternativmaßnahmen;[554] Geeignetheit der vorgeschlagenen Alternativmaßnahmen;[555] Vergleich des Wirkungsgrades der Alternativmaßnahme mit dem Wirkungsgrad der streitigen Maßnahme;[556] Vergleich der Eingriffsintensität[557] – unterteilt werden. Damit wird keineswegs die Erwartung verbunden, dass eine Prüfung des Erforderlichkeitsmerkmals stets unter strikter Einhaltung dieser Schrittfolge durchzuführen sei. Vorzugswürdig ist in jedem Fall eine an den Umständen des konkreten Einzelfalls und – wie sich zeigen wird – insbesondere auch am Sachvortrag der Parteien orientierte Prüfung, wobei die vier Schritte eine Hilfestellung hinsichtlich der relevanten, aber nicht in jedem Einzelfall gleichermaßen erheblichen Fragestellungen liefern sollen.[558] 295

550 *L. Breuer* 745 f.; *Hail* 309. Es reicht also bspw. nicht aus, wenn lediglich festgestellt wird, dass eine „in Frage stehende Regelung nicht von vornherein ungeeignet ist, die von ihr verfolgten legitimen sportgenuinen Ziele zu erreichen"; a.A. indes Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (339) mit auch insoweit krit. Anm. *Heermann* CaS 2011, 339 (342) in Bezug auf die sog. 50+1-Regel, → XIII. Rn. 307 f.

551 *L. Breuer* 745 spricht insoweit von einer „schutzniveaubezogenen Einschätzungsprärogative".

552 *L. Breuer* 745 f.; → VI. Rn. 325–333.

553 Hierzu im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests *Hail* 310–313; vgl. auch ausf., indes vorrangig mit entsprechenden Erwägungen zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 754–779.

554 *L. Breuer* 756–760.

555 *L. Breuer* 760.

556 *L. Breuer* 761 f.

557 *L. Breuer* 762–767.

558 Ähnl. *L. Breuer* 756.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Denkbare Alternativmaßnahmen

296 In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob alternative Verbandsmaßnahmen vorstellbar sind, die zum einen in gleicher Weise das legitime Verbandsziel verfolgen, zum anderen aber den Wettbewerb weniger intensiv beschränken. Die Suche nach solchen Alternativmaßnahmen ist nicht Aufgabe der Gerichte, eine Ermittlungsverpflichtung von Amts wegen existiert insoweit nicht. Die Rollenverteilung bei dieser Suche hat der EuGH in seinem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil lediglich angedeutet. Es hätte nahegelegen, dass die klagenden Langstreckenschwimmer als mildere Verbandsmaßnahme die Aufstellung eines höheren Schwellenwertes für die Festlegung der Nandrolon-Konzentration im Körper von Sportlern vorgeschlagen hätten. Allein, dies taten sie gerade nicht und erleichterten damit dem Gerichtshof seine Argumentation (Hervorhebung durch *Verfasser*):[559]

> „54. Die Beschränkungen, die der Schwellenwert den Sportlern auferlegt, gehen unter diesen Umständen, **zumal die Kläger nicht angeben**, auf welchen Wert die Toleranzschwelle zum maßgeblichen Zeitpunkt hätte festgesetzt sein müssen, nicht über das hinaus, was für die Organisation und den ordnungsgemäßen Ablauf sportlicher Wettkämpfe erforderlich ist."

297 Es hätte also nach Auffassung des Gerichtshofs den klagenden Athleten oblegen, eine konkrete alternative Verbandsmaßnahme anzugeben. Dabei handelt es sich um eine Durchbrechung der grundsätzlichen Beweislastverteilung im Kartellrecht. Danach trägt derjenige, der eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101, 102 AEUV behauptet, hierfür die Beweislast. Demgegenüber trägt für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wie etwa Art. 101 Abs. 3 AEUV diejenige Partei die Darlegungslast, die sich hierauf beruft.[560] Falls man den *Meca-Medina*-Test als einen tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund bewertet,[561] hätte eigentlich der hierauf Bezug nehmende Schwimmverband die Tatbestandsvoraussetzungen vortragen müssen. Dieser hätte unter der genannten Voraussetzung also darlegen und im Zweifel nachweisen müssen, dass keinerlei alternative Verbandsmaßnahmen denkbar sind, die in gleicher Weise ein legitimes Verbandsziel verfolgen und zugleich den Wettbewerb weniger intensiv beschränken. Dies ist angesichts nahezu unzähliger Gestaltungsmöglichkeiten, die sich für den Sportverband hinsichtlich seiner Statuten ergeben, sowie des ihm hierbei zustehenden Ermessensspielraums letztlich kaum möglich, wenn nicht gar unmöglich. Deshalb hat der Gerichtshof insoweit – wie im oben zitierten 54. Erwägungsgrund dargelegt – zunächst in seiner Judikatur zu den Grundfreiheiten (al-

559 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 54 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
560 Dies entspricht auch der Systematik von Art. 2 VO (EG) Nr. 1/2003.
561 Zur Diskussion zur Rechtsnatur → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lerdings ohne Sportbezug) eine Modifikation der Darlegungslast entwickelt, die der sekundären Darlegungslast im deutschen Zivilprozessrecht[562] ähnlich ist.

Diesen Weg hat zuletzt auch der EFTA-Gerichtshof in einem Verfahren, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sportsektor betraf,[563] beschritten:[564] 298

> „According to established case law, it is for the party that invokes a derogation from one of the fundamental freedoms to show in each individual case that its rules are necessary and proportionate to attain the aim pursued. However, that burden of proof cannot be so extensive as to require the party to prove, positively, that no other conceivable measure could enable that objective to be attained under the same conditions (…)"

Wie an anderer Stelle bereits dargelegt,[565] obliegt es damit dem Sportverband, der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Sportler bewirkt, im konkreten Einzelfall die Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkung nachzuweisen. Die Beweislast – so überzeugend der EFTA-Gerichtshof – reicht aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen muss, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Insoweit muss sich ein Sportverband nur zu den von der Gegenseite vorgetragenen, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zur Erreichung der Verbandsziele aber gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen. Es obliegt einem Sportverband also nicht, selbst nach alternativen Verbandsmaßnahmen zu forschen, um sodann nachzuweisen, dass diese nicht mit einem milderen Eingriff in den Wettbewerb die Verbandsziele zu erreichen vermögen.[566] 299

Diese Beweislastverteilung lässt sich ohne Weiteres auf das Sportkartellrecht übertragen, wovon der Gerichtshof in der zuvor zitierten Passage aus dem *Meca-Medina und Majcen*-Urteil stillschweigend ausgegangen ist. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass sich rechtliche Wertungen, die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den europäischen Grundfreiheiten hervorgegangen sind, vielfach auf das europäische Kartellrecht übertragen lassen. Die partielle Beweislastumkehr gilt damit unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsreduktion einstuft.[567] 300

562 S. hierzu stellvertr. BeckOK-ZPO/*Becher* § 284 ZPO Rn. 84 ff.
563 → X. Rn. 6 f. m.w.N.
564 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17, Rn. 123 – Kristoffersen/NSF.
565 *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 52.
566 *L. Breuer* 760. A.A. und damit i.Erg. zu restriktiv sowie unter Außerachtlassung der dargestellten beweisrechtlichen Besonderheiten *Hail* 313, wonach „die beschränkende Wirkung einer sportverbandlichen Maßnahme das Maß des unbedingt und objektiv Erforderlichen keinesfalls übersteigen" dürfe.
567 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

301 Damit reicht für Sportverbände in Kartellrechtsverfahren, in denen es um von Klägern behauptete, von Verbandsstatuten und deren Umsetzung angeblich ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen geht, zunächst grundsätzlich die Behauptung aus, dass im Hinblick auf die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme keine mildere Alternativmaßnahme erkennbar sei. Eine erste Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch, wenn sich Alternativmaßnahmen geradezu aufdrängen, etwa weil sie von anderen Sportverbänden angewendet werden oder dort gar den Standard darstellen.[568] Eine weitere Ausnahme greift, wenn die regelungsunterworfene Partei konkrete Alternativmaßnahmen substantiiert in einer Weise vorträgt, dass das Gericht die Angaben überprüfen kann.[569] Gerade dies hatten die Langstreckenschwimmer *Meca-Medina* und *Majcen* in dem nach ihnen benannten, wegweisenden Verfahren vor dem EuGH versäumt, so dass der Gerichtshof eine detaillierte Erforderlichkeitsprüfung nicht mehr durchzuführen brauchte. In diesem Zusammenhang ist also für die Prozessanwälte Umsicht geboten, um sich nicht dem Vorwurf eines Beratungsfehlers auszusetzen. In der Praxis sind gerade in diesem Kontext immer wieder Defizite zu beobachten, weil Rechtsvertreter des Öfteren mit den – zugegebenermaßen – sehr speziellen, aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ableitbaren Feinheiten der Beweislastverteilung bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests nur unzureichend vertraut sind.

(2) Geeignetheit der Alternativmaßnahme(n)

302 Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist sodann in einem zweiten Schritt zu ermitteln, ob die vorgeschlagene(n) Alternativmaßnahme(n) tatsächlich zur Zielerreichung geeignet ist (sind). Insoweit gelten die Ausführungen zur Geeignetheit auf der ersten Stufe einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechend.[570]

(3) Vergleich der Wirkungsgrade

303 In einem dritten Schritt sind anschließend die Wirkungsgrade der Alternativmaßnahme einerseits und der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme andererseits miteinander zu vergleichen.[571] Inwieweit sich gerade bei diesem Punkt belastbare Aussagen treffen lassen, wird von den Umständen des konkreten Einzelfalls und

568 Zu einem Nominierungsrechtsstreit im Beachvolleyball, in dem der deutsche Verband von international verbreiteten Nominierungsstandards abwich, s. LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322 f.); vgl. auch *Schönhagen* Spiegel Online v. 12.8.2020.

569 So bereits vorrangig im Hinblick auf den *Wouters*-Test *L. Breuer* 758.

570 → VI. Rn. 289–294 m.w.N. Im Hinblick auf den *Wouters*-Test vgl. *L. Breuer* 761 f.

571 Ausf. hierzu *L. Breuer* 762–767 mit Bezug zum *Wouters*-Test.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den bestehenden Möglichkeiten zur Ermittlung des jeweiligen Wirkungsgrads abhängen.

(4) Vergleich der Eingriffsintensität

304 Schließlich ist in einem vierten Schritt ein Vergleich der Eingriffsintensität der Alternativmaßnahme sowie der streitigen Verbandsmaßnahme vorzunehmen.[572] Eine solche vergleichende Gegenüberstellung wird sich regelmäßig komplex gestalten, weil sich die Parteien auf unterschiedliche Rechtsgüter und -positionen berufen werden. Zugleich können dabei die Alternativmaßnahme und die streitige Verbandsmaßnahme bei voneinander abweichenden Adressatenkreisen zu unterschiedlichen Beschränkungen führen, was die Vergleichbarkeit zusätzlich erschwert. So werden Sportverbände, deren streitgegenständliche Verbandsstatuten entweder europäische Grundfreiheiten und/oder die Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigen, auf Folgendes verweisen: die unter dem Schutz der Verbandsautonomie erfolgende Förderung von Allgemeinwohlinteressen; die wichtige Funktion, die Sportverbände im Hinblick auf die Erziehung, die öffentliche Gesundheit, in sozialer, kultureller und integrativer Hinsicht und nicht zuletzt auch für den Freizeitsport ausüben; die Besonderheiten des Sports. Die jeweilige Gegenseite wird sich auf die Grundfreiheiten und/oder die Wettbewerbsfreiheit berufen. Dabei ist nicht zu vernachlässigen, dass ein unverfälschter Wettbewerb auch im Unionsinteresse liegt. Denn dieses Interesse reicht deutlich weiter als die subjektiven Interessen der den Verbandsregelungen unterworfenen Kläger.

305 Die kaum überwindbaren Schwierigkeiten, die ein Vergleich der Eingriffsintensität bereiten kann, seien anhand eines hypothetischen Beispiels veranschaulicht: Ein nationaler Sportverband verbietet seinen den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten, bei Auftritten in der Nationalmannschaft in irgendeiner Weise Werbemaßnahmen für ihre privaten Ausrüster und Sponsoren durchzuführen. Vielmehr müssen die Athleten im sportlichen Outfit des offiziellen Verbandsausrüsters, eventuell verziert mit den Werbelogos der offiziellen Verbandssponsoren, auftreten, ohne an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes beteiligt zu werden (was infolge neuerer Entwicklungen in der Judikatur[573] und der kartellbehördlichen Praxis[574] immer seltener vorkommen dürfte). Damit verfolgt der Nationalverband das Ziel, einer weiteren Kommerzialisierung des Sports entgegenzuwirken und an den Grundwerten des Sports festzuhalten. Um kein kartellrechtliches Eigentor zu schießen, weist der Sportverband Vorwürfe weit von sich, auf diese Weise seine eigenen Vermarktungserlöse, die zu erheblichen

572 Hierzu *L. Breuer* 762–767 hins. des *Wouters*-Tests.
573 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – Rs. E.8/17 – Kristoffersen/NSF.
574 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teilen wieder in die Förderung der Verbandsziele (insbesondere Sportförderung im Profi-, Amateur- und Freizeitsportbereich) fließen, maximieren zu wollen.

306 Die Wettbewerbsbeschränkung der über ein persönliches Vermarktungspotential verfügenden und damit unternehmerisch tätigen Athleten ist in diesem Beispielsfall offensichtlich, weil sie gerade während medienwirksamer Auftritte in der Nationalmannschaft in erheblichem Maße an der Erzielung persönlicher Einnahmen gehindert werden. Der nationale Sportverband stuft die Verbandsmaßnahme im Lichte des *Meca-Medina*-Tests als kartellrechtlich unbedenklich ein, die Athleten sehen dies naturgemäß anders. Die verfolgten Verbandsziele einer möglichst breit angelegten Nachwuchsförderung sollen in dem hypothetischen Beispiel als legitim eingestuft werden, da sie insbesondere in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden (was in ähnlich gelagerten und von der EU-Kommission und dem BKartA geführten Verfahren gerade nicht der Fall war,[575] so dass es gar nicht mehr zu einer Erforderlichkeitsprüfung kam).

307 Nunmehr sei unterstellt, dass die Athleten als Alternativmaßnahme nicht pauschal, sondern unter Angabe eines konkreten Mindestumfangs eine Beteiligung an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes und/oder an den auf der Sportkleidung und -ausrüstung zur Verfügung stehenden Werbeflächen für ihre Individualsponsoren fordern. Betrachtet man die Eingriffsintensität, würde eine solche Alternativmaßnahme beim Sportverband voraussichtlich zu geringeren Vermarktungserlösen führen, mit denen die legitimen Verbandsziele gefördert werden könnten. Der offizielle Ausrüster des Verbandes würde zwar seine Exklusivität wahren, nicht jedoch die übrigen Verbandssponsoren, die nunmehr in Konkurrenz zu den Individualsponsoren der Athleten träten. Den Athleten würden höhere individuelle Vermarktungserlöse verbleiben, was zu besseren Trainingsbedingungen, zu einer sportlichen Leistungssteigerung und damit auch zu einer erhöhten Attraktivität des Sportevents für Zuschauer und Medienanbieter führen könnte.

308 Letztlich geht es beim Vergleich der Eingriffsintensität der streitigen Verbandsmaßnahme und der Alternativmaßnahme um ökonomische Verteilungsfragen, die nicht nur den Sportverband und die den Verbandsregeln unterworfenen und klagenden Athleten betreffen, sondern auch noch weitere Stakeholder.[576] Hier werden zwei komplexe Themenbereiche berührt. Zum einen richten sich die streitgegenständlichen Verbandsregelungen zwar unmittelbar an die daran gebundenen Athleten. Sie wirken sich zum anderen aber gleichzeitig (un)mittelbar auf dritte, nicht der Verbandsgewalt unterworfene Personen oder Unternehmen

575 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ähnl. EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

576 Zu dieser Problemkonstellation → XIII. Rn. 655–708.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus (z.B. die Individualsponsoren der Athleten, eventuell Medienanbieter und Endkonsumenten). Inwieweit Sportverbände in einer derartigen, in der Praxis zunehmend auftretenden Konstellation den Schutz der Verbandsautonomie genießen, wird in einem späteren Abschnitt analysiert werden.[577] Zudem zeigt das hypothetische Beispiel anschaulich, dass neben den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf dem relevanten Markt auch solche auf benachbarten, vor- oder nachgelagerten Märkten in die kartellrechtliche Bewertung mit einfließen können.[578]

309 Wenn man sich diese rechtlichen, aber auch ökonomischen Zusammenhänge vergegenwärtigt, liegt es nahe, dass private Unternehmen wie Sportverbände trotz ihres Schutzes durch die Verbandsautonomie und selbst unter großzügiger Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports keine von der EU zu respektierende, gerichtlich nicht überprüfbare Kompetenz zur Entscheidung von Verteilungsfragen für sich beanspruchen können.[579] Vielmehr ist es Aufgabe der Judikatur sowie der Kartellbehörden im jeweiligen Streitfall wie auch in dem hypothetischen Beispielsfall, nicht nur die widerstreitenden Interessen der unmittelbaren Verfahrensbeteiligten zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen, sondern dabei zugleich auch im Lichte der europäischen Grundfreiheiten und des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit die berechtigten Interessen mittelbar betroffener Dritter zu berücksichtigen. Dabei stellen sich im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung höchst anspruchsvolle und nicht mit mathematischer Genauigkeit beantwortbare Fragen. Daher ist es nachvollziehbar und aus prozessökonomischer Sicht auch sinnvoll, dass die Entscheidungspraxis durch Einführung des relativ einfach überprüfbaren Kriteriums der kohärenten und stringenten Verfolgung der Verbandszielsetzungen als vorgezogener und verkürzter Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Möglichkeit zur rechtlichen Vorabprüfung im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests eröffnet hat. Damit sind im Hinblick auf streitige Verbandsmaßnahmen die schwierigen Fragen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nur in denjenigen, letztlich wenigen Fällen zu klären, in denen die Antworten tatsächlich entscheidungserheblich sind.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

310 Die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne oder auch Angemessenheit,[580] erlangt nur noch in wenigen Fäl-

577 → XII. Rn. 1 ff.
578 → VI. Rn. 90-113 und VII. Rn. 1–3.
579 *L. Breuer* 766.
580 Hierzu im Hinblick auf den *Meca-Medina*-Test *Hail* 313–317; vorrangig in Bezug zum *Wouters*-Test *L. Breuer* 768–779.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

len praktische Relevanz. Denn durch die vorgelagerte und verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung, wonach das vom Sportverband gesetzte Ziel in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden muss,[581] werden für den Fall, dass die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, bereits im Vorfeld solche Konstellationen herausgefiltert, bei denen andernfalls eine Angemessenheitsprüfung hätte erforderlich werden können.[582] Zudem bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne mehr, wenn bei einem der vorgelagerten Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests die jeweiligen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

311 Diese systematischen Zusammenhänge sowie insbesondere die Existenz und Funktion der Kohärenzprüfung verkennt *Hail*, wenn er behauptet, dass dem Teilgrundsatz der Angemessenheit eine besondere Bedeutung zukomme und dieser Punkt „als einziges Rechtfertigungskriterium in der Lage" sei, einer den Verbandsregelungen unterworfenen Partei Gehör zu verschaffen und die Berücksichtigung ihrer schutzwürdigen Interessen zu ermöglichen.[583] Der Relativierung bedarf seine Einschätzung, die Angemessenheit scheine im Vergleich zur Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit kein entsprechend eigenständiger und gleichfalls etablierter Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH zu sein.[584] In der *Wouters*-Entscheidung hatte sich der Gerichtshof in der Tat auf die Prüfung der Notwendigkeit bzw. Erforderlichkeit der streitgegenständlichen Verordnung beschränkt.[585] Das mag dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass im konkreten Fall die Ermächtigung der niederländischen Rechtsanwaltskammer zur Regelung der berufsständischen Grundsätze und ein damit verbundener Ermessensspielraum – anders als üblicherweise bei Sportverbänden[586] – ausdrücklich vom Staat abgeleitet werden konnten.[587] Im *Meca-Medina*-Urteil ist jedoch sodann die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne als eigener Prüfungspunkt ausdrücklich angesprochen worden:[588]

> „42. […] Weiter ist dann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten

581 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

582 Nach *L. Breuer* 778 ist „die offene Abwägung von Rechtsgütern […] – anders als es in der verfassungsrechtlichen Judikatur des BVerfG scheinen mag – nicht als ‚krönender' Höhe- und Schlusspunkt jeder Prüfung anzustreben, sondern so weit wie möglich zurückzudrängen." Diese Zusammenhänge vernachlässigt *Vieweg*, FS Grunewald, 2021, 1225 (1235 f.): „Nimmt man das Kartellrecht in den Blick, so zeigt das EuGH-Urteil in der Rechtssache Meca-Medina und Majcen, dass die gerichtliche Nachprüfung im Wesentlichen letztlich auf Verhältnismäßigkeitsüberlegungen hinausläuft."; „Kontrollmaßstab ist letztlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das zu einer Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall führt."

583 *Hail* 314 f.

584 *Hail* 314.

585 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97, 107 ff. = NJW 2002, 877 – Wouters.

586 → III. Rn. 20–25 m.w.N. zum Meinungsstand.

587 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 3 ff. (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2002, 877) – Wouters.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Diesen Prüfungspunkt hat der Gerichtshof sodann nochmals aufgegriffen:[589]

> „55. Da die Kläger im Übrigen nicht geltend gemacht haben, dass die im vorliegenden Fall anwendbaren und verhängten Sanktionen überzogen seien, ist die Unverhältnismäßigkeit der fraglichen Anti-Doping-Regelung nicht erwiesen."

Hieraus hat *L. Breuer*[590] den Schluss gezogen, indem der Gerichtshof im *Meca-Medina und Majcen*-Urteil den Spezialfall einer eigenständigen, sanktionsrechtlichen Angemessenheitskontrolle in den *Wouters*-Test transplantiert habe, habe er deutlich gemacht, dass auch wettbewerbsbeschränkende Absprachen einer intensivierten Verhältnismäßigkeitskontrolle unterlägen, wenn sie – wie im *Meca-Medina und Majcen*-Verfahren – Sanktionsmechanismen enthielten. Den Begriff der Sanktion wird man in diesem Kontext in einem weiten Sinne zu verstehen haben.[591] Er erstreckt sich damit auf alle nachteiligen Rechtsfolgen, die dazu dienen, die Einhaltung einer Verbandsregel abzusichern. Solche Rechtsfolgen werden sich regelmäßig in Fällen nachweisen lassen, in denen Sportverbandsstatuten unterworfene natürliche oder juristische Personen hiervon ausgehende Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsfreiheit behaupten. So geht etwa von einer Verbandsregelung, die in die Nationalmannschaft berufenen Athleten für die Dauer der betreffenden Wettkämpfe jegliche Individualvermarktung untersagt, dadurch eine Sanktion im vorgenannten Sinne aus, dass insoweit die Erzielung individueller Vermarktungserlöse verhindert wird. 312

Auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird geprüft, ob im Licht des Rechtsverstoßes, d.h. der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit und/oder der europäischen Grundfreiheiten, sowie der Leistungsfähigkeit des betroffenen Sportverbandes die durch die Sanktion im vorgenannten Sinne entstehenden Belastungen im Verhältnis zum Rechtsverstoß und der Zielsetzung der Sanktion angemessen sind. Wenn schon, wie bereits dargelegt,[592] bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung die Suche nach eventuell milderen Alternativmaßnahmen nicht zu den Aufgaben der Gerichte zählt, so müssen sie bei der Angemessenheitsprüfung erst recht nicht eine bestimmte Maßnahme als ideale oder gar optimale Lösung identifizieren. Geprüft wird vielmehr, ob ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vorliegt, indem die streitgegenständliche Maßnahme im Vergleich zu der (den) vorgetragenen, angeblich milderen Alternativmaßnahme(n) zu übermäßigen Belastungen führt. Letztlich sollen unvertretbare Exzesse der Verfolgung legitimer Verbandsziele 313

589 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 55 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
590 *L. Breuer* 776 f.
591 So auch *L. Breuer* 780 m.w.N.
592 → VI. Rn. 304–309.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unterbunden werden.[593] Zu prüfen ist dabei, ob der durch die streitgegenständliche Verbandsmaßnahme entstehende Nachteil für das Unionsinteresse an einem unverzerrten Wettbewerb außer Verhältnis steht zu dem Vorteil, der hierdurch bei der Verfolgung der legitimen Verbandsinteressen entsteht.[594] Die Sportverbände können sich zwar auf die Verbandsautonomie, jedoch nicht auf die nur Mitgliedstaaten zustehenden legislativen und administrativen Gestaltungsspielräume berufen. Auch in diesem Zusammenhang hat man sich zu vergegenwärtigen, dass Sportverbände über keine uneingeschränkte, rechtlich nicht überprüfbare Verbandsautonomie, sondern lediglich – in der Terminologie von *Weatherill*[595] – über eine „conditional autonomy" verfügen.[596] Dies bedingt eine intensive gerichtliche Kontrolldichte anhand objektiver Maßstäbe, die Sportverbänden zwar einen gewissen Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Verbandsstatuten, indes keine der gerichtlichen Kontrolle vollständig entzogene Einschätzungsprärogative belässt.[597]

dd) Folgenabschätzung?

314 Infolge des *PSSP*-Urteils des BVerfG vom 5.5.2020[598] könnte erwogen werden, ob künftig auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests um einen Prüfungsschritt zu erweitern wäre, in dem eine Folgenabschätzung vorzunehmen ist. So hat das BVerfG im konkreten Fall eine Kontrolle der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne anhand einer Abwägung zwischen dem von einer EU-Kompetenz gedeckten Ziel einer Maßnahme und ihren sonstigen, in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallenden Folgen für die Wahrnehmung angemahnt.[599] Hierzu vertritt *Ackermann*[600] die Auffassung, infolge der Logik des BVerfG sei es daher zwingend, die Folgenabwägung, die das Gericht im Bereich der Währungspolitik von der EZB erwartet, und die damit einhergehende Forderung einer Kontrolle durch den EuGH auch auf die Wettbewerbspolitik zu erstrecken, und zwar nicht nur auf die gesetzgeberische Tätigkeit der Union in diesem Bereich, sondern – gemäß der Reichweite von Art. 5 Abs. 1, 4 EUV – auch auf Entscheidungen und Bekanntmachungen, letztlich auf jedes formelle und informelle Handeln der EU-Kommission in Wettbewerbssachen.

315 Es ist verfrüht, die Einfügung eines solchen weiteren obligatorischen Prüfungsschritts zur Folgenabwägung in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzunehmen.

593 *L. Breuer* 770.
594 *L. Breuer* 777 f.
595 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93.
596 → III. Rn. 33–65.
597 So auch *L. Breuer* 778; → VI. Rn. 317–324 m.w.N.
598 BVerfG NJW 2020, 1647 ff.
599 BVerfG NJW 2020, 1647, Rn. 167 ff.
600 *Ackermann* NZKart 2020, 281 (282).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies gilt umso mehr, als der EuGH in einer Pressemitteilung im Nachgang zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020, die drei Tage später veröffentlicht wurde,[601] die Auslegung durch das deutsche Gericht nicht übernommen hat, sondern es bei der Feststellung beließ, nationale Gerichte seien wie andere Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten verpflichtet, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren.[602]

e) Ermessensspielraum der Sportverbände und Beweislastverteilung im Überblick

316 Die Erwägungen des wissenschaftlichen Schrifttums zum gerichtlich überprüfbaren oder aber – nach anderer Auffassung – weitgehend gerichtsfesten Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Sportverbände bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests sind zumeist[603] ebenso uneinheitlich wie unpräzise. Dies gilt insoweit gleichermaßen für die Ausführungen zur Darlegungslast der beteiligten Parteien und zur Beweislastverteilung. Vom EuGH in diesem Kontext geschaffene Beweiserleichterungen werden zumeist völlig ignoriert. Das ist bemerkenswert, weil es sich dabei um überaus praxisrelevante Fragen handelt. Die Unkenntnis oder Unsicherheit im Umgang hiermit hat schon wiederholt zu möglicherweise vermeidbar ungünstigen Entscheidungen für die den Sportverbandsstatuten unterworfenen Parteien geführt. Daher sollen diese Aspekte hier noch einmal im Überblick dargestellt werden.

aa) Gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum versus gerichtsfeste Einschätzungsprärogative

317 Vielfach werden im Hinblick auf die einzelnen Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests die Rechtstermini *Ermessensspielraum* und *Einschätzungsprärogative* (jeweils zugunsten der Sportverbände) nebeneinander verwendet, obgleich es sich im Hinblick auf die daran geknüpften unterschiedlichen Rechtsfolgen um keine synonym verwendbaren Begrifflichkeiten handelt:

318 – Mit dem Begriff *Einschätzungsprärogative* wird üblicherweise das Vorrecht der staatlichen Legislative bezeichnet, über die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer bestimmten gesetzlichen Regelung zur Erreichung eines bestimmten Regelungsziels letztverbindlich zu entscheiden. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber verabschiedet nach einem komplexen Gesetzgebungsverfahren

601 *EuGH*, Pressemitteilung Nr. 58/20 v. 8.5.2020, abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058de.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).
602 *Ackermann* NZKart 2020, 281 (282).
603 Eine Ausnahme bildet *Mürtz* Abschn. E. IV. 2. und 3.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorschriften, in denen er abschließend widerstreitende Interessen der Regelungsadressaten zu einem Ausgleich bringt und verbindlich festlegt, welche Maßnahmen er als geeignet, erforderlich und letztlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne ansieht. Abgesehen von einem Verfassungsverstoß sind solche Gesetzesregelungen gerichtlich nicht mehr überprüfbar.

319 Wenn nunmehr im Zusammenhang mit dem *Meca-Medina*-Test den Sportverbänden eine Einschätzungsprärogative zugesprochen wird,[604] so wird dadurch in subtiler Weise suggeriert, dass private Sportverbände in vergleichbarer Weise wie die staatliche Legislative gerichtlich grundsätzlich nicht überprüfbare Normen aufstellen. Allerdings leitet sich – wie an anderer Stelle im Detail dargelegt[605] – die Rechtsetzungsbefugnis der Sportverbände trotz der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie nicht vom Staat, sondern aus der Privatautonomie ab. Da Verbandsstatuten zudem zunehmend in Rechtspositionen Dritter eingreifen, die die betreffenden Verbandsregelungen nicht legitimiert haben,[606] ist eine weitgehend gerichtsfeste Einschätzungsprärogative der Sportverbände im Hinblick auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ihrer Verbandsregelungen grundsätzlich abzulehnen.

320 In diesem Zusammenhang hat zuletzt *Podszun*[607] das Verhältnis von Kartellrecht und Verbandsautonomie mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht:

> „Rolle des Verbandsprivilegs
> Zuweilen entsteht der Eindruck, dass sich Verbände – wie die Sportverbände – intern Regeln geben können, die dann dazu führen, dass ihre Aktivitäten teilweise der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen sind. Das ist schon für sich genommen falsch. […] Private Ordnungen sind aber immer mit dem Risiko des Machtmissbrauchs verbunden, da Privaten eine regulatorische, gesetzgeberische Funktion zugestanden wird. Eine solche Konstellation bedarf der Kontrolle. […]"

321 – Im Lichte der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie steht Sportverbänden aber selbstverständlich ein hinsichtlich seiner Reichweite noch näher zu bestimmender[608] Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu, der indes gerichtlich überprüfbar ist.[609] Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen,[610] auch wenn dies in den Entscheidungen nicht stets ausdrücklich angesprochen wird.[611] Etwas anderes folgt auch nicht aus den Erwägungsgründen

604 S. stellvertr. zuletzt *Schneider/Bischoff* SpuRt 2021, 54 (58).
605 → III. Rn. 20–25 m.w.N. zum Meinungsstand.
606 → XII. Rn. 1 ff.
607 *Podszun* NZKart 2021, 138 (145).
608 → VI. Rn. 325–333.
609 I.Erg. ebenso *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (20).
610 So etwa auch explizit *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (18 f.).
611 Vgl. etwa EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 48 = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC; EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 225 ff. – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 96 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; EuG

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des EuGH in der Rechtssache *Wouters*, wonach die Wettbewerbsbeschränkung seitens der Niederländischen Rechtsanwaltskammer bei „vernünftiger Betrachtung" als notwendig oder erforderlich angesehen werden konnte.[612] Denn der sich auf die Rechtfertigung berufenden Rechtsanwaltskammer war eine Regelungskompetenz vom niederländischen Staat übertragen worden, sie war damit ein „staatsnaher" Adressat,[613] während Sportverbände ihre Regelungskompetenz aus der Privatautonomie ableiten.[614]

322 Wenn demgegenüber – wie gerade von Verbandsfunktionären oder verbandsnahen Juristen oft gefordert – ein subjektiver Maßstab anzulegen wäre, würde letztlich das Rechtsverständnis der Sportverbände an die Stelle einer objektiven Auslegung gesetzlicher Normen etwa des Kartellrechts durch staatliche Gerichte treten.[615] Ein Sportverband könnte trotz Einschaltung staatlicher Gerichte oder unabhängiger Kartellbehörden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests faktisch als Richter in eigener Sache agieren – eine bizarre Vorstellung! Hierbei handelt es sich um einen letzten – ebenso verzweifelten wie die Rechtsfigur der Verbandsautonomie unzulässig überdehnenden – Versuch der Sportverbände, das Eindringen staatlichen und supranationalen Rechts in den Bereich verbandsautonom aufgestellter Statuten auf ein Minimum zu reduzieren, ja teilweise ins Leere laufen zu lassen. Was dies für das Sportkartellrecht bedeuten würde, liegt auf der Hand. Soweit ersichtlich, haben Sportverbände noch in keinem gegen sie eingeleiteten Verfahren, das auf letztlich kartellbehördlich und/oder gerichtlich bestätigte Kartellrechtsverstöße gestützt war, die Verletzung deutschen oder europäischen Kartellrechts von Beginn an anerkannt – ganz im Gegenteil! Der *Meca-Medina*-Test, vom EuGH einst eingeführt, um bei Anwendung des Kartellrechts gerade den Besonderheiten des Sports angemessen Rechnung tragen zu können, würde bei Anlegung eines subjektiven Prüfungsmaßstabs von den Sportverbänden so interpretiert und angewendet werden, dass keine eigenen Verstöße gegen das Kartellrecht mehr angenommen werden könnten und es faktisch zur gewünschten Bereichsausnahme zugunsten des Sports käme.

323 Es ist nur zu verständlich, dass supranationale und staatliche Gerichte und Kartellbehörden (anders als teilweise noch Sportschiedsgerichte[616]) diese spe-

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

612 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 107, 109, 110 = NJW 2002, 877 – Wouters.

613 Diesen Aspekt im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* zu Recht betonend *Schweitzer*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 21 (36).

614 → III. Rn. 20–25 m.w.N.

615 Ablehend daher auch *St. Horn* 128; *Opfermann* 319.

616 → X. Rn. 29–42 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziellen Spielregeln zum Umgang mit dem Kartellrecht nicht anerkennen und insoweit die Rolle des Spielverderbers einnehmen.

324 Aufgrund der vorangehenden Erwägungen und zur Vermeidung von Missverständnissen und Fehlvorstellungen wird hier nachfolgend – wie schon in den vorangegangenen Kapiteln und Abschnitten – im Hinblick auf Sportverbände bewusst darauf verzichtet, diesen eine wie auch immer geartete *Einschätzungsprärogative* zuzusprechen. Stattdessen wird von einem gerichtlich anhand objektiver Maßstäbe überprüfbaren Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Sportverbände ausgegangen.[617]

bb) Reichweite des Sportverbänden zustehenden Ermessensspielraums

(1) Bewertung des Meinungsstands im Schrifttum

325 Zur Reichweite des Sportverbänden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zustehenden Ermessensspielraums gibt es von rechtswissenschaftlicher Seite verschiedene Annäherungsversuche. Dabei zeichnet sich ab, dass die gerichtliche Kontrolldichte umso intensiver ist, je kleiner sich im konkreten Fall der Ermessens- und Beurteilungsspielraum eines Sportverbandes darstellt. Aber wie ist dieser im Einzelfall zu bestimmen?

326 Allzu oberflächlich empfiehlt *Hail* einen restriktiven Maßstab bei Anwendung der Ausnahmeregel.[618] Etwas konkreter, wenngleich im konkreten Fall kaum hilfreicher ist die Problemannäherung von *Weatherill*, zumal er im Gegensatz zur vorgenannten Auffassung eher für einen breiten Ermessensspielraum plädiert:[619]

> „A broad discretion should be admitted. A measure within the *lex sportiva* must be manifestly inappropriate having regard to its objective before the choice will be regarded as invalid; the criterion to be applied is not whether a measure adopted in such an area was the only or the best measure."

327 Hier wird in missverständlicher Weise ein erheblicher Ermessensspielraum („broad discretion") der Sportverbände suggeriert, was in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen vermag. Denn Ausnahmetatbestände – um einen solchen handelt es sich beim *Meca-Medina*-Test – sind tendenziell eher restriktiv auszulegen. In Anlehnung an die von ihm entwickelte Figur der „conditional autonomy" hätte *Weatherill* vielleicht besser nicht von „a broad discretion", sondern von „a

617 So etwa zuvor schon *Heermann* WuW 2017, 312 (315); ebenso *Opfermann* 319; *Putzier* 89; hins. der Geeignetheit *Hail* 309; a.A. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (339) mit auch insoweit krit. Anm. *Heermann* CaS 2011, 339 (342); *Schaefer* 150 ff.; *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (403 f.); *Verse* CaS 2010, 28 (35 f.); *Vieweg/Röthel* ZHR 166 (2002), 6 (29 f.).

618 *Hail* 298–301.

619 *Weatherill*, Principles, 2017, 168.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

conditional margin of discretion" gesprochen. Zudem hebt er zwei hier bereits zuvor herausgearbeitete Teilaspekte[620] hervor: Nur im Hinblick auf die Zielsetzung des Sportverbandes offensichtlich unverhältnismäßige Maßnahmen sollen nicht vom *Meca-Medina*-Test gedeckt sein, wobei die streitige Verbandsregelung oder -maßnahme nicht die insoweit optimale Regelung darstellen muss.

328 Zutreffend, wenngleich im Hinblick auf eine etwaige vom Gericht durchzuführende Verhältnismäßigkeitsprüfung eigentlich selbstverständlich, ist *Weatherills* Hinweis, dass ein Sportverband insoweit nicht nur die eigenen Interessen, sondern darüber hinaus die Interessen aller Beteiligten berücksichtigen und darlegen sollte:[621]

> „The *lex sportiva* should not be treated as illegitimate just because it is the product of private ordering, but the legitimacy of its claim to a deferential margin of appreciation when reviewed under EU law is much stronger if the power wielded in its name is accompanied by a demonstrated concern to reflect and represent all affected interests, not just those of the powerful top-down rule-makers."

329 Weitere Ansätze in der sportrechtlichen Literatur[622] billigen Sportverbänden bei der Prüfung der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests einen „gerichtsfesten Beurteilungsspielraum" oder zumindest einen „gewissen Gestaltungsspielraum" zu. Dabei leitet man aus dem regelmäßig pauschalen Verweis auf die Gewährleistungen der Vereins- und Verbandsautonomie zur Absicherung ideeller Wertvorstellungen des Sportwesens eine Einschätzungsprärogative des jeweiligen Sportverbandes ab. Es ist bereits im vorangehenden Abschnitt[623] dargelegt worden, dass Sportverbänden insoweit keine generelle gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zugesprochen werden kann. Der hiergegen vorgebrachte Einwand,[624] im Falle der Anlegung objektiver Maßstäbe würden Gerichte und Kartellbehörden bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ihre eigenen (kartell)rechtlichen Vorstellungen zur sinnvollsten Organisation des Sports in einer mit der Verbandsautonomie nicht zu vereinbarenden Weise zum Maßstab erheben, ist voreilig und geht aus folgenden Gründen fehl:

- Die Verbandsautonomie ist nicht umfassend, sondern ihr sind durch supranationales und staatliches Recht Grenzen gesetzt („conditional autonomy").[625]
- Der *Meca-Medina*-Test als solcher eröffnet breiten Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports – mithin wettbewerbsfremder Aspekte – bei der Anwendung des Kartellrechts. Die Einräumung einer solchen recht-

620 → VI. Rn. 310–313.
621 *Weatherill*, Principles, 2017, 169.
622 *Esposito* 219; *Hannamann* 376 f.; *Jung* 185.
623 → VI. Rn. 317–324.
624 *Brost* SpuRt 2010, 178 (180); *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (403 f., 407); *Stancke* NZKart 2015, 457; *Steiner* CaS 2009, 14 (21).
625 → III. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Sonderbehandlung ist keine Selbstverständlichkeit und wird vielfach noch immer kritisiert,[626] lässt sich aber sachlich überzeugend begründen.[627]

– Der anzuwendende objektiv-rechtliche Maßstab lässt Gerichten und Kartellbehörden bei der Anwendung des hinsichtlich seiner rechtlichen Voraussetzungen bereits vorstrukturierten *Meca-Medina*-Tests nur noch einen äußerst begrenzten Spielraum für etwaige subjektive Wertungen.

330 Die bisherigen Erwägungen legen den Schluss nahe, dass der Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Sportverbände nicht pauschal, sondern allein anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmt werden kann. Dabei kann an einen Ansatz angeknüpft werden, den *Schürnbrand* interessanterweise bereits ein Jahr vor dem wegweisenden *Meca-Medina und Majcen*-Urteil entwickelt hatte:[628]

> „Der dem Verband somit zuzubilligende Beurteilungsspielraum ist dabei im Hinblick auf seine Verbandsautonomie umso größer, je mehr der Kernbereich der sportlichen Betätigung betroffen ist. Während an im Wesentlichen ökonomisch geprägte Verhaltenskoordinationen […] ein eher strikter Maßstab anzulegen ist, sind sportart-typische Spielregeln […] nicht weiter zu hinterfragen. Nicht zu letzterer Kategorie gehören freilich Zulassungs- und Strafregeln, die sich auf den Zugang zum Sportbetrieb auswirken und deren Kontrolle daher für die Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs besonders bedeutsam ist."

331 Diese Problemannäherung ist in der Tat zielführend, wenngleich – anders als *Schürnbrand* seinerzeit unterstellte und wie hier bereits zuvor dargelegt[629] – „sportart-typische Spielregeln", d.h. Spielregeln im engeren Sinne, durchaus Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können. Daher sind auch Regelungen, die auf den ersten Blick rein sportlichen Charakters zu sein scheinen, grundsätzlich „weiter zu hinterfragen". Allerdings wird man Sportregeln kaum infrage stellen können, die etwa die Mannschaftsstärke im Fußball auf elf, im Handball hingegen auf sieben und im Basketball gar nur auf fünf Feldspieler festschreiben oder die die in bahngebundenen Laufwettbewerben zurückzulegenden Distanzen auf 100 m, 200 m, 400 m, 800 m, 1.500 m, 5.000 m und 10.000 m festlegen. Solche autonomen Verbandsentscheidungen haben, da sie weltweit einheitlich gelten und anerkannt werden, nur ein äußerst geringes – wenn überhaupt – Potential für damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkungen. Bei der Festlegung entsprechender Regelungen kommt Sportverbänden damit ein weiter und nahezu gerichtsfester Ermessensspielraum zu. Wirtschaftliche Auswirkungen wären aber bereits nicht mehr von vornherein auszuschließen, wenn etwa bestimmte dieser bahngebundenen Laufwettbewerbe bei großen Sportevents ersatzlos oder aber zugunsten

626 → VI. Rn. 146–156.
627 → zunächst VI. Rn. 157–159 sowie II. Rn. 1–15, VI. Rn. 177–183 und VIII. Rn. 1 ff.
628 *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (407).
629 → VI. Rn. 75–89 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderer (z.B. 1.000 m) gestrichen würden, so dass insoweit ein etwas engerer Ermessensspielraum bestehen würde. Je wahrscheinlicher aber von Verbandsregelungen ausgehende negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind, desto kleiner wird der Ermessensspielraum der Sportverbände, während die gerichtliche Kontrolldichte entsprechend zunimmt.

Anknüpfend an diesen Ansatz hat zuletzt *Seyb*[630] eine Differenzierung zwischen „Spielregeln im engeren Sinne", die den Kernbereich der Verbandsautonomie darstellten, sowie „Rechtsregeln" vorgeschlagen. Je nachdem, ob eine zu überprüfende Regel oder ein zu überprüfender Regelkomplex eher den Spielregeln oder eher den Rechtsregeln zuzuordnen sei, könne somit verbandsseitig die Autonomie in stärkerem oder schwächerem Maße aktiviert werden, um einen Beurteilungsspielraum und die Beschränkung gerichtlicher Überprüfung in Anspruch zu nehmen. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine saubere und rechtssichere Abgrenzung zwischen den genannten Kategorien schwierig oder gar unmöglich ist. Bei genauer Betrachtung kommt ihnen allenfalls eine Indizwirkung zu. 332

(2) Eigener Ansatz

Im Einzelfall sollte in folgender Weise differenziert werden: 333

- Je größer der Sportbezug und je geringer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto größer ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto geringer ist die gerichtliche Kontrolldichte, die im Extremfall bei null liegen kann.
- Je geringer der Sportbezug und je größer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto kleiner ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto intensiver ist die gerichtliche Kontrolldichte.[631]
- Wenn hingegen Verbandsstatuten primär oder ausschließlich eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen, ist die Annahme der Verfolgung legitimer Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests grundsätzlich ausgeschlossen.[632]
- Sofern ein Sportverband zur Wahrung seiner finanziellen Stabilität und Leistungsfähigkeit wirtschaftliche Zwecke allein gegenüber seinen (un)mittelbaren Mitgliedern (und nicht gegenüber Dritten) verfolgt, ist ein derartiges Vorgehen grundsätzlich von der Verbandsautonomie gedeckt. Ein solches wirtschaftlich motiviertes Marktverhalten dient sodann der Verfolgung legitimer

630 *Seyb* 108.
631 Ähnl. *Mürtz* Abschn. E. IV. 3.
632 → VI. Rn. 243–254.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests, sofern nur auf diese Weise eine weitere Förderung der Verbandsziele gewährleistet werden kann.[633]

cc) Beweislastverteilung

334 Auf den *Meca-Medina*-Test kann die in Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 vorgesehene Beweislastverteilung entsprechend angewendet werden. Dies gilt unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als eine Tatbestandsrestriktion hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder aber als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund einstuft.[634] Demnach obliegt grundsätzlich[635] dem Sportverband die abstrakte Behauptungs- und Beweisführungslast sowie die objektive Beweislast für die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests, der letztlich wie ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund wirkt:[636]

335 Dies betrifft auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests den Nachweis des Vorliegens einer mit der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme verfolgten legitimen Zielsetzung.[637] Erforderlich für die Annahme einer Legitimität des vom Sportverband angestrebten Ziels ist eine kohärente und stringente Zielverfolgung.[638] Hierzu hat der Sportverband substantiiert Umstände darzulegen, die einen solchen Rückschluss zulassen.[639] Bei der Entscheidung ist angemessen zu berücksichtigen, dass dem Sportverband insoweit ein Ermessensspielraum zusteht.[640] Daher sollten die fehlende Kohärenz und Stringenz der Zielverfolgung oder ein damit einhergehender Wertungswiderspruch nur angenommen werden, wenn diese Aspekte offensichtlich sind, allgemeine Regeln der Logik verletzt werden und sich dies dem fachkundigen Betrachter geradezu aufdrängt.[641]

---

633 Vgl. auch schon *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 14.

634 → VI. Rn. 167–170.

635 Eine der prozessualen Situation geschuldete Ausnahme hiervon ergab sich etwa in dem Verfahren EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen. Dort hatte der Gerichtshof den sich auf die Wettbewerbsfreiheit berufenden Langstreckenschwimmern den Nachweis des wissenschaftlichen Meinungsstandes zugewiesen. Da die EU-Kommission zuvor die Beschwerde der Athleten gegen den Anti-Doping-Code zurückgewiesen hatte, richtete sich deren Klage vor dem Gerichtshof gegen diese Kommissionsentscheidung. Damit hatten die Athleten der EU-Kommission hins. deren Rechtsauffassung, dass die streitige Verbandsregelung gerechtfertigt sei, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler nachzuweisen.

636 So auch *Hail* 318–320; *Mürtz* Abschn. E. IV. 2.; ähnl. *St. Horn* 121; *Pijetlovic* 233 f.; ebenso *L. Breuer* 665 im Hinblick auf den *Wouters*-Test (→ VI. Rn. 139–142).

637 → VI. Rn. 185–254, Rn. 259–268.

638 → VI. Rn. 269–284.

639 S. etwa LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322). Das Gericht bemängelte (ohne auf den *Meca-Medina*-Test einzugehen), dass der Sportverband für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung seiner von sportlichen Leistungskriterien unabhängigen Nominierungsentscheidung „keinerlei Grund vorgetragen [habe], der einer Prüfung hinsichtlich seiner sachlichen Tragfähigkeit unterzogen werden könnte", und nahm einen Verstoß des Sportverbandes gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB an.

640 → VI. Rn. 325–333.

641 → VI. Rn. 281 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Des Weiteren hat der Sportverband auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests den notwendigen Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Zielsetzungen darzulegen. Auf der dritten Stufe ist vom Sportverband schließlich nachzuweisen, dass die streitige Verbandsmaßnahme im Hinblick auf die Verfolgung der legitimen Ziele geeignet,[642] erforderlich und angemessen ist. Dabei reicht die Beweislast aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Insoweit greift eine Art sekundäre Darlegungslast.[643] Das bedeutet, dass sich ein Sportverband nur zu den von der Gegenseite vorgetragenen, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zur Erreichung der Verbandsziele aber angeblich gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen muss. Es obliegt einem Sportverband also nicht, selbst nach alternativen, den Wettbewerb womöglich weniger beschränkenden Verbandsmaßnahmen zu forschen und sich hierzu einzulassen. Auch diese partielle Beweiserleichterung gilt unabhängig davon, ob man den *Meca-Medina*-Test dogmatisch als tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsreduktion einstuft.[644] 336

f) Würdigung

aa) Bewertung des Meinungsstands

Im Folgenden sollen zunächst drei in der Grundtendenz jeweils positive Einschätzungen zum *Meca-Medina*-Test referiert und gewürdigt werden. Denn auf diese Weise können noch immer weit verbreitete rechtliche Fehleinschätzungen und Vorurteile unter Bezugnahme auf die bisherigen Ergebnisse anschaulich korrigiert oder zumindest relativiert werden. 337

Den Ausgangspunkt bildet die EU-Kommission, eine glühende Verfechterin des *Meca-Medina*-Tests, die dessen Vorzüge im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 in folgender Weise zum Ausdruck brachte:[645] 338

> „The landmark Meca Medina ruling has therefore substantially enhanced legal certainty by clearly pronouncing that there exists no such thing as a category of ‚purely sporting rules' that would be excluded straightaway from the scope of EC competition law.

642 Ob diesbezüglich eine Beweisaufnahme oder empirische Nachweise erforderlich sind, wird von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängen. Derlei wird aber regelmäßig nicht erforderlich sein, wenn die generelle Geeignetheit der Verbandsmaßnahme evident ist und außer Frage steht. A.A. hingegen *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (78) im Hinblick auf die vom „DFB behauptete Eignung der Regulierung von Spielervermittlern zur Erreichung der reklamierten Zwecke".

643 → VI. Rn. 296–301 m.w.N.

644 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> This is not to say, however, that the ECJ has decided not to take into account the specific features of sport referred to above when assessing the compatibility of organisational sporting rules with EC competition law. Rather, it has ruled that this cannot be done by way of declaring certain categories of rules a priori exempt from the application of the competition rules of the Treaty. In other words, the recognition of the specificity of sport cannot entail the categorical inapplicability of the EC competition provisions to organisational sporting rules but it has to be included as an element of legal significance within the context of analyzing the conformity of such rules with EC competition law."

339 Dass die Rechtssicherheit gestärkt worden sei, indem der EuGH in seinem wegweisenden Urteil *Meca-Medina und Majcen* der Kategorie der – angeblich – kartellrechtsneutralen Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters für die Zukunft eine klare Absage erteilte, werden Sportverbände verständlicherweise anders beurteilen. Natürlich bietet bereits eine begrenzte kategorische Bereichsausnahme mehr Rechtssicherheit als der *Meca-Medina*-Test, der den Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts auf sportorganisationsbezogene Verbandsregelungen Rechnung tragen soll. Aber so wenig, wie sich eine solche Bereichsausnahme gerade für – oftmals sogar in erheblichem Maße – wirtschaftlich tätige Sportverbände überzeugend begründen lässt,[646] so deutlich sollte man sich stets vor Augen führen, dass die Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports, d.h. wettbewerbsfremder Aspekte, bei der Anwendung des Kartellrechts keine Selbstverständlichkeit ist. Denn sie wird gerade von Sichtweisen, die in der bisherigen deutschen Kartellrechtstradition verhaftet sind, vehement kritisiert oder gar ausdrücklich abgelehnt.[647]

340 Es gibt keinerlei Anzeichen dafür, dass die EU-Kommission beabsichtigt, von der beschriebenen Position abzurücken. So formulierte etwa noch im Jahr 2015 Wettbewerbskommissarin *Margarete Vestager*[648] die Vorgehensweise der Kommission folgendermaßen:

> „For many, sport is a passion – but it can also be a business. We recognise and respect the role of international sports federations to set the rules of the game [...]. However, [...] we will investigate if such rules are being abused to enforce a monopoly over the organisation of sporting events or otherwise restrict competition."

341 Im Hinblick auf die auch juristisch streitbaren Langstreckenschwimmer als Veranlasser für die Entwicklung des *Meca-Medina*-Tests hat *Weatherill*[649] auf Folgendes hingewiesen:

> „*Meca-Medina and Majcen* joined *Bosman* and *Walrave and Koch* before them in doing far more service to EU law than EU law ever did for them."

646 → VI. Rn. 75–89.
647 → VI. Rn. 146–159.
648 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 5.10.2015, IP/15/5771.
649 *Weatherill*, Principles, 2017, 112.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

342 Diese Aussage betrifft eine sachlich sicherlich zutreffende Beobachtung, die freilich Licht auf einen gerade von Sportverbandsfunktionären regelmäßig vernachlässigten Aspekt wirft. Denn der Umstand, dass unternehmerisch handelnde Sportverbände grundsätzlich in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, aber auch der europäischen Grundfreiheiten fallen, bedeutet keineswegs, dass den Aktivitäten der Sportverbände ein allzu enges rechtliches Korsett angelegt würde. Dagegen sprechen bereits die bisherigen Erfahrungswerte. Denn die Zahl der Rechtsverfahren, aus denen die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder, d.h. insbesondere Athleten und Sportclubs, als juristische Sieger hervorgingen und von diesen Erfolgen im Rahmen ihrer Sportausübung auch noch profitierten, sind gemessen an der Gesamtzahl entsprechender rechtlicher Auseinandersetzungen überschaubar. Unberücksichtigt bleibt dabei zudem die unbekannte, aber sicherlich nicht zu unterschätzende Zahl derjenigen Fälle, in denen eine regelungsunterworfene Partei trotz positiv einzuschätzender Prozessaussichten auf die Einleitung eines Verfahrens gegen den Sportverband verzichtete. Die abschreckende Wirkung, die etwa von dem *Bosman*- oder *Pechstein*-Verfahren bis heute ausgeht, ist evident.

343 Zustimmung verdient auch *Weatherills*[650] Feststellung, dass das europäische Kartellrecht unter ausgewogener Moderierung durch den *Meca-Medina*-Test zu denjenigen rechtlichen Grenzen gehört, die im Sport der Verbandsautonomie gesetzt sind, sofern diese – wie regelmäßig – nicht ausdrücklich von Mitgliedstaaten verliehen wurde, sondern sich aus der Privatautonomie der Verbandsmitglieder ableitet[651]:

> „[…] the willingness of the Court to interpret EU competition law in a manner sensitive to the particular context of sport well in advance of the arrival of Article 165 in the Treaty with effect from 2009. […] *Meca-Medina* is not a concession of an absolute autonomy to sport. It grants a conditional autonomy under EU law."

344 Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass der Europäische Rat bereits vor dem Verfahren *Meca-Medina und Majcen* im Vertrag von Nizza in Anlage IV („Erklärung über die im Rahmen gemeinsamer Politiken zu berücksichtigenden besonderen Merkmale des Sports und seine gesellschaftliche Funktion in Europa") vom 7.–10.12.2000[652] die rechtlichen Grenzen betont hatte, die der Verbandsautonomie der Sportverbände gesetzt sind:

> „7. Der Europäische Rat betont sein Eintreten für die Autonomie der Sportorganisationen und ihr Recht auf Selbstorganisation durch Schaffung geeigneter Verbandsstrukturen. Er erkennt an, dass die Sportorganisationen die Aufgabe haben, über Organisation und Weiterentwicklung ihrer jeweiligen Sportart, insbesondere in Fra-

650 *Weatherill*, Principles, 2017, 115.
651 → III. Rn. 20–25.
652 Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_de.htm#an4 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> gen des sportlichen Regelwerks und der Bildung von Nationalmannschaften, so zu entscheiden, wie sie es zur Erreichung ihrer Ziele für richtig halten, soweit sie dabei einzelstaatliches und Gemeinschaftsrecht beachten und auf der Basis von Demokratie und Transparenz arbeiten."

345 Schließlich ist *Weatherill*[653] auch im Grundsatz beizupflichten, wenn er den *Meca-Medina*-Test und die Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung abschließend in einen größeren Gesamtzusammenhang stellt:

> „The aggrieved squawking of governing bodies deserves to be treated as exaggeration. EU law puts sporting practices to the test when they collide with the demands of the internal market, but that test is flexible and context-specific and it is applied with a margin of appreciation. EU law takes the rough edges off sporting practices and it induces better governance, but it does not demand a retreat to the banality of sausage-making or the provision of financial services. Sport remains – to an extent – special. Moreover, recent developments, above all the embrace of inclusion rather than exclusion which lies at the heart of Article 165 TFEU, demonstrate that a more stable and cooperative relationship between all bodies with interests in sport is emerging in Europe."

346 Allerdings ist bei derartigen Aussagen nachvollziehbar, wenn Sportverbände und ihre Interessenvertreter beklagen, der *Meca-Medina*-Test führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit. *Weatherills* Hinweis, dass der Test „with a margin of appreciation" angewendet werde, trifft zwar sachlich zu, ist aber in dieser Allgemeinheit viel zu unbestimmt und dürfte die Vorbehalte der Kritiker eher befeuern als ausräumen. So scharfsinnig und tiefgründig *Weatherills* Analysen zum europäischen Sportkartellrecht auch sind, so oberflächlich und teils unvollständig bleiben seine Ausführungen zu den einzelnen Voraussetzungen des Tests im Detail und zur praktischen Anwendung des *Meca-Medina*-Tests im Allgemeinen.[654]

347 In dieser insbesondere auch auf Seiten der Sportverbände verbleibenden Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests hat *Flanagan*[655] in einem Beitrag, der sich insbesondere mit dem UEFA Financial Fair Play Reglement (FFP)[656] befasst, eine begrüßenswerte Entwicklung erkannt. Insoweit spricht er in Anlehnung an einen Begriff der englischen Sportsprache von einem „Corridor of Uncertainty". Im Fußball beschreibt dies eine Situation, in der der Ball zwischen die letzte Abwehrreihe und den Torhüter gespielt wird, wobei unsicher bleibt, wer den Ball annehmen und weiterspielen sollte. Das gleiche Phänomen wird hierzulande mit dem herrlichen Fußballerspruch „Nimm du ihn, ich hab' ihn sicher!" zum Ausdruck gebracht:

653 *Weatherill*, Principles, 2017, 361.
654 Zu rechtlichen Erwägungen, die die beklagten Lücken ausfüllen, → VI. Rn. 164–385.
655 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (37).
656 → XIII. Rn. 171–202.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „The Corridor of Uncertainty casts FIFA and UEFA as being faced with unavoidable theoretical and manifest legal challenges, and puts those bodies in the difficult position of deciding whether to defend, by relaxing the relevant rules, or attack, by asserting their authority. FIFA and UEFA have balanced this approach with success. Financial regulatory initiatives have been incredibly resilient to legal challenges. The uncertainty that exists is engendered by the scope for legal challenge, not, in general, by the prospect of challenges being successful."

348 Es trifft zu, dass das UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay als solches bislang allen rechtlichen Attacken standgehalten hat. Indes ist zu konzedieren, dass sich zuletzt der Nachweis eines Verstoßes gegen die FFP-Regeln zur „comfortable satisfaction" jedenfalls von Schiedsrichtern am CAS für die UEFA als eine zu hohe Hürde erwiesen hat.[657] Das führt natürlich zu der – hier nicht zu vertiefenden – Folgefrage, wie effektiv Sportverbandsregelungen sein können, deren Verletzungen in einem Schiedsgerichtsverfahren vom Sportverband kaum nachgewiesen und die damit weitgehend nicht wirksam sanktioniert werden können.

349 Am gewählten Beispiel veranschaulicht *Flanagan*[658] sodann, in welcher Weise sich die Existenz des *Meca-Medina*-Tests auf die Verabschiedung von Sportverbandsstatuten positiv auswirken könnte oder gar sollte:

> „But certainty in this context would necessitate either diminishing rule making or autonomy, or stymying important oversight on rules made by autonomous governing bodies. Neither of these positions is particularly desirable. The Corridor of Uncertainty is the price that is paid by sport governing bodies in order to facilitate their rule making autonomy. Without the inherent friction created by Corridor of Uncertainty, the necessary checks and balances to prevent abuses of power would be less easily put into effect. As a consequence, football's governing bodies must continue to reflect upon the economic impact of their regulations; and, where disaffected parties challenge financial rules, governing bodies must reflect upon whether the best response is to defend or amend that rule; to react with a legal or a political response. Putting governing bodies in a position of continual self-reflection should be to the benefit of the game."

350 Letztlich sieht aber auch *Flanagan*[659] im Anschluss an *Weatherill*[660] die Gefahr einer verbleibenden Rechtsunsicherheit, begründet diese indes auf spezielle Weise:

> „There is, however, a problem attendant to sport having *conditional* autonomy and a variable margin of appreciation, as ‚a case-by-case approach generates great uncertainty for those involved in the organisation of sport' (*Weatherill*). […] Governing bodies are *conditionally* entitled to impose rules that are restrictive of competition and a margin of appreciation within which to do so; however, their liberty to regulate will be subject to an assessment of proportionality. It is this combination of conditionality and propor-

657 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 199 ff. – Manchester City FC/UEFA.
658 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (37 f.).
659 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (32 f.).
660 *Weatherill*, Research Paper No. 3/2011.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionality that creates uncertainty. The permissibility of any given financial regulation in football is strictly subject to that being proportionate. This is a nebulous measure to assess ex ante, so rule making is performed in the dark."

351 Dieser Einschätzung kann nach den zuvor ermittelten Ergebnissen aus verschiedenen Gründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden:

352 – *Flanagan* macht es sich zu einfach, wenn er den *Meca-Medina*-Test mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gleichsetzt („[…] their liberty to regulate will be subject to an assessment of proportionality.").[661] Bevor es überhaupt zur Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer konkreten, (angeblich) wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelung auf der dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests kommen kann, muss insbesondere ermittelt werden, ob die streitige Verbandsregelung ein legitimes Ziel verfolgt und – falls ja – ob dies auch in kohärenter und stringenter Weise geschieht.[662] Damit in einem engen Zusammenhang stehen die Fragen, ob die Verbandsmaßnahme in einem notwendigen Zusammenhang mit der Verfolgung des legitimen Ziels steht und hierzu auch geeignet ist.[663] Kurzum: *Flanagans* einseitige Ausrichtung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung hebt lediglich einen rechtlichen Teilaspekt hervor, auf den – wie die bisherige Praxis zeigt – mangels Entscheidungserheblichkeit bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests vielfach gar nicht mehr eingegangen werden muss.

353 – Vor diesem Hintergrund ist auch *Flanagans* Feststellung zu relativieren, die (kartell)rechtliche Zulässigkeit einer Verbandsregelung hänge stets von deren Verhältnismäßigkeit ab („The permissibility of any given financial regulation in football is strictly subject to that being proportionate."). Denn die Zulässigkeit ist durchaus noch an weitere strenge Voraussetzungen geknüpft. Zudem eröffnet sich Sportverbänden ein Ermessensspielraum unterschiedlichen Ausmaßes, je nachdem, wie weit die streitige Verbandsvorschrift an eine Verbandsregelung rein sportlichen Charakters wie z.B. eine Spielregel im klassischen Sinne angenähert (relativ weiter Ermessensspielraum) oder aber überwiegend wirtschaftlich motiviert ist (allenfalls begrenzter Ermessensspielraum). Je weiter der Ermessensspielraum ist, desto geringer ist die Kontrolldichte der Gerichte.[664] So wird die Verhältnismäßigkeit einer auch wirtschaftliche Ziele verfolgenden Verbandsregelung (z.B. zur Zulässigkeit von Individualvermarktung auf der Sportkleidung) von Kartellbehörden und Gerichten deutlich intensiver geprüft werden als eine reine Spielregel (z.B. Abseitsregel).[665]

661 Ähnl. *Duval/van Rompuy*, in Duval/van Rompuy, 2016, 1 (5).
662 → VI. Rn. 269–284.
663 → VI. Rn. 285–287, 289–294.
664 → VI. Rn. 325–333.
665 Nach *Opfermann* 237 ist auf diese Weise „eine differenzierte Lösung des Einzelfalls möglich".

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Nicht haltbar ist schließlich *Flanagans* Feststellung, „rule making is performed in the dark". Insoweit bringt der *Meca-Medina*-Test in der vorangehend entwickelten, detaillierten Ausgestaltung mehr als nur ein wenig Licht ins Dunkel.[666] Zudem wird durch diesen Test gewährleistet, dass die Parteien von vornherein die für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests relevanten Fragen und – praktisch sehr wichtig – die Verteilung der Darlegungslast kennen. Sportverbände legen in Kenntnis dieser Umstände letztlich also selbst fest, wie viel juristische Angriffsfläche eine zu verabschiedende, die Sportorganisation betreffende Verbandsregelung bietet. 354

bb) Fazit

Die bisherigen Erwägungen zeigen, dass der vom EuGH im Jahr 2006 entwickelte *Meca-Medina*-Test nicht nur eine ebenso nützliche wie faszinierende Rechtsfigur ist, sondern einen geradezu symbiotischen Charakter aufweist. Denn auf diesem Weg kann bei der Anwendung des Kartellrechts auf Verbandsregelungen zur Organisation des Sports den Besonderheiten dieses Sektors angemessen Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch die Effektivität des der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen dienenden Kartellverbotstatbestandes beeinträchtigt würde. Der *Meca-Medina*-Test, der an Entwicklungslinien der Rechtsprechung des EuGH zu den europäischen Grundfreiheiten nahtlos anknüpft,[667] gewährleistet also eine gedeihliche Koexistenz von Sport mit seinen Besonderheiten und Kartellrecht.[668] 355

666 → VI. Rn. 176–336.

667 → V. Rn. 1 ff. und VI. Rn. 139–163, jew. m.w.N.

668 So im Ansatz auch *Podszun* NZKart 2021, 138 (143): „Bei genauer Betrachtung entpuppt sich *Meca-Medina* als ein Mythos: Mitnichten wird hier eine Sonderregelung für den Sport mit Ausnahmecharakter statuiert." In der Grundtendenz a.A. PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 149, der meint, die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht der Sportverbände habe durch die Entscheidung *Meca-Medina und Majcen* „einen Dämpfer bekommen. Zu fordern sind Entscheidungen auf europäischer Ebene, welche unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports und der Autonomie der Sportverbände den Geltungsbereich und -umfang des Gemeinschaftsrechts auf Sportregeln, insbesondere rein sportliche Regeln, klarer und vorhersehbarer definieren." *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (572) beklagen, der *Meca-Medina*-Test schränke „den Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 101 AEUV praktisch nicht unerheblich ein" – eine Feststellung, die durch die Entscheidungspraxis übrigens eher selten bestätigt wird, weil nur mitunter wettbewerbsbeschränkende Verbandsregelungen und -maßnahmen die strengen Voraussetzungen des Tests nicht erfüllen. Der jüngst aufgestellten Forderung „Eine Feinjustierung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Verbandsautonomie ist nötiger denn je." (*J. F. Orth* SpuRt 2020, 281) oder der Feststellung „Der Sport sucht noch immer eine verlässliche Orientierung bei der Anwendung des Kartellrechts auf seinen besonderen Wirtschaftszweig." (*Stopper* SpuRt 2020, 216) ist entgegenzuhalten, dass dieser Prozess der Feinjustierung schon seit mehr als 15 Jahren andauert und auch in Deutschland in vielen Fachaufsätzen oder Dissertationen begleitet worden ist. Zuzugeben ist *J. F. Orth* indes, dass diese sportkartellrechtliche Spezialproblematik zivilrechtlichen Instanzgerichten mitunter, aber immer seltener nicht vertraut ist, was die von ihm beklagte uneinheitliche Rechtsprechung vielleicht zu erklären vermag.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

356 Der Verbandsautonomie, der ohnehin u.a. auch durch Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV und den insoweit anwendbaren *Meca-Medina*-Test[669] rechtliche Grenzen gesetzt sind („conditional autonomy"), und den Besonderheiten des Sports[670] wird bei der Kartellrechtsanwendung Rechnung getragen, was im Gegenzug jedoch erfordert, dass Sportverbände bei sportorganisatorischen Maßnahmen, insbesondere bei der Verabschiedung potentiell wettbewerbsbeschränkender Statuten deren ökonomische Auswirkungen im Blick behalten (sollten). Dabei sollten sich Sportverbände in derartigen Situationen selbstkritisch fragen, ob die geplante oder schon bestehende und möglicherweise zu modifizierende Verbandsregelung im Zweifel die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllen würde. Sie sollten also möglichst frühzeitig klären, ob die betreffende Regelung aus objektiver Perspektive eine als legitim anerkannte Zielsetzung verfolgt,[671] ob sie mit Blick auf die Gesamtsituation dieses Ziel in kohärenter und stringenter Weise verfolgt[672] und ob ein notwendiger Zusammenhang mit der Zielverfolgung besteht.[673] Schließlich ist wiederum aus objektiver Perspektive zu fragen, ob die betreffende Verbandsregelung im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel geeignet, erforderlich sowie angemessen ist.[674]

357 Ein solcher Akt der rechtlichen Selbstkontrolle – neudeutsch: Compliance – ist für unternehmerisch tätige Sportverbände durchaus hilfreich (und rechtlich verpflichtend[675]), wenn man frühzeitig die vom Kartellrecht ausgehenden Gefahren minimieren will. Andernfalls kann es sein, dass sich eine auf den Schriftsteller *Mark Twain* (1835–1910) zurückgehende Feststellung bewahrheitet:

> „Wer nicht weiß, wohin er will, der darf sich nicht wundern, wenn er ganz woanders ankommt."

Hinzu treten nämlich – zumindest nach deutschem Recht – bei unzureichender Umsetzung von Compliance-Management-Systemen Haftungsrisiken für die Leitungsorgane der betroffenen Sportverbände.[676]

358 Wenn ein Sportverband also dem juristischen Angstgegner ausweichen und sich möglichst nicht in einem Kartellverfahren vor Kartellbehörden, Schiedsgerichten oder gar staatlichen und supranationalen Gerichten wiederfinden möchte, sollte er den beschriebenen Weg wählen. Die gebetsmühlenartig vorgebrachte Klage der Rechtsunsicherheit, die mit einer Anwendung des *Meca-Medina*-Tests einher-

669 Zur Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auch auf Art. 102 AEUV → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
670 → II. Rn. 1–15.
671 Hierzu → VI. Rn. 176–268.
672 → VI. Rn. 269–284.
673 → VI. Rn. 285–287.
674 → VI. Rn. 288–315.
675 Zur Compliance in Sportverbänden s. stellvertr. *Schockenhoff* NZG 2019, 281 ff.; *T. Schumacher/K. Schumacher* SpuRt 2018, 51 ff. und SpuRt 2018, 99 ff. m.w.N.
676 Vgl. zu einer Aktiengesellschaft LG München I NZG 2014, 345 (346 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gehe, ist – wie dargelegt – durchaus beherrschbar, wenn man sich rechtzeitig die richtigen Fragen stellt. Damit wird Sportverbänden nicht mehr, aber auch nicht weniger abverlangt als anderen Unternehmen außerhalb des Sportsektors, die potentiell wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen ergreifen. So selbstverständlich wie Sportverbände und alle anderen Unternehmen klaglos (zumindest zumeist) vorab prüfen, ob bestimmte unternehmerische Entscheidungen etwa mit dem Strafrecht oder Steuerrecht vereinbar sind oder haftungsrechtliche Risiken nach sich ziehen könnten, so selbstverständlich sollte eine Vorabprüfung von sportorganisatorischen Entscheidungen am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests werden – oder eigentlich schon längst sein.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass zwischen der Anwendung staatlichen 359
Rechts im Allgemeinen und des *Meca-Medina*-Tests im Besondern auf den Sportsektor sowie der Tätigkeit eines Trainers im Mannschaftssport bemerkenswerte Parallelen bestehen. Letztlich werden Sportverbänden hinsichtlich rechtlicher Herausforderungen Denk- und Herangehensweisen abverlangt, mit denen Sporttrainer bestens vertraut sind. Wählen wir zur besseren Veranschaulichung dieser Parallelen einen Fußballtrainer:

Dem Spiel auf dem Fußballfeld liegen Spielregeln zugrunde, dies gilt auch für 360
den wirtschaftlichen Wettbewerb, bei dem u.a. die Regeln des nationalen und europäischen Kartellrechts zu beachten sind. Ein Fußballtrainer wird nunmehr versuchen, unter Beachtung der Fußballregeln sein Team taktisch, körperlich und mental optimal auf den nächsten Gegner, der nach Auffassung von Experten immer der schwerste sein soll, einzustellen. Im professionellen Fußball übernimmt ein Fußballtrainer, mag er auch noch so erfahren sein, diese Aufgabe nicht allein. Stattdessen wird er von Co-Trainer(n), Konditionstrainer, Torwarttrainer, Physiotherapeuten, teils von einem Sportpsychologen oder Mentaltrainer, Spielanalysten etc. unterstützt.

Im wirtschaftlichen Wettkampf, bei dem zwar nicht die sportliche Ehre, aber 361
gleichfalls viel Geld auf dem Spiel steht, lassen sich die Sportverbände hingegen anscheinend oftmals eher von der Aufforderung einer ehemaligen Lichtgestalt in seiner damaligen Funktion als sog. Teamchef (und nicht als Trainer) leiten: „Geht's raus und spielt's Fußball!“ So konnte es die deutsche Nationalelf – neudeutsch und nicht frei von kommerziellen Hintergedanken: „Die Mannschaft“ – auf dem Fußballplatz im Jahr 1990 durchaus noch zu weltmeisterlichen Ehren bringen, wenngleich sich hinter dieser verbalen Aufmunterung vermutlich doch mehr Vorbereitung auf das Spiel verbarg, als die wenigen Worte vermuten lassen. Aber damals steckte das Sportkartellrecht zumindest hierzulande bestenfalls in den Kinderschuhen, die wegweisenden Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Bosman*, *Deliège* sowie schließlich *Meca-Medina und Majcen* zeichneten sich noch nicht einmal am Horizont ab. Der Spitzenfußball hat sich seither nicht

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weniger grundlegend gewandelt als das Sportkartellrecht, die Anforderungen an die Trainer, die auf den sportlichen oder wirtschaftlichen Wettkampf vorbereiten, haben gleichermaßen deutlich zugenommen. Es ist daher Zeit, dass Sportverbände nicht länger mit taktischen Einstellungen, die seit mindestens einem Vierteljahrhundert keinen Erfolg mehr versprechen, in den wirtschaftlichen Wettkampf ziehen.

g) Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zum Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV

aa) Vorrangige Anwendbarkeit des Meca-Medina-Tests neben Art. 101 Abs. 3 AEUV

362 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei vorausgeschickt, dass sich die in der Überschrift angesprochene „*vorrangige* Anwendbarkeit" allein auf die Prüfungsreihenfolge bezieht, jedoch kein Hierarchieverhältnis zwischen dem *Meca-Medina*-Test und Art. 101 Abs. 3 AEUV implizieren soll. Das Zusammenspiel zwischen dem *Meca-Medina*-Test einerseits und dem Rechtfertigungstatbestand gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV andererseits lässt sich bereits aus den Erwägungsgründen des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* ableiten. Dort betont der Gerichtshof, dass der neuartige Test solche Regelungen eines Sportverbandes erfasse, die mit der „Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden" seien.[677] Falls derartige sportorganisatorische Verbandsregelungen die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests vollständig erfüllen, liegt je nach Positionierung im akademischen Streit um die Rechtsnatur des Tests[678] entweder aufgrund einer entsprechenden Tatbestandsreduktion bereits keine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV vor oder aber es ist von einer Rechtfertigung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests, verstanden als ein dem Art. 101 Abs. 1 AEUV immanenter Rechtfertigungsgrund, auszugehen. Auf das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt es sodann nicht mehr an, weil zuvor an deren Stelle die den Besonderheiten des Sports Rechnung tragenden und daher passgenaueren Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests[679] geprüft und bejaht wurden. Sofern die sportorganisatorischen Verbandsregelungen hingegen die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllen, ist noch eine Rechtfertigung nach der Legalausnahme gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbar.

677 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
678 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.
679 So auch *Stopper* SpuRt 2020, 216 (218).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der *Meca-Medina*-Test steht also nicht in einem Spezialitätsverhältnis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern ist im Hinblick auf sportorganisatorische Verbandsregelungen vorab zu prüfen. Art. 101 Abs. 3 AEUV wird dadurch in keiner Weise verdrängt, wovon auch die EU-Kommission ausgeht:[680] 363

> „Such a justification [Anmerkung des *Verfassers*: gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV] is most likely to apply where a rule is not inherent in the organisation or proper conduct of sport so as to justify the application of *Wouters* but where the beneficial effects of a rule outweigh its restrictive effects."

bb) Würdigung der Gegenauffassungen

Die hier favorisierte, soeben dargestellte Rechtsauffassung wird aus verschiedenen Gründen angezweifelt, die durchweg nicht zu überzeugen vermögen. So vertreten Teile des Schrifttums die Ansicht, zunächst sei zu prüfen, ob die von einem Sportverband mit einer Regelung verfolgten Ziele als Effizienzgewinne gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV bewertet werden könnten, bevor in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem *Meca-Medina*-Test einzusteigen sei.[681] Wenn sich dabei kein Konflikt zwischen Wettbewerbsschutz und Zielverfolgung abzeichne, bedürfe es auch keiner tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsprüfung nach dem *Meca-Medina*-Test.[682] Dies widerspricht zum einen der Rechtsauffassung der EU-Kommission, vernachlässigt zum anderen aber auch zentrale Gründe, die neben anderen den EuGH zur Einführung des *Meca-Medina*-Tests veranlassten. Denn gerade mit Verbandsregelungen, die die Organisation und den ordnungsgemäßen Ablauf eines Sportwettkampfs betreffen, werden regelmäßig nicht vorrangig ökonomische Effizienzen angestrebt, auch wenn die Regelungen durchaus wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Vielmehr stehen bei solchen Verbandsregelungen zumeist sportbezogene Notwendigkeiten und Praktikabilitätserwägungen im Vordergrund. 364

Hail[683] vertritt zu der Abgrenzungsfrage die Auffassung, zunächst ergebe sich aus dem Umstand, dass der Kartellverbotstatbestand in Art. 101 Abs. 3. AEUV detaillierte Freistellungsvoraussetzungen für Regelungen mit beschränkenden Auswirkungen bereithalte, auch für künftige Fragen des Spitzensports die Notwendigkeit, dass die Legalausnahme nach wie vor den ersten Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigung einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot darstelle. Denn soweit ein detaillierter Ausnahmetatbestand zu einem gesetzlichen Verbot 365

680 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.6.

681 *Hail* 278; *St. Horn* 99; *P. Meier* 181 ff.; *Weiler* 192; s. auch *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (18): „Nur wenn und soweit ein außerwettbewerblicher Belang mit dem dritten Absatz nicht gebührend berücksichtigt werden kann, sollte *à la Wouters* der Rückgriff auf die tatbestandsimmanenten Ausnahmen im ersten Absatz erlaubt sein."

682 *St. Horn* 120 f.; vgl. auch *Jickeli*, FS Reuter, 2010, 1027 (1037).

683 *Hail* 278.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestehe, würden bereits die Grundsätze der Rechtssystematik verlangen, dass Ausnahmen prinzipiell unter den normierten Voraussetzungen gebildet würden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der bereits bestehende Bedeutungsverlust der Legalausnahme weiter fortschreite und die dahinter stehenden Wertungen des Unionsgesetzgebers gänzlich umgangen würden.

366 Dem ist entgegenzuhalten, dass der Bedeutungsverlust von Art. 101 Abs. 3 AEUV zuletzt vermutlich eher durch den Übergang zum Prinzip der Selbsteinschätzung sowie durch die rapide Zunahme von Verpflichtungszusagen (gerade auch im Sportsektor z.B. hinsichtlich der Zentralvermarktung von Live-Übertragungsrechten an Spielen von Fußballligen[684] und der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer[685]) begünstigt worden ist. Zudem vernachlässigt *Hail*, dass hinsichtlich der Voraussetzungen einerseits des Rechtfertigungstatbestands gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV und andererseits des *Meca-Medina*-Tests deutliche Parallelen bestehen. Hierbei sollte nicht vernachlässigt werden, dass an die Stelle der Verfolgung ökonomischer Effizienzen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV beim *Meca-Medina*-Test die kohärente und stringente Verfolgung durch die Besonderheiten des Sports geprägter legitimer Zielsetzungen tritt. Zudem haben der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, die die Basis für den *Meca-Medina*-Test bildet, die EU-Kommission sowie zuletzt auch der EFTA-Gerichtshof und das BKartA im Hinblick auf das Kohärenzkriterium[686] den *Meca-Medina*-Test überaus detailliert ausgestaltet und an Voraussetzungen geknüpft, die kaum als weniger streng als diejenigen in Art. 101 Abs. 3 AEUV eingestuft werden können.

367 Jüngst hat das LG Frankfurt/Main[687] sich im Hinblick auf etwaige wettbewerbsbeschränkende Vorschriften im DFB-Reglement für Spielervermittlung (RfSV) mit dem Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zu Art. 101 Abs. 3 AEUV auseinandergesetzt und eine durchaus erstaunliche und letztlich überaus zweifelhafte Argumentation präsentiert. Nachdem im vorgeschalteten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zunächst das LG Frankfurt/Main[688] und nachfolgend auch das OLG Frankfurt[689] auf die streitgegenständlichen Vorschriften den *Meca-Medina*-Test angewendet hatten, gelangte eine andere Zivilkammer des LG Frankfurt/Main im Hauptverfahren mit folgender Begründung zu einem abweichenden Ergebnis (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[690]

> „Vorliegend wird man aber bereits nicht von einem rein sportlichen Regelwerk ausgehen können (a.A. OLG Frankfurt a.M., WuW 2016, 190 Rn. 8). Der Beklagte hat ausdrück-

684 → XI. Rn. 20–27 m.w.N.
685 → XI. Rn. 28–31 m.w.N.
686 → VI. Rn. 271–277 m.w.N.
687 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 81–101.
688 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266 f.).
689 OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (173).
690 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> lich vorgetragen, dass es sein Ziel sei, den Markt für Spielervermittler zu regulieren (…). Spielervermittler üben unstreitig eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Diese besteht darin, Spielern und Vereinen eine Dienstleistung anzubieten, die einer Maklertätigkeit entspricht (vgl. §§ 652 ff. BGB). Dies zeigt auch § 1 Abs. 1 RfSV, der den Geltungsbereich des RfSV festlegt. Danach regelt das RfSV die Inanspruchnahme von Diensten eines Vermittlers für ‚den Abschluss eines Berufsspielervertrags (Vertrags- und Lizenzspieler) zwischen einem Spieler und einem Verein' sowie den ‚Abschluss einer Transfervereinbarung zwischen zwei Vereinen' (…). Der Abschluss von Arbeitsverträgen – nichts anderes ist ein Berufsspielervertrag – ist aber gerade eine wirtschaftliche Tätigkeit. Der spezifische Charakter des Sports kann nicht betroffen sein, da in jeder Branche Arbeitsverträge abgeschlossen werden. Dass Berufsspielerverträge vereinzelt Besonderheiten aufweisen mögen, vermag hieran nichts zu ändern. Bereichsspezifische Unterschiede sind jeder Branche im Wirtschaftsleben immanent. Auch die Tatsache, dass sportliche Belange (mit-)berührt werden, wenn ein Spieler einen Verein verlässt oder zu einem anderen Verein neu hinzutritt, ist unerheblich, da es sich allenfalls um reflexartige Wirkungen handelt. Sie sind jedenfalls nicht **vordergründig**. Gerade dies verlangt der EuGH aber in der „M.-M1"-Entscheidung [Anmerkung: Hier wird auf das *Meca-Medina und Majcen*-Urteil des EuGH Bezug genommen.]. Es handelt sich vielmehr um **eine wirtschaftliche Tätigkeit im Umfeld einer sportlichen Betätigung** (so auch EuG, Slg. 2005, II-209, Rn. 73, 77 – Piau). Entgegen der Ansicht des Beklagten ändert die Tatsache, dass der Markt für Spielervermittlung ohne den Markt des Profifußballs nicht denkbar wäre, gleichfalls nichts an der Einstufung der Reglements. Viele nachgelagerte Märkte wären ohne einen anderen Markt nicht denkbar."

Die Begründung des LG Frankfurt/Main, mit der im konkreten Fall eine Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests abgelehnt und stattdessen letztlich eine *alleinige* Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV angenommen wurde, beruht auf evidenten Fehlinterpretationen,[691] von denen zwei herausgestellt seien: 368

Es trifft schlichtweg nicht zu, dass der Gerichtshof im *Meca-Medina und Majcen*-Urteil fordert, dass sportliche Belange „vordergründig" sein müssten. Der EuGH äußert sich weder in der – bezeichnenderweise ohne Angabe eines Erwägungsgrundes – vom LG Frankfurt/Main zitierten noch in irgendeiner anderen Entscheidung dazu, ob und inwieweit ein bestimmtes quantitatives oder qualitatives Verhältnis zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und sportlicher Betätigung Voraussetzung für die Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ist. Wenn dieser Test bei „einer[r] wirtschaftlich[n] Tätigkeit im Umfeld einer sportlichen Betätigung" nicht anwendbar sein soll, wie das LG Frankfurt/Main glaubt, wäre der *Meca-Medina*-Test faktisch nahezu bedeutungslos. 369

Erstaunlich ist auch die im unmittelbaren Anschluss gleichsam als hilfsweise Begründung erfolgende Feststellung des LG Frankfurt/Main,[692] aus dem Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 gehe hervor, 370

691 Im Ansatz a.A. offenbar *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (593); *Podszun* NZKart 2021, 138 (144).
692 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „dass auch die Kommission der Auffassung ist, dass es sich bei Verbandsregelungen, die den Markt für Spielervermittler regeln, nicht um rein sportliche Regelungen handele und eine Tatbestandsrestriktion nicht vorzunehmen sei. Derartige Beschlüsse sollen hiernach allenfalls nach Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Freistellung erfahren können."

Denn genau das Gegenteil ist der Fall! Was auch immer zu dieser Fehlinterpretation geführt haben mag – es ist in jedem Fall wenig schmeichelhaft für die Zivilkammer. Diese zitiert zwar eine sachlich einschlägige Passage aus dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport, missversteht diese aber. Die zentralen Abschnitte seien hier nochmals im Wortlaut wiedergegeben und erläutert (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[693]

> „The following types of rules constitute examples of **organisational sporting rules** that – based on their legitimate objectives – are likely not to breach Articles 81 EC and/or 82 EC provided the restrictions contained in such rules are inherent and proportionate to the objectives pursued:
>
> [Anmerkung des *Verfassers*: Es folgt eine beispielhafte Auflistung von sieben verschiedenen, vorliegend nicht einschlägigen Fallgruppen sportorganisatorischer Regelungen.]
>
> The following rules represent a higher likelihood of problems concerning compliance with Articles 81 EC and/or 82 EC, although some of them could be justified under certain conditions under Article 81(3) or Article 82 EC:
>
> – […].
> – […].
> – […].
> – […].
> – **Rules regulating professions ancillary to sport (e.g. football players' agents).**
>
> Notwithstanding this tentative classification it needs to be recalled that an individual analysis of every challenged **organisational sporting rule** on a case-by-case basis is indispensable."

371 Die EU-Kommission zählt also Vorschriften, welche die Tätigkeit von Spielervermittlern reglementieren, durchaus zu den „organisational sporting rules". Dies wird deutlich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sowohl in dem eingangs als auch in dem abschließend zitierten Absatz dieser Terminus verwendet wird. Es wird also keineswegs in Abrede gestellt, dass auch auf Regelungen bezüglich Spielervermittlern der *Meca-Medina*-Test angewendet werden kann. Die Kommission stellt lediglich fest, dass eine größere Wahrscheinlichkeit von Problemen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 81 EG (= Art. 101 AEUV) bestehe, weil – unausgesprochen – die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests möglicherweise nicht erfüllt seien. Solche Regelungen könnten dann aber gleichwohl noch unter bestimmten Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden. Dass auf Regelungen bezüglich Spielervermittlern allein Art. 101 Abs. 3 AEUV angewendet werden kann, besagt die zitierte Passage indes gerade nicht. Diese

693 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interpretation wird in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport sodann an späterer Stelle nochmals dadurch bestätigt, dass hier eine Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf Berufe mit Sportbezug, zu denen auch Spielervermittler zählen, vorausgesetzt wird:[694]

> „As regards the compatibility of federations' rules with EU competition law, even if the restrictions they impose on these sport-related professions are not likely to be considered inherent in the pursuit of a legitimate sporting objective, they may nevertheless be justified under Article 81(3) or Article 82 EC."

372 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aufgrund der vorgenannten Erwägungen nach Auffassung der EU-Kommission der *Meca-Medina*-Test im Grundsatz auf wettbewerbsbeschränkende Verbandsvorschriften zur Reglementierung der Tätigkeiten von Spielervermittlern angewendet werden kann – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Das bedeutet, dass der grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests in solchen Fällen keinerlei Indizwirkung darüber zukommt, ob im Einzelfall auch dessen recht strengen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt werden. Und wenn dies nicht der Fall sein sollte, bestände immer noch die Möglichkeit zu versuchen, die andersartigen Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nachzuweisen.[695]

h) Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen

373 Bereits im Rahmen der Erwägungen zur Unmöglichkeit, bei unternehmerisch tätigen Sportverbänden eine kartellrechtliche Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters zuzulassen, zeichnete sich ab, dass selbst bei Spielregeln im engeren Sinne stets eine Einzelfallentscheidung notwendig ist.[696] Dies gilt für die rechtliche Bewertung sportorganisatorischer Regelungen am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests gleichermaßen, wie auch die EU-Kommission betont.[697] Insbesondere ist es auch nicht möglich, im Vorhinein eine umfassende Liste mit rechtlich in jedem Fall zulässigen sportorganisatorischen Verbandsmaßnahmen aufzustellen. Dagegen spricht insbesondere, dass bereits kleinste Modifikationen des Sachverhalts zu einer abweichenden (kartell)rechtlichen Beurteilung führen können und beispielsweise nicht abstrakt *ex ante* bestimmt werden kann, ob ein Sportverband eine mit der betreffenden Maßnahme verbundene legitime Zielsetzung in kohärenter und stringenter Weise verfolgen wird.

694 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.4.
695 Zu diesen Aspekten → XIII. Rn. 584–589.
696 → VI. Rn. 88 f.
697 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.1.7.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i) Praktische Hinweise

374 Selbst wenn ein (inter)nationaler Sportverband seine sportorganisatorischen Regelungen und deren Umsetzung vorab daraufhin überprüft haben sollte, dass sie im Zweifel die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllen, ist damit nicht ausgeschlossen, dass die Regelungsunterworfenen die Rechtslage anders beurteilen und ihrerseits – juristisch kundig beraten – eine Kartellbehörde zum Einschreiten veranlassen oder ein Verfahren vor einem Sportschiedsgericht oder einem staatlichen Gericht einleiten. In solchen Konstellationen ist sodann größte Umsicht geboten, was hier aus Sicht der beiden Parteien im Hinblick auf die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests gesondert bewertet werden soll.

375 Zunächst soll zu diesem Zweck die Position der regelungsunterworfenen Partei (z.B. Athlet oder Sportclub) eingenommen werden:

376 – Die juristischen Erfolgsaussichten hängen zunächst in erheblichem Maße von den (kartell)rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters ab. Da hier bereits unterstellt wurde, dass ein kartellrechtliches Verfahren anhängig ist, soll insoweit die entsprechende Expertise unterstellt werden (was aber insbesondere bei Rechtsanwälten im Allgemeinen und mitunter auch bei solchen, die sich als „Fachanwalt für Sportrecht" bezeichnen dürfen, keineswegs eine Selbstverständlichkeit ist[698]).

377 – Zugleich lehrt die Erfahrung, dass Sportverbände bei einem für sie ungünstigen Ausgang des Verfahrens dazu neigen, den Rechtsweg auszuschöpfen. Dies bedeutet für die regelungsunterworfene Partei, dass bei letztlich ungewissen Prozessaussichten erhebliche finanzielle Mittel für ein eventuell langwieriges, sich vermutlich über mehrere Instanzen erstreckendes Verfahren zur Verfügung stehen sollten. Dies wird einen umsatzstarken Fußballclub vor geringere Probleme stellen als etwa Individualathleten mit nur vergleichsweise überschaubarem Einkommen.

378 – Die regelungsunterworfene Partei muss bestrebt sein darzulegen, dass die streitgegenständliche Verbandsregelung die strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllt. Hierzu sollte möglichst substantiiert vorgetragen werden. Dabei wird sich etwa eine behauptete unzureichende Kohärenz und Stringenz der Verfolgung eines legitimen Ziels durch den Sportverband leichter nachweisen lassen als die fehlende Erforderlichkeit oder Angemessenheit der beanstandeten Maßnahme. Hinsichtlich des letzten Punktes ist insbesondere zu beachten, dass es nicht ausreicht, die Unangemessenheit

698 Diese Auffassung beruht auf der gegenüber dem *Verfasser* offen zum Ausdruck gebrachten Selbsteinschätzung mehr als nur eines Fachanwalts für Sportrecht, wobei hier aus naheliegenden Gründen auf Quellenangaben verzichtet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der streitgegenständlichen Vorschrift oder Maßnahme zu behaupten, sondern dass insoweit konkrete Alternativmaßnahmen benannt werden müssen, die zum einen zu einer weniger intensiven Wettbewerbsbeschränkung führen und die zum anderen eine mindestens gleich effektive Zielverfolgung gewährleisten.[699] In diesem Kontext kann es erforderlich werden, ökonomische Prognosen anzustellen, deren Überzeugungskraft durch entsprechende ökonometrische Gutachten untermauert werden kann.

– Bei den Feinheiten des Sportkartellrechts – dazu gehört insbesondere auch der *Meca-Medina*-Test – handelt es sich um juristisches Spezialwissen, das nicht nur bei Rechtsanwälten, sondern auch bei staatlichen Richtern oder Mitgliedern eines Sportschiedsgerichts nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann. Das ist im Hinblick auf die letztgenannte Gruppe zwar bedauerlich, wird doch regelmäßig die überlegene (sport)rechtliche Expertise der dort tätigen Schiedsrichter hervorgehoben. Aber die Erfahrung lehrt, dass gerade im Hinblick auf das Sportkartellrecht der altbekannte Grundsatz *iura novit curia* durch nicht unerhebliche Durchbrechungen gekennzeichnet ist.[700] Daher kann gerade in solchen Fällen die Hinzuziehung externer Rechtsexpertise durch die regelungsunterworfene Partei und die Einreichung entsprechender Rechtsgutachten sinnvoll sein. In jedem Fall sollte die betroffene Partei in Sportschiedsverfahren hinsichtlich des von ihr zu benennenden Beisitzers darauf bedacht sein, dass dieser mit den Feinheiten des Sportkartellrechts vertraut ist. Bei Mitarbeitern von Kartellbehörden kann hingegen das nötige Fachwissen unterstellt werden, ebenso regelmäßig bei auf Kartellrecht spezialisierten Kammern und Senaten an staatlichen Gerichten. 379

– Im Hinblick auf die kartellrechtliche Expertise, auf die völlige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Spruchkörper und auf Kostenaspekte scheint es vorzugswürdig zu sein, eine Beschwerde bei Kartellbehörden einzureichen und die Einleitung entsprechender Kartellverfahren gegen den betreffenden Sportverband zu beantragen. Dies gilt umso mehr, als zuletzt die Athletenrechte durch bei der EU-Kommission und beim BKartA geführte Verfahren deutlich gestärkt worden sind.[701] Allerdings ist zu berücksichtigen, dass solche Verfahren für die Behörden regelmäßig sehr arbeits- und zeitaufwändig sind, so dass sie angesichts der zahlreichen weiteren, nicht den Sportsektor betreffenden Verfahren ihr Aufgreifermessen sehr sorgfältig ausüben werden. Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass die EU-Kommission bereits hat verlauten lassen, dass organisatorische und rechtliche Fragen innerhalb der 380

699 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.
700 → IV. Rn. 284–310 und VI. Rn. 364–372, jew. m.w.N.
701 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbände und deren Umfeld besser bei den nationalen Behörden, nationalen Gerichten und Schiedsgerichten als bei der Kommission aufgehoben seien.[702] Damit sind die Aussichten begrenzt, durch Einschaltung von Kartellbehörden zeitnah eine abschließende rechtliche Beurteilung zu erhalten.

381 Aus der Perspektive (inter)nationaler Sportverbände stellt sich die Lage hingegen etwas anders dar:

382 – Zunächst hängen auch insoweit die juristischen Erfolgsaussichten in erheblichem Maße von den (kartell)rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters ab. Auch wenn sich Sportverbände nicht selten in fast sämtlichen rechtlichen Angelegenheiten von der gleichen Kanzlei, mitunter stets vom gleichen Rechtsanwalt vertreten lassen, bleibt zu erwägen, ob man nicht (auch) einen im Kartellrecht ausgewiesenen Spezialisten hinzuziehen sollte. Was in anderen Lebensbereichen selbstverständlich ist, sollte eigentlich auch in der Rechtsberatung gelten. Denn wer etwa unter erheblichen Herzrhythmusstörungen leidet, wird sich üblicherweise nicht auf den Besuch beim Hausarzt beschränken, sondern einen spezialisierten Arzt, im Zweifel einen Kardiologen, aufsuchen, um Rat fragen und möglicherweise noch die Einschätzung eines weiteren Experten einholen.

383 – Sportverbände müssen sich zumeist über die Finanzierung eines sich eventuell über mehrere Instanzen hinziehenden Rechtsverfahrens weniger Gedanken machen als die Gegenseite. Zudem verfügen sie insoweit über größere Erfahrung und sind als *repeat player* mit den Verfahrensabläufen besser vertraut als die Gegenseite.

384 – Ein Sportverband muss bestrebt sein darzulegen, dass die streitgegenständliche Verbandsregelung die strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllt. Dabei kann sich insbesondere der Nachweis, dass mit der streitigen Verbandsvorschrift tatsächlich ein legitimes und nicht rein *eigen*wirtschaftliches Ziel in stringenter und kohärenter Weise verfolgt wird, als Stolperstein

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erweisen.[703] Insoweit bedarf es substantiierten Sachvortrags.[704] Sodann kann sich der Sportverband jedoch zunächst auf die Darstellung seiner Rechtsauffassung beschränken, wonach die streitige Vorschrift als geeignet, erforderlich und angemessen einzustufen sei. Ergänzender substantiierter Vortrag ist in diesem Zusammenhang erst erforderlich, falls die Gegenseite konkrete, den Wettbewerb angeblich weniger beschränkende und im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel mindestens gleich effektive Alternativmaßnahmen vortragen sollte. Die eigene Rechtsauffassung könnte, sofern sie auf ökonomischen Prognosen beruht, erforderlichenfalls durch entsprechende ökonometrische Gutachten untermauert werden.

– Im Hinblick auf das kartellrechtliche Fachwissen zumindest der mit dem Verfahren befassten Spruchkörper sollten die Interessen der Sportverbände denjenigen der regelungsunterworfenen Parteien entsprechen. 385

703 Kurz nach Einführung des *Meca-Medina*-Tests hatte der *Verfasser* noch vermutet, dass sich eine darauf gestützte Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Verbandsregeln oder -maßnahmen erst auf der dritten Stufe, d.h. im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, entscheiden werde, vgl. *Heermann* WuW 2009, 394 (403). Dreizehn Jahre später ist die dogmatische Durchdringung des *Meca-Medina*-Tests deutlich fortgeschritten, so dass an der damaligen Einschätzung nicht mehr uneingeschränkt festgehalten werden kann. Denn inzwischen hat sich herausgestellt, dass dem Erfordernis der Verfolgung einer *legitimen* Zielsetzung in *kohärenter und stringenter Weise* eine erhebliche praktische Bedeutung zukommt. Je nachdem, wo man das Kohärenzkriterium dogmatisch ansiedelt (bei der Legitimität der Zielsetzung auf der ersten Stufe, im Rahmen der Inhärenzprüfung auf der zweiten Stufe oder bei der Geeignetheit der Maßnahme auf der dritten Stufe), kann ein Nichtvorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen vielfach schon vor einer etwaigen Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden.

704 S. etwa LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322). Das Gericht bemängelte (ohne auf den *Meca-Medina*-Test einzugehen), dass der Sportverband für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung seiner von sportlichen Leistungskriterien unabhängigen Nominierungsentscheidung „keinerlei Grund vorgetragen [habe], der einer Prüfung hinsichtlich seiner sachlichen Tragfähigkeit unterzogen werden könnte“ und nahm einen Verstoß des Sportverbandes gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB an. S. auch *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (80): „Das Verfolgen legitimer Zwecke als Rechtfertigungskriterium darf nicht durch einen formalistisch-redaktionellen Vorgang, der darin besteht, die richtigen Begriffe in jede Satzung oder jedes Regelwerk zu kopieren, und das Behaupten oder Aufzeigen bloß abstrakter, theoretisch-mittelbarer Bezüge zum Sportgeschehen zu erfüllen sein.“

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

1. Relevante Märkte im Sportbereich

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

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

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

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

1 → VI. Rn. 90–113.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Marktbeherrschung

a) Grundlagen

4 Adressaten von Art. 102 AEUV sind „ein oder mehrere Unternehmen", die eine „beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben" innehaben. Die marktbeherrschende Position eines Unternehmens als solche ist im Ausgangspunkt kartellrechtlich völlig unbedenklich. Erst wenn die marktbeherrschende Position von dem oder den betreffenden Unternehmen in missbräuchlicher Weise ausgenutzt werden sollte,[2] kommt ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV in Betracht, sofern das betreffende Wettbewerbsverhalten nicht gerechtfertigt werden kann.[3] Das ist zunächst eine gute Nachricht für Sportverbände, die aufgrund des Ein-Platz-Prinzips[4] stets Gefahr laufen, in den Anwendungsbereich des für marktbeherrschende Unternehmen geltenden kartellrechtlichen Missbrauchsverbots zu fallen. Der beschriebene Regelungsmechanismus gilt nach den jeweiligen nationalen Kartellrechtsordnungen für Deutschland, für die anderen Mitgliedstaaten der EU, aber etwa auch in der Schweiz.

5 Wenn auch in regelmäßigen Abständen unabhängig von etwaigen Verstößen gegen das Kartellrecht zumeist politisch motivierte Forderungen nach Zerschlagung großer Unternehmen oder Konzerne mit enormer Marktmacht (wie z.B. Facebook, Amazon, Microsoft) geäußert werden, so ist eine solche Forderung für große Sportverbände zumindest mit vergleichbarer Außenwirkung noch nicht aufgestellt worden. Eine Entflechtung großer Sportverbände durch Aufspaltung in verschiedene kleinere, rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen hat bislang noch nicht auf der politischen Agenda gestanden. Es wird indes diskutiert, ob in Sportverbänden zwecks Ausschaltung von potentiellen Interessenkonflikten Verwaltungs- und Vermarktungsaufgaben rechtlich voneinander getrennt werden sollten.[5] Auch bei Sportvereinen sind keine zwingenden Entflechtungsvorgaben gegeben. So sind in Deutschland etwa als Idealvereine organisierte Fußballclubs bislang nicht zur Ausgliederung ihrer unter dem Dach des Vereins unternehmerisch tätigen Profiabteilungen gezwungen worden, obgleich – gestützt auf die Vereinsklassenabgrenzung nach §§ 21, 22 BGB, jedoch nicht auf kartellrechtliche Gründe – der *Kita*-Beschluss des BGH[6] durchaus in dieser Weise interpretiert werden könnte.[7]

2 → VII. Rn. 38–51.
3 → VII. Rn. 67–71.
4 → IV. Rn. 69–76.
5 → VII. Rn. 52–66.
6 BGHZ 215, 69 ff. = BGH NJW 2017, 1919 ff.
7 *Leuschner* NJW 2017, 1919 (1923 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

14 → VI. Rn. 114–118.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

8 Infolge des Ein-Verband-Prinzips[16] haben (inter)nationale Sportdachverbände regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen inne.[17] Dieser Markt lässt sich oftmals noch enger fassen. Unterfälle hierzu bilden etwa ein Markt für die Zulassung von Athleten zu einem bestimmten Sportevent durch den Sportverband oder ein Markt für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen durch den Sportverband.

9 Soweit das Prozedere der Auswahl der Teilnehmer an einer (inter)nationalen Sportveranstaltung betroffen ist, verfügt der veranstaltende Sportverband zumeist über eine – als solche kartellrechtlich unbedenkliche – Monopolstellung, weil für die Marktgegenseite, d.h. für Athleten, Vereine und Nationalmannschaften, regelmäßig keine gleichwertigen Alternativen existieren. Wer deutscher Fußballmeister der Männer in der höchsten Spielklasse werden möchte, muss zwangsläufig Mitglied der DFL sein. Fußballweltmeister werden allein bei einer von der FIFA veranstalteten Fußball-Weltmeisterschaft gekürt. Oder wer in der Leichtathletik einen weltweit anerkannten Weltrekord etwa im Weitsprung aufstellen möchte, wird dies nur gelingen, wenn er an einem vom internationalen und/oder nationalen Leichtathletikverband organisierten oder von diesem lizenzierten oder anerkannten Sportevent teilnimmt. Wer internationale sportliche Ehren anstrebt, wird in der Teilnahmemöglichkeit an nationalen Wettkämpfen keine Alternative zu Welt- oder Europameisterschaften erblicken.[18]

15 → VII. Rn. 16–37.
16 → IV. Rn. 69–76.
17 BGHZ 210, 292, Rn. 45 = NJW 2016, 2266 – Pechstein; *Hannamann/Vieweg* in Württembergischer Fußballverband, 1998, 49 (55 ff.); *Heermann* WuW 2009, 489 (493–495); *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 13–15. *Opfermann* 302 spricht insoweit von einem „Markt für die Zulassung zu offiziellen Wettkämpfen".
18 OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (43); zust. *Zimmermann* ZWeR 2016, 66 (73); *Heermann* JZ 2015, 362 (363).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nur in besonders gelagerten Einzelfällen kann es für Athleten wirtschaftlich mindestens ebenso attraktiv sein, auf die Teilnahme an internationalen Turnieren zu verzichten und allein in einer nationalen Liga zu spielen. Dies gilt etwa für Basketballspieler in der NBA National Basketball League, die sich fast ausschließlich aus U.S.-amerikanischen Teams sowie – derzeit – einem Team aus Kanada zusammensetzt. In den Teams spielen fast ausnahmslos die weltweit besten Basketballer, die damit bereits gleichsam den „internationalen" Gipfel erklommen haben. Denn die NBA National Basketball League agiert nicht nur in sportlicher, sondern auch in finanzieller Hinsicht auf höchstmöglichem Niveau.[19] Angesichts dessen verzichten manche NBA-Spieler sogar auf die Teilnahme an sämtlichen oder zumindest einigen Spielen ihrer jeweiligen Nationalmannschaften, weil der Spielbetrieb in der NBA bei terminlichen Überschneidungen ohnehin Vorrang hat und dadurch kaum noch eine Steigerung des eigenen Marktwerts möglich ist. Zudem dürfen sich die Spieler desjenigen Teams, welches die NBA National Basketball League gewinnt, ohnehin schon bis zur Vergabe des nächsten Meisterschaftstitels in aller Bescheidenheit „World Champions" nennen. 10

Die bisherigen Erwägungen zur marktbeherrschenden Stellung eines Sportverbandes auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen beruhten auf der Annahme, dass der Sport(dach)verband selbst unmittelbar auf dem genannten Markt tätig wird. Was gilt jedoch, wenn die Wettbewerbe von Mitgliedsverbänden oder privaten Veranstaltern in eigener Verantwortung durchgeführt werden? In einer solchen Situation wird der übergeordnete Sport(dach)verband nur dann aus seiner kartellrechtlichen Verantwortung entlassen, wenn zwischen ihm und dem von anderer Seite durchgeführten Event keinerlei rechtliche Bindungen mehr bestehen. Gerade dies wird aber vielfach nicht der Fall sein. Sofern der Sport(dach)verband den Athleten oder Mannschaften Lizenzen als Voraussetzung für die Teilnahme am organsierten Sport und damit auch an Events, die etwa von Mitgliedsverbänden veranstaltet werden, ausgibt, ist der Dachverband auf diese Weise gleichwohl auf dem Markt für die Organisation und Durchführung auch solcher Sportveranstaltungen tätig.[20] Denkbar ist zudem, dass der Sport(dach)verband daneben oder stattdessen ein Lizenzsystem für die Vergabe von Austragungsrechten einrichtet.[21] Anders gestaltet sich die Rechtslage hingegen, wenn ein privater Veranstalter ein Sportevent organisiert und durchführt, ohne dass er sowie auch die teilnehmenden Athleten 11

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c) Angrenzende Märkte

12 Oftmals wird (inter)nationalen Sportdachverbänden mit oder ohne Bezugnahme auf das Ein-Verband-Prinzip[22] in der medialen Berichterstattung, mitunter aber auch im juristischen Schrifttum undifferenziert eine Monopolstellung zugesprochen.[23] Die Begriffe Sportverband und Monopolverband werden in diesem Zusammenhang sodann mehr oder weniger synonym verwendet.[24] Daraus wird dann manchmal der voreilige und in vielen Konstellationen (kartell)rechtlich unzutreffende Schluss gezogen, dass ein Sportdachverband auf jedem relevanten Markt, auf dem er eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, gleichsam marktbeherrschend sei.

13 Diese Annahme lässt sich durch das einfache Beispiel eines nationalen Dachverbandes in einer bestimmten Sportart, der seine Sportevents selbst organisiert und durchführt, widerlegen. Aufgrund des Ein-Platz-Prinzips und der Eingliederung des nationalen Sportdachverbandes in eine pyramidenförmige sowie hierarchisch strukturierte (inter)nationale Verbandsstruktur wird er regelmäßig über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen in der betreffenden Sportart verfügen. Etwaige rein privat organisierte Sportevents mögen zwar existieren, welche für die (un)mittelbaren Mitglieder des Sportdachverbandes aber keine ernsthaften Substitute für die von diesem organisierten Sportwettkämpfe bieten.

14 Wenn dieser Sportdachverband die von ihm organisierten Sportevents auch selbst vermarktet und entsprechende Werbe- und Sponsorenverträge abschließt, hat er auf dem Markt für die Vermarktung von Sportveranstaltungen mit großer Wahrscheinlichkeit *keine* marktbeherrschende Stellung inne. Denn für die Marktgegenseite – dies sind nunmehr nicht die teilnehmenden oder teilnahmewilligen Athleten oder Clubs, sondern die werbetreibenden Unternehmen – existieren grundsätzlich durchaus Substitute. Sie könnten nämlich ihre Werbebotschaften mit anderen Partnern ebenso effektiv verbreiten, etwa durch das Sponsoring teilnehmender Athleten oder Mannschaften, aber mitunter auch durch das Sponsoring von Veranstaltungen in einer anderen Sportart. Dass der betreffende

22 → IV. Rn. 69–76.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

3. Kollektive Marktbeherrschung

a) Problematik und rechtliche Ausgangslage

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

18 – In der zweiten Fallgruppe sind Adressaten der Verbandsregelungen nicht nur die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder. Vielmehr werden zugleich auch verbandsunabhängigen Dritten Pflichten auferlegt, die sich wettbewerbsbeschränkend auswirken. Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf die verbandsrechtlichen Vorschriften im Fußballsport hingewiesen, durch die die Tätigkeit der Spielervermittler reglementiert wird.[26]

19 – Eine dritte Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass in den zuvor beschriebenen beiden Fallgruppen ein internationaler Sport(dach)verband oder eine ähnliche Organisation (z.B. das Internationale Olympische Komitee, IOC) zwar wettbewerbsbeschränkende Regelungen aufstellt, diese jedoch nicht unmittelbar für die Athleten etc. gelten. Vielmehr werden letztere erst von Mitgliedsverbänden oder ähnlichen Organisationen (z.B. Nationalen Olympischen Komitees, NOKs) regelmäßig vertraglich an die betreffenden Statuten gebunden.[27]

20 In solchen Fallgestaltungen ergibt sich eine Vielzahl ebenso interessanter wie rechtlich komplexer Fragestellungen:

- Kann in solchen Konstellationen der Sportverband kartellrechtlich in die Verantwortung genommen werden, obgleich er auf dem relevanten Markt, auf dem die Wettbewerbsbeschränkungen auftreten, überhaupt nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager unternehmerisch tätig ist?
- Kann überhaupt ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften in Betracht kommen, weil der Sportverband lediglich Verbandsregelungen aufgestellt hat, damit insoweit – zumindest nach eigener Rechtsauffassung – nicht unternehmerisch tätig geworden ist und deshalb als Normadressat überhaupt nicht in Betracht kommt?[28]
- Kommt der Sportverband in solchen Konstellationen überhaupt als Normadressat von Art. 102 AEUV in Betracht, obgleich es sich beim Verband um eine in der Norm nicht ausdrücklich adressierte Unternehmensvereinigung handelt?

25 Zu den damit im Übrigen verbundenen Rechtsproblemen → XIII. Rn. 655–708.
26 Diese Konstellation ist nachgebildet EuG Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102 – Piau. Zu dieser Problematik → XIII. Rn. 548–591.
27 Diese Konstellation ist nachgebildet BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC. Zu dieser Problematik → XIII. Rn. 655–708.
28 Ausf. zu diesem rechtlichen Aspekt → VI. Rn. 114–138.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b) Meinungsstand

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

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

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

Dabei hat das EuG das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung an folgende Voraussetzungen geknüpft:[31] 24

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

29 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.3.
30 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 112, 116 = SpuRt 2005, 102 – Piau.
31 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 111 = SpuRt 2005, 102 – Piau.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

25 Damit nahm das EuG auf seine bisherige Entscheidungspraxis Bezug,[32] so dass die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung keineswegs zuerst speziell für den Sportsektor zur Anwendung auf Sportverbände ersonnen wurde. Eine kollektive Marktbeherrschung setzt voraus, dass mehrere Unternehmen in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln.[33] Die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung wird insbesondere diskutiert und angenommen,[34] wenn die beteiligten Unternehmen Konzernstrukturen aufweisen, ein Kartell bilden[35] oder ein enges Oligopol mit einer nachweisbaren Reaktionsverbundenheit der Oligopolmitglieder begründen.[36] Soweit es darum geht, einem Sportdachverband unternehmerisches Handeln seiner (un)mittelbaren Mitglieder zur Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung zuzurechnen, scheiden aufgrund der mitgliedschaftlichen Verbindungen Konzernstrukturen als Anknüpfungspunkt von vornherein aus. Auch ein enges Oligopol soll sich insoweit allenfalls selten nachweisen lassen.[37]

26 Anknüpfend an die vom EuG entwickelten Kriterien kommen nunmehr zwei Szenarien in Betracht:

27 – Die (un)mittelbaren Mitglieder des Sportdachverbandes werden – anders als letzterer – selbst auf dem relevanten Markt tätig, auf dem die Verbandsstatuten den Wettbewerb beschränken. Dies betrifft etwa den Fall des FIFA-Spielervermittler-Reglements. In diesem Szenario könnten unter den vom EuG entwickelten Voraussetzungen die unternehmerischen Aktivitäten der (un)mittelbaren Mitglieder, d.h. der an einem Spielertransfer beteiligten Fußballclubs, auf dem Markt für Spielervermittler gleichsam der FIFA zugerechnet werden, so dass diese als kollektiv marktbeherrschendes Unternehmen einzuordnen wäre.

28 – Denkbar ist aber auch, dass weder der Sportdachverband noch seine Mitgliedsverbände auf dem relevanten Markt unternehmerisch tätig werden,

32 EuG Slg. 2002, II-2585, Rn. 62 = EuR 2002, 720 (723 f.) – Airtours/Kommission; EuG Slg. 2003, II-2275, Rn. 121 = BeckRS 2003, 70348 – Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission.
33 EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 44 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.
34 Ausf. hierzu Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 116–124 m.w.N. zum Meinungsstand.
35 S. etwa EuGH Slg. 1975, 1663 (2013) = BeckRS 2004, 71110 – Suiker Unie; EuG Slg. 1992, II-1403, Rn. 358 = ECLI:EU:T:1992:38 – Italienische Glashersteller.
36 S. stellvertr. EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 39 = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.
37 *St. Horn* 244; zust. *Opfermann* 304.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

38 S. hierzu EuGH Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 f. = BeckRS 2004, 76506 – Tetra Pak II; *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 23 ff.
39 Zur Drittmarktproblematik → VII. Rn. 48 f.
40 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
41 → VII. Rn. 30–37, 42–45.
42 S. zur Diskussion im Lichte des EU-Kartellrechts stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 119–124 m.w.N. Den Einsatz dieser Rechtsfigur bei der Anwendung europäischen, aber auch deutschen Kartellrechts auf den Sportsektor bereits seit Langem befürwortend *Heermann* WuW 2009, 489, 494 f.; *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 19–22; *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 9–14, jew. m.w.N.
43 *St. Horn* 220–223.
44 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 58 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Würdigung

30 Die Bewertung des bisherigen Meinungsstands zur kollektiven Marktbeherrschung soll erfolgen anhand eines im Jahr 2019 vom BKartA abgeschlossenen Kartellverwaltungsverfahrens gegen den DOSB und das IOC.[45] Den Streitgegenstand bildete ein Genehmigungsvorbehalt des IOC in der Durchführungsbestimmung Ziffer 3 der Regel 40 der IOC-Charta, wonach Olympiateilnehmern Werbetätigkeiten zugunsten ihrer Individualsponsoren während der Olympischen Spiele und eines gewissen Zeitraums davor und danach (*frozen period*) untersagt gewesen waren. Das BKartA hat auf dem Markt für die Zulassung zu Olympischen Spielen eine kollektive marktbeherrschende Stellung der Mitglieder der Olympischen Bewegung angenommen.[46] Den relevanten Markt für Sportsponsoring, auf dem die Olympiateilnehmer als Anbieter von Werbeflächen in Betracht kommen, hat das BKartA nicht näher abgegrenzt und bestimmt. Auf diesem Drittmarkt hat die Kartellbehörde die Olympische Bewegung indes als nicht marktbeherrschend eingestuft.[47] Gleichwohl hat das BKartA aufgrund einer vorläufigen rechtlichen Bewertung (es handelte sich um eine Verpflichtungszusagenentscheidung) angenommen, dass das IOC und der DOSB den Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV sowie gem. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt hätten.[48]

31 Anknüpfend an frühere Erwägungen,[49] soll der Ansatz des BKartA, der letztlich sogar zu einer Weiterentwicklung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung geführt hat,[50] gewürdigt werden. Eine erste argumentative Hürde ergab sich für die Beschlussabteilung daraus, dass das IOC anders als ein typischer internationaler Sportdachverband strukturiert ist. Mitglied des IOC sind nämlich allein natürliche Personen, die zumindest teilweise internationale Sportverbände repräsentieren. Diese erste Hürde hat das BKartA überwunden, indem es bestimmte Mitglieder der Olympischen Bewegung – das IOC, die Organisationskomitees, die Nationalen Olympischen Komitees (in Deutschland: DOSB) und die internationalen Sport(fach)verbände[51] – als „kollektive bzw. wettbewerbliche

45 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; s. hierzu auch *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 ff. (die seitens des BKartA an dem Verfahren unmittelbar beteiligt gewesen waren); *Heermann* WRP 2019, 834 ff.
46 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 57 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
47 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 85 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
48 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 41 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
49 *Heermann* WRP 2019, 834 ff.
50 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 57–63 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
51 Die Athleten, die nach Regel 1 OC 2020 gleichfalls seit jeher Mitglieder der Olympischen Bewegung sind, ließ das BKartA bei seiner Bestimmung des Begriffs der Olympischen Bewegung unberücksichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einheit“ auf dem Markt für die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele eingestuft hat.[52]

Auf dem Produktmarkt für die Individualvermarktung von Athleten im Allgemeinen und von Olympiateilnehmern im Besonderen werden die Mitglieder der Olympischen Bewegung aber gerade nicht unmittelbar selbst tätig. Das IOC hatte sich im zu beurteilenden Sachverhalt stattdessen darauf beschränkt, Regel 40 DF Nr. 3 OC aufzustellen und zusammen mit dem DOSB über Athletenvereinbarungen und Teilnahmeerklärungen die deutschen Olympiateilnehmer an diese Vorschrift zu binden.[53] 32

Mit folgender Argumentation ist das BKartA zum Ergebnis einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Olympische Bewegung gelangt: Adressaten der Missbrauchstatbestände der Art. 102 AEUV und § 19 GWB könnten „ein oder mehrere Unternehmen“ sein.[54] Nach Maßgabe des dem GWB wie auch dem EU-Kartellrecht zugrunde liegenden funktionalen Unternehmensbegriffs werde die Unternehmenseigenschaft begründet durch die Ausübung einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit im weitesten Sinne. Auf die Rechtsform oder die Art der Finanzierung der die Tätigkeit ausübenden Einheit komme es nicht an. Auch das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht sei nicht erforderlich. Die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele erfolge durch die Olympische Bewegung. Diese basiere auf der Olympischen Charta, die von allen Mitgliedern als bindend anerkannt werden müsse. Die Olympische Bewegung werde im Rahmen der Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele jedoch nicht tätig. Vielmehr würden die Mitglieder der Olympischen Bewegung die Olympischen Spiele unter der Führung des IOC sowie nach Maßgabe der in der Olympischen Charta vorgesehenen Aufgaben und Zuständigkeiten organisieren und vermarkten. Demnach sei die Olympische Bewegung als solche kein Unternehmen, wohl aber ihre im Zuge der Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele handelnden Mitglieder. Auch wenn diese Mitglieder rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen seien, die jedes für sich nicht einzelmarktbeherrschend seien, könnten sie – wie sich aus der Verwendung des Begriffs „mehrere Unternehmen“ in Art. 102 AEUV, § 19 GWB ergebe – in ihrer Gesamtheit eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. 33

Dieser Ansatz ist zunächst bemerkenswert, weil die Olympische Bewegung mit ihren Mitgliedern zumindest mit denjenigen Konstellationen nicht unmittelbar vergleichbar ist, bei denen bislang die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherr- 34

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

36 Die weite Auslegung sowie die über den vorherigen Diskussionsstand hinausgehende, erweiternde Anwendung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung durch das BKartA überzeugt im konkreten Verfahren, auch wenn der

55 Zu entsprechenden Erwägungen s. *Varens* 48 ff.
56 Vgl. etwa Sport A-Z – Lexikon sportwissenschaftlicher Begriffe: „… zumal bisher eine klare Definition der Olympischen Bewegung in den olympischen Regeln aussteht.", abrufbar unter http://spolex.de/lexikon/olympische-bewegung/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).
57 Ausf. hierzu Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 26 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.
58 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 59 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
59 EuGH Slg. 2000, I-1365, Rn. 42 ff. = BeckRS 2004, 77003 – Compagnie Maritime Belge Transports.
60 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 111 f. = SpuRt 2005, 102 – Piau.
61 → VII. Rn. 22–29.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

4. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

a) Grundlagen

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

62 Hierzu nochmals bestätigend *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 (118).
63 → VII. Rn. 46–49.
64 → VII. Rn. 67–71.
65 Grundl. EuGH Slg. 1979, 461 (541) = BeckRS 2004, 73814 – Hoffmann-La Roche; EuGH Slg. 1991, I-3359, Rn. 69 = EuZW 1992, 21 – AKZO.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

39 Art. 102 Satz 2 AEUV listet nicht abschließend („insbesondere") und lediglich exemplarisch potentielle Missbrauchsfälle auf. Ein Missbrauch kann danach insbesondere in Folgendem bestehen:

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

40 Die praktische Bedeutung dieser Regelbeispiele ist begrenzt, weil sich in der Praxis darüber hinaus weitere Fallgruppen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung herausgebildet haben. Zu den praktisch wichtigsten zählen die nachfolgenden, nicht abschließend aufgelisteten Konstellationen:

– Ausbeutungsmissbrauch[67] (z.B. Preis- und Konditionenmissbrauch; Missbrauch gewerblicher Schutzrechte durch unangemessene Lizenzgebühren oder Übertragungspreise; unangemessene Geschäfts- und Vertragsbedingungen; Koppelungspraktiken);
– Behinderungsmissbrauch[68] (z.B. Preisunterbietungen und Kampfpreise; Ausschließlichkeitsvereinbarungen etwa in Form von Exklusivitätsklauseln; Vertriebs- und Verwendungsbindungen; Wettbewerbsklauseln; Kundenbindungs- und Rabattsysteme; Koppelungsverträge; Verhinderung der Ausübung oder Entwicklung von Schutzrechten; Lizenz- und Geschäftsverweigerung; Diskriminierung; sog. Kosten-Preis-Schere, d.h. Verdrängungseffekte gegenüber Wettbewerbern auf einer nachgelagerten Marktstufe);
– Marktstrukturmissbrauch[69] (wobei das Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung zu beachten ist);

66 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 125 ff. m.w.N.
67 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 168 ff. m.w.N.
68 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 199 ff. m.w.N.
69 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 393 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Verstoß gegen sektorspezifische Zugangsansprüche[70] (z.B. bei Energieleitungssystemen und Telefonnetzen).

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

b) Berücksichtigungsfähigkeit des Verhaltens eines Sportverbandes auf angrenzenden Märkten?

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

70 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 402 ff. m.w.N.
71 → VII. Rn. 8–11.
72 → XIII. Rn. 73–100.
73 → XIII. Rn. 655–708.
74 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

43 Die EU-Kommission und hernach das EuG untersuchten die Frage, ob die Verbandsstatuten, die die Zulassung von Eisschnellläufern zu offiziellen Eisschnelllaufveranstaltungen der ISU regelten (sog. *Eligibility Rules*), eine derart schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung auf dem betroffenen Markt für Zulassung der Athleten zu Sportwettbewerben bezweckten, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV angenommen werden konnte. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission auf die wichtige Funktion des Sportverbandes als Wettkampforganisator rekurriert, der darauf angewiesen sei, dass sämtliche Wettkampfteilnehmer als Verbandsmitglieder oder in anderer Weise die Verbandsstatuten anerkennen.[75] Die Verbandsstatuten der ISU enthielten eine umfassende Schiedsvereinbarung zum CAS. Die EU-Kommission hat in diesem Kontext festgestellt, dass die Schiedsvereinbarung zum CAS die von den Zulassungsregelungen der ISU bezweckte und bereits zuvor festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für die Zulassung zu internationalen Eisschnelllaufwettbewerben noch verstärke.[76]

44 Insoweit hat allerdings in der Folge das EuG der EU-Kommission mit ausführlicher Begründung widersprochen.[77] Dabei hat das Gericht insbesondere den Aspekt hervorgehoben, dass die beeinträchtigten Eisschnellläufer zum einen eine auf kartellrechtlichen Schadensersatz gerichtete Klage vor einem staatlichen Gericht hätten erheben oder aber – wie geschehen – eine Beschwerde bei einer Kartellbehörde hätten einreichen können, so dass durch die Schiedsklausel zum CAS die Effektivität der Durchsetzung europäischen Kartellrechts nicht beeinträchtigt worden sei.[78] Auf die praktischen Probleme bei der Umsetzung der aufgezeigten Alternativen – die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche geht für Kläger mit enormen Nachweisschwierigkeiten einher und Beschwerdeverfahren bei Kartellbehörden können sich bei ungewissem Ausgang jahrelang hinziehen – ist das EuG indes nicht eingegangen. Wenn man sich angesichts dessen gleichwohl der Auffassung der EU-Kommission anschließen sollte, so könnte eine kartellrechtlich an sich als solche eher unbedenkliche Schiedsklausel, abgeschlossen auf einem angrenzenden Markt (etwa auf dem Markt für die Organisation des Wettkampfsports im Allgemeinen), das kartellrechtliche Fass

75 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 116 ff. – ISU's Eligibility Rules.
76 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 269 ff. – ISU's Eligibility Rules; s. hierzu auch *Opfermann* 383 ff.
77 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 131–164 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission; s. hierzu auch ausf. *Opfermann* 383 ff.
78 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 157–161 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nicht abgedruckt) – ISU/Kommission.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf dem Markt für die Zulassung zu internationalen Eisschnelllaufwettbewerben zum Überlaufen bringen.[79]

Wie der für ein solches Vorgehen erforderliche inhaltliche Zusammenhang zwischen den untersuchten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf dem relevanten Markt und dem Verhalten auf dem angrenzenden Markt konkret ausgestaltet sein muss, bleibt ungewiss. Einen solchen Zusammenhang zwischen streitanfälligen Zulassungsentscheidungen eines Sportverbandes und einer Schiedsvereinbarung mag man vielleicht annehmen können. Bei einer Übertragung auf andere strukturell vergleichbare Fallkonstellationen ist letztlich aber ein ähnlich offensichtlicher inhaltlicher Zusammenhang zu fordern, um dem Vorwurf einer ergebnisorientierten Gesamtbetrachtung verschiedener Verhaltensweisen eines Sportverbandes auf unterschiedlichen, wenngleich aneinander grenzenden relevanten Märkten vorzubeugen. 45

c) Besonderheiten bei Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung

Wenn das Vorliegen eines kartellrechtlichen Missbrauchs untersucht wird, welcher von einem kollektiv marktbeherrschenden Sportverband ausgeht, sind Besonderheiten zu beachten. Hierzu hat sich des BKartA im Jahr 2019 in dem Verfahren bezüglich der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer, die bis dahin gegolten hatten und letztlich als ein Behinderungsmissbrauch eingestuft worden sind, geäußert.[80] Für eine Anwendung des Art. 102 AEUV genüge es, dass sich die individuellen Verhaltensweisen eines Mitglieds der kollektiven Einheit (im konkreten Fall: Auferlegung von Vermarktungsbeschränkungen durch IOC und DOSB) als eine Ausprägung der kollektiv beherrschenden Stellung der Olympischen Bewegung darstellten, d.h. auf diese zurückzuführen seien. Das Behinderungsverbot nach § 19 GWB erfasse in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung auch ein einzelnes Oligopolmitglied, wenn sich dessen Verhalten – etwa aufgrund der besonderen Stellung im Oligopol – für das betroffene Unternehmen wie ein Vorgehen des Oligopols insgesamt auswirke. Dies gelte aus Sicht der Beschlussabteilung in gleicher Weise, wenn ein einzelnes Mitglied einer „marktbeherrschenden wettbewerblichen Einheit" wie der Olympischen Bewegung handele, die u.a. durch eine einheitliche Unternehmensstrategie und das wettbewerbliche Verhalten vereinheitlichende Vertragsbestimmungen gekennzeichnet sei. Diese Voraussetzungen seien im Ausgangsfall erfüllt gewesen. 46

An dieser Stelle der Beschlussgründe wird nochmals deutlich, dass das BKartA mit der „marktbeherrschenden wettbewerblichen Einheit" letztlich eine neue Konstellation geschaffen hat, auf die – neben Konzernen, Kartellen und durch 47

79 Ausf. und krit. zu diesem Ansatz → XIII. Rn. 882–912 m.w.N.
80 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 89 f. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

d) Drittmarktbehinderung

48 Bei Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung – sei es durch einen (inter)nationalen Sportverband, sei es durch eine „marktbeherrschende wettbewerbliche Einheit" wie die Olympische Bewegung" – tritt die Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig auf einem sog. Drittmarkt auf, auf dem der Sportverband selbst nicht tätig wird. Stattdessen sind einzelne oder sämtlich Verbandsmitglieder auf dem Drittmarkt aktiv, die ihrerseits jedoch jeweils nicht marktbeherrschend sind. Ein solcher Fall der Drittmarktbehinderung[83] muss in jedem Einzelfall gesondert festgestellt werden. Insoweit hat sich das BKartA in dem Verfahren zu Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer ausführlich mit dem Meinungsstand zu den Voraussetzungen einer relevanten Drittmarktbehinderung nach deutschem und europäischem Kartellrecht auseinandergesetzt und eine solche Drittmarktbehinderung im konkreten Fall mit überzeugenden Gründen bejaht.[84]

49 Die wichtigsten Erkenntnisse des BKartA können – anknüpfend an eine bereits zuvor veröffentlichte Darstellung[85] – folgendermaßen zusammengefasst werden:

– Bei dem im Ausgangsfall betroffenen Drittmarkt handele es sich um den Markt für Sportsponsoring, der von anderen Sponsoringformen wie z.B. dem Kunst- oder Kultursponsoring oder dem Ökosponsoring zu unterscheiden sei.[86] Erfasst sei allein das Sportsponsoring in Bezug auf Olympische Spiele,

81 → VII. Rn. 30–37.
82 *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 9–14.
83 Hierzu im Sport *Heermann* WRP 2015, 1047, Rn. 23–29; *St. Horn* 199–204, der wegen der Ablehnung der Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung im Sportsektor aber nur einen begrenzten Anwendungsbereich sieht.
84 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 77–88 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.
85 *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 18.
86 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 82 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die aufgrund ihrer Alleinstellung nicht mit anderen Sportveranstaltungen austauschbar seien.[87]

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

e) Würdigung

Wenn man – wie auch hier vertreten[93] – die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung im Grundsatz anerkennt, erfordert dies konsequenterweise bei der Feststellung eines im kartellrechtlichen Sinne missbräuchlichen Verhaltens kleinere Anpassungen.[94] Die Berücksichtigungsfähigkeit des Verhaltens, das ein marktbeherrschender Sportverband auf angrenzenden Märkten zeigt,[95] bei der Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs ist zwar in diesem Zusammenhang 50

87 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 82 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; so auch *Heermann* WRP 2009, 285 (292).
88 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 83 f., 86 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.
89 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 85 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC m.w.N.
90 So bereits EuG Slg. 2003, II-5917, Rn. 127 = BeckRS 2004, 70012 – British Airways.
91 So EuGH Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 = BeckRS 2004, 76506 – Tetra Pak.
92 *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 (119) unter Bezugnahme auf EuG Slg. 1999, II-2969, Rn. 66 = BeckRS 1999, 55379 – Irish Sugar; EuG Slg. 2003, II-3275, Rn. 633 = BeckRS 2008, 70886 – Atlantic Container.
93 → VII. Rn. 16–37.
94 → VII. Rn. 46–49.
95 → VII. Rn. 42–45.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

5. Grundproblematik: Sportverbände als Verwalter und zugleich Vermarkter

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

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

96 Für den Erlass von Leitlinien für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 444.
97 EuGH Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.
98 EuGH Slg. 2008, I-4863, Rn. 51 ff. = SpuRt 2008, 193 – MOTOE m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

> „51. Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nämlich nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern sichergestellt ist. Wird eine juristische Person wie ELPA, die selbst Motorradrennen veranstaltet und kommerziell nutzt, mit der Aufgabe betraut, der zuständigen Behörde gegenüber ihr Einverständnis zu den Anträgen auf Genehmigung der Durchführung solcher Rennen zu erklären, so läuft dies tatsächlich darauf hinaus, ihr die Befugnis zu verleihen, die Personen zu bestimmen, die solche Wettbewerbe durchführen dürfen, und die Bedingungen festzulegen, unter denen die Rennen durchgeführt werden, und damit dieser Einrichtung einen eindeutigen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen (…). Ein solches Recht kann dazu führen, dass das berechtigte Unternehmen den Zugang der anderen Beteiligten zu dem betreffenden Markt verhindert. Diese Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen wird zudem durch den in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigten Umstand unterstrichen, dass ELPA, wenn er Motorradrennen veranstaltet oder daran beteiligt ist, für die Erteilung der erforderlichen Genehmigung durch die zuständige Behörde keine Einverständniserklärung einholen muss.
>
> 52. Außerdem könnte eine solche Regelung, die einer juristischen Person wie ELPA die Befugnis einräumt, ihr Einverständnis zu Anträgen auf Genehmigung von Motorradrennen zu erklären, ohne dass diese Regelung Beschränkungen, Bindungen oder eine Kontrolle hinsichtlich dieser Befugnis vorsieht, dazu führen, dass die juristische Person, die mit der Erklärung des Einverständnisses betraut ist, den Wettbewerb verfälscht, indem sie die Rennen, die sie veranstaltet oder an deren Durchführung sie beteiligt ist, begünstigt."

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

55 – Ein Sportdachverband, der – wie zumeist – die Märkte für die Organisation und Durchführung von und/oder für die Zulassung von Athleten zu Veranstaltungen oder für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltungen in der betreffenden Sportart (kollektiv) beherrscht sowie die eigenen Sportevents selbst vermarktet und auf diese Weise als Einnahmequelle nutzt, gerät in einen wirtschaftlich motivierten Interessenkonflikt, wenn er Einfluss auf das Ob und Wie etwaiger Konkurrenzveranstaltungen und damit auch auf die Auswahl seiner Konkurrenten nehmen kann.[100]

56 – In einer solchen Konstellation, die letztlich Ausfluss der pyramidenförmigen und hierarchischen, auf dem Ein-Verband-Prinzip beruhenden Sportverbandsstrukturen ist, muss im Verhältnis des betreffenden Sportdachverbandes zu potentiellen Wettbewerbern (etwa auf dem sachlich relevanten Markt für Sportveranstaltungen) der Grundsatz der Chancengleichheit gewahrt werden. Das bedeutet, dass potentiell konkurrierende Sportveranstalter – seien es neu gegründete, konkurrierende Sportverbände, seien es andere rein private Organisationen – Marktzutrittschancen erhalten müssen, die denjenigen des Sportdachverbandes entsprechen. Daraus folgt freilich nicht, dass die konkurrierenden Verbände als Newcomer von vornherein mit dem gleichen wirtschaftlichen Potential wie der auf dem Veranstaltungsmarkt bereits agierende Sportdachverband ausgestattet werden müssen.

57 – Der Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands ist relativ früh eröffnet, weil bereits die abstrakte Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern im zuvor beschriebenen Sinne führen kann, ausreicht.

58 – Sportverbände sind bislang aufgrund entsprechender gesetzlicher Anordnung oder Vorgaben der Judikatur oder Kartellbehörden nicht verpflichtet, eine organisatorische und rechtliche Trennung zwischen ihren administrativen Aufgaben und ihren Vermarktungsaktivitäten herbeizuführen. Sofern Sportverbände von einer solchen Trennung absehen, muss ihr Handeln auf dem Markt für die Zulassung von Sportveranstaltungen jedoch an Beschränkungen, Bedingungen oder rechtliche Kontrollmöglichkeiten gebunden sein.

59 Es bieten sich im Grundsatz zwei[101] verschiedene Wege an, dieses von vielen Sportdachverbänden bis heute stark unterschätzte kartellrechtliche Gefahrpotential möglichst vollständig auszuräumen oder zumindest zu entschärfen:

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zum einen könnte durch eine strikte, nicht nur organisatorische, sondern auch rechtliche Trennung der Zuständigkeiten für die verwaltungstechnischen, regulativen und beaufsichtigenden Aufgaben einerseits, die zwingend beim Sportverband anzusiedeln sind, und für die Durchführung der Vermarktungsaktivitäten des Sportverbandes andererseits, die einem von diesem rechtlich unabhängigen Unternehmen zu übertragen wären, die Gefahr des Auftretens der zuvor beschriebenen wirtschaftlichen Interessenkonflikte ausgeräumt werden. Wiederholt ist dieser Weg als vorzugswürdig eingestuft worden.[102] Dagegen sprechen allerdings verschiedene Gründe. Die Verfechter eines solchen sog. *unbundling* verkennen regelmäßig nicht, dass der EuGH in der Rechtssache *MOTOE* gerade davon abgesehen hat, Sportverbänden eine solche Trennung von Verwaltungs- und Vermarktungsaktivitäten ausdrücklich vorzuschreiben.[103] Solange eine derartige Aufteilung anders als etwa in den Sektoren Verkehr, Energie und Telekommunikation nicht gesetzlich vorgeschrieben wird, was – soweit ersichtlich – noch von keiner Seite für Sportverbände gefordert worden ist, werden letztere Vermarktungsaktivitäten kaum Dritten zur völlig unabhängigen und eigenverantwortlichen Durchführung überlassen. Selbst wenn Sportverbände Vermarktungsagenturen einschalten, wollen sie bei der Auswahl der Werbepartner regelmäßig doch mehr als nur „ein Wörtchen mitreden". Letztlich bliebe auch die Frage offen, wie und von wem ein solches, allenfalls freiwilliges *unbundling* effektiv überprüft werden sollte und könnte. 60

Damit bleibt zum anderen nur der vom EuGH in der Rechtssache *MOTOE* im 52. Erwägungsgrund vage angedeutete Weg, im Falle drohender oder auftretender Interessenkonflikte „Beschränkungen, Bindungen oder eine Kontrolle" hinsichtlich der Verwaltungstätigkeiten im Allgemeinen und der Zulassungsbefugnisse hinsichtlich Konkurrenzveranstaltungen im Besonderen aufzuerlegen.[104] So hat *Agafonova* etwa die Einführung von „transparent, objectively justified, necessary and proportionate material and procedural rules" sowie von „sufficient remedies to appeal against these rules" gefordert.[105] In der Theorie hört sich das gut an. Wer aber glaubt, derartige Maßnahmen würden im Sport freiwillig und flächendeckend umgesetzt werden, unterschätzt völlig die Neigung von Sportverbänden, aber auch von anderen Unternehmen, an altbewährten, potentiell wettbewerbswidrigen Handlungsformen festzuhalten. Freiwillige Selbst- 61

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c) Würdigung und Vorstellung eines Lösungsansatzes

62 Sportverbände sind – wie in den beiden vorangehenden Abschnitten dargelegt und auch vom EuGH in der Rechtssache *MOTOE* indirekt bestätigt – nicht verpflichtet, eine strikte organisatorische und auch rechtliche Trennung ihrer verwaltungstechnischen, regulativen und beaufsichtigenden Aufgaben einerseits von der Durchführung ihrer Vermarktungsaktivitäten andererseits herbeizuführen. Wenn Sportverbände mitunter ihre Vermarktungsaktivitäten auf Tochtergesellschaften ausgliedern, bei denen sie die Mehrheit der stimmberechtigten Anteile halten und/oder erhebliche Mitentscheidungsrechte haben, stellt dies grundsätzlich kein sog. *unbundling* dar. Vielmehr muss sich der Sportverband in solchen Konstellationen die unternehmerischen Tätigkeiten der Tochtergesellschaft zurechnen lassen. Eine Übertragung (Verpachtung) sämtlicher oder eines Teils der Vermarktungsrechte auf eine selbstständige Vermarktungsagentur könnte eine solche Trennung von Verwaltung und Vermarktung im jeweiligen Umfang gewährleisten, sofern die Agentur im Ergebnis tatsächlich völlig unabhängig und weisungsfrei vom Sportverband die Vermarktung durchführen könnte. Indes neigen Sportverbände gerade in Vermarktungsfragen nicht dazu, sich auf eine solche rein passive Rolle zu beschränken.[106]

63 Ohne eine vollständige Aufteilung der Aufgabenfelder lassen sich wirtschaftliche Interessenkonflikte indes kaum zuverlässig vermeiden und die Sportverbände geraten unweigerlich in kartellrechtlich unruhiges Fahrwasser. Ein Verzicht auf die Trennung von Verwaltung und Vermarktung ist Sportverbänden zwar nicht untersagt, hat aber in juristischer Hinsicht seinen Preis. Denn nunmehr eröffnen

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Demgegenüber ging die EU-Kommission bereits im Jahr 2007 im Begleitdokument zum Weißbuch Sport ausdrücklich davon aus, dass der *Meca-Medina*-Test auch bei Art. 102 AEUV Anwendung finden könne,[113] bemühte sich insoweit aber gar nicht erst um eine nachvollziehbare Begründung. Damit lässt sich nunmehr auch leicht erahnen, wie die europäische Kartellbehörde in der künftigen Entscheidungspraxis mit dieser Rechtsfrage umzugehen gedenkt. Allerdings hat die EU-Kommission – soweit ersichtlich – noch keine Gelegenheit gehabt, ihren Plan in die (Entscheidungs-)Praxis umzusetzen (Stand: 7.2.2022). 68

Es bestehen letztlich gute Gründe dafür, den *Meca-Medina*-Test auch bei Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB zur Anwendung zu bringen. Denn dieser Ansatz ist nicht allein und ausschließlich auf Art. 101 Abs. 1 AEUV zugeschnitten, mag er auch zunächst nur für den Kartellverbotstatbestand entwickelt worden sein. Nicht erst seit der Einführung von Art. 165 AEUV[114] ist es bei Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften (und damit nicht nur des Kartellverbotstatbestandes) geboten, den Besonderheiten des Sports[115] angemessen Rechnung zu tragen. In diesem Kontext ist der *Meca-Medina*-Test in besonderer Weise geeignet, den Belangen des Wettbewerbsrechts sowie des Sports gleichermaßen Rechnung zu tragen und diese zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.[116] Sowohl Art. 101 AEUV als auch Art. 102 AEUV verfolgen das Schutzziel eines unverfälschten Wettbewerbs, so dass es naheliegt, bei beiden Tatbeständen die Besonderheiten des Sports durch Anwendung des *Meca-Medina*-Tests angemessen zu berücksichtigen. Der Rechtsterminus des Missbrauchs bietet zudem ausreichend Spielraum für die Berücksichtigung auch solcher wettbewerbsfremder Aspekte.[117] Wie am Ende des unmittelbar vorangehenden Abschnitts dargelegt, läuft dieser Prozess beim Kartellverbotstatbestand und beim Missbrauchstatbestand letztlich auf die gleichen Fragestellungen hinaus, die mit dem *Meca-Medina*-Test, einer besonderen Ausprägung des allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,[118] verbunden sind. Dadurch wird nicht zuletzt auch die Rechtssicherheit gestärkt. 69

Diese Umstände legen eine grundsätzliche Übertragbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB nahe. Dies entspricht auch der im sportrechtlichen Schrifttum vorherrschenden Rechtsauffassung.[119] Dabei sollten 70

113 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.1.2.
114 → VIII. Rn. 1 ff.
115 → II. Rn. 1–15.
116 *Jung* 223; *Weatherill*, European Sports Law, 2014, 482; *Weatherill* ECLR 2006, 645 (655).
117 *St. Horn* 129; *Mürtz* Abschn. F. I. 2. c) aa); *Opfermann* 323; *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 20 ff.
118 Diesen Aspekt betonend *Kretschmer* 96.
119 *Cukurov* 235 f.; *Esposito* 230; *St. Horn* 129; *Jung* 223; *Kretschmer* 94 ff.; *Mürtz* Abschn. F. I. 2. und 6.; *Opfermann* 323; *Scherzinger* 221 f.; *Weatherill*, European Sports Law,

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

122 *Seyb* 113.

123 → VI. Rn. 310–313.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VIII. Auswirkungen von Art. 165 AEUV auf die Verbandsautonomie im Sport und die Rechtsanwendung

1. Vorüberlegungen

Die Frage nach den Auswirkungen von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV und den in der Norm ausdrücklich angesprochenen „besonderen Merkmalen" des Sports auf die Verbandsautonomie im Sport sowie auf die Rechtsanwendung ist nach wie vor umstritten.[1] Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV lautet: 1

> Die Union trägt zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion.

In diesem Zusammenhang ist sodann noch Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV von Bedeutung:

> Die Tätigkeit der Union hat folgende Ziele:
>
> – […]
> – Entwicklung der europäischen Dimension des Sports durch Förderung der Fairness und der Offenheit von Sportwettkämpfen und der Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen sowie durch den Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Sportler, insbesondere der jüngeren Sportler.

Am 17.12.2019 organisierte die EU-Kommission ein Seminar zum spezifischen Charakter des Sports im Lichte von Art. 165 AEUV, über das das EU-Büro der European Olympic Committees (EOC) berichtete.[2] Das nur knapp dokumentierte Meinungsspektrum der 120 Seminarteilnehmer, die sich aus Repräsentanten der Olympischen Bewegung, verschiedener Ministerien, der EU-Kommission und aus anderen Sportvertretern zusammensetzten, belegt eindrucksvoll, welch unterschiedliche Erwartungen Sportfunktionäre, Behördenvertreter und Rechtswissenschaftler an Art. 165 AEUV knüpfen. 2

Manch ein Leser mag vielleicht überrascht sein, dass dieser Vorschrift im Rahmen dieses Werkes erst nach Darlegung der Grundlagen zur Verbandsautonomie[3] und zum rechtlichen Spannungsfeld von Sport und europäischen Grundfreiheiten sowie von Sport und europäischem Kartellrecht[4] ein eigener Abschnitt gewidmet wird, zumal schon kurz nach der Einleitung die Besonderheiten des Sports her- 3

1 Ausf. hierzu *Burkhart* 202 ff.; *Cattaneo/Parrish* Rn. 91–124; *Hail* 183–191; *Mürtz* Abschn. A. III.; *Weatherill*, Principles, 2017, 150–155, 158–161, jew. m.w.N.
2 EOC EU-Büro, Monatsbericht Dezember 2019, 3–5.
3 → III. Rn. 1 ff. und IV. Rn. 1 ff.
4 → V. Rn. 1 ff., VI. Rn. 1 ff. und VII. Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausgearbeitet worden sind.[5] Dafür gibt es Gründe, die mit der Entwicklung der „besonderen Merkmale" des Sports in der Entscheidungspraxis von EU-Kommission, EuG und EuGH zusammenhängen, aber natürlich auch mit dem Stellenwert, den der *Verfasser* Art. 165 AEUV in diesem Kontext beimisst. Nachfolgend soll zunächst gleichsam im Wege der Ausschlussdiagnose Schritt für Schritt herausgearbeitet werden, warum bestimmte Funktionen, die der Norm bereits zugesprochen worden sind, nicht in Betracht kommen, um sodann den juristischen Befund festzulegen.

2. Rechtliche Ausschlussdiagnose

4 Der Wortlaut von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV lässt in keiner Weise erkennen, dass hieraus zugunsten des Sports im Allgemeinen und der Sportverbände im Besonderen eine generelle Bereichsausnahme insbesondere von der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts abgeleitet werden könnte.[6] Ein entsprechender Wunsch war vor Einführung der Vorschrift im Zuge der Diskussionen zum Lissabon-Vertrag insbesondere auf Seiten der Sportverbände wiederholt gehegt und auch geäußert worden – er wurde sodann jedoch nicht ansatzweise erfüllt. Die Interessenvertreter des Sports mussten in der Folge erkennen, dass ihre vorangegangenen, mal mehr, mal weniger subtilen lobbyistischen Bemühungen weitestgehend im Sande verlaufen waren.

5 Aus Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV lässt sich des Weiteren nicht ableiten, dass hier eine konstitutionelle Pflicht begründet werden soll, über die „Förderung der europäischen Dimension des Sports" hinaus auch in anderen Bereichen die „besonderen Merkmale" des Sports angemessen zu berücksichtigen.[7] Dagegen spricht zunächst der Wortlaut („dabei"), wobei dieses Ergebnis durch eine systematische Auslegung bestätigt wird. Denn – anders als etwa Art. 11 (Erfordernisse des Umweltschutzes), 12 (Erfordernisse des Verbraucherschutzes), 167 Abs. 4 (kulturelle Aspekte), 168 Abs. 1 (hohes Gesundheitsschutzniveau) AEUV – enthält Art. 165 AEUV gerade keine Querschnittsklausel, die allgemein auf die Unionspolitiken oder Unionstätigkeiten Bezug nimmt.[8] Zudem wird seit jeher zugunsten von Sportverbänden ein allgemeiner autonomer Regelungsbereich vorausgesetzt und anerkannt, der in Deutschland auf Art. 2 und 9 GG sowie Art. 12

5 → II. Rn. 1–15.
6 *Schaefer* 74; *Seyb* 35; *Jung* 91; *B. Eichel* EuR 2010, 685 (687); *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (18): „[…] offensichtlich keine Bereichsausnahme, auch wenn manche Sportfunktionäre dies glauben wollen".
7 A.A. *St. Horn* 106 f. unter Bezugnahme auf das Kohärenzgebot gem. Art. 7 AEUV; zu den hiergegen sprechenden Gründen → VI. Rn. 164–166.
8 So etwa *Esposito* 134; *Opfermann* 308 f.; *Seyb* 37.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GRCh und Art. 11 EMRK beruht.[9] Aus den genannten Gründen sind auch Bestrebungen[10] zum Scheitern verurteilt, unter Verweis auf Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV von Sportverbänden ausgehende Beschränkungen der den Verbandstatuten unterworfenen Athleten oder Sportclubs zu rechtfertigen.

Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV führt zu dem Ergebnis, dass der genannten Vorschrift keine konstitutionelle Bedeutung für die „besonderen Merkmale" des Sports zugesprochen werden kann.[11] Der EuGH hat erstmals in dem Verfahren *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC*, das eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV betraf, zur rechtlichen Bedeutung von Art. 165 AEUV Stellung genommen (Hervorhebung durch *Verfasser*):[12] 6

> „40. Bei der Prüfung, ob eine das Recht auf Freizügigkeit dieser Spieler beschränkende Regelung geeignet ist, die Verwirklichung dieses Zwecks zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zu seiner Erreichung erforderlich ist, sind, wie die Generalanwältin in den Nrn. 30 und 47 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, die Besonderheiten des Sports im Allgemeinen und des Fußballs im Besonderen sowie ihre soziale und erzieherische Funktion zu berücksichtigen. Für die Relevanz dieser Faktoren spricht **außerdem** ihre Erwähnung in Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV."

Durch die Wortwahl („außerdem") bringt der Gerichtshof klar zum Ausdruck, dass die Besonderheiten des Sports bereits vor Einführung von Art. 149 EG im Jahr 2009, dem heutigen Art. 165 AEUV, als Aspekte anerkannt waren, die Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten sowie Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen können. Das deckt sich auch mit den hier zuvor gewonnenen Erkenntnissen.[13] Insoweit kann in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV gleichsam eine deklaratorische Anerkennung der bereits zuvor vom EuGH entwickelten Figur der Besonderheiten des Sports als berücksichtigungsfähigem Rechtfertigungselement gesehen werden.[14] 7

9 → III. Rn. 1 ff.

10 S. *Brost* SpuRt 2010, 178 (180); *Persch* NJW 2010, 1917; dagegen bereits *Thomasser* 288 f.; *Heermann* SpuRt 2015, 4 (8); *Muresan* CaS 2010, 99 (102).

11 *Kornbeck* EuZW 2020, 603 (605 f., 609) misst EuGH ECLI:EU:C:2020:453 = SpuRt 2019, 169 – Bifi/DLV besondere Bedeutung für die Auslegung der „besonderen Merkmale" des Sports zu. Dies vermag aus zwei Gründen nicht zu überzeugen: Erstens hat der EuGH seine Entscheidung im Wesentlichen auf Art. 18, 21 AEUV, mithin auf das Diskriminierungsverbot für Unionsbürger, gestützt, während Art. 165 AEUV wegen des Fallbezugs zum (Amateur-)Sport nur beiläufig erwähnt worden ist. Zweitens hat sich der EuGH in dem Urteil überhaupt nicht zu den „besonderen Merkmalen" des Sports geäußert, sondern hat im 33. Erwägungsgrund allein Bezug auf die beträchtliche soziale Bedeutung des Sports, insb. des Amateursports, in der Union und die Rolle des Sports als Faktor der Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats genommen.

12 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 40 = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC.

13 → V. Rn. 37–41 zum *Bosman*-Verfahren des EuGH sowie VI. Rn. 39–60 zum *Meca-Medina*-Verfahren des EuGH, jew. m.w.N.

14 So auch *Weatherill*, Principles, 2017, 156 („[…] Article 165 TFEU serves as a continuation of the story of EU sports law."), 360 („The principal function of Article 165 is […] to reinforce the pre-existing trajectory of EU law applied to sport.").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

8 Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Gerichthofs in der Rechtssache *FAPL/Karen Murphy*. Nach der Feststellung, dass Sportereignisse grundsätzlich keinen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen könnten, fuhr der EuGH folgendermaßen fort:[15]

> „100. Gleichwohl sind Sportereignisse als solche einzigartig und haben insoweit einen Originalcharakter, der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen, wobei dieser Schutz gegebenenfalls von den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährt werden kann.
>
> 101. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigt."

Im letzten Erwägungsgrund wird lediglich Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV inhaltlich zutreffend wiedergegeben, ohne dass weitere Aussagen zur Funktion und zu den Auswirkungen der Vorschrift getroffen werden.

3. Rechtlicher Befund

9 Welche Funktionen verbleiben nach dieser Ausschlussdiagnose dann noch für Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV? Die denkbare Antwort „Jedenfalls weniger als die Sportverbände erhofft und erwartet hatten!" trifft zwar sachlich zu, wird der Gesamtproblematik aber nicht gerecht.

10 Natürlich – dies sollte auch seitens der (inter)nationalen Sportverbände nicht unterschätzt werden – begründet die Vorschrift eine klare Zuständigkeit der EU im Bereich des Sports.[16] Darüber hinaus kann Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV als Auslegungshilfe eingestuft werden,[17] wobei deren praktische Bedeutung freilich überschaubar bleiben dürfte. Zwar werden hier die Notwendigkeit des Gesundheitsschutzes, die soziale und pädagogische Funktion sowie Fairness und Offenheit von Sportwettkämpfen gesondert hervorgehoben und man erhält Hinweise, welche Zwecke sportverbandlicher Regelungen als legitim eingestuft werden könnten. Der Gewinn an Rechtssicherheit[18] sowie die europaweite Stärkung der Verbandsautonomie,[19] die hieraus abgeleitet werden,[20] bedürfen freilich der Relativierung. Denn für die Frage, welche von Sportverbän-

15 EuGH Slg. 2011, I-9083, Rn. 100 f. = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy.
16 S. hierzu stellvertr. *Muresan* CaS 2010, 99 (100–105) m.w.N.
17 *Esposito* 133; *Jung* 194; *Seyb* 37 f.; *Verse* CaS 2010, 28 (35).
18 *B. Eichel* 223; *Seyb* 37.
19 PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 32; *Seyb* 38.
20 *B. Eichel* 223; *Seyb* 37.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den verfolgte Zielsetzungen zumindest seitens der EU-Kommission, damit aber vermutlich auch seitens der Judikatur tatsächlich als legitim eingestuft werden, lassen sich dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 wesentlich umfassendere und für die Praxis nützlichere Erkenntnisse entnehmen[21] als Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV.[22]

Gerade aus der Perspektive der (inter)nationalen Sportverbände dürfte aber ein anderer Gesichtspunkt von größter Bedeutung sein: Außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 165 AEUV wollte der europäische Normgeber offensichtlich keine Pflicht zur Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Sports konstituieren.[23] Damit blieb zunächst ungewiss, welchen Stellenwert der EuGH Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV im Verhältnis zur bereits etablierten Judikatur zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports im Hinblick auf die Rechtfertigung von Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten und der Wettbewerbsfreiheit[24] einräumen würde. Wie bereits zuvor dargelegt,[25] hat der Gerichtshof in der Folge in dem Verfahren *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* in Art. 165 AEUV gleichsam eine deklaratorische Anerkennung seiner bisherigen Rechtsprechung erblickt. Diese Entwicklung hat *Weatherill* mit folgenden Worten treffend zusammengefasst:[26] 11

> „[…] much of the content of Article 165 TFEU, especially the direction to take into account the specific nature of sport, is already familiar as a result of the Court's creative interpretation and application of internal market law when it collides with sporting practices (the *lex sportiva*). So in this sense Article 165 TFEU serves as a continuation of the story of EU sports law. It is a re-statement and acceptance of conditional autonomy."

Damit ist abschließend festzustellen, dass die Auswirkungen von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV auf die Entwicklung der sich nach wie vor im Fluss befindlichen Diskussion zu den Grenzen, welche der Verbandsautonomie im Sport durch die europäischen Grundfreiheiten und das Kartellrecht gesetzt werden, gering sind. Dieser Entwicklungsprozess vollzieht sich in kleinen Schritten, wozu das vorliegende Werk einen bescheidenen Beitrag liefern mag, und wird durch den sog. Sportartikel der EU zumindest nicht behindert. Wenn dieser letztlich zu keinen grundlegenden Umwälzungen im Sportrecht geführt hat,[27] so kann man diesem Befund gleichwohl etwas Positives abgewinnen. Denn 12

21 Ausf. hierzu → II. Rn. 1–15 und VI. Rn. 185–254, jew. m.w.N.
22 So auch schon *Weatherill*, Principles, 2017, 160.
23 *Jung* 194.
24 Für eine Berücksichtigung von Art. 165 AEUV auch bei der Anwendung des Kartellrechts *St. Horn* 109; *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (19).
25 → VIII. Rn. 6 f. m.w.N.
26 *Weatherill*, Principles, 2017, 155 f.
27 In diesem Sinne auch *Weatherill*, Principles, 2017, 158 („It [= Art. 165 AEUV] is in substance continuation, not reformation.").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schon der deutsche Philosoph, Sozialökonom und sozialistische Theoretiker *Karl Marx* (1818–1883) wusste:

„Die Revolution ist die ruckartige Nachholung verhinderter Entwicklung."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IX. Flucht des Ligasports aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts mithilfe der *single entity doctrine* – Theorie und Praxis

1. Theorie: *single entity doctrine* als kartellrechtliches Konzernprivileg

Die seit vielen Jahrzehnten permanent zunehmende Kommerzialisierung des Sports wird beim Blick auf nationale oder kontinentale Ligawettbewerbe in populären Sportarten, welche von Land zu Land und Kontinent zu Kontinent variieren können, sowie auf die entsprechenden Kontinental- und Weltmeisterschaften besonders deutlich. Die Umsätze bei der Vermarktung der Medienrechte an den Sportevents, beim Sponsoring, beim Merchandising sowie zumeist auch beim Ticketing haben bislang nur eine Richtung gekannt: tendenziell bergauf in vielfach noch Jahre zuvor ungeahnte, ja schwindelerregende Höhen. Diese Entwicklung ist verbreitet zumindest vorübergehend umgekehrt worden. Denn die zu Beginn des Jahres 2020 weltweit ausgebrochene COVID-19-Pandemie hat binnen weniger Wochen die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen grundlegend verändert: Hatten zuvor im professionell betriebenen Ligasport – übrigens ebenso wie in (inter)nationalen Sportverbänden – wiederholt unvernünftiges und finanziell riskantes Handeln mancher Ligamitglieder oder diverse Skandale (Korruption, Untreue, Steuerhinterziehung, Geldwäsche etc.) in den Kreisen der Sportfunktionäre wiederholt die Schlagzeilen beherrscht, ist in der Folge ein Prozess des grundlegenden wirtschaftlichen Umdenkens erzwungen worden. Es soll hier nicht darüber sinniert werden, welche Veränderungen für den professionellen Ligasport sich hieraus ergeben werden. Denn er wird auch nach überstandener COVID-19-Pandemie – wenngleich möglicherweise auf niedrigerem Niveau als zuvor – durch unternehmerisches Denken und Handeln eine Profitmaximierung verfolgen und damit im Grundsatz in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen. 1

Die Interdependenzen zwischen den Ligamitgliedern zählen zu den Besonderheiten des Ligasports, weil eine Sportliga mit nur einem Team *de facto* keine Sportliga wäre.[1] Vielmehr bedarf es zur Erstellung des Produkts Ligasport zwingend eines Zusammenwirkens der Ligamitglieder. Eine Heimmannschaft ohne Gastmannschaft könnte nur Trainingsspiele zwischen der ersten und zweiten Mannschaft durchführen. Aber noch ein weiterer Akteur muss hinzutreten, um Ligasport zu ermöglichen. Denn ohne die organisatorischen Vorleistungen des Ligaverbandes etwa hinsichtlich der Aufstellung und Durchsetzung eines einheit- 2

1 → II. Rn. 1–15.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Regelkatalogs, der Erstellung der Spielpläne sowie des Schiedsrichterwesens wären Spiele zwischen zwei gegnerischen Teams keine Ligaspiele, sondern lediglich in wirtschaftlicher Hinsicht weit weniger attraktive Freundschaftsspiele.

3 Angesichts der beschriebenen Ausgangslage des professionellen Ligasports ist kartellrechtliches Konfliktpotential vorprogrammiert. Denn regelmäßig muss der Ligaverband mit den Ligamitgliedern zumindest hinsichtlich der Organisation und Durchführung des betreffenden Ligasports auf nationaler oder internationaler Ebene Vereinbarungen treffen, über denen das Damoklesschwert des Kartellverbots schwebt. Daneben hat der Ligaverband regelmäßig eine monopolartige Stellung auf den nationalen oder internationalen Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu offiziellen Ligawettbewerben in der betreffenden Sportart inne,[2] so dass die Gefahr eines kartellrechtlich relevanten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung latent ist. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der Ligasport seit jeher nach Ansätzen gesucht hat, um die – angeblich – vom Kartellrecht für den Sportbetrieb ausgehenden Gefahren von vornherein möglichst umfassend auszuschließen oder zumindest einzudämmen.[3] Dem U.S.-amerikanischen Kartellrecht kommt insoweit eine gewisse Vorreiterrolle zu, weil das Spannungsfeld von Sport und Kartellrecht jenseits des Atlantiks schon seit rund 100 Jahren Kartellbehörden und die Rechtsprechung beschäftigt hat und die dortigen Entwicklungen trotz der unterschiedlichen Kartellrechtssysteme mit zeitlicher Verzögerung einen gewissen Einfluss auf das europäische und damit auch deutsche Kartellrecht ausgeübt haben.[4]

4 Eine große Anziehungskraft ging für Ligasportverbände seit jeher von der im U.S.-amerikanischen Schrifttum zum Sportkartellrecht entwickelten und in der Folge kontrovers diskutierten *single entity doctrine*[5] aus. Der Grundgedanke dieses Ansatzes[6] ist ebenso simpel wie bestechend. Wenn eine Sportliga zusammen mit ihren Ligamitgliedern ein einzelnes Unternehmen (*single entity*) bildet, kann kein Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern als rechtlich unabhängigen Unternehmen angenommen werden, der sodann in kartellrechtlich relevanter Weise beschränkt werden könnte.[7] Eine entsprechende, gleichfalls kontrovers geführte Diskussion zu dieser Rechtsproblematik findet man im europäischen Kartellrecht.[8] Dabei geht es um die Frage, ob Konzernunternehmen auch dann

2 → VII. Rn. 8–11 m.w.N. zum Meinungsstand.
3 Zu einem Überblick hierzu vgl. stellvertr. *Heermann* ZWeR 2009, 472 (477 ff.) m.w.N.
4 Vgl. hierzu *Heermann* RabelsZ 67 (2003), 106 ff. m.w.N.
5 *Goldman* Tul. L. Rev. 1989, 751 ff.; *Grauer* Tul. L. Rev. 1989, 71 ff.; *Jacobs* Ind. L. J. 1991, 25 ff.; *McChesney* Sports Lawyers J. 1999, 125 ff.; *Ross* Univ. Ill. L. Rev. 1997, 519 (550); *Sullivan* Temple L. Rev. 2000, 865 ff.; *Wright* Set. Hall J. of Sport L. 2000, 357 (364).
6 S. im deutschsprachigen Schrifttum hierzu stellvertr. *Heermann* ZWeR 2009, 472 (486 ff.) m.w.N.
7 *Heermann* WRP 2011, 36 (37).
8 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 35–37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen sind, wenn sie im Innenverhältnis mit anderen Unternehmen des Konzerns wettbewerbsbeschränkend zusammenwirken. Dies wird etwa vom EuGH unter Hinweis darauf verneint, dass Konzerntochtergesellschaften lediglich rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig seien (sog. Konzernprivileg).[9] Während Sportligen in den Vereinigen Staaten in kartellrechtlichen Verfahren vor staatlichen Gerichten wiederholt, wenngleich mit wechselndem Erfolg versucht haben, sich unter Bezugnahme auf die *single entity defense* der Anwendung des Kartellrechts insgesamt zu entziehen,[10] haben – soweit ersichtlich – deutsche und europäische Ligaverbände bislang weitgehend davon abgesehen, gegenüber Kartellbehörden oder in Kartellverfahren vor staatlichen Gerichten einen entsprechenden Weg durch Berufung auf das sog. Konzernprivileg zu beschreiten. Gleichwohl haben – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – insbesondere für deutsche Fußballverbände tätige Juristen die U.S.-amerikanischen Verfahren genau verfolgt und zu gegebener Zeit, d.h. insbesondere bei erfolgter Anwendung der *single entity defense* auf den Ligasport in einzelnen Verfahren, eine Übertragung dieses Ansatzes auf die Fußball-Bundesliga gefordert.

2. Praxis: Gescheiterte Fluchtversuche des U.S.-amerikanischen Ligasports

a) Major League Soccer als *single entity*?

Den ersten der hier zu beleuchtenden Versuche, über die *single entity defense* der Anwendung des U.S.-amerikanischen Kartellrechts zu entfliehen, unternahm zur Jahrtausendwende die Major League Soccer (im Folgenden: MLS). Die für eine denkbare Einstufung der MLS als *single entity* relevanten Fakten lassen sich – wie schon andernorts dargelegt[11] – folgendermaßen zusammenfassen: Die MLS ist Eigentümerin aller Ligamitglieder, deren Geschäfte sie in wesentlichen Teilen zentral führt. So sind etwa die Fußballspieler Angestellte der MLS und nicht der jeweiligen Ligamitglieder. Diese werden aufgrund *operating agreements* von *operator-investors* geleitet. Daneben gibt es noch eine Reihe reiner Investoren, die keines der Teams betreiben. Die MLS verfügt über ein sog. *management committee*, welches sich aus Repräsentanten der jeweiligen Investoren, d.h. der jeweiligen Gesellschafter, zusammensetzt. Die *operator-investors* erhalten für den Be- 5

9 EuGH Slg. 1996, I-5457, Rn. 50 f. = EuZW 1997, 84 – Viho; a.A. etwa Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 37.

10 Zu zwei wegweisenden Rechtsverfahren → IX. Rn. 5–24.

11 *Heermann* ZWeR 2009, 472 (486 f.), anknüpfend an den Tatbestand der Entscheidung Fraser v. MLS, 97 F. Supp. 2d 130 (132 f.) (D. Mass. 2000); ausf. zur rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung der MLS *Blask* 154 ff. m.w.N.; vgl. auch *Mentzel* 59–61; *Heermann* RabelsZ 67 (2003), 106 (130 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trieb ihrer jeweiligen Teams von der Liga eine *management fee*. Diese errechnet sich aus dem im Voraus festgelegten Anteil an den auf Ebene der Clubs erzielten Einnahmen, den sämtliche Ligamitglieder an die MLS abzuführen haben. Die *operator-investors* tragen aus den ihnen verbleibenden, d.h. nicht an die MLS abzuführenden, Einnahmen letztlich nur für wenige oder beschränkte Bereiche eine eigene finanzielle Verantwortlichkeit (etwa 50 % der Stadionmiete, die Kosten des von der MLS genehmigten regionalen Marketings sowie die allgemeinen Verwaltungskosten hinsichtlich ihrer jeweiligen Teams einschließlich der Gehälter für das Management und den Trainerstab). Die übrigen Gesellschafter, die kein Team leiten, nehmen nur an der allgemeinen Verteilung von Gewinnen und Verlusten aus dem Ligabetrieb teil.

6 Auffällig ist, dass die organisatorische Lenkung der MLS zwar weitgehend zentralisiert ist, den *operator-investors* aber eine durchaus erhebliche wirtschaftliche Eigenständigkeit verbleibt. Dennoch stufte das erstinstanzliche Gericht in einem gegen die die MLS geführten Kartellrechtsverfahren die Liga als *single entity* ein und wies in diesem Kontext auf Folgendes hin:[12]

> „Indeed, the fact that there are passive investors in MLS is strong evidence that the payment of management fees [...] do not account for all economic risks and benefits associated with the league's operation. Furthermore, successful local operation of a team benefits the entire league."

7 An diesem Punkt unterscheiden sich die Strukturen der MLS wesentlich von den Beziehungen zwischen dem DFL e.V. und der DFL GmbH auf der einen und den Bundesligaclubs auf der anderen Seite.[13] Denn der DFL e.V. partizipiert nicht unmittelbar mit einem festgelegten prozentualen Anteil an individuellen Einnahmen der Ligamitglieder. In der Rechtssache *Fraser v. MLS* konnte hernach das Berufungsgericht[14] die Frage offenlassen, ob die MLS die Struktur einer *single entity* aufweist.[15] Wenn man diese Entscheidungen in dem Verfahren *Fraser v. MLS* in den Gesamtkontext der Möglichkeit zur rechtlichen Einstufung von Sportligen als *single entity* einordnet, könnte man wie im Schachsport von einer Hängepartie sprechen. Eine konkretere, möglicherweise gar abschließende Stellungnahme der U.S.-amerikanischen Judikatur zu der skizzierten Rechtsfrage ließ nach Abschluss des Rechtsstreits noch weiterhin auf sich warten. Befürworter einer Einstufung von Sportligen als *single entity*, die vorrangig auf Seiten der verbandsnahen Juristen zu suchen waren, konnten sich angesichts der richterlich nicht abschließend geklärten Rechtsfrage einstweilen bestätigt fühlen – die Gegenauffassung allerdings auch.

12 Fraser v. MLS, 97 F. Supp. 2d 130 (136) (D. Mass. 2000).
13 Vgl. hierzu ausf. *Blask* 36–39.
14 Fraser v. MLS, 284 F. 3d 47 (56) (2002 U.S. App.).
15 *Heermann* ZWeR 2009, 472 (486 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Gemeinschaftsunternehmen sämtlicher Mitglieder der National Football League als *single entity*?

Ein Rechtsstreit, der gar nicht unmittelbar die Struktur der National Football League (im Folgenden: NFL) betraf, sondern eine von den Ligamitgliedern gemeinsam gegründete Vermarktungsgesellschaft, bot die Gelegenheit, in den Jahren 2007 bis 2010 die Hängepartie zur Einstufung von Sportligen als *single entity* fortzusetzen. Der Sportausrüster *American Needle, Inc.* hatte gegen die NFL sowie deren Tochtergesellschaft *NFL Properties, LLC (NFLP)* eine auf Kartellrechtsverletzungen gestützte Klage erhoben. Streitgegenstand war der Abschluss eines langfristigen Exklusivausrüstervertrages zwischen der *NFLP*, die die den jeweiligen Ligamitgliedern zustehenden Marken und Logos zentral u.a. für Kopfbedeckungen vermarktete, und dem Sportartikelhersteller Reebok. Hiergegen hatte sich die Klägerin, zuvor jahrelang Vertragspartnerin der beklagten NFL-Tochtergesellschaft, gewandt. 8

In zwei Instanzen hatten der United States District Court for the Northern District of Illinois[16] und hernach der United States Court of Appeals for the Seventh Circuit[17] der *single entity defense* stattgegeben, die seitens der beklagten Vermarktungsgesellschaft der NFL geltend gemacht worden war. Zugleich waren sowohl die zentrale Vermarktung gewerblicher Schutzrechte der Ligamitglieder als auch der Abschluss des zehnjährigen exklusiven Vermarktungsvertrages mit dem Sportartikelhersteller Reebok als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft worden. 9

Sportligen nicht nur in den Vereinigen Staaten, sondern weltweit schöpften Hoffnung. Plötzlich schien es, als müsse eine Sportliga zentral durchzuführende Vermarktungsaktivitäten nur auf eine Gesellschaft auslagern, an der sämtlich Ligamitglieder beteiligt sind, damit dieses Gemeinschaftsunternehmen (*joint venture*) als *single entity* eingestuft werden konnte. Damit wären sodann sämtliche innerhalb dieses Unternehmens gemeinsam getroffenen Vereinbarungen dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen gewesen. Als ein solches Gemeinschaftsunternehmen wickelte seinerzeit im deutschen Profifußball der Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.) mit der für das operative Geschäft zuständigen Tochtergesellschaft DFL GmbH bereits die gesamte Organisation und Durchführung der Bundesliga und der 2. Bundesliga ab. Sollte es für Sportligen wirklich so leicht sein, dem Angstgegner namens Kartellrecht ein Schnippchen schlagen zu können? 10

Wer über ein gewisses kartellrechtliches Grundverständnis verfügt (und das sollte auch für alle Leser gelten, die dieses Buch bis hierhin gelesen haben), mag 11

16 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 496 F.Supp.2d 941, 533 F.Supp.2d 7901 (2007).
17 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 538 F.3d 736 (2008).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich wundern, was ein Gemeinschaftsunternehmen überhaupt mit dem ursprünglichen Gedanken und Anliegen der *single entity doctrine* zu tun haben soll. Es scheint, als hätten in dem beschriebenen Verfahren die NFL und das zum Zwecke abgestimmter Vermarktungsaktivitäten der Ligamitglieder gegründete Gemeinschaftsunternehmen *NFLP* in kartellrechtlicher Bedrängnis routinemäßig die *single entity defense* geltend gemacht und damit juristische Nebelkerzen geworfen, die zugleich das kartellrechtliche Beurteilungsvermögen der in der ersten und zweiten Instanz mit dem Verfahren befassten Richter trübten. Anders sind diese Entscheidungen kaum erklärlich.

12 Am Supreme Court zeigten die Nebelkerzen indes keinerlei Wirkung mehr, ganz im Gegenteil! Die im Hinblick auf die Anwendung der *single entity doctrine* zentralen Entscheidungsgründe sollen nachfolgend – anknüpfend an eine bereits früher erfolgte Urteilsanalyse[18] – im Wortlaut wiedergegeben und gewürdigt werden. Dabei werden nicht nur die Voraussetzungen dieses Ansatzes deutlich werden, sondern es werden sich auf der Rechtfertigungsebene[19] auch überraschende Parallelen zur Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports im europäischen und deutschen Sportkartellrecht ergeben.

13 Gleich zu Beginn der Entscheidungsgründe hat *Justice Stevens* klargestellt, dass nach Auffassung des Senats der streitgegenständliche exklusive Lizenzvertrag mit zehnjähriger Laufzeit zwischen *NFLP* und dem Sportartikelhersteller Reebok in den Anwendungsbereich des Kartellrechts falle.[20] Ausführlich hat sich der *Supreme Court* sodann mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen ein gemeinsames Handeln (*concerted action*) von Unternehmen im Sinne des Kartellverbotstatbestandes anzunehmen sei. Dabei ist unter Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung einer schematischen Orientierung an der Rechtsform eine Absage zugunsten einer funktionalen Betrachtungsweise erteilt worden, wobei die Parallelen zum funktionalen Unternehmensbegriff des europäischen und deutschen Kartellrechts[21] offensichtlich sind:[22]

> „We have long held that concerted action under § 1 [Sherman Act] does not turn simply on whether the parties involved are legally distinct entities. Instead, we have eschewed such formalistic distinction in favour of a functional consideration of how the parties involved in the alleged anticompetitive conduct actually operate."
>
> „Conversely, there is not necessarily concerted action simply because more than one legally distinct entity is involved. Although, under a now-defunct doctrine known as the ‚intraenterprise conspiracy doctrine', we once treated cooperation between legally sep-

18 *Heermann* WRP 2011, 36 (39 f.).
19 → IX. Rn. 20–24.
20 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2206 f.), U.S. (2010).
21 → VI. Rn. 114–118 m.w.N.
22 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2209 f.), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

arate entities as necessarily covered by § 1 [Sherman Act], we now embark on a more functional analysis."

Nachfolgend hat der Senat eine Kontrollfrage entwickelt, anhand derer bestimmt werden kann, ob ein Gemeinschaftsunternehmen als kartellrechtlich privilegierte *single entity* eingestuft werden kann oder aber in den Anwendungsbereich des Kartellverbotstatbestands fällt:[23] 14

„The key is whether the alleged ‚contract, combination …, or conspiracy' is concerted action – that is, whether it joins together separate decisionmakers. The relevant inquiry, therefore, is whether there is a ‚contract, combination … or conspiracy' amongst ‚separate economic actors pursuing separate economic interests' such that the agreement ‚deprives the marketplace of independent centers of decisionmaking' and therefore of ‚diversity of entrepreneurial interests' and thus of actual or potential competition."

„The question is whether the agreement joins together ‚independent centers of decisionmaking.' If it does, the entities are capable of conspiring under § 1 [Sherman Act], and the court must decide whether the restraint of trade is an unreasonable and therefore illegal one."

Nach diesen eher theoretischen Erwägungen hat der Senat die zuvor entwickelte Kontrollfrage auf den konkreten Sachverhalt angewendet:[24] 15

„The NFL teams do not possess either the unitary decisionmaking quality or the single aggregation of economic power characteristic of independent action. Each of the teams is a substantial, independently owned, and independently managed business. ‚[T]heir general corporate actions are guided or determined' by ‚separate corporate consciousnesses,' and ‚[t]heir objectives are' not ‚common.' The teams compete with one another, not only on the playing field, but to attract fans, for gate receipts and for contracts with managerial and playing personnel."

„Directly relevant to this case, the teams compete in the market for intellectual property. […] Decisions by NFL teams to license their separately owned trademarks collectively and to only one vendor are decisions that ‚depriv[e] the marketplace of independent centers of decisionmaking' and therefore of actual or potential competition."

„The teams remain separately controlled, potential competitors with economic interests that are distinct from NFLP's financial well-being. Unlike typical decisions by corporate shareholders, NFLP licensing decisions effectively require the assent of more than a mere majority of shareholders. And each team's decision reflects not only an interest in NFLP's profits but also an interest in the team's individual profits."

Mit deutlichen Worten hat der Senat damit den Mitgliedern der NFL vor Augen geführt, dass sie in sportlicher, insbesondere aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne waren (und bis heute sind). Diese hätten die Vermarktung der ihnen jeweils individuell an den Sportkappen zustehenden gewerblichen Schutzrechte nicht 16

23 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2212), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.
24 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2212 f., 2213, 2215), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zuletzt auch aus individuellem Profitstreben auf das Gemeinschaftsunternehmen *NFLP* übertragen und dadurch potentiellen Wettbewerb zwischen den Ligamitgliedern beschränkt. In einem nächsten Schritt ist der Senat dem Vorbringen der Beklagten, die von den Mitgliedern der *NFL* gegründete Vermarktungsgesellschaft *NFLP* sei als der Anwendung des Kartellrechts entzogene *single entity* einzustufen, mit deutlichen, teils belehrend anmutenden Worten entgegengetreten:[25]

> „In defense, respondents argue that by forming NFLP, they have formed a single entity, akin to a merger, and market their NFL brands through a single outlet. But it is not dispositive that the teams have organized and own a legally separate entity that centralizes the management of their intellectual property. An ongoing § 1 [Sherman Act] violation cannot evade § 1 [Sherman Act] scrutiny simply by giving the ongoing violation a name and label. ‚Perhaps every agreement and combination in restraint of trade could be so labelled.'"
>
> „Although NFL teams have common interests such as promoting the NFL brand, they are still separate, profit-maximizing entities, and their interests in licensing team trademarks are not necessarily aligned."
>
> „It may be, as respondents argue, that NFLP ‚has served as the single driver of the teams' promotional vehicle', ‚pursu[ing] the common interests of the whole.' But illegal restraints often are in the common interests of the parties to the restraint, at the expense of those who are not parties. It is true, as respondents describe, that they have for some time marketed their trademarks jointly. But a history of concerted activity does not immunize conduct from § 1 [Sherman Act] scrutiny. ‚Absence of actual competition may simply be a manifestation of the anticompetitive agreement itself.'"

17 Nach dieser schulmeisterlichen Reaktion des Supreme Court auf die von kartellrechtlichen Grundüberzeugungen losgelösten und rein zielorientierten rechtlichen Ausführungen der Beklagtenseite hat *Justice Stevens* mittels einer einprägsamen Metapher veranschaulicht, dass nicht die gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten eines Gemeinschaftsunternehmens (*joint venture*) von vornherein von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen werden können:[26]

> „Any joint venture involves multiple sources of economic power cooperating to produce a product. And for many such ventures, the participation of others is necessary. But that does not mean that necessity of cooperation transforms concerted action into independent action; a nut and a bolt can only operate together, but an agreement between nut and bolt manufacturers is still subject to § 1 [Sherman Act] analysis. Nor does it mean that once a group of firms agree to produce a joint product, cooperation amongst those firms must be treated as independent conduct. The mere fact that the teams operate jointly in some sense does not mean that they are immune."

25 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2213 f.), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.

26 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2214), U.S. (2010). Diese für einen Kartellrechtler kaum revolutionären inhaltlichen Zusammenhänge verkennt PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 130, indem er stattdessen noch im Jahr 2020 die Auffassung vertreten hat, der DFL e.V. sowie dessen Mitglieder, die Fußballclubs der Bundesliga und 2. Bundesliga, könnten als Joint Venture bei der „Zentralvermarktung schon von vornherein nicht gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen".

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In den abschließenden Ausführungen zur kartellrechtlichen Privilegierung von Gemeinschaftsunternehmen in der Vorinstanz hat der Senat angedeutet, was er von dieser rechtlichen Einschätzung hielt: Nichts! In unmissverständlichen, fast schon spöttischen Worten hat man insoweit die rechtlichen Wertungen der Vorinstanz, die die kartellrechtlichen Grundlagen auf den Kopf zu stellen versucht hatten, als unhaltbar entlarvt:[27] 18

> „The Court of Appeals carved out a zone of antitrust immunity for conduct arguably related to league operations by reasoning that coordinated team trademark sales are necessary to produce ‚NFL football', a single NFL brand that competes against other forms of entertainment. But defining the product as ‚NFL football' puts the cart before the horse: Of course the NFL produces NFL football; but that does not mean that cooperation amongst NFL teams is immune from § 1 [Sherman Act] scrutiny. Members of any cartel could insist that their cooperation is necessary to produce the ‚cartel product' and compete with other products."
>
> „If the fact that potential competitors shared in profits or losses from a venture meant that the venture was immune from § 1 [Sherman Act], then any cartel ‚could evade the antitrust law simply by creating a ‚joint venture' to serve as the exclusive seller of their competing products.'"

Spätestens an dieser Stelle zerplatzten wie eine Seifenblase im Wind die Hoffnungen und Erwartungen der Sportverbände, im Wege der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen zu Vermarktungszwecken durch die Ligamitglieder den Fängen des Kartellrechts ebenso einfach wie effektiv entkommen zu können. Der Supreme Court hat hier angedeutet, dass Gemeinschaftsunternehmen in kartellrechtlicher Hinsicht einer differenzierten Bewertung bedürfen. Dies deckt sich im Ansatz mit der im europäischen Kartellrecht vorgenommenen Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen sowie Vollfunktions- und Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.[28] 19

c) Exkurs: Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen im U.S.-amerikanischen Sportkartellrecht

Neben den Ausführungen des Supreme Court im Verfahren *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* zur Anwendung der *single entity doctrine* auf den Ligasport sind auch die Erwägungen zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen von besonderem Interesse, selbst wenn diese nicht entscheidungserheblich waren. Im U.S.-amerikanischen Kartellrecht existieren im Wesentlichen keine ausdrücklichen gesetzlichen Rechtfertigungstatbestände. Stattdessen können Verstöße gegen das Kartellverbot gem. § 1 Sherman Act sowie Verstöße gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs gem. § 2 Sherman Act durch An- 20

27 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2214, 2213), U.S. (2010).
28 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 606–609 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendung der von der Judikatur entwickelten *rule of reason* gerechtfertigt werden.

21 Zunächst hat sich *Justice Stevens* bemüht, die seitens verschiedener U.S.-amerikanischer Sportligen oftmals beklagten Gefahren, die von einer Anwendung des Kartellrechts auch auf den Sportsektor ausgehen, zu relativieren (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[29]

> „Football teams that need to cooperate are not trapped by antitrust law. ‚[T]**he special characteristics of this industry may provide a justification' for many kinds of agreements. The fact that NFL teams share an interest in making the entire league successful and profitable, and that they must cooperate in the production and scheduling of games, provides a perfectly sensible justification for making a host of collective decisions.** But the conduct at issue in this case is still concerted activity under the Sherman Act that is subject to § 1 [Sherman Act] analysis. **When ‚restraints on competition are essential if the product is to be available at all,'** per se rules of illegality are inapplicable, and instead the restraint must be judged according to the flexible Rule of Reason. **‚And depending upon the concerted activity in question, the Rule of Reason may not require a detailed analysis; it ‚can sometimes be applied in the twinkling of an eye.'"**

22 Hier zeigen sich unübersehbare Parallelen zum Ansatz des europäischen Sportkartellrechts. Auch im amerikanischen Rechtssystem kann den Besonderheiten des Sports bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung getragen werden.[30] Zudem hat der Supreme Court den Aspekt der Inhärenz einer Wettbewerbsbeschränkung angedeutet.[31] Schließlich muss auch der *Meca-Medina*-Test nicht stets vollumfänglich geprüft werden, sondern die Prüfung kann mitunter schon rasch abgebrochen werden. Dies gilt etwa

- bei reinen Spielregeln, deren wirtschaftliche Auswirkungen äußerst gering und eher theoretischer Natur sind,[32]
- bei fehlender Legitimität der verfolgten Verbandsziele[33] oder
- bei einer fehlenden stringenten und kohärenten Verfolgung legitimer Verbandsziele.[34]

23 Das Gericht hat die Fragen offengelassen, wie sich Wettbewerbsbeschränkungen bestimmen lassen, die für die Herstellung des Ligaprodukts – vorliegend: Spiele zwischen Profiteams im American Football – unabdingbar sind, und unter welchen Voraussetzungen derartige Wettbewerbsbeschränkungen durch Rückgriff auf die *rule of reason* gerechtfertigt werden können. Hierzu hat der Supreme

29 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2216 f.), U.S. (2010) m.w.N.; zu i.Erg. vergleichbaren Erwägungen im Hinblick auf das europäische Sportkartellrecht → VI. Rn. 337–361.
30 Im Ansatz ebenso, wenngleich recht pauschal *Blask* KSzW 2011, 25 (29); zum europäischen Sportkartellrecht → II. Rn. 1–15, VI. Rn. 337–361, VII. Rn. 67–71.
31 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 285–287, VII. Rn. 67–71.
32 → VI. Rn. 89.
33 → VI. Rn. 176–284, VII. Rn. 67–71.
34 → VI. Rn. 269–284, VII. Rn. 67–71.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Court indes unter Berücksichtigung seiner bisherigen Rechtsprechung folgende Leitlinien aufgestellt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[35]

> „The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the **court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied**; its condition before and after the restraint is imposed; the nature of the restraint and its effect, actual and probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, **the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained**, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.
>
> Other features of the NFL may also save agreements amongst teams. We have recognized, for example, ‚that the **interest in maintaining a competitive balance' among 'athletic teams is legitimate** and important'. While the same interest applies to the teams in the NFL, it does not justify treating them as a single entity for § 1 [Sherman Act] purposes when it comes to the marketing of the teams' individually owned intellectual property. It is, however, unquestionably an **interest that may well justify a variety of collective decisions made by the teams**. What role it properly plays in applying the Rule of Reason to the allegations in this case is a matter to be considered on remand."

Auch in diesem Kontext offenbaren sich Parallelen zum Ansatz des europäischen Sportkartellrechts: So soll nach U.S.-amerikanischem Kartellrecht bei Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sportsektors die Legitimität einer von der Sportliga verfolgten Zielsetzung geprüft werden.[36] Dabei ist das Ziel der Aufrechterhaltung einer *competitive balance* als legitim einzustufen, wenn diese Zielsetzung etwa in den Major Leagues vom Ligaverband im Zusammenwirken mit den Ligamitgliedern tatsächlich verfolgt wird. Beim letzten Aspekt offenbart sich allerdings eine deutliche Diskrepanz etwa zum europäischen Ligafußball, weil dieser – wie etwa im deutschen Fußball in der Bundesliga und 2. Bundesliga – trotz der vielfach innerhalb der Ligen beschworenen Solidarität nach hier vertretener Auffassung nicht auf eine *competitive balance* im Sinne einer umfassenden langfristigen wirtschaftlichen und damit auch sportlichen Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern ausgerichtet ist.[37] 24

35 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201 (2217), U.S. (2010) m.w.N. der Rspr.
36 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 185–254, VII. Rn. 67–71.
37 Zum europäischen Sportkartellrecht → VI. Rn. 213–236, VII. Rn. 67–71.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Rechtliche Würdigung

25 Noch vor Einleitung des Verfahrens *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* war *Blask* in seiner im Jahr 2005 veröffentlichten Dissertation zu dem Ergebnis gelangt, nach der wenige Jahre zuvor erfolgten Umstrukturierung des deutschen Profifußballs, d.h. nach der Ausgliederung der Fußball-Bundesligen aus dem DFB auf den neu gegründeten Ligaverband e.V (heute: DFL e.V.) mit der für das operative Geschäft zuständigen DFL GmbH, lägen die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns und damit die Möglichkeit zur Anwendung des sog. Konzernprivilegs vor.[38] Nur kurze Zeit später war es in dem Verfahren *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC* der NFL zusammen mit der Vermarktungsgesellschaft NFLP mit – wie dargelegt – kaum haltbarer juristischer Argumentation gelungen, durch zwei Instanzen der *single entity defense* zu einer gewissen Renaissance zu verhelfen. Diesen juristischen Rückenwind nutzten hierzulande Rechtsberater, die seinerzeit – wie zwischenzeitlich auch *Blask* – für die DFL GmbH tätig waren, um eine Übertragung des kartellrechtlichen Ansatzes insbesondere im Hinblick auf die bis heute umstrittene zentrale Vermarktung der Medienrechte an Fußballspielen der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga zu fordern.[39] Die Vermarktung durch den Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.), dessen Mitglieder sich aus den Clubs der beiden Bundesligen zusammensetzen und der damit einem Joint Venture ähnlich ist, sollte auf diesem Weg von vornherein von der Anwendung des Kartellrechts freigestellt werden. Der *Supreme Court* erstickte – wie in den beiden vorangehenden Abschnitten im Detail dargestellt – die erwartungsfrohen Hoffnungen der Sportligen und ihrer juristischen Berater im Keim. So forsch hierzulande zunächst eine kleine kartellrechtliche Revolution gefordert worden war, so leise ist es in der Folge hierum geworden.

26 Schließlich hat der Supreme Court mit überzeugender Begründung daran festgehalten, die *single entity doctrine* grundsätzlich nicht pauschal auf professionelle Sportligen und schon gar nicht auf ein von den Ligamitgliedern zu Vermarktungszwecken gegründetes Gemeinschaftsunternehmen anzuwenden. Damit hat das Gericht den Sportligen zugleich den Weg versperrt, sich durch Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (*joint ventures*) und unter gleichzeitiger Berufung auf die *single entity defense* der Anwendung des Kartellrechts weitgehend zu entziehen.

---

38 *Blask* 166 f., 183–190, 198–202, anknüpfend an rechtliche Erwägungen von *Heermann* ZHR 161 (1997), 665 (682 ff.); i.Erg. zust. *Summerer* SpuRt 2008, 234 (239) und PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 135; gegen diesen Ansatz unter gleichzeitiger Aufgabe des Gedankens, im deutschen Berufsfußball ließen sich die Strukturen eines Gleichordnungskonzerns nachweisen, *Heermann* ZWeR 2009, 472 (493–495); i.Erg. ebenso *Kretschmer* 155–158; *Putzier* 79.

39 *Stopper* ZWeR 2008, 412 (423), nach dessen Auffassung die *single entity theory* als *antitrust defense* für den Ligasport das ökonomisch konsequenteste Denkmodell sein soll; *Summerer* SpuRt 2009, 89 („Ein Blick in die USA zeigt, wie es geht."); dagegen *Heermann* ZWeR 2009, 472 (488 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es bleibt festzuhalten, dass im U.S.-amerikanischen Ligasport, soweit er durch rechtlich voneinander unabhängige und zugleich wirtschaftlich selbstständig agierende Ligamitglieder geprägt ist, kein Anwendungsbereich für die *single entity doctrine* verbleibt. Dies entspricht der insoweit auch schon bislang äußert zurückhaltenden Grundeinstellung des *Supreme Court* in früheren Entscheidungen sowie vielfach geäußerten Vorbehalten im wissenschaftlichen Schrifttum.[40] Indes hat *Justice Stevens* die *single entity defense* in den von ihm formulierten Entscheidungsgründen nicht offiziell zu Grabe getragen. So verbleibt dem Bundesgericht noch Spielraum, wenn eine Sportliga ausnahmsweise in einer solchen rechtlichen Form strukturiert und betrieben werden sollte, dass den Ligamitgliedern als Tochterunternehmen der Liga keine wirtschaftliche Selbstständigkeit mehr verbleibt. 27

Da beispielsweise in Deutschland seitens der DFL GmbH und auf europäischer Ebene seitens der UEFA die jeweils verantworteten Fußballligen weniger zentralistisch als die U.S.-amerikanischen Major Leagues oder auch die MLS durch die jeweiligen Ligaorganisationen gesteuert werden, bleibt für die Anwendung der *single entity doctrine* in Europa derzeit kein Spielraum. Eine Fußballliga, die die Voraussetzungen einer *single entity* erfüllen würde oder aber klare Konzernstrukturen mit rechtlich und wirtschaftlich weitestgehend unselbstständigen, vom Ligaverband abhängigen Ligamitgliedern aufweisen würde, hätte mit den uns vertrauten, über Jahrzehnte gewachsenen Ligastrukturen etwa im Fußball nur noch wenig gemeinsam. Eine solche Fußballliga müsste man sich hierzulande vorstellen als eine Ansammlung allein durch Investoren gesteuerter, rechtlich voneinander unabhängiger Clubs (wie z.B. derzeit die Fußballclubs in Leverkusen, Wolfsburg, Leipzig und Hoffenheim), die aber ihrerseits vom Ligaverband – derzeit DFL e.V. und DFL GmbH – gleichsam als Konzernmutter vollumfänglich oder zumindest in wesentlichem Umfang wirtschaftlich gelenkt würden. Dies wäre eine sicherlich nicht nur für Fußballfans in den Stadien, die im deutschen Bundesliga-Fußball exzessiven Kommerzialisierungsbestrebungen im Allgemeinen und Investoren und den Fußballverbänden im Besonderen sehr kritisch, mitunter gar feindselig gegenüberstehen,[41] sondern auch für die große Mehrzahl der übrigen Fußballinteressierten grotesk und absurd anmutende Aussicht. 28

Was für die deutsche Fußball-Bundesliga und andere nationale Fußballligen in Europa also auf Jahrzehnte hinaus völlig undenkbar und unrealistisch erscheint, 29

40 Vgl. zur Diskussion umfassend *Blask* 138 ff. m.w.N.; *Heermann* ZWeR 2009, 472 (486–488).

41 Erinnert sei etwa an die Abbildung des Konterfeis von *Dietmar Hopp*, Mehrheitseigner des Bundesligaclubs TSG 1899 Hoffenheim, im Fadenkreuz, an „Kind muss weg!"-Banner und -Rufe hinsichtlich des Investors und damaligen Vereinspräsidenten *Martin Kind* beim Bundesligaclub Hannover 96 sowie an ein Banner der gegen Kollektivstrafen aufbegehrende Fans mit der Aufschrift „2017 Kollektivstrafen abgeschafft, nun Hopp hofiert und zwei Schritte zurück gemacht! Fick dich, DFB"; s. hierzu aus rechtlicher Perspektive *Golz* K&R 2020, 245 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könnte sich bei Neugründungen von Sportligen leichter umsetzen lassen. Ein Beispiel bietet die XFL, eine im Jahr 2001 vom U.S.-amerikanischen Unternehmer *Vince McMahons*, Hauptanteilseigner und Chief Executive Officer (CEO) der World Wrestling Entertainment Inc. (WWE), gegründete American-Football-Liga. Die XFL, die von McMahons' Unternehmen Alpha Entertainment LLC organisiert und deren acht Teams von der XFL beherrscht worden waren, musste allerdings nach nur einem Jahr ihren Betrieb wieder einstellen.[42] Ein erneuter Start der XFL mit gleichen Strukturen im Februar 2020 endete aufgrund der weltweiten COVID-19-Pandemie nach nur fünf Spieltagen, danach stellte die Liga ihren Spielbetrieb wieder ein.[43] Im August 2020 erwarb der weltweit bekannte Schauspieler und ehemalige Wrestler *Dwayne „The Rock" Johnson* die Rechte an der XFL. Der Spielbetrieb soll in der Saison 2023 aufgenommen werden.

30 Die bisherige Geschichte der XFL mit zwei kurzen Episoden des Ligaspielbetriebs veranschaulicht eindrucksvoll, dass mit einer als *single entity* gegründeten und unternehmerisch betriebenen Sportliga der Schwerpunkt von der einst reinen Sportausübung fast zwangsläufig noch deutlich weiter in den Bereich des klassischen Entertainments verlagert würde, als dies in den populärsten Sportligen weltweit ohnehin schon der Fall ist. Mit Spannung werden wir auch in Zukunft die seit Jahren immer wieder aufkommende Diskussion um die Gründung einer europa- oder weltweiten Fußball-Superliga verfolgen, die mit Investitionen in Milliardenhöhe insbesondere diejenigen europäischen Spitzenclubs lockt, die finanziell – sei es durch das zur Verfügung stehende Vermögen oder aber die aufgehäuften Schuldenberge – und sportlich den meisten Clubs in ihren nationalen Fußballligen ohnehin schon uneinholbar entrückt sind. Noch spannender wird indes die Frage sein, ob und – wenn ja – wann die finanziellen (und natürlich auch sportlichen) Anreize für die von finanzmächtigen Investoren angesprochenen Spitzenclubs so groß sein werden, dass sie mit dem nationalen und bislang schon einträglichen europäischen Ligaspielbetrieb endgültig zu brechen bereit sein werden.

42 https://de.wikipedia.org/wiki/XFL_(2001) (zuletzt besucht am 7.2.2022).
43 https://de.wikipedia.org/wiki/XFL_(2020) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

X. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die Judikatur

In diesem Abschnitt sollen im Überblick die verschiedenen Ansätze dargestellt werden, wie die Judikatur auf europäischer sowie auf deutscher Ebene bei der Rechtsanwendung die Verbandsautonomie im Sport absichert, dabei zugleich aber auch begrenzt. Die verfolgten Lösungswege hängen natürlich von den unterschiedlichen rechtlichen Prüfungskriterien ab, die vom jeweiligen Spruchkörper angewendet werden können. Damit liegt es in der Natur der Sache, dass die zu beschreibenden Ansätze teils erheblich voneinander abweichen, zugleich aber auch rechtliche Verbindungs- und Entwicklungslinien aufweisen, die hier nachvollzogen werden sollen. Die Entscheidungen der supranationalen und nationalen Gerichte sind allesamt bereits in anderen Abschnitten im Detail dargestellt worden, so dass hier zur Vermeidung von Wiederholungen Verweisungen erfolgen, um vorrangig die Eigenart des jeweils verfolgten Ansatzes zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport herauszuarbeiten und zu würdigen. Demgegenüber sind die beiden zu beleuchtenden Schiedssprüche des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen in den vorangehenden Abschnitten noch nicht vertieft worden, so dass hier ein wenig weiter ausgeholt werden muss, um den insoweit verfolgten rechtlichen Ansatz zur vorrangigen Absicherung und eher schwach ausgeprägten rechtlichen Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport veranschaulichen zu können. 1

1. EuGH

Wie bereits zuvor im Detail dargelegt,[1] ebnete der EuGH in seinem *Bosman*-Urteil aus dem Jahr 1995 den Weg, 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 verfolgen. Sodann hat der Gerichtshof im Hinblick auf die konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls 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. Die Erwägungsgründe des EuGH in solchen Verfahren, die Beschränkungen von Grundfreiheiten durch Sportverbände betreffen,[2] lassen 2

1 → V. Rn. 22–44 m.w.N.
2 Zu den Verfahren *Walrave und Koch* sowie *Deliége* → V. Rn. 8–21, 45–50 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bislang eine über die genannten Aspekte hinausgehende einheitliche Struktur vermissen. Gleichwohl sind Sportverbänden dadurch zumindest andeutungsweise die Grenzen aufgezeigt worden, die die europäischen Grundfreiheiten auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports der Verbandsautonomie setzen, wodurch letztere zugleich in erheblichem Maße abgesichert wird.

3 Seit der Jahrtausendwende hat im Spannungsfeld von Sport und Europarecht eine allmähliche Verlagerung von zunächst angenommenen Beschränkungen der Grundfreiheiten hin zu inzwischen vorrangig streitgegenständlichen Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV und Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV stattgefunden. Diese Entwicklung hatte sich bereits in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Lenz* im *Bosman*-Verfahren abgezeichnet,[3] auch wenn bis zu den berühmten Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Meca-Medina und Majcen* zu Art. 101 AEUV[4] sowie *MOTOE* zu Art. 102 AEUV[5] noch mehr als zehn Jahre vergehen sollten. In der Zwischenzeit hatte der EuGH keine Gelegenheit mehr erhalten, seine Judikatur zum Spannungsfeld von Sport und europäischen Grundfreiheiten im Allgemeinen und zur Rechtfertigung von etwaigen Beschränkungen der Grundfreiheiten im Lichte der Besonderheiten des Sports weiter zu konkretisieren. Dies hat er sodann aber im berühmten *Meca-Medina und Majcen*-Urteil nachgeholt, indem er, anknüpfend an seine Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten sowie zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf eine unter dem Schutz der Verbandsautonomie stehende berufsständische Vereinigung,[6] den *Meca-Medina*-Test[7] entwickelt hat.

4 Hierdurch lässt sich nunmehr die Grenze, die der Verbandsautonomie durch europäisches und deutsches Kartellrecht – letzteres orientiert sich stark am europäischen Kartellrecht – gesetzt ist, recht genau bestimmen. Die imaginäre Trennungslinie wird von einem Sportverband nicht überschritten, wenn er im Hinblick auf eine Wettbewerbsbeschränkung oder einen etwaigen Marktmachtmissbrauch,[8] die bzw. der von einer sportorganisatorischen Verbandsregelung oder -maßnahme ausgeht, folgende Fragen allesamt bejahen kann, wobei ein objektiver Beurteilungsmaßstab[9] zugrunde zu legen ist:

1. Verfolgt der Sportverband mit der streitgegenständlichen Verbandsregelung oder -maßnahme eine als legitim anerkannte Zielsetzung?[10] Wenn ja: Wird

3 → V. Rn. 26 m.w.N.
4 → VI. Rn. 39–60, 164–385 m.w.N.
5 → VII. Rn. 1 ff.
6 → VI. Rn. 139–159 m.w.N.
7 → VI. Rn. 164–385.
8 Zur Übertragbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
9 → VI. Rn. 316–336.
10 → VI. Rn. 176–258.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieses Ziel mit Blick auf die Gesamtsituation in kohärenter und stringenter Weise verfolgt?[11]
2. Besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Zielverfolgung, d.h. ist die Wettbewerbsbeschränkung der Zielverfolgung gleichsam inhärent?[12]
3. Ist die betreffende Verbandsregelung im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel geeignet, erforderlich sowie angemessen?[13]

Damit sind Sportverbänden zwar keine klar definierten, gerichtsfesten und der Anwendung des Kartellrechts vollständig entzogenen Handlungsspielräume eingeräumt worden. Dies ist letztlich aber konsequent und unausweichlich, weil die Umstände jedes Einzelfalls anders gelagert sind und schon geringfügige Sachverhaltsmodifikationen zu einer abweichenden kartellrechtlichen Bewertung führen können.[14] Indes kennen Sportverbände nunmehr die maßgeblichen Fragen, um eine erste Selbsteinschätzung der kartellrechtlichen Lage vornehmen zu können. Die Erfahrung zeigt, dass wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, die von einer sportorganisatorischen Verbandsregelung ausgehen, vielfach über den *Meca-Medina*-Test, der die Berücksichtigung der allgemein anerkannten Besonderheiten des Sports ermöglicht, gerechtfertigt werden können. Damit schränkt das Kartellrecht die Verbandautonomie keineswegs übermäßig ein, sondern sichert sie ab und verhindert lediglich nicht zu rechtfertigende Einschränkungen des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit durch unternehmerisch tätige Sportverbände. 5

2. EFTA-Gerichtshof

Obgleich sich die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache *Henrik Kristoffersen/NSF* aus dem Jahr 2018[15] auf eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eines alpinen Skirennläufers bezog, der Werbebeschränkungen des nationalen Skiverbandes unterlag, hat sie doch erhebliche Auswirkungen auch auf das Sportkartellrecht im Allgemeinen und die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests im Besonderen gehabt. So setzte sich der EFTA-Gerichtshof in den Entscheidungsgründen ausführlich 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. Soweit dieser Ansatz an die ständige Rechtsprechung zu immanenten Schranken für die Be- 6

11 → VI. Rn. 269–284.
12 → VI. Rn. 285–287.
13 → VI. Rn. 288–315.
14 → VI. Rn. 373.
15 → V. Rn. 51–56 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schränkung der Dienstleistungsfreiheit anknüpfte, bot er in dogmatischer Hinsicht nichts Neues. Indes hat diese Vorgehensweise die Diskussion zur Auslegung und Anwendung des sog. *Meca-Medina*-Tests befruchtet, der bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Einsatz kommt. Denn hierdurch ist zunächst das dogmatische Bindeglied zwischen der (den) vom Verband behaupteten Zielsetzung(en), die mit der wettbewerbsbeschränkenden sportorganisatorischen Verbandsregelung oder -maßnahme verfolgt werden soll(en), und deren Legitimität hergestellt worden.[16] Zugleich ist eine inhaltliche Verknüpfung dieser ersten Prüfungsstufe mit der zweiten erfolgt, die einen notwendigen Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Verfolgung des (der) identifizierten legitimen Ziels (Ziele) fordert (sog. Inhärenz).

7 Diese Entwicklung hat erhebliche praktische Auswirkungen. Denn nunmehr steht endgültig fest, dass der Vortrag vom Sportverband selbst als legitim eingestufter Zielsetzungen nicht ausreicht, um den Anforderungen auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests gerecht zu werden. Vielmehr sind die Legitimität der angegebenen Zielsetzung(en) sowie deren stringente und kohärente Verfolgung anhand objektiver Maßstäbe zu überprüfen. Dies mögen Sportverbände als tiefen Eingriff in ihre Verbandsautonomie und angesichts der in sportlichen Angelegenheiten stets beanspruchten überlegenen eigenen Sachkunde als besserwisserische Anmaßung empfinden. Aber erstens wird der Reichweite der Verbandsautonomie durch supranationale und nationale Rechtsvorschriften begrenzt,[17] gewährt wird also ohnehin nur – in *Weatherills* Worten – eine „conditional autonomy".[18] Die Bestimmung der dieser bedingten Verbandsautonomie gesetzten rechtlichen Grenzen der *alleinigen* Einschätzung der Sportverbände, mithin einer Selbsteinschätzung zu überantworten, würde zweitens bedeuten, dem Sportsektor im rechtsstaatlichen Gefüge ein durch nichts, insbesondere auch nicht durch die verfassungsrechtlich abgesicherte Verbandsautonomie zu rechtfertigendes gerichtsfestes Rechtsauslegungsprivileg einzuräumen. Drittens sichert und begrenzt die beschriebene Systematik unter angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports die Verbandsautonomie nicht zuletzt auch im Interesse der den Verbandsstatuten unterworfenen natürlichen und juristischen Personen.

16 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
17 → III. Rn. 26–32.
18 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. EGMR

Der EGMR musste sich im Verfahren *Pechstein und Mutu/Schweiz* aus dem Jahr 2018 lediglich mit der im Ergebnis bejahten Frage auseinandersetzen, ob der CAS als ein auf „Gesetz beruhendes Gericht" gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK und damit als echtes (Sport-)Schiedsgericht eingestuft werden kann.[19] Die Erwägungsgründe des Gerichtshofs haben zwar nicht auf den ersten, spätestens aber auf den zweiten Blick weitreichende Auswirkungen auf die rechtlichen Grenzen, die der Verbandsautonomie im Sport gesetzt sind. Die rechtlichen (Mindest-)Erfordernisse, die nach Auffassung des EGMR seitens eines Sportschiedsgerichts zu erfüllen sind, um als ein „auf Gesetz beruhendes Gericht" gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestuft werden zu können, sind auf einem überaus niedrigen Niveau angesiedelt worden und in der Praxis leicht zu erfüllen. Fast könnte man annehmen, der Gerichtshof habe die Mindestvoraussetzungen so schwach ausgestaltet, damit auch der CAS als Weltsportschiedsgericht diese Hürde noch problemlos überspringen kann. 8

Die Anreize für den CAS, insbesondere hinsichtlich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter künftig strengere Maßstäbe anzulegen, sind begrenzt, weil er nunmehr durch den EGMR gleichsam den juristischen „Ritterschlag" erhalten hat. Darüber hinaus hat der CAS als weltweit letzte Instanz der Sportschiedsgerichtsbarkeit in Dopingstreitigkeiten, aber weitgehend auch bei sonstigen sportbezogenen Streitigkeiten unter Beteiligung internationaler Sportverbände eine monopolartige Position inne, so dass jeglicher Wettbewerbsdruck fehlt. Allen im wissenschaftlichen Schrifttum wiederholt vorgebrachten rechtlichen Bedenken und Einwänden zum Trotz muss man davon ausgehen, dass es sich beim CAS um ein echtes Schiedsgericht handelt, nachdem zunächst das SchweizBG, sodann der BGH und schließlich auch der EGMR hieran keinen Zweifel gelassen haben.[20] Der EGMR hat Sportverbänden damit die Möglichkeit eröffnet, in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die Regelungsunterworfenen durch Ausübung faktischen Zwangs an die Sportschiedsgerichtsbarkeit zu binden, soweit letztere nur die vom EGMR insoweit aufgestellten geringen Mindestvoraussetzungen erfüllt.[21] Denn dadurch wird nach Auffassung des EGMR der Verzicht der Regelungsunterworfenen auf das Verfahrensrecht der Freiwilligkeit der Unterwerfung gleichsam kompensiert.[22] Natürlich steht es Sportverbänden bei der Einrichtung von Sportschiedsgerichten frei, sich in stärkerem Maße, als dies beim CAS der Fall ist, an die Standards etwa der deutschen staatlichen 9

19 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251, 255–265 m.w.N.
20 Ausf. hierzu → IV. Rn. 251–265 m.w.N.
21 Das LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (321) sieht diese Voraussetzungen als nicht erfüllt an, wenn sich ein einzuberufendes Schiedsgericht nicht zwangsläufig aus Juristen zusammensetzt.
22 → IV. Rn. 255–265 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gerichtsbarkeit anzunähern. Glücklicherweise hat – soweit erkennbar – seit der genannten Entscheidung des EGMR bei der deutschen Sportschiedsgerichtsbarkeit insoweit bislang noch kein *race to the bottom* eingesetzt.

10 Die teils erheblichen Abweichungen des CAS etwa von den rechtsstaatlichen Standards der deutschen staatlichen Gerichtsbarkeit begründen indes nur aus der Perspektive der den Verbandsregeln unterworfenen Athleten und Sportclubs einen mit dem Weltsportschiedsgericht verknüpften Nachteil. Diesen werden die (inter)nationalen Sportverbände angesichts des sie begünstigenden strukturellen Ungleichgewichts, das auch nach Einschätzung des BGH und EGMR bei der Besetzung des jeweiligen Panels besteht, aber kaum als störend empfinden. Ein mindestens ebenso schwer wiegendes Defizit bei Verfahren vor dem CAS ist aus der Perspektive der den Verbandsstatuten Unterworfenen in den den Interessen der Sportverbände weit entgegenkommenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu sehen, welche das sodann vorrangig anzuwendende schweizerische Recht bietet. Denn dieses ist im Hinblick auf die Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS überaus großzügig. Weitere rechtliche Privilegierungen etwa im Steuer- und (Korruptions-)Strafrecht sind allerdings im Laufe der letzten Jahre reduziert worden.[23] Schließlich können Schiedssprüche des CAS vom zuständigen SchweizBG in Aufhebungsverfahren im Hinblick auf die sachgemäße Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften nicht überprüft werden. Denn entgegen den Standards in Deutschland oder in anderen Mitgliedstaaten der EU zählt das europäische und nationale Kartellrecht in der Schweiz nicht zum sog. *ordre public*.[24] Damit geht zumindest bei Verfahren vor dem CAS vom Kartellrecht als dem erklärten juristischen Angstgegner der Sportverbände nur noch eine begrenzte Gefahr aus. Zudem hat der CAS in seinen Schiedssprüchen bislang eher selten europäisches Kartellrecht angewendet und dabei mit wiederholt zweifelhafter Argumentation Kartellrechtsverstöße der Sportverbände durchweg abgelehnt.[25] Schließlich ist aufgrund der Erfahrungen in jüngerer Zeit nicht durchweg damit zu rechnen, dass Schiedsrichter am CAS in entsprechenden Verfahren allzu tief in die Dogmatik der europäischen Grundfreiheiten einsteigen und diese in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf streitgegenständliche Maßnahmen der Sportverbände anwenden.[26]

11 Damit kann festgehalten werden, dass internationale Sportverbände zahlreiche, aus ihrer Sicht nachvollziehbare Gründe haben, Rechtsstreitigkeit möglichst vom CAS entscheiden zu lassen. Insbesondere werden dort die rechtlichen Grenzen, die der EuGH und der EFTA-Gerichtshof den Sportverbänden mit den europä-

23 S. hierzu stellvertr. zuletzt *Schade* 9 ff., 22 ff.
24 → IV. Rn. 301, 313, 318 f. und XIII. Rn. 881–913, jew. m.w.N.
25 → IV. Rn. 284–310 m.w.N.
26 → IV. Rn. 276–283 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht gesetzt haben, spürbar zugunsten der Sportverbände verschoben. Das von diesen Rechtsgebieten ausgehende Gefahrpotential für Sportverbände ist damit zumindest bei Schiedsverfahren, die vor dem CAS ausgetragen werden, deutlich reduziert. Die aufgezählten Aspekte sind aus Sicht der Sportverbände damit durchaus geeignet, deren Verbandsautonomie zu stärken.

4. Deutsche staatliche Gerichte im Allgemeinen

a) Inhalts- und Ausübungskontrolle hinsichtlich verbandsgerichtlicher Entscheidungen

Bei der Überprüfung verbandsgerichtlicher Entscheidungen durch staatliche Gerichte haben letztere der Verbandsautonomie angemessen Rechnung zu tragen. Die insoweit vorzunehmende Inhalts- und Ausübungskontrolle von Verbandsstatuten und darauf gestützten Verbandsmaßnahmen umfasst aber – entgegen einer im Sport noch immer verbreiteten Fehlvorstellung – mehr rechtliche Aspekte als eine reine Interessenabwägung und eine Willkürkontrolle. So überprüft die staatliche Zivilgerichtsbarkeit verbandsgerichtliche Entscheidungen anhand folgender Fragen:[27] 12

i) Hat die vom Verbandsgericht getroffene Ordnungsmaßnahme eine wirksame Grundlage in der insoweit gültigen Satzung?
ii) Hat das zuständige Organ entschieden?
iii) Ist das in der Satzung festgelegte Verfahren eingehalten und sind allgemeingültige Verfahrensgrundsätze beachtet worden?
iv) Ist die streitgegenständliche Verbandsregelung oder die auf ihr beruhende Ordnungsmaßnahme satzungs-, gesetz- oder sittenwidrig?
v) Ist die dem Ordnungsausspruch zugrunde liegende Tatsachenermittlung fehlerhaft?
vi) Ist die Ordnungsmaßnahme willkürlich oder grob unbillig?

Wenn die Fragen i) bis iii) bejaht und die Fragen iv) bis vi) verneint werden können, wird ein staatliches Gericht die streitgegenständliche Ordnungsmaßnahme eines Sportverbandes und deren rechtliche Grundlage in den Verbandsstatuten nicht beanstanden.

Die Verbandsautonomie entbindet Sportverbände, wie bei Frage iv) deutlich wird, also nicht von der vereinsrechtlichen Legalitätspflicht. Damit ist schon vor Verbandsgerichten – soweit die oftmals nicht anwaltlich vertretenen Parteien 13

27 Ausf. hierzu → III. Rn. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder aber die Richter, die nicht zwingend Volljuristen sein müssen, die Problematik überhaupt erkennen – die Gesetzeskonformität der streitgegenständlichen Verbandsregelung (etwa auch deren Vereinbarkeit mit europäischen Grundfreiheiten oder dem Kartellrecht) zu prüfen.

14 Ausfluss der Verbandsautonomie ist indes Prüfungsschritt vi). Die streitgegenständliche Maßnahme des Sportverbandes wird materiell-rechtlich nämlich nicht vollständig hinsichtlich ihrer Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit überprüft. Stattdessen findet insoweit lediglich eine Prüfung dahingehend statt, dass die Maßnahme weder willkürlich noch grob unbillig ist. Den Sportverbänden verbleibt also nach Auffassung der Judikatur noch ein von staatlicher Seite nicht reglementierter und von staatlichen Gerichten nur eingeschränkt überprüfbarer Raum für die Umsetzung ihrer eigenen Wert- und Moralvorstellungen. Insoweit ist jedoch eine überaus praxisrelevante Ausnahme zu beachten:[28] Denn nach vorherrschender, insbesondere vom BGH und auch hier vertretener Rechtsauffassung ist bei denjenigen Vereinen und Verbänden, die über eine „sozialmächtige", monopolartige Position verfügen, welche in einem Aufnahmezwang von unmittelbaren Mitgliedern ihren Ausdruck findet, eine umfassende Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen und -ordnungen und darauf gestützten Ordnungsmaßnahmen vorzunehmen. Das bedeutet für „sozialmächtige" Sportverbände, dass bei Prüfungsschritt vi) die streitgegenständliche Maßnahme in vollem Umfang auf ihre Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit hin überprüft wird. Damit unterliegen verbandsgerichtliche Entscheidungen insbesondere monopolartiger Sportfachverbände vor staatlichen Gerichten einer umfassenden Inhaltskontrolle. Daran vermögen auch die in der Praxis noch immer zahlreich anzutreffenden – letztlich irreführenden – Hinweise in Verbandsstatuten nichts zu ändern, dass die Verbandsgerichtsbarkeit abschließend und/oder unter Ausschluss des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten etc. entscheide.

15 Insbesondere die umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle, die die staatliche Gerichtsbarkeit bezüglich verbandsgerichtlicher Entscheidungen innerhalb monopolartiger Sportverbände vornimmt, mögen letztere als Eingriff in ihre Verbandsautonomie empfinden. Letztlich handelt es sich dabei jedoch um ein ebenso berechtigtes wie konsequentes Mittel, um zu gewährleisten, dass Sportverbände im Verhältnis zu ihren regelungsunterworfenen Mitgliedern die der Verbandsautonomie gezogenen rechtlichen Grenzen nicht überschreiten.

28 → III. Rn. 49–59 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Aufhebungsverfahren sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren bezüglich Entscheidungen von Sportschiedsgerichten

Wie zuvor bereits dargelegt,[29] begünstigen die rechtlichen Leitplanken, welche der EGMR im Verfahren *Pechstein und Mutu/Schweiz* für die Sportgerichtsbarkeit errichtet hat, tendenziell eher die Interessen der Sportverbände als die der den Verbandsstatuten unterworfenen Mitglieder. Es wäre unangemessen, Sportschiedsgerichten im Allgemeinen oder auch dem CAS im Besonderen deshalb pauschal zu unterstellen, dass in der Mehrzahl der Schiedsverfahren die Interessen der Sportverbände begünstigt würden. Denn die einzelnen Sportschiedsgerichte unterscheiden sich erheblich in struktureller Hinsicht, insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung einer Entscheidung durch völlig unabhängige, neutrale und unparteiische Schiedsrichter. Zudem hegt der *Verfasser* nach wie vor die Hoffnung, dass Schiedsrichter in Sportschiedsverfahren stets ihrer großen Verantwortung hinsichtlich einer unvoreingenommenen rechtlichen Bewertung des konkreten Sachverhalts unabhängig davon gerecht werden, wie sich die Entscheidung auf die Chancen einer erneuten Einsetzung als Schiedsrichter auswirken wird. Nicht zu leugnen ist jedoch der Umstand, dass etwa Schiedsverfahren vor dem CAS den Sportverbänden in vielerlei Hinsicht vergleichsweise günstige tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen bieten.[30] 16

Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang im Hinblick auf die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie staatliche Gerichte, die zum einen in Aufhebungsverfahren und zum anderen in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren Entscheidungen von Sportschiedsgerichten überprüfen können? Insoweit kann zunächst auf die vorangegangenen Analysen zum CAS Bezug genommen werden,[31] die sich größtenteils verallgemeinern lassen. Schiedssprüche des CAS werden nach Einlegung von Rechtsmitteln durch das für Aufhebungsverfahren allein zuständige SchweizBG überprüft. Dieses kann – ebenso wie auch staatliche Gerichte in anderen Jurisdiktionen – einen Schiedsspruch materiellrechtlich lediglich in gewissem Umfang am Maßstab des *ordre public* kontrollieren. In der Schweiz zählt – im Gegensatz zu vielen anderen Jurisdiktionen – etwa das nationale und europäische Kartellrecht nicht zum *ordre public*. Nicht nur deshalb bleibt zu konstatieren, dass die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs ebenso wie die Aufhebung der Schiedssprüche anderer Sportschiedsgerichte angesichts des anzulegenden materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstabs insgesamt sehr begrenzt ist. Darüber hinaus ist die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines Schiedsspruchs des CAS oder auch anderer nationaler 17

29 → X. Rn. 8–11.
30 Ausf. hierzu → IV. Rn. 148 f. m.w.N.
31 → IV. Rn. 316–334 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sportschiedsgerichte durch ein nationales staatliches Gericht im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vermutlich kaum größer. Denn regelmäßig erfolgt eine Selbstvollstreckung von Sportschiedssprüchen durch Sportverbände, ohne dass daneben noch eine Einschaltung staatlicher Zwangsvollstreckung erforderlich wird.

18 Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass staatliche Gerichte in Aufhebungsverfahren sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren die Verbandsautonomie der Sportverbände tendenziell in gleichem Maße absichern und begrenzen wie zuvor das Sportschiedsgericht, weil dessen Schiedsspruch materiell-rechtlich nur noch im Hinblick auf einen etwaigen *ordre public*-Verstoß überprüft werden kann.

5. BGH

19 Zwei Entscheidungen des BGH aus der jüngeren Vergangenheit lassen deutliche Tendenzen erkennen, wie das höchste deutsche Zivilgericht die Grenzen der Verbandsautonomie aus Sicht der Sportverbände, aber auch der Regelungsunterworfenen abgrenzt. Aus dem ersten Verfahren in der Rechtssache *Pechstein* lassen sich Rückschlüsse zur Grundeinstellung des BGH gegenüber der Dopingbekämpfung und Sportschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen sowie gegenüber dem CAS und dem SchweizBG im Besonderen ziehen. Im zweiten Verfahren in der Rechtssache *SV Wilhelmshaven* hat der BGH zwar im Wesentlichen seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, womit er aber zugleich wichtige Feststellungen zur Bindung der (un)mittelbaren Verbands- und Vereinsmitglieder an die Verbandsstatuten im Allgemeinen sowie zur Sanktionierung von Regelungsunterworfenen im Besonderen getroffen hat.

a) Pechstein

20 Ohne Übertreibung kann man vorab feststellen, dass der BGH im *Pechstein*-Verfahren[32] in verschiedener Hinsicht die Verbandsautonomie in einer Weise abgegrenzt und abgesichert hat, die den Sportverbänden in erheblichem Maße entgegenkommt, mag dadurch letztlich auch *nur* die gängige Verbandspraxis bestätigt worden sein. Wie zu zeigen sein wird, sind deren Kritiker im wissenschaftlichen Schrifttum nach den phasenweise wenig überzeugenden Entscheidungsgründen keineswegs verstummt, ganz im Gegenteil. Indes bietet die Entscheidung den Verbänden eine gewisse Rechtssicherheit, auch wenn keineswegs ausgeschlossen

32 BGHZ 210, 292 ff. = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist, dass der eine oder andere der nachfolgenden Aspekte künftig von staatlichen Gerichten differenziert betrachtet werden wird.

Überraschenderweise ließ der BGH den vom CAS herangezogenen sog. indirekten Dopingnachweis[33] unbeanstandet. Das Sportschiedsgericht hatte – wie sich erst nach Verfahrensende herausstellte – fälschlicherweise eine mögliche Blutkrankheit der Eisschnellläuferin mit Sicherheit ausgeschlossen und sich dabei über die Auffassung eines medizinischen Experten hinweggesetzt, dass eine hypothetische hereditäre Sphärozytose nur durch eine Untersuchung der Verwandten der Athletin festgestellt werden könne.[34] Vor staatlichen Gerichten hätte der Eisschnellläuferin eine Wiederaufnahme des Verfahrens helfen können, die der Verfahrensordnung des CAS allerdings unbekannt ist. Zudem hatte der CAS die neuen Richtlinien der WADA unberücksichtigt gelassen, nach denen nicht nur ein Blutwert wie der Retikulozytenwert für den indirekten Dopingnachweis hätte herangezogen werden dürfen, sondern dieser nach Art. 3.3, 6.1 der Richtlinien für eine aussagekräftige Blutanalyse auf zehn Blutwerte hätte gestützt werden müssen. Die Schlussfolgerung des CAS hatte das LG München I zwar für „erstaunlich" gehalten,[35] der BGH störte sich hieran jedoch nicht. Das galt schließlich auch für das in Dopingverfahren vor dem CAS als ausreichend erachtete Beweismaß der hinreichenden Überzeugung (*comfortable satisfaction*),[36] auf das sodann erhebliche Grundrechtseingriffe, die bis zu einem Berufsausübungsverbot reichen, gestützt werden können.[37] Insgesamt ist festzustellen, dass der BGH einerseits zwar die Wichtigkeit einer effektiven Dopingbekämpfung durch Sportverbände anerkannt hat,[38] andererseits aber die dabei angewendeten Verfahrensweisen selbst bei offensichtlichen Defiziten rechtlich nicht in Zweifel zu ziehen bereit gewesen ist. 21

In ähnlicher Weise weigerte sich der BGH, naheliegenden Bedenken bezüglich des den CAS kennzeichnenden strukturellen Ungleichgewichts sowie Zweifeln an der Unparteilichkeit der dort tätigen Schiedsrichter[39] näher nachzugehen. Stattdessen hat der Kartellsenat den CAS unter einseitiger Betonung der unbestrittenen Vorteile der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit gleichsam als alternativlos im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit dargestellt.[40] Ein kurzer Vergleich etwa mit der Verfahrensordnung des Deutschen Sportschiedsgerichts hätte genügt, um sich zu vergewissern, dass eine effektive Sportschiedsgerichtsbarkeit auch 22

33 Krit. hierzu Pechsteins Prozessvertreter vor den deutschen staatlichen Gerichten, s. *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).
34 CAS 25.11.2009 – 2009/A/1912-1913, Rn. 204 – Pechstein.
35 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 (110) – Pechstein.
36 CAS 25.11.2009 – 2009/A/1912-1913, Rn. 123 f. – Pechstein.
37 Ausf. hierzu *Duttig passim*.
38 BGHZ 210, 292, Rn. 49 f., 62 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
39 Ausf. hierzu → IV. Rn. 237–250 m.w.N.
40 BGHZ 210, 292, Rn. 59 = NJW 2016, 2266 – Pechstein; krit. hierzu *Opfermann* 201.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ohne zahlreiche der im Hinblick auf den CAS beklagten Defizite bestehen kann. Offensichtlich scheute sich der BGH jedoch aus Respekt vor der (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit, die Autorität des CAS auch nur andeutungsweise in Zweifel zu ziehen:[41]

> „Eine Regelung, die bei Aufrechterhaltung der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit die Schwächen bei der Bestellung unabhängiger Schiedsrichter und dem sonstigen Verfahren, die sich aus dem maßgeblichen Einfluss der internationalen Sportverbände und der Olympischen Komitees ergeben, völlig vermeiden könnte, ist nicht ersichtlich. [...] In der gegenwärtigen Form stellen die Statuten des CAS eine noch hinnehmbare Ausgestaltung des Verfahrens bei der Bestellung der Schiedsrichter dar."

23 Ob das Gericht heute noch einmal diese Aussage treffen würde? Vermutlich schon, denn der BGH hat zugleich auf die Kontrolle des CAS durch das SchweizBG vertraut,[42] zumal diese schon zu Änderungen des Verfahrens beim CAS geführt hätte. Dass diese Veränderungen beschränkten Umfangs bereits lange zurücklagen,[43] blieb indes unerwähnt. Die heftige Kritik bezüglich des strukturellen Ungleichgewichts am CAS und der daraus resultierenden Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter[44] hatten das SchweizBG jedenfalls nicht zum Einschreiten veranlassen können. Stattdessen retournierte man dort elegant den Aufschlag des Kartellsenats am BGH. Denn im Jahr 2018 stufte das SchweizBG den CAS trotz der zahlreichen Verfahren unter Beteiligung der FIFA und ihrer finanziellen Zuschüsse für das Weltsportschiedsgericht als unabhängig vom Weltfußballverband ein und bekräftigte seinen Status als echtes Schiedsgericht.[45] Zur Bestätigung verwies man auch auf die rechtliche Einschätzung des BGH im *Pechstein*-Verfahren. Wenn das höchste Zivilgericht der Schweiz und der Kartellsenat am deutschen BGH auf dem Platz bei der Beurteilung des CAS spielerisch so gut harmonieren, ist das letztlich auch Ausdruck hohen gegenseitigen Respekts. Dann kann man es dem Kartellsenat am BGH kaum verübeln,[46] dass er sich nicht besserwisserisch gegenüber dem SchweizBG gerieren wollte.

24 Wie auch immer man im Hinblick auf die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht das Zusammenspiel von SchweizBG und BGH beurteilen mag, so hat das deutsche Gericht auf diese Weise jedenfalls die Verbandsautonomie in erheblichem Maße gestärkt. Und ein süßes Zuckerl gab's noch obendrauf! Denn mit

41 BGHZ 210, 292, Rn. 50 = NJW 2016, 2266 – Pechstein; krit. hierzu *Heermann* NJW 2016, 2224 (2226); *H. Prütting* SpuRt 2016, 143 (147); *Rombach* SchiedsVZ 2016, 268 (278).
42 BGHZ 210, 292, Rn. 50 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
43 Hierzu schon → IV. Rn. 252 m.w.N.
44 → IV. Rn. 237–250 m.w.N.
45 SchweizBG BGE 144 III 120, E.3.4.1. sowie E.3.4.3. – FIFA.
46 A.A. *Podszun* JZ 2017, 208 (212), der fordert, der BGH solle die Werte, die er repräsentiere, auch international sichtbar machen; *Opfermann* 272 bedauert die „Tendenz der staatlichen Rechtsprechung [d.h. des BGH], vor einer unilateralen Ausweitung des staatlichen Regelungsanspruchs zurückzuschrecken."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

letztlich rein ergebnisorientierter Begründung vertrat der Kartellsenat zudem die Auffassung, die Eisschnellläuferin habe sich freiwillig der Sportschiedsgerichtsbarkeit unterworfen.[47] Begründung:[48]

> „Es ist nicht festgestellt oder vorgetragen, dass sie hierzu durch eine widerrechtliche Drohung oder Täuschung oder gar durch physischen Zwang veranlasst worden wäre."

Ein engeres Verständnis der Unfreiwilligkeit sei kaum vorstellbar, hat *Opfermann* hierzu treffend angemerkt.[49] Dass diese Auslegung des Freiwilligkeitserfordernisses nach der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Mutu und Pechstein/Schweiz* kaum haltbar ist und überdacht werden sollte,[50] ist bereits zuvor herausgearbeitet worden.[51]

b) SV Wilhelmshaven

Der Kartellsenat am BGH hat – wie dargelegt[52] – im *Pechstein*-Verfahren die Verbandsautonomie insbesondere durch die Anerkennung des CAS als echtes Sportschiedsgericht und die extrem verbandsfreundliche Auslegung der Freiwilligkeit als Voraussetzung für eine rechtswirksame Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit vorrangig in verfahrensrechtlicher Hinsicht deutlich gestärkt. Demgegenüber hat sich hernach der II. Zivilsenat am BGH im Verfahren *SV Wilhelmshaven* – wie bereits im Detail dargelegt[53] – bei der Beurteilung der vorrangig materiell-rechtlichen Frage der rechtswirksamen Unterwerfung (un)mittelbarer Mitglieder unter Vereins- und Verbandssatzungen deutlich von der insoweit spürbar großzügigeren rechtlichen Bewertung durch den CAS und das SchweizBG[54] abgegrenzt. Der II. Zivilsenat hat dabei den insbesondere auf Praktikabilitätserwägungen gestützten Bestrebungen der Sportverbände widerstanden, die sie treffende Informationsverschaffungspflicht durch eine umfangreiche Informationsbeschaffungsobliegenheit der Regelunterworfenen auszuhöhlen. Mit deutlichen Worten hat der BGH insoweit die Auffassung vertreten,[55] einem 25

47 BGHZ 210, 292, Rn. 53 ff. = NJW 2016, 2266 – Pechstein; krit. hierzu → IV. Rn. 229–231 m.w.N.; s. außerdem stellvertr. *Heermann* NJW 2016, 2224 (2225); *Podszun* JZ 2017, 208 (212).

48 BGHZ 210, 292, Rn. 55 = NJW 2016, 2266 – Pechstein; krit. hierzu *Podszun* JZ 2017, 208 (212). Der Auffassung des BGH hat sich in der Folge das BayObLG SpuRt 2021, 30 (31) angeschlossen.

49 *Opfermann* 201.

50 Das BayObLG SpuRt 2021, 30 (32) hat insoweit – i.Erg. zutr. – bereits angemerkt: „Der Unterschied in der Beurteilung, ob eine von einem monopolistischen Sportverband vorgegebene Schiedsvereinbarung als zwar fremdbestimmt, aber gleichwohl freiwillig anzusehen sei (so BGHZ 210, 292 – Pechstein/International Skating Union) oder als erzwungen und daher unfreiwillig (so EGMR, BeckRS 2018, 23523 – Mutu u. Pechstein/Schweiz), führt daher nicht notwendigerweise zu gegenläufigen Ergebnissen."

51 → IV. Rn. 220–236 m.w.N.

52 → X. Rn. 20–24 m.w.N.

53 Ausf. hierzu → IV. Rn. 8–10 m.w.N.

54 → IV. Rn. 36–45, 65.

55 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vereinsmitglied könne – jedenfalls soweit die Vereinsdisziplinargewalt betroffen ist – nicht angesonnen werden, nicht nur die Satzung seines Vereins zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich auch noch die Satzung des übergeordneten Verbandes – möglicherweise auch einer dritten Ebene – zu beschaffen und zu lesen.

26 Diese rechtliche Bewertung durch den II. Zivilsenat hat *J. F. Orth*, anknüpfend an die insoweit sehr verbandsfreundlichen Ausführungen in seiner Dissertation und gleichsam auch als Sprachrohr der Sportverbände, heftig kritisiert (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[56]

> „Indem der Senat den Rahmen für diese Anforderungen [für die Verankerung von Disziplinarmaßnahmen in Vereinssatzungen] überspannt, **verkennt er erneut die Verbandsautonomie**, die den nationalen und internationalen Verbänden im Rahmen ihrer garantierten freien Organisationsentscheidungen gerade gestattet, sich zu internationalen und kollektiven Sportverwaltungsverbänden zusammenzuschließen, sich gegenseitig der Regeldurchgeltung zu unterwerfen und die Umsetzung der gegenseitigen Entscheidungen zu gewährleisten. Denn eine internationale Geltung einheitlicher Regeln (über die eigentlichen Spielregeln hinaus) ist die Basis einer globalen Vergleichbarkeit sportlicher Ergebnisse. Auch insoweit **verkennt der Senat in enormer Weise sportreale Bedürfnisse**."

27 Dieses Argumentationsmuster, gekennzeichnet durch die einseitige Betonung der Verbandsautonomie, ist altbekannt. Aber hat der BGH die Verbandsautonomie und „sportreale Bedürfnisse" tatsächlich „verkannt", nur weil er neben den praktischen Verbandsinteressen auch die berechtigten rechtlichen Interessen der Regelungsunterworfenen in seine Abwägung mit einbezogen hat? *Orths* Kritik spiegelt einen argumentativen Ansatz, bei dem die Verbandsautonomie als Schutzschild eingestuft wird, an dem möglichst alle rechtlichen Zweifel und Bedenken gegenüber Organisationsentscheidungen der Sportverbände abprallen sollen. Solche Entscheidungen sollen Sportverbände danach autonom und möglichst gerichtsfest treffen dürfen. Zu den „sportrealen Bedürfnissen" gehören bei Sportverbänden aber auch (un)mittelbare Mitglieder oder sonstige Regelungsunterworfene, ohne die Sportverbände undenkbar wären, deren rechtliche Positionen gleichfalls schutzwürdig sind und nicht gleichsam automatisch hinter die Verbandsautonomie zurücktreten müssen. Es scheint damit, dass die zitierte kritische Stimme (sie steht hier als *pars pro toto* für eine in Sportverbänden noch weit verbreitete Denkweise) – anders als der II. Zivilsenat – „verkennt", dass Sportverbände lediglich eine durch nationales und supranationales Recht begrenzte „conditional autonomy"[57] genießen.

28 Man mag aus Sicht der Sportverbände beklagen, dass die Interessenabwägung des BGH die Position der (un)mittelbaren Verbandsmitglieder sowie Regelungsunterworfenen nach dem anzuwendenden deutschen Recht stärker schützt als

56 S. indes *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (13).
57 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etwa nach dem schweizerischen Recht. Eine Verkennung der Verbandsautonomie ist dies jedoch keinesfalls. Festzuhalten bleibt damit, dass der II. Zivilsenat im Verfahren *SV Wilhelmshaven* auf der Basis seiner gefestigten Rechtsprechung zum nationalen Recht eine Entscheidung getroffen hat, durch die die Verbandsautonomie im Sport zwar abgesichert, indes zumindest aus der Sicht der Sportverbände in unverhältnismäßiger Weise eingegrenzt worden ist.

6. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen

29 Das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen ließ in zwei Schiedssprüchen aus den Jahren 2011 und 2013 – jeweils unter dem Vorsitz von *Udo Steiner*[58] – bei der rechtlichen Beurteilung zunächst der sog. 50+1-Regel[59] und hernach der verschuldensunabhängigen Haftung (sog. *strict liability*) der Bundesliga-Clubs für das Abbrennen pyrotechnischer Gegenstände im Stadion durch Fans[60] ein Argumentationsmuster erkennen, welches erhebliche Auswirkungen auf die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport hat. In beiden Fällen äußerte sich das Schiedsgericht – im ersten Verfahren aufgrund einer vorläufigen Rechtseinschätzung, im zweiten Verfahren nach umfassender rechtlicher Prüfung abschließend – zur rechtlichen Wirksamkeit entsprechender Regelungen in den Verbandsstatuten, wobei auch auf die Verbandsautonomie rekurriert wurde. Allein Art und Weise der Anwendung und Auslegung dieser Rechtsfigur in beiden Fällen bilden den Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen. Dabei wird sich zeigen, welch weitreichende rechtliche Auswirkungen kleine, auf den ersten Blick unscheinbar anmutende Modifikationen haben können, die bei der Prüfung der rechtlichen Wirksamkeit von Verbandsnormen und darauf gestützter Maßnahmen im komplexen Räderwerk der Auslegung und Anwendung der Verbandsautonomie vorgenommen werden.

a) 50+1-Regel

30 Den Gegenstand des Schiedsspruchs vom 25.8.2011[61] bildete nach einer Klageänderung letztlich nicht mehr die rechtliche Wirksamkeit der gesamten 50+1-Regel,[62] sondern nur noch eine darin enthaltene Stichtagsregelung. Im Rahmen

58 Zu dem nach *Steiners* Auffassung auch in der Beziehung von Sportverbänden zu Dritten (z.B. Investoren bei Fußballclubs) berücksichtigungsfähigen „Element der Autonomie" → XII. Rn. 26–31, 34–37.
59 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.
60 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 428–445 m.w.N.
61 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259–263 = CaS 2011, 334–339.
62 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Kostenentscheidung hat das Schiedsgericht festgestellt, dass „bei gebotener summarischer Prüfung nach dem gegenwärtigen Stand der Beratung Zweifel am Erfolg des ursprünglichen Klagebegehrens bestehen".[63] Damit ist dem Schiedsgericht zu konzedieren, dass es sich nur kursorisch mit der rechtlichen Wirksamkeit der gesamten 50+1-Regel auseinandersetzte,[64] wobei jedoch rechtliche Grundüberzeugungen anklangen, die schon seinerzeit sehr zweifelhaft waren.

31 Den argumentativen Ausgangspunkt bildete für das Schiedsgericht zunächst die Verbandsautonomie,[65] aus der sodann die Befugnis des beklagten Ligaverbandes abgeleitet worden ist, „Regelungen über die Voraussetzungen der Lizenzierung von Vereinen und Kapitalgesellschaften für die Teilnahme am Spielbetrieb der Bundesliga und der 2. Bundesliga zu treffen […]". Zutreffend hat das Schiedsgericht sodann erkannt, dass die grundrechtlich geschützte Verbandsautonomie auch gegenüber den kartellrechtlichen Vorschriften des deutschen und europäischen Rechts Geltung habe.

32 In einem nächsten Schritt hat das Schiedsgericht sodann den *Meca-Medina*-Test in folgender Weise auf die 50+1-Regel angewendet (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[66]

> „Es sprechen gewichtige Gründe für die Annahme, dass der Beklagte mit der 50+1-Regelung von seiner satzungsgebenden Gewalt einen **verhältnismäßigen Gebrauch** gemacht hat. Er kann im Rahmen einer vernünftigen Ermessensausübung die Eignung und Erforderlichkeit der von ihm getroffenen Regelung für die angestrebten Ziele **eigenständig einschätzen** (sog. **Einschätzungsprärogative**). Es kann deshalb den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genügen, wenn die in Frage stehende Regelung nicht von vornherein ungeeignet ist, **die** von ihr **verfolgten legitimen sportgenuinen Ziele** zu erreichen. Die Vereinbarkeit der Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht wird nicht dadurch in Frage gestellt werden können, dass sie nicht umfassend sportfremde Einflüsse von Kapitalgebern auf die Führung von Fußball-Kapitalgesellschaften verhindert.
>
> Der Beklagte **durfte** die in Frage stehende Regelung **wohl auch für erforderlich halten**, seine legitimen sportspezifischen Ziele durchzusetzen. […]"

63 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262) = CaS 2011, 334 (338).

64 Dies vernachlässigten übrigens einige im Sportrecht ausgewiesene Juristen, die in den nachfolgenden Monaten auf sportrechtlichen Tagungen wiederholt die Ansicht vertraten, das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften hätte die europarechtliche Konformität der 50+1-Regel festgestellt. Da war vermutlich der Wunsch der Vater des Gedankens. Auf Quellenachweise wird hier aus naheliegenden Gründen bewusst verzichtet.

65 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262 f.) = CaS 2011, 334 (337).

66 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (338).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Interpretation und Anwendung des *Meca-Medina*-Tests[67] ist in verschiedener Hinsicht überaus bedenklich,[68] selbst wenn man dem Umstand Rechnung trägt, dass ihr nur eine summarische Rechtsprüfung zugrunde lag: 33

– Zunächst fällt auf, dass das Schiedsgericht die Legitimität der vom beklagten Ligaverband vorgetragenen Zielsetzungen, die mit der 50+1-Regel verfolgt werden sollen, stillschweigend unterstellte. Völlig vernachlässigt wurde in diesem Zusammenhang der Umstand, dass ein Investor mit weniger als 50 %, aber mehr als 25 % der stimmberechtigten Anteile an einer Kapitalgesellschaft vielfach bereits erheblichen Einfluss ausüben kann. So verfügt ein solcher Investor etwa in einer Aktiengesellschaft über eine sog. Sperrminorität, so dass Satzungsänderungen gegen seinen Willen vom Verein trotz dessen Stimmrechtsmehrheit nicht mehr vorgenommen werden können (§ 179 Abs. 2 AktG i.V.m. § 23 Abs. 5 AktG). Auch bei Sportkapitalgesellschaften bestätigt sich in solchen Konstellationen die folgende altbekannte Weisheit: Wer die Kapelle bezahlt, bestimmt die Musik. Vor diesem Hintergrund drängten sich seinerzeit Zweifel eigentlich geradezu auf, ob die 50+1-Regel die Sicherung des Vereinseinflusses in der ausgegliederten Kapitalgesellschaft überhaupt in kohärenter und stringenter Weise verfolgt(e).[69] Das Schiedsgericht ließ entsprechende Zweifel zwar leise anklingen, stufte diese sodann allerdings ohne Begründung als rechtlich unerheblich ein („[…] wird nicht dadurch in Frage gestellt werden können […]“). 34

– Der Umstand, dass das Schiedsgericht seine summarische Prüfung des *Meca-Medina*-Tests gerade mit dem dritten Prüfungsschritt[70] begann, das Pferd also gleichsam von hinten aufzäumte, ist nur verständlich, wenn das Schiedsgericht angenommen haben sollte, dass die 50+1-Regel die Voraussetzungen der beiden ersten Prüfungsschritte bereits erfüllt hatte. Dazu fehlen indes hinreichende Ausführungen. 35

– Am schwersten wiegt jedoch der Einwand, dass das Schiedsgericht dem beklagten Ligaverband hinsichtlich der Voraussetzungen des gesamten *Meca-Medina*-Tests offensichtlich eine umfassende (gerichtsfeste?) Einschätzungsprärogative zugestanden hat. Wie bereits im Detail dargelegt,[71] kommt einem Sportverband im Lichte der Verbandsautonomie im Hinblick auf die einzelnen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests lediglich ein gerichtlich anhand objektiver Maßstäbe überprüfbarer Ermessensspielraum zu, jedoch keines- 36

67 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
68 Zur Kritik s. bereits *Heermann* CaS 2011, 339 (341–343).
69 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.; so im Hinblick auf den Schiedsspruch bereits *Heermann* CaS 2011, 339 (342).
70 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.
71 → VI. Rn. 316–336 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

falls eine weitgehend gerichtsfeste Einschätzungsprärogative. Die Verbandsautonomie wird durch das Kartellrecht begrenzt, wie auch das Schiedsgericht erkannte. Die genaue Grenzziehung liegt dabei aber – anders als das Schiedsgericht zu glauben scheint („eigenständig einschätzen"; „durfte […] wohl auch für erforderlich halten") – keinesfalls in der alleinigen und zudem gerichtlich nicht überprüfbaren Entscheidungsmacht der Sportverbände. Andernfalls würde eine Verbandsregelung vermutlich stets die durchaus strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllen und damit aus Sicht des Sportverbandes keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

37 Die Argumentation des Schiedsgerichts zeigt eindrucksvoll, wie die Verbandsautonomie[72] zusammen mit einer daraus angeblich ableitbaren gerichtsfesten Einschätzungsprärogative der Sportverbände als flexibel einsetzbare juristische Allzweckwaffe genutzt werden kann, um den Überzeugungen eines Sportverbandes zum Durchbruch zu verhelfen und zugleich elegant das Kartellrecht, den juristischen Angstgegner der Sportverbände, zu zähmen, ja faktisch ins Leere laufen zu lassen. Zugunsten des Ständigen Schiedsgerichts könnte man allenfalls annehmen, dass es sich bei seinen zitierten Erwägungen auf Prüfungsstufe vi) der Inhalts- und Ausübungskontrolle hinsichtlich verbandsgerichtlicher Entscheidungen wähnte,[73] wo lediglich geprüft wird, ob die streitgegenständliche Maßnahme als willkürlich oder grob unbillig eingestuft werden kann. Allerdings gilt dieser in der Tat eingeschränkte und insoweit der Verbandsautonomie Rechnung tragende Prüfungsmaßstab nicht, sofern die betreffende Regelung auf einen sog. sozialmächtigen Verband zurückgeht,[74] wovon beim seinerzeitigen Ligaverband e.V. (heute: DFL e.V.) auszugehen ist. Zudem wäre auch im Rahmen der beschriebenen Inhaltskontrolle die Gesetzmäßigkeit der umstrittenen Verbandsregel zu prüfen gewesen, was im Lichte des – natürlich – auch für Sportverbände geltenden Legalitätsprinzips nicht anhand subjektiver Einschätzungen der Beteiligten, sondern allein unter Anlegung objektiver rechtlicher Maßstäbe erfolgen kann.

38 Diese Diskrepanz zwischen der Anwendung des europäischen Kartellrechts durch den EuGH[75] und in der Folge durch das EuG und die EU-Kommission[76] einerseits und durch das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen andererseits scheint dessen Vorsitzendem, *Udo Steiner*, aufgefallen

72 Zur Frage, inwieweit die Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten – dies sind im Hinblick auf die 50+1-Regel die Investoren – überhaupt in Ansatz gebracht werden kann, → XII. Rn. 20–43 m.w.N.
73 → III. Rn. 45 f.
74 → III. Rn. 49–59 m.w.N.
75 → VI. Rn. 316–335 m.w.N.
76 → VI. Rn. 61–74 und XI. Rn. 6–8, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu sein. So soll er sich anlässlich einen Vortrags zur 50+1-Regel im Jahr 2018 folgendermaßen geäußert haben:[77]

> „Das Schiedsgericht ist – auch aus der Sicht des Unionsrechts – befugt, das Gemeinschaftsrecht eigenständig auszulegen und anzuwenden."

In der Verschriftlichung des Vortrags hieß es dann insoweit:

> „Der EuGH hat kein Auslegungsmonopol."

Solche Äußerungen sind sicherlich nicht geeignet, die verbreiteten Vorbehalte des wissenschaftlichen Schrifttums gegenüber der sog. *lex sportiva* im Allgemeinen und Sportschiedsgerichten im Besonderen[78] abzubauen. Hier werden gegensätzliche, miteinander kaum zu vereinbarende Argumentationslinien deutlich: Einerseits wird die zentrale Aufgabe des EuGH, die einheitliche Anwendung und Interpretation unionsrechtlicher Vorschriften zu gewährleisten, wofür es unbestreitbar sehr überzeugende Gründe gibt, durch den Vorsitzenden eines Sportschiedsgerichts zumindest im Hinblick auf die 50+1-Regel in Frage gestellt. Andererseits betonen aber Sportverbände, Sportschiedsgerichte und auch europäische und nationale Gerichte mit ebenso überzeugenden Gründen stets die Notwendigkeit, Verbandsstatuten (z.B. Dopingbestimmungen) gegenüber allen regelungsunterworfenen Athleten nach einheitlichen Maßstäben anzuwenden und zu interpretieren. Wer vorab in der beschriebenen Weise die rechtliche Einschätzung eines Sportschiedsgerichts im Hinblick auf die Anwendung europarechtlicher Vorschriften über die des EuGH stellt, macht sich nicht nur persönlich angreifbar, sondern möglicherweise auch den Schiedsspruch im Hinblick auf einen *ordre public*-Einwand. 39

b) Verschuldensunabhängige Haftung von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen gem. § 9a DFB-RuVO

Den Zweiklang von Verbandsautonomie und einer daraus angeblich ableitbaren (gerichtsfesten?) Einschätzungsprärogative bemühte das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen erneut in seinem Schiedsspruch vom 14.5.2013 zur verschuldensunabhängigen Haftung von Fußballclubs bei schuldhaftem Verhalten seiner Anhänger gem. § 9a DFB-RuVO (sog. *strict* 40

77 Zitiert nach *Ashelm* FAZ v. 24.8.2018.
78 → II. Rn. 16–22, IV. Rn. 150–160, IV. Rn. 348–354, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liability).[79] Zunächst erfolgte der argumentative Einstieg wieder über die Verbandsautonomie[80]:[81]

> „Die Autonomie der Sportverbände trägt auch Regelungen wie die des § 9a RuVO, mit deren Hilfe der Sport eine juristische Antwort auf die Lösung von Problemen sucht, die sich ihm ganz spezifisch stellen (…)."

41 Im Folgenden hat das Ständige Schiedsgericht dem Fußballverband wiederum eine Einschätzungsprärogative zugesprochen – dieses Mal hinsichtlich der Frage, ob diese verschuldensunabhängige Haftungszurechnung geeignet sei, das angestrebte Ziel zu erreichen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[82]

> „Ohne diese Norm kann der Beklagte die Sanktionen und Maßnahmen des § 44 DFB-Satzung nicht wirksam präventiv einsetzen. Es liegt in der **Einschätzungsprärogative des Verbandes** zu entscheiden, ob eine solche Zurechnung geeignet ist, das angestrebte präventive Ziel zu erreichen. Nach den bisherigen Erfahrungen **ist dieser Weg dazu jedenfalls nicht generell ungeeignet**. […] Die Fähigkeit zum **Erlass einer auf den besonderen sportrechtlichen Bedarf zugeschnittenen Regelung** wie der des § 9a RuVO ist in der grundgesetzlich geschützten **Verbandsautonomie** begründet."

42 Im konkreten Verfahren bildete § 242 BGB den rechtlichen Prüfungsmaßstab, während das Kartellrecht – vielleicht auch mangels entsprechenden substantiierten Vortrags des Fußballclubs – nur beiläufig und der *Meca-Medina*-Test überhaupt nicht erwähnt wurden. Das Ständige Schiedsgericht führte damit eine klassische Inhaltskontrolle durch, wie dies auch staatliche Gerichte tun, die die Entscheidung eines Verbandsgerichts zu überprüfen haben.[83] Das auch für Sportverbände geltende Legalitätsprinzip ist im Schiedsspruch zwar erkannt worden, allerdings sind die entsprechenden rechtlichen Ausführungen oberflächlich geblieben. Die starke Betonung der „Einschätzungsprärogative des Verbandes" hat dabei ein wenig den Umstand verdrängt, dass durchaus auch gesetzwidrige Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sein können. Unklar ist geblieben, ob nach Auffassung des Schiedsgerichts diese „Einschätzungsprärogative" gerichtsfest sein sollte. Es wäre indes nicht vertretbar gewesen (falls das

79 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200–205; ausf. zu dieser Rechtsproblematik → XIII. Rn. 428–445 m.w.N.

80 Zur Frage, inwieweit die Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten – dies sind im Hinblick auf § 9a DFB-RuVO die Fans, die von den seitens des DFB sanktionierten Clubs in Regress genommen werden (können), → XIII. Rn. 428–445 – überhaupt in Ansatz gebracht werden kann, → XII. Rn. 20–43 m.w.N.

81 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (202).

82 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (203); im gleichen rechtlichen Kontext allein den Aspekt der Verbandsautonomie betonend Ständiges Schiedsgericht für die 3. Liga beim DFB, SpuRt 2020, 100 (101 f.): „Die Zulässigkeit der sog. ‚Strict Liability' kann sich auf den Grundsatz der Verbandsautonomie stützen […]"; „Die verschuldensunabhängige Haftung als Ausfluss der Verbandsautonomie unterliegt auch einer Inhaltskontrolle der staatlichen Gerichte […]"; „Dogmatisch ist die rechtliche Anbindung an die grundgesetzlich garantierte Verbandsautonomie im Rahmen der zivilrechtlichen Maßstäbe zu finden und nicht im staatlichen Strafrecht."

83 → X. Rn. 12–15 i.V.m. III. Rn. 44–59.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ständige Schiedsgericht dies überhaupt im Sinn gehabt haben sollte), den „Erlass einer auf den besonderen sportrechtlichen Bedarf zugeschnittenen Regelung" weitgehend einer Gesetzmäßigkeitskontrolle anhand objektiver Maßstäbe zu entziehen. Da es sich beim DFB um einen sog. sozialmächtigen Verband handelt, hätte letztlich auch eine umfassende und nicht nur eine eingeschränkte Inhaltskontrolle stattfinden müssen,[84] die auch im Rahmen einer summarischen Prüfung die Voraussetzungen der Inhaltskontrolle nicht – wie geschehen – weitgehend der Einschätzungsprärogative des DFB hätte überantworten dürfen.

7. Fazit

Abschließend sollen die verschiedenen von der Judikatur eingeschlagenen Wege zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport im Überblick gewürdigt werden. Einschränkend sei darauf hingewiesen, dass die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Spruchkörper analysierten Entscheidungen nur eine Auswahl darstellen, wobei aber ein Bemühen um Repräsentativität erkennbar geworden sein sollte. Zudem soll nachfolgend eine Würdigung der verschiedenen Ansätze aus der Perspektive der Sportverbände vorgenommen werden. Die Vermutung liegt nahe, dass diesbezüglich die Einschätzung der den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten und Sportclubs der nachfolgend dargestellten Sicht der Sportverbände fast durchweg diametral verlaufen dürfte. 43

Hinsichtlich der Absicherung sowie einer möglichst weiten und vor allem gerichtsfesten Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verbandsautonomie kommt aus der Perspektive der Sportverbände dem EuGH die Rolle des Spielverderbers zu.[85] Klar definierte, gerichtsfeste und der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und insbesondere des Kartellrechts vollständig entzogene Handlungsspielräume hat der Gerichtshof den Sportverbänden nicht eingeräumt. Indes hat es der EuGH entgegen harscher Kritik im kartellrechtlichen Schrifttum[86] zugelassen, dass die Besonderheiten des Sports und damit wettbewerbsfremde Aspekte bei der rechtlichen Bewertung am Maßstab der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts (*Meca-Medina*-Test) berücksichtigt werden können. Damit kennen Sportverbände nunmehr die maßgeblichen Fragen, um eine erste Selbsteinschätzung insbesondere der kartellrechtlichen Lage vornehmen zu können, wobei den Sportverbänden ein grundsätzlich gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum zusteht. 44

84 → III. Rn. 49–59 m.w.N.
85 → X. Rn. 2–5.
86 → VI. Rn. 146–156 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

45 Der EFTA-Gerichtshof[87] hat zuletzt den Blick dafür geschärft, dass die von Sportverbänden mit einer umstrittenen Verbandsregel oder -maßnahme verfolgten selbstbestimmten Ziele erstens als legitim müssen eingestuft werden können; zweitens müssen diese Ziele seitens des Verbandes in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden. Aus Sicht der Sportverbände stellt dies einen (zu) tiefen Eingriff in die Verbandsautonomie dar. Allerdings setzen staatliches und supranationales Recht der Verbandsautonomie auch im Sport Grenzen, es handelt sich insoweit lediglich um eine „conditional autonomy".[88]

46 Internationale Sportverbände und der EGMR könnten *best buddies* geworden sein, seit letzterer (wie zuvor schon das SchweizBG und der BGH) den CAS als echtes Schiedsgericht anerkannt hat.[89] Insbesondere werden beim CAS die rechtlichen Grenzen, die der EuGH und der EFTA-Gerichtshof den Sportverbänden mit den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht gesetzt haben, spürbar zugunsten der Sportverbände verschoben. Das für Sportverbände von diesen Rechtsgebieten ausgehende Gefahrpotential ist zumindest bei Schiedsverfahren, die vor dem CAS ausgetragen werden, deutlich reduziert – aus Sicht der Sportverbände sicherlich eine angemessene Stärkung der Verbandsautonomie. Da der EGMR im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK nur so niedrige Mindeststandards für die Sportschiedsgerichtsbarkeit aufgestellt hat, dass der CAS sie letztlich locker erfüllen kann, ist nicht auszuschließen, dass im Vergleich dazu nationale Sportschiedsgerichte weniger verbandsfreundliche rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen bieten.

47 Insbesondere die von deutschen staatlichen Gerichten durchzuführende umfassende Inhalts- und Rechtsmäßigkeitskontrolle verbandsgerichtlicher Entscheidungen innerhalb monopolartiger Sportverbände[90] stufen letztere als (zu) tiefen Eingriff in ihre Verbandsautonomie ein. Aber zum einen genießen Sportverbände von vornherein lediglich eine „conditional autonomy". Zum anderen können die Mitglieder solcher monopolartiger Sportverbände aufgrund faktischer Zwänge nicht einfach mit den Füßen abstimmen, d.h. das ihnen etwa in Deutschland aufgrund zwingenden Rechts eingeräumte Austrittsrecht (§§ 39 Abs. 1, 40 Satz 1 BGB) ausüben, insbesondere wenn dies im professionellen Sport einem Berufsausübungsverbot gleichkäme. Diese Umstände rechtfertigen den strengen rechtlichen Prüfungsmaßstab.

48 Die Gefahren, die der Verbandsautonomie der Sportverbände nach einer Entscheidung durch ein Sportschiedsgericht vor staatlichen Gerichten in etwaigen Aufhebungsverfahren sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren dro-

87 → X. Rn. 6 f.
88 *Weatherill*, Principles, 2017, 27, 71 f., 85–93.
89 → X. Rn. 8–11.
90 → X. Rn. 12–16.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen, sind sehr begrenzt.[91] Denn in diesen Verfahren, die ohnehin selten eingeleitet werden, kann ein Schiedsspruch materiell-rechtlich nur noch im Hinblick auf *ordre public*-Verstöße überprüft werden.

Der BGH hat zuletzt für die Verbandsautonomie deutscher Sportverbände Zuckerbrot und Peitsche bereitgehalten. Durch das Zusammenspiel von SchweizBG und dem Kartellsenat am BGH bei der Anerkennung des CAS als echtes Schiedsgericht wurde aus der Sicht der Sportverbände die Verbandsautonomie in erheblichem Maße gestärkt.[92] Indes hat der II. Zivilsenat am BGH in ständiger Rechtsprechung hinsichtlich der rechtswirksamen Unterwerfung (un)mittelbarer Mitglieder unter die Verbandsstatuten nach deutschem Recht wesentlich strenger entschieden, als dies im Geltungsbereich schweizerischen Rechts der Fall ist.[93] Dies betrachten nationale Sportverbände vermutlich als unverhältnismäßige Eingrenzung der Verbandsautonomie, was sie entgegen anders lautender Befürchtungen in den vergangenen Jahren aber nicht vor unlösbare praktische Probleme gestellt hat. 49

Das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen sieht sich demgegenüber eher als Gralshüter der Verbandsautonomie im deutschen Fußballsport.[94] Hierzu hat es wiederholt gleichsam die einfachste und praktisch wichtigste Box-Kombination 1-2 erfolgreich eingesetzt – für Rechtshänder (sog. Linksausleger) also unter Betonung der Verbandsautonomie zunächst ein Jab, d.h. eine Gerade mit der linken Führhand, der unmittelbar nach dem Öffnen der gegnerischen Deckung die Einschätzungsprärogative der Sportverbände als harte Gerade mit der rechten Schlaghand hinterhergeschickt wird. Zumindest nach hier vertretener Auffassung ist der zweite Schlag nicht regelkonform, soweit dieser auf der – unzutreffenden – Annahme beruht, Sportverbänden komme im Rahmen der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests sowie bei einer Inhaltskontrolle von Verbandsentscheidungen durch staatliche Gerichte eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zu. Die Umsetzung des *Meca-Medina*-Tests durch den EuGH,[95] das EuG,[96] aber auch durch die EU-Kommission[97] oder das BKartA[98] bietet für die Rechtsauffassung des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen keinerlei Anhaltspunkte – ganz im Gegenteil! Allerdings gibt es beim Ständigen Schiedsgericht keine Ringrichter, die bislang diesen unzulässigen Schlag hätten sanktionieren können, 50

91 → X. Rn. 16–18.
92 → X. Rn. 20–24.
93 → X. Rn. 25–28.
94 → X. Rn. 29–42.
95 → VI. Rn. 316–336 m.w.N.
96 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 77 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.
97 → XI. Rn. 6–8 m.w.N.
98 → XI. Rn. 28–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

was aus Sicht der Fußballverbände zu einer erheblichen Stärkung der Verbandsautonomie geführt hat. Es bleibt abzuwarten, ob das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen insoweit bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhalten und den *Meca-Medina*-Test grundlegend anders als EuGH, EuG, EU-Kommission und BKartA interpretieren und anwenden wird. Dies würde zwar die hohe Attraktivität des Schiedsgerichts für die Fußballverbände sichern, zugleich aber müsste das Schiedsgericht spätestens dann mit erheblichen Einbußen bei der Wertschätzung durch die Fans eines sach- und interessengerecht angewendeten Sportkartellrechts rechnen.

51 Insgesamt fällt auf, dass die private Gerichtsbarkeit, insbesondere die Sportschiedsgerichtsbarkeit, die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Vergleich zu supranationalen und deutschen staatlichen Gerichten tendenziell weiter zieht. Dies mag auch erklären, weshalb Sportverbände erhebliche Anstrengungen unternehmen, Rechtsstreitigkeiten mit (un)mittelbaren Mitgliedern und sonstigen den Verbandsstatuten Unterworfenen möglichst innerhalb der Sportverbands- und Sportschiedsgerichtsbarkeit abschließend, d.h. unter jeglichem Ausschluss der staatlichen oder supranationalen Gerichtsbarkeit,[99] zu führen.[100] Wenn etwa einem nationalen Sportverband kein oder kaum rechtliches Ungemach von staatlichen Gerichten droht, dann ist dies ein weicher Faktor, der bei der nächsten Vergabe großer Sportevents durch internationale Sportverbände wohlwollend zur Kenntnis genommen wird.[101] Wie sich vorangehend gezeigt hat,[102] können Sportverbände auf diese Weise die Einschaltung staatlicher oder supranationaler Gerichte nicht durchgängig vermeiden. Diese stehen der Berücksichtigung der Besonderheiten des Sports in den jeweiligen Verfahren jedoch durchweg offen gegenüber, wenngleich auch nicht stets in dem von Sportverbänden erwarteten oder gewünschten Ausmaß. Insbesondere bei nationalen staatlichen Gerichten kann in derartigen Verfahren nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass sie sich

99 Zu den Gründen, weshalb trotz oftmals anders lautender Verbandsregelungen die staatliche Gerichtsbarkeit bei Entscheidungen sowohl von Verbandsgerichten als auch von Verbandsschiedsgerichten nicht vollständig ausgeschlossen werden kann, → II. Rn. 22; zum von deutschen Gerichten anzuwendenden rechtlichen Prüfungsmaßstab hins. verbandsgerichtlicher Entscheidungen → III. Rn. 37–63 m.w.N. sowie zum rechtlichen Prüfungsmaßstab hins. Entscheidungen von Sportschiedsgerichten am Beispiel des CAS → IV. Rn. 316–334 m.w.N.

100 → IV. Rn. 144–146.

101 *Weatherill*, Principles, 2017, 35 f.: „So, in principle, a national association which allows its disputes to leak into the domain of the ordinary courts – through its own action or by failing to assert a grip on a club within its jurisdiction which pursues such action – could find its team(s) suspended from participation in international competitions. The threat is usually enough: there is no need for execution." Solche Konflikte können auch auf rein nationaler Ebene auftreten, etwa wenn ein deutsches Bundesland wie Bremen Rechtsgrundlagen zur Rückerstattung der Kosten von Polizeieinsätzen bei Sportveranstaltungen erlässt, die bei nationalen Sportverbänden, im konkreten Fall beim DFB e.V. und dem DFL e.V., auf wenig Verständnis stoßen; vgl. *Müller* Frankfurter Rundschau v. 2.7.2020 („Dauerzwist mit der DFL – DFB gibt Bremen eine Abfuhr").

102 → X. Rn. 1–28 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei der Entscheidungsfindung bewusst oder unbewusst auch von sportpolitischen Erwägungen im Hinblick auf den jeweiligen Standort leiten lassen.[103] Gerade wenn es um die Vergabe prestigeträchtiger Sportevents wie Olympischer Spiele oder internationaler Fußballturniere geht, liegt es in der Natur der Sache, dass die Judikatur durch Entscheidungen, die entsprechende Bemühungen nationaler Sportverbände konterkarieren könnten, sich nur ungern die Rolle des Buhmanns wird zuweisen lassen wollen.

52 Bei der unmittelbar nachfolgend zu analysierenden Entscheidungspraxis der Kartellbehörden gibt es keine Aufspaltung in supranationale/staatliche und private Spruchkörper. Es wird zu ermitteln sein, wie sich dieser Umstand im Vergleich zur Judikatur auf die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie auswirkt.

103 → IV. Rn. 257–265 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

XI. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch Kartellbehörden

1. Europäische Kommission

Die EU-Kommission kann als europäische Kartellbehörde bei Entscheidungen, die sportorganisatorische Maßnahmen (inter)nationaler Sportverbände betreffen, sehr unabhängig agieren, wenn man davon absieht, dass die zuständige und verantwortliche Wettbewerbskommissarin wie derzeit *Margarethe Vestager* Vorgaben etwa hinsichtlich der thematischen Schwerpunktsetzung machen kann. Diese Unabhängigkeit europäischer Gerichte oder auch der EU-Kommission hat *Weatherill* anschaulich mit folgenden Worten zusammengefasst:[1] 1

> „And since the EU has neither a sports team of its own nor an interest in bidding to host a major event in its own right it is immune to the blandishment of governing bodies seeking commercially attractive concessions from legal norms."

Vor diesem Hintergrund ist von besonderem Interesse, wie sich die EU-Kommission bislang hinsichtlich Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport positioniert hat.

a) ENIC/UEFA

Die Entscheidung der EU-Kommission in dem Verfahren *ENIC/UEFA*[2] ist bereits zuvor ausführlich dargestellt und analysiert worden.[3] Im Hinblick auf die Ausgangsproblematik lieferte dieses Verfahren bereits im Jahr 2002, d.h. vier Jahre vor der berühmten Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[4] und der damit verbundenen Entwicklung des *Meca-Medina*-Tests,[5] Sportverbänden eine gute, aber auch eine schlechte Nachricht: 2

Die letztere bestand darin, dass nach Auffassung der EU-Kommission Art. 81 Abs. 1 EG (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) auf organisatorische Regelungen von Sportverbänden angewendet werden kann und damit keine generelle kartellrechtliche 3

1 *Weatherill*, Principles, 2017, 357, ähnl. 35 f. („It does not trouble the Court or the Commission. The EU's team cannot be excluded from the World Cup. There is no EU team.").
2 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806 – ENIC/UEFA.
3 → VI. Rn. 15–24 m.w.N.; zur Entscheidung s. auch *L. Breuer* 437–442; *Heermann* WRP 2003, 724 (726–728).
4 → VI. Rn. 39–60 m.w.N.
5 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bereichsausnahme zugunsten von Sportverbänden existiert. Vielmehr erkannte die Kommission:[6]

„The rule may limit the freedom to act of clubs and their owners."

4 Die nach diesem kartellrechtlichen Einstieg aus der Perspektive der Sportverbände sodann positiv zu bewertende Nachricht bestand darin, dass die Besonderheiten des Sports im Rahmen einer Rechtfertigung der von einer streitgegenständlichen Verbandsregelung ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung durchaus berücksichtigt werden können, wobei die EU-Kommission die einzelnen Stufen des späteren *Meca-Medina*-Tests bereits vorzeichnete.[7] Nach Überzeugung der Kommission konnte und kann den Besonderheiten des Sports und der Verbandsautonomie auch dann angemessen Rechnung getragen werden, wenn der Sportsektor nicht von vornherein von der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts ausgeschlossen ist. Die beste Nachricht für die UEFA war freilich seinerzeit, dass die EU-Kommission im konkreten Fall die Voraussetzungen einer solchen Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelung als erfüllt ansah.

5 Damit gerierte sich die EU-Kommission in dem Verfahren *ENIC/UEFA* im Jahr 2002 – wie vier Jahre später dann auch der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* – im Hinblick auf Absicherung und Begrenzung der Autonomie im Sport aus Sicht der Sportverbände zwar als Spielverderber, indes keineswegs als Totengräber der Verbandsautonomie. Wenn die (inter)nationalen Sportverbände der Entscheidung der EU-Kommission bereits ab dem Jahr 2002 größere Aufmerksamkeit geschenkt und sich verbandspolitisch auf die damals bereits absehbaren kartellrechtlichen Rahmenbedingungen eingestellt hätten, wären sie insoweit vier Jahre später vom EuGH nicht gleichsam auf dem falschen Fuß erwischt worden.

b) ISU's Eligibility Rules

6 Die gleichnamige Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2017[8] sowie die nachfolgende Entscheidung des EuG[9] sind bereits an anderer Stelle dargestellt und gewürdigt worden.[10] Gegenstand des Verfahrens war die (kartell)rechtliche Zulässigkeit von Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalten der International Skating Union (ISU) im Hinblick auf die Durchführung von sowie die Teilnahme

6 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 30 – ENIC/UEFA.
7 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806, Rn. 32, 38 – ENIC/UEFA; → VI. Rn. 15–24.
8 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules.
9 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.
10 → VI. Rn. 61–74 m.w.N.; zur Entscheidung der EU-Komm. s. auch *Heermann* WuW 2018, 241–247; *Heermann* WuW 2018, 550–556.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an privaten Konkurrenzveranstaltungen.[11] Dadurch waren zwei professionelle niederländische Eisschnellläufer faktisch daran gehindert worden, im Sommer und damit ohne terminliche Kollision mit den offiziellen Wettkämpfen unter dem Dach der ISU an dem finanziell lukrativen Eisschnelllaufwettbewerb eines privaten Veranstalters teilzunehmen. Dieser hatte letztlich auf die Durchführung des geplanten Eisschnelllauf-Events verzichten müssen, weil die Top-Athleten wegen der drohenden Sanktionen der ISU von der Teilnahme abgeschreckt worden waren.

7 Die EU-Kommission und das EuG haben in ihren jeweiligen Entscheidungen, die im Ergebnis einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV annehmen, ausdrücklich und vollständig den *Meca-Medina*-Test übernommen.[12] Damit wurden ein weiteres Mal, nunmehr aber sicherlich nicht mehr überraschend, die Hoffnungen der Sportverbände auf eine Freistellung von der Anwendung des europäischen Kartellrechts enttäuscht. Dies mögen sie als Einschränkung der Verbandsautonomie empfinden, selbst wenn bei der kartellrechtlichen Bewertung – was keineswegs selbstverständlich ist[13] – den Besonderheiten des Sports als wettbewerbsfremden Aspekten Rechnung getragen werden kann.

8 Eine weitere Entwicklung zeichnete sich in der Entscheidung *ISU's Eligibility Rules* ab, die für Sportverbände weitreichende rechtliche Konsequenzen haben kann. Denn die EU-Kommission hat den *Meca-Medina*-Test auf einen Sachverhalt angewendet, in dem Statuten eines Sportverbandes sich nicht – wie noch im Verfahren *Meca-Medina und Majcen* – allein auf die den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten, sondern auch mittelbar auf Nichtmitglieder des Sportverbandes – hier einen privaten, mit der ISU konkurrierenden Veranstalter von Eisschnelllaufwettbewerben – auswirkten. Dadurch hat die EU-Kommission den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests zugunsten der Sportverbände erheblich ausgeweitet. Auf diesen Aspekt sowie die damit verbundene, ebenso umstrittene wie spannende Rechtsfrage, inwieweit sich ein Sportverband in solchen Konstellationen mit Drittbezug erfolgreich auf den Schutz durch die Verbandsautonomie berufen kann, wird später in einem speziellen Abschnitt zurückzukommen sein.[14]

11 Allg. hierzu → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.
12 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 25, 210–267 – ISU's Eligibility Rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 77–114 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.
13 → VI. Rn. 146–159 m.w.N.
14 → XII. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Weißbuch Sport und Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context“

a) Allgemeines

9 Das im Jahr 2007 von der EU-Kommission veröffentlichte Weißbuch Sport[15] blieb weit hinter den Erwartungen der Sportverbände zurück, weil es diesen nicht die gewünschte oder zumindest erhoffte weitgehende Freistellung von der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten sowie der europäischen kartellrechtlichen Vorschriften gebracht hatte. Stattdessen erfolgte im Weißbuch Sport sowie insbesondere im Begleitdokument „The EU and Sport: Background and Context“[16] eine detaillierte, mitunter an eine Kommentierung erinnernde Analyse der Spruchpraxis des EuGH, des EuG und der EU-Kommission zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor.

10 Überraschenderweise ist seither im sportrechtlichen Schrifttum, aber auch seitens der Sportverbände fast durchweg der Umstand vernachlässigt worden, dass die EU-Kommission im Begleitdokument eine wertvolle Orientierungshilfe,[17] die fast den Charakter von Leitlinien annimmt, zur ersten groben kartellrechtlichen Einordnung verschiedener sportorganisatorischer Verbandsmaßnahmen zur Verfügung gestellt hat. Diese Passagen werden nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben und kurz erläutert. Dabei nimmt die EU-Kommission eine Unterteilung sportorganisatorischer Verbandsmaßnahmen in zwei Gruppen vor. Zugleich macht sie aber deutlich, dass trotz dieser Systematisierung Einzelfallentscheidungen unabdingbar bleiben werden.[18]

b) Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit geringem kartellrechtlichem Konfliktpotential

11 Das geringe kartellrechtliche Konfliktpotential der ersten Gruppe sportorganisatorischer Verbandsregelungen wird in folgender Weise umschrieben:[19]

15 EU-Komm., Weißbuch Sport, C(2007), 391 final; ausf. hierzu sowie zu den Hintergründen *Weatherill*, Principles, 2017, 135–141, 247 f. m.w.N.
16 Commission Staff Working Document.
17 Ähnl. *Weatherill*, Principles, 2017, 122.
18 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b): „Notwithstanding this tentative classification it needs to be recalled that an individual analysis of every challenged organisational sporting rule on a case-by-case basis is indispensable.“ Zur Unmöglichkeit, konkretere Leitlinien für die kartellrechtliche Bewertung sportorganisatorischer Verbandsmaßnahmen aufzustellen, sowie zur Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen → VI. Rn. 373.
19 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„The following types of rules constitute examples of organisational sporting rules that – based on their legitimate objectives – are likely not to breach Articles 81 EC and/or 82 EC provided the restrictions contained in such rules are inherent and proportionate to the objectives pursued:"

Aus diesen einführenden Worten ist zu schließen, dass die EU-Kommission die Zielsetzungen der nachfolgend aufgelisteten Verbandsmaßnahmen grundsätzlich als legitim im Sinne der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests[20] einstuft. Sofern die weiteren Voraussetzungen auf der zweiten[21] und dritten Stufe[22] des *Meca-Medina*-Tests erfüllt sind, verstoßen entsprechende Maßnahmen weder gegen Art. 101 AEUV noch gegen Art. 102 AEUV.[23] Unberührt davon bleibt selbstverständlich – auch wenn von der EU-Kommission in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich angesprochen – die Anwendung des Rechtsfertigungstatbestandes Art. 101 Abs. 3 AEUV[24] oder sonstiger rechtfertigender Umstände wie z.B. des Effizienzeinwands bei Art. 102 AEUV.[25] 12

Sodann werden die betreffenden sportorganisatorischen Verbandsmaßnahmen aufgelistet, zu denen jeweils in einem späteren Abschnitt des Begleitdokuments die Spruchpraxis von EuGH, EuG und EU-Kommission bis zum Jahr 2007 dargestellt wird: 13

„– ‚Rules of the game' (e.g., the rules fixing the length of matches or the number of players on the field);[26]
– Rules concerning selection criteria for sport competitions;[27]
– ‚At home and away from home' rules;[28]
– Rules preventing multiple ownership in club competitions;[29]
– Rules concerning the composition of national teams;[30]
– Anti-doping rules;[31] and
– Rules concerning transfer periods (‚transfer windows')."[32]

In anderem Zusammenhang werden schließlich noch Lizenzierungssysteme für Sportligen dieser ersten Gruppe zugeordnet.[33]

20 → VI. Rn. 176–284.
21 → VI. Rn. 285–287.
22 → VI. Rn. 288–315.
23 Zur Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auch auf Art. 102 AEUV → VII. Rn. 67–71.
24 → VI. Rn. 362–372.
25 Hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 155 ff.
26 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b); → VI. Rn. 212.
27 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.1; → XIII. Rn. 132–170.
28 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.2.
29 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.3; → XIII. Rn. 311–326.
30 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.4.
31 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.5.
32 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.1.6; → XIII. Rn. 494–529.
33 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.2.1.7; → XIII. Rn. 12–1 Rn. 203–267.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit erhöhtem kartellrechtlichem Konfliktpotential

14 Demgegenüber wird das erhöhte kartellrechtliche Konfliktpotential der zweiten Gruppe sportorganisatorischer Verbandsregelungen in folgender Weise umschrieben:[34]

> „The following rules represent a higher likelihood of problems concerning compliance with Articles 81 EC and/or 82 EC, although some of them could be justified under certain conditions under Article 81(3) or Article 82 EC:"

15 Sportorganisatorische Verbandsregelungen mit den nachfolgenden Zielsetzungen können durchaus noch mit Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV vereinbar sein, d.h. sie können – wenngleich mit geringerer Wahrscheinlichkeit als bei der ersten Gruppe – legitime Zielsetzungen im Sinne der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests[35] verfolgen.[36] Sofern zugleich auch die weiteren Voraussetzungen der zweiten[37] und dritten Stufe[38] des *Meca-Medina*-Tests erfüllt sind, was im Vergleich zur ersten Gruppe sportorganisatorischer Verbandsregelungen gleichfalls weniger wahrscheinlich ist, begründen die entsprechenden Verbandsregelungen keinen Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV. Selbst wenn die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllt sein sollten, kommt noch eine Rechtfertigung der von den Verbandsregelungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (bezüglich einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV)[39] oder auf das Basis von Effizienzerwägungen (bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV)[40] in Betracht.

16 Sodann werden wiederum die betreffenden sportorganisatorischen Verbandsmaßnahmen aufgelistet, zu denen jeweils in einem späteren Abschnitt des Begleitdokuments die Spruchpraxis von EuGH, EuG und EU-Kommission bis zum Jahr 2007 dargestellt wird:

34 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).
35 → VI. Rn. 176–284.
36 A.A. LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 100 mit unzutreffender Begründung, → hierzu bereits VI. Rn. 367–370 m.w.N.
37 → VI. Rn. 285–287.
38 → VI. Rn. 288–315.
39 → VI. Rn. 362–372.
40 → VII. Rn. 67–71.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„– Rules protecting sports associations from competition.[41]
– Rules excluding legal challenges of decisions by sports associations before national courts if the denial of access to ordinary courts facilitates anti-competitive agreements or conduct.[42]
– Rules concerning nationality clauses for sport clubs/teams.[43]
– Rules regulating the transfer of athletes between clubs (except transfer windows).[44]
– Rules regulating professions ancillary to sport (e.g. football players' agents).“[45]

d) Zwischenfazit

Wie hier bereits im Vorgriff auf Analysen in einem späteren Abschnitt[46] festgestellt werden soll, hat die von der EU-Kommission im Jahr 2007 vorgenommene Aufteilung sportorganisatorischer Verbandsmaßnahmen in eine kartellrechtlich eher unbedenkliche erste Gruppe sowie eine zweite Gruppe mit tendenziell erhöhtem kartellrechtlichem Konfliktpotential durch die Entscheidungspraxis seither im Wesentlichen Bestätigung erfahren. Auch insoweit gilt der altbekannte Grundsatz, dass Ausnahmen die Regel bestätigen. Damit gab die EU-Kommission den Sportverbänden bereits kurz nach dem ebenso grundlegenden wie wegweisenden Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* eine sehr nützliche Orientierungshilfe an die Hand, die die Kommission seither konsequent angewendet und umgesetzt sowie in behutsamen Schritten fortentwickelt hat.[47] 17

Einige sportkartellrechtliche Verfahren hätten verhindert werden können, wenn die betroffenen Sportverbände diese ihnen zur Verfügung gestellte konstruktive Hilfestellung nicht als einen ihnen zugeworfenen Fehdehandschuh aufgefasst hätten. So aber ignorierten sie ihren Angstgegner, das Sportkartellrecht, bestmöglich und konzentrierten ihre lobbyistischen Bemühungen darauf, durch die Forderung an den Gesetzgeber nach Schaffung von Ausnahmebereichen für den Sport dem Kontrahenten ein für alle Mal gleichsam die Spielerlaubnis zu entziehen. Dies war und ist vielfach immer noch die einzige Maßnahme, die Sportverbände als angemessene Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport vor- 18

41 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.2.1; → XIII. Rn. 73–131.
42 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.2.2; → XIII. Rn. 881–944.
43 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.2.3.
44 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.2.4; → XIII. Rn. 494–529.
45 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b) und Annex I Abschn. 2.2.2.5; → XIII. Rn. 548–591.
46 → XIII. Rn. 1 ff.
47 In diesem Sinne auch *Weatherill*, Principles, 2017, 247: „The Comission's 2007 White Paper tackles the matter [of conditional autonomy] with care and subtlety. […] Self-regulation shall be ‚respectful of good governance principles' and must respect EU law.“

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

behaltlos anerkennen würden. Dieses ambitionierte Projekt war indes angesichts der von Sportverbänden schon seit Jahrzehnten mit zunehmender Tendenz entfalteten unternehmerischen Aktivitäten von vornherein zum Scheitern verurteilt, es handelte sich dabei gleichsam um eine „mission impossible".

3. Bundeskartellamt

19 Die 6. Beschlussabteilung am BKartA[48] untersuchte im Rahmen von Verpflichtungszusagenbeschlüssen gem. § 32b Abs. 1 GWB in den Jahren 2012, 2016 und 2020 wiederholt die kartellrechtliche Zulässigkeit der Zentralvermarktung der audiovisuellen Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga und 2. Bundesliga durch den DFL e.V. und die DFL GmbH. Zudem beschäftigte sich die 2. Beschlussabteilung am BKartA[49] im Jahr 2019 gleichfalls in einem Verpflichtungszusagenbeschluss, der weltweit für Aufsehen gesorgt hat,[50] mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Maßnahmen des IOC sowie des DOSB, die deutschen Olympiateilnehmern während der Olympischen Spiele Vermarktungsaktivitäten zugunsten ihrer Individualsponsoren nahezu vollständig untersagten. Diese Verfahren sollen erst in späteren Abschnitten[51] näher beleuchtet werden. Vorliegend geht es allein um die Frage, welchen Beitrag diese Entscheidungen des BKartA im Hinblick auf die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport geleistet haben.

a) Zentralvermarktung

20 Zunächst ist festzustellen, dass das BKartA in keinem der Verfahren versucht hat, den *Meca-Medina*-Test auf die Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV anzuwenden. Diese resultiert(e) aus der im Vergleich zu einer Einzelvermarktung durch 36 Anbieter (jeweils 18 Mitglieder der Bundesliga und der 2. Bundesliga) im Rahmen der Zentralvermarktung erfolgten Reduktion auf die DFL als alleinigen Anbieter. Die Vernachlässigung des *Meca-Medina*-Tests ist nachvollziehbar. Denn die auf einem Beschluss zunächst des DFB und später der DFL beruhende Zentralvermarktung ist nicht mit der „Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbun-

48 BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15 = BeckRS 2015, 112010; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496 .

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

50 Dies belegt der Umstand, dass die Entscheidung auch in englischer Sprache auf der Website des BKartA veröffentlicht worden ist, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-26-17.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

51 → XIII. Rn. 655–708, 709–880.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den".[52] Die Zentralvermarktung der audiovisuellen Medienrechte steht weder in unmittelbarem Zusammenhang speziell mit der Durchführung von Fußballspielen, noch ist sie hierfür notwendig,[53] so dass eine Anwendung des *Meca-Medina*-Tests bereits aus diesem Grund ausscheiden muss(te). Stattdessen hat das BKartA in den betreffenden Verfahren auf der Basis einer jeweils vorläufigen kartellrechtlichen Bewertung die Voraussetzungen des Rechtfertigungstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV als erfüllt angesehen.[54]

21 Dabei knüpfte das BKartA an zwei ältere Entscheidungen der EU-Kommission an, die die Zentralvermarktung der Fernsehrechte an Fußballspielen einerseits durch die UEFA und andererseits durch den DFB betroffen hatten. Im erstgenannten Verfahren war erstmalig und seither zugleich auch letztmalig eine Freistellungsentscheidung hinsichtlich der von der UEFA zentral vermarkteten audiovisuellen Medienrechte an Spielen der UEFA Champions League durchgeführt worden, d.h. die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV waren einzeln geprüft und im konkreten Verfahren nicht nur aufgrund einer vorläufigen, sondern aufgrund einer abschließenden rechtlichen Beurteilung als erfüllt eingestuft worden.[55] Bei der nachfolgenden Entscheidung der EU-Kommission hinsichtlich der Zentralvermarktung der audiovisuellen Medienrechte durch den DFB handelte es sich hingegen bereits nur noch um eine auf einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung beruhenden Verpflichtungszusagenentscheidung gem. Art. 9 VO 1/2003 (Kartellverfahrensordnung).[56]

22 Die erwähnten Verpflichtungszusagenentscheidungen kamen den praktischen Bedürfnissen der Sportverbände insoweit entgegen, als letztere im Rahmen eines ständigen Austauschs von Rechtsauffassungen die Möglichkeit erhielten, bis heute mit beachtlichem Erfolg, wenngleich jeweils mit gewissen Abstrichen das BKartA von der Notwendigkeit der konkreten Ausgestaltung des jeweils vorgeschlagenen und unbestreitbar wettbewerbsbeschränkenden Zentralvermarktungsmodells zu überzeugen. Dabei haben die Fußballverbände in erheblichem Maße davon profitiert, dass die Kartellbehörden sich bislang stets auch auf die ökonomischen Einschätzungen und Prognosen in der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission zur Zentralvermarktung der UEFA Champions League aus dem Jahr 2003[57] gestützt haben. Diese Freistellungsentscheidung beruht indes im

52 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → XIII. Rn. 731.
53 So auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 419.
54 BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749, Rn. 54 ff.; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15, Rn. 136 ff. = BeckRS 2015, 112010, Rn. 174 ff.; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 250 ff.
55 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, WuW/E EU-V 889 – UEFA.
56 EU-Komm. 19.11.2005 – COMP/C.2-37.214, WuW/E EU-V 1041 – DFB.
57 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wesentlichen auf sehr zweifelhaften, teils sogar verfehlten Annahmen sowie auf Prognosen, die sich in der Folge als unzutreffend erwiesen haben.[58]

23 Die Monopolkommission hat zuletzt die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte von Fußballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga durch die DFL[59] sowie von Fußballspielen der UEFA Champions League durch den europäischen Fußballverband (UEFA)[60] kartellrechtlich kritisch gewürdigt.[61] Dabei hat die Monopolkommission mit guten Gründen „das evolutive Vorgehen des Bundeskartellamts" kritisiert, „das die Zentralvermarktungsmodelle der DFL jeweils einer vorläufigen Beurteilung unterzogen und das Verfahren beendet hat, nachdem die Beteiligten auf die kartellbehördlichen Bedenken Verpflichtungszusagen abgegeben hatten".[62] Es solle die Praxis der Verfahrensführung aufgrund einer lediglich vorläufigen Beurteilung nicht weiter fortgesetzt werden, da sie nur bedingt tauglich erscheine, um wettbewerblichen Fehlentwicklungen auf Dauer zu begegnen.

24 Es ist zwar zu konstatieren, dass in den letzten drei Ausschreibungsrunden der audiovisuellen Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga die DFL – vermutlich auf Druck des BKartA – allmählich den Wettbewerb belebt hat. So gilt etwa schon seit einigen Jahren nicht mehr der einstige Slogan des Bezahlsenders Sky „Alle Spiele, alle Tore", weil zwischenzeitlich der Alleinerwerb der Rechte durch einen Medienanbieter untersagt wurde („*No-Single-Buyer-Rule*"). Allerdings hat das BKartA der DFL die Einführung weiterer wettbewerbsbelebender Elemente allenfalls in homöopathischen Dosen verordnet. So werden seit der Saison 2021/22 die einzelnen Fußballspiele der Bundesliga (nicht der 2. Bundesliga) – abgesehen von wenigen Ausnahmen pro Saison, für deren Aufzählung die Finger einer Hand allemal ausreichen – live jeweils exklusiv vom Bezahlsender Sky (Spiele am Samstag sowie in sog. englischen Wochen am Dienstag und Mittwoch) sowie vom Streamingdienst DAZN (Spiele am Freitag und Sonntag) übertragen. Echter Wettbewerb sieht freilich anders aus. Ein solcher setzt üblicherweise voraus, das substituierbare Produkte parallel von mindestens zwei konkurrierenden Unternehmen angeboten werden. Endkunden, die Zugang zu sämtlichen Spielen der Bundesliga oder der UEFA Champions League haben wollen, müssen jeweils zwei Abonnements abschließen, wobei ein erheblicher Teil der Spiele allein als Stream zu empfangen ist (es sei denn, man zahlt einen weiteren Aufpreis).

58 Ausf. hierzu *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 ff. m.w.N.
59 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 350–502; *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 465–485.
60 *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 845–867.
61 Zu einer Würdigung des XXI. und XXII. Hauptgutachtens vgl. *Heermann* WuW 2017, 312 ff.; *Heermann* WRP 2018, 7 ff.; *Heermann* CaS 2019, 30 ff.
62 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 501; diesen Aspekt erneut betonend *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 484.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieses weiterhin hohe Maß an Exklusivität für die übertragenden Medienanbieter hat natürlich seinen Preis – für letztere, aber natürlich auch für die Endkunden. Es drängt sich die Vermutung auf, dass die verfügbaren Abonnements für Endkunden passgenauer und preisgünstiger sein könnten.[63] Aus dem Kreis der Fußballfans werden viele vorrangig an der Live-Übertragung der Spiele ihrer jeweiligen Lieblingsmannschaft interessiert sein. Allein, ein solches Paketangebot existiert etwa für die Bundesliga oder die UEFA Champions League gar nicht erst, stattdessen müssen Endkunden mit solchen Interessen zwangsläufig mindestens zwei Abonnements abschließen und zugleich für Hunderte von Live-Spielen mitbezahlen, an denen sie regelmäßig keinerlei Interesse haben.[64] 25

In diesem Zusammenhang stellt sich die generelle Frage, wie zusätzliche wettbewerbsbelebende Elemente in den Ausschreibungsprozess integriert werden sollen bzw. können. Verpflichtungszusagen bieten insoweit einen durchaus geeigneten Ansatz. Allerdings hat sich bei den bisherigen Ausschreibungsverfahren das BKartA insoweit erstaunlich defensiv verhalten und die Rechteinhaber in ihrem ökonomisch nachvollziehbaren Streben nach einer Erlösmaximierung auf Kosten der Medienanbieter und Endkunden nur sehr behutsam gezügelt. Das werden die DFL und die Clubs der Fußball-Bundesligen verständlicherweise nicht öffentlich einräumen, gleichwohl aber als Stärkung der Verbandsautonomie zu schätzen wissen. Vielleicht ist dies auch ein – unausgesprochener – Grund dafür, dass sich die Monopolkommission wiederholt für ein Abrücken von den Verpflichtungszusagen ausgesprochen hat.[65] Ein Ruf nach dem Gesetzgeber würde in dem aus der Perspektive der Sportverbände günstigsten Fall zu einer nationalen Einzellösung und damit auf europäischer Ebene zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen führen. Zielführend könnte indes – wie auch von der Monopolkommission wiederholt vorgeschlagen[66] – die Einführung von Leitlinien zur Vermarktung von Medienrechten im Ligasport seitens der EU-Kommission sein. Zudem könnte eine Wettbewerbsbelebung künftig dadurch realisiert werden, dass nach einer Entscheidung des EuGH vom 9.12.2020[67] die Interessen Drittbetroffener (dies wären etwa die mit den Rechteerwerbern, d.h. mit den Medienanbietern, vertraglich 26

63 So auch *Fritsch* Zeit Online v. 20.10.2021.

64 Krit. daher zuletzt *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 482–484; zuvor bereits die Einführung weiterer wettbewerbsbelebender Elemente fordernd *Heermann* WuW 2017, 312 (315 ff.); *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 27 ff.

65 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 471–478, 501; *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 484. Generell mit beachtlichen Gründen gegen den Einsatz für bindend erklärter Verpflichtungszusagen, mit denen ein Wettbewerbsverstoß nicht gänzlich ausgeräumt wird, sondern die lediglich die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen sollen, *Wizemann* WuW 2021, 5 (6–9).

66 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 498; *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 485.

67 EuGH ECLI:EU:C:2020:1007, Rn. 106 = NZKart 2021, 36 – Groupe Canal+/Kommission; s. zu diesem Urteil auch *Ackermann/Blaschczok* ZUM 2021, 243 ff.; *Gundel* NZKart 2021, 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbundenen Endkunden) bereits bei der Verhältnismäßigkeit der Verpflichtungszusage selbst berücksichtigt werden müssen,[68] andernfalls die Aufhebung der Verpflichtungszusage droht. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dieses Urteil, welches die Praxis der EU-Kommission betraf, auf Verpflichtungszusagen ausstrahlt, die gegenüber dem BKartA abgegeben werden.

27 Welcher Weg auch immer eingeschlagen werden wird – die Zeit ist reif für eine erneute Überprüfung der Zentralvermarktungsmodelle von DFL und UEFA durch die Kartellbehörden im Rahmen einer sich an den Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV, an den tatsächlichen Marktentwicklungen sowie an den legitimen Interessen der Rechteinhaber, Medienanbieter und Endkunden orientierenden Freistellungsentscheidung.[69]

b) Regel 40 Olympische Charta

28 Dass das BKartA im Rahmen eines Verpflichtungszusagenbeschlusses auch in deutlich stärkerem Maße als in den Verfahren zur zentralen Vergabe der audiovisuellen Medienrechte durch die DFL[70] bestehende Wettbewerbsbeschränkungen abbauen und dabei zugleich den Wettbewerb beleben sowie das Sportkartellrecht erheblich fortentwickeln kann, zeigt die Entscheidung zu den Werbebeschränkungen, die von IOC und DOSB auch deutschen Olympiateilnehmern[71] auferlegt worden waren.[72] Ob dies vielleicht daran lag, dass in diesem Verfahren die 2. Beschlussabteilung und eben nicht die 6. Beschlussabteilung zuständig war? Die zentralen kartellrechtlichen Aussagen und Weiterentwicklungen, die bereits zuvor in vorangehenden Abschnitten gewürdigt worden sind, seien an dieser Stelle nochmals im Überblick dargestellt:

29 – Die Olympische Bewegung ist in ihrer Gesamtheit als marktbeherrschend gem. Art. 102 AEUV einzustufen,[73] wodurch das BKartA zugleich die umstrittene Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung[74] anerkannt hat. Damit können Sportverbände unter bestimmten Voraussetzungen gegen Art. 102 AEUV sogar dann verstoßen, wenn sie gar nicht selbst unmittelbar auf dem Drittmarkt tätig geworden sind, auf dem die Wettbewerbsbeschränkung aufgetreten ist (sog. Drittmarktbehinderung). Es ist davon auszugehen, dass

68 So zuvor bereits *Hartlieb* 200 f.
69 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 709–880.
70 Hierzu → XI. Rn. 20–27 m.w.N.
71 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 440 f. geht davon aus, das BKartA „wäre auch nicht gehindert gewesen, europäisches oder deutsches Kartellrecht zugunsten ausländischer Athleten anzuwenden."
72 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
73 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 57–63 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
74 → VII. Rn. 16–37 m.w.N.; s. auch *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 9–14, 16–19.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sportverbände dies vielfach als (zu) tiefen Eingriff in die Verbandsautonomie einstufen werden.

– Demgegenüber wird – zumindest nach hier vertretener Auffassung – die Verbandsautonomie der Sportverbände in erheblichem Maße dadurch gestärkt, dass das BKartA die Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auch auf Art. 102 AEUV und § 19 GWB anerkannt und damit der Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports beim Missbrauchstatbestand den Weg geebnet hat.[75] 30

– Das BKartA hat sich intensiv mit den von IOC und DOSB zur Rechtfertigung der Vermarktungsbeschränkungen geltend gemachten Zielsetzungen[76] sowie mit der Inhärenz und Verhältnismäßigkeit der Verbandsregelungen[77] auseinandergesetzt. Dabei haben die Wettbewerbshüter verdeutlicht, dass Sportverbänden bei der Einschätzung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Verbandsregelung die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllt, als Ausfluss der Verbandsautonomie keine abschließende und gerichtsfeste Einschätzungsprärogative, sondern lediglich ein von Gerichten und Kartellbehörden anhand objektiver Maßstäbe überprüfbarer Ermessensspielraum zusteht.[78] Es ist verständlich, dass Sportverbände im Allgemeinen und die deutschen Fußballverbände im Besonderen in diesem Punkte stattdessen die diametrale rechtliche Einschätzung seitens des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen[79] bevorzugen werden, weil dadurch der Verbandsautonomie deutlich weitere rechtliche Grenzen gesetzt werden. Es ist freilich nicht zu erwarten, dass das BKartA oder auch der EuGH und die EU-Kommission von ihrer überzeugenden Rechtsauffassung in diesem Punkt noch einmal abweichen werden. 31

4. Fazit

Anknüpfend an das Fazit hinsichtlich der Erwägungen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die Judikatur[80] ist festzustellen, dass die EU-Kommission und das BKartA die Verbandsautonomie der Sportverbände mit inhaltlich vergleichbaren Ansätzen und ähnlicher Intensität absichern und begrenzen. Demgegenüber bildet innerhalb der Judikatur der Ansatz des 32

75 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 92 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; allg. hierzu → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
76 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 95–105 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
77 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 114–126 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
78 → VI. Rn. 316–336 m.w.N.
79 → X. Rn. 29–42 m.w.N.
80 → X. Rn. 43–52.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen[81] in gewisser Weise einen Ausreißer, indem es in Überdehnung der Verbandsautonomie hieraus wiederholt apodiktisch eine angebliche, weitgehend gerichtsfeste Einschätzungsprärogative der Sportverbände – ähnlich der Einschätzungsprärogative eines Gesetzgebers – hinsichtlich der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests abgeleitet hat. Diese Rechtsauffassung findet bereits keine Stütze in der Rechtsprechung des EuGH,[82] aber auch nicht ansatzweise in der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden. Dies verdeutlicht erneut den erratischen Ansatz des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen. Wenn man den Aspekt der gerichtsfesten Einschätzungsprärogative zu Ende denkt, könnten Sportverbände zumindest bei sportorganisatorischen Verbandsregelungen und -maßnahmen bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests eine abschließende und verbindliche kartellrechtliche Prüfung vornehmen – eine fürwahr kühne Vorstellung, die der seit Jahrzehnten von Sportverbänden angestrebten kartellrechtlichen Immunität nahekäme. Allerdings sind Kartellbehörden aus naheliegenden Gründen nicht bereit, sich auf derlei juristische Spielchen einzulassen, da sie sich strikt einer sachgerechten Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH verpflichtet fühlen.

33 Allerdings ist zu konzedieren, dass die EU-Kommission und das BKartA seit dem Inkrafttreten der VO 1/2003 (sog. Kartellverfahrensordnung) zwei unterschiedliche Wege zur Beilegung kartellrechtlicher Auseinandersetzungen mit Sportverbänden beschritten haben. So ist bei diesen Kartellbehörden eine Tendenz zur Schaffung von *Soft Law* festzustellen, indem seither insbesondere auch aus nachvollziehbaren arbeitsökonomischen Gründen im Sportkartellrecht wiederholt (z.B. Zentralvermarktung von audiovisuellen Rechten an Fußballspielen, Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer) auf Verpflichtungszusagenentscheidungen, die auf einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung beruhen, zurückgegriffen worden ist.[83] Im weiteren Sinne sind zudem das Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 und das zugleich hierzu veröffentlichte Begleitdokument[84] dem *Soft Law* zuzurechnen. Aber auch Freistellungsentscheidungen, die die Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV umfassend prüfen und abschließend beurteilen, sind vereinzelt anzutreffen.[85] Hier soll nicht die im Sportkartellrecht im Vordringen befindliche Praxis der Verpflichtungszusagenentscheidungen kritisiert werden. Denn diese sorgen zum einen innerhalb eines überschaubaren Zeitraums für weitgehende vorläufige Rechtssicherheit und können zum anderen erforderliche kartellrechtliche Weiterentwicklungen begünstigen und beschleuni-

81 → X. Rn. 29–42 m.w.N.
82 → VI. Rn. 316–336 m.w.N.
83 → XI. Rn. 19–31 m.w.N.
84 → XI. Rn. 9–18 m.w.N.
85 S. etwa EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen.[86] Allerdings handelt es sich dabei für die Kartellbehörden letztlich um eine schwierige Gratwanderung. Denn wenn sie allzu innovative kartellrechtliche Lösungsansätze wählen, liegt der Einwand einer insoweit unzureichenden, weil nur vorläufigen rechtlichen Prüfung nicht fern.

86 Insoweit vorbildlich BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

XII. Grenzen der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten

1. Ausgangsproblematik

Erst in den letzten Jahren haben sich das wissenschaftliche Schrifttum,[1] aber auch Gerichte[2] und Kartellbehörden[3] in ihrer Entscheidungspraxis zunehmend mit der Frage auseinandergesetzt, wie beschränkende Wirkungen von Verbandsstatuten, die nicht nur bei (un)mittelbaren Verbandsmitgliedern, sondern auch bei verbandsunabhängigen Dritten auftreten, rechtlich einzuordnen und zu behandeln sind. Dass die Grenze der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten verstärkt in den Blick geraten ist, kann nicht überraschen; eher schon der Umstand, dass dieser Prozess so lange gedauert hat. Denn schon im Jahr 2005 hatte das EuG in der Rechtssache *Piau*[4] im Hinblick auf die verbandsseitige Reglementierung der Tätigkeit von Spielervermittlern diese Rechtsproblematik herausgearbeitet, ohne sie jedoch abschließend und umfassend beleuchtet zu haben. 1

Im Laufe der Zeit hat sich das Kräftemessen der besten Athleten und Mannschaften zumindest in Sportarten, die beim Publikum in den Stadien, aber vor allem an den Bildschirmen länderübergreifend, wenn nicht gar weltweit hohe Resonanz erzielen, zu einem *big business* entwickelt. Mitunter streben auch die im zweiten oder dritten Glied stehenden Sportmannschaften (wie z.B. im Fußball) die mediale Verwertung ihrer Sportwettkämpfe an. Mannschaftssportarten buhlen neben Einzelsportarten um Aufmerksamkeit, die mediale Verwertung greift immer weiter um sich. Wie bereits zuvor dargelegt,[5] lässt sich schon längst nicht mehr leugnen, dass viele Sportverbände, Sportclubs, aber auch einzelne Athleten unternehmerisch tätig sind. Wenn sich aber unternehmerischer Erfolg einstellt, ist es im Sportsektor nicht anders als im übrigen Wirtschaftsbereich: Andere Unternehmen versuchen, auf die eine oder andere Weise von dem bereits einge- 2

1 S. stellvertr. *Bachmann* 301–307, indes ohne Sportbezug; *Heermann* ZWeR 2017, 24 ff.; zuletzt ausf. *Seyb passim*.

2 S. etwa EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission (Beschränkungen gegenüber Athleten und einem privatem Sportveranstalter); LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263; OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173; LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640 (jew. Beschränkungen gegenüber Fußballspielern, Fußballclubs und Spielervermittlern im Fußball).

3 S. etwa EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules (Beschränkungen gegenüber Athleten und einem privatem Sportveranstalter); BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC (Beschränkungen gegenüber Athleten und deren Sponsoren).

4 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 76, 78 = SpuRt 2005, 102 – Piau.

5 → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tretenen oder erwarteten wirtschaftlichen Boom zu profitieren.[6] Entweder sie bieten komplementäre Waren (z.B. Sportausrüstung) oder Dienstleistungen (z.B. Beratung, Sponsoring) an oder versuchen, zu Sportverbänden und -veranstaltern in unmittelbare Konkurrenz zu treten oder gar eine neue Sportart oder ein neues (zusätzliches) Veranstaltungsformat am Markt zu etablieren.

3 Aufgrund dieser hier nur angedeuteten Entwicklung floss und fließt zusätzliches Kapital in den Sportmarkt in einer Höhe, die bis vor drei oder vier Jahrzehnten noch unvorstellbar schien. Soweit entsprechende Investitionen Dritter den Sportverbänden bei der Verfolgung ihrer ideellen Verbandsziele (z.B. Förderung des Amateur- und Freizeitsports) helfen und zugleich ihren (un)mittelbaren Mitgliedern sowie regelungsunterworfenen Athleten zugutekommen, könnte von einer *Win-win*-Situation gesprochen werden. Soweit zur Theorie! Nun zur Praxis:

4 – Wo es viel Geld zu verteilen gibt, sind nämlich bereits innerhalb der Verbandsstrukturen, d.h. im Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern und regelungsunterworfenen Athleten, Verteilungskämpfe und rechtliche Auseinandersetzungen vorprogrammiert.

5 – Weiteres Konfliktpotential besteht, wenn Sportverbände befürchten (müssen), dass ihre eigenen Vorstellungen zur Organisation und Durchführung sportlicher Wettkämpfe durch verbandsunabhängige Dritte (z.B. bei einem Fußballclub durch Investoren, die nach Auffassung des DFB und der DFL zu viel Einfluss gewinnen, oder durch Sponsoren, deren Firma Bestandteil eines Clubnamens werden soll) beeinträchtigt werden könnten.

6 – Bei Sportverbänden herrscht schließlich die höchste Alarmstufe, wenn sich abzeichnet, dass die eigenen unternehmerischen Erfolge sowie die daraus resultierenden Einnahmen und Wachstumschancen durch verbandsunabhängige Dritte beeinträchtigt oder geschmälert werden könnten.[7] So sehr Sportverbände den fairen sportlichen Wettbewerb der den Verbandsregelungen unterworfenen Athleten zu schätzen wissen, so gering achten sie es, wenn Verbandsexterne in unmittelbare Konkurrenz zu ihnen selbst treten. Aus dem Ein-Verband-Prinzip und der daraus zumeist faktisch resultierenden Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung von Athleten zu Veranstaltungen und Wettkämpfen in einer bestimmten Sportart oder für die Zulassung (privater) Konkurrenzveranstaltungen[8] folgern Sportverbände regelmäßig, dass sie über ein gleichsam natürliches Monopol verfügen würden, das – anders als im sonstigen Wirtschaftsverkehr außerhalb des Sportsektors – aufgrund der Besonderheiten

6 Zu einer natürlich nicht abschließenden Auflistung von Beispielsfällen → XII. Rn. 9–18 m.w.N.
7 S. hierzu *Seyb* 6 f.; die Problematik lediglich andeutend *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (36).
8 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Sports von verbandsunabhängigen Konkurrenten nicht in Frage gestellt und schon gar nicht aktiv attackiert werden dürfte. In derartigen Konstellationen laufen etablierte Sportverbände regelmäßig zur Höchstform auf und entwickeln eine ausgeprägte Wagenburgmentalität. Mit erstaunlichem Einfallsreichtum passen sie ihre Verbandsstatuten an, wobei die betreffenden Zulassungsvorschriften dann – mal mehr, mal weniger deutlich – das vorrangige Ziel verfolgen, dass sich etwaige Konkurrenten möglichst nicht entfalten können. Dieses Phänomen wird noch zu beleuchten sein.[9] Wie zuletzt bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt[10] und wie in einem späteren Abschnitt noch zu vertiefen sein wird,[11] müssen sich Sportverbände aber trotz der monopolistischen und pyramidenförmigen Verbandsstrukturen dem Wettbewerb mit Dritten stellen und tun dies inzwischen *nolens volens*.

Wie bereits in einem früheren Abschnitt herausgearbeitet,[12] kann eine private Normsetzung dazu benutzt werden, den Wettbewerb durch Kartellabsprachen oder durch den Missbrauch von Marktmacht zu beschränken. Dieses Phänomen ist auch im zunehmend kommerzialisierten Sportsektor zu beobachten. Hier verwirklicht sich das sog. Freiheitsparadoxon,[13] wonach eine grenzenlos gewährte, unkontrollierte Freiheit auch die Gefahr einer Aufhebung ebendieser Freiheit und damit einer wirtschaftlichen Unfreiheit vieler Marktteilnehmer mit umfasst. Diese Gefahr besteht nicht nur im Binnenverhältnis des Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern und sonstigen den Verbandsstatuten vertraglich unterworfenen Athleten oder Sportclubs, sondern gerade auch im Außenverhältnis gegenüber verbandsunabhängigen Dritten. Diese können aufgrund der Ausübung von Marktmacht durch den Sportverband zumindest teilweise oder gar völlig ihrer Freiheit beraubt werden, auf den Inhalt einer eigenen Vertragsbeziehung zu den Verbandsstatuten unterworfenen (un)mittelbaren Mitgliedern oder sonstigen Personen selbst Einfluss zu nehmen.[14] Dieser Entwicklung im Wirtschaftsbereich entgegenzuwirken, gehört zu den zentralen Zielsetzungen des Kartellrechts.[15] 7

Nachfolgend werden zunächst verschiedene Beispiele einer Normsetzung durch Sportverbände mit Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten und die dabei verfolgten Strategien dargestellt.[16] Sodann wird insoweit die Grundlage der Normsetzungsgewalt – anknüpfend an einen früheren Abschnitt – in Erinnerung 8

9 → XIII. Rn. 73–170.
10 *Heermann* WRP 2019, 145 ff. m.w.N.
11 → XIII. Rn. 62–72 m.w.N.
12 → III. Rn. 13.
13 Grundl. *W. Fikentscher* 13 f.; in die gleiche Richtung tendierend *Bachmann* 361 f. („Marktversagen als ‚natürliche' Grenze der Privatautonomie").
14 *Bachmann* 145.
15 Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio* Art. 2 GG Rn. 125; *Makowski* 90 ff.
16 → XII. Rn. 9–18.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerufen werden,[17] bevor die Frage zu analysieren sein wird, ob und – wenn ja – in welchem Umfang Sportverbände sich bei der Gestaltung von Verbandsstatuten mit beschränkenden Auswirkungen auf verbandsunabhängige Dritte auf die in Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerte Verbandsautonomie stützen können.[18] Abschließend wird der bei den entsprechenden Fallkonstellationen anzuwendende rechtliche Maßstab für die Inhalts- und Ausübungskontrolle zu ermitteln sein.[19]

2. Beispiele einer Normsetzung durch Sportverbände mit beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten

9 Die Fälle, in denen Sportverbände ohne, manchmal aber auch mit gezielter Absicht durch die Gestaltung ihrer Statuten die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten verbandsunabhängiger Dritter mittelbar, mitunter gar unmittelbar beschränken oder zumindest zu beschränken versuchen, lassen sich in verschiedene Kategorien unterteilen.[20] Dabei wird im Folgenden davon ausgegangen, dass ein Sportverband seine (un)mittelbaren Mitglieder und sonstige an seinen Sportveranstaltungen teilnehmende Athleten rechtswirksam an die Verbandsstatuten gebunden hat.[21]

a) Verbandsstatuten mit (un)absichtlich mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten

10 Zahlreiche Verbandsstatuten, die sich direkt oder durch rechtswirksame Bezugnahme an die (un)mittelbaren Mitglieder oder Athleten richten, haben notwendigerweise, wenngleich unabsichtlich eine beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten. Solche Vorschriften adressieren in erster Linie die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder, wirken sich dabei aber zwangsläufig auf verbandsunabhängige Dritte aus. Nahezu jede Verbandsregelung ist durch derartige, zumindest mittelbare Drittwirkungen gekennzeichnet. So verhindert etwa die auf den ersten Blick völlig unverdächtige Abseitsregel im Fußball, dass mehr Tore fallen. Das bedeutet zugleich, dass die Attraktivität eines Fußballspiels, sofern man diese auch an der Anzahl erzielter Tore bemisst, höher sein könnte. Auf diese Weise wird etwa Zuschauern und Medienanbietern ein eventuell interessanteres und abwechslungsreicheres Produkt vorenthalten.

17 → XII. Rn. 18 und III. Rn. 20–25.
18 → XII. Rn. 19–43.
19 → XII. Rn. 44–51.
20 So im Anschluss an *Seyb* 8 f.
21 Zu den Voraussetzungen → IV. Rn. 4–68.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Natürlich wird sich selten die wirkliche Motivationslage der Sportverbände bei Verabschiedung ihrer Verbandsstatuten mit einer über jeden Zweifel erhabenen Präzision bestimmen lassen, hier wird man letztlich von Fall zu Fall zu entscheiden haben. Für die weiteren Erwägungen in diesem Abschnitt braucht auch nicht ermittelt zu werden, ob die beschränkenden Wirkungen der Statuten gegenüber verbandsunabhängigen Dritten seitens des betreffenden Sportverbandes von Anfang an beabsichtigt waren oder nicht. Die Differenzierung kann jedoch Indizwirkung für die bei der Prüfung des Kartellverbotstatbestandes auftretende Frage haben, ob die Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV seitens des Sportverbandes beabsichtigt war[22] (wodurch sich sodann die Prüfung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung erübrigt[23]) oder lediglich bewirkt wurde[24] (was zwingend die Prüfung des genannten Spürbarkeitserfordernisses nach sich zieht[25]). 11

Exemplarisch seien einige Fallkonstellationen angedeutet,[26] die bereits in der Praxis aufgetreten sind und die jeweils in nachfolgenden Abschnitten nochmals aufgegriffen und vertieft werden: 12

– Vielfach legen Sportverbände in ihren Statuten Beschränkungen hinsichtlich der Werbemöglichkeiten etwaiger Sponsoren in und an der Sportstätte oder für die an Sportwettkämpfen teilnehmenden Athleten und Sportclubs fest, die durchaus über die bereits bestehenden gesetzlichen Werbebeschränkungen (etwa für die Bereiche Alkohol, Tabak, pharmazeutische Produkte oder Glücksspiel) hinausgehen können. Aber auch von Bekleidungsvorschriften der Sportverbände können vergleichbare Restriktionen für Sportartikelhersteller ausgehen. Obgleich die betreffenden Verbandsvorschriften sich direkt an die regelungsunterworfenen Athleten und teilnehmenden Sportclubs richten, ist offensichtlich, dass sie sich auch einschränkend auf die Werbemöglichkeiten potentieller Sponsoren oder Sportausrüster auswirken, die nicht den Verbandsregelungen unterworfen sind.[27] 13

– Im Fußballsport haben der Weltfußballverband FIFA sowie die nationalen Verbände über ihre Statuten teils massiv die Berufsausübung von Spielervermittlern reglementiert, die ihrerseits üblicherweise mit den Fußballverbänden weder mitgliedschaftlich noch in sonstiger Weise vertraglich verbunden sind. Verständlicherweise haben sich die Spielervermittler daher gegen die 14

22 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 129–131, 135–137 m.w.N.
23 EuGH ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37 = NZKart 2013, 111 – Expedia; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 143 m.w.N.
24 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 132–137 m.w.N.
25 Hierzu etwa Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 138 ff. m.w.N.
26 S. auch *Heermann* ZWeR 2017, 24 (28–30).
27 → XIII. Rn. 618–654 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbandsseitigen Berufsausübungsbeschränkungen zur Wehr gesetzt.[28] Denn sie können ihre Tätigkeit üblicherweise nicht auf andere Sportarten erstrecken. Zudem können sie sich den restriktiven Verbandsregelungen nicht entziehen, weil Spielertransfers erst rechtswirksam werden, wenn die beteiligten Spielervermittler sich vertraglich den entsprechenden Vorschriften unterworfen haben.[29]

15 – In verschiedener Weise werden durch Verbandsstatuten auch Investoren beschränkt, die sich mehrheitlich oder mit erheblichen Anteilen an Clubs in der deutschen Fußballbundesliga[30] oder in europäischen Fußballligen[31] oder aber an der Finanzierung von Fußballspielern[32] beteiligen (wollen).

16 – Medien, die über Sportereignisse berichten wollen, sind als verbandsunabhängige Dritte in unterschiedlicher Weise von Verbandsstatuten betroffen. Diese legen etwa vielfach fest, dass TV-Rechte nicht von den Clubs individuell, sondern zentral vom Sportverband vermarktet werden.[33] Darüber hinaus regeln Sportverbände in ihren Statuten mitunter, ob bzw. in welcher Form zu privaten Zwecken oder aber von Zeitungsverlagen angefertigte Bewegtbilder von Fußballspielen in Amateurligen von verbandsunabhängigen Internetportalen genutzt werden dürfen.[34]

17 – In den letzten Jahren haben sich – wie bereits zuvor angedeutet[35] – etablierte Sportverbände zunehmend gegen im Entstehen begriffene oder bereits gegründete Konkurrenzverbände oder private Konkurrenzveranstalter auf vielfältige Art und Weise zur Wehr gesetzt. Adressaten der beschränkenden Verbandsregelungen sind zwar die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder, die durch entsprechende Sanktionsandrohungen faktisch daran gehindert werden, sich den verbandsunabhängigen Dritten als Mitglied anzuschließen sowie an den von ihnen durchgeführten Veranstaltungen teilzunehmen.[36] Private Konkurrenzveranstalter werden aber mittelbar durch diese Verbandsmaßnahmen stark beeinträchtigt.

28 Vgl. EuG Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102 – Piau; LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263; OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173; LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 81–101; OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096.
29 → XIII. Rn. 548–591 m.w.N.
30 Vgl. insb. § 8 Abs. 3 Satzung DFL e.V., sog. 50+1-Regel; → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.
31 S. UEFA Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fair Play (FFP); → XIII. Rn. 171–202 m.w.N.
32 Vgl. Art. 18bis und 18ter FIFA Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern; → XIII. Rn. 592–617 m.w.N.
33 § 2 Abs. 1.3. Satzung DFL GmbH; → XIII. Rn. 709–880 m.w.N.
34 Grundl. hierzu BGHZ 187, 255 = SpuRt 2011, 158 – Hartplatzhelden.de; LG München I SpuRt 2015, 219.
35 → XII. Rn. 1–8.
36 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Verbandsstatuten mit absichtlich unmittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten

Obgleich man es sich eigentlich kaum vorstellen kann (und will), so gibt es doch in Deutschland zumindest einen Sportverband, der noch immer glaubt, sich wie eine Ersatzlegislative gerieren und auf diese Weise auch verbandsunabhängigen Dritten über seine Verbandsstatuten unmittelbar rechtliche Pflichten auferlegen zu können.[37] Es ist schon bemerkenswert, mit welcher Leichtigkeit und Chuzpe der Deutsche Triathlon Union e.V. (DTU) die mangels Unterscheidungskraft und aufgrund ihres rein beschreibenden Charakters nicht als Marken eintragungsfähigen Begriffe „Triathlon, Crosstriathlon, Duathlon, Crossduathlon, Paratriathlon, Wintertriathlon, Aquathlon, Swim & Run, SwimRun, Aqua Bike, Bike & Run" durch eine Regelung in der DTU-Veranstalterordnung (2021)[38] noch immer exklusiv und ohne Einschränkungen für sich beansprucht.[39] Zugleich werden Drittveranstalter verpflichtet, vor der beabsichtigten Verwendung einer der genannten Begrifflichkeiten beim DTU e.V. eine natürlich gebührenpflichtige Genehmigung einzuholen und sich der Sportordnung und Veranstalterordnung der DTU zu unterwerfen.[40] 18

3. Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden gegenüber verbandsunabhängigen Dritten

Die Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden kann mit Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten keine andere sein als mit Wirkung gegenüber den (un)mittelbaren Mitgliedern des Verbandes.[41] Insoweit kommt eine vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten nicht in Betracht. Denn bei Art. 9 Abs. 1 GG handelt es sich 19

37 S. in diesem Zusammenhang auch schon OLG Düsseldorf NZKart 2013, 253 – Triathlon sowie krit. hierzu *Heermann* WRP 2016, 147, Rn. 17–27.

38 „Die Veranstaltungsordnung der Deutschen Triathlon Union e.V. (VaO)" (Ausgabe 2021) – abrufbar unter https://www.triathlondeutschland.de/sites/default/files/documents/2021-03/VaO_2021_Final_2.pdf (zuletzt besucht am 21.10.2021).

39 So anmaßend waren in Deutschland noch nicht einmal das Internationale Olympische Komitee und das damalige Nationale Olympische Komitee für Deutschland (letzteres schloss sich am 20.5.2006 mit dem damaligen Deutschen Sportbund zum Deutschen Olympischen Sportbund zusammen) vorgegangen, sondern hatten den nationalen Gesetzgeber veranlasst, ihnen in § 2 des Gesetzes zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen vom 31.3.2004 (OlympSchG) das ausschließliche Recht auf die Verwendung und Verwertung des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen – beide ihrerseits in Deutschland nicht als Marken eintragungs- und schutzfähig – zuzusprechen.

40 Allg. zur Problematik → XIII. Rn. 73–100.

41 Dazu bereits ausf. → III. Rn. 20–25 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorrangig um ein Abwehrgrundrecht, das Freiheit im und zum Staat gewährt.[42] Der Ableitung einer eigenen Rechtsetzungsbefugnis der Sportverbände aus Art. 9 Abs. 1 GG steht auch das Streben des Staats zu ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung entgegen.[43] Den rechtlichen Anknüpfungspunkt bildet nach vorherrschender und auch hier vertretener Rechtsauffassung[44] vielmehr Art. 2 Abs. 1 GG, welcher nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, sondern als deren Konkretisierung auch die Privatautonomie. Darunter versteht man bekanntlich das Recht, seine privaten Rechtsverhältnisse nach eigener Entscheidung zu gestalten. Dabei spiegelt die Privatautonomie das Ideal, in einer freien Gesellschaft nach seinem Willen selbstverantwortlich zu handeln. Die Privatautonomie gewährt einem Sportverband damit freilich keine Grundlage für ein unmittelbares Eingreifen (z.B. durch Auferlegung von Rechtspflichten[45]) in Rechtsverhältnisse derjenigen, die weder als unmittelbare noch als mittelbare Mitglieder Einfluss auf die Gestaltung von Verbandsstatuten nehmen konnten.

4. Reichweite der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten

a) Meinungsstand

aa) BVerfG

20 Das BVerfG hat in einem Nichtannahmebeschluss vom 24.9.2014 seine Position zur Reichweite der Verbandsautonomie gegenüber Verbandsmitgliedern, aber auch gegenüber verbandsunabhängigen Dritten unter Bezugnahme auf seine vorangegangene Judikatur zusammengefasst. Wegen der erheblichen Bedeutung der Rechtsauffassung des BVerfG seien die relevanten Passagen des Beschlusses inklusive der Verweise auf frühere Entscheidungen im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[46]

> „13. a) Das Grundrecht des **Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet** die Freiheit, sich zu Vereinigungen des privaten Rechts zusammenzuschließen (vgl. BVerfGE 10, 89 (102) = NJW 1959, 1675; BVerfGE 10, 354 (361 f.) = NJW 1960, 619). Mit dem Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, garantiert Art. 9 Abs. 1 GG die freie soziale Gruppenbildung (vgl. BVerfGE 38, 281 (302 f.) = NJW 1975, 1265). Der Schutz des Grundrechts umfasst sowohl für Mitglieder als auch für die Vereinigung die

42 Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 34; Hau/Poseck/*Schöpflin* § 21 BGB Rn. 58; *Esposito* 114; auch *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (240 f.) betont den Schutzcharakter von Art. 9 Abs. 1 GG.
43 Grundl. *F. Kirchhof* 171, 176; i.Erg. ebenso *Esposito* 114 f.; *Zinger* 63.
44 → III. Rn. 22–25 m.w.N. zum Meinungsstand.
45 → XII. Rn. 18.
46 BVerfG NJW 2015, 612, Rn. 13–15 – Raucherclub.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte (vgl. BVerfGE 50, 290 (354) = NJW 1979, 699) **sowie das Recht auf Entstehen und Bestehen** (vgl. BVerfGE 13, 174 (175) = NJW 1961, 2251).

14. **Art. 9 Abs. 1 GG schützt** insbesondere vor einem Eingriff in den **Kernbereich des Vereinsbestands und der Vereinstätigkeit** (vgl. BVerfGE 30, 227 (241) = NJW 1971, 1123; BVerfGE 80, 244 (252 f.) = NJW 1990, 37). Das Grundrecht kann indes einem gemeinsam verfolgten Zweck keinen weitergehenden Schutz vermitteln als einem individuell verfolgten Interesse (vgl. BVerfGE 50, 290 (353) = NJW 1979, 699; BVerfGE 54, 237 (251) = NJW 1980, 2123). **Betätigt sich eine Vereinigung im Rechtsverkehr wie Einzelpersonen auch, ist diese Betätigung grundrechtlich nicht durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt, denn die Vereinigung und ihre Tätigkeit bedürfen insoweit nicht als solche des Grundrechtsschutzes; dieser richtet sich vielmehr nach den materiellen (Individual-)Grundrechten** (vgl. BVerfGE 70, 1 (25) = NJW 1986, 772).

15. b) Nach diesen Maßstäben ist der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG durch ein Rauchverbot bereits nicht berührt. Das Rauchverbot betrifft den Verein – und damit auch die Bf. [= Beschwerdeführer] als Vereinsmitglied – nicht in einer von Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeit. Die Regelungen des Gesundheitsschutzgesetzes verbieten ebenso wie die angegriffenen Entscheidungen weder die Gründung, das Bestehen oder den Fortbestand des Vereins noch stehen sie dem Beitritt oder der Mitgliederwerbung entgegen. Ein Rauchverbot in den Vereinsräumlichkeiten ist jedenfalls dann kein Eingriff in die Betätigungsfreiheit des Vereins und der Vereinsmitglieder, wenn die Räumlichkeiten zwar zur Ausübung des gemeinsam verfolgten Vereinszwecks – dem gemeinsamen Rauchen – genutzt werden sollen, aber auf Grund der offenen Mitgliederstruktur tatsächlich öffentlich zugänglich sind. **Die Gründung eines Vereins kann den Grundrechtsschutz einer individuellen Tätigkeit insofern nicht erweitern** (vgl. BVerfGE 54, 237 (251) = NJW 1980, 2123; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats] NJW 1996, 1203; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats] NJW 2000, 1251; vgl. auch BayVerfGH NVwZ-RR 2012, 261 Ls. = BeckRS 2012, 46982; Entsch. v. 11.9.2013 – Vf. 100-VI-12, BeckRS 2013, 56095). **Die rechtliche Zulässigkeit des Vereinszwecks muss an der Zulässigkeit des entsprechenden Individualverhaltens gemessen werden; Art. 9 Abs. 1 privilegiert nicht die kollektive gegenüber der individuellen Zweckverfolgung** (…). Dagegen spricht auch nicht, dass ein Rauchverbot für einen Raucherverein **existenzbedrohend** sein kann, denn Art. 9 Abs. 1 GG schützt nicht den gemeinsamen Tabakgenuss, dem ein **spezifischer Bezug zur korporativen Organisation** fehlt (…).“

Festzuhalten bleibt, dass nach Auffassung des BVerfG sich die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG nicht auf sämtliche Tätigkeiten eines Vereins erstreckt, sondern in verschiedener Hinsicht Einschränkungen der sachlichen Schutzreichweite des Grundrechts bestehen. So gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG zwar vereinigungsspezifische Betätigungen, was aber nur für einen gewissen „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“ gelten soll. Dies betrifft bei Vereinigungen insbesondere „die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte sowie das Recht auf Entstehen und Bestehen“. Zudem gelten Einschränkungen 21

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei nach außen wirkenden Tätigkeiten, soweit sich „eine Vereinigung im Rechtsverkehr wie Einzelpersonen auch“ betätigt.

bb) Zivilgerichte

22 In der Rechtsprechung deutscher Zivilgerichte ist die Ausgangsproblematik gleichfalls schon thematisiert worden, ohne dass dabei jedoch auf die Erwägungen des BVerfG Bezug genommen worden ist. So hat sich etwa das LG Frankfurt/Main[47] trotz der dem DFB durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährten Verbandsautonomie ausdrücklich nicht daran gehindert gesehen, das DFB-Reglement für Spielervermittlung einer detaillierten Rechtsprüfung zu unterziehen. Nach der Feststellung, dass eine satzungsautonom getroffene Entscheidung eines Verbandes zu einem Mitglied nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbar sei, ist die anschließende Argumentation des LG Frankfurt/Main durchaus bemerkenswert:[48]

> „Im vorliegenden Fall hingegen ist die Besonderheit zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner [= DFB] Regelungen nicht gegenüber Mitgliedern schafft, sondern vielmehr aufgrund seiner Monopolstellung gegenüber nicht verbandsunterworfenen Dritten ‚reguliert‘. […] Hier geht es jedoch darum, dass die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Monopolstellung Dritte faktisch in die Verbandsherrschaft zwingt, indem sie Verbandsangehörige mit Sanktionen bedroht, sollten diese nicht auf die Antragstellerin [= Spielervermittleragentur] im Sinne einer Zustimmung zur Vermittlererklärung einwirken. Insofern fehlt es an der freiwilligen Unterwerfung; es handelt sich vielmehr um eine durch wirtschaftlichen Druck erzwungene Unterwerfung eines nicht verbandsangehörigen Dritten.“

23 Deutlich zeigen sich in diesem Kontext Parallelen zur kontrovers diskutierten Rechtsfrage, ob und unter welchen Umständen sich Athleten einer Schiedsvereinbarung freiwillig unterwerfen,[49] ohne dass diese Problematik vom LG Frankfurt/Main jedoch auch nur angedeutet würde. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Gericht eine solche nach außen wirkende Tätigkeit des DFB nicht mehr dem Schutzbereich der in Art. 9 Abs. 1 GG verankerten Verbandsautonomie zugerechnet hat. In der nächsten Instanz hat das OLG Frankfurt im Rahmen des Verfügungsverfahrens den Aspekt der Verbandsautonomie überhaupt nicht mehr erwähnt,[50] ebenso das LG Frankfurt/Main und das OLG Frankfurt im Hauptsacheverfahren.[51]

47 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (267).
48 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (267 f.).
49 → IV. Rn. 220–236 m.w.N. am Beispiel einer Schiedsvereinbarung zum CAS.
50 OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173–176.
51 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640; OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) EuG, EU-Kommission und BKartA

Auch das EuG[52] und zuvor die EU-Kommission[53] sowie das BKartA[54] haben sich bereits mit Fällen auseinandergesetzt, in denen Statuten von Sportverbänden sich beschränkend auf verbandsunabhängige Dritte auswirkten. Die jeweiligen Entscheidungsgründe sind durch eine auffällige Gemeinsamkeit gekennzeichnet: Der Rechtsbegriff der Verbandsautonomie, aber auch etwaige Synonyme werden im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfungen nicht erwähnt und zudem argumentativ nicht sinngemäß zugunsten der betroffenen Sportverbände (International Skating Union, Olympische Bewegung) verwendet. Zufall? Es kann dahinstehen, ob das EuG und die Kartellbehörden im Hinblick auf die streitgegenständlichen, verbandsunabhängige Dritte beschränkenden Statuten den Schutzbereich der Verbandsautonomie gar nicht erst eröffnet sahen. Denn in jedem Fall ist den Besonderheiten des Sports, die letztlich Ausfluss der Verbandsautonomie sind, insbesondere im Rahmen der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests[55] Rechnung getragen worden. 24

dd) Schrifttum

Das verfassungsrechtlich orientierte Schrifttum[56] und auch Literaturmeinungen im Sportrecht[57] haben sich im Ansatz der Rechtsauffassung des BVerfG angeschlossen. Daran ändert letztlich auch eine abweichende Terminologie nichts, wenn etwa zwischen „dem mit der Gründung und Existenzsicherung des Vereins unmittelbar zusammenhängenden Verhalten" und „dem vereinszweckrealisierenden Außenwirken" differenziert wird.[58] Konkreter wird *Cornils*,[59] der bei nach außen wirkenden Tätigkeiten einen Schutz durch Art. 9 Abs. 1 GG nur annimmt, wenn ein enger Zusammenhang mit dem Bestand und der Organisation der Vereinigung bestehe und die Maßnahme namentlich der Sicherung ihrer Existenz- und Funktionsfähigkeit diene. Hierunter fielen etwa die Mitgliederwerbung und die Selbstdarstellung nach außen. Eine nach außen wirkende, indes nicht vereins- 25

52 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission (Beschränkungen gegenüber Eisschnellläufern und einem verbandsunabhängigen privatem Sportveranstalter).

53 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules (Beschränkungen gegenüber Eisschnellläufern und einem verbandsunabhängigen privatem Sportveranstalter).

54 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC (Beschränkungen gegenüber deutschen Olympiateilnehmern und deren verbandsunabhängigen Sponsoren).

55 → VI. Rn. 164–385 und VII. Rn. 67–71 m.w.N.

56 BeckOK-GG/*Cornils* Art. 9 GG Rn. 9 ff.; Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 87; *Heinrich* 54 ff.

57 *Henneberg* 85 f.; *Krogmann* 63; *Nolte* 116; *Räker* 107 f.; *Seyb* 25; *Heermann* ZWeR 2017, 24 (31 f.); modifizierend *Esposito* 111, 125 f.

58 Sachs/*Höfling* Art. 9 GG Rn. 19 f.; im Anschluss daran Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz* Art. 9 GG Rn. 87, der seinerseits in Rn. 40 zwischen einem „Inhaltsrecht" und einem „Ausübungsrecht" differenziert.

59 BeckOK-GG/*Cornils* Art. 9 GG Rn. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spezifische Tätigkeit, die ihrem Gegenstand nach auch von natürlichen Personen ausgeübt werden könne, bleibe indes dem jeweils sachlich einschlägigen Grundrecht zugeordnet. Diesen Ansatz überträgt *Cornils*[60] sodann auf das Spannungsverhältnis von Verbandsautonomie und Vertragsfreiheit. Von einer sog. vereinsspezifischen Vertragsfreiheit und somit vom Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG erfasst sei der Abschluss von rechtserheblichen Vereinbarungen hinsichtlich der Gründung und Selbstorganisation der Vereinigung (z.B. Vereinssatzung mit Vereinsordnungen). Dem sonstigen rechtsgeschäftlichen Verkehr, auch und gerade soweit er auf die Verwirklichung des Vereinszwecks gerichtet sei (Unternehmenstätigkeit, Hilfs- und Hauptgeschäfte des Vereins), fehle hingegen der spezifische Bezug zur korporativen Organisation. Derartige Aktivitäten seien durch Art. 2 Abs. 1 GG oder bei Unternehmensträgern durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG (berufliche bzw. eigentumsbezogene Vertragsfreiheit) geschützt.

ee) Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" (Steiner)

26 Insbesondere *Steiner* plädierte bereits im Jahr 2004 dafür, den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG zumindest partiell auch auf nach außen wirkende Tätigkeiten von Sportverbänden auszudehnen.[61] Den Ausgangspunkt bildete für ihn die Überzeugung,[62] dass auch der gewerbliche Sport primär ein soziales und kulturelles Phänomen sei. Denn er lebe nach Regeln, die sich eine weltweite Sportgemeinschaft selbst gebe, sei nicht Wirtschaft, habe allerdings wirtschaftliche Voraussetzungen und wirtschaftliche Folgen und deshalb wirtschaftliche Relevanz. Vergleichbar den von der Verfassung besonders geschützten Institutionen Partei, Kirche und Tarifpartner müsse auch dem gewerblichen Sport ein Schutz gewährt werden, ohne dass damit eine Analogie zu fordern sei. Daraus zog *Steiner* folgenden Schluss:[63] Da Art. 9 Abs. 1 GG in seiner Ausformung durch die Rechtsprechung nur einen Binnenschutz begründe, genüge dieser dem zuvor als erforderlich beschriebenen Schutzbedürfnis nicht. Erforderlich sei im Sportkontext daher eine Modifikation. Denn Wert- und Maßstabsbildung, hervorgebracht durch die verbandlichen Regeln, würden das Selbstverständnis des Sports bestimmen. Geschaffen werde dort eine Sonderethik des Sports, die einer pluralistischen Gesellschaft vom Staat und seiner Rechtsordnung nicht verbindlich auferlegt werden könne („Wertautonomie").

60 BeckOK-GG/*Cornils* Art. 9 GG Rn. 14.
61 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (243 f.); so i.Erg. auch für das Verhältnis der Verbandsautonomie zur Berufsfreiheit *St. Horn* 131 f.
62 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (239 f.).
63 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (241 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daran knüpfte *Steiner* seine Forderung nach der Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" an (Hervorhebung durch *Verfasser*):[64] 27

> „Sein [des Sports] Selbstverständnis, von Erfahrung, Tradition, Sonderwissen und verbandsdemokratischer Willensbildung getragen, hat die allgemeine Rechtsordnung angemessen zu berücksichtigen. Diese verfassungsrechtliche Absicherung durch Art. 9 Abs. 1 GG kann nicht verloren gehen, wenn der Sport Aktivitäten entfaltet, die ihn in den Geltungsbereich des Wirtschaftsrechts gelangen lassen. Grundrechtlich lebt die sportliche Vereinigung, wenn sie außenaktiv wird, nicht nur von den Grundrechten, deren Schutzbereich jeweils durch diese Außenbetätigung aktiviert wird. Ihr Vereinigungsgrundrecht reichert den Schutzgehalt dieser Grundrechte, die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG etwa, an durch **das Element der Autonomie**. Das Selbstverständnis des Sports ist zu berücksichtigen bei der Auslegung und Anwendung des allgemeinen staatlichen Rechts, kann aber unter besonderen Umständen sogar dessen bereichsspezifische Modifikation erzwingen, etwa dann, wenn die Anwendung staatlichen Rechts den Sport in seinem genuinen, unvergleichlichen und spezifischen Kern trifft und damit intensiver als andere Normadressaten."

Wozu die postulierte Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" bei Betätigungen von Sportverbänden mit Außenwirkung führen soll, liegt auf der Hand. Bei einer etwaigen Abwägung der widerstreitenden Interessen der Sportverbände einerseits und verbandsunabhängiger Dritter andererseits könnte die Schutzbedürftigkeit der Sportverbände deutlich höher eingestuft werden. Denn Sportverbände könnten sich in einer solchen Konstellation auf das spezielle, abgesehen vom engen Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 GG im Grundsatz schrankenlos gewährte Spezialgrundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG berufen und nicht nur auf das allgemeine Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG. Damit würde in der Waagschale der Sportverbände bei jeglichen Interessenabwägungen von vornherein ein im doppelten Sinne des Wortes *gewichtigeres* Grundrecht ruhen und die Verbandsseite würde zugleich in rechtlicher Hinsicht einen erheblichen Startvorteil (allerdings ohne Sieggarantie) genießen. 28

Soweit ersichtlich, haben sich in der Folge staatliche Gerichte in Deutschland *Steiners* Ansatz nicht zu eigen gemacht. Vor dem Hintergrund der Forderung nach einer Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" wird indes nachvollziehbar, weshalb das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen unter dem Vorsitz *Steiners* in zwei Schiedssprüchen zur sog. 50+1-Regel sowie zur verschuldensunabhängigen Haftung von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen gem. § 9a DFB-RuVO[65] den Aspekt der Verbandsautonomie besonders stark betont hat, obgleich zumindest im erstgenannten Verfahren die Interessen Dritter, d.h. der potentiellen Investoren, betroffen waren. 29

64 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (243 f.).
65 → X. Rn. 29–42 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

30 In der Folge hat *Steiner* seine nunmehr leicht abweichende Positionierung zur Ausgangsproblematik anhand des konkreten Falles in einer Fachpublikation aus dem Jahr 2018 erneut zum Ausdruck gebracht:[66]

> „Was dies für die wieder in die Diskussion und in den gerichtlichen Streit gekommene 50+1-Regel des deutschen Profifußballs bedeutet, lässt sich derzeit nicht zuverlässig überschauen. Maßstab der Maßstäbe des geltenden Rechts ist Art. 101 AEUV. In diesem Rechtskonflikt muss sich die Verbandsautonomie nicht von vornherein zurückziehen. Ihr Schutzbereich endet nicht schon dort, wo Belange Dritter von Verbandsstatuten betroffen sind. ‚50+1' ist eine Regel, deren satzungsgemäßer Erlass von der grundgesetzlich sowie unions- und menschenrechtlich geschützten Freiheit jeder Vereinigung gedeckt ist, einen gemeinsamen Zweck zu organisieren. Sie verlässt den Schutzbereich nicht, wenn (mittelbar) die Investitionsoptionen Dritter eingeschränkt werden. Im Ergebnis ist die durch § 8 Nr. 2 und 3 der Satzung der DFL Deutsche Fußballliga e.V. statutarisch vorgesehene Einschränkung solcher Optionen nicht anders zu sehen als die satzungsmäßige Festlegung der Mitgliedschaft in einer Vereinigung, die notwendig bestimmte Personen einschließt und bestimmte Personen ausschließt. Die Bestimmung über die Mitgliedschaft gehört aber zu dem durch die Vereinigungsfreiheit geschützten Freiheitsraum (BVerfGE 124, 34, 42). Über den Zugang zur Mitwirkung an der Verwirklichung des Vereins- und Verbandszwecks entscheiden die Mitlieder grundsätzlich als Akt der Autonomie."

31 Diese Erwägungen können nur teilweise überzeugen. Zunächst ist die von *Steiner* vorgenommene Bezugnahme auf eine Entscheidung des BVerfG schief, weil das zitierte Verfahren verbandsexterne Dritte betraf, die faktisch eine Mitgliedschaft in dem Verband hätten beantragen können und wollen. Dies ist mit der Interessenlage der von der 50+1-Regel mittelbar betroffenen, potentiellen (Mehrheits-)Investoren nicht vergleichbar. Denn diese streben von vornherein – anders als die Fußballkapitalgesellschaften, an denen sie beteiligt sind oder eine (Mehrheits-)Beteiligung anstreben – keine Mitgliedschaft im DFL e.V. an und könnten eine solche auch nicht erlangen. Selbst *Steiner* scheint davon auszugehen, dass hier im Verhältnis des DFL e.V. zum Investor ein Außenwirken des Verbandes betroffen ist, das nicht in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG fallen könnte. Natürlich hätte der Fußballverband von vornherein festlegen können, dass Investoren bei Bundesligaclubs eine Mehrheitsbeteiligung an etwaigen Fußballkapitalgesellschaften ausnahmslos nicht erlaubt ist. Dies wäre der Situation vergleichbar gewesen, dass eine Vereinigung wie etwa ein Verein zur Förderung der Interessen langer Menschen die Mitgliedschaft von einer Mindestkörpergröße abhängig macht.[67] Indes hatte die 50+1-Regel gem. Art. 8 Abs. 3 der Satzung des DFL e.V. von vornherein Ausnahmen für die Bundesligisten Bayer 04 Leverkusen und VfL Wolfsburg vorgesehen, so dass man nachträglich im Lichte des vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes anderen Investoren unter verbandsautonom fest-

66 *Steiner* SpuRt 2018, 186 (187 f.).

67 Wie der Klub langer Menschen (KLM) Deutschland e.V., zu Details s. https://www.klub-langer-menschen.de/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelegten und später konkretisierten Voraussetzungen gleichfalls die Möglichkeit zum Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung einräumen musste.[68] Spätestens aber, wenn das Präsidium des DFL e.V. nach § 8 Abs. 3 Unterabs. 5 und 6 der Satzung des DFL e.V. eine Entscheidung darüber treffen muss(te), ob bei einem Investor die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der 50+1-Regel vorliegen, betätigt(e) es sich in rechtsverbindlicher Weise zugunsten oder zulasten eines Dritten, d.h. des Investors, im Außenverhältnis, auch wenn nicht dieser, sondern die Fußballkapitalgesellschaft als Mitglied des DFL e.V. Adressat dieser Entscheidung sein sollte. Daher kann man durchaus berechtigte Zweifel hegen, ob die geschilderte Problematik überhaupt in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG fällt, wie er vom BVerfG und der im Schrifttum vorherrschenden Meinung definiert wird.[69] Diesbezüglich hätte *Steiner* nunmehr auf seinen schillernden Ansatz von der Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" bei der Interessenabwägung zurückgreifen können, was er in dem zitierten Beitrag aus dem Jahr 2018 indes nicht tat.

b) Würdigung

aa) Vorzugswürdigkeit des Ansatzes des BVerfG und der vorherrschen Auffassung im Schrifttum

Die Bestimmung des Schutzumfangs der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, wie sie seitens des BVerfG und der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum vorgenommen wird,[70] überzeugt. Das gilt zunächst für die verbandsintern wirkenden und deshalb unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 1 GG stehenden Maßnahmen, die sich auf einen „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" erstrecken. Sie erfordern einen spezifischen Bezug zu den korporativen Verbandstätigkeiten, mithin einen engen Zusammenhang mit dem Bestand und der Organisation der Vereinigung und der Sicherung ihrer Existenz- und Funktionsfähigkeit. Nur wenige nach außen wirkende Tätigkeiten erfüllen diese Voraussetzungen (z.B. Mitgliederwerbung und Selbstdarstellung). Wenn die Vereinigung sich im Rechtsverkehr jedoch wie eine Einzelperson auch in einer Weise betätigt, die nicht die Gründung, den Bestand oder die Existenz des Verbandes oder die Organisation allein seiner verbandsinternen Beziehungen betrifft, ist der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG nicht eröffnet und es greifen die für jedermann einschlägigen Grundrechte (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG). 32

68 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262) = CaS 2011, 334 (337).
69 → XII. Rn. 20 f., 25 m.w.N.
70 → XII. Rn. 20 f., 25 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

33 Diese Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig, wie im vorangehenden Abschnitt am Ende das Beispiel der sog. 50+1-Regel gezeigt hat. Natürlich hat – wie *Steiner* zutreffend betont[71] – eine Vereinigung unter dem Schutz der Verbandsautonomie das Recht, Aufnahmevoraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft aufzustellen (z.B. keine Mehrheitsbeteiligungen verbandsfremder Investoren an ausgegliederten Fußballkapitalgesellschaften). Diese Verbandsregelungen müssen sodann aber unterschiedslos gelten, was bei der erwähnten 50+1-Regel zumindest anfangs nicht der Fall gewesen war. In diesem speziellen Fall war zur Durchsetzung der Mitgliedschaftsvoraussetzungen durch den DFL e.V. eine unmittelbare (und eben nicht allein mittelbare) Außenwirkung der Klausel vorprogrammiert. Dieser Argumentation könnte man freilich entgegenhalten, dass auch bei unterschiedslos geltenden Aufnahmevoraussetzungen ein Tätigwerden des Verbandes mit Außenwirkung unvermeidbar ist, wenn etwa ein Bewerber um eine Mitgliedschaft die Aufnahmevoraussetzungen nicht erfüllt und der Verband ihm gegenüber eine entsprechende Entscheidung treffen muss. Demgegenüber können allein den „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" betreffende Statuten – wie etwa komplette Werbeverbote an und in den Sportstätten auf Werbebanden etc. oder das generelle und ausnahmslose Verbot von Beteiligungen an Sportclubs – leichter dem Schutzbereich der Verbandsautonomie zugeordnet werden.

bb) Keine Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" (Steiner)

34 Bereits an anderer Stelle ist eine kritische Auseinandersetzung mit *Steiners* im Jahr 2004 präsentierten Denkansatz erfolgt.[72] Die betreffenden Erwägungen werden nachfolgend aufgegriffen und vertieft.

35 *Steiners* Ansatz kann nicht überzeugen: Er lässt zunächst offen, in welchem Umfang bei einer Tätigkeit eines (Sport-)Verbandes mit Außenwirkung dessen Belangen durch die Berücksichtigung eines „Elements der Autonomie" bei der Abwägung zur Auflösung einer Grundrechtskollision zusätzliches Gewicht zukommen soll. Die Gewichtigkeit des „Elements der Autonomie" sollte man trotz der Bezeichnung jedoch keinesfalls unterschätzen, denn nach *Steiners* Auffassung[73] sei das Selbstverständnis des Sports zu berücksichtigen bei der Auslegung und Anwendung des allgemeinen staatlichen Rechts und könne unter besonderen Bedingungen sogar dessen bereichsspezifische Modifikation erzwingen, wenn etwa die Anwendung staatlichen Rechts den Sport in seinem genuinen, unvergleichlichen und spezifischen Kern und damit intensiver als andere Normadressaten treffe.

71 *Steiner* SpuRt 2018, 186 (187 f.).
72 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (34 f.).
73 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (243 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" bei Verbandshandeln mit Außenwirkung steht indes entgegen, dass sich hierfür Anknüpfungspunkte im Grundgesetz und auch in der Rechtsprechung des BVerfG[74] gerade nicht finden lassen. Dies kann auch nicht überraschen, weil sich nach Auffassung des BVerfG der von Art. 9 Abs. 1 GG gewährte Schutz nur auf die interne verbandsspezifische Betätigung erstreckt. Zudem vermag *Steiners* Ansatz eine größere Vorhersehbarkeit der sich bei der rechtlichen Bewertung der Interessenkollision ergebenden Ergebnisse nicht zu gewährleisten. Offen bleibt insbesondere, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß der Schutzgehalt der allgemeinen Grundrechte durch Art. 9 Abs. 1 GG soll angereichert werden können.[75] Bereits *Steiners* Ausgangsthese, dass der gewerbliche Sport primär ein soziales und kulturelles Phänomen, jedoch nicht Wirtschaft sei,[76] ging schon im Jahr 2004 deutlich erkennbar an der Realität vorbei und würde von ihm heute vermutlich auch nicht mehr so vertreten werden. Denn andernfalls hätte er das Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV zuletzt wohl kaum als „Maßstab der Maßstäbe des geltenden Rechts" eingestuft.[77] 36

Einer angemessenen Berücksichtigung der Belange des Sports wird gerade im wirtschaftlichen Bereich der auf klare, objektive Kriterien gestützte *Meca-Medina*-Test[78] besser gerecht als das allzu konturenlose, fast beliebig formbare „Element der Autonomie". *Steiner* forderte seinerzeit nur eine Berücksichtigung beim nationalen Prüfungsmaßstab Treu und Glauben gem. § 242 BGB. In späteren Schiedsgerichtsverfahren, die teilweise auch das europäische Kartellrecht betrafen, hat er hingegen das „Element der Autonomie" nicht ausdrücklich, stattdessen aber doch der Sache nach durch eine (Über-)Betonung der Aspekte der Verbandsautonomie sowie einer daraus angeblich ableitbaren und den Verbänden zustehenden Einschätzungsprärogative angewendet.[79] Aber auch dieser Ansatz vermag – wie bereits dargelegt[80] – nicht zu überzeugen. 37

cc) Eigener Ansatz

Letztlich braucht die komplexe Abgrenzungsfrage, wann Statuten den „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" betreffen oder aber nicht betreffen, hier nicht abschließend geklärt zu werden, wenn dies überhaupt in 38

74 BVerfGE 70, 1 (25) – Orthopädietechniker-Innung; BVerfG NJW 2015, 612, Rn. 13–15 – Raucherclub.
75 *Seyb* 74 f. mit weiteren Gegenargumenten.
76 So *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (239 f.).
77 *Steiner* SpuRt 2018, 186 (187).
78 → VI. Rn. 164–385.
79 → X. Rn. 29–42.
80 → X. Rn. 43–52.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überzeugender Weise möglich sein sollte. Für ein solches Vorgehen sprechen verschiedene Gründe:

39 – Selbst wenn man den Schutzbereich der Verbandsautonomie im Hinblick auf Verbandsstatuten mit Außenwirkung zugunsten der (Sport-)Verbände großzügiger als etwa das BVerfG definieren wollte, so wären die betreffenden Klauseln damit keineswegs einer gerichtlichen Überprüfung entzogen. Vielmehr könnten die grundrechtlich geschützten Belange der verbandsunabhängigen Dritten bei der vorzunehmenden Interessenabwägung immer noch überwiegen.

40 – Zudem stellt sich die Frage, ob gerade im Anwendungsbereich unionsrechtlicher Vorschriften wie der Regelungen zu den Grundfreiheiten und zum europäischen Kartellrecht eine Berufung auf die Verbandsautonomie zielführend sein kann. Denn innerhalb der EU-Mitgliedstaaten wird der Schutzbereich der Verbandsautonomie durchaus unterschiedlich weit gezogen, was in der bisherigen Diskussion weitgehend vernachlässigt worden ist. Dies kommt auch im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 klar zum Ausdruck (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[81]

> „The world of sport and its organization in Europe is based on very diverse structures. This complexity is mirrored by a large number and different types of organisations and bodies active in the field of sport at various levels. Moreover, there is **heterogeneity within the EU as regards** the status of these actors, their legal nature and **the autonomy they enjoy** as well as their financial and staff-related capacity to participate in a dialogue at EU level."

41 Wenn der Schutzbereich der Verbandsautonomie jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich abgegrenzt wird, läuft bei einer Interessenabwägung eine vorrangige Orientierung an dem Ausmaß der im betreffenden Mitgliedstaat Sportverbänden gewährten Autonomie einer unionsweit einheitlichen Anwendung etwa der Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor zuwider.[82]

42 – Überzeugender ist es, sogleich an die Besonderheiten des Sports anzuknüpfen. Diese sind durch den EuGH anlässlich der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten[83] und sodann des europäischen Kartellrechts[84] auf den Sport entwickelt worden und inzwischen von der EU-Kommission[85] und zuletzt auch durch Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV[86] allgemein anerkannt worden. Für

81 Commission Staff Working Document, Abschn. 5.1.
82 Diese Zusammenhänge vernachlässigen etwa *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (572–576, 580) und *Putzier* 86–89.
83 → V. Rn. 1 ff.
84 → VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff.
85 → II. Rn. 1–15.
86 → VIII. Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein solches Vorgehen spricht erstens, dass diese Besonderheiten des Sports unabhängig davon gelten, ob sie auch von der in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich weit reichenden Verbandsautonomie gedeckt sind, und dass sie damit einen europaweit einheitlichen Schutz der besonderen Belange des Sports begründen. Zweitens sind im Hinblick auf den Sportsektor die zahlreichen Facetten der Besonderheiten des Sports schon wesentlich detaillierter herausgearbeitet worden als etwa hierzulande der Schutzbereich der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG im Sport. Und drittens können die allgemein anerkannten Besonderheiten des Sports über den Schutzbereich der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG deutlich hinausgehen.

Damit handelt es sich im Hinblick auf die Ausgangsfrage bei der Auseinandersetzung zum genauen Schutzbereich der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG bei nicht rein nationalen Sachverhalten letztlich um einen akademisch anmutenden Streit, weil im Rahmen der rechtlichen Überprüfung von Verbandsmaßnahmen mit Außenwirkung – wie im nachfolgenden Abschnitt zu zeigen sein wird[87] – nicht die Verbandsautonomie, die innerhalb der EU-Mitgliedstaaten ohnehin unterschiedlich weit interpretiert wird, das maßgebliche Kriterium darstellt. Stattdessen wird dabei den Besonderheiten des Sports, die europaweit einheitlich definiert werden und zudem Ausfluss und Anerkennung der Autonomie der Sportverbände sind, bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts und der europäischen Grundfreiheiten in angemessenem Umfang Rechnung getragen. Die heute im Zentrum der Entscheidungspraxis stehenden Besonderheiten des Sports[88] sind letztlich Ausprägungen der Verbandsautonomie und können über deren Schutzbereich sogar hinausreichen. Sie haben im Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts *Steiners* Ansatz von der Berücksichtigungsfähigkeit eines „Elements der Autonomie" bei Aktivitäten der Sportverbände mit Außenwirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten überflüssig gemacht. 43

5. Inhalts- und Ausübungskontrolle

a) Kartellrechtlicher Maßstab

Mit der Frage, welcher rechtliche Prüfungsmaßstab bei Maßnahmen von Sportverbänden, die zumindest mittelbar beschränkende Wirkungen zulasten Verbandsunabhängiger haben, anzuwenden ist, setzte sich der *Verfasser* erstmals ausführlich Anfang 2017 auseinander, wobei eine Anknüpfung an das Kartell- 44

87 → XII. Rn. 44–51.
88 → insb. II. Rn. 1–15 und VIII. Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht im Allgemeinen und den *Meca-Medina*-Test im Besonderen vorgeschlagen wurde.[89] Diese überaus praxisrelevante Rechtsproblematik war bis dahin im deutschsprachigen Schrifttum überhaupt nicht thematisiert worden, auch Entscheidungen der Gerichte und Kartellbehörden hatten die Fragestellung überraschenderweise bis dahin nicht ausdrücklich adressiert. Mitunter hatten Gerichte[90] und Kartellbehörden[91] zwar stillschweigend europäisches Kartellrecht – allerdings ohne Bezugnahme auf den *Meca-Medina*-Test – angewendet, ohne die Drittwirkungsproblematik anzusprechen, aber auch andere Ansätze wie eine Inhaltskontrolle am Maßstab des § 242 BGB waren verfolgt worden. Das auswertbare Fallmaterial war im Jahr 2016 noch durchaus überschaubar gewesen, entsprechend vorsichtig und tastend war der erste kartellrechtliche Annäherungsversuch.

45 Wie sogleich darzulegen sein wird, sind dann in den Jahren 2018 bis 2020 bei der EU-Kommission, beim BKartA und zuletzt auch am EuG Verfahren zum Abschluss gelangt, in denen eine Auseinandersetzung mit der Frage erfolgte, welche rechtlichen Grenzen Verbandsstatuten im Sport mit zumindest mittelbarer Außenwirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten gesetzt sind und welches der dabei anzuwendende Prüfungsmaßstab ist.

b) Meinungsstand

aa) EuG, EU-Kommission, BKartA

46 Im *ISU*-Verfahren haben zunächst die EU-Kommission[92] und in der Folge das EuG[93] an Verbandsstatuten der ISU, die sich beschränkend auf den privaten Veranstalter eines geplanten Eisschnelllaufwettbewerbs ausgewirkt hatten, mit Art. 101 Abs. 1 AEUV einen kartellrechtlichen Maßstab angelegt, wobei die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests jeweils sehr ausführlich geprüft worden sind. In entsprechender Weise ist das BKartA[94] – allerdings anknüpfend an Art. 102 AEUV – in einem Verfahren vorgegangen, welches Verbandsstatuten des IOC sowie des DOSB betraf, die sich beschränkend auf die deutschen Olympiateilnehmer sowie deren Individualsponsoren als verbandsunabhängige Dritte ausgewirkt hatten.

89 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (39–48) m.w.N.
90 So etwa EuGH Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE; → VII. Rn. 52 f.
91 Vgl. EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806 – ENIC/UEFA; → VI. Rn. 15–24.
92 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 135 ff. – ISU's Eligibility Rules.
93 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 64 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission.
94 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 41 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen

In seinem Verfahren zur sog. 50+1-Regel wendete das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen im Rahmen der Kostenentscheidung „bei gebotener summarischer Prüfung nach dem gegenwärtigen Stand der Beratung" zwar Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie ansatzweise auch den *Meca-Medina*-Test an.[95] Dabei wurde, gestützt auf die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, dem Fußballverband jedoch eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests zugesprochen. 47

cc) Differenzierung nach verbandsinternen und verbandsexternen Sachverhalten

Einen interessanten und sorgfältig abgewogenen Vorschlag zur rechtlichen Überprüfung von Verbandsstatuten mit zumindest mittelbaren beschränkenden Auswirkungen auf verbandsunabhängige Dritte hat jüngst *Seyb* unterbreitet. Dabei unterscheidet er zwischen verbandsinternen und verbandsexternen Sachverhalten.[96] Bei verbandsinternen Sachverhalten bedürfe eine Beschränkung von Drittinteressen keiner zusätzlichen Rechtfertigung vor dem Wettbewerbsrecht. Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Verbandsseite seien daher umso weiter zu ziehen, je mehr es sich um genuin sportliche Sachverhalte handele. Im Vergleich zu verbandsexternen Sachverhalten sei dem Verband ein größerer Verhaltensspielraum eröffnet, innerhalb dessen die Verhältnismäßigkeit nach dem *Meca-Medina*-Test gewahrt bleibe. In verbandsexternen Sachverhalten könne die Sportverbandsautonomie hingegen nicht aktiviert werden. Freiräume der Verbandsseite fielen daher weg und es erfolge eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nach *Seyb*[97] sei aus dem Umstand, dass den Verbänden in verbandsexternen Sachverhaltskonstellationen kein Beurteilungsspielraum zuzugestehen sei, nicht abzuleiten, dass eine Rechtfertigung von Verbandsmaßnahmen durch den *Meca-Medina*-Test unmöglich sei. Denn auch im Verhältnis zu Dritten könnten Sportverbände Zielsetzungen verfolgen, denen man allein wegen Überschreitens der Grenzen ihrer Autonomie nicht von vornherein die Legitimität absprechen könne.[98] Die möglichen Zielsetzungen müssten dann aber zwei Voraussetzungen erfüllen: Zum einen müssten sie zwingend im öffentlichen Interesse liegen. Zum anderen sei vollständig nachprüfbar, aufgrund welcher Vorstellungen sie als legitim anzusehen seien. Es gebe daher bei verbandsexternen Sachverhalten deutlich 48

95 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262) = CaS 2011, 334 (337).
96 *Seyb* 119 ff., 145 ff.
97 *Seyb* 105.
98 So schon *Heermann* ZWeR 2017, 24 (44).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weniger mögliche legitime Zielsetzungen, wobei solche von vornherein nicht legitim sein könnten, die im privaten Interesse der Sportverbände lägen.

c) Würdigung

49 Die Art und Weise, wie in dem *ISU*-Verfahren die EU-Kommission und anschließend das EuG sowie zwischenzeitlich das BKartA hinsichtlich der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer und deren Individualsponsoren[99] den *Meca-Medina*-Test uneingeschränkt auch auf Verbandsmaßnahmen mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen gegenüber verbandsunabhängigen Dritten angewendet haben, liegt auf der vom *Verfasser* bereits zuvor entwickelten Linie.[100] Dieser Ansatz hat sich bewährt und wird hier auch weiterhin favorisiert.

50 Der vom Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen entwickelte Ansatz mit seiner starken Betonung der Verbandsautonomie und einer daraus abgeleiteten Einschätzungsprärogative der Sportverbände ist bereits zuvor als rechtlich nicht haltbar entlarvt worden.[101]

51 Die starke Orientierung des hier favorisierten Ansatzes an den Besonderheiten des Sports gem. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV, die durchaus über den Schutzbereich der Verbandsautonomie hinausreichen können, sowie die relativ strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests machen eine Differenzierung zwischen verbandsinternen und verbandsexternen Sachverhalten, wie sie *Seyb* vorgeschlagen hat,[102] letztlich überflüssig. Zudem ist auch letzterem eine klare und widerspruchsfreie Abgrenzung zwischen diesen beiden Konstellationen nicht gelungen.[103] Es ist beispielsweise kaum nachvollziehbar, dass es sich etwa bei der sog. 50+1-Regel nach *Seybs* Überzeugung um einen rein verbandsinternen Sachverhalt handeln soll.[104] Indes ist zu konzedieren, dass der Nachweis der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests bei Verbandsmaßnahmen, die sich wettbewerbsbeschränkend auf verbandsunabhängige Dritte auswirken, im Vergleich zu verbandsinternen Maßnahmen durchaus komplizierter, mitunter sogar unmöglich sein kann.

99 → XI. Rn. 6–8 und XI. Rn. 28–31.
100 *Heermann* ZWeR 2017, 24 (39–48) m.w.N.
101 → X. Rn. 29–42.
102 → XII. Rn. 48 m.w.N.
103 *Seyb* 115–119.
104 *Seyb* 136 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Fazit

Je weiter die Kommerzialisierung des Sports in den letzten Jahrzehnten vorangeschritten ist, desto stärker neigen Sportverbände dazu, Verbandsstatuten mit mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten zu verabschieden. In mindestens einem Fall versucht ein deutscher Sportverband sogar, verbandsunabhängigen Dritten unmittelbar Rechtspflichten aufzuerlegen und sich damit endgültig wie ein Ersatzgesetzgeber zu gerieren.[105] Wie bereits im Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern kann die rechtliche Grundlage für seine Normsetzungsgewalt auch im Verhältnis gegenüber verbandsunabhängigen Dritten allein in der Privatautonomie gesehen werden.[106] 52

Uneinheitlich wird die Frage nach der Reichweite der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten beantwortet.[107] Überzeugend ist insoweit die ständige Rechtsprechung des BVerfG, wonach „der Schutz des Grundrechts […] sowohl für Mitglieder als auch für die Vereinigung die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte sowie das Recht auf Entstehen und Bestehen“ umfasst; damit schützt Art. 9 Abs. 1 GG „insbesondere vor einem Eingriff in den Kernbereich des Vereinsbestands und der Vereinstätigkeit.“[108] Demgegenüber werden Aktivitäten eines Sportverbandes ohne einen spezifischen Bezug zu seiner korporativen Organisation durch Art. 2 Abs. 1 GG oder bei Unternehmensträgern durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG (berufliche bzw. eigentumsbezogene Vertragsfreiheit) geschützt. 53

Letztlich ist der Aspekt der genauen Abgrenzung des Schutzbereichs der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG im Hinblick auf die Frage, welche rechtlichen Grenzen Sportverbänden bei Aktivitäten mit beschränkenden Auswirkungen gegenüber verbandsunabhängigen Dritten gesetzt sind, aber von untergeordneter Bedeutung. Denn inzwischen hat sich in der Entscheidungspraxis von EuG, EU-Kommission und BKartA, aber auch im Schrifttum die Auffassung durchgesetzt, dass insoweit eine Inhalts- und Ausübungskontrolle am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV unter Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zu erfolgen hat.[109] Im Rahmen dieser rechtlichen Überprüfung von Verbandsmaßnahmen mit Außenwirkung bildet indes nicht die Verbandsautonomie, die innerhalb der EU-Mitgliedstaaten ohnehin unterschiedlich weit ausgelegt wird, das maßgebliche 54

105 → XII. Rn. 18 m.w.N.
106 → XII. Rn. 19 m.w.N.
107 → XII. Rn. 20–31 m.w.N.
108 → XII. Rn. 20 f., 32 f. m.w.N.
109 → XII. Rn. 44–51 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kriterium. Stattdessen wird insoweit den Besonderheiten des Sports gem. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV, die vom EuGH und der EU-Kommission europaweit einheitlich definiert werden sowie zudem Ausfluss und Anerkennung der Autonomie der Sportverbände sind, bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts und der europäischen Grundfreiheiten in angemessenem Umfang Rechnung getragen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

XIII. Auswirkungen der rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Sport – Praxisbeispiele

In dem abschließenden Abschnitt sollen nunmehr verschiedene Maßnahmen der Sports Governance,[1] die faktisch zu Wettbewerbsbeschränkungen[2] führen und damit *prima facie* die zuvor beleuchteten rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie zu überschreiten drohen, daraufhin untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen sie gerechtfertigt werden können. Zugleich soll dabei hinsichtlich der einzelnen Maßnahmen die Wahrscheinlichkeit kartellrechtlicher Konflikte zumindest ansatzweise bestimmt werden. 1

1. Ausgewählte Prüfungsaspekte zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit von verschiedenen Maßnahmen der Sports Governance mit Art. 101, 102 AEUV

a) Vorbemerkung: Bedeutung der „richtigen" Fragen

Die Mehrzahl der in diesem Kapitel nachfolgend zu analysierenden ca. 25 Verbandsregelungen und -maßnahmen ist bereits jeweils Gegenstand mehrerer Monographien und/oder zumindest diverser juristischer Fachaufsätze gewesen. Mit solch ausführlichen rechtlichen Analysen können die nachfolgenden Erwägungen zu den einzelnen Problemkonstellationen naturgemäß kaum konkurrieren. Gleichwohl ist zu bedenken, dass die einst gewonnenen und publizierten rechtlichen Erkenntnisse jeweils Momentaufnahmen sind und somit nur zu Gewissheiten führen konnten, denen von Beginn an ein Mindesthaltbarkeitsdatum anhaftete. Denn der Wettbewerb entwickelt sich auch im Sportsektor dynamisch fort, so dass rechtliche Einschätzungen immer wieder aufs Neue auf den Prüfstand gestellt werden sollten. Dieser Umstand bedingt einerseits, dass sich das Verfallsdatum früher erlangter kartellrechtlicher Gewissheiten – anders als etwa bei Lebensmitteln – nicht im Voraus zuverlässig bestimmen lässt und aktuell teils bereits überschritten ist, teils aber auch noch nicht ansatzweise erreicht ist. Andererseits ist die Präzedenzwirkung älterer kartellrechtlicher Bewertungen seitens des wissenschaftlichen Schrifttums, aber natürlich auch der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden sowie der Judikatur nur beschränkt. Dies macht das Sportkartellrecht notwendigerweise unberechenbar, weil geänderte Marktbedingungen und Fortentwicklungen des Wettbewerbs frühere kartellrechtliche Einschätzun- 2

1 Hierzu *Weatherill*, Principles, 2017, 245–287 m.w.N.; s. zu den Auswirkungen der ISU-Entscheidung der Europäischen Kommission auf die Sports Governance auch *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (95–98).

2 Hierzu → VI. Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen zwar nicht sofort obsolet machen, ihre Überzeugungskraft freilich mehr oder wenig stark beeinträchtigen (können). Dies ist aus Sicht der Praxis zwar eine beklagenswerte Entwicklung, die allerdings nicht nur das Sportkartellrecht, sondern die Anwendung des Kartellrechts in seiner gesamten sachlichen Breite betrifft. Aus wissenschaftlicher Perspektive beziehen hingegen das Kartellrecht im Allgemeinen und das Sportkartellrecht im Besonderen aus den vorgenannten Umständen ihren besonderen Reiz.

3 Vor diesem Hintergrund erheben natürlich auch die nachfolgenden rechtlichen Ausführungen zu den einzelnen Aspekten der Sports Governance nicht den Anspruch, diese erschöpfend und abschließend rechtlich zu würdigen. Stattdessen sollen – anknüpfend an den in den vorangehenden Abschnitten gewonnenen aktuellen Erkenntnisstand (Stand: 7.2.2022) – bei den jeweiligen Verbandsstatuten und -maßnahmen zentrale Rechtsfragen gestellt und unter Berücksichtigung des bisherigen Diskussionsstands bewertet werden. Es soll also ein Ansatz verfolgt werden, der in den bisherigen sportkartellrechtlichen Verfahren, die von den beteiligten Parteien überwiegend rein interessen- und ergebnisgeleitet geführt worden sind, zumeist vernachlässigt, wenn nicht gar ausgeklammert worden ist. In diesen Verfahren hat für die Parteien jeweils von vornherein festgestanden, welches Ergebnis aus ihrer jeweiligen Perspektive allein sachgerecht und damit „richtig" sein kann. Und dementsprechend ist dann gemäß dem berühmten Ausspruch des Altbundeskanzlers *Helmut Kohl* (1930–2017) gehandelt worden:

> „Entscheidend ist, was hinten rauskommt."

Dabei haben insbesondere die Sportverbände, mitunter aber auch ihre juristischen Gegenspieler, mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, die wir in den Abschnitten I. bis XII. kennengelernt haben, versucht, die rechtlichen Vorschriften – von denen das europäische Kartellrecht nunmehr im Fokus stehen soll – so anzuwenden, dass das jeweils angestrebte Ergebnis herauskommt.

4 Die Anpassung des eigenen Verhaltens *ex ante*, d.h. vor der Einleitung einer rechtlichen Auseinandersetzung vor einem Gericht oder einer Kartellbehörde, an die kartellrechtlichen Vorgaben gilt bei Sportverbänden, die sich auf ihre überlegene Sachkunde stützen können, regelmäßig als eher unsportlich. Dies würde zudem voraussetzen, dass der betreffende Sportverband – wie in der Praxis leider noch zu selten – die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen bereits vorab genau kennt und einschätzen kann oder zumindest für diese Rechtsproblematik sensibilisiert ist. Weitsichtiger wäre es natürlich, möglichst frühzeitig zu ermitteln, ob die geplanten Verbandsstatuten und -maßnahmen kartellrechtskonform sind. Denn die Erfahrung lehrt, dass nachträgliche Anpassungen des Kartellrechts zur Bestätigung der von einem Sportverband vertretenen Rechtsauffassung eher unwahrscheinlich, wenngleich auch nicht völlig ausgeschlossen sind. Um aber vorab die kartellrechtliche Ausgangslage hinreichend zuverlässig

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beurteilen zu können, müssen von den Sportverbänden, die üblicherweise den Anlass für sportkartellrechtliche Streitigkeiten setzen, die „richtigen" Fragen gestellt werden. Sodann liegt es in der Natur der Sache, dass der Fragesteller, d.h. der betreffende Sportverband, bis zur Ermittlung einer belastbaren „richtigen" Antwort zunächst einmal unwissend bleibt. Nur der Besserwisser wird vor einem eigentlich zu vermeidenden Rechtsstreit keine geeignete Antwort erhalten, weil der die „richtigen" Fragen nicht gestellt oder gar nicht erst gekannt hat. So neigen viele – in diesem Sinne besserwisserische – Sportverbände in den beschriebenen Konstellationen leider immer noch dazu, nach dem Motto „Das haben wir schon immer so gemacht!" zu verfahren. Allerdings verschlafen manche Traditionen ihr Verfallsdatum, so dass es erst durch eine Rechtsstreitigkeit oder gar ein ungünstiges Urteil für manche Sportverbände zu einem bösen Erwachen kommt. Das muss nicht so sein. Zur Reduzierung dieses Risikos sollen nachfolgend hier als „richtig" identifizierte Fragen formuliert werden, die allerdings – nicht zuletzt wegen der Dynamik des Wettbewerbs – manche der daraufhin ermittelten ersten-Antworten überleben werden.

Auf diese Weise wird in freilich modifizierter Form der Ansatz fortgesetzt, den die EU-Kommission bereits im Jahr 2007 im Begleitdokument zum Weißbuch Sport entwickelt hatte.[3] Darüber hinaus – so viel sei schon vorab verraten – wird die beschriebene Vorgehensweise, die immer wieder aufs Neue auf die jeweiligen praxisrelevanten Fallgruppen angewendet wird, bislang verborgen gebliebene argumentative Parallelen oder auch Defizite entlarven helfen und insgesamt zu zahlreichen neuen Erkenntnissen führen. 5

b) Unmöglichkeit der Anfertigung einer Weißen Liste, Schwarzen Liste und Grauen Liste – stattdessen Einzelfallentscheidungen

aa) Gründe

Im Wesentlichen aus drei Gründen ist es unmöglich, bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verbandsregelungen und -maßnahmen auf eine Weiße Liste (dann wären sie *per se* kartellrechtskonform; *safe harbour*), eine Schwarze Liste (dann wären sie *per se* kartellrechtswidrig) und eine Graue Liste (eine eindeutige Zuordnung zu den vorgenannten Gruppen wäre nicht möglich) zu verteilen: 6

– Hiergegen spricht zunächst der im vorangegangenen Abschnitt angesprochene Umstand, dass für die jeweiligen Fallgruppen zunächst die „richtigen" Fragen gestellt werden müssen, deren Beantwortung allerdings allein eine *vorläufige* kartellrechtliche Bewertung ermöglicht.

3 → XI. Rn. 9–18 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Einer solchen Kategorisierung steht sodann entgegen, dass Märkte und der Wettbewerb sich auch im Sportsektor dynamisch fortentwickeln, so dass frühere kartellrechtliche Einschätzungen im Laufe der Zeit an Überzeugungskraft verlieren und gar obsolet werden können.[4]
– Schließlich können bereits kleine, eher unscheinbar anmutende Anpassungen der Verbandsstatuten sowie ihrer praktischen Umsetzung dazu führen, dass eine zunächst als wettbewerbsbeschränkend eingestufte Maßnahme letztlich doch etwa nach dem *Meca-Medina*-Test gerechtfertigt werden kann.

7 Diese Aspekte führen dazu, dass bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verbandsmaßnahmen nicht kategorisch etwa durch Leitlinien als kartellrechtlich (un)zulässig eingestuft werden können, sondern stets Einzelfallentscheidungen auf der Basis der jeweils konkreten Sachverhaltsumstände erforderlich sind.[5]

bb) Konsequenzen für Sportverbände

8 Damit kann auch dieses Werk nicht die Erwartungen vieler Sportverbände und Sportfunktionäre erfüllen, nun endlich für absolute Rechtssicherheit im Bereich des Sportkartellrechts zu sorgen. Das Kartellrecht wird im Sport verbreitet immer noch als juristischer Angstgegner empfunden. Wie beim sportlichen Angstgegner sollte man sich Gedanken darüber machen, wie man die kartellrechtlichen Gefahren bestmöglich beherrschen und minimieren kann. Eine gewisse Rechtsunsicherheit ist notwendigerweise auf Seiten der Sportverbände, aber natürlich auch auf Seiten der in ihrer Wettbewerbsfreiheit Beeinträchtigten unvermeidbar, was wettbewerbs-, aber auch sportpolitisch durchaus positive Folgewirkungen nach sich ziehen kann. Denn dadurch werden die Sportverbände und ihre Mitglieder sowie Repräsentanten veranlasst, sich bei der Verabschiedung von Verbandsstatuten, die die Wettbewerbsfreiheit der (un)mittelbaren Mitglieder oder sogar verbandsunabhängiger Dritter beschränken, in noch intensiverem Maße als zumeist bisher über die Legitimität der damit verfolgten Verbandsziele und die Verhältnismäßigkeit der betreffenden Vorschriften sowie der in der Folge darauf gestützten Maßnahmen Gedanken zu machen.

9 Bei der Strukturierung der hierzu erforderlichen Erwägungen sowie bei der Selbsteinschätzung der kartellrechtlichen Risiken können die nachfolgenden Fragen und Lösungsansätze eine gewisse Hilfe leisten. Dabei beansprucht der *Ver-*

4 S. exemplarisch zur kartellrechtlichen Bewertung der zentralen Vermarktung der Live-Übertragungsrechte an den Fußballspielen der UEFA Champions League im Lichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 ff. Der *Verfasser* hat sich im vorliegenden Werk vereinzelt von verschiedenen früheren Einschätzungen gelöst, die aufgrund geänderter Rahmenbedingungen und/oder Überzeugungen nicht aufrecht erhalten werden konnten, was an den betreffenden Stellen jew. kenntlich gemacht worden ist.

5 → VI. Rn. 373.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fasser für sich keinesfalls, jeweils „*die* einzige richtige Lösung" zu präsentieren. Denn diese gibt es nicht, auch wenn insbesondere Sportverbände und deren Repräsentanten auf der Basis ihrer sicherlich überlegenen Sachkunde und Expertise im Sportsektor, ihrer speziellen Kenntnisse der besonderen Bedürfnisse des Verbandssports und oftmals unter Überdehnung des Aspekts der Verbandsautonomie in kartellrechtlichen Auseinandersetzungen vorgeben, die aus Verbandssicht allein praktikable und umsetzbare und damit auch „*die* richtige Lösung" zu kennen. Aber die Verbandssicht ist nur eine Seite der Medaille, die rechtlichen Rahmenbedingungen befinden sich auf der anderen Seite, wobei die Sportverbände über diese andere Seite nicht verbandsautonom abschließend entscheiden können.[6]

cc) Kartellrecht als Angstgegner der Sportverbände gleichwohl beherrschbar

Wenn es *die* richtige Lösung in sportkartellrechtlichen Auseinandersetzungen also nicht geben kann, so ist es aber doch möglich, sich ihr anzunähern. Dabei sollen die rechtlichen Erwägungen zu den nachfolgend aufgelisteten Verbandsregelungen und -maßnahmen Unterstützung leisten. Die jeweiligen Analysen orientieren sich an verschiedenen wegweisenden („richtigen") Rechtsfragen, die aus der Entscheidungspraxis des EuGH, des EuG, der EU-Kommission sowie des BKartA zum Sportkartellrecht abgeleitet worden sind. Diese Rechtsfragen spiegeln in gewisser Weise die – nach hier vertretener Auffassung weitgehend überzeugende – Herangehensweise der vorgenannten Gerichte und Kartellbehörden an sportkartellrechtliche Problemkonstellationen wider.[7] 10

Selbst wenn man die Überzeugungskraft dieses Ansatzes anders beurteilen sollte, so orientiert er sich doch in weitem Umfang an der bisherigen Entscheidungspraxis und gibt zuverlässig über diese Auskunft. Natürlich muss man bei der Beurteilung der einzelnen Prüfungsaspekte nicht der hier vertretenen Rechtsauffassung blindlings folgen. Über viele Punkte wird man auch weiterhin trefflich streiten können, vieles wird von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängen. Hoffentlich erst nach dem Scheitern stets vorzugswürdiger außergerichtlicher Streitbeilegungsbemühungen mögen dann letztlich vor dem zuständigen Gericht oder der zuständigen Kartellbehörde nicht nur die relevanten 11

6 → VI. Rn. 317–324 m.w.N. Dies ist – allerdings ohne überzeugende Begründung – insb. vom Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften in zwei Verfahren zumindest teilweise anders gesehen worden, → X. Rn. 29–42. und XII. Rn. 47.

7 Damit wird zudem auch noch in jüngerer Vergangenheit ausgesprochenen Forderungen entsprochen; vgl. *J. F. Orth* SpuRt 2020, 281: „Eine Feinjustierung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Verbandsrecht ist nötiger denn je."; *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (26): „Weitere Konkretisierungen legitimer Differenzierungen des Wirtschaftskartellrechts im Bereich des Sportrechts im so und nicht im Sinne einer Bereichsausnahme verstandenen ‚Sportkartellrechts [Sic!]', die die Rechtssicherheit erhöhen, wären hilfreich. Dies zu entwickeln ist aber allgemein eine Aufgabe juristischer Dogmatik."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kartellrechtlichen Fragen sachgerecht diskutiert werden (was gerade beim CAS bislang leider nur ansatzweise der Fall ist) und die überzeugenderen Argumente die Oberhand behalten.

12 Das Kartellrecht als Angstgegner des Sports ist also durchaus beherrschbar, wenn man seine Besonderheiten kennt, Bereitschaft zur ergebnisoffenen Auseinandersetzung mit den „richtigen" Rechtsfagen zeigt und zur Kenntnis nimmt, dass die verschiedenen Spruchkörper willens und in der Lage sind, bei der Rechtsanwendung den „besonderen Merkmalen" des Sports gem. Art 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV Rechnung zu tragen. Das bedeutet freilich nicht automatisch, dass Sportverbände bei kartellrechtlichen Auseinandersetzungen stets die Oberhand behalten müssen,[8] wenngleich man realisieren sollte, dass sie in entsprechenden Verfahren bislang noch nicht allzu oft den Kürzeren gezogen haben.

c) Prüfungsaspekte

aa) Vorrangige Prüfung von Art. 101 AEUV oder von Art. 102 AEUV anhand vorläufiger praktischer Erwägungen?

13 Vielen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen im Sportsektor kann man sich sowohl über das Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV als auch über das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV annähern. Zumeist sind für Kartellbehörden und Gerichte praktische Erwägungen, d.h. insbesondere Darlegungs- und Beweisfragen, ausschlaggebend dafür, welchen kartellrechtlichen Tatbestand sie letztlich in den Vordergrund rücken. Die Motive werden in den Entscheidungen üblicherweise nicht mitgeteilt. Die Parteien, die den Verstoß eines Sportverbandes gegen das Kartellrecht behaupten, sind im Ausgangspunkt also gut beraten, substantiiert möglichst zu beiden Tatbeständen vorzutragen.

14 Anhand dreier Verfahren aus der jüngeren Vergangenheit sollen Mutmaßungen darüber angestellt werden, weshalb in den jeweiligen Entscheidungen entweder nur auf Art. 101 AEUV oder auf Art. 102 AEUV oder aber auf beide Tatbestände eingegangen wurde. Die betreffenden Gründe können sodann auch bei künftigen Fällen eine gewisse Orientierung bieten:

15 – Im Verfahren der EU-Kommission zu den Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalten der International Skating Union (ISU)[9] hätte es *prima facie* nahegelegen, vorrangig auf den Missbrauchstatbestand zu rekurrieren. Indes hat die EU-Kommission stattdessen Art. 101 AEUV als rechtlichen Maßstab herange-

8 Eine Ausnahme gilt allerdings aus vielfältigen Gründen bislang noch beim CAS; → IV. Rn. 284–310 m.w.N.

9 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; → VI. Rn. 61–74.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zogen. Damit ist sie zwei Problemen aus dem Weg gegangen, die sich bei Anwendung von Art. 102 AEUV zwangsläufig gestellt hätten: Zunächst hätte der relevante Markt abgegrenzt werden müssen, was zu den anspruchsvollsten Aufgaben zählt, die das Kartellrecht zu bieten hat. Da die Märkte für die Organisation und Durchführung von und für die Zulassung von Athleten zu Eisschnelllaufwettbewerben sowie für die Zulassung von (privaten) Konkurrenzveranstaltern betroffen waren, hätten aber sowohl die Marktabgrenzung sowie der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung seitens der ISU vermutlich keine unüberwindbaren Hindernisse dargestellt.[10] Allerdings ist die Rechtfertigung eines Marktmachtmissbrauchs regelmäßig ebenso komplex wie schwierig. Die EU-Kommission hätte sodann erstmalig in einem Verfahren zur Frage Position beziehen müssen, ob der *Meca-Medina*-Test auch im Rahmen von Art. 102 AEUV zur Anwendung gebracht werden kann. Zugleich wollte die EU-Kommission jedoch erkennbar dem *Meca-Medina*-Test im Rahmen dieses Verfahrens schärfere Konturen verleihen. Vielleicht war dies der Hauptgrund, letztlich den Einstieg über Art. 101 Abs. 1 AEUV zu wählen, weil in diesem Kontext der *Meca-Medina*-Test bereits allgemein anerkannt war. Zudem hat die EU-Kommission mit nur begrenztem Aufwand die ISU als Unternehmensvereinigung sowie die streitgegenständlichen Verbandsregelungen als Beschluss einer solchen einstufen können.[11] Der Nachweis einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hat sich zwar komplexer gestaltet,[12] wobei der andernfalls erforderliche Nachweis eines Marktmachtmissbrauchs gem. Art. 102 AEUV aber wahrscheinlich auch nicht einfacher gewesen wäre. Damit ist der Weg zur ausführlichen Diskussion der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests und zu deren Konkretisierung mit vergleichsweise geringem argumentatorischem Aufwand bereitet worden.

– Im Verfahren des BKartA zu den Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer[13] stellte sich die Ausgangslage hingegen ganz anders dar. Das BKartA hat in seinem Verpflichtungszusagenbeschluss auch unter Berücksichtigung des Ermittlungsaufwandes und damit aus prozessökonomischen Gründen einer kartellrechtlichen Prüfung am Maßstab von Art. 102 AEUV den Vorzug gegeben.[14] In der Folge ist es davon ausgegangen, dass die Mitglieder der Olympischen Bewegung auf dem Markt für die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV, §§ 18, 19 GWB innehätten, die der DOSB und das IOC als Mitglieder der Olympischen Bewegung missbräuchlich ausgenutzt hätten, um 16

10 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.
11 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 146 ff. – ISU's Eligibility Rules.
12 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 154 ff. – ISU's Eligibility Rules.
13 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31.
14 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 41 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die deutschen Athleten und ihre (potentiellen) Sponsoren auf einem Markt für Sportsponsoring unbillig zu behindern.[15] Auf diese Weise ist das BKartA erheblichen praktischen Problemen aus dem Weg gegangen, die sich bei einer Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV zwangsläufig ergeben hätten. Die streitgegenständliche Werbebeschränkung in den Statuten des IOC hätte sich nämlich nicht ohne Weiteres als Vereinbarung zwischen Unternehmen oder als Beschluss einer Unternehmensvereinigung einordnen lassen, weil Mitglieder des IOC allein natürliche Personen sind. Im Vergleich zu diesen sich andeutenden, intrikaten Rechtsproblemen war indes auch der letztlich bevorzugte Einstieg über Art. 102 AEUV alles andere als ein Selbstläufer, sondern führte gleichfalls zu komplexen Rechtsproblemen bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung. Diese hat das BKartA durch die Entwicklung eines durchaus innovativen und im Ergebnis überzeugenden Ansatzes überwunden, indem es das IOC und den DOSB als Mitglieder der Olympischen Bewegung unter Rückgriff auf die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung als marktbeherrschend gem. Art. 102 AEUV eingestuft hat.[16] Eine weitere Herausforderung stellte die Rechtsfrage dar, ob und wie der sodann festgestellte Marktmachtmissbrauch gerechtfertigt werden könnte. Dabei hat das BKartA eine zuvor von der EU-Kommission nur angedeutete, aber noch nicht praktisch umgesetzte Idee aufgegriffen und den *Meca-Medina*-Test auch im Rahmen von Art. 102 AEUV angewendet.[17]

17 – Wenn eine Kartellbehörde oder ein Gericht – anders als in den beiden vorgenannten Beispielen – die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die von einer Verbandsregelung oder -maßnahme ausgehen, nicht als Kartellverstoß bewerten kann (oder möchte), ist in den Entscheidungsgründen üblicherweise eine Auseinandersetzung sowohl mit Art. 101 AEUV als auch mit Art. 102 AEUV unumgänglich. Hinsichtlich beider Tatbestände muss dann im Detail dargelegt werden, dass entweder bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen oder aber die Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt werden kann. Mitunter bereitet dieses Prozedere Spruchkörpern allerdings erhebliche Probleme, wie die kartellrechtlichen Ausführungen eines Panels am CAS im Verfahren *World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency*[18] belegen.

15 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 42 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
16 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 57 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ausf. hierzu → VII. Rn. 30–37 m.w.N.
17 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ausf. zu diesem Ansatz → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
18 CAS 17.12.2020 – CAS 2020/O/668, Rn. 814 ff. – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency; → IV. Rn. 303–310.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Untrennbare Verbindung der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs als Voraussetzung für die Anwendung des Meca-Medina-Tests?

Nur wenn eine wettbewerbsbeschränkende Regelung oder Maßnahme eines Sportverbandes „mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden" ist und zugleich gerade „dazu (dient), einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten",[19] kommt eine Rechtfertigung nach dem *Meca-Medina*-Test in Betracht.[20] In diesem Schritt der Vorprüfung soll allein ermittelt werden, ob die streitgegenständliche Verbandsvorschrift und/oder -maßnahme überhaupt in irgendeinen sachbezogenen Zusammenhang mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs gebracht werden kann. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, insbesondere weil mit der strittigen Regelung allein (eigen)wirtschaftliche und keinerlei den konkreten Sportwettkampf betreffende sportorganisatorische Ziele verfolgt werden, ist der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests nicht eröffnet. Es handelt sich letztlich also lediglich um einen Grobraster, dessen Voraussetzungen im Zweifelsfall großzügig angewendet werden sollten. 18

Sollten die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt sein, kann noch eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft werden. Hier wird davon ausgegangen, dass der *Meca-Medina*-Test auch zur Rechtfertigung eines Marktmachtmissbrauchs gem. Art. 102 AEUV herangezogen werden kann.[21] Daneben kann sodann auch auf weitere, in Art. 102 AEUV nicht erwähnte, gleichwohl allgemein anerkannte Rechtfertigungsansätze (z.B. Effizienzeinwand[22]) zurückgegriffen werden. 19

cc) Vorliegen einer mittelbar beschränkenden Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten und Auswirkungen auf den Ermessensspielraum der Sportverbände sowie die gerichtliche Kontrolldichte?

Eine weitere wichtige Weichenstellung für den Prüfungsaufbau und -umfang hängt von der Antwort auf die Frage ab, ob von der streitgegenständlichen Verbandsregelung oder -maßnahme eine mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten ausgeht. Falls diese Frage zu verneinen ist, 20

19 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
20 → VI. Rn. 172–175 m.w.N.
21 → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
22 Hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 155 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG eröffnet, allerdings nur soweit der „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[23] und allein der deutsche Markt betroffen ist.[24] In jedem Fall sind aber die Besonderheiten des Sports bzw. die „besonderen Merkmale“ des Sports gem. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV[25] zu berücksichtigen.

21 Falls die Ausgangsfrage indes zu bejahen sein sollte, ist der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht eröffnet (Ausnahme: z.B. Mitgliederwerbung), stattdessen kommen bei alleiniger Betroffenheit des deutschen Marktes andere Grundrechte (insbesondere Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG) zur Anwendung. In jedem Fall sind jedoch auch bei mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten wiederum die Besonderheiten des Sports bzw. die „besonderen Merkmale“ des Sports gem. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV zu berücksichtigen.

22 Damit stellt im Rahmen der rechtlichen Überprüfung von Verbandsmaßnahmen mit Außenwirkung nicht die Verbandsautonomie, die innerhalb der EU-Mitgliedstaaten ohnehin unterschiedlich weit interpretiert wird, das maßgebliche Kriterium dar. Stattdessen wird dabei den Besonderheiten des Sports, die europaweit einheitlich definiert werden und zudem Ausfluss und Anerkennung der Autonomie der Sportverbände sind, bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts und der europäischen Grundfreiheiten auf den Sportsektor in angemessenem Umfang Rechnung getragen.

23 Die vorgenannten Erwägungen haben letztlich auch Auswirkungen auf den Ermessensspielraum, der Sportverbänden beim Erlass und der praktischen Umsetzung von Vorschriften zusteht, die sich wirtschaftlich beschränkend nicht nur auf Verbandsmitglieder, sondern (un)mittelbar auch auf verbandsunabhängige Dritte auswirken. Dieser Ermessenspielraum korrespondiert sodann – wie bereits zuvor im Detail entwickelt[26] – mit der gerichtlichen Kontrolldichte. Dieser rechtliche Aspekt wird im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt (unter i.) wieder aufzugreifen sein.

dd) Vorliegen der Voraussetzungen des Meca-Medina-Tests?

24 Wenn – wie so oft – eine untrennbare Verbindung der streitgegenständlichen, angeblich wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs besteht, kommt dem *Meca-Medina*-Test bei der Entscheidungsfindung vielfach

23 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
24 → XII. Rn. 38–43 m.w.N.
25 Hierzu → II. Rn. 1–15 und VIII. Rn. 1 ff., jew. m.w.N.
26 → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die maßgebliche Rolle zu. Dieser Test ist einerseits zwar überaus komplex, weist indes in seiner Grundstruktur zahlreiche Parallelen zu einer zumindest Juristen vertrauten Verhältnismäßigkeitsprüfung auf. Wie bereits im Detail dargelegt,[27] lehnt sich die hier favorisierte Untergliederung und Auslegung der einzelnen Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests eng an die überzeugende und inzwischen weithin anerkannte Anwendungspraxis der europäischen Gerichte sowie der EU-Kommission und des BKartA an. Fast alle Teilaspekte des *Meca-Medina*-Tests sind indes umstritten, vielfach wird – teils nur in Nuancen – von dem hier verfolgten Ansatz abgewichen, wodurch sich schnell deutlich abweichende Ergebnisse ergeben können. Die Gegenauffassungen haben sich durchweg in der Entscheidungspraxis des EuGH, des EuG, der EU-Kommission und auch des BKartA nicht durchsetzen können und sollen daher nachfolgend bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf zahlreiche praxisrelevante Problemkonstellationen ausgeblendet werden. Damit wird vorliegend dem *Meca-Medina*-Test zusammengefasst folgendes Verständnis zugrunde gelegt:

i. Dem Sportverband steht auf den einzelnen Prüfungsstufen ein anhand objektiver Maßstäbe gerichtlich überprüfbarer Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (aber in keinem Fall eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative) zu. Dieser Ermessens- oder Beurteilungsspielraum reicht umso weiter und die Kontrolldichte ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist (d.h. mit dem Geschehen auf dem Rasen oder in der Sportarena). Der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ist umso enger und die Kontrolldichte ist umso höher, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der unternehmerischen Tätigkeit des Sportverbandes ist (das gilt insbesondere auch für eine Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit (un)mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten).[28] 25

Die weiteren, nunmehr nachfolgenden Prüfungsaspekte müssen kumulativ vorliegen, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Verbandsregelung oder -maßnahme gerechtfertigt oder aber im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung eine tatbestandsimmanente Reduktion vorgenommen werden soll.[29] Die Darlegungs- und Beweislast liegt bei derjenigen Partei, die den *Meca-Medina*-Test zu ihren Gunsten in Ansatz bringt.[30] Das bedeutet mit anderen Worten: Wenn das Vorliegen der Voraussetzungen auch nur eines Prüfungsaspekts abzulehnen ist, kommt eine Rechtfertigung nicht in Betracht. Natürlich 26

27 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
28 Ausf. hierzu → VI. Rn. 316–333 m.w.N.
29 Zur Rechtsnatur des *Meca-Medina*-Tests → VI. Rn. 167–170 m.w.N.
30 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können in einem solchen Fall – wie in der Entscheidungspraxis nicht selten – hilfsweise zur Bekräftigung des ermittelten Ergebnisses auch noch die Voraussetzungen weiterer Prüfungsaspekte geprüft und gegebenenfalls abgelehnt werden.

27 ii. Zunächst ist (sind) die Zielsetzung(en) des Sportverbandes zu ermitteln, die mit der streitgegenständlichen Verbandsregelung oder -maßnahme verfolgt werden soll(en).

28 iii. Sodann ist zu bestimmen, ob es sich insoweit um eine (oder mehrere) legitime Zielsetzung(en) handelt.[31]

29 iv. Herauszufiltern sind zu diesem Zweck diejenigen Zielsetzungen, die nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden.[32] In einem solchen Fall kann die Legitimität der verfolgten Zielsetzung abgelehnt werden, wobei jedoch kein zu strenger Maßstab anzulegen ist (iii.). Denkbar ist auch, stattdessen keinen notwendigen Zusammenhang der Wettbewerbsbeschränkung mit der Verfolgung der legitimen Zielsetzung(en) anzunehmen (v.) oder aber eine Geeignetheit der betreffenden Verbandsregelung oder -maßnahme zur Erreichung einer legitimen Zielsetzung abzulehnen (vi.).

30 v. Auf der nächsten Stufe ist zu prüfen, ob ein notwendiger Zusammenhang der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelung oder -maßnahme mit der Verfolgung der legitimen Zielsetzung(en) besteht (sog. Inhärenz).[33]

31 vi. Wenn bis hierhin sämtliche Prüfungsaspekte bejaht worden sein sollten (was – wie die Erfahrung lehrt – vielfach nicht der Fall sein wird), ist die Verhältnismäßigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelung oder -maßnahme im Hinblick auf die Verfolgung der legitimen Zielsetzung(en) zu überprüfen. Dabei müssen sodann zunächst die Geeignetheit, hernach die Erforderlichkeit, d.h. das Fehlen eines milderen Mittels zur Erreichung der legitimen Zielsetzung(en), und schließlich die Angemessenheit bejaht werden.[34] Dabei reicht die Beweislast aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme das angestrebte legitime Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, jedoch mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnte. Ein Sportverband muss sich also nur zu den insoweit von der Gegenseite vorgetragenen, den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zum Schutz der Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs aber angeblich gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen.

31 Ausf. hierzu → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
32 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
33 → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
34 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift mit Art. 101, 102 AEUV

Aufgrund einer Gesamtschau der im vorangehenden Abschnitt aufgelisteten Prüfungsaspekte soll abschließend zur groben Orientierung im Hinblick auf jede zu untersuchende Problemkonstellation eine Einschätzung abgegeben werden, ob entweder eine große bzw. überwiegende Wahrscheinlichkeit oder aber eine überwiegende bzw. große Unwahrscheinlichkeit einer Kartellrechtskonformität entsprechender Verbandsregelungen oder -maßnahmen angenommen werden kann. 32

2. Europäisches Sportmodell

a) Position der EU-Kommission

Bevor einzelne Maßnahmen der Sportverbände, die zu Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit und/oder der europäischen Grundfreiheiten führen (können), im Detail anhand des im vorangehenden Abschnitt entwickelten Schemas[35] analysiert werden, ist auf das sog. europäische Sportmodell einzugehen. Mitunter schwingt bei der rechtlichen Bewertung von Verbandsmaßnahmen im Sport die Vorstellung mit, diese müssten sich in das europäische Sportmodell einfügen und mit ihm kompatibel sein. Hierbei handelt es sich um eine durchaus mysteriöse und ebenso interpretationsfähige wie -bedürftige Begrifflichkeit, deren Substrat sodann vielfach als unantastbar, ja gleichsam Bestandsschutz genießend dargestellt wird. Unabhängig davon, ob diese teilweise auch bestrittene[36] Prämisse zutrifft,[37] hätte das jeweilige Ergebnis natürlich erhebliche begrenzende Auswirkungen auf die Gestaltungsmöglichkeiten im europäischen Sport. 33

Daher müssen wir uns zunächst einen Überblick darüber verschaffen, was unter dem schillernden Begriff des europäischen Sportmodells zu verstehen ist.[38] In diesem Zusammenhang liegt es nahe, an das Verständnis der EU-Kommission als „Hüterin der Verträge" und damit auch der Regelungen des AEUV zum Wettbewerbsrecht und zu den Grundfreiheiten anzuknüpfen. Zu diesem Zweck sollen zur Vermeidung einer verzerrten Darstellung und daraus resultierender Missverständnisse die Erwägungen zum europäischen Sportmodell im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 im Wortlaut sowie in vollem Umfang wiedergegeben werden. Die EU-Kommission ist in der Zwischenzeit hiervon 34

35 → XIII. Rn. 1–31.
36 S. stellvertr. *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (327–330) m.w.N.
37 Zur hier vertretenen Auffassung → XIII. Rn. 57–61.
38 S. hierzu auch *Blackshaw* 5 ff.; *Cattaneo/Parrish* Rn. 7–24; *Parrish/Miettinen* 17–19.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht abgerückt,[39] so dass die ebenso abstrakte wie aufschlussreiche Analyse auch heute noch Geltung beanspruchen kann (Hervorhebung der angeblichen Charakteristika des europäischen Sportmodells durch *Verfasser*):[40]

„4.1. The European approach to sport

The political debate on sport in Europe often attributes considerable importance to the so-called ‚European Sport Model'. The Independent European Sport Review, for example, identifies several characteristics of sport in Europe which allegedly constitute this model: a **pyramid structure of organisation** allowing for democratic functioning and a **certain degree of solidarity between members**, combined with **open competitions**. [Fn. 101: This model is often contrasted with a so-called ‚American Model of Sport' based on a strict separation between closed professional leagues on the one hand and amateur sport on the other. However, this is a rather limited view of the real organisation of sport in the United States, as it refers only to the professional structure of four main sports: American football, basketball, baseball and ice hockey. It does not take into account the significant role of academic sport nor the different organisational structures of other sports such as athletics or swimming.]

The European Union has approached sport through its special characteristics. According to the Commission's 1999 Helsinki Report on Sport ‚[t]here are many common features in the ways in which sport is practised and organised in the Union, in spite of certain differences between the Member States, and [it] is therefore possible to talk of a European approach to sport based on common concepts and principles.' The Helsinki report and the Nice Declaration make it possible to flesh out this approach, which is based in particular on the following elements found to varying degrees depending on the sports and the Member States in question:

– A **pyramid structure for the organisation of sport and of sport competitions and a central role for the sports federations**;
– A **system of open competitions based on the principle of promotion/relegation**;
– A **broadly autonomous sports movement** that may develop partnerships with the public authorities;
– **Structures based on voluntary activity**;
– **Solidarity between the various constituent elements and operators**.

In addition, the Commission's Consultation Conference ‚EU & Sport: matching expectations' (29–30 June 2006) [Fn. 102: http://ec.europa.eu/sport/doc/organisation_sport_europe.pdfhttp://ec.europa.eu/sport/doc/organisation_sport_europe.pdf] stressed

– the **importance of national teams and competitions between these teams**,
– the **focus on health and the fight against doping**,

39 Am 30.11.2021 haben die Sportminister der EU-Mitgliedstaaten anlässlich einer Ratstagung zum ersten Mal nach 20 Jahren eine Entschließung zu den Schlüsselmerkmalen eines europäischen Sportmodells angenommen, ohne dass dieses dabei in seinen Grundzügen modifiziert wurde; vgl. *Rat der Europäischen Union*, Pressemitteilung v 30.11.2021 („Die Europäischen Ministerinnen und Minister billigen das europäische Sportmodell"), abrufbar unter https://slovenian-presidency.consilium.europa.eu/de/aktuelles/die-europaischen-ministerinen-und-minister-billigen-das-europaische-sportmodell/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

40 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– the **involvement of the public sector in the financing of sport**, and
– **common management of amateur and professional sport by sport associations**.

These characteristics enhance the positive values carried by European sport and deserve to be supported.

Nonetheless, it must be recognised that **any attempt at precisely defining the ‚European Sport Model' quickly reaches its limits**. Some of the features often presented as ‚characteristic', such as the system of open competitions based on promotion and relegation, are actually limited to a certain category of sport (team sport in this specific case). As a matter of fact, even for team sports the system of open competitions is somewhat mitigated by a licensing system that introduces financial criteria for participation in competitions.

Other sports present in Europe have adopted a totally or partially closed system for participation in professional sport competitions, such as motor-sports or cycling. The relevance of the pyramid structure for the organisation of competitions (and of the sport itself) is thus greatly reduced. It should be noted that the organisation of competitions also largely diverges from the pyramid structure in other sports, such as golf or tennis.

On the other hand, what is often presented as constitutive of a unique ‚European' model can sometimes apply to the organisation of sport in other parts of the world or even globally. The European model of sport has been a successful model and many of its elements have therefore been adopted by other countries around the world.

New tendencies are challenging the traditional vision of a unified ‚European Sport Model'. Economic and social developments that are common to the majority of the Member States (increasing commercialisation and stagnation of public spending on the one hand, and an increase in the number of participants together with stagnation in the number of voluntary workers on the other) have resulted in new challenges for the organisation of sport in Europe. The emergence of new stakeholders (participants outside the organised disciplines, professional sports clubs etc.) and the increasing recourse to litigation are posing new questions as regards governance, democracy and representation of interests within the sports movement.

The Commission is fully aware – and respectful – of the **autonomy and diversity of sports** and recognises that **governance is mainly the responsibility of sports governing bodies and, to some extent, the Member States**. The autonomy of sport organisations needs to be recognised and protected, within a framework that ensures the implementation of good governance principles such as democracy, transparency and accountability. [Fn. 103: See the conclusions of the 2001 ‚Rules of the Game' conference.] On this basis, **self-regulation should be encouraged, provided that EU law is respected in areas such as free movement, non-discrimination and competition**.

While different sports may wish to examine their own organisation, the method will need to be adapted to fit the specific situation of each sport. In the sports world, governance usually refers to reinforced transparency and the introduction of formal rules and procedures in fields which have hitherto been governed in a more informal way.

The Commission considers that each sport has its specificities and deserves to be treated differently according to these. **The EU will not impose general rules applicable to all European sports. However, EU law will continue to apply to sport, particularly as far as competition, freedom of movement and non-discrimination rules are concerned.**

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Moreover, dialogue with sports organisations has brought a number of areas for possible EU action to the Commission's attention, particularly transfers, activities of players' agents, licensing systems, involvement of supporters in clubs, criminality in sport, and the protection of minors and media rights."

b) Würdigung der tatsächlichen und angeblichen Charakteristika

35 Bereits in der zitierten Passage des Begleitdokuments klingt an, dass die aufgelisteten – angeblichen – Charakteristika des europäischen Sportmodells in der Mehrzahl gar nicht so exklusiv sind, wie das dem Sportmodell regelmäßig vorangestellte Adjektiv vermuten lassen könnte. Zudem wird deutlich darauf hingewiesen, dass das U.S.-amerikanische Sportmodell,[41] das oftmals zum Vergleich herangezogen wird, sich keineswegs auf die vier weithin bekannten Major Leagues (NFL, NBA, MLB und NHL) beschränkt. Angesichts dieser Umstände erfolgt in diesem Abschnitt eine Konzentration auf diejenigen Aspekte des europäischen Sportmodells, die im nordamerikanischen professionellen Sport in dieser Form nicht existieren oder allenfalls schwach ausgeprägt sowie gleichzeitig für den Sport in Europa prägend sind. Das bedeutet im Einzelnen:

36 – Monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen sind weltweit anzutreffen. Eine Sonderrolle nehmen insoweit in der Tat die nordamerikanischen Major Leagues ein, die indes verbreitet vertragliche Vereinbarungen mit den Weltverbänden in den betreffenden Sportarten eingegangen sind. Allerdings sind die monopolartigen und hierarchischen Sportverbandsstrukturen gerade auf europäischer Ebene zuletzt in ein juristisches Kreuzfeuer geraten, mancherorts läutet man für dieses den Sport nach wie vor prägende Organisationsmodell bereits die Totenglocke. Dies ist Grund genug, diese Entwicklungen nachfolgend in einem gesonderten Abschnitt aus rechtlicher Perspektive zu analysieren.[42]

37 – Eine weitgehend autonome Sportbewegung („broadly autonomous sports movement") ist nicht allein für Europa prägend, sondern weltweit anzutreffen. Die rechtliche Grundlage hierfür nach deutschem und europäischem Recht (Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK) ist bereits zuvor beleuchtet worden.[43] Auch in diesem Kontext ist – wie in dem zitierten Begleitdokument zum Weißbuch Sport wiederholt anklingt – nochmals darauf hinzuweisen, dass den Sportverbänden durch das europäische Sportmodell keine absolute, gerichtlich nicht überprüfbare Verbandsautono-

41 Hierzu stellvertr. *Mitten* Rn. 27 ff.; *Parrish/Miettinen* 20–22; *Heermann* CaS 2017, 191 (193 f.); zum Vergleich mit dem sog. europäischen Sportmodell s. etwa *Nafziger* ISLJ 2008, 100 ff.

42 → XIII. Rn. 62–72 m.w.N.

43 → III. Rn. 1 ff., XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mie eingeräumt wird („provided that EU law is respected in areas such as free movement, non-discrimination and competition").

– Verbandsstrukturen, die auf ehrenamtlichem (d.h. im eigentlichen Sinne des Wortes ohne Bezahlung erfolgendem) Engagement beruhen, sind auch in Europa umso schwerer zu finden, je weiter man bei der Betrachtung der jeweiligen Verbandspyramide zu den obersten Ebenen aufsteigt. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei darauf hingewiesen, dass hier die Zahlung angemessener Vergütungen oder Entgelte[44] an Sportfunktionäre in (inter)nationalen Dachverbänden ausdrücklich begrüßt wird. Hierbei handelt es sich oftmals um einen Fulltime-Job, der zu einem Verzicht auf sonstige Möglichkeiten der Erzielung von regelmäßigen Einnahmen führen kann, was sodann die Kompensation etwaiger Einnahmeausfälle zu rechtfertigen vermag. Es kann nicht erwartet werden, dass solch wichtige Tätigkeiten an der Spitze von Sportverbänden allein oder überwiegend von Funktionären ausgeübt werden, die auf die Erzielung von Einnahmen nicht (mehr) angewiesen sind. Leider lehrt die Erfahrung, dass aber auch auf diesem Weg die Anfälligkeit von Sportfunktionären für sonstige Zuwendungen von dritter Seite, die bei steigendem Wert selten aus rein altruistischen Gründen erfolgen dürften, vollständig ausgeschlossen werden kann. Insoweit stehen noch soziologische Studien zur Frage aus, ob die dem Fair Play nicht nur auf dem Spielfeld eigentlich besonders verpflichteten Sportfunktionäre letztlich nur ein Spiegelbild der Gesellschaft abbilden oder doch eine hiervon – in welche Richtung auch immer – abweichende Performance zeigen. 38

– Die folgenden, im Begleitdokument zum Weißbuch Sport angesprochenen Aspekte, die teilweise sogar in den nordamerikanischen Major Leagues umgesetzt werden, treten weltweit im Sport auf und geben dem europäischen Sportmodell nicht ein solches Gepräge, dass sie hier vertieft werden müssten: Dies betrifft die Bedeutung von Nationalmannschaften und Länderwettkämpfen, den Gesundheitsschutz, den Kampf gegen Doping sowie die Beteiligung des Staates und der Länder bei der Finanzierung des Sports. 39

44 So ist etwa beim Führungspersonal des DFB, d.h. bei den Mitgliedern des DFB-Präsidialausschusses, zwar immer noch von „Aufwandsentschädigungen" die Rede, die derzeit (Stand: 7.2.2022) je nach Funktion und etwaigen zusätzlichen Engagements einzelner Mitglieder in internationalen Fußballgremien von 51.600 € bis zu 246.000 € reichen; vgl. https://www.dfb.de/news/detail/verguetungssausschuss-legt-aufwandsentschaedigungen-fest-217174/ (zuletzt besucht am 7.2.2022). Es ist nicht auszuschließen, dass es insoweit zu Modifikationen kommen wird. Denn ein Antrag auf Satzungsänderung zum 44. Ordentlichen DFB-Bundestag am 11.3.2022 sieht vor, dass die Einordnung einer Tätigkeit der Präsidiumsmitglieder als Haupt-, Ehren- oder Nebenamt, die Festsetzung des Entgelts, der Aufwandsentschädigung bzw. der Vergütung, des Verdienstausfalls und weiterer Sachzuwendungen (Dienstwagen, Telefon etc.) nicht länger durch einen externen und unabhängigen Vergütungs- und Beratungsausschuss, sondern durch den Vorstand erfolgen soll.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

40 – Die gemeinsame Leitung und Verwaltung des Amateur- und Profisports durch einen Sportverband ist zwar noch durchaus verbreitet im europäischen und – wiederum abgesehen von den nordamerikanischen Major Leagues – weltweiten Sport. Indes werden dabei innerhalb der Verbandsstrukturen zunehmend die Aktivitäten der professionellen Sportligen von denjenigen im Amateurbereich abgetrennt. Exemplarisch sei der DFL e.V. genannt, zu dessen Aufgaben es gem. § 4 Nr. 3 Buchst. a) Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) insbesondere gehört, die ihm seitens des DFB zur Nutzung überlassenen Vereinseinrichtungen Bundesliga und 2. Bundesliga (Lizenzligen) zu betreiben und die Fußballspiele in den Lizenzligen nach den internationalen Fußballregeln auszutragen unter Berücksichtigung der verbindlichen Auslegung durch den DFB.

41 Die übrigen Aktivitäten im deutschen Verbandsfußball werden dagegen vom DFB e.V. verwaltet. Natürlich bestehen insbesondere über weitere Satzungsregelungen, über personelle Verflechtungen, aber auch über vertragliche Vereinbarungen weiterhin Verbindungen zwischen DFL e.V. und DFB e.V. So werden etwa in einem sog. Grundlagenvertrag die Modalitäten der Einnahmeverteilung zwischen dem Profi- und Amateurbereich festgelegt.[45]

42 – Besonders offensichtlich ist der Unterschied zwischen dem europäischen und dem in den nordamerikanischen Major Leagues umgesetzten Sportmodell, wenn man einen Blick auf die Strukturen der Sportligen wirft. Die Major Leagues sind gleichsam *closed shops*, d.h. geschlossene Ligen mit einer bestimmten Anzahl an Ligamitgliedern, deren Zusammensetzung sich grundsätzlich nicht ändert. Nicht aus sportlichen, sondern allein aus wirtschaftlichen Gründen werden in unregelmäßigen Abständen Änderungen beim Kreis der Ligamitglieder vorgenommen. Demgegenüber sind auch über Europa hinaus die meisten Sportligen offen für neue Mitglieder und es kommt auf der Basis eines Relegationsmodells regelmäßig bei sportlichem Erfolg zu einem Aufstieg in die nächsthöhere Liga, aus der im Gegenzug die sportlich schwächsten Ligamitglieder absteigen. Der sportliche Auf- und Abstieg hängt darüber hinaus davon ab, dass die weiteren organisatorischen und wirtschaftlichen Bedingungen für die erforderliche Lizenzerteilung erfüllt werden.[46] Im Folgenden wird die Frage zu klären sein, ob das Merkmal offener Sportwettbewerbe auf der Basis eines Relegationsmodells so prägend für das europäische Sportmodell ist, dass hiervon nicht abgewichen werden kann.[47]

43 – In hohem Maße prägend für das europäische Sportmodell sind des Weiteren Solidaritätsmechanismen insbesondere zwischen dem Profi- und Amateur-

45 → XIII. Rn. 51 m.w.N.
46 Zum Lizenzierungsverfahren in den deutschen Fußball-Bundesligen → XIII. Rn. 203–267 m.w.N.
47 → XIII. Rn. 44–48 sowie XIII. Rn. 101–131, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sport, zwischen den Mitgliedern einer Sportliga, aber auch – bislang in der wissenschaftlichen Diskussion eher vernachlässigt – zwischen europäischen und nationalen Sportligen oder zwischen einem Sportverband und den für diesen bei internationalen Wettkämpfen antretenden Athleten. Auch auf diese Aspekte wird nachfolgend noch einmal zurückzukommen sein.[48]

c) Offenheit der Sportligen für neue Mitglieder

Der Aspekt der Offenheit von Sportligen wurde nicht nur in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 erwähnt,[49] sondern erlangte zwei Jahre später noch deutlich höhere Weihen. Denn seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 zählt zu den Zielen der Europäischen Union gem. Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV auch die „Förderung […] der Offenheit von Sportwettkämpfen und der Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen". 44

Steht damit das europäische Sportmodell der Errichtung von geschlossenen Ligen in Europa grundsätzlich entgegen? In diesem Zusammenhang hat man zu berücksichtigen, dass die Union das Ziel der Offenheit von Sportwettkämpfen – wie übrigens alle in Art. 165 Abs. 2 AEUV aufgelisteten Ziele – allein im Rahmen ihrer in Art. 165 Abs. 1 AEUV beschränkt definierten Aufgaben verfolgen kann, wobei ihr ebenfalls nur beschränkte Handlungsmöglichkeiten, insbesondere Fördermaßnahmen und Empfehlungen, zur Verfügung stehen. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die „Förderung […] der Offenheit von Sportwettkämpfen und der Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen" nunmehr prägend für alle Bereiche der nationalen oder europaweiten Ligastrukturen im Sport sein muss.[50] Dieser Auffassung steht letztlich auch nicht das in Art. 7 AEUV verankerte Kohärenzprinzip entgegen, welches Widersprüche zwischen den Zielen der Union vermeiden möchte. 45

Diese rechtliche Einschätzung wird zunächst durch tatsächliche Entwicklungen bestätigt. Seit der Saison 2000/01 hat sich etwa im europäischen Basketball unabhängig von den offiziellen Basketballverbänden (FIBA und FIBA Europa) die von der Euroleague Commercial Assets S.A. (ECA) veranstaltete Euroleague etablieren können, deren zwei europäischen Ligawettbewerbe (Euroleague und 46

48 → XIII. Rn. 49–56 m.w.N.

49 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.1.; zum Wortlaut → XIII. Rn. 34.

50 Skeptisch bis ablehnend hingegen *Weatherill*, Principles, 2017, 282 f. im Hinblick auf geschlossene Ligen, die nicht am vertikalen Solidaritätssystem teilnehmen; ebenso *Weatherill*, Blogbeitrag v. 21.4.2021: „Can UEFA adopt measures to suppress a competition where access is not based on merit and/or where promotion and relegation are curtailed: that is, can UEFA take steps to stop European football looking like sports leagues in North America? I think this is also plausible, and it would justify action designed to curtail the viability of any breakaway competition."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eurocup) mit ebenfalls zwei europaweiten, indes sportlich weniger prestigeträchtigen Ligawettbewerben der FIBA Europa (FIBA Champions League und FIBA Europe Cup) konkurrieren. Die weitgehend geschlossene Ligastruktur der Euroleague, deren Mitglieder sich nicht rein sportlich qualifizieren können, hat – soweit ersichtlich – die EU-Kommission nach von ECA und FIBA bereits im Jahr 2016 eingereichten Beschwerden bislang (Stand: 7.2.2022) nicht zu einem Einschreiten veranlasst. Weitgehend geschlossene Wettkämpfe findet man aber auch in anderen Sportarten wie schon seit vielen Jahren in der Formel 1 sowie in der am 19.6.2021 mit acht Teilnehmern aus drei Ländern an den Start gegangenen European League of Football (ab der Saison 2022 mit zwölf Mitgliedern aus fünf Ländern).[51]

47 Zudem spricht sich auch das Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 jedenfalls nicht ausdrücklich gegen die Einführung geschlossener Sportligen ohne Auf- und Abstieg in Europa aus. Vielmehr wird betont, dass der Zugang zu manchen europäischen Sportligen seit jeher aufgrund eines Lizenzierungssystems nicht allein vom sportlichen Erfolg eines Clubs, sondern u.a. auch von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit abhängig gemacht wird (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[52]

> „In sport competitions certain criteria must normally be fulfilled as a condition for sport clubs to participate. One of the aims of such criteria is to prevent clubs from dropping out prematurely and therefore distorting the results of the competition. These criteria, which are set by sport federations or the organisers of leagues, are **most often financial**, but they also frequently require compliance with certain standards relating to e.g. safety for spectators and athletes. The set of **criteria to be fulfilled in order to enter a sport competition** is often referred to as a **licensing system**. Licensing systems exist in different sports (e.g. football, basketball, rugby etc.) and they are applied in national or European competitions. […] Licensing systems represent a **compromise between the traditional openness of competitions in Europe, where access is allegedly based only on sporting merits, and the alternative approach of closed competitions in professional leagues, where the ‚financial' merit is preponderant**. Licensing systems thus represent an **evolution of the so-called European approach to sport**, where sport merit remains the main criterion for a club to be entitled to participate in often highly professionalized competitions while having equally to fulfil a set of minimum financial and management standards. This should ultimately improve the financial and social sustainability of clubs. "

48 Wenn also bislang schon die „Offenheit von Sportwettkämpfen" in der Praxis über Lizenzierungsbedingungen spürbar eingeschränkt worden ist und sogar verschiedene geschlossene Sportwettkämpfe stattfinden, stellen geschlossene Ligen mit nicht mehr allein an sportliche Kriterien anknüpfenden Teilnahmebedin-

51 S. hierzu https://de.wikipedia.org/wiki/European_League_of_Football (zuletzt besucht am 7.2.2022) sowie *Bach* SpoPrax 2022, 46 ff.

52 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.7.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gungen[53] letztlich gleichfalls eine Weiterentwicklung dar. Allerdings wird sich zeigen,[54] dass eine weitgehende Abkopplung einer Sportliga vom europäischen Sportmodell für diese bei der kartellrechtlichen Bewertung durchaus zu Nachteilen führen kann.

d) Vertikale und horizontale Solidarität

aa) Vertikale Solidarität zwischen verschiedenen Verbandsebenen

Bereits im Weißbuch Sport der EU-Kommission aus dem Jahr 2007 sind „organisierte Solidaritätsmechanismen zwischen den verschiedenen Ebenen und Beteiligten“[55] den Besonderheiten des Sports zugeordnet worden.[56] Der Begriff der „Solidarität“ wird nicht erst seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie im Sport oft bemüht, um einen gewissen Ausgleich im Vertikalverhältnis zwischen den „reichen“ Mitgliedern der Verbandsfamilie, die regelmäßig im Profisport verortet werden, und den vergleichsweise „armen“ Verbandsmitgliedern, die durchweg dem Amateursport[57] oder den hierarchisch nachgeordneten professionellen Ligen zugeordnet werden, einzufordern. Prägend für das europäische Sportmodell ist sicherlich der Umstand, dass innerhalb einer bestimmten Sportart der Amateursport durch den Profisport finanziell unterstützt wird. Im Gegenzug unterhält der Amateursport dezentral und flächendeckend Sporteinrichtungen, wo die Arbeit an der Sportbasis einschließlich Nachwuchs- und Talentförderung erfolgt. Auf diese Weise wird der Profisport, der die größten sportlichen Talente nicht zuletzt auch aufgrund finanzieller Anreize anlockt, von den unteren Verbandsebenen mit neuen, gut ausgebildeten Sportlern und Spielern versorgt.[58] Aber auch im Verhältnis verschiedener professioneller Sportligen zueinander (z.B. im deutschen Fußball Bundesliga, 2. Bundesliga und 3. Liga) sind Solidaritätsmaßnahmen keineswegs ungewöhnlich, um bestehende Unterschiede hinsichtlich der finanziellen Ausstattung zwar nicht auszugleichen, so aber doch abzumildern. Durch dieses Phänomen unterscheiden sich die wirtschaftlichen Aktivitäten im Verbands- 49

53 Einer besonderen rechtlichen Beurteilung bedürfen Teilnahmevoraussetzungen, die an den Sitz der teilnehmenden Clubs in einem bestimmten Land anknüpfen. Üblicherweise gibt es rein nationale Ligen, wobei Ausnahmen die Regel bestätigen: So spielt etwa der AS Monaco, ein Fußballverein aus dem Fürstentum Monaco, seit jeher im französischen Ligabetrieb. Die Tilburg Trappers, ein niederländischer Eishockeyverein, nimmt mit seiner ersten Mannschaft seit der Saison 2015/16 an der deutschen Oberliga Nord teil. Nach allgemeiner Auffassung stellt die Anknüpfung an den Sitz eines Ligamitglieds im jeweiligen Land ein besonderes Merkmal des Sports dar, wobei die daraus resultierenden Beschränkungen der Grundfreiheiten sowie des Wettbewerbs im Grundsatz gerechtfertigt werden können. Vgl. hierzu *Parrish/Miettinen* 209–211; *Weatherill*, Principles, 2017, 268–270, jew. m.w.N.

54 → XIII. Rn. 113–131.

55 EU-Komm., Weißbuch Sport, C(2007), 391 final, 14.

56 S. zum Aspekt der finanziellen Solidarität im Sport auch *Weatherill*, Principles, 2017, 323–326.

57 S. stellvertr. *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (338); *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (89).

58 *Verdonk* ECLR 2017, 80 (83) („feeding and inspiring“).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sport von der Normalwirtschaft. Dort stehen Solidaritätszahlungen an finanziell schwach ausgestattete oder gar insolvenzgefährdete Wettbewerber grundsätzlich nicht auf der Tagesordnung, solidarische Rettungsmaßnahmen in Krisensituationen wie etwa während einer Finanzmarktkrise für in ökonomische Schieflage geratene Bankinstitute bilden eher die Ausnahme.

50 So oft der Solidaritätsaspekt im Verbandssport angesprochen wird, so unterschiedlich wird er von den Beteiligten interpretiert. Über die Fragen, wie weit die Solidarität reicht und in welchem Umfang entsprechende finanzielle Ausgleichs- und/oder Umverteilungsmaßnahmen durchgeführt werden sollen, kann trefflich gestritten werden, zumal im Sport insoweit keinerlei Leitlinien, Orientierungsgrößen etc. existieren. Letztlich werden die aus dem Solidaritätsgedanken abgeleiteten gegenseitigen Rechte und Pflichten regelmäßig in einem Vertrag oder in den Verbandsstatuten festgelegt, so dass zumindest *prima facie* davon ausgegangen werden könnte, dass die beteiligten Parteien sich auf einen Ausgleich verständigen werden, der annäherungsweise dem Äquivalenzprinzip entspricht. Freilich ist es im Sport nicht anders als im normalen Leben, so dass die Verhandlungsmacht zwischen dem (den) Geldgeber(n) und den Bittstellern vielfach durch ein gewisses Ungleichgewicht gekennzeichnet ist. Die Angemessenheit der Solidaritätszahlungen kann allenfalls in Extremfällen anhand des allgemeinen Zivilrechts überprüft werden, dies ist grundsätzlich kein Anwendungsbereich des Kartellrechts.

51 Im deutschen Fußball werden die Beziehungen zwischen dem Profifußball, vertreten durch den DFL e.V. mit der Bundesliga und der 2. Bundesliga, und dem restlichen Fußballbetrieb, vertreten durch den DFB e.V., in einem sog. Grundlagenvertrag geregelt.[59] Dem Abschluss des aktuellen, bis zum 30.6.2023 laufenden Vertrages gingen teils hitzige Diskussionen insbesondere zu den Modalitäten der Einnahmenverteilung zwischen dem Profi- und Amateurfußballsport voraus, die hier nicht nachgezeichnet werden sollen.[60] Aber auch im professionellen Fußball kann es innerhalb der Verbandspyramide zu vertikalen Solidaritätszahlungen kommen. So erhalten die Vereine der nationalen Fußballligen, die weder an der UEFA Champions League noch an der UEFA Europa League teilnehmen, über

59 Der vom 1.7.2017 bis 30.6.2023 laufende Grundlagenvertrag ist abgedruckt in SpuRt 2017, 104–106 und kann abgerufen werden unter https://www.dfb.de/fileadmin/user_upload/159366-15_DFB_DFL_Grundlagenvertrag.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

60 S. stattdessen den Sprecher der im Januar 2017 gegründeten Initiative „Rettet die Amateurvereine" *Kupka* SpuRt 2017, 101 ff.; *Cherkeh* SpuRt 2018, 19 ff.; *Scheuch* SpuRt 2017, 222 ff.; offizielle DFB-Verlautbarung „Grundlagenvertrag: Fragen und Antworten", abrufbar unter http://www.dfb.de/news/detail/fragen-und-antworten-zum-grundlagenvertrag-166816/?no_cache=1&cHash=6bf9ba92e5dc5288cf37b62f2c71d512 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Vgl. zuvor bereits stellvertr. *Kistner* SZ v. 3.5.2017 („Den Schlamassel haben die Amateurklubs"); *Schlammerl* FAZ v. 5.1.2017 („Die Amateure begehren auf"). In der Folge wurde der Grundlagenvertrag anlässlich eines außerordentlichen DFB-Bundestages am 8.12.2017 einstimmig bestätigt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihre Nationalverbände Solidaritätszahlungen, die 4 % der gesamten Bruttoeinnahmen der UEFA aus beiden Wettbewerben (in der Saison 2020/21: ca. 3,25 Mill. €) betragen.[61] Nun kann sich jeder selbst ein Bild davon machen, wie groß oder gering die Solidarität der UEFA mit den übrigen Clubs der nationalen Fußballligen ist, die sich nicht für die Qualifikationsrunden zur Teilnahme an der UEFA Champions League, der UEFA Europa League oder (seit der Saison 2021/22) der UEFA Europa Conference League qualifizieren.

bb) Vertikale Solidarität zwischen einem privaten Sportveranstalter und einem Sportverband

Sportverbände verfügen regelmäßig über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Wettkämpfen und Veranstaltungen in einer bestimmten Sportart.[62] Es liegt in der Natur der Sache, dass Monopolisten versuchen, ihre Vormachtstellung gegen etwaige Konkurrenten abzusichern, die gleichfalls auf dem relevanten Produktmarkt tätig werden wollen. Zu diesem Zweck bedienen sich Sportverbände etwa sog. Erlaubnisvorbehalte für Sportevents, die private Konkurrenzveranstalter nach den Sportregeln des genehmigenden Sportfachverbandes oder unter Einbindung in dessen Wettkampfstruktur durchführen wollen. Diese Erlaubnisvorbehalte müssen in den Statuten des Sportfachverbandes verankert sein und gewisse Mindestanforderungen erfüllen, andernfalls sie von vornherein rechtlich unwirksam sind.[63] Solche Erlaubnisvorbehalte stellen für die privaten Veranstalter eine Wettbewerbsbeschränkung dar,[64] so dass sich die Frage stellt, ob eine solche Verbandsmaßnahme über den *Meca-Medina*-Test[65] gerechtfertigt werden kann. Dies setzt zunächst voraus, dass mit dem Erlaubnisvorbehalt legitime Zielsetzungen verfolgt werden.[66] 52

In diesem Zusammenhang wird auch diskutiert, ob ein Schutz der vertikalen Solidarität im Verhältnis eines Sportverbandes gegenüber privaten Sportveranstaltern eine solche legitime Zielsetzung sein kann.[67] Dies kann freilich nur gelten, wenn die im Rahmen des Erlaubnisvorbehalts vom privaten Konkurrenzveranstalter im Falle der Erlaubniserteilung geforderten Zahlungen lediglich eine angemessene Kompensation für den Verwaltungsaufwand des genehmigenden 53

61 Weitere Informationen zur Einnahmenverteilung durch die UEFA sind abrufbar unter https://fussball-geld.de/einnahmetabelle-champions-league/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).
62 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.
63 Zu den Details → XIII. Rn. 89 f. m.w.N.
64 Zu den Details → XIII. Rn. 88 m.w.N.
65 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
66 Zu denkbaren legitimen Zielsetzungen → XIII. Rn. 91–99 m.w.N.
67 Bejahend *Seyb* 200–202, 223; die Möglichkeit eines vertikalen finanziellen Ausgleichs unter gewissen Umständen im Grundsatz anerkennend bereits *Heermann* WuW 2018, 241 (246).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbandes und für seine Ausbildungsleistungen darstellt. Die privaten Konkurrenzveranstalter gerieren sich in gewisser Weise als Trittbrettfahrer, neudeutsch auch *free rider* genannt.[68] Denn zunächst waren es die Sportverbände, die durch ihre Investitionen in die Jugend- und Talentförderung Spitzenathleten überhaupt erst hervorgebracht haben. Sodann werden diese leistungsstarken Sportler von den privaten Veranstaltern in ihre Wettbewerbe gelockt, um diese damit unter Ersparnis der Ausbildungskosten sportlich aufwerten und auf diese Weise hernach optimal vermarkten zu können, wodurch letztlich die Maximierung der eigenen Erlöse angestrebt wird.

54 Wenn also ein Sportverband im Rahmen eines Erlaubnisvorbehalts gegenüber privaten Veranstaltern auch finanzielle Ausgleichszahlungen fordert, so dürfen diese nicht wirtschaftlicher Eigenzweck sein, weil unter diesen Umständen keine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests verfolgt würde.[69] Das bedeutet, dass die geforderten Ausgleichszahlungen nicht vorrangig zur Gewährleistung einer nachhaltigen, langfristig angelegten Förderung der betreffenden Sportart oder allgemein zum Schutz vor einer Existenzgefährdung des offiziellen Sportdachverbandes eingesetzt werden dürfen.[70] Stattdessen sollte die Zahlung des privaten Veranstalters neben dem Ausgleich für den tatsächlich mit der Genehmigungserteilung entstandenen Verwaltungsaufwand einen gewissen Beitrag zur Aufrechterhaltung des vom Sportverband durchgeführten Ausbildungssystems umfassen. Wenn diese Zwecke des Ausgleichs für tatsächlich erbrachte Leistungen vom Sportverband transparent dargelegt sowie kohärent und stringent verfolgt werden, kommt eine Anerkennung als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests in Betracht.[71] Insoweit hätten die mit der Erteilung der Genehmigung für die private Sportveranstaltung einhergehenden Zahlungen an den Sportverband[72] nicht primär den Charakter einer vertikalen Solidaritätsleistung, sondern einer Aufwandsentschädigung. Abschließend müsste sodann natürlich noch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests geprüft werden, d.h. der untrennbare Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Verfolgung des legitimen Ziels sowie die Verhältnismäßigkeit der Ausgleichszahlung.[73]

68 *Seyb* 201; *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1332).
69 → VI. Rn. 243–254 m.w.N.
70 So bereits *Heermann* WuW 2018, 241 (246); a.A. *Grätz* 330; *Seyb* 202; *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).
71 So auch *Seyb* 201.
72 Zu ersten Erwägungen, wie ein solches Beitragsmodell praktisch ausgestaltet werden könnte, s. *Seyb* 202 f., 206–209 m.w.N.
73 Insb. den Aspekt der Verhältnismäßigkeit betonend *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (338): „Whether or not particular financial contributions required from the alternative organisers will pass the competition test ultimately depends on their proportionality."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Vertikale Solidarität zwischen einem Athleten und einem Sportverband

Inwieweit sind besonders erfolgreiche Athleten bei der individuellen Vermarktung ihrer sportlichen Aktivitäten und Erfolge zur vertikalen Solidarität gegenüber dem Sportverband verpflichtet, der einst ihre Ausbildung finanzierte und vielfach auch später noch Kosten für Training, medizinische Versorgung, Reisen zu Wettkämpfen inklusive Unterbringung und Verpflegung trägt? Auf diese komplexe Problematik wird in einem späteren Abschnitt zurückzukommen sein, der verbandsseitigen Werbebeschränkungen für einzelne Sportler gewidmet ist.[74] 55

dd) Horizontale Solidarität zwischen Ligamitgliedern

Probleme der horizontalen Solidarität stellen sich insbesondere, wenn ein Sportverband etwa für die Mitglieder einer Liga bestimmte Rechte, insbesondere Medienrechte an den Ligaspielen, zentral vermarktet und die dabei erzielten Erlöse unter den Ligamitgliedern aufteilt. Einzelne Ligamitglieder hätten im Falle einer individuellen Vermarktung der betreffenden Medienrechte oftmals deutlich höhere Einnahmen als andere, zumeist sportlich weniger erfolgreiche und/oder mit einer kleineren Anhängerschaft ausgestattete Ligamitglieder erzielen können. Von horizontaler Solidarität wird in diesem Zusammenhang gesprochen, soweit einzelne Ligamitglieder auf die Erzielung höherer Einnahmen zugunsten anderer verzichten, um auf diese Weise das unterschiedliche Potential der Ligamitglieder zur Erzielung von Einnahmen im Rahmen einer Individualvermarktung zumindest in gewissem Umfang auszugleichen. Auf die rechtlichen Auswirkungen einer solchen horizontalen Solidarität zwischen Ligamitgliedern wird im Zusammenhang mit der Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen zurückzukommen sein.[75] 56

e) Fazit: Kein Bestandsschutz für europäisches Sportmodell

Die vorangehenden Analysen haben ergeben, dass es *das* europäische Sportmodell nicht gibt, sondern dass in Europa zahllose, mehr oder auch weniger voneinander abweichende Modelle der Organisation und Strukturierung sportlicher Aktivitäten existieren. Wenn es also bereits unmöglich ist, ein einheitliches Bild vom sog. europäischen Sportmodell zu zeichnen, so können die damit gemeinhin verbundenen Aspekte wie z.B. die Offenheit der Sportwettbewerbe oder ein vertikaler Solidaritätsausgleich zwischen verschiedenen Verbandsebenen oder Be- 57

74 → XIII. Rn. 655–708 m.w.N.
75 → XIII. Rn. 799–818 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teiligten nicht gleichsam Bestandsschutz beanspruchen.[76] Vielmehr kann es auch insoweit zu höchst unterschiedlichen Ausgestaltungen der genannten Aspekte kommen, wie die Praxis eindrucksvoll belegt. So gibt es bereits geschlossene Sportligen, die nicht an einem wie auch immer ausgestalteten vertikalen Ausgleich zwischen verschiedenen Verbandsebenen teilnehmen, etwa weil sie als private Unternehmen unabhängig von den etablierten Sportverbandsstrukturen bestehen.

58 Bei genauer Betrachtung wird die vorangehende Einschätzung schon im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 angedeutet:[77]

- „[…] any attempt at precisely defining the ‚European Sport Model' quickly reaches its limits."
- „New tendencies are challenging the traditional vision of a unified ‚European Sport Model'."
- „The Commission considers that each sport has its specificities and deserves to be treated differently according to these. The EU will not impose general rules applicable to all European sports. However, EU law will continue to apply to sport, particularly as far as competition, freedom of movement and non-discrimination rules are concerned."

59 Damit bleibt die Frage, wie Sportverbände auf diesen Befund reagieren (sollten). Wie *Agafonova*[78] bereits herausgearbeitet hat, sind insoweit zwei Ansätze denkbar:

60 Der erste, bis heute weit verbreitete Ansatz ist dadurch gekennzeichnet, dass Sportverbände versuchen, mit allen ihnen insbesondere auch rechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln ihre Monopolposition gegen unliebsame Entwicklungen wie etwa das Aufkommen privater Konkurrenzveranstalter abzusichern. Ein anschauliches Beispiel mit mehreren Akten liefert hierbei seit Jahren die International Skating Union (ISU), die mit einer gewissen Herr-im-Haus-Mentalität die vollständige Kontrolle über den Eisschnelllaufsport, die den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten sowie Eisschnelllaufwettbewerbe zu bewahren versucht und erst auf Druck der EU-Kommission zu geringfügigen, aus rechtlicher Sicht aber immer noch unzureichenden Anpassungen ihrer Verbandsstatuten bereit

76 Tendenziell a.A. *Weatherill*, Blogbeitrag v. 21.4.2021. Angesichts der – letztlich erfolglosen – Bestrebungen zur Einführung einer europäischen Super League im Fußball im Jahr 2021 spricht er sich sogar für einen Schutz des europäischen Sportmodells mit verstärkter Unterstützung durch die EU aus: „The biggest clubs have induced the transformation of the Champions League into a competition in which only a small pool of clubs may aspire to reach the later stages, let alone win it, and the disproportionate benefits which attach to mere participation in it have wreaked havoc with competitive balance in smaller national leagues across Europe. UEFA needs EU backing to stop these trends, and to reverse them. This would transform the ‚European Model of Sport' from windy rhetoric and window-dressing to something more concrete and normative."

77 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.1.

78 Hierzu *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (98–100).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

war.[79] Deutliche Parallelen zeigen sich etwa auch in der Art und Weise, wie IOC und DOSB die rigiden Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer bis zur Abgabe einer Verpflichtungszusage gegenüber dem BKartA verteidigten.[80] Fast scheint es, als hätten Sportverbände den Ausspruch des deutschen Torwart-„Titanen" *Oliver Kahn* verinnerlicht, den er im Hamburger Volksparkstadion am 19.5.2001 nach dem kaum mehr für möglich gehaltenen Gewinn der deutschen Fußballmeisterschaft durch ein unvergessenes Freistoßtor in der Nachspielzeit brüllend kundtat:

> „Niemals aufgeben! Immer weitermachen! Immer weiter! Immer weiter!"

Was auf dem grünen Rasen gelten mag, lässt sich aber nicht zwingend auf Auseinandersetzungen zwischen Juristen am „grünen Tisch" (auch wenn die meisten Verhandlungstische schon lange nicht mehr mit grünem Leder oder Tuch bezogen werden) übertragen. Hier spielen Geschick, Kondition und Glück zwar auch eine gewisse Rolle, letztlich hängt die Wahrscheinlichkeit eines Gewinns oder gar eines *lucky punch* aber im Wesentlichen von der Überzeugungskraft der juristischen Argumente und Positionen ab. Deshalb mag es – anders als zumeist im sportlichen Wettkampf – manchmal sinnvoller sein, im juristischen Kampf zwar nicht aufzugeben, so aber doch rechtzeitig nachzugeben, um zumindest noch den größtmöglichen juristischen Teilerfolg herausholen und das Gesicht wahren zu können, ohne als Verlierer dazustehen.

Der zweite Ansatz besteht darin, angesichts der zunehmenden Kommerzialisie- 61
rung des Sports und des damit verbundenen Auftretens neuer Stakeholder die geänderten Umstände tatsächlich und rechtlich neu zu bewerten und sich erforderlichenfalls, d.h. insbesondere bei überwiegender Wahrscheinlichkeit einer juristischen Niederlage, hieran durch geeignete Veränderungen anzupassen. Obgleich dies oft das letztlich größeren Erfolg versprechende Vorgehen sein wird, erachten Sportverbände in der großen Mehrzahl der Fälle einen solchen Ansatz tendenziell als eher unsportlich, so dass sie diesen Weg nicht einschlagen. Indes wird insofern zumindest punktuell ein Prozess des Umdenkens erkennbar, wenn Sportverbände etwa vor umfassenden Reformen der Verbandsstatuten (wie etwa die UEFA einst vor der Einführung des UEFA-Reglements zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay (FFP)[81]) oder vor dem Abschluss von Vereinbarungen mit wettbewerbsbeschränkendem Potential (wie etwa die DFL vor der Ausschreibung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga[82]) proaktiv mit den zuständigen politischen Instanzen oder Behörden in

79 → VI. Rn. 61–74 und XI. Rn. 6–8 m.w.N.
80 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 57 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; ausf. hierzu *Heermann* WRP 2019, 834 ff.
81 Hierzu → XIII. Rn. 171–176 m.w.N.
82 Hierzu → XIII. Rn. 727 f., 866–869 jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kontakt treten. Denn andernfalls könnte der Änderungsbedarf bei den Verbandsstatuten umso größer und einschneidender werden, je länger ein Sportverband an den alten, rechtlich bedenklichen Verbandsregelungen und -maßnahmen festhält.

3. Monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen

a) Ausgangsproblematik

62 Das Ein-Verband-Prinzip (auch Ein-Platz-Prinzip genannt), das nicht zwingend, so aber doch regelmäßig zu monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen führt, ist bereits in einem vorangehenden Abschnitt dargestellt worden.[83] In diesem Abschnitt geht es nachfolgend zunächst allein um die Frage, wie die Festlegung solcher Verbandsstrukturen als solche kartellrechtlich einzuordnen ist. Die fast durchweg wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregelungen und Maßnahmen, mittels derer Sportverbände ihre monopolistischen und pyramidenförmigen Strukturen abzusichern versuchen, werden erst in späteren Abschnitten analysiert werden.[84]

63 Die zumindest den deutschen und europäischen Sport seit Jahrzehnten prägenden monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen sind zuletzt attackiert oder in Zweifel gezogen worden. So ist *Fischer* in der ersten umfassenden Dissertation zum Ein-Platz-Prinzip zu dem Ergebnis gelangt, die Unangemessenheit der gegenwärtigen Ausgestaltung der „Ein-Platz-Regelung" der Sportfachverbände – so die von ihm bevorzugte Terminologie[85] – bedeute „die Nichtigkeit dieser Satzungsregel".[86] Diese scharfe Rechtsfolge, die einen Grundpfeiler des europäischen Sportmodells[87] nicht nur ins Wanken, sondern gleich zum Einsturz bringen würde, lässt aufhorchen. Etwas zurückhaltender hat *Lambertz* in einer Urteilsbesprechung festgestellt, es brauche die Ein-Platz-Regel im Sport nicht, vielmehr handele es sich um eine „Regel aus der Vergangenheit, die ihre Rechtfertigung verloren vielleicht sogar nie hatte".[88] Zudem hat *Kornbeck*[89] als – soweit ersichtlich – Erster das Ein-Verband-Prinzip als solches grundsätzlich in Zweifel gezogen. Im Lichte des kartellrechtlichen Drei-Stufen-Tests nach *Wouters* und *Meca Medina* könnten bei der erforderlichen Einzelfallprüfung

83 → IV. Rn. 69–76 m.w.N.
84 → insb. XIII. Rn. 73–131 m.w.N.
85 *Fischer* 151; krit. hierzu *Heermann* WRP 2019, 145, Rn. 40.
86 *Fischer* 184. Überraschenderweise gelangt er zu diesem durchaus erstaunlichen Ergebnis allein am Maßstab von § 138 BGB und § 242 BGB, während auf das Kartellrecht „nur am Rande eingegangen" wird; vgl. *Fischer* 24 f.
87 → XIII. Rn. 33–61 m.w.N.
88 *Lambertz* SpuRt 2018, 168 (169).
89 *Kornbeck* 68.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die einzelnen Rechtfertigungstatbestände unterschiedlich gewichtet werden. Dennoch falle es schwer, sich dem Eindruck zu entziehen, dass das Ein-Platz-Prinzip *nicht* dauerhaft aufrecht zu erhalten sei. Die Zukunft des Ein-Platz-Prinzips sei letztlich alles andere als nachhaltig gesichert.[90]

Diese Angriffe auf das Ein-Verband-Prinzip mit seinen prägenden monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen geben Anlass, grundsätzliche Erwägungen zu deren kartellrechtlicher Zulässigkeit anzustellen.[91] Denn wenn bereits das Ein-Verband-Prinzip nicht kartellrechtskonform sein sollte, so würde dies natürlich auch auf die Verbandstatuten und -maßnahmen ausstrahlen, die dessen Absicherung und Verteidigung gewährleisten sollen. 64

b) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[92]

Da es vorliegend zunächst allein um die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Verankerung des Ein-Verband-Prinzips in den Verbandsstatuten der (inter)nationalen Sportverbände geht, liegt eine vorrangige Prüfung am Maßstab von Art. 101 Abs. 1 AEUV nahe. Denn die betreffenden Verbandsregelungen beruhen auf Beschlüssen der Mitgliederversammlungen der betreffenden Sportverbände, die ihrerseits regelmäßig als Unternehmensvereinigungen eingestuft werden können.[93] 65

Im Hinblick auf das Ein-Verband-Prinzip wird man von einer untrennbaren Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs ausgehen können. Denn durch die monopolistischen und pyramidenförmigen Verbandsstrukturen kann aufgrund mitgliedschaftlicher Bindungen der Sportausübenden – vielfach ergänzt durch Regelanerkennungsverträge etc. – eine Durchführung von Sportwettkämpfen nach weltweit einheitlichen Regeln am effektivsten gewährleistet werden.[94] Damit ist zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet. 66

Die Verankerung des Ein-Verband-Prinzips in den Verbandsstatuten richtet sich zwar unmittelbar zunächst allein an die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder. Die daraus resultierenden monopolistischen und pyramidenförmigen Verbandsstrukturen bedeuten aber zugleich, dass konkurrierende Sport(fach)verbände in die bestehenden Strukturen grundsätzlich[95] nicht aufgenommen werden können, weil dort eine bestimmte Sportart regelmäßig nur durch einen Sport- 67

90 *Kornbeck* 69.
91 Ausf. hierzu sowie zu den vorgenannten Rechtsauffassungen bereits *Heermann* WRP 2019, 145 ff. m.w.N.
92 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.
93 → VI. Rn. 114–118 m.w.N.
94 → IV. Rn. 4–68 m.w.N.
95 Zu Ausnahmen → IV. Rn. 74 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fachverband repräsentiert wird. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung entsprechender Verbandsregelungen gegenüber etwaigen konkurrierenden Sportverbänden nicht mehr der allein von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[96] betroffen. Indes zählt das Ein-Verband-Prinzip natürlich zu den Besonderheiten des Sports[97] und zu den Grundpfeilern des europäischen Sportmodells.[98]

68 Der Sportverbänden zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[99] reicht bei der konkreten Ausgestaltung des Ein-Verband-Prinzips umso weiter und die Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist (wie z.B. bei der Festlegung und Änderung der Spielregeln im engeren Sinn). Der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ist aber umso enger und die Kontrolldichte ist umso höher, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der unternehmerischen Tätigkeit des Sportverbandes ist (wie z.B. bei Erlaubnisvorbehalten im Hinblick auf die Durchführung von privaten Konkurrenzveranstaltungen[100]).

c) Zentrale Rechtsfragen

69 In diesem Zusammenhang stellen sich die Probleme regelmäßig nicht auf der ersten Stufe des *Meca-Medina*-Tests.[101] Denn erklärtes Ziel monopolartiger und pyramidenförmiger Verbandsstrukturen ist die möglichst effiziente Umsetzung einheitlicher Wettkampfbedingungen (z.B. Spielregeln und Dopingregelungen), die einen weltweiten Vergleich sportlicher Leistungen erst ermöglichen. Sinnvoll ist es offensichtlich auch, wenn die Interessen einer jeden Sportart auf jeder Hierarchiestufe möglichst nur von einem Sportverband wahrgenommen werden, weil dadurch optimale Voraussetzungen für die Einheitlichkeit der Regelsetzung und auch die Um- und Durchsetzung dieser Sportregeln geschaffen werden. Insofern dürfte die Verfolgung einer legitimen Zielsetzung kaum in Zweifel gezogen werden dürfen. Bei derartigen Verbandsstrukturen könnte regelmäßig auch von einer kohärenten und stringenten Verfolgung des zuvor definierten Verbandszieles[102] ausgegangen werden.

96 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
97 → II. Rn. 1–3 m.w.N.
98 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.1: „- A pyramid structure for the organisation of sport and of sport competitions and a central role for the sports federations; […]“
99 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
100 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.
101 → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
102 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn man anerkennt, dass ein Sportverband seine Ziele in möglichst effektiver Weise verfolgen darf, dann wären auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests[103] etwaige wettbewerbsbeschränkende Eingriffe, die aus der Schaffung monopolartiger und pyramidenförmiger Verbandsstrukturen resultieren, als solche notwendig, mithin gleichsam in der Natur der Sache liegend und damit inhärent. Diese Strukturen wären auf der dritten Prüfungsstufe[104] letztlich auch als geeignet, erforderlich und angemessen einzustufen. Damit lassen sich das Ein-Verband-Prinzip als solches sowie seine Verankerung in den Verbandsstatuten bei abstrakter Betrachtung anhand der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests rechtfertigen. Sie sind damit grundsätzlich als kartellrechtskonform einzustufen.[105] 70

Diese Einschätzung steht jedoch – dies sei zur Vermeidung von Missverständnissen nochmals betont – unter der Bedingung, dass sich die berechtigten Interessen aller an einer bestimmten Sportart beteiligten Stakeholder in den monopolartigen und pyramidenförmigen Verbandsaufbau einfügen lassen. Dies ist der Idealzustand, den man jedoch in der Welt des zunehmend kommerzialisierten Sports kaum mehr antrifft. Dort fühlen sich Athleten oder Vereine in den monopolartigen und pyramidenförmigen Verbandsstrukturen nur noch unzureichend repräsentiert, es kommt zur Gründung von Konkurrenzverbänden, die gleichfalls um Mitglieder, auch solche, die (noch) im Monopolverband organisiert sind, buhlen. Unabhängig davon, ob diese Konkurrenzverbände und -veranstalter Aufnahme in die etablierten Verbandsstrukturen begehren, zeigen deren Mitgliedsverbände regelmäßig eine Wagenburgmentalität und verankern Verbandsstatuten, die die Newcomer abzuwehren und ihre Mitglieder an der Abwanderung zu hindern versuchen. All diese Entwicklungen stellen – wie zu zeigen sein wird[106] – das Ein-Verband-Prinzip in kartellrechtlicher Hinsicht zwar auf die Probe, als solches aber nicht in Frage. 71

d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Damit lassen sich das Ein-Verband-Prinzip als solches sowie seine Verankerung in den Verbandsstatuten mit großer Wahrscheinlichkeit als wettbewerbskonform einstufen.[107] 72

103 → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
104 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.
105 I.Erg. ebenso Cherkeh/Momsen/Orth/*J. F. Orth* 2. Kap. Rn. 163.
106 → XIII. Rn. 73–131.
107 So i.Erg. auch *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (358): „ […] the vertical pyramid structure of regulatory authority in sport has a good chance of survival under the EU competition law, provided that the principle of proportionality is respected."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Zugangsbeschränkungen

a) Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen

aa) Ausgangsproblematik

73 Im Dezember 2017 legte die EU-Kommission eine tickende Zeitbombe ab, die (inter)nationalen Sportverbänden früher oder später fast unausweichlich zumindest Kopfzerbrechen, im Extremfall aber auch geradezu explosive rechtliche Probleme und schmerzhafte juristische Niederlagen bereiten wird. Den Anfang der unaufhaltsamen Entwicklung bildete eine zunächst eher unscheinbar anmutende Presseerklärung. Am 8.12.2017 teilte die EU-Kommission[108] mit, sie habe per Beschluss festgestellt, dass die Zulassungsbestimmungen der International Skating Union (ISU) gegen Art. 101 AEUV verstießen. Verbreitet hoffte man in Sportkreisen noch auf eine nicht der Verallgemeinerung zugängliche Einzelfallentscheidung, obgleich eine solche Einschätzung aufgrund des Wortlauts der Mitteilung bei nüchterner Betrachtung bereits damals als eher fernliegend einzustufen gewesen wäre. Im März 2018 wurden sodann die Entscheidungsgründe veröffentlicht.[109] Gestützt auf ihre Zulassungsbestimmungen, hatte die ISU den Eisschnelllaufwettbewerb eines konkurrierenden kommerziellen Veranstalters nicht genehmigt und Eisschnellläufern, die gleichwohl hieran teilnehmen würden, harte Sanktionen bis hin zu lebenslangen Wettkampfsperren in Aussicht gestellt. Mit Urteil vom 16.12.2020 hat das EuG die kartellrechtlichen Ansätze der EU-Kommission im Wesentlichen bestätigt.[110] Und es zeichnete sich spätestens zu diesem Zeitpunkt deutlich ab, dass die rechtlichen Erwägungen sich nicht nur auf den konkreten Einzelfall beschränken ließen – ganz im Gegenteil.

74 Es war bereits frühzeitig vermutet worden, diese „Entscheidung mit Präjudizcharakter" könne „die Hoheit der Sportorganisationen ins Wanken bringen".[111] Ende 2018 hat der *Verfasser* darauf hingewiesen,[112] der Streitgegenstand des erwähnten *ISU*-Verfahrens bilde nur die Spitze eines Eisbergs, die Auswirkungen der Entscheidung gingen weit über den Einzelfall hinaus.[113] Unterhalb der

108 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184.
109 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility rules.
110 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.
111 *Ashelm* FAZ v. 3.2.2018.
112 *Heermann* WuW 2018, 550 (550).
113 So auch mit deutlichen Worten European Commission, Statement by Commissioner Vestager on the International Skating Union infringing EU competition rules by imposing restrictive penalties on athletes, 8.12.2017, STATEMENT/17/5190, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-5190_en.htm?locale=en (zuletzt besucht am 7.2.2022); ähnl. *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (350) („[…] an important precedent that will sooner or later affect the structure of organisational markets in all other sports in Europe, so the influence of the

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wasseroberfläche und damit weitgehend vor den Augen der Fachöffentlichkeit verborgen, hätten sich internationale und nationale Sportfachverbände bereits seit vielen Jahren mit großem Einfallsreichtum und Erfolg darum bemüht, ihre Einflussnahme auf die Organisation und Durchführung von Wettkämpfen in einer bestimmten Sportart, auf die hieran teilnehmenden verbandsgebundenen Athleten, ja auf die gesamte kommerzielle Nutzung einer Sportart ebenso umfassend wie exklusiv auszudehnen. An dieser Einschätzung wird auch vier Jahre später weiterhin festgehalten.

Zeitlich schon etwas früher war eine dem *ISU*-Verfahren vergleichbare Problematik im europäischen Basketball aufgetreten. Seit der Saison 2000/01 haben sich im europäischen Basketball unabhängig von den offiziellen Basketballverbänden (FIBA und FIBA Europa) zwei von der Euroleague Commercial Assets S.A. (ECA) veranstaltete europäischen Ligawettbewerbe (Euroleague und Eurocup) etablieren können, die mit ebenfalls zwei europaweiten, indes sportlich weniger prestigeträchtigen Ligawettbewerben der FIBA Europa (FIBA Basketball Champions League und FIBA Europe Cup) konkurrieren. Die FIBA hatte anfangs die Nationalmannschaften verschiedener europäischer Basketballverbände, deren Spieler in der Euroleague oder im Eurocup tätig waren, von der Teilnahme an Olympischen Spielen oder Europameisterschaften ausgeschlossen oder einen solchen Ausschluss angedroht, jeweils gestützt auf die Ausschließlichkeitsklauseln in ihren Verbandsstatuten und den daran anknüpfenden Sanktionsmechanismus. Hierdurch hatte die FIBA den von ihr selbst seit 2015 veranstalteten europäischen Ligawettbewerben Exklusivität verschaffen wollen. Die betroffenen Vereine hatten durch die Verhängung von Sanktionen durch die FIBA gegenüber den Nationalmannschaften indirekt gezwungen werden sollen, nicht länger an den von der ECA veranstalteten europäischen Ligawettbewerben (Eurocup und Euroleague) teilzunehmen. 75

Sowohl ECA als auch FIBA legten zu Beginn des Jahres 2016 bei der Europäischen Kommission Beschwerden wegen Verstoßes gegen Art. 101 und 102 AEUV ein, wobei das Beschwerdeverfahren – soweit ersichtlich – noch nicht abgeschlossen ist (Stand: 7.2.2022). Zwischenzeitlich hat das LG München I[114] in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zugunsten der ECA und der in der Euroleague tätigen Basketballclubs festgestellt, die Entscheidung bestimmter Vereine, an einem bestimmten Vereinswettbewerb teilzunehmen, habe sportlich nichts, aber auch gar nichts mit der Teilnahme einer Nationalmannschaft an internatio- 76

decision extends far beyond skating"); *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (95) („Yet, there is a judgment to come and it will not be an exaggeration to say that it could reshape the sports industry.").

114 LG München I SpuRt 2016, 269 (270); nachfolgend ist die einstweilige Verfügung aufgrund einer vom Gericht als wirksam erachteten Schiedsgerichtseinrede aufgehoben worden, vgl. LG München I, Urt. v. 23.6.2016, 1 HK O 8126/16, Rn. 113 ff. (zitiert nach juris).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nalen Wettkämpfen zu tun. Eine solche Verknüpfung, nämlich die Verhängung einer Sanktion durch die FIBA gegenüber einem Dritten, um eigene Interessen in einem anderen Bereich durchzusetzen, sei ein klassischer Fall des kartellrechtlichen Missbrauchs gem. Art. 102 AEUV.

77 Diese Entwicklung liegt gleichsam in der Natur der monopolartigen Verbandsstrukturen. Die Erfahrung lehrt, dass in sämtlichen Wirtschaftsbereichen und damit natürlich auch im Sportverbandswesen Monopolisten sich darum bemühen, ihr Monopol umfassend abzusichern und jeglichen tatsächlichen oder auch nur potentiellen Wettbewerb von dritter Seite möglichst frühzeitig im Keim zu ersticken. Dafür gibt es gerade im Sport nachvollziehbare Gründe. Diese taugen indes nicht automatisch als Rechtfertigung für die mit der Monopolstellung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen zulasten etwaiger potentieller Konkurrenzverbände und -veranstalter sowie der betroffenen (un)mittelbaren Verbandsmitglieder.[115] Die Vorgehensweise der Sportverbände zeigt typische Verhaltensmuster, auch wenn diese sich in den Details noch unterscheiden können:

78 – So regeln zahlreiche Sportverbände über ihre Statuten die offizielle Zulassung bzw. Lizenzierung von Sportveranstaltungen insbesondere auch nicht verbandsgebundener Dritter, bei denen es sich um konkurrierende Sportverbände oder private Sportveranstalter handeln kann (im Folgenden: Durchführungsvorbehalte). Dabei behindern die etablierten Sportverbände allein oder vorrangig aus eigenwirtschaftlichen Interessen, d.h. zum Schutz der eigenen einnahmeträchtigen Sportwettkämpfe vor Wettbewerb von außen, insbesondere kommerzielle Konkurrenzveranstalter auf dem Markt für Sportveranstaltungen. Diesen wird von den etablierten Sportverbänden teils gar nicht erst die Möglichkeit einer Anerkennung ihrer Sportwettkämpfe angeboten, teils bleibt weitgehend offen, nach welchen Voraussetzungen einer Konkurrenzveranstaltung überhaupt eine Durchführungsgenehmigung erteilt werden kann.

79 – Flankiert werden diese Durchführungsvorbehalte regelmäßig durch sanktionsbewehrte Statuten,[116] durch die (un)mittelbaren Mitgliedern die Teilnahme an Sportwettkämpfen, die nicht durch den etablierten Sportfachverband genehmigt wurden, pauschal verboten oder aber ihnen gegenüber von einer ausdrücklichen Erlaubnis durch den Sportfachverband abhängig gemacht wird (im Folgenden: Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte).

115 Hierzu ausf. *Heermann* WuW 2018, 241 (243–246) m.w.N.
116 *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (92 f.); *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (333 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer solchen Vorgehensweise monopolartiger Sportfachverbände[117] liegen auf der Hand:[118] Einer Konkurrenzveranstaltung bleibt der sportliche und auch wirtschaftliche Erfolg verwehrt, wenn – wie im *ISU*-Fall – ein Sportfachverband seinen Spitzenathleten keine Teilnahmeerlaubnisse erteilt und/oder für den Fall der Teilnahme an ungenehmigten Konkurrenzveranstaltungen harte Sanktionen bis hin zu lebenslangen Wettkampfsperren androht. Bereits bestehende oder potentielle Konkurrenten eines etablierten Sportfachverbandes werden auf diese Weise in ihrer Wettbewerbsfreiheit stark eingeschränkt. Das gilt ebenso natürlich auch für die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder sowie für die übrigen, vertraglich den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten, denen der Zugang zu weiteren Sportwettkämpfen verwehrt wird sowie damit verbundene Möglichkeiten zur Erzielung von weiteren Einnahmen (z.B. Antritts- und Siegprämien) abgeschnitten werden. Letztlich werden auf diese Weise den Sportkonsumenten, d.h. den Zuschauern im Stadion oder am Bildschirm, aber auch Medienanbietern, Sponsoren etc. zusätzliche attraktive Sportevents vorenthalten. Das kartellrechtliche Konfliktpotential, welches mit solchen Zulassungsbestimmungen der Sportfachverbände verbunden ist, hat sich in den letzten Jahren in vielen Sportarten gezeigt (z.B. Eisschnelllauf[119]; Ringen[120]; Basketball[121]; Handball[122]; Radsport[123]; Schwimmsport[124]).[125] Auch der Fußball wird sich diesem Problem stellen müssen, wenn die Planungen zur Gründung einer europäischen Super League einmal in die Tat umgesetzt werden sollten.[126] Die Idee, zur Steigerung der Attraktivität für die Zuschauer nur noch die Besten in speziellen Sportwettkämpfen deutlich öfter als bislang gegeneinander antreten zu lassen, hat auch den Individualsport erreicht, wie die Pläne zur Gründung einer Super League für Golf-Stars anschaulich belegen.[127] 80

117 S. allg. zu Zulassungsbestimmungen in den Statuten von Sportverbänden auch *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (332 f.); *Weatherill*, Principles, 2017, 254–258, jew. m.w.N.

118 Zu den Interessen der Fans/Verbraucher, der Sportler, des Sportverbandes und der privaten Sportveranstalter s. auch *Seyb* 215 f.

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

120 LG Nürnberg-Fürth NZKart 2019, 288 ff. – Deutsche Ringerliga; in der folgenden Instanz i.Erg. bestätigt durch OLG Nürnberg GRUR-RS 2021, 34724, Rn. 66 ff.

121 LG München I SpuRt 2016, 269 (270); nachfolgend wurde die einstweilige Verfügung aufgrund einer vom Gericht als wirksam erachteten Schiedsgerichtseinrede aufgehoben, vgl. LG München I 23.6.2016 – 1 HK O 8126/16, Rn. 113 ff. (zitiert nach juris); hierzu *Seyb* 195 f.; *Heermann* WuW 2018, 241 (241 f.).

122 *Eberhardt* manager magazin v. 4.3.2018; *Wilkening* Spiegel Online v. 9.3.2018.

123 *Terraz* sub 1.-3.

124 Hierzu *Kornbeck* EuZW 2020, 1072 (1076) m.w.N.

125 S. auch den Entscheidungsüberblick zu Konkurrenzverboten im Sport mit anschließender Würdigung bei *Cukurov* 117–139 m.w.N.

126 Zu dieser Problematik → XIII. Rn. 101–131 m.w.N.

127 Vgl. *Scheffler* FAZ v. 10.6.2021 („Eine neue Super League für Golf-Stars: Saudi Arabien lockt die besten Spieler mit einer lukrativen Turnierserie – doch die Pläne stoßen auf Widerstand").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

81 Bevor die kartellrechtliche Problematik, die mit Durchführungsvorbehalten sowie Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten verbunden ist, beleuchtet wird, sollen noch zwei für die rechtliche Bewertung erhebliche Aspekte gleichsam vor die Klammer gezogen werden:

82 So ist noch jüngst die Auffassung vertreten worden, es sei davon auszugehen, dass die Monopolstellung der Weltsportfachverbände „praktisch unantastbar" sei, eine Konkurrenz in ihrer Sportart gebe es nicht und sei „jedenfalls derzeit" nicht zu fürchten.[128] Diese Aussage trifft schon seit Jahren in dieser Allgemeinheit nicht zu, wie Erfahrungen etwa in den Sportarten American Football, Boxen, Darts, Golf, Tanzen und Tennis belegen.[129] Zuletzt veranlassten bereits vage Äußerungen von verschiedenen Seiten, dass im Clubfußball eine europäische Super League ins Leben gerufen werden könnte, die FIFA sowie die in ihr zusammengeschlossenen sechs Konföderationen, in einer Pressemitteilung ihre scharf ablehnende Haltung gegenüber diesem Projekt deutlich zu machen.[130] Das mag auf den ersten Blick verwundern, weil bis vor Kurzem kaum vorstellbar schien, dass im Milliarden-Poker um weltweite oder kontinentale Fußballwettbewerbe ein Newcomer mitmischen könnte. Indes sind die Einnahmen bei der FIFA, bei den in ihr zusammengeschlossenen Konföderationen sowie bei den Nationalverbänden und insbesondere bei den nationalen Fußballligen und ihren Mitgliedern Corona-bedingt in einem Umfang geschrumpft, das man sich in dieser wachstumsgetriebenen und -verwöhnten Sportbranche noch zu Beginn des Jahres 2020 selbst in kühnsten Träumen nicht ansatzweise hätte ausmalen können. Wenn sich im Jahr 2021 die angeblich von überaus finanzstarken außereuropäischen Investoren vorangetriebenen Planungen zur Einführung einer europäischen Super League konkretisiert hätten, so wäre dies einigen dafür in Betracht kommenden Fußballclubs angesichts ihrer enormen Schuldenlast gerade recht gekommen. Die FIFA erblickte darin jedoch eine ernst zu nehmende Konkurrenz für eine von ihr selbst geplante Klub-Weltmeisterschaft im Fußball. Die UEFA, Corona-bedingt in wirtschaftlicher Hinsicht gleichfalls gebeutelt, hätte hinsichtlich der Höhe ihrer Antritts-, Punkte- und Siegprämien in der UEFA Champions League mit den milliardenschweren Investoren vermutlich nicht mithalten können. Wenn die Spur des Geldes verlockend genug ist, ist nicht auszuschließen, dass von den umworbenen Top-Fußballclubs die Bindungen innerhalb der vielbeschworenen „Fußballfamilie" einseitig zumindest teilweise oder gar völlig gekappt werden könnten. Kurzum: Auch Sportweltverbände mit Monopolstellung sind in wirtschaftlicher Hinsicht inzwischen durchaus angreifbar. Dieser Aspekt kann für die kar-

128 PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 19.
129 S. hierzu *Heermann* WRP 2019, 145, Rn. 7, 9, 10, 14, 16 f. m.w.N.
130 Verlautbarung der FIFA und der sechs Konföderationen v. 21.1.2021, abrufbar unter https://de.fifa.com/who-we-are/news/verlautbarung-der-fifa-und-der-sechs-konfoderationen (zuletzt besucht am 7.2.2022); zum Wortlaut → XIII. Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tellrechtliche Bewertung von Zulassungsbestimmungen der Sportverbände von erheblicher Bedeutung sein. Denn vor diesem Hintergrund ist es keineswegs zwingend geboten, die Zugangsverweigerung durch einen etablierten Sportverband als einen Unterfall der unberechtigten Geschäftsverweigerung gem. Art. 102 Satz 2 lit. b) AEUV einzustufen, weil die Organisation und Durchführung von Sportwettkämpfen durch einen zuständigen Sportdachverband nicht notwendigerweise als wesentliche Einrichtung im Sinne der *essential-facilities*-Doktrin[131] eingestuft werden können.[132]

Wenn ein Sportverband nicht nur für die Organisation und Durchführung *seiner* Sportwettbewerbe zuständig ist, sondern zugleich auch für die Genehmigung und/oder Lizenzierung der von privaten Konkurrenzverbänden oder -veranstaltern geplanten Sportevents, sind Interessenkonflikte vorprogrammiert, die schnell den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV, aber auch von Art. 101 AEUV zu eröffnen vermögen.[133] Um diese kartellrechtliche Gefahr zu bannen, sind bereits wiederholt die Vorzüge einer Trennung der operativen von der sportlich-regulierenden Verbandsebene (sog. *unbundling*) ins Spiel gebracht worden.[134] Allerdings ist – wie in einem vorangehenden Abschnitt im Detail dargelegt[135] – ein solches Vorgehen aus rechtlichen Gründen weder zwingend, noch kann davon ausgegangen werden, dass Sportverbände eine entsprechende strikte Trennung der Operationsebenen freiwillig durchführen werden. Stattdessen greifen kartellrechtliche Kontrollmöglichkeiten, um etwaige Interessenkonflikte eines Sportverbandes zu vermeiden und die Chancengleichheit zwischen einzelnen Wirtschaftsteilnehmern im gebotenen Maße zu gewährleisten. 83

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[136]

Vielfach werden sich in Verbandsstatuten Anknüpfungspunkte für Durchführungsvorbehalte und/oder Teilnahmeverbote sowie Teilnahmeerlaubnisvorbehalte finden, so dass sich – wie im *ISU*-Verfahren[137] – eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV anbietet. Sodann kann an die zugrunde liegenden Beschlüssen der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. Ersatzweise oder bei Fehlen einer 84

131 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs* Art. 102 AEUV Rn. 331–341; *Mestmäcker/Schweitzer* § 19 Rn. 52 ff., jew. m.w.N.
132 Tendenziell a.A. *Seyb* 216–220 mit weiteren Ausführungen zur Übertragung dieses Ansatzes auf die Zulassungsproblematik im Sport.
133 *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326.
134 Zuletzt *Seyb* 221; zuvor bereits etwa *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1333).
135 → VII. Rn. 52–66 m.w.N.
136 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.
137 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entsprechenden Vereinbarung zwischen Unternehmen kann aber auch der Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV angewendet werden.

85 Bei Durchführungsvorbehalten und Teilnahmeverboten sowie Teilnahmeerlaubnisvorbehalten liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen oder -maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise kann ein Sportverband Einfluss ausüben, ob und – wenn ja – welche von verbandsunabhängigen Dritten organisierten Sportevents mit welchen verbandsgebundenen Athleten in Konkurrenz zu den eigenen Wettkämpfen des Sportverbandes durchgeführt werden dürfen. Damit ist zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet.[138]

86 Genehmigungsvorbehalte richten sich regelmäßig nicht allein an die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder, sondern insbesondere auch an potentielle private Sportveranstalter. Diese sind zudem mittelbar von den Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten des Sportverbandes betroffen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung entsprechender Verbandsregelungen gegenüber etwaigen konkurrierenden Sportverbänden nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[139] betroffen. Daher ist der Sportverbänden zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[140] bei der konkreten Ausgestaltung der Genehmigungsvorbehalte vergleichsweise eng und die rechtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist sehr hoch, da ein enger sachlicher Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der unternehmerischen Tätigkeit des Sportverbandes besteht.

cc) Zentrale Rechtsfragen

87 Die mit Genehmigungsvorbehalten sowie mit Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten verbundenen kartellrechtlichen Fragen sind vielfältig und noch nicht abschließend diskutiert worden.[141] Für zahlreiche Sportverbände besteht Handlungsbedarf, wobei sich ein relativ weiter rechtlicher Gestaltungsspielraum eröffnet, soweit einige juristische Fallstricke beachtet werden.

138 So auch EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 135 ff. – ISU's Eligibility rules; EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 64 ff. = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 (nur teilw. abgedruckt) – ISU/Kommission. A.A. *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (590 f., 595, 598); scheinbar auch *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (335): „The *Meca-Medina* analytical framework does not apply to the restrictive rules of associations adopted for the protection of their private commercial interests.“ Insoweit wird jedoch an ein Tatbestandsmerkmal des *Meca-Medina*-Tests angeknüpft.

139 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

140 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

141 S. hierzu stellvertr. *Seyb* 182 ff., 214 ff.; *Heermann* WuW 2018, 241–247; *Heermann* WuW 2018, 550–556, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Wettbewerbsbeschränkung[142]

Offensichtlich dürfte sein, dass die erwähnten statutarischen Zulassungsbestimmungen, die Konkurrenzveranstalter und Athleten unmittelbar sowie Zuschauer mittelbar treffen, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission den Aspekt des Schutzes der Konsumentenwohlfahrt betont.[143] Auch der Schutz des Innovationswettbewerbs erlangt dabei besondere Bedeutung.[144] Zulassungsbestimmungen eines (inter)nationalen Sportverbandes dürfen letztlich nicht zu einer Verhinderung von Innovationswettbewerb zwischen den offiziellen und den sonstigen Sportveranstaltern führen.[145] Hier kommt ein kartellrechtlicher Grundsatz zum Ausdruck, der weit über den Sportsektor hinaus gilt und angewendet wird. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,[146] muss ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Sportarten aus Gründen des Schutzes des Innovationswettbewerbs und der Konsumentenwohlfahrt stets möglich sein. Die Erfahrungen der Vergangenheit lehren, dass sich nur aufgrund der Eröffnung eines solchen Wettbewerbs neben klassischen, schon jahrzehntelang anerkannten Sportarten attraktive Weiterentwicklungen am Markt durchsetzen und etablieren konnten. Einige von ihnen sind inzwischen sogar als olympische Sportarten anerkannt. Dabei hatten mitunter etablierte Sportverbände, die sich hauptsächlich als Besitzstandswahrer sahen und sportlichen Weiterentwicklungen skeptisch gegenüberstanden, das Nachsehen. Dies ist letztlich Konsequenz eines möglichst offenen und dynamischen Wettbewerbs, dem sich auch unternehmerisch tätige Sportverbände stellen müssen. Beispiele: 88

- Schwimmen, Laufen oder Radfahren → Triathlon oder Duathlon;
- Baseball → Softball;
- Volleyball → Beachvolleyball;
- Golf → Crossgolf, Discgolf oder Fußballgolf;
- Bergsteigen → Bouldern;
- Wandern → Nordic Walking;
- Segeln → Windsurfing oder Kitesurfing;
- Alpinski → Snowboarding oder Sandboarding.

142 Hierzu → VI. Rn. 12.

143 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 200, 205 – ISU's Eligibility rules; vgl. hierzu auch *Seyb* 206; *Heermann* WuW 2018, 241 (244); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).

144 Hierzu – allerdings im Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 3 AEUV – EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 205, 298 – ISU's Eligibility rules; vgl. auch *Seyb* 205; *Heermann* WuW 2018, 241 (244); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).

145 *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184: „Dadurch wurden alternative und innovative Eisschnelllauf-Wettkämpfe in ihrer Entwicklung behindert […]".

146 *Heermann* WuW 2018, 550 (554).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Umsetzung von Genehmigungsvorbehalten sowie Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten

89 Die EU-Kommission hat im *ISU*-Verfahren Mindestvoraussetzungen für Standards aufgestellt, die von Sportverbänden einzuhalten sind, falls sie am System der Genehmigungsvorbehalte sowie Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte festhalten wollen. Mögen diese kumulativen Voraussetzungen auch auf den konkreten Fall bezogen sein, so ist doch davon auszugehen, dass sie für sämtliche Sportverbände mit derartigen Zulassungssystemen gleichermaßen gelten (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[147]

> „(340) First, the ISU should only provide for sanctions and authorisation criteria that are **inherent in the pursuit of legitimate objectives. The ISU's financial and economic interests are not considered as legitimate objectives**.
> (341) Second, the ISU should provide for **objective, transparent and non-discriminatory sanctions and authorisation criteria** that do not go beyond what is **necessary to achieve legitimate objectives**.
> (342) Third, the ISU should provide for an **objective, transparent and non-discriminatory procedure for the adoption and effective review of decisions regarding the ineligibility of skaters and for the authorisation of speed skating events**."

90 Dieser Ansatz ist nicht völlig neuartig, sondern lehnt sich an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 AEUV[148] sowie zur Warenverkehrsfreiheit[149] an. Bei vielen Sportverbänden dürfte es jedoch bislang schon im Ausgangspunkt immer noch an einem objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Zulassungsverfahren mangeln, so dass bereits aus diesem Grund in solchen Fällen eine kartellrechtliche Sollbruchstelle vorliegt. Das hat weitreichende Konsequenzen. Denn wenn bereits ein statutarischer Genehmigungsvorbehalt in Ermangelung eines objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens nicht kartellrechtskonform ist, strahlt dieser Umstand grundsätzlich auf die kartellrechtliche Bewertung der daran anknüpfenden Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte aus, so dass in einer solchen Konstellation sämtliche Zulassungsvorschriften sowie die darauf gestützten Sanktionen wegen Verstoßes gegen das Kartellrecht unwirksam sind.[150]

147 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 340–342 – ISU's Eligibility rules.
148 S. etwa EuGH Slg. 1999, I-5751, Rn. 88 ff., insb. Rn. 120 f. = BeckRS 2004, 77685 – Albany.
149 EuGH Slg. 2002, I-607, Rn. 35 = BeckRS 2004, 76971 – Canal Satellite Digital SL; EuGH Slg. 2005, I-9665, Rn. 50 = NZBau 2006, 32 – Kommission/Portugal; EuGH ECLI:EU:C:2016:558, Rn. 64–74 = EuZW 2016, 657 – Promoimpresa SRL.
150 Ausf. hierzu *Heermann* WuW 2018, 550 (553–556). Diese Gefahr hat der Weltschwimmverband (FINA) als Reaktion auf die Entscheidung der EU-Kommission im *ISU*-Verfahren durch eine Ankündigung vom 15.1.2019 gebannt, dass fortan von einer Bestrafung der seinen Mitgliedsverbänden und -vereinen angeschlossenen Athleten wegen der Teilnahme an FINA-fremden Wettbewerben und sonstigen Veranstaltungen abzusehen sei; vgl. PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Legitime Zielsetzungen[151]

Eine ausführliche Analyse denkbarer legitimer Zielsetzungen von Genehmigungsvorbehalten sowie Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten ist bereits an anderer Stelle erfolgt.[152] Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die wesentlichen Erkenntnisse. Folgende Zielsetzungen, die mit der Einführung von Genehmigungsvorbehalten sowie Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten verfolgt werden, können je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls als legitim eingestuft werden: 91

- Schutz der Integrität des Sports:[153] Diese Zielsetzung ist freilich als solche zu unbestimmt und abstrakt[154] und sollte daher in jedem Fall konkretisiert werden.[155] 92
- Schutz der Integrität von Sportwettkämpfen vor den von Sportwetten ausgehenden Risiken:[156] Gerade bei dieser Zielsetzung befinden sich Sportverbände in einer gewissen Zwickmühle. Denn wenn nach Ermittlungen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung bereits in Deutschland bei mehr als 400.000 Menschen das Spielverhalten in einem eindeutig kritischen Bereich liegt,[157] so ist das Ziel der Eindämmung von Sportwetten einerseits sicherlich legitim. Andererseits kooperieren jedoch etwa zahlreiche Fußballclubs und sogar die DFL mittels lukrativer Sponsoringverträge mit Sportwettenanbietern. Vor diesem Hintergrund ist sodann ein besonderes Augenmerk auf die weiteren Erfordernisse der kohärenten und stringenten Zielverfolgung,[158] des notwendigen Zusammenhangs mit der Verfolgung der legitimen Ziele[159] sowie der Geeignetheit der Maßnahme[160] zu richten. 93
- Schutz der regelkonformen Ausübung des Sports:[161] Eine regelkonforme Sportausübung wird der Sportfachverband indes nur im Hinblick auf kon- 94

151 Grundl. hierzu → VI. Rn. 176–284.
152 *Heermann* WuW 2018, 241 (243–246).
153 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 163, 212, 219, 226 ff. – ISU's Eligibility rules.
154 *Seyb* 199 lehnt deshalb die Legitimität der Zielsetzung ab.
155 Vgl. hierzu auch *Heermann* WuW 2018, 241 (243 f.).
156 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 100–104 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission; *Heermann* WuW 2018, 241 (243); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (87 f.); *Wallsten/Sher* ECLR 2020, 514 (515).
157 Instruktiv *Franke* FAZ v. 4.1.2021.
158 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
159 → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
160 → VI. Rn. 289–294 m.w.N.
161 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 163, 219 – ISU's Eligibility rules; ebenso *Hannamann* 383; *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1332); im Ansatz auch *GA Kokott* Slg. 2008, I-4863, Rn. 93 – MOTOE, allerdings mit der Einschränkung, dass hiervon die inhaltliche Überprüfung der vorgeschriebenen Regeln unberührt bleibe; differenzierend auch *Grätz* 333 f.; *Seyb* 203–205, 221 f.; *Heermann* WuW 2018, 241 (244).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kurrierende Sportveranstaltungen voraussetzen dürfen, wenn dort Ranglistenpunkte vergeben und/oder die Erfüllung von Qualifikationsnormen für die Nominierung zu internationalen Wettkämpfen etc. in der betreffenden Sportart ermöglicht werden sollen. Im Übrigen wird ein Sportverband private Veranstalter in Ermangelung vertraglicher Bindungen nicht zwingen können, bei seinen Wettkämpfen die Spielregeln des Sportverbandes einzuhalten.

95 – Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Sportler:[162] Es gelten sinngemäß die bereits in der unmittelbar vorangehenden Randnummer für den Schutz der regelkonformen Ausübung des Sports gemachten Einschränkungen.

96 – Schutz vor einer zeitlichen Überschneidung mit konkurrierenden Sportveranstaltungen:[163] Hierbei haben sich private kommerzielle Wettkampfveranstalter am Rahmenterminplan der internationalen und nationalen Sportfachverbände zu orientieren. Ein praktisches Problem kann sich insoweit aus dem Umstand ergeben, dass gerade in Ballsportarten wie Fußball, Basketball, aber auch Handball die (inter)nationalen Sportverbände sowie die nationalen Ligen dazu neigen, die Zahl der von ihnen organisierten Spiele nicht zuletzt aufgrund ökonomischer Erwägungen auszuweiten, so dass zunehmend kleinere Lücken für notwendige Regenerationsphasen der Spieler verbleiben. Hier stoßen private Konkurrenzveranstalter an faktische Grenzen, die kaum überwindbar sind, wenn die betreffenden Konkurrenzveranstaltungen vom Sportverband anerkannt und/oder lizenziert werden sollen. Als Alternative bliebe dann nur noch die Gründung einer verbandsunabhängigen Wettkampfserie oder Sportliga. Allerdings wird zumindest für die teilnehmenden Sportler der hierbei zu zahlende „Preis" hoch sein, sofern sie aus dem etablierten Sportverband ausgeschlossen werden und/oder nicht mehr nominierungsfähig für internationale Sportwettbewerbe (z.B. Welt- und Europameisterschaften oder Olympische Spiele) sein sollten.

97 – Schutz der vertikalen Solidarität innerhalb des Sportverbandes:[164] Dieser Aspekt ist bereits in einem vorangehenden Abschnitt zum europäischen Sportmodell analysiert worden.[165]

162 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 163, 219 – ISU's Eligibility rules; *Kornbeck* 61; *Seyb* 203, 221 f.; *Heermann* WuW 2018, 241 (244); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (83).

163 Andeutungsweise EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 243 f. – ISU's Eligibility rules; ausf. hierzu *Seyb* 223 f.; *Heermann* WuW 2018, 241 (245 f.); *Heermann* WuW 2018, 550 (551 f.); vgl. auch *Hannamann* 384; *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1332); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).

164 Andeutungsweise EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 222 f., 247 – ISU's Eligibility rules; ausf. *Seyb* 200–202, 223; die Möglichkeit eines vertikalen finanziellen Ausgleichs anerkennend *Heermann* WuW 2018, 241 (246).

165 → XIII. Rn. 52–54.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die EU-Kommission hat im *ISU*-Verfahren mit deutlichen, wenngleich missverständlichen Worten darauf hingewiesen, dass nach ihrer Auffassung finanzielle und ökonomische Interessen eines Sportverbandes keine legitimen Zielsetzungen zu begründen vermögen:[166] 98

> „(340) […] The ISU's financial and economic interests are not considered as legitimate objectives."

Allerdings bezog sich die EU-Kommission dabei, wie sich aus dem Kontext der Entscheidungsgründe ergibt, allein auf eigenwirtschaftliche Interessen des Sportverbandes, die im konkreten Fall ausschließlich oder zumindest vorrangig zum Schutz der eigenen und wirtschaftlich möglichst lukrativen Sportwettkämpfe vor Wettbewerb durch kommerzielle Konkurrenzveranstalter verfolgt worden waren. Wenn ein Sportverband hingegen nicht solche eigenwirtschaftlichen, allein auf die Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Sportveranstaltungsmarkt gerichteten Interessen, sondern weitergehende ökonomische Interessen verfolgt, um etwa mittels generierter Einnahmen sonstige legitime Zielsetzungen oder in den Statuten verankerte Verbandszwecke finanziell erst umsetzen zu können, steht allein dieser Umstand der Verfolgung legitimer Zielsetzungen nicht entgegen.[167] Auf die entsprechenden rechtlichen Erwägungen und Differenzierungen in einem früheren Abschnitt[168] wird Bezug genommen.

Wiederholt sind weitere, letztlich wirtschaftlich motivierte Zielsetzungen formuliert worden, die Genehmigungsvorbehalte von Sportfachverbänden im Hinblick auf damit verbundene Wettbewerbsbeschränkungen für private kommerzielle Sportveranstalter sollen rechtfertigen können: 99

- Gewährleistung einer nachhaltigen, langfristig angelegten Förderung der betreffenden Sportart durch den konkurrierenden, rein kommerzielle Zwecke verfolgenden Sportveranstalter, der sich als reiner *free rider* betätige;[169]
- direkte oder indirekte Steigerung der Wirtschaftskraft des für die betreffende Sportart verantwortlichen nationalen Sportfachverbandes;[170]
- Vermeidung eines Teilnehmerrückgangs bei Veranstaltungen desjenigen Nationalverbandes, der als einziger nationaler Repräsentant in den internationalen Sportfachverbänden offizielle Meistertitel vergibt oder Qualifikationsveranstaltungen für Olympische Spiele durchführt;[171]

166 EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 340 – ISU's Eligibility rules.
167 So bereits *Heermann* WuW 2018, 550 (552 f.).
168 → VI. Rn. 243–254 m.w.N.
169 *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).
170 *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).
171 *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Schutz vor einem „Ausbluten" der offiziellen Sportveranstaltungen aufgrund hoher Preisgeldunterschiede;[172]
– Schutz vor einer Existenzgefährdung des offiziellen Sportdachverbandes.[173]

Derartigen Zielsetzungen ist gemeinsam, dass sie zumindest auch, wenn nicht sogar vorrangig oder vollständig durch wirtschaftliche Eigeninteressen eines Sportfachverbandes motiviert sind. Sollte sich im konkreten Fall dieser naheliegende Verdacht bestätigen, könnten die betroffenen Aspekte nicht als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden.[174]

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

100 Die EU-Kommission hatte „Rules protecting sports associations from competition" schon im Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 eine eher hohe Wahrscheinlichkeit der Unvereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV attestiert.[175] Dies deckt sich mit dem hier zuvor ermittelten Befund und gilt insbesondere, wenn Genehmigungsvorbehalte nicht in einem in den Verbandsstatuten verankerten objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren umgesetzt werden. Wenn bereits diese grundlegenden Verfahrensanforderungen nicht erfüllt sind, ist die Wahrscheinlichkeit sehr groß, dass etwaige hieran anknüpfende Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte gleichfalls nicht kartellrechtskonform sind. Sollten die genannten Verfahrensanforderungen jedoch erfüllt sein, können die mit Genehmigungsvorbehalten, Teilnahmeverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen bei Einhaltung der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests gerechtfertigt sein.[176]

b) Gründung von neuen Sportligen mit (teilweise) geschlossenem oder offenem Teilnehmerfeld

aa) Ausgangsproblematik

101 Von der Gründung einer neuen Superliga im europäischen Fußball hat man spätestens seit dem Ende der 1990er Jahre in unregelmäßigen Abständen immer wieder in der Tagepresse lesen können, auch im Fernsehen ist über entsprechende Vorhaben berichtet worden.[177] Finanzstarke Investoren, die dem Vernehmen nach

172 *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).
173 *Grätz* 330; zweifelnd bereits *Heermann* WRP 2016, 147, Rn. 30.
174 *Heermann* WuW 2018, 241 (246).
175 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).
176 I.Erg. ebenso *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (358).
177 S. stellvertr. die Sportschau-Dokumentation „Milliarden für Elite" im Januar 2021, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=kNvSW7bYa_I (zuletzt besucht am 7.2.2022); zu einem

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eher nicht in Europa, sondern zuletzt in den Vereinigten Staaten von Amerika, mitunter aber auch im arabischen Raum oder in Asien angesiedelt sein sollen, versprechen angeblich Milliardenbeträge, um die Gründung eine europäischen Super League anzuschieben, in der die Crème de la Crème des europäischen Clubfußballs unter sich wäre und sich international nurmehr mit Gegnern auf Augenhöhe messen würde. Das könnte ein durchaus einträgliches Geschäft sein, nicht nur für die beteiligten (und teils hochverschuldeten) Clubs, sondern auch für die Investoren. Die einzuführende Liga würde definitiv eine ernsthafte Konkurrenz zur UEFA Champions League sowie zur demnächst eventuell mit noch viel mehr Teilnehmern stattfindenden FIFA-Klub-Weltmeisterschaft darstellen.[178] Die etablierten Verbände FIFA und UEFA glaubten, ihre Claims hinsichtlich internationaler Fußballclubwettbewerbe sauber abgesteckt zu haben, und sehen ihr einträgliches Geschäftsmodell, das im Laufe der Zeit immer höhere Gewinne generiert hat, plötzlich gefährdet. In der Berichterstattung war zunächst unklar geblieben, ob die im Jahr 2021 geplante Super League im europäischen Fußball als gleichsam geschlossene Gesellschaft (*closed circle*) ausgestaltet werden sollte, ob sich zumindest einige Teilnehmer neben den gesetzten „üblichen Verdächtigen" von Saison zu Saison für die Aufnahme in die Liga hätten bewerben können (wie dies etwa seit Jahren in der Euroleague im Basketball praktiziert wird) oder ob doch ein sportlicher Auf- und Abstieg möglich sein sollte.[179] Diese Differenzierung hat – wie sich nachfolgend zeigen wird – Auswirkungen auf die kartellrechtliche Bewertung.[180]

Ohne die weiteren Planungen für die Einführung einer Super League unter Beteiligung der europäischen Top-Clubs abzuwarten, reagierten die etablierten internationalen Fußballverbände in eher ungewöhnlicher Weise, die Rückschlüsse auf die höchst angespannte Lage und die damit verbundenen Befürchtungen hin- 102

historischen Abriss der Planungen für die Errichtung einer europäischen Superliga im Fußball s. *Cukurov* 79–86 m.w.N.

178 Die Kannibalisierungseffekte, die im Basketball aus der Konkurrenz zwischen der privat betriebenen Euroleague und den von der FIBA betriebenen europäischen Basketballligen sowie Qualifikationsspielen für die FIBA Welt- und Europameisterschaften resultieren, zeigen anschaulich, welche Auswirkungen auf den sportlichen Wettbewerb, aber auch auf die Zuschauerpräferenzen die Gründung einer europäischen Super League im Fußball haben könnte; instruktiv *N. Horn* Zeit Online v. 28.4.2021 („Euroleague: Wo eine Superliga längst den Sport verändert hat").

179 In diese Richtung deuteten im Oktober 2021 dann schließlich die weiteren Pläne der Initiatoren der europäischen Super League im Fußball, vgl. Spiegel Online v. 15.10.2021 („Papier zum Neustart – So soll die Super League dieses Mal gelingen"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/super-league-gruender-legen-papier-vor-man-will-jetzt-alles-besser-machen-a-836383e1-e360-496d-b485-275339d57436 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

180 Im deutschsprachigen Schrifttum hat sich – allerdings bereits vor mehr als 20 Jahren – *Hellenthal* 134–153 reletiv knapp mit der kartellrechtlichen Bewertung einer solchen Superliga auseinandergesetzt; ausf. zuletzt *Cukurov* 142 ff., 242 ff. Allg. zu sog. *break away leagues Cattaneo/Parrish* Rn. 211–217; *Parrish/Miettinen* 211–215; *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 ff.; *Weatherill*, Principles, 2017, 282 f. Zu alternativen Ligen im Lichte der Entscheidungspraxis nationaler Kartellbehörden und nationaler staatlicher Gerichte vgl. *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (350–358) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sichtlich der eigenen Geschäftsmodelle zulässt. Mit folgendem Wortlaut erfolgte am 21.1.2021 eine Verlautbarung der FIFA und der sechs Konföderationen:[181]

> „Angesichts der jüngsten Medienspekulationen über die Einführung einer geschlossenen europäischen Super League durch einige europäische Vereine möchten die FIFA und die sechs Konföderationen (AFC, CAF, Concacaf, CONMEBOL, OFC und UEFA) noch einmal mit Nachdruck betonen, dass ein solcher Wettbewerb weder von der FIFA noch von der jeweiligen Konföderation anerkannt würde. Vereine oder Spieler, die an einem solchen Wettbewerb teilnehmen würden, dürften folglich an keinem von der FIFA oder der jeweiligen Konföderation organisierten Wettbewerb teilnehmen.
>
> Gemäß den Statuten der FIFA und der Konföderationen sind sämtliche Wettbewerbe durch das zuständige Organ auf der jeweiligen Ebene, durch die zuständige Konföderation auf kontinentaler Ebene oder durch die FIFA auf globaler Ebene zu organisieren oder anzuerkennen. Folglich anerkennen die Konföderationen die FIFA Klub-Weltmeisterschaft™ – im aktuellen und im künftigen Format – als einzigen globalen Klubwettbewerb, während die FIFA die durch die Konföderationen organisierten Klubwettbewerbe als die einzigen kontinentalen Klubwettbewerbe anerkennt.
>
> Universelle Grundsätze wie sportlicher Erfolg, Solidarität, Auf- und Abstieg sowie Subsidiarität, die das Fundament der Fussballpyramide bilden und als solche in den Statuten der FIFA und der Konföderationen verankert sind, garantieren den weltweiten Erfolg unserer Sportart. Seine lange und erfolgreiche Geschichte verdankt der Fussball diesen Grundsätzen. Die Teilnahme an globalen und kontinentalen Wettbewerben sollten sich die Teams immer auf dem Platz verdienen.
>
> Gianni Infantino, FIFA-Präsident
>
> Salman bin Ebrahim al-Khalifa, AFC-Präsident
>
> Constant Omari, geschäftsführender CAF-Präsident
>
> Vittorio Montagliani, Concacaf-Präsident
>
> Alejandro Domínguez, CONMEBOL-Präsident
>
> Lambert Maltock, OFC-Präsident
>
> Aleksander Čeferin, UEFA-Präsident“

103 Auffällig ist, wie sorgsam in der Verlautbarung die wirtschaftlichen Interessen der FIFA und ihrer Konföderationen zumindest sprachlich ausgeklammert wurden. Die Fußballverbände gingen offensichtlich davon aus, dass die geplante Super League ein geschlossener Wettbewerb sein würde, der von ihnen „anerkannt“ werden müsste. Damit knüpft die (kartell)rechtliche Bewertung der Gründung neuer Sportligen an die schon zuvor dargestellte Rechtsproblematik der Genehmigungsvorbehalte und Teilnahmeverbote in den Statuten der etablierten Sportverbände[182] an, was im Rahmen der weiteren Erwägungen zu berücksichtigen

181 Verlautbarung der FIFA und der sechs Konföderationen v. 21.1.2021, abrufbar unter https://de.fifa.com/who-we-are/news/verlautbarung-der-fifa-und-der-sechs-konfoderationen (zuletzt besucht am 7.2.2022).

182 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein wird. Die von den Fußballverbänden angesprochenen „universellen Grundsätze" gelten bislang zwar bezogen auf den Fußballsport, aber nicht „universell" bezogen auf sämtliche Sportarten. Die aufgelisteten Grundsätze sind in der Tat prägend für das europäische Sportmodell,[183] indes keineswegs für das nordamerikanische Sportmodell, welches durch die dortigen Major Leagues (NFL, NBA, MLB, NHL) repräsentiert wird.[184]

Die beiden Sportmodelle nähern sich tatsächlich in kleinen Schritten einander an, so dass bei der rechtlichen Bewertung auch die überaus spannenden Fragen eine Rolle spielen, ob und – wenn ja – inwieweit sowie unter welchen Voraussetzungen in Europa bei neu zu gründenden Sportligen von den Grundsätzen des traditionellen europäischen Sportmodells abgewichen werden kann. Die damit verbundenen Rechtsfragen sind indes überaus komplex, wurden bislang kaum diskutiert und können im Rahmen der nachfolgenden Betrachtungen daher allenfalls ansatzweise mit einbezogen werden. 104

Zur Veranschaulichung der Problematik wird wiederholt auf die Planungen einer Super League im europäischen Fußball Bezug genommen werden.[185] In der Nacht zum 19.4.2021 war die alsbaldige Umsetzung des Projekts einer europäischen Super League von zwölf europäischen Fußball-Topclubs offiziell bekanntgegeben worden. Aber schon zwei Tage später musste das Projekt nach Drohgebärden der UEFA, der FIFA[186] und zahlreicher nationaler Fußballligen, begleitet von erheblichen Fanprotesten insbesondere auf der britischen Insel,[187] nach dem Rückzug der sechs Clubs aus der Premier League wieder abgeblasen werden.[188] In der Fol- 105

183 → XIII. Rn. 33–61.

184 Zu den Unterschieden zwischen der deutschen Fußball-Bundesliga und den nordamerikanischen Major Leagues s. etwa *Heermann* CaS 2017, 191 (193 ff.).

185 Es gibt weitere Beispiele für Neugründungen von Sportligen, auf die hier jedoch nicht vertieft einzugehen sein wird. So ist etwa in Europa in der Saison 2021 eine European League of Football gestartet, in der – anders als der Name für einen Europäer vermuten lassen könnte – die Mannschaften der Ligamitglieder im American Football gegeneinander antreten; s. hierzu *Bach* SpoPrax 2022, 46 ff.

186 Die Drohungen reichten vom sofortigen Ausschluss der betreffenden Fußballclubs aus dem seinerzeit noch laufenden Wettbewerb der UEFA Champions League bis zur Nichtnominierung der für diese Clubs aktiven Spieler für ihre jeweiligen Nationalmannschaften. Inwieweit diese angedrohten Maßnahmen überhaupt rechtmäßig gewesen wären, soll hier nicht nachträglich hypothetisch analysiert werden. *Weatherill*, Blogbeitrag v. 21.4.2021 meint hierzu lediglich: „[…] it is impossible to predict with confidence exactly how far UEFA's autonomy of action is constrained by EU competition law. […] but one may think that sanctions imposed on clubs would be more readily shown to be necessary and therefore justified than sanctions imposed on individual players." Demgegenüber geht *Haug* SpoPrax 2021, 138 (140–143) mit beachtlichen Gründen davon aus, dass die Verbandsstatuten der UEFA, auf welche seinerzeit die angedrohten Sanktionen gestützt wurden, nicht mit Art. 101, 102 AEUV vereinbar sind.

187 Hierzu *Weatherill*, Blogbeitrag v. 21.4.2021: „The contempt directed at the owners of the twelve clubs involved in the breakaway has been torrential. Disdain for VAR unites football fans, but that unwelcome intrusion of technology into the frantic pace of a proper football match is a pimple alongside the wrecking ball arrogance of the SuperLeague."

188 FAZ v. 21.4.2021 („Nach nur zwei Tagen – Die Super League ist krachend gescheitert"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/super-league-ist-gescheitert-nach-protesten-im-fussball-17304361.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ge genehmigte die UEFA Wiedereingliederungsmaßnahmen für neun der an den Planungen einer Super League beteiligten Fußballclubs.[189] Gegen die übrigen drei Fußballclubs – Juventus Turin, Real Madrid und FC Barcelona – ermittelte die UEFA hingegen weiter in einem Disziplinarverfahren. Aufgrund einer Entscheidung des unabhängigen UEFA-Berufungssenats vom 9.6.2021 ist das Disziplinarverfahren gegen die drei genannten Fußballclubs wegen eines möglichen Verstoßes gegen UEFA-Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Projekt der sog. „Super League" ausgesetzt worden.[190] Zur Begründung ist auf einen Gerichtsbeschluss des Handelsgerichts Nr. 17 in Madrid vom 20.4.2021 mit Bezug auf die juristische Person „European Super League Company SL" verwiesen worden. Auf Vorlage des spanischen Gerichts wird nunmehr abgewartet, ob der EuGH (Rs. C-333/21) das Vorgehen der UEFA als Verstoß gegen Art. 101 und/oder 102 AEUV und/oder Art. 45, 49, 56 und/oder 63 AEUV einstufen wird.[191] Im September 2021 hat sich die UEFA schließlich auf Druck des spanischen Gerichts[192] entschlossen, das Verfahren gegen die drei abtrünnigen Clubs Juventus Turin, Real Madrid und FC Barcelona nicht weiter zu verfolgen.[193] In einem Papier zum Neustart einer europäischen Super League im Fußball haben die Gründungsmitglieder im Oktober 2021 klargestellt, dass sie eine Super League mit 20 Teams und eine zweite Liga mit ebenfalls 20 Teams planen, für die sich alle Clubs qualifizieren könnten.[194] Die UEFA versucht inzwischen auch auf politischer Ebene, Rückenwind für ihre strikt ablehnende Haltung gegenüber der Einführung einer europäischen Super League zu erhalten. Zunächst kündigte die UEFA am 21.5.2021 an, eine „Konvention zur Zukunft des europäischen Fußballs" auf den Weg bringen zu wollen.[195] Zu diesem Zweck sollten Vertreter der National-

189 S. hierzu *UEFA*, Pressemitteilung v. 7.5.2021 („UEFA genehmigt Wiedereingliederungsmaßnahmen für neun der an der sogenannten ‚Super League' beteiligten Klubs"). Die dabei festgelegten Vertragsstrafen in Höhe von 100 Mio. € pro Club im Falle der Teilnahme an einem nicht von der UEFA autorisierten Wettbewerb verstoßen nach *Haug* SpoPrax 2021, 138 (143) gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.

190 S. hierzu *UEFA*, Pressemitteilung v. 10.6.2021 („Disziplinarverfahren gegen FC Barcelona, Juventus Turin und Real Madrid ausgesetzt").

191 Das Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid (Spanien) einschließlich der Vorlagefragen v. 27.5.2021 ist abrufbar unter https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=246272&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Vorausgegangenen war die Entscheidung des Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid (Spanien), 11.5.2021 – Az. 150/2021, SpuRt 2021, 340–344 – European Super League Company S.L./UEFA und FIFA (inoffizielle deutsche Übersetzung).

192 Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid (Spanien), 20.9.2021 – Az. 150/2021, SpuRt 2021, 344 – European Super League Company S.L./UEFA und FIFA (inoffizielle deutsche Übersetzung).

193 Stellungnahme der UEFA gegenüber den Medien v. 27.9.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026d-1359b7816bec-453c4eed35c1-1000--stellungnahme-der-uefa-gegenuber-den-medien/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

194 Spiegel Online v. 15.10.2021 („Papier zum Neustart – So soll die Super League dieses Mal gelingen"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/super-league-gruender-legen-papier-vor-man-will-jetzt-alles-besser-machen-a-836383e1-e360-496d-b485-275339d57436 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

195 S. zu weiteren Details *UEFA*, Pressemitteilung v. 21.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbände, Ligen und Fußballclubs sowie Spieler, Coaches, Fans und Spielervermittler zusammengebracht werden, um langfristige sportpolitische und Governance-Reformen zu erörtern. Die UEFA beabsichtigt hiermit, den Wiederaufschwung und die Zukunft des europäischen Fußballs gemeinsam mit den wichtigsten Akteuren nachhaltig und inklusiv zu gestalten. Der Verband war mit seinen Bemühungen insoweit erfolgreich, als die Mitglieder des Europäischen Parlaments am 23.11.2021 in einer Entschließung zur EU-Sportpolitik das Abspaltungsvorhaben ausdrücklich abgelehnt haben.[196] Am 30.11.2021 verabschiedeten die Sportminister der EU eine Entschließung des Rates der EU zum europäischen Sportmodell.[197] Dabei sprach sich der Rat u.a. gegen geschlossene Wettbewerbe wie die Gründung einer europäischen Super League aus. Schließlich verabschiedete die Parlamentarische Versammlung des Europarats am 26.1.2022 eine Entschließung und verurteilte darin ebenfalls u.a. den gescheiterten Abspaltungsversuch einer europäischen Super League.[198] An all diese Stellungnahmen und rechtlichen Einschätzungen sind aufgrund des natürlich auch in der EU geltenden Gewaltentrennungsprinzips die Richter am EuGH bei ihrer Entscheidungsfindung freilich nicht gebunden. Sie belegen indes eindrucksvoll, wie effektiv die UEFA bei Bedarf ihre Vorhaben zumindest auf der politischen Ebene zu verfolgen weiß.

Wie die Erfahrung von über zwei Jahrzehnten lehrt, dürfte damit die Idee einer europäischen Super League als Konkurrenzveranstaltung zur UEFA Champions League noch lange nicht in Frieden ruhen. Die Möglichkeit der Gründung einer von der UEFA und FIFA rechtlich völlig unabhängigen Fußballliga werden die Fußballverbände nicht verhindern können, wenn die betreffenden Fußballclubs, den Verlockungen des ganz großen Geldes folgend, dies tatsächlich wollen.[199] 106

Wenn nachfolgend immer wieder an das Projekt einer europäischen Super League im Fußball angeknüpft werden wird, weil es schon mehrfach vor der praktischen Umsetzung zu stehen schien, so können die entsprechenden Erwägungen freilich auf jede Neugründung einer Sportliga übertragen werden. Ausgeblendet wird im Folgenden hingegen die Frage, ob in Europa einzuführende oder bereits bestehende transnationale Sportligen mit dem Unionsrecht vereinbar sind.[200] 107

196 *UEFA*, Pressemitteilung v. 23.11.2021 („UEFA begrüßt Entschließung des Europäischen Parlaments zur EU-Sportpolitik").

197 *UEFA*, Pressemitteilung v. 30.11.2021 („Stärkung des UEFA-Governance-Modells durch die EU-Sportminister").

198 *UEFA*, Pressemitteilung v. 26.1.2022 („UEFA begrüßt Unterstützung des Europarats für Modell des europäischen Fußballs").

199 → XIII. Rn. 114–119.

200 So erblicken *Cherkeh/Daumann/Renz* CaS 2021, 174 ff. aus rechtlicher, aber auch sportökonomischer Perspektive in dem in Europa vorherrschenden Prinzip rein nationaler Fußballligen, letztlich Ausfluss des sog. Ein-Platz-Prinzips (→ XIII. Rn. 62–72), das die Einrichtung transnationaler Fuß-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung)

108 Wie sich in den beiden unmittelbar nachfolgenden Abschnitten zeigen wird, sind die bei der Neugründung einer Sportliga denkbaren Gestaltungsvarianten vielfältig, was mit einer gewissen Komplexität der damit verbundenen kartellrechtlichen Problemfelder einhergeht. Eine solche Neugründung ist jedoch strukturell nicht vergleichbar mit verschiedenen statutarischen Regelungen der Sportverbände, mit denen bestimmte Ziele der Sports Governance verfolgt werden – wie im vorliegenden Zusammenhang etwa die Erschwerung solcher Neugründungen durch die etablierten Sportverbände durch Genehmigungsvorbehalte, Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte.[201] Daher kann im Hinblick auf die Ausgangsproblematik hier keine vorläufige rechtliche Einordnung zu den eingangs[202] herausgearbeiteten Prüfungsaspekten vorgenommen werden. Vielmehr sollen nachfolgend zunächst zentrale Rechtsfragen solcher Neugründungen identifiziert werden, um sodann die Wahrscheinlichkeit des Auftretens kartellrechtlicher Probleme zu beleuchten.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Vereinbarkeit geschlossener Sportligen mit Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV

109 Der Aspekt der Offenheit sportlicher Wettbewerbe einschließlich eines Relegationssystems wurde nicht nur in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 als ein Charakteristikum des Europäischen Sportmodells ausdrücklich angesprochen.[203] Vielmehr zählt seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 gem. Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV zu den Zielen der Europäischen Union auch die „Förderung […] der Offenheit von Sportwettkämpfen und der Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen". Wie bereits zuvor herausgearbeitet worden ist,[204]

---

ballligen als Gegenpol zu den großen Fußballligen in England, Deutschland, Spanien, Italien und Frankreich verhindere, eine nicht zu rechtfertigende und unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung; ähnl. zuvor schon *Renz* 212 ff. Die zweifelbehaftete Begründung blendet die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, insbesondere das grundlegende *Walrave und Koch*-Urteil des EuGH zur Diskriminierung aufgrund der Nationalität im Sport (→ V. Rn. 8–21), völlig aus und unterstellt, dass eine Vereinbarung der „most powerful and biggest leagues and their associations" mit dem Ziel vorliege, „to maintain market size advantage over smaller competitors". Die naheliegende Zielsetzung, mit nationalen Fußballligen die Ermittlung nationaler Fußballmeister zu gewährleisten, bleibt unerwähnt.

201 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

202 → XIII. Rn. 13–31.

203 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.1.; zum Wortlaut → XIII. Rn. 34.

204 → XIII. Rn. 44–48.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen diese Umstände der Gründung und dem Betrieb geschlossener Sportligen ohne Relegationssystem im Grundsatz nicht entgegen.

(2) Weitere Rechtsfragen

Für die rechtliche Bewertung der Gründung neuer Sportligen mit (teilweise) geschlossenem oder offenem Teilnehmerfeld sind weitere Rechtsfragen von zentraler Bedeutung, die größtenteils in vorangehenden oder nachfolgenden Abschnitten vertieft worden sind oder noch vertieft werden: 110

- Sind etwaige Genehmigungsvorbehalte sowie Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte in den Statuten des etablierten Sportverbandes kartellrechtskonform?[205]
- Verstößt der Gründungsvertrag, der auf die Einrichtung einer Superliga gerichtet ist, gegen das Kartellverbot i.S.d. Art. 101 AEUV[206] oder begründet er den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV[207]?
- Verfügt die neue Liga über eine marktbeherrschende Stellung?[208]
- Kann die Verweigerung der Aufnahme weiterer Mitglieder in eine neu gegründete geschlossene Liga als Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. b) AEUV[209] oder gegen die Grundsätze der *essential facilities*-Doktrin[210] gewertet werden?
- Können die von einer neuen Sportliga geplante zentrale Vermarktung der Medienrechte sowie die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden?[211]

Insbesondere diese Rechtsfragen müssen vor einer abschließenden rechtlichen Bewertung der Pläne für die Gründung oder für den Betrieb einer (teilweise) geschlossenen Sportliga anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls geklärt werden, so dass verallgemeinernde Aussagen des Schrifttums zur rechtlichen Zulässigkeit geschlossener Sportligen nicht leichtfertig übernommen werden sollten. Dieses Phänomen sei anhand einer relativ knappen, indes nicht abschließenden 111

205 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

206 So *Cukurov* 243–273 im Hinblick auf die Einführung einer exklusiven und geschlossenen Superliga im europäischen Fußball; dabei gelangt *Cukurov* 249–273 auf der Basis komplexer Berechnungen zu dem Ergebnis, dass eine solche Liga nicht zu einer deutlichen Verbesserung der *competitive balance* im europäischen Clubfußball beitragen würde.

207 In diesem Sinne *Cukurov* 274–277 im Hinblick auf die Einführung einer exklusiven und geschlossenen Superliga im europäischen Fußball.

208 → VII. Rn. 1–37 m.w.N. Im Hinblick auf die Einführung einer exklusiven und geschlossenen Superliga im europäischen Fußball eine marktbeherrschende Stellung der neuen Liga auf dem relevanten „Markt für die Veranstaltung und Vermarktung europäischer Fußball-Superligen" bejahend *Cukurov* 274–277; aber kann es überhaupt mehrere *Super*ligen im europäischen Fußball geben?

209 S. zu dieser Tatbestandsvariante stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs* Art. 102 AEUV Rn. 321–330 m.w.N.

210 S. zu dieser Fallgruppe stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs* Art. 102 AEUV Rn. 331–341; *Mestmäcker/Schweitzer* § 19 Rn. 52 ff., jew. m.w.N.

211 → XIII. Rn. 709–880 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtlichen Bewertung geschlossener Sportligen durch *Pijetlovic*[212] veranschaulicht (Hervorhebung durch *Verfasser*):

> „Access to the alternative league for clubs and athletes should be based on objective, clearly defined, non-discriminatory and transparent criteria. **It would be hard to legally defend any closed league structure if challenged by the aspiring entrant or the federations concerned.** [Fn. 47: *Parrish/Miettinen* 213] **The league that consists of all European elite clubs will likely give rise to a collectively dominant position held by those clubs, and a dominant position as regards the organiser of such league.** [Fn. 48: *Pijetlovic* 303–308] As such, these undertakings should not allow their conduct to impede the inherent competitive structure of the market. It should be kept in mind that every assessment of competition issues is very dependent on the facts of the case, structure of the market und characteristics of the sport concerned."

112 Es trifft zwar zu, dass eine geschlossene europäische Super League sich Aufnahmeansprüchen nicht berücksichtigter Top-Clubs aus den nationalen Ligen in Europa ausgesetzt sehen kann. Diese Möglichkeit scheidet indes von vornherein aus, wenn es sich bei der Super League um eine sog. *single entity* handeln sollte.[213] Ein Aufnahmeanspruch würde im Übrigen voraussetzen, dass die Super League über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und damit für eine Mitwirkung in dieser Liga aus der Perspektive der Marktgegenseite (Clubs und auch deren Spieler) keine Substitute vorhanden sind. Es müsste also geklärt werden, ob tatsächlich keine anderen Sportligen existieren, die von Clubs und Spielern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden könnten. Dies ist hinsichtlich einer europäischen Super League im Fußball im Vergleich zu den Ligawettbewerben der UEFA in Abrede gestellt worden.[214] Auch diese Frage wird man kaum pauschal beantworten können, vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Dürfen etwa Fußballclubs, die zum exklusiven Kreis der Mitglieder in der europäischen Super League zählen, parallel in ihren nationalen Sportligen antreten[215] oder nicht?[216] Das wirkt sich nicht nur auf die erzielbaren Erlöse der Fußballclubs, sondern auch auf die Gehälter der Spieler aus. Bei letzteren ist zudem zu berücksichtigen, ob sie infolge der Teilnahme an der Super League von ihren jeweiligen Landesverbänden überhaupt noch in die Nationalmannschaft berufen werden (dürfen). Es zeigt sich also, dass *Pijetlovic*' rechtliche Einschätzung von verschiedenen unbekannten Variablen abhängt, die dem zu beurteilenden Sachverhalt jeweils eine andere Prägung geben können, was letztlich auch auf die kartellrechtliche Bewertung ausstrahlt. Die Problematik soll im unmittelbar anschließenden Abschnitt

212 *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (339).
213 Zu dieser Konstellation → XIII. Rn. 114–116 m.w.N.
214 So *Hellenthal* 135 f. („Eine Europaliga und die UEFA-Wettbewerbe eignen sich nicht gleichermaßen zur Befriedigung der finanziellen Bedürfnisse der Vereine."), 144–146 (relevanter Markt) und 148 f. (geschlossene Liga kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung).
215 Zu dieser Konstellation → XIII. Rn. 120–123.
216 Zu dieser Konstellation → XIII. Rn. 117–119.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anhand verschiedener, natürlich nicht abschließend aufgelisteter denkbarer Szenarien aus kartellrechtlicher Perspektive gedanklich „durchgespielt" werden.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Weatherill[217] hat bereits festgestellt, 113

> „that governing bodies that use their regulatory power to suppress the emergence of competing competitions are likely to violate EU law."

Diese rechtliche Bewertung wird jedoch der breiten Vielfalt denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten für die Einführung einer neuen Sportliga[218] nicht gerecht. Die nachfolgenden Erwägungen können die Thematik sicherlich nicht abschließend behandeln, verdeutlichen jedoch, dass eine differenzierte Betrachtung erforderlich ist. Dabei werden letztlich sechs Szenarien entworfen, obgleich sicherlich noch weitere ersonnen werden könnten. Aber schon diese sechs Konstellationen veranschaulichen, wie deutlich sich geringfügig anmutende Modifikationen bei der Gestaltung und Gründung einer neuen Sportliga auf die kartellrechtliche Bewertung auswirken können.

Erstes Szenario: Eine neue Sportliga soll als geschlossene Liga ohne (verbands)rechtliche Anbindung auch der teilnehmenden Clubs und Spieler an den etablierten Sportverband eingeführt werden. Zudem ist die Liga als *single entity*[219] ausgestaltet. 114

Vermutlich wird dieses Szenario nur graue Theorie bleiben und allenfalls für eine völlig neue, gleichsam am Reißbrett entworfene Liga in Betracht kommen, die nicht bereits etablierte Sportclubs als Ligamitglieder gewinnen will. Denn diese wären andernfalls gezwungen, ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit vollständig aufzugeben, was etwa im Hinblick auf die Top-Clubs im europäischen Fußball völlig unrealistisch anmutet. 115

Gleichwohl wäre ein solches Modell durchaus reizvoll, weil dadurch das kartellrechtliche Gefahrenpotential minimiert werden könnte. Da es sich bei der neuen Liga letztlich nur um ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne handeln würde, schiede eine Anwendung des Kartellverbotstatbestandes i.S.d. Art. 101 AEUV aus. Eine *single entity* müsste jedoch das Verbot des Missbrauchs einer marktbe- 116

217 *Weatherill*, Principles, 2017, 282.

218 S. hierzu auch *Cukurov* 88–90, der sich bei seiner kartellrechtlichen Untersuchung allein an einer exklusiven und geschlossenen Superliga im europäischen Fußball orientiert. Eine solche wird von den Gründungsmitgliedern einer solchen Liga – Real Madrid, FC Barcelona und Juventus Turin – zumindest seit Oktober 2021 offensichtlich nicht mehr verfolgt; vgl. Spiegel Online v. 15.10.2021 („Papier zum Neustart – So soll die Super League dieses Mal gelingen"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/super-league-gruender-legen-papier-vor-man-will-jetzt-alles-besser-machen-a-836383e1-e360-496d-b485-275339d57436 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

219 → IX. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

herrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV beachten. Ob eine verweigerte Aufnahme und Integration weiterer Clubs an Art. 102 Satz 2 lit. b) AEUV gemessen werden könnte, hinge sodann von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Anwendung der Grundsätze der *essential facilities*-Doktrin schiede regelmäßig aus, solange den aufnahmewilligen Sportclubs – wie regelmäßig – noch Betätigungsalternativen innerhalb der Ligastrukturen der etablierten nationalen und internationalen Sportverbände offenständen. Schließlich wäre wegen des sog. Konzernprivilegs[220] auch eine zentrale Vermarktung der Medienrechte an den Ligaspielen im Lichte von Art. 101 Abs. 1 AEUV unbedenklich.

117 Zweites Szenario: Dieses Szenario entspricht dem ersten Szenario, außer dass die neue Liga nicht als *single entity* eingestuft werden kann.

118 Dieses Szenario ist zwar denkbar, wird aber von den Planern einer neuen Super League im europäischen Fußball bislang offensichtlich nicht beabsichtigt. Denn zumindest die teilnehmenden Clubs und Spieler sollen verbandsrechtlich an die jeweiligen nationalen Ligen und auch an die FIFA sowie deren Konföderationen (z.B. UEFA) angebunden bleiben (hierzu sogleich Drittes Szenario), damit insbesondere eine Teilnahme an den nationalen Ligen sowie eine Teilnahme der Spieler an Welt- oder Kontinentalmeisterschaften im Fußball möglich bleiben.

119 Zunächst wäre Art. 101 AEUV auf die möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zur Gründung einer europäischen Super League im Grundsatz anwendbar. Wenn eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden könnte, hinge es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob sie nach dem *Meca-Medina*-Test (Anwendbarkeit zumindest zweifelhaft) oder gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden könnte. Kartellrechtliche Bedenken ergäben sich zudem, sofern die geschlossene Liga einen Monopolverband darstellen würde (eher unwahrscheinlich, solange für Fußballclubs zumutbare Ausweichmöglichkeiten etwa in der UEFA Champions League bestehen), weil sodann möglicherweise ein Aufnahmeanspruch zugunsten weiterer Fußballclubs bestände. Selbst bei Annahme einer Monopolstellung der neuen Liga wäre ein Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. b) AEUV aber unwahrscheinlich, weil die Liga keine wesentliche Einrichtung im Sinne der *essential facilities*-Doktrin wäre und natürliche Kapazitätsgrenzen geltend machen könnte. Die aus einer geplanten zentralen Vermarktung der Medienrechte resultierende Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV ließe sich jedoch wahrscheinlich nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen, sofern wegen der fehlenden verbandsrechtlichen Anbindung der neuen Liga an den etablierten Sportverband vertikale Solidaritätsmaßnahmen etwa zugunsten des Amateurfußballs im Allgemeinen und der ausbildenden Fußballclubs im Besonderen unterblieben. Denn dann würde die neue Liga ohne eigenen verbands-

220 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer* Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 35 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtlichen Unterbau letztlich zur eigenen Profitmaximierung hinsichtlich der ausgewählten Top-Clubs und Spieler eine „Rosinenpickerei" zulasten der jeweiligen nationalen Sportverbände und der jeweiligen nationalen Ligen betreiben. Wenn die ausgewählten Top-Clubs ihren Unterbau im Amateur- und Jugendbereich innerhalb der nationalen Verbandsstrukturen belassen würden, was durchaus wahrscheinlich wäre, würde dies letztlich zu einer weitgehenden Sozialisierung der finanziellen (Ausbildungs-)Lasten sowie einer Individualisierung der im Profibereich erzielbaren Gewinne führen. Unter diesen Voraussetzungen ließe sich trotz eines (hier zu Vereinfachungszwecken unterstellten) Zusatznutzens der neuen Sportliga für Medienanbieter und die sportaffinen Endkunden in den Stadien oder vor den Bildschirmen letztlich per Saldo kaum eine Effizienzsteigerung nachweisen.

Drittes Szenario: Eine neue Sportliga soll als geschlossene Liga mit (verbands)rechtlicher Anbindung zumindest der teilnehmenden Clubs und Spieler an die etablierten (inter)nationalen Sportverbände eingeführt werden. Dadurch sollen den teilnehmenden Clubs und Spielern innerhalb der bestehenden Sportverbandsstrukturen weiterhin die Teilnahme zumindest am nationalen Ligaspielbetrieb und den Spielern darüber hinaus eine Berufung in ihre jeweilige Nationalmannschaft und damit die Teilnahme an Welt- oder Kontinentalmeisterschaften ermöglicht werden.[221] 120

Dieses Szenario ist gleichfalls denkbar, wird von den Planern einer Super League im europäischen Fußball einstweilen aber wohl nicht beabsichtigt. Denn von vornherein sollten einige Plätze in der Super League von Jahr zu Jahr neu vergeben werden, wenngleich vermutlich nicht allein nach sportlichen Kriterien. Inzwischen denken die Planer über die Einführung zweier europäischer Ligen mit jeweils 20 Ligamitgliedern sowie eines Relegationsmodells nach.[222] 121

Zunächst gelten die kartellrechtlichen Erwägungen zum zweiten Szenario entsprechend. Indes würde bei Vorliegen vertikaler Solidaritätsmechanismen die Wahrscheinlichkeit steigen, dass die zentrale Vermarktung der Medienrechte nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden könnte. Offen bleibt die Frage, wie sich der Umstand, dass es an einer „Offenheit" der Super League gem. Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV mangelt, auf die im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV vorzunehmenden rechtlichen Abwägungen auswirken würde. Da- 122

221 *Cukurov* 88–90 legt allein diese, von den Gründern einer europäischen Super League wohl nicht (mehr) verfolgte Konstellation seiner monographischen Studie zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Superligen im Fußball zugrunde, wobei zudem unklar bleibt, ob und wie die Anbindung an die UEFA sowie die nationalen Fußballligen ausgestaltet sein soll.

222 Spiegel Online v. 15.10.2021 („Papier zum Neustart – So soll die Super League dieses Mal gelingen"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/super-league-gruender-legen-papier-vor-man-will-jetzt-alles-besser-machen-a-836383e1-e360-496d-b485-275339d57436 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rüber hinaus könnten sich rechtliche Bedenken ergeben, falls der etablierte Sportverband über kartellrechtskonforme Teilnahmeverbote und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte verfügen sollte und die neue Liga an den Start gehen sollte, obgleich Teilnahmeerlaubnisse für die Clubs und Spieler nicht vorliegen.

123 Falls eine verbandsrechtliche Anbindung der neuen Liga an den etablierten Sportverband geplant sein sollte, müsste geprüft werden, ob letzterer über kartellrechtskonforme Regelungen für einen Genehmigungsvorbehalt verfügt. Im Hinblick auf Art. 49 UEFA-Statuten (Ausgabe 2000) ist aber schon auf den ersten Blick fraglich, ob hierdurch ein objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes Zulassungsverfahren[223] begründet wird,[224] wobei diese Frage hier nicht vertieft werden soll.[225]

124 Viertes Szenario: Dieses Szenario entspricht dem dritten Szenario, außer dass die neue Sportliga nicht als geschlossene, sondern als teilweise offene Liga eingeführt werden soll.

125 Eine Umsetzung dieses Szenarios wurde von den Planern der Super League im Jahr 2021 anscheinend favorisiert, weil einige Plätze in der neuen Liga jährlich neu vergeben werden sollten, wobei das konkrete Verfahren (vermutlich Relegationsmodell) noch nicht endgültig festzustehen schien.

126 Die kartellrechtlichen Erwägungen zum dritten Szenario gelten entsprechend. Eine Modifikation ergibt sich allein aus dem Umstand, dass die „Offenheit" der Super League gem. Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV (falls eine solche trotz der nur teilweisen und eventuell nicht allein an sportliche Kriterien gebundenen „Offenheit" anerkannt werden sollte) sich zugunsten der Liga positiv auf die gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV vorzunehmenden rechtlichen Abwägungen auswirken könnte.

127 Fünftes Szenario: Dieses Szenario entspricht dem vierten Szenario, außer dass die neue Sportliga nicht als teilweise offene, sondern insgesamt als offene Liga eingeführt werden soll. Von Saison zu Saison sollen also die jeweiligen Teilnehmer

223 Zu diesen Voraussetzungen → XIII. Rn. 89 f. m.w.N.

224 Vor diesem Hintergrund bedarf nachfolgend zitierte Feststellung von *Weatherill*, Principles, 2017, 283 zumindest der Relativierung: „So, in contrast to the majority of the issues examined in this book, sport governing bodies would be relying on EU law to defend themselves from attack, rather than acting as the parties subject to an attack sourced in EU law."

225 Zur Kartellrechtskonformität von Art. 49 UEFA-Statuten ausf. *Pijetlovic* 237–310. Allerdings konnte in dieser im Jahr 2015 veröffentlichten Studie die zuvor schon beschriebene Problematik der von Sportverbänden verbreitet verwendeten, (kartell)rechtlich in vielfacher Hinsicht bedenklichen Zugangsbeschränkungen (ausf. hierzu → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.) nicht berücksichtigt werden, deren Diskussion erst später durch EU-Komm. 8.12.2017, AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility rules (→ VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8) ausgelöst worden ist. Unter Berücksichtigung der letztgenannten Entscheidung von einer Unvereinbarkeit der Art. 49 Abs. 3, 51 Abs. 1 UEFA-Statuten mit Art. 101, 102 AEUV ausgehend *Cukurov* 142–241; *Haug* SpoPrax 2021, 138 (140–143).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an dem Ligawettbewerb nach bestimmten Kriterien, die nicht zwangsläufig allein sportlicher Natur sind, ermittelt werden.

Eine Super League ohne eine gewisse Anzahl fest gesetzter Teilnehmer ist zwar denkbar, wird von den Planern der Super League indes nicht beabsichtigt. Es gelten die Ausführungen zum vierten Szenario entsprechend. 128

Sechstes Szenario: Keines der zuvor beschriebenen Szenarien wird letztlich tatsächlich umgesetzt. Stattdessen dienen die publik gewordenen Planungen zur Gründung einer neuen Sportliga in Konkurrenz zu den vom etablierten Sportverband verantworteten Ligen allein als Drohkulisse. Dadurch soll der etablierte Sportverband zu einem weiteren wirtschaftlichen Entgegenkommen insbesondere gegenüber den angeblich abwanderungswilligen Top-Clubs bewegt werden. 129

Hierbei handelt es sich aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit[226] zumindest einstweilen um das wahrscheinlichste Szenario. Bislang ist die UEFA in vergleichbaren Situationen nach Ausübung entsprechenden Drucks durch die europäischen Top-Clubs diesen wiederholt schrittweise entgegengekommen, indem entweder die Zahl der an den europäischen Ligen teilnehmenden Clubs erhöht und/oder den sportlich führenden nationalen Fußballligen mehr Startplätze zugesprochen und/oder insbesondere in der UEFA Champions League die Antritts- und Siegprämien deutlich in die Höhe geschraubt worden sind.[227] 130

Und so war es auch wieder im Jahr 2021. Die UEFA beschloss eine grundlegende Reform der UEFA Champions League ab der Saison 2024/25, die sich stark vereinfachend folgendermaßen zusammenfassen lässt: Mehr teilnehmende Clubs, mehr Spiele insgesamt und für die teilnehmenden Clubs, noch mehr Geld für alle Beteiligten.[228] Diese Reform war im Vorfeld von verschiedenen Seiten teils heftig kritisiert worden. Aber das Timing für das Abstimmungsprozedere für diese Reform innerhalb der UEFA war perfekt, weil sich gleichzeitig die ganze mediale Aufmerksamkeit auf die zwölf europäischen Fußballclubs („*dirty dozen*“) richtete, die kurz zuvor die Gründung einer europäischen Super League bekanntgegeben hatten. Nachdem sich dieses Vorhaben zerschlagen hatte, war die Reform der UEFA Champions League beschlossene Sache und die UEFA stand in der (Fußball-)Öffentlichkeit gar als Retter der europäischen Fußballkultur da, während all die vorangegangene Kritik an der Reform der UEFA Champions League vergessen schien. Fast hätte man denken können, das Projekt einer europäischen Super League sei in diesem Fall nur ein geschickt eingefädeltes 131

226 S. stellvertr. *Parrish/Miettinen* 211–215 m.w.N.

227 Noch drastischer *Weatherill,* Blogbeitrag v. 21.4.2021: „Alterations made periodically to the structure of its principal and most lucrative club competition, the Champions League, have favoured the interests of the richest and most successful clubs and, in a macabre dance, those changes have typically followed those clubs' well-briefed grumbling and plotting.“

228 Zu den Details vgl. *UEFA*, Pressemitteilung v. 20.4.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ablenkungsmanöver gewesen. Aber die Idee einer europäischen Super League im Fußball lebt weiter.[229] Unklar bleibt einstweilen, welche Rolle die FIFA bei diesen Verteilungskämpfen spielt(e), weil deren Präsident *Gianni Infantino* begierig darauf zu sein scheint, künftig unter dem Dach der FIFA eine von externen, bislang unbekannten Geldgebern finanzierte und im Vergleich zum *Status quo* hinsichtlich Teilnehmerzahl und finanzieller Attraktivität deutlich aufgewertete FIFA-Klub-Weltmeisterschaft durchzuführen.

c) Nominierungsverfahren für einen Sportwettbewerb

aa) Ausgangsproblematik

132 Im Vorfeld großer Sportereignisse wie insbesondere der Olympischen Spiele kommt es regelmäßig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, weil Athleten behaupten, zu Unrecht nicht für einen zumeist internationalen Sportwettkampf nominiert worden zu sein. Vielfach bietet sich für die übergangenen Sportler nur einmal im Leben die Chance zur Teilnahme an dem betreffenden Wettbewerb. Daher ist nachvollziehbar, dass sie nach oftmals jahrelanger und letztlich erfolgloser sportlicher Vorbereitung auf den (oder einen) Karrierehöhepunkt zum letzten Strohhalm greifen und sich gegen eine unterbliebene Nominierung für das betreffende Sportevent auf dem verbandsinternen Rechtsweg und schließlich auch vor staatlichen Gerichten zur Wehr setzen.

133 Die entsprechenden Nominierungsverfahren[230] führen zu Entscheidungen, die auf Nominierungskriterien beruhen, die je nach Sportverband höchst unterschiedlich ausgestaltet sein können.[231] Dies ist nicht der Ort, um das gesamte Nominierungsverfahren – z.B. den Anspruch auf Erlass von Nominierungsrichtlinien,[232]

229 So auch *Weatherill,* Blogbeitrag v. 21.4.2021: „*This* Super League is dead. But the idea behind it and the people who drove it are not. A breakaway league in European football is the creature that will not die." Dies haben auch die letztlich verbliebenen drei Gründungsmitglieder, die sich nicht zwischenzeitlich mit der UEFA arrangierten hatten (Real Madrid, FC Barcelona, Juventus Turin), in der Folge öffentlich kundgetan; vgl. stellvertr. Spiegel Online v. 8.5.2021 („Super-League-Gründer wehren sich gegen Uefa-Drohungen"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/super-league-real-madrid-fc-barcelona-und-juventus-turin-wehren-sich-gegen-uefa-drohungen-a-bdb21724-6a24-4994-b8d0-fa9a80e6b9a4 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

230 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 262 ff., zudem mit einer chronologischen Auflistung einschlägiger gerichtlicher Verfahren in Rn. 277–299 m.w.N.; vgl. zur Nominierung von Sportlern außerdem PHB VereinsR/*Jakob* § 2 Rn. 1027–1128 m.w.N.

231 Zu weit geht *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (807) mit folgender Feststellung: „Überprüfbare und transparente Nominierungsrichtlinien auf der Ebene der Fachverbände sind weiterhin die Ausnahme." Denn erstens sind bislang noch sämtliche Nominierungsrichtlinien, die Gegenstand eines Rechtsstreits geworden sind, im Bedarfsfall gerichtlich überprüft worden. Zweitens ist es bislang zumeist weniger die Transparenz der Nominierungsrichtlinien als solcher, sondern es sind vielmehr einzelne ihrer Kriterien gewesen, deren Anwendung und Umsetzung zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben.

232 *Walker* in Walker, 2013, 43 (44 f.) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die rechtlichen Grundlagen der Nominierungsrichtlinien[233] oder ihre inhaltliche Gestaltung[234] sowie den Nominierungsanspruch[235] – im Detail zu beleuchten. Vielmehr soll der Fokus auf verschiedene, gleichermaßen praxisrelevante wie rechtlich umstrittene Aspekte gerichtet werden. Dabei wird sich zeigen, dass die bereits zuvor entwickelten Grundzüge des *Meca-Medina*-Tests[236] – anders als bislang geschehen – auch bei der rechtlichen Überprüfung von Nominierungsrichtlinien und -entscheidungen in konstruktiver Weise eingesetzt werden können.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[237]

Regelmäßig enthalten Verbandsstatuten mehr oder weniger detaillierte Nominierungsrichtlinien, die die rechtliche Grundlage für konkrete Nominierungsentscheidungen bilden. Die (Nicht-)Nominierung für einen bestimmten Sportwettkampf ist dabei nur bedingt vergleichbar mit Genehmigungsvorbehalten eines Sportverbandes hinsichtlich etwaiger Konkurrenzveranstalter oder -verbände sowie mit hieran anknüpfenden Teilnahmeverboten oder Teilnahmeerlaubnisvorbehalten für die verbandsunterworfenen Sportler.[238] Denn in letztgenannten Konstellationen sind die Außenbeziehungen eines Sportverbandes und seiner (un)mittelbaren Mitglieder gegenüber verbandsunabhängigen Dritten betroffen. Demgegenüber beziehen sich Nominierungsverfahren grundsätzlich auf verbandsinterne und rein inländische Sachverhalte, die hierzulande vorrangig das deutsche Recht betreffen. Damit wäre zwar eine rechtliche Prüfung der umstrittenen Nominierungsrichtlinien anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. § 1 GWB denkbar. Aber üblicherweise knüpfen Nominierungsstreitigkeiten an eine konkrete Nominierungsentscheidung eines nationalen Sportverbandes mit einer Monopolstellung auf dem Markt für die Nominierung von Athleten für bestimmte internationale Sportwettkämpfe an, so dass in der Praxis bislang eine kartellrechtliche Prüfung insbesondere nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bevorzugt worden ist.[239] 134

Bei Nominierungsrichtlinien liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen oder -maßnahmen mit der Organisation und dem ord- 135

233 *Heermann* in Walker, 2013, 9 (12–14) m.w.N.
234 *Heermann* in Walker, 2013, 9 (14–34) m.w.N.
235 *Walker* in Walker, 2013, 43 (46 ff.) m.w.N.
236 → VI. Rn. 164–385 m.w.N.
237 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.
238 → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.
239 S. stellvertr. OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 25 – Katharina Molitor; LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322 f.) – Beach-Volleyballerinnen. Der Anwendungsbereich des Missbrauchstatbestandes ist bei Nominierungsentscheidungen regelmäßig eröffnet, ohne dass es eines Rückgriffs auf die *essential facilities*-Doktrin bedarf, zumal sehr zweifelhaft ist, ob die „Struktur der Veranstaltung von Sportwettbewerben […] für den professionellen Athleten eine wesentliche Einrichtung dar[stellt]"; so aber *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (804). Denn auch professionell tätige Athleten sind nicht zwingend auf die Teilnahme an Olympischen Spielen, Welt- oder Kontinentalmeisterschaften angewiesen, um ihren Beruf ausüben zu können.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise kann ein nationaler Sportverband Einfluss ausüben, welche seiner Verbandsgewalt unterworfenen Athleten an bestimmten internationalen Sportwettkämpfen innerhalb der Verbandspyramide oder aber an Olympischen Spielen teilnehmen. Damit ist im Grundsatz zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet. Dieser ist zwar im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelt worden. Allerdings lässt sich der *Meca-Medina*-Test gleichfalls auf Art. 102 AEUV übertragen[240] und das BKartA hat ihn zuletzt ohne Vorbehalte auch auf § 19 GWB angewendet.[241] Soweit ersichtlich, ist in Nominierungsstreitigkeiten vor deutschen Gerichten der *Meca-Medina*-Test noch nicht hinsichtlich Nominierungskriterien eingesetzt worden, obgleich dies durchaus sachgerecht wäre. Denn die bislang verfolgten Argumentationslinien der Judikatur lassen sich – wie sich im nachfolgenden Abschnitt zeigen wird – zwanglos in den *Meca-Medina*-Test einordnen.

136 Nominierungsrichtlinien richten sich regelmäßig allein an die Athleten als regelungsunterworfene Verbandsmitglieder. Daher ist der reine Innenbereich der Verbandstätigkeit gem. Art. 9 Abs. 1 GG betroffen. Der Sportverbänden zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[242] ist damit bei der konkreten Ausgestaltung und Umsetzung vergleichsweise groß, weil ein enger Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst besteht. Dementsprechend ist die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests relativ beschränkt.[243]

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Vertraglicher und/oder kartellrechtlicher Ansatz

137 Die Monopolstellung eines nationalen Sportverbandes auf dem Markt für die Nominierung von Athleten für internationale Sportwettkämpfe steht außer Zweifel. Uneinheitlich wird jedoch die Frage beantwortet, ob im Hinblick auf die rechtliche Herleitung eines Nominierungsanspruchs ein vertraglicher[244] (Nominierungsvertrag und vorvertragliche Sonderverbindung[245]) oder kartellrechtlicher[246] Ansatz gewählt werden sollte oder aber beide Ansätze nebeneinander an-

240 → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
241 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
242 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
243 → XIII. Rn. 152 m.w.N.
244 S. stellvertr. BGHZ 207, 144, Rn. 22 = SpuRt 2016, 26 – Charles Friedek.
245 Hierzu *Heermann* in Walker, 2013, 9 (40 f.) m.w.N.
246 S. stellvertr. OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 25 – Katharina Molitor; LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322 f.) – Beach-Volleyballerinnen; diesen Ansatz hält *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (808) mit wenig überzeugender Begründung für vorzugswürdig.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendbar sind.[247] Natürlich unterscheiden sich die Anspruchsvoraussetzungen der beiden rechtlichen Ansätze, sie führen letztlich aber regelmäßig zu übereinstimmenden Ergebnissen. Dies gilt übrigens unabhängig davon, ob man Nominierungskriterien als Allgemeine Geschäftsbedingungen einordnet und damit an §§ 305 ff. BGB misst oder ob man insoweit eine Inhaltskontrolle am Maßstab von § 242 BGB vornimmt.[248] Zudem hat der BGH bereits festgestellt, dass ein aus kartellrechtlichen Normen hergeleiteter Nominierungsanspruch ersichtlich nicht weiter gehe als ein vertragsrechtlich begründeter.[249]

(2) Objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes Nominierungsverfahren?

138 Hinsichtlich der Frage, wie Nominierungsverfahren im Sport in rechtlicher Hinsicht auszugestalten sind, liegt der Gedanke nahe, sich in Anlehnung an die Voraussetzungen, die die EU-Kommission im *ISU*-Verfahren hinsichtlich Genehmigungsvorbehalten gegenüber privaten Konkurrenzveranstaltern sowie hinsichtlich Erlaubnisverboten und Teilnahmeerlaubnisvorbehalten gegenüber (un)mittelbaren Verbandsmitgliedern aufgestellt hat,[250] für ein objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes Nominierungsverfahren auszusprechen.[251] Allerdings ist dabei dem Umstand angemessen Rechnung zu tragen, dass insoweit allein die Innenbeziehungen des Verbandes zu seinen regelungsunterworfenen Athleten und zudem vorrangig genuin sportbezogene Belange betroffen sind, was zu einem erweiterten und damit nur beschränkt gerichtlich überprüfbaren Ermessensspielraum des die Nominierungsentscheidung vornehmenden Sportverbandes führt.[252] Damit gehen im Vergleich zu Zulassungsentscheidungen mit unmittelbarem Drittbezug stärkere Einschränkungen der Objektivität der Nominierungsentscheidung einher.[253]

139 Darüber hinaus besteht keine generelle Pflicht eines Sportverbandes zum Erlass von Nominierungsrichtlinien, ebensowenig existiert ein damit korrespondierender Anspruch der (un)mittelbaren Verbandsmitglieder auf den Erlass von Nominierungsrichtlinien.[254] So muss hierzulande in Mannschaftssportarten wie etwa dem Fußball dem einzigen offiziellen DFB-Bundestrainer (freilich neben Millionen selbstberufenen Möchtegern-Bundestrainern) die Möglichkeit verbleiben,

247 So etwa PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 270, 273.
248 *Heermann* in Walker, 2013, 9 (36–39) m.w.N.
249 BGHZ 207, 144, Rn. 22 = SpuRt 2016, 26 – Charles Friedek.
250 → XIII. Rn. 89 f. m.w.N.
251 So im Ansatz *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (808).
252 → VI. Rn. 316–336 m.w.N.
253 Nachfolgend → XIII. Rn. 152 m.w.N.
254 A.A. *Lambertz* 25 ff.; *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (808).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach eigenen, d.h. subjektiven,[255] offensichtlich sportlich motivierten Überzeugungen „Die Mannschaft" zusammenzustellen.[256] Man stelle sich einmal vor, die zuvor vom DFB-Bundestrainer nicht mehr berücksichtigten Spieler *Jérôme Boateng*, *Thomas Müller* und *Mats Hummels* hätten sich im Vorfeld der UEFA EURO 2020 (2021) mit Unterstützung staatlicher Gerichte den Weg in den EM-Kader ebnen können.[257] Dann wären letztlich die „gesetzlichen Richter" gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zum Co-Bundestrainer aufgestiegen – eine fürwahr kühne Vorstellung! Aber auch im Übrigen sollte man nicht eine *Pflicht* der Sportverbände zum Erlass von Nominierungsrichtlinien annehmen, sondern eher von einer *Obliegenheit* ausgehen. So sind Nominierungsentscheidungen hinsichtlich Sportevents, für die eine gewisse Anzahl an Einzelsportlern oder Kleingruppen (z.B. Zweier- und Viererbob oder Zweierteams im Beachvolleyball) nominiert werden dürfen, ohne hinreichend transparente Nominierungsrichtlinien rechtlich schnell angreifbar und dem Vorwurf der Diskriminierung oder gar Willkür ausgesetzt. Daher werden Sportverbände schon aus eigenem Antrieb zur Minimierung der rechtlichen Risiken darauf bedacht sein, sachgerechte, auf die jeweilige Sportart abgestimmte Nominierungskriterien aufzustellen.

(3) Rechtmäßigkeitskontrolle von Nominierungskriterien

140 Die Rechtmäßigkeitskontrolle von Nominierungsrichtlinien[258] richtet sich nach den §§ 305 ff. BGB, sofern man – wofür gerade bei Nominierungen für internationale Sportwettkämpfe gute Gründe sprechen – bei der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung ein Leistungsaustauschverhältnis annehmen kann. Andernfalls orientiert sich die Rechtsmäßigkeitskontrolle am Maßstab von § 242 BGB, wobei insbesondere dem Diskriminierungs- sowie dem Willkürverbot besondere Bedeutung zukommt.[259]

141 Wenn im Hinblick auf eine Nominierungsentscheidung der Anwendungsbereich des Kartellrechts eröffnet ist, was wegen der Monopolstellung des Sportverbandes auf dem Markt für die Nominierung nationaler Athleten für ein bestimmtes internationales Sportevent regelmäßig der Fall ist, kann auch eine rechtliche Prüfung am Maßstab des *Meca-Medina*-Tests erfolgen.[260] Sodann wird deutlich,

255 → XIII. Rn. 144–148.
256 So auch *Walker* in Walker, 2013, 43 (45.); demgegenüber erachtet *Lambertz* 31 f. ein anderes Ergebnis für wünschenswert.
257 *Thomas Müller* und *Mats Hummels* wurden schließlich ohne Einleitung rechtlicher Schritte, sondern vermutlich nicht zuletzt auf Druck der Medien vom damaligen Bundestrainer nominiert, konnten aber auch nicht verhindern, dass „Die Mannschaft" sich bereits im Achtelfinale mit einer überaus enttäuschenden Leistung sang- und klanglos aus dem Turnier verabschiedete.
258 Hierzu bereits ausf. *Heermann* in Walker, 2013, 9 (34–39) m.w.N.
259 Ausf. zu dieser Rechtsproblematik bereits → III. Rn. 44–59 m.w.N.
260 → XIII. Rn. 135 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass Sportverbände bei Nominierungsentscheidungen, die über das Ob einer Teilnahme und damit der Sportausübung der den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten bei einem bestimmten Sportwettkampf entscheiden, über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügen, der zwar nicht gerichtsfest ist, aber zu einer begrenzten gerichtlichen Prüfungsintensität führt.[261] Zudem rücken bei der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf eine Nominierungsentscheidung insbesondere die Prüfungskriterien der kohärenten und stringenten Verfolgung des legitimen Ziels der Bestenauslese für einen bestimmten Sportwettkampf[262] sowie der Geeignetheit[263] und Erforderlichkeit[264] des streitgegenständlichen Nominierungskriteriums in den Fokus.

(4) Sportliche Nominierungskriterien

Es dürfte außer Frage stehen, dass objektive sportliche Nominierungskriterien 142
generell geeignet sind, im Wege der Bestenauslese die zu nominierenden Athleten herauszufiltern.[265] Bei der Festlegung der sportlichen Mindestnormen, die von zu nominierenden Athleten erreicht werden müssen, steht dem Sportverband ein gewisser Ermessensspielraum zu. Nicht recht überzeugen kann in diesem Kontext *Lambertz*' Auffassung,[266]

> „die Verbände [seien] aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dazu berufen, Richtwerte einzuführen, die die Athleten realistischer Weise [sic] erreichen können, ohne dabei auf unerlaubte Praxen zurückzugreifen und ohne ihre Gesundheit zu gefährden".

Denn die sportlichen Nominierungskriterien werden regelmäßig von erfahrenen Experten der jeweiligen Sportart aufgestellt, wobei vielfach auch Aktivensprecher mitwirken. Daher ist davon auszugehen, dass in diesem Prozess die genannten Aspekte hinreichend berücksichtigt werden.

(5) Objektive Nominierungskriterien

Ohne weitere Einschränkungen wäre ein Sportverband eigentlich verpflichtet, 143
jeden Athleten zu nominieren, der die objektiven sportlichen Nominierungskriterien erfüllt.[267] Dies könnte nominierende Sportverbände vor unlösbare Probleme

261 → VI. Rn. 316–333 m.w.N.
262 → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
263 → VI. Rn. 289–294 m.w.N.
264 → VI. Rn. 295–309 m.w.N.
265 LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322) – Beach-Volleyballerinnen; *Lambertz* 46 f.; *Heermann* in Walker, 2013, 9 (17 f.) m.w.N.
266 *Lambertz* 47.
267 BGHZ 207, 144, Rn. 22 = SpuRt 2016, 26 – Charles Friedek; OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 18 – Katharina Molitor; LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322) – Beach-Volleyballerinnen; Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Niese* Rn. 248 ff.; PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 270; *Lambertz* 65 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellen, wenn mehr Athleten die sportliche Norm erfüllen als der Nationalverband letztlich für den Sportwettbewerb nominieren darf. Daher werden regelmäßig ergänzend weitere objektive Nominierungskriterien aufgestellt. So wird etwa vielfach festgelegt, dass die sportliche Nominierungsnorm innerhalb eines bestimmten Qualifikationszeitraums zu erbringen ist, was im Grundsatz sicherlich sachgerecht ist.[268] Inwieweit tatsächliche oder auch nur vermutete[269] Dopingverstöße eines Athleten eine Nominierungsentscheidung zu beeinflussen vermögen, kann nicht abstrakt, sondern nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.[270] Ein überaus praxisrelevantes objektives Nominierungskriterium bilden sicherlich die verbreiteten und den Athleten im Voraus bekannten Kapazitätsgrenzen, wonach jeder Nationalverband nur eine begrenzte Zahl an Sportlern nominieren kann.[271] Daher können Athleten, die die sportlichen Qualifikationskriterien erfüllen, nicht fest damit rechnen, automatisch nominiert zu werden.

(6) Subjektive Nominierungskriterien

144 Nominierungsrichtlinien weisen vielfach auch subjektive Nominierungskriterien auf (z.B. die Teamfähigkeit eines Athleten).[272] Diese können bei der Zusammenstellung einer Mannschaft etwa bei Ballsportarten, im Rudern, beim Radfahren oder im Triathlon eine Rolle spielen. So sind es beispielweise nicht stets die besten Einzeltennisspieler, die beim Einsatz im Tennisdoppel den größten sportlichen Erfolg versprechen. Zudem ist einem nominierenden Sportverband bei entsprechender Festlegung in den Nominierungsrichtlinien auch ein gewisser Ermessenspielraum hinsichtlich der Einschätzung der sportlichen Leistungsfähigkeit verschiedener Athleten einzuräumen. Damit könnte unter bestimmten Umständen etwa einem Athleten mit schlechteren Einzelergebnissen, aber erkennbar steigender Leistungskurve gegenüber einem sportlich eigentlich besser qualifizierten Athleten mit einer vielleicht verletzungsbedingt sinkenden Leistungskurve der Vorzug eingeräumt werden. Dies könnte bei klarer Tatsachenlage letztlich eine sachgerechte Auswahlentscheidung sein, an deren Begründung freilich schon im Interesse der Vermeidung einer nachfolgenden gerichtlichen Prüfung erhöhte Anforderungen zu stellen sind.

268 OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 23 ff. – Katharina Molitor.
269 Vgl. in diesem Zusammenhang CAS 17.12.2020 – CAS 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency, → IV. Rn. 303–310.
270 OLG Düsseldorf 2017, 69 (71 f.); *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (805).
271 OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 19 – Katharina Molitor; *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (804). Grundl. zur Problematik, wenngleich vor dem rechtlichen Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV, EuGH Slg. 2000, I-2549 ff. = NJW 2000, 2011 ff. – Deliège, → V. Rn. 45–50 m.w.N.
272 Hierzu stellvertr. *Heermann* in Walker, 2013, 9 (19) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nicht zu überzeugen vermag hingegen die etwa von *Lambertz* und *Beisenherz* vertretene Auffassung, die Festsetzung von subjektiven Nominierungskriterien in den Nominierungsleitlinien würde die Rechte der Athleten unzulässig einschränken,[273] da solche subjektiven Kriterien (faires Verhalten, Teamgeist etc.) einer gerichtlichen Überprüfbarkeit kaum zugänglich seien.[274] Dabei wird vernachlässigt, dass Sportverbänden bei der Auslegung und Anwendung dieser rein sportbezogenen Kriterien von vornherein ein gewisser Ermessensspielraum zugewiesen ist, der nachträglich nur einer rechtlichen Plausibilitäts- und Anmessenheitskontrolle unterzogen werden kann, was freilich wiederum eine substantiierte Begründung der Nominierungsentscheidung erfordert. 145

In diesem Zusammenhang hat *Beisenherz*[275] zugleich deutliche Kritik am folgenden subjektiven Nominierungskriterium in Abschnitt 2.1 Sätze 2 und 3 Bye-law to rules 27 and 28 Olympic Charta in der Fassung vom 17.7.2020[276] geäußert. Dabei wird den Nationalen Olympischen Komitees u.a. folgende Aufgabe bei der Nominierung von Olympiateilnehmern auferlegt: 146

> „They decide upon the entry of athletes proposed by their respective national federations. Such selection shall be based not only on the sports performance of an athlete, but also on his ability to serve as an example to the sporting youth of his country."

Dadurch sichere sich, so *Beisenherz*, beispielsweise das IOC eine freie Auswahl unter den leistungsfähigen Athleten. Es liege nahe, dass das IOC unter dem Auswahlkriterium der Fähigkeit der Sporttreibenden, als Vorbild für die Jugend zu dienen, sich unter den die Leistungsanforderungen erfüllenden Athleten diejenigen aussuche, die es als Werbeträger für geeignet erachte und die voraussichtlichen Einschaltquoten und Werbeeinnahmen des IOC in die Höhe treiben würden. Hierbei könnte für das IOC der Gedanke der Maximierung des eigenen Gewinns auf dem nachgelagerten Markt durch den Ausschluss der weniger zu Werbezwecken Geeigneten maßgeblich sein. Das Bestreben zur Maximierung des eigenen Gewinns auf einem nachgelagerten Markt könne ein Indiz für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens sein.

Diese rechtliche Einschätzung fordert Widerspruch geradezu heraus. Zunächst bleibt *Beisenherz* jeglichen Nachweis schuldig, der die aufgestellten, rein spekulativen Behauptungen auch nur ansatzweise untermauern könnte. Bezeichnend für ihre einseitig athletenfreundliche Bewertung ist der Umstand, dass sie allein die Möglichkeit ins Auge fasst, das IOC oder der DOSB in seiner Funktion als Nationales Olympisches Komitee könne aus vorrangig eigenen kommerziellen 147

273 *Lambertz* 48.
274 *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (807).
275 *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (804).
276 Abrufbar unter https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interessen auf einen Nominierungsprozess Einfluss nehmen. Zudem sind derartige Vorgänge selbst in der dem IOC und den Nationalen Olympischen Komitees gegenüber vielfach überaus kritischen Presse – soweit ersichtlich – kaum, wenn überhaupt einmal thematisiert worden. Stattdessen könnte die vom IOC mit der kritisierten Regelung verfolgte Zielsetzung auch ganz anders, ja fast entgegengesetzt gelagert sein. Dies mag folgendes, zugegebenermaßen zugespitztes, vielleicht realitätsfernes Beispiel veranschaulichen: Man stelle sich vor, ein Athlet hätte die sportlichen Nominierungskriterien eindeutig erfüllt, sei zwischenzeitlich vor der finalen Nominierungsentscheidung aber wegen eines Dopingvergehens und/oder einer Straftat (z.B. Vergewaltigung) rechtskräftig verurteilt worden. Sollen die Nationalen Olympischen Komitees oder hilfsweise das IOC in einem solchen Fall im Rahmen eines Nominierungsprozesses nicht noch die „Notbremse ziehen" dürfen? Allerdings wird der Sachverhalt selten so klar wie in diesem Beispielsfall gelagert sein. Letztlich darf die zitierte Nominierungsvorschrift daher nicht beliebig, diskriminierend oder willkürlich eingesetzt werden, um sportlich qualifizierten Athleten etwa allein wegen ihrer politischen Grundeinstellung, wegen ihres öffentlichkeitswirksamen Eintretens gegen Rassismus oder für verfolgte Minderheiten die Nominierung für die Olympischen Spiele zu verweigern.

148 Schließlich kann man die rechtliche Bewertung auch dieses Beispiels – ebenso wie bei allen anderen Nominierungskriterien – in den Griff bekommen, wenn man insoweit den *Meca-Medina*-Test konsequent anwendet. Dies sei am zuvor zitierten Beispiel von Abschnitt 2.1 Sätze 2 und 3 Bye-law to rules 27 and 28 Olympic Charta demonstriert. Dabei hat man zunächst zu klären, welches Ziel mit dem Nominierungskriterium verfolgt werden soll und ob diese Zielsetzung als legitim eingestuft werden kann.[277] Sollte die Regelung tatsächlich – wie von *Beisenherz* unterstellt – vom IOC vorrangig zur Maximierung des eigenen Profits eingesetzt werden, könnte diese Zielsetzung schon gar nicht erst als legitim eingestuft werden. Sollte die Regelung hingegen – wie hier angedeutet – den Zweck verfolgen, sportlich qualifizierten Athleten mangels Vorbildfunktion für die Jugend die Nominierung verweigern zu können, so wird man eine solche Zielsetzung als legitim einstufen können. Sodann wäre aber insbesondere zu klären, ob dieses Ziel in stringenter und kohärenter Weise verfolgt wird,[278] ob die Nichtnominierung mit der Erreichung dieses Ziels untrennbar verbunden[279] sowie insoweit letztlich tatsächlich geeignet, erforderlich und angemessen ist.[280]

277 Zu den Details → VI. Rn. 185–258 m.w.N.
278 Zu den Details → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
279 Zu den Details → VI. Rn. 172-174 m.w.N.
280 Zu den Details → VI. Rn. 289–313 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(7) Sonstige Nominierungskriterien

Schließlich können Nominierungsentscheidungen noch an eine Vielzahl weiterer Nominierungskriterien geknüpft werden, wobei die Übergänge insbesondere zu den sportlichen und subjektiven Nominierungskriterien fließend sind.[281] Einige dieser sonstigen Nominierungskriterien seien (natürlich nicht abschließend) aufgelistet: 149

- Teilnahme an bestimmten Trainingseinheiten;
- Teilnahme an bestimmten Wettkämpfen;
- Vorliegen einer begründeten Endkampfchance;
- Unterwerfung unter ein anerkanntes Dopingkontrollsystem;
- Unterwerfung unter die Sponsorenvereinbarungen des Sportverbandes;
- Unterzeichnung einer Athletenvereinbarung mit einer Unterwerfung unter die Verbandsstatuten, unter Vermarktungsklauseln und/oder Anerkennung einer Schiedsklausel.

Über die rechtliche Wirksamkeit solcher zusätzlichen Voraussetzungen für eine Nominierung kann wiederum nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Für sämtliche dieser Nominierungskriterien sind jeweils am einfachsten unter Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zunächst die Zielsetzungen, die offensichtlich nicht ausschließlich auf eine Auslese der leistungsstärksten Athleten gerichtet sind, zu ermitteln und sodann deren Legitimität zu bestimmen. Nachfolgend sind erforderlichenfalls die weiteren Prüfungsschritte durchzuführen. Daraus folgt, dass nicht sämtliche Nominierungskriterien gleichsam über einen Kamm geschoren werden können, sondern ihre rechtliche Wirksamkeit separat überprüft werden muss. In diesem Zusammenhang sind allgemein gehaltene rechtliche Aussagen nicht zielführend.[282] Die dabei anzustellenden rechtlichen Erwägungen können – wie z.B. im Hinblick auf die Anerkennung von Vermarktungsklauseln[283] und/oder von Schiedsklauseln[284] als Voraussetzung einer Nominierung – überaus komplex sein. 150

(8) Darlegungslast

Das LG Frankfurt/Main hat zuletzt zutreffend festgestellt, dass ein Sportverband für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung seiner Nominierungsentscheidungen darlegungs- und beweispflichtig ist.[285] Diese Verteilung der Darlegungs- 151

281 Hierzu stellvertr. *Heermann* in Walker, 2013, 9 (19–34) m.w.N.
282 Wie etwa die von *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (807 f.) geäußerte generelle Zurückhaltung gegenüber kommerziellen Vorgaben in Nominierungsverfahren.
283 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 655–708 m.w.N.
284 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.
285 LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (322) – Beach-Volleyballerinnen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

last ergibt sich auch zwanglos bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests.[286] Der beklagte Sportverband hatte im konkreten Verfahren keinen einzigen Grund vorgetragen, der einer Prüfung hinsichtlich seiner sachlichen Tragfähigkeit hätte unterzogen werden können. Der deutsche Spitzenverband für die Sportart Volleyball hatte im Hinblick auf die Nominierung von Teams im Beachvolleyball der Damen bewusst auf eine Bestenauslese verzichtet, sondern stattdessen bestimmte Teams benannt, um ihnen den Qualifikationsdruck durch ständige nationale Vorabqualifikationen der Teams untereinander um freie Turnierplätze zu nehmen und um damit eine bestmögliche Entfaltung der betreffenden Teams zu gewährleisten. Dieser Fall belegt zweierlei eindrucksvoll: Erstens hält es das LG Frankfurt/Main nicht von vornherein für ausgeschlossen, dass „trainingswissenschaftliche, sportpsychologische oder ähnliche Gründe, die ein besonders gutes oder vor allem besseres Abschneiden der protegierten Teams als dem der Klägerinnen in der Qualifikation zur Olympiade oder bei der Olympiade erwarten lassen", einen Verzicht auf die Bestenauslese rechtfertigen können.[287] Zweitens bedarf eine Nominierungsentscheidung einer Begründung, damit ein Sportverband im Falle ihrer gerichtlichen Überprüfung nicht bereits mangels substantiierten Sachvortrags wegen Nichterfüllung seiner Darlegungslast auf die Verliererstraße gerät.

(9) Ermessensspielraum des nominierenden Sportverbandes

152 Judikatur und Schrifttum gehen – zutreffend – davon aus, dass der Nominierung von Athleten für ein bestimmtes Sportevent nur eingeschränkt überprüfbare Prognoseentscheidungen zugrunde liegen.[288] Auch dieses Ergebnis lässt sich ohne Weiteres aus dem *Meca-Medina*-Test ableiten.[289] Je größer – wie bei vielen Kriterien, die einer Nominierungsentscheidung zugrunde liegen – der unmittelbare Bezug einer wettbewerbsbeschränkenden Verbandsmaßnahme zur sportlichen Tätigkeit ist, desto größer ist der dem Sportverband zustehende Ermessensspielraum und desto geringer ist die Intensität der gerichtlichen Überprüfung.

286 → VI. Rn. 334–336 m.w.N. Unzutreffend insoweit *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (808), die von einer „Beweislastumkehr zu Gunsten des Athleten, der die Leistungsanforderungen für eine Nominierung erfüllt", ausgeht.

287 LG Frankfurt/Main SpuRt 2020, 320 (323) – Beach-Volleyballerinnen.

288 OLG Frankfurt BeckRS 2016, 13014, Rn. 28 – Katharina Molitor; so auch etwa PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 271; a.A. *Beisenherz* NJOZ 2020, 801 (807), die von einer „vollständigen gerichtlichen Überprüfung" ausgeht.

289 → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV oder mit §§ 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB

153 Wenn im Rahmen der rechtlichen Überprüfung von Nominierungsverfahren wie zuletzt zunehmend ein kartellrechtlicher Maßstab angelegt wird, so steht damit regelmäßig die Anwendung nationalen Kartellrechts im Vordergrund.[290] Dieser Umstand steht jedoch zumindest in Deutschland einer Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zur Rechtfertigung einer Nominierungsentscheidung nicht entgegen, mag die deutsche Judikatur diesen Weg bislang auch noch nicht beschritten haben. Das BKartA hat aber immerhin schon klargestellt, dass der *Meca-Medina*-Test grundsätzlich auch im Rahmen von § 19 GWB angewendet werden kann.[291] Da der *Meca-Medina*-Test auf die Nominierungskriterien wegen deren teils sportbezogenen, teils ökonomisch oder in sonstiger Weise motivierten Zielsetzungen jeweils separat anzuwenden ist, kann hier keine abschließende Aussage über die Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit von Nominierungsverfahren mit den kartellrechtlichen Vorgaben getroffen werden. Es steht indes fest, dass Sportverbänden hinsichtlich sportbezogener Nominierungskriterien ein weiterer Ermessensspielraum zusteht als etwa hinsichtlich wirtschaftlich motivierter Nominierungskriterien wie dem Erfordernis der Unterwerfung der zu nominierenden Athleten unter Vermarktungsklauseln. Der Umfang des Ermessensspielraums korrespondiert sodann mit der Intensität der gerichtlichen Nachprüfbarkeit einzelner Nominierungsentscheidungen. Dabei werden die Erfolgsaussichten für die Sportverbände, eine konkrete Nominierungsentscheidung zu rechtfertigen, umso größer sein, je detaillierter diese anhand der einzelnen legitime Ziele verfolgenden sowie stringent und kohärent umzusetzenden Nominierungskriterien nachvollziehbar begründet wird. Die abschließenden Nominierungsentscheidungen beruhen auf einer Gesamtbetrachtung und -bewertung der legitime Zielsetzungen verfolgenden Kriterien, wobei oftmals – wenngleich nicht zwingend – die Erfüllung sportbezogener Qualifikationsnormen im Vordergrund stehen wird. Insoweit besteht zugunsten der nominierenden Sportverbände ein gewisser, allerdings nicht *per se* gerichtsfester Prognose- und Ermessenspielraum, was bei der Rechtmäßigkeitskontrolle angemessen zu berücksichtigen ist.

290 → XIII. Rn. 137 m.w.N.
291 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Geschlechtsbezogene Zugangsbeschränkungen zu einem Sportwettbewerb

aa) Ausgangsproblematik – Der Fall Caster Semenya

154 Die in vielerlei Hinsicht höchst umstrittene Problematik von geschlechtsbezogenen Zugangsbeschränkungen zu Sportwettkämpfen hat sich insbesondere am Fall der südafrikanischen Mittelstreckenläuferin *Caster Semenya* entzündet. Ausnahmsweise sollen die mit entsprechenden Zugangs- und Nominierungsbeschränkungen verbundenen Rechtsfragen hier nicht abstrakt, sondern anhand des konkreten Falles dargestellt werden. Dabei kann und soll das brisante Thema, das neben sportmedizinischen und ethischen letztlich auch rechtliche Aspekte betrifft, hier nicht umfassend und abschließend diskutiert werden. Vielmehr soll nachfolgend allein ein Teil der juristischen Argumentation in dem Schiedsspruch des CAS vom 30.4.2019 im Verfahren *Semenya/IAAF*[292] analysiert werden, um daraus Rückschlüsse allein für den weiteren Umgang mit der Problematik aus rechtlicher Perspektive zu gewinnen. Hierfür ist es erforderlich, zunächst den bisherigen Verfahrensablauf zu skizzieren und dabei die für die rechtliche Bewertung wesentlichen Gesichtspunkte herauszuarbeiten.

(1) Anfänglicher Verfahrensablauf

155 Im Jahr 2015 hatte die indische Leichtathletin *Dutee Chand* (100 m, 200 m) vor dem CAS eine Schiedsklage gegen die geschlechtsbezogenen Zugangsbeschränkungen in den Statuten des internationalen Leichtathletikverbandes (seinerzeit International Amateur Athletics Federation = IAAF; heute World Athletics) erhoben. Der CAS entschied in dem Verfahren *Chand/IAAF*, die streitgegenständliche sog. IAAF Policy außer Kraft zu setzen. Die IAAF musste daraufhin wissenschaftlich nachweisen, dass der durch Hyperandrogenismus hervorgerufene Leistungsvorteil dem der Männer gegenüber Frauen entspricht und zudem höher ist, als beispielsweise ein durch andere (normale) genetische oder biologische Faktoren hervorgerufener Wettbewerbsvorteil. Im Jahr 2017 veröffentlichte die IAAF eine entsprechende Studie. Danach soll es nur in den Disziplinen 400 m, 400 m Hürden, 800 m, im Hammerwurf und im Stabhochsprung nachweislich Vorteile intersexueller Frauen gegenüber Frauen ohne natürlich erhöhten Testosteronwert geben.

156 Im Januar 2018 setzte der CAS das Verfahren *Chand/IAAF* für weitere zwei Jahre aus. Im März 2018 erließ die IAAF mit Wirkung ab November 2018 neue Regeln (Eligibility Regulations for the Female Classification), wonach Athletin-

292 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794 = SpuRt 2019, 211–220 (= inoffizielle Übersetzung wesentlicher Passagen des englischsprachigen Schiedsspruchs) – Semenya/IAAF.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen mit natürlich erhöhtem Testosteron in den Laufdisziplinen von 400 m bis eine Meile nur dann zu internationalen Wettkämpfen in der Frauenkonkurrenz antreten dürfen, wenn sie entweder weiblich oder als intersexuell anerkannt sind und mindestens sechs Monate vor dem Wettkampf ihren Testosteronwert unter den Grenzwert von 5 Nanomol pro Liter Blutserum reduziert haben. Die Sprinterin *Dutee Chand* war damit von der streitgegenständlichen Verbandsregelung nicht mehr unmittelbar betroffen.

Schon vor November 2018 leiteten die Mittelstreckenläuferin und mehrfache Olympiasiegerin *Caster Semenya*, die regelmäßig in Laufwettbewerben über 800 m, 1.500 m und eine Meile auftrat, und der südafrikanische Leichtathletikverband Athletics South Africa ein Verfahren vor dem CAS ein, um die Rechtswirksamkeit der neuen IAAF-Regeln anzufechten. In einem Fachbeitrag aus dem Jahr 2018 sprach sich *Jakob*[293] dafür aus, an der praktizierten Trennung zwischen den Geschlechtern Mann und Frau im (inter)nationalen Wettkampfsport festzuhalten. Zwar hätten intersexuelle Sportlerinnen in bestimmten leichtathletischen Disziplinen einen Leistungsvorteil gegenüber ihren Konkurrentinnen, dennoch seien sie zu den Wettbewerben der Frauen zuzulassen. Die Einführung einer dritten Startklasse oder etwa des Testosteronspiegels als Zulassungskriterium zum Wettkampfsport sei nicht zielführend. Das für das Verfahren *Semenya/IAAF* zuständige Panel am CAS gelangte jedoch zu einer hiervon deutlich abweichenden Rechtsauffassung. 157

(2) Schiedsspruch des CAS vom 30.4.2019 im Verfahren Semenya/IAAF

Der 163 Seiten umfassende Schiedsspruch des zuständigen dreiköpfigen Panels am CAS vom 30.4.2019 im Verfahren *Semenya/IAAF*[294] bestätigte im Ergebnis die Rechtswirksamkeit der neuen IAAF-Regeln mit Mehrheitsentscheidung (2:1). Das Panel war nicht darum zu beneiden, in diesem über reine Rechtsfragen weit hinausreichenden Schiedsverfahren eine Entscheidung fällen zu müssen. *Nolens volens* wagte es sich in einen sensiblen Bereich vor, in dem die Jurisdiktion an die Grenzen ihrer Möglichkeiten stößt, wenn nicht sogar diese überschreiten muss. Es war absehbar, dass der Schiedsspruch die sich unvereinbar gegenüberstehenden Auffassungen zu der streitgegenständlichen geschlechtsbezogenen Zulassungsbeschränkung nicht in Einklang würde bringen können. Sein Ergebnis hat der CAS am Ende des Schiedsspruchs folgendermaßen zusammengefasst (Hervorhebung durch *Verfasser*):[295] 158

293 *Jakob* SpuRt 2018, 143 ff.
294 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794 = SpuRt 2019, 211–220 – Semenya/IAAF.
295 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 626 = SpuRt 2019, 211 (220) – Semenya/IAAF.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „626. Aus den o.g. Gründen kommt die Mehrheit des Panels zu dem Schluss, **dass die neue Regelung zwar diskriminierend ist, aber diese Diskriminierung auf der Basis der dem Panel vorliegenden Beweislage geeignet, erforderlich und angemessen ist,** um den Zweck zu erreichen, die Integrität der weiblichen Leichtathletik und die ‚protected class' der weiblichen Leichtathletinnen in bestimmten Disziplinen zu gewährleisten."

Kurzum: Die neuen IAAF-Regeln begründen nach Auffassung des CAS zwar eine offensichtliche Diskriminierung, die indes gerechtfertigt ist. Wie muss(te) diese rechtliche Einschätzung, die bereits Juristen kaum nachvollziehbar zu vermitteln ist, auf *Caster Semenya* wirken? Hierüber soll an dieser Stelle freilich nicht spekuliert werden.

159 Im Hinblick auf die weiteren rechtlichen Auswirkungen des Schiedsspruchs sei erwähnt, dass der CAS monegassische Gesetze auf den Fall anwendete, weil sich der Sitz der IAAF (heute World Athletics) in Monaco befindet.[296] Der CAS hat damit nicht entschieden, ob der Schiedsspruch außerhalb von Monaco Rechtsgültigkeit hat. Die Auswirkungen auf etwaige Aufhebungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren vor staatlichen Gerichten in den einzelnen Ländern außerhalb Monacos bleiben damit ungewiss, wie auch der CAS erkannt hat:[297]

> „555. […] kann das Panel nicht zu einem Fazit kommen, ob die neue IAAF-Regelung nicht durchzusetzen sein könnte oder nationalem Recht in verschiedenen Jurisdiktionen entgegenstehen könnte. […] Das Schiedsgericht erkennt an, dass diese Möglichkeiten durchaus bestehen können, und es wird letztlich eine Sache der unterschiedlichen nationalen Gerichte sein, darüber zu befinden."

(3) Fortgang des Verfahrens

160 Das Verfahren *Semenya/IAAF* befand sich mit dem Schiedsspruch des CAS freilich noch nicht im Ziel, noch nicht einmal auf die Zielgerade waren die Verfahrensbeteiligten damit eingebogen. Es folgte die Einlegung einer Berufung durch *Semenya* beim SchweizBG, das eine vorübergehende Aussetzung der neuen Zulassungsregeln anordnete. Diese nahm das SchweizBG sodann am 30.7.2019 zurück. Am 8.9.2020 wies das SchweizBG die Klage schließlich endgültig zurück. Am 17.11.2020 ließ *Semenya* über ihren Rechtsvertreter eine Klage beim EGMR ankündigen,[298] etwa zwei Monate später reichte sie beim Gerichtshof eine Klage

296 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 424 (insoweit nicht in SpuRt 2019, 211–220 abgedruckt) – Semenya/IAAF.

297 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 555 = SpuRt 2019, 211 (216) – Semenya/IAAF.

298 FAZ v. 17.11.2020 („Testosteronregel – Semenya klagt für ihr Menschenrecht"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/testosteronregel-semenya-zieht-vor-europaeischen-gerichtshof-17057103.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein.[299] Am 17.5.2021 leitete der EGMR den Klageantrag der Athletin (Semenya v. Switzerland, application no. 10934/21) an die Regierung der Schweiz weiter.[300]

(4) Weiteres Vorgehen

Dies ist nicht der Ort, den Schiedsspruch des CAS abschließend rechtlich zu würdigen.[301] Allerdings hat der CAS hierin erkennbar eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen. Bei den in den Verbandsstatuten festgelegten Testosteronwerten, die für eine Zulassung zu bestimmten Frauenwettbewerben in der Leichtathletik nicht überschritten werden dürfen, handelt es sich letztlich um ein objektives Nominierungskriterium. Ein solches bewirkt, wie im vorangehenden Abschnitt zu Nominierungsverfahren dargelegt,[302] zwar eine Wettbewerbsbeschränkung, die jedoch gerechtfertigt sein kann, wenn die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllt sind. Bei diesem handelt es sich letztlich auf der dritten Prüfungsstufe[303] um eine besondere Ausgestaltung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Deshalb ist es durchaus sachgerecht, die zuvor gewonnenen Erkenntnisse zum *Meca-Medina*-Test auch auf die vom CAS im Verfahren *Semenya/IAAF* vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung anzuwenden, selbst wenn in dem Schiedsverfahren Kartellrecht überhaupt nicht zur Anwendung gelangte. 161

bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung des CAS im Lichte des Meca-Medina-Tests

Die vom CAS im konkreten Fall angenommene Verteilung der Beweislast korrespondiert im Ausgangspunkt mit den zuvor[304] gewonnenen Erkenntnissen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast beim *Meca-Medina*-Test:[305] 162

> „540. Es ist unstreitig, dass die Antragsteller hinsichtlich der Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt, die Beweislast zu tragen [sic]. Ebenso unstrittig ist, dass, sobald sie dies nachgewiesen haben, die Beweislast für die Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit einer etwaigen Diskriminierung nun die IAAF zu tragen hätte."

299 Spiegel v. 25.2.2021 („Semenya zieht vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/leichtathletik-caster-semenya-zieht-vor-europaeischen-gerichtshof-fuer-menschenrechte-a-408beb0c-ae25-4305-8679-1f912a0b2f1a (zuletzt besucht am 7.2.2022).

300 *EGMR*, Pressemitteilung v. 17.5.2021, ECHR 148 (2021).

301 Allg. zum Schutz geschlechtsbezogener Rechte von Athleten im Sport zuletzt *Seema* ISLJ 2021, 257 ff. mit einer Analyse bestehender Rechtsschutzdefizite sowie mit einem Vorschlag zur Einführung einer „International Anti-Discrimination in Sport Unit".

302 → XIII. Rn. 137 m.w.N.

303 → VI. Rn. 288–315 m.w.N.

304 → VI. Rn. 334–336.

305 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 540 = SpuRt 2019, 211 (215) – Semenya/IAAF.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

163 Im Folgenden hat sich der CAS hinsichtlich Wortlaut und Systematik erkennbar, wenngleich sicherlich unabsichtlich an die erste Stufe des *Meca-Medina*-Tests[306] angelehnt (Hervorhebung durch *Verfasser*):[307]

> „556. Es besteht Einigkeit darüber, dass der von der IAAF verfolgte **Zweck der Herstellung eines fairen Wettbewerbs in der weiblichen Leistungsklasse** einen **legitimen Zweck** darstellt."

164 Erste Zweifel an der Argumentationslinie des CAS drängen sich jedoch im weiteren Verlauf hinsichtlich folgender Feststellung auf (Hervorhebung durch *Verfasser*):[308]

> „583. Es ist wichtig anzumerken, dass die Regelung nicht alle Disziplinen betrifft, sondern nur die sog. beschränkten Disziplinen (restricted events), **für welche die Beweislage einen Leistungsvorteil aufweist**."

Denn diese Feststellung trifft nur teilweise zu. Wie bereits dargelegt,[309] soll es nach der im Jahr 2017 von der IAAF veröffentlichten Studie nur in den Disziplinen 400 m, 400 m Hürden, 800 m, im Hammerwurf und im Stabhochsprung nachweislich zu Vorteilen intersexueller Frauen gegenüber Frauen ohne natürlich erhöhten Testosteronwert kommen. Die ab November 2018 geltenden neuen Regeln (Eligibility Regulations for the Female Classification) beziehen sich allerdings nur auf Athletinnen mit natürlich erhöhtem Testosteron in den Laufdisziplinen von 400 m bis eine Meile. Damit hat die IAAF die Ergebnisse des sportmedizinischen Gutachtens nur partiell umgesetzt, indem man zum einen die Disziplinen Hammerwurf und Stabhochsprung in den neuen Regeln unberücksichtigt ließ. Zum anderen ist man über die Ergebnisse des Gutachtens sogar hinausgegangen, indem man etwa auch die Laufwettbewerbe der Frauen über 1.500 m und eine Meile den neuen Regeln unterworfen hat. Angesichts dieser Diskrepanzen bei der Umsetzung der Ergebnisse des sportmedizinischen Gutachtens steht zumindest die Vermutung im Raum, dass es bezüglich der streitgegenständlichen Vorschriften an einer stringenten und kohärenten Zielverfolgung, der erforderlichen Inhärenz oder Geeignetheit mangelt.[310]

165 Da *Caster Semenya* zu Wettbewerben gerade auch über 1.500 m und eine Meile anzutreten pflegte, verwundert es umso mehr, dass der CAS in seinem Schiedsspruch der übermäßigen Umsetzung der Ergebnisse des sportmedizinischen Gutachtens kaum Aufmerksamkeit geschenkt hat. Zwar hat der CAS letztlich ansatz-

306 → VI. Rn. 176–284.
307 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 556 = SpuRt 2019, 211 (216) – Semenya/IAAF.
308 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 583 = SpuRt 2019, 211 (217) – Semenya/IAAF.
309 → XIII. Rn. 155.
310 Zu diesen Voraussetzungen für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests → VI. Rn. 269–284, 285–287, 289–294.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weise das Problem erkannt, hat es aber mit einem überraschenden taktischen Manöver umschifft (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[311]

> „623. Darüber hinaus **kann die Beweislage hinsichtlich der tatsächlichen (und nicht rein theoretischen) Leistungsvorteile** […] **in den ‚1500 m' und ‚eine Meile' Disziplinen als dünn beschrieben werden. Die IAAF möge** deshalb eine Verzögerung der Anwendung der neuen Regelung auf diese Disziplinen **in Erwägung ziehen**, bis weitere Nachweise verfügbar sind."

166 Es muss schon als außergewöhnlich bezeichnet werden, wenn ein echtes Schiedsgericht, dessen Schiedssprüche bekanntlich die gleiche Wirkung wie Entscheidungen staatlicher Gerichte haben, trotz „dünner" Beweislage eine Schiedsklage abweist, den Schiedsbeklagten zugleich aber auffordert, er möge „in Erwägung ziehen", die für rechtswirksam erklärte Verbandsregelung bis zum Vorliegen überzeugenderer Beweise nicht anzuwenden. Hat man schon einmal davon gehört, dass ein Gericht nach abgewiesener Zahlungsklage den Beklagten aufgefordert hätte, wegen der „dünnen" Beweislage bis zu einer Verbesserung der Beweissituation die eingeklagte Forderung erst einmal zu begleichen? Oder hat ein Gericht schon einmal einen wegen Mordes Angeklagten, der trotz „dünner" Beweislage freigesprochen wurde, aufgefordert, zu erwägen, sich vielleicht doch in Haft zu begeben? Man darf letztlich aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass die IAAF bzw. nunmehr World Athletics nach dieser eindringlichen Bitte des Panels die gewünschten Erwägungen angestellt hat – aber darüber hinaus in der Angelegenheit vermutlich auch nicht mehr getan hat.

167 Der CAS ist letztlich nicht der Frage nachgegangen, ob die Ergebnisse der von der IAAF im Jahr 2017 veröffentlichten sportmedizinischen Studie der in Fachkreisen vorherrschenden Auffassung entsprachen. Dies würde überraschen, soll hier aber mangels eigener Fachkenntnisse nicht vertieft werden. In diesem Zusammenhang ist indes zu berücksichtigen, dass es sich bei der IAAF (jetzt World Athletics) wie auch bei (inter)nationalen Sportverbänden im Allgemeinen um private (und eben nicht vom Staat mit der Verfolgung bestimmter Schutzziele betraute) Organisationen handelt. Diese müssen bei der Risikobewertung neu einzuführender, die Athleten beschränkender Vorschriften im Falle wissenschaftlicher Kontroversen oder Erkenntnislücken die Ausbildung einer herrschenden Meinung in der Wissenschaft abwarten und haben in derartigen Konstellationen grundsätzlich keine Spielräume bei der Risikobewertung.[312]

168 Aufgrund dieser Erwägungen können und sollen nachträglich nur Zweifel an der Annahme des CAS gesät werden, die IAAF habe mit ihren neuen streitgegenständlichen Regeln tatsächlich einen legitimen Zweck in kohärenter und

311 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 623 = SpuRt 2019, 211 (219) – Semenya/IAAF.
312 *L. Breuer* 726 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stringenter Weise verfolgt. Sollten diese Zweifel sich bestätigen, hätte bereits an dieser Stelle die Verhältnismäßigkeitsprüfung abgebrochen werden und das zuständige Panel zu einem anderen Ergebnis gelangen müssen. So aber hat sich der Schiedsspruch in folgender Weise mit der Erforderlichkeit und Angemessenheit der neuen IAAF-Regeln auseinandergesetzt (Hervorhebung durch *Verfasser*):[313]

> „599. […] die orale Einnahme von Verhütungsmittel [sic] zwecks Reduzierung des Testosteronwertes zu verlangen, um in beschränkten Disziplinen an internationalen Wettbewerben in der weiblichen Leistungsklasse anzutreten, ist nach der Ansicht der Mehrheit des Panels in sich selbst **nicht unverhältnismäßig**."

169 Sodann hat der CAS seine Auffassung zur Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen IAAF-Regel in folgender Weise betont (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[314]

> „609. Vor dem Hintergrund **der von den Parteien eingebrachten Beweismittel** sieht die Mehrheit des Panels den Umfang der Kategorie der beschränkten Disziplinen in toto **nicht** als **unverhältnismäßig** an."

170 Indem das Panel in dem Verfahren *Semenya/IAAF* die „dünne" Beweislage tatsächlich zum Gegenstand der Begründung seines Schiedsspruchs gemacht hat, hätte das Schiedsgericht sich selbst und seine Entscheidung rechtlich vermutlich weniger angreifbar gemacht, wenn die zweifelbehaftete Beweissituation dem Sportverband angelastet worden wäre, zumal dieser hinsichtlich der Rechtfertigung der diskriminierenden Zulassungsbeschränkung beweisbelastet war. So aber hinterlassen die wiederholten Hinweise des Schiedsgerichts auf die Beweislage sowie die überschießende, gleichwohl vom Panel unbeanstandete Umsetzung der Vorgaben in der vermutlich nicht unumstrittenen medizinischen Studie aus dem Jahr 2017 durch die IAAF einen bitteren Beigeschmack.

5. Organisation einer Sportliga

a) UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay

aa) Ausgangsproblematik

171 Im Jahr 2015 trat das UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay (im Folgenden: FFP)[315] in Kraft. Diese Maßnahme der UEFA

313 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 599 = SpuRt 2019, 211 (217) – Semenya/IAAF.
314 CAS 30.4.2019 – 2018/O/5794, Rn. 609 = SpuRt 2019, 211 (218) – Semenya/IAAF.
315 Das Reglement und etwaige Ergänzungen sind abrufbar unter https://documents.uefa.com/search/books?filters=FT_Competition~%2522Club+Licensing%2522*FT_Competition_custom~%2522Spezifische+Reglemente%2522*FT_ContentType_custom~%2522Technische+Reglemente%2522&content-lang=de-DE (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kam nicht überraschend. Vielmehr war ein solches Projekt, anknüpfend an den „Report on the future of professional football in Europe" des Europäischen Parlaments,[316] bereits im Jahr 2007 im Begleitdokument zum Weißbuch Sport gleichsam angestoßen worden:[317]

> „The club licensing system for UEFA's football competitions provides an example. This self-regulatory approach is considered by UEFA to be a key initiative to improve the governance and financial management of football in Europe. In its report on the future of professional football in Europe, adopted in March 2007, the European Parliament expresses firm support for the UEFA club licensing system and calls on UEFA to further develop this system in compliance with Community law in order to guarantee financial transparency and proper management. It also considers that ‚diverging national legislation and licensing criteria in Europe cause an uneven playing field, economically and legally, and this situation seriously hampers fair sports competition between teams in European leagues, and hence also between national teams'."

Das FFP ist im Schrifttum schon wiederholt dargestellt und zugleich hinsichtlich 172
der Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten sowie mit dem europäischen Kartellrecht untersucht worden.[318] Bemerkenswert und außergewöhnlich ist die Entstehungsgeschichte des FFP, das mit Rückendeckung durch EU-Kommission und Europäisches Parlament eingeführt worden war.[319] Das Reglement soll hier nicht in seinen Einzelheiten dargestellt werden. Für die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen reicht eine Beschränkung auf den zentralen Ansatz des FFP, die sog. *Break-even-Rule*. Danach müssen bei Clubs, die sich für die Teilnahme an den europäischen Clubwettbewerben der UEFA qualifizieren, im Verlauf der jeweils vergangenen drei Jahre die relevanten Einnahmen die relevanten Ausgaben mindestens ausgleichen. Andernfalls wird auch das davor liegende Jahr betrachtet, um zu ermitteln, ob zumindest eine positive Entwicklung erkennbar ist. Wenn – stark vereinfachend – Fußballclubs nicht mehr Geld ausgeben dürfen, als sie zuvor eingenommen haben, so entspricht dies zwar *prima facie* ökonomischer Vernunft. Allerdings hatte diese vor Einführung des FFP bei

316 *European Parliament*, Report on the future of professional football in Europe v. 13.2.2007 (2006/2130(INI)), abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0036_EN.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

317 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.7.

318 S. hierzu PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 150–157; Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 23; *Esposito* 375–420; *Hail* 344–359; *Henneberg* 242–254; *St. Horn* 264–274; *Jentsch* 335–410; *Weatherill*, Principles, 2017, 270–279; *Heermann* CaS 2013, 263–276; *Stopper* SpuRt 2013, 2–7, jew. m.w.N. Vgl. auch *Schuhmacher* mit einer umfassenden Analyse sowohl der Vorgaben des Lizenzierungsverfahrens in der deutschen Fußball-Bundesliga als auch des FFP, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Frage, ob das FFP mit dem europäischen Kartellrecht oder den europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist. Zuletzt hat *Bliesze* SpuRt 2022, 23–27 den neuen Financial Fairplay Fördertopf der 3. Liga kartellrechtlich untersucht und einer „Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Meca-Medina (3-Stufen-Test)" unterzogen, die jedoch höchst unvollständig geraten ist und sich auf die Prüfungsschritte legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit (= Notwendigkeit) beschränkt.

319 *Heermann* CaS 2013, 263 (265–267); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (5 f.); Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 23 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zahlreichen Fußballclubs in ganz Europa nicht vorgeherrscht, so dass sich die UEFA zum Einschreiten veranlasst sah.

173 Eine abschließende rechtliche Beurteilung des FFP soll hier nicht erfolgen, zumal es immer wieder zu inhaltlichen Anpassungen der Vorschriften gekommen ist[320] und das FFP nach Medienberichten zunächst vor dem Aus zu stehen schien.[321] Derzeit (Stand: 7.2.2022) zeichnet sich indes eine Reform des bestehenden Regelungssystems ab. Zum Ende des Jahres 2021 wurde berichtet,[322] dass Investoren künftig zwar finanzielle Defizite der Fußballclubs sollen ausgleichen dürfen, allerdings nur bis zu einer bestimmten Grenze, die zwischen 20 bis 30 Mio. € liegt; zudem soll eine Gehaltsobergrenze für den Kader und die Cheftrainer im Profibetrieb geplant sein, die zwischen 60 und 70% der Einnahmen liegen soll; bei Verstößen gegen das Reglement sind Geldstrafen geplant, gleichsam eine Art „Luxussteuer", die Fußballclubs mit besonders reichen Investoren kaum abschrecken dürfte, weshalb manche Interessenvertreter stattdessen sportliche Sanktionen fordern.

174 Verschiedene Anläufe, auf internationaler Ebene die von vielen Fußballclubs als wettbewerbsbeschränkend angesehenen Vorschriften des FFP zu Fall zu bringen, sind bereits gescheitert:

– Der im *Bosman*-Verfahren[323] als Prozessvertreter des Fußballspielers noch überaus erfolgreiche Anwalt *Jean-Marc Dupont* beriet rund 20 Jahre später einen anderen Akteur aus der Fußballbranche. So hatte er für den italienischen, indes in Belgien registrierten und aufgrund des FFP Einnahmeeinbußen befürchtenden Spielervermittler *Daniel Striani* bei der EU-Kommission eine Beschwerde gegen das FFP eingereicht. Diese wurde zurückgewiesen. In der Folge wies der EuGH[324] das Ersuchen eines von *Striani* angerufenen belgischen Gerichts um Vorabentscheidung als „offenkundig unzulässig" ab.

175 – Der CAS setzte sich im Schiedsverfahren *Galatasaray/UEFA* aus dem Jahr 2016[325] zwar mit der Kartellrechtskonformität des FFP auseinander, lehnte mangels überzeugender Beweismittel aber bereits das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung ab.

320 So etwa Zusatz zum UEFA-Reglement zur Klublizenzierung und zum finanziellen Fairplay (Ausgabe 2018) v. 18.6.2020, abrufbar unter https://documents.uefa.com/v/u/fCeB~_NXq2JA3j3C3RFPcg (zuletzt besucht am 7.2.2022).

321 S. stellvertr. *Nahar* sportschau.de v. 12.8.2021: „UEFA-Pläne: Gehaltsobergrenze soll Financial Fairplay ersetzen".

322 Ausf. hierzu sowie zum Kampf verschiedener Interessengruppen hinter den Kulissen *Theweleit* FAZ v. 24.12.2021: „Der harte Kampf um die Reform des ‚Financial Fairplay'".

323 → V. Rn. 22–44 m.w.N.

324 EuGH ECLI:EU:C:2015:519 = BeckRS 2015, 81799 – Striani/UEFA.

325 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 55 ff. – Galatasaray/UEFA; → IV. Rn. 302.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Das am CAS geführte Schiedsverfahren *Manchester City FC/UEFA* betraf einen seitens der UEFA sanktionierten – angeblichen – Verstoß des Clubs aus der Premier League gegen das FFP. Etwas überraschend erwiesen sich Verjährungsregelungen[326] sowie der Nachweis eines solchen Verstoßes zur „comfortable satisfaction" der Schiedsrichter des zuständigen Panels als allzu hohe, letztlich unüberwindliche Hürden.[327] Damit brauchte sich der CAS in diesem Verfahren nicht mehr mit der Vereinbarkeit des FFP mit dem europäischen Kartellrecht auseinanderzusetzen. 176

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[328]

Da es sich beim FFP um Verbandsstatuten handelt, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse der UEFA in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. Ergänzend kann aber auch der Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV angewendet werden. 177

Beim FFP liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen oder -maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise kann die UEFA Einfluss ausüben, ob und – wenn ja – welche Fußballclubs an der UEFA Champions League, der UEFA Europa League und der UEFA Europa Conference League teilnehmen dürfen. Damit ist in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet,[329] sofern vom FFP wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.[330] Bestätigt wird dieser Umstand dadurch, dass die EU-Kommission „the ensuring of financial stability of sport clubs/teams" den im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests berücksichtigungsfähigen Besonderheiten des Sports zurechnet.[331] 178

Die Vorschriften des FFP richten sich nicht allein an die regelungsunterworfenen mittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. die Fußballclubs, sondern insbesondere auch an potentielle Investoren und Sponsoren. Diese sind als verbandsunabhängige Dritte mittelbar vom FFP betroffen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung des FFP nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit"[332] betroffen. 179

326 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 163 ff. – Manchester City FC/UEFA; s. zur Verjährungsproblematik *Grothe* SpuRt 2021, 67 ff. m.w.N.
327 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 199 ff. – Manchester City FC/UEFA.
328 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.
329 So im Ansatz auch *Esposito* 409–418; *Heermann* CaS 2013, 263 (269–275); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (6); zweifelnd *Putzier* 125.
330 Hierzu → XIII. Rn. 181–185.
331 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.5.; → VI. Rn. 210 f.
332 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

180 Der der UEFA als Sportverband zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[333] reicht bei der konkreten Ausgestaltung der FFP-Regelungen umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. Die FFP-Regelungen stellen zwar Zulassungsvoraussetzungen für die Teilnahme an den von der UEFA für Fußballclubs veranstalteten europäischen Ligawettbewerben dar und weisen insoweit eine große sachliche Nähe zur Sportausübung auf. Allerdings wirken sie sich zweifellos auch auf die Finanzierungsmöglichkeiten der an den Ligawettbewerben teilnehmenden Clubs und auf deren Investoren aus, ohne dass dies jedoch in irgendeiner Weise auf die unternehmerischen Tätigkeiten der UEFA ausstrahlt. Deshalb ist der der UEFA bei der Ausgestaltung der FFP-Regelungen zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eher als durchschnittlich einzustufen, so dass die gerichtliche Kontrolldichte als weder überaus milde noch vergleichsweise streng einzustufen ist.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Wettbewerbsbeschränkung[334]

181 Auch wenn der CAS im Schiedsverfahren *Galatasaray/UEFA* das Vorliegen einer vom FFP ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung im konkreten Fall mangels hinreichender Beweise ablehnte,[335] attestiert die vorherrschende Auffassung dem FFP doch im Allgemeinen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen. Zunächst hatte die UEFA dies auch überraschend freimütig zugegeben und auf ihrer offiziellen Website eine „Reduzierung des Drucks von Gehältern und Transfersummen sowie Begrenzung der inflationären Auswirkungen" als zentrale Zielsetzungen des FFP ausdrücklich angesprochen.[336] Vermutlich war sich der Fußballverband anfangs der kartellrechtlichen Brisanz dieser Aussagen nicht bewusst gewesen – ein in der Welt des (Fußball-)Sports durchaus bekanntes Phänomen.[337] Die damaligen Aussagen auf der Website der UEFA waren ein recht eindeutiges Eingeständnis eines beabsichtigten Preiskartells. Alsbald war jedoch die betreffende Website mit den brisanten Passagen gelöscht, letztere sind seither – soweit ersichtlich – auch an anderer Stelle nicht wiederholt worden. Festzustellen ist zudem, dass in

333 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
334 Hierzu → VI. Rn. 12.
335 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 55 ff. – Galatasaray/UEFA; krit. hierzu → IV. Rn. 302.
336 *Heermann* CaS 2013, 263 (265) m.w.N.
337 S. stellvertr. im Hinblick auf Vertreter der Football Association Premier League EuGH Slg. 2011, I-9159, Rn. 32, 34 (insoweit nicht abgedruckt in SpuRt 2011, 245) – FAPL/Karen Murphy; hierzu *Heermann* WRP 2012, 371 (372).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 2 FFP,[338] der Auflistung der mit dem FFP verfolgten Ziele, zu keinem Zeitpunkt Zielsetzungen wie „Reduzierung des Drucks von Gehältern und Transfersummen sowie Begrenzung der inflationären Auswirkungen" angesprochen worden sind. *Weatherill* hat sich gleichwohl seine rechtliche Skepsis gegenüber der Europarechtskonformität des FFP bis heute bewahrt:[339]

> „The suspicion is that FFP's noble discourse of rationality in financing is a camouflage for an anti-competitive agreement which is designed to limit spending by all employers in the sector in order to maximize profits. Remarkably und surprisingly that suspicion is converted into an explicit confession by UEFA's own website. […]"

182 Es ist offensichtlich, dass die an den europäischen Ligawettbewerben teilnehmenden Fußballclubs durch das FFP insoweit beschränkt werden, als sie nicht mehr im Rahmen autonomer unternehmerischer Entscheidungen festlegen können, in welchem Umfang man Investitionen tätigt oder auf dem Transfermarkt sich die Dienste von Fußballspielern sichert.[340] Demgegenüber nehmen *Stopper/Karlin* nicht aus der Perspektive der Clubs, sondern ihrer finanziellen Unterstützer eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an.[341] Durch das FFP werde ein verbundenes Unternehmen dabei beschränkt, im Rahmen einer freien unternehmerischen Entscheidung festzulegen, in welchem Maße man sich im Wettbewerb mit anderen Unternehmen zum Beispiel um eine Sponsoring-Leistung bei einem Club bewerben könne.

183 Freilich sind die vielfach behaupteten kausalen Zusammenhänge zwischen dem FFP und den Investitionsmöglichkeiten der Fußballclubs, aber auch der potentiellen Investoren und Sponsoren nicht stets so offensichtlich, wie dies in der Vergangenheit wiederholt suggeriert wurde. In diesem Kontext zeigt die COVID-19-Pandemie eindrucksvoll, wie schnell und vielleicht sogar nachhaltig sich nicht nur die ökonomischen Rahmenbedingungen im Sport, sondern auch die Dynamik des in diesem Sektor bestehenden wirtschaftlichen Wettbewerbs ändern können. Dies sei am Beispiel des deutschen Profifußballs anhand der Transferausgaben in der 1. Bundesliga von der Spielzeit 2013/14 bis zur Spielzeit 2020/21 veranschaulicht:[342]

338 → XIII. Rn. 187.
339 *Weatherill*, Principles, 2017, 273 m.w.N.
340 *Esposito* 403 spricht insoweit von einer „Kernbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV". Mit ähnl. Begründung von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgehend *St. Horn* 266 f.; *Kliesch* 309; *Heermann* CaS 2013, 263 (263 f.).
341 Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 23 Rn. 45.
342 Abrufbar unter https://www.transfermarkt.de/transfers/transfersalden/statistik/plus/0?sa=1&saison_id=2013&saison_id_bis=2020&land_id=40&nat=&pos=&w_s= (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Spielzeit	Transferausgaben	Transfereinnahmen	Saldo
2013/14	299,55 Mio. €	210,60 Mio. €	-88,96 Mio €
2014/15	334,93 Mio. €	188,45 Mio. €	-146,48 Mio. €
2015/16	474,70 Mio. €	537,42 Mio. €	+62,72 Mio. €
2016/17	708,67 Mio. €	552,10 Mio. €	-156,57 Mio. €
2017/18	678,29 Mio. €	607,99 Mio. €	-70,30 Mio. €
2018/19	537,81 Mio. €	554,39 Mio. €	+16,58 Mio. €
2019/20	949,29 Mio. €	638,25 Mio. €	-311,04 Mio. €
2020/21	359,50 Mio. €	324,57 Mio. €	-34,93 Mio. €

184 Diese Zahlen kann man in vielerlei Hinsicht deuten. Tatsächlich stiegen die Transferausgaben nach Einführung des FFP – entgegen zahlreicher gegenteiliger Prognosen – zumindest in der 1. Bundesliga mit einer Ausnahme in der Saison 2018/19 kontinuierlich, teils rasant um mehr als das Dreifache, bevor sie dann in der Spielzeit 2020/21 dramatisch einbrachen und etwa auf das Niveau der Saison 2014/15 zurückfielen. Es steht zu vermuten, dass der deutliche Rückgang der Transferausgaben und auch der noch signifikantere Rückgang des negativen Transfersaldos in der Saison 2020/21 im Vergleich zur Vorsaison auch mit Corona-bedingt geringer gefüllten Kassen der Fußballclubs zusammenhing.[343]

185 Die Transferausgaben und -einnahmen sind natürlich nur ein Parameter, Angaben zu den anderen Posten auf der Einnahmen- und Ausgabenseite der Bundesligisten fehlen, so dass das Bild hier unvollständig bleiben muss und keine abschließende Beurteilung des Finanzgebarens der Clubs der 1. Bundesliga in den erfassten acht Spielzeiten zulässt. Freilich zeigt bereits die gewählte Aufstellung, dass es alles andere als trivial ist, einen kausalen Zusammenhang zwischen dem FFP und daraus resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen hinsichtlich Investitionsentscheidungen der Fußballclubs sowie dort engagierter Investoren und Sponsoren herzustellen.

(2) Meca-Medina-Test oder Art. 101 Abs. 3 AEUV?

186 Wie bereits festgestellt,[344] ist wegen des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen dem FFP und der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Ligabetriebs der Weg zur Anwendung des *Meca-Medina*-Tests eröffnet. Verschiedentlich ist – so auch schon frühzeitig seitens des *Verfassers*[345] – eine Recht-

343 *Meyhoff/Montazeri* Spiegel Online v. 1.2.2022: „Corona hat den Transfermarkt verändert. Daten zeigen: Europas Klubs investieren weiter deutlich weniger in neue Spieler, der Trend geht zum ablösefreien Wechsel. Nur die Premier League hat die Krise überwunden."

344 → XIII. Rn. 178.

345 *Heermann* CaS 2013, 263 (269–275).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fertigung etwaiger vom FFP ausgehender Wettbewerbsbeschränkungen auf der Basis des *Meca-Medina*-Tests als wahrscheinlich eingestuft worden.[346] Aber auch die Gegenauffassung wird vertreten.[347] Schließlich ist vereinzelt auch die Möglichkeit einer Rechtfertigung allein am Maßstab von Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft und im Ergebnis abgelehnt worden, wobei der *Meca-Medina*-Test insoweit überhaupt keine Rolle spielte.[348] Das Meinungsspektrum im Schrifttum ist damit weit gefächert, während die Kartellbehörden sowie die Judikatur das FFP in kartellrechtlicher Hinsicht noch nicht beanstandet haben.

(3) Legitime Zielsetzung[349]

Zur Ermittlung der mit dem FFP verfolgten Zielsetzungen[350] bietet sich zunächst ein Blick auf Art. 2 Abs. 2 FFP an: 187

> Dieses Reglement soll außerdem die Erreichung eines finanziellen Fairplays in den UEFA-Klubwettbewerben bezwecken und insbesondere:
>
> a) die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Klubs verbessern sowie ihre Transparenz und Glaubwürdigkeit erhöhen;
> b) für eine angemessene Berücksichtigung des Gläubigerschutzes sorgen und sicherstellen, dass die Klubs ihren Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern, Sozialversicherungsinstitutionen bzw. Steuerbehörden sowie anderen Vereinen fristgerecht nachkommen;
> c) für mehr Disziplin und Rationalität im finanziellen Bereich des Klubfußballs sorgen;
> d) Klubs dazu bringen, im Rahmen ihrer eigenen Einnahmen zu wirtschaften;
> e) verantwortungsvolle Ausgaben für den langfristigen Nutzen des Fußballs fördern;
> f) die Lebensfähigkeit und Nachhaltigkeit des europäischen Klubfußballs langfristig schützen.

Die mit dem FFP verfolgten Zielsetzungen kann man in folgender Weise zusammenfassen: Die an europäischen Ligawettbewerben teilnehmenden Clubs sollen zu einem soliden, nachhaltigen und verantwortungsbewussten Wirtschaften angehalten werden.[351] Es geht also um die Sicherung der Funktionsfähigkeit der UEFA-Ligawettbewerbe,[352] die Förderung verantwortungsbewussten Wirtschaf- 188

346 *Esposito* 409–418; *Kliesch* 310 f.; i.Erg. ebenso *Henneberg* 252, wenngleich ohne ausdrückl. Bezugnahme auf den *Meca-Medina*-Test; ohne kartellrechtliche Analyse i.Erg. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 204 und Kap. 3 Rn. 157.

347 *Stopper* SpuRt 2013, 2 (6): „Auch hier gilt deshalb, dass die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit wohl nicht in angemessener und somit rechtfertigungsfähiger Form vollzogen wird, wenn man die Qualität von Finanzströmen Dritter beurteilen will […]"; so auch Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 23 Rn. 45.

348 *St. Horn* 269–274; a.A. *Putzier* 125 („Allerdings dürfte das FFP freistellungsfähig sein.").

349 Hierzu → VI. Rn. 176–284.

350 S. hierzu *Esposito* 410 f.; *Heermann* CaS 2013, 263 (269–272).

351 *Esposito* 388.

352 *Esposito* 388–390.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tens[353] sowie die Gewährleistung der finanziellen Stabilität der Clubs.[354] *Schuhmacher* hat insoweit nicht das verfolgte Ziel, sondern die dafür verwendete Begrifflichkeit kritisiert:[355]

> „Das FFP führt den Terminus Fair Play ad absurdum. Zutreffender, wenngleich weniger öffentlichkeitswirksam, wäre es gewesen, das Regelwerk als das zu bezeichnen, was es tatsächlich darstellt: eine Schuldenbremse."

Auch *Weatherill* erkennt die Zielsetzung an und weist darauf hin, dass die EU-Kommission bereits angedeutet habe, diese Zielsetzung als legitim einzustufen:[356]

> „So FFP, as an *ex ante* control based on expenditure control and licensing, is aimed at securing the integrity of club football competitions. The Commission appears inclined to take this favourable attitude towards the compatibility of FFP with EU law."

Dem ist zuzustimmen, weil die EU-Kommission „the ensuring of financial stability of sport clubs/teams" zu den im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests berücksichtigungsfähigen Besonderheiten des Sports zählt.[357]

189 Soweit *Hail*[358] gegenüber den genannten Zielsetzungen Skepsis äußert, ob diese im Sinne einer notwendigen Funktionsbedingung für die Ausübung des Spitzensports als legitim angesehen werden könnten, lässt dieser Ansatz ein unnötig enges Verständnis der legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests erkennen.[359] Letztlich gehört es zur Ironie des Schicksals, dass die insbesondere von betroffenen Fußballclubs vielfach kritisierten Zwecksetzungen sowie die Umsetzung des FFP in der Praxis vermutlich bei vielen derjenigen Clubs, die in den Anwendungsbereich des Reglements fallen, in Zeiten der COVID-19-Pandemie noch tiefer greifende, negative ökonomische Auswirkungen verhindert haben.

190 Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Herbeiführung einer wie auch immer ausgestalteten *competitive balance* nicht Ziel des FFP ist.[360] Auch wenn dies wiederholt insbesondere im sportökonomischen Schrifttum angenommen worden ist,[361] so lässt sich doch Art. 2 FFP diese Zielsetzung nicht ansatzweise entnehmen. Ein weiterer Grund spricht gegen eine solche Annahme: In den Anwendungsbereich des FFP fallen über Jahre hinweg regelmäßig die „üblichen Verdächtigen", d.h. einige, finanziell höchst unterschiedlich ausgestattete, sportlich

353 *Esposito* 390 f.; ähnl. *Kliesch* 310.
354 *Henneberg* 253.
355 *Schuhmacher* 335.
356 *Weatherill*, Principles, 2017, 277.
357 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.1.5.; → VI. Rn. 210 f.
358 *Hail* 351, 358.
359 Zur Begründung → VI. Rn. 177–183 m.w.N.
360 So auch *Kliesch* 201 („[…] bezweckt das FFP […] nicht, eine sportliche Ausgeglichenheit der Clubs untereinander herzustellen respektive zu erhalten"), dann aber ohne Begründung a.A. *Kliesch* 310 („[…] verfolgt das FFP […] den Erhalt des sportlichen Gleichgewichts").
361 Dagegen *Heermann* CaS 2013, 263 (271 f.) m.w.N. zum sportökonomischen Schrifttum.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überdurchschnittlich erfolgreiche Traditionsclubs aus den einzelnen europäischen Fußballligen. Im Übrigen setzen sich aber die Teilnehmerfelder in der UEFA Champions League, der UEFA Europa League und der UEFA Europa Conference League von Spielzeit zu Spielzeit neu zusammen. Bei dieser Ausgangslage ist unvorstellbar, wie insoweit durch das FFP eine wie auch immer geartete *competitive balance* innerhalb der Ligen überhaupt sollte angestrebt oder gar umgesetzt werden können. Damit ist es in diesem Kontext letztlich unerheblich, dass die Gewährleistung einer *competitive balance* nach hier vertretener Auffassung nicht automatisch, sondern allenfalls unter besonderen Voraussetzungen zu den legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests zählt.[362]

(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung[363]

Wenn eine vom FFP ausgehende Wettbewerbsbeschränkung vorliegen sollte, könnte man bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests aus verschiedenen Gründen daran zweifeln, dass die in Art. 2 Abs. 2 FFP gesetzten Ziele in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden: 191

Das FFP soll zumindest bei den für die europäischen Ligawettbewerbe qualifizierten Fußballclubs wie eine Schuldenbremse wirken. So zumindest die Theorie! Wenn man sich indes die Transferaktivitäten einiger europäischer Top-Clubs zumindest bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie (und bei Paris Saint-Germain Football Club und von Investoren beherrschten Clubs in der englischen Premier League Football auch danach) in Erinnerung ruft, können Zweifel daran aufkommen, ob das Ziel der Schuldenreduzierung mit dem FFP überhaupt verfolgt wird.[364] Zudem eröffnet das FFP seit jeher Möglichkeiten zur Umgehung der auf den ersten Blick strengen *Break-even-Rule*,[365] die bislang vielleicht nicht hinreichend ausgeschlossen worden sind.[366] In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die UEFA wiederholt Sanktionen ausgesprochen hat. Indes sind diese im bislang prominentesten Verfahren gegen Manchester City FC, finanziell großzügig unterstützt von Geldgebern aus den Vereinigten Arabischen Emiraten, vom CAS letztlich wieder aufgehoben worden, weil es nach Ansicht der Schiedsrichter an überzeugenden Beweisen für die Verstöße gegen das FFP ge- 192

362 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.

363 Hierzu → VI. Rn. 269–284.

364 So sollen sich etwa die Schulden des FC Barcelona nach der Saison 2019/20 auf einen Betrag von 1,17 Mill. € belaufen haben – sicherlich ein Extremfall; vgl. SZ v. 26.1.2021 („Barça plagen mehr als eine Milliarde Euro Schulden"), abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fc-barcelona-schulden-1.5186446 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Zu Umgehungspraktiken s. etwa *Aumüller* SZ v. 14.9.2021 („Financial Fairplay im Fußball – Sanktionen nur auf dem Papier").

365 S. hierzu stellvertr. *Heermann* CaS 2013, 131 ff.; *Heermann* CaS 2015, 3 ff.

366 Krit. daher *Henneberg* 249 im Hinblick auf die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mangelt habe.[367] Hier soll nicht abschließend geklärt werden, ob die in Art. 2 Abs. 2 FFP vorgegebenen Zielsetzungen von der UEFA überhaupt erreicht werden können. Insoweit bietet das FFP im Lichte des *Meca-Medina*-Tests jedoch zumindest einstweilen eine offene Flanke.

193 Ein vielfach erhobener Vorwurf lautet, dass das FFP an den bestehenden wirtschaftlichen und sportlichen Kräfteverhältnissen nichts ändere. Dies hat etwa *Weatherill* mit folgenden Worten zusammengefasst:[368]

> „[…] FFP does not contribute to competitive balance – it enshrines competitive imbalance."

Das ist zwar sachlich grundsätzlich zutreffend, wenn man von Ausnahmen wie etwa Red Bull Salzburg und RB Leipzig einmal absieht. Dabei wird jedoch vernachlässigt, dass die Herbeiführung einer *competitive balance* nicht zu den Zielen gehört, die mit dem FFP verfolgt werden sollen.

(5) Inhärenz[369]

194 Sofern die legitimen Zielsetzungen des FFP in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden (was zu Vereinfachungszwecken an diesem Punkt unterstellt werden soll), sind die Verbandsregelungen regelmäßig auch untrennbar mit den durch das FFP verursachten Wettbewerbsbeschränkungen (die hier gleichfalls unterstellt werden sollen) verbunden.[370]

(6) Verhältnismäßigkeit[371]

195 Sofern man bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests auf die Vorschriften des FFP und die Verbandsmaßnahmen zu deren Umsetzung überhaupt bis zur letzten Prüfungsstufe, d.h. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung, gelangt,[372] stößt man sodann auf ein uneinheitliches Meinungsbild. Nach hier vertretener Auffassung würde die Einführung von Gehaltsobergrenzen, sog. *salary caps*, kein milderes Mittel im Hinblick auf die verfolgten legitimen Ziele darstellen.[373] Entsprechendes würde im Falle der Einführung einer Luxussteuer (etwa bei Transferausgaben, die einen bestimmten Höchstbetrag übersteigen), der Herabsetzung der finanziellen

367 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 199 ff. – Manchester City FC/UEFA.
368 *Weatherill*, Principles, 2017, 277.
369 Hierzu → VI. Rn. 285–287.
370 *Esposito* 412–414; *Hail*, 356; *Heermann* CaS 2013, 263 (272).
371 Hierzu → VI. Rn. 288–315.
372 Hierzu *Esposito* 415–417; *Heermann* CaS 2013, 263 (272–275).
373 Zur Begründung *Heermann* CaS 2013, 263 (273); i.Erg. ebenso *Esposito* 417; a.A. *Jentsch* 392–405; *Stopper* SpuRt 2013, 2 (7).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anreize für die Teilnahme an den europäischen Clubwettbewerben oder auch einer Einnahmenumverteilung im Sinne einer Fondslösung gelten.[374]

Weatherill sieht ein milderes Mittel darin, eine Trennung zwischen dem Fußballverein als Ligamitglied und der Fußballkapitalgesellschaft herbeizuführen, wobei im Fall deren Insolvenz der Ligaverein einspringe und die Lizenz übernehme.[375] Hier drängen sich Zweifel geradezu auf. Durch einen solchen Ansatz, der aus guten Gründen in den deutschen Fußballbundesligen nicht umgesetzt werden kann,[376] würde eine solche Maßnahme vielfach eher Anreize für ein weiteres Anhäufen von Schulden und dann bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung für eine Stellung des Insolvenzantrags setzen. Es käme damit zu einer noch stärkeren Risikoverlagerung auf die Gläubiger, ohne dass das FFP flächendeckend zur wirtschaftlichen Stabilisierung der Fußballclubs beitragen würde. 196

Dieser Befund bedeutet zwar nicht, dass mildere Mittel zur Erreichung der in Art. 2 Abs. 2 FFP vorgegebenen Ziele undenkbar sind. Indes drängen sich offensichtlich mildere Mittel nicht auf, so dass weiterhin einiges für die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Vorschriften des FFP spricht.[377] 197

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Schon im Jahr 2013 gab der *Verfasser* eine erste Einschätzung zur europarechtlichen Konformität des FFP ab, an der auch neun Jahre später festgehalten wird: 198

> „Für die UEFA stehen indes nach hier vertretener Auffassung und im Gegensatz zur Einschätzung zahlreicher Kommentatoren die Chancen gut, dass das FFP einstweilen den Attacken im Wesentlichen standhält."[378]

> „Die Erwägungen im Rahmen dieses Abschnitts führen zu dem Ergebnis, dass die rechtlichen Hürden für die erfolgreiche Durchsetzung europarechtlicher Bedenken in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren im Allgemeinen und im ‚Striani'-Fall im Besonderen hoch sind und sich nicht ohne weiteres überwinden lassen."[379]

Weatherill ist hingegen letztlich tendenziell zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt (Hervorhebungen durch *Verfasser*): 199

> „The **legal status of FFP** under EU law is **intriguingly uncertain**."[380]

374 Ausf. hierzu *Heermann* CaS 2013, 263 (273 f.) m.w.N.
375 *Weatherill*, Principles, 2017, 275 f.
376 § 8 Abs. 1 Satzung DFL e.V.: Vereine der Lizenzligen und Kapitalgesellschaften mit den in sie ausgegliederten Lizenzspielerabteilungen bzw. weiteren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben erwerben die Mitgliedschaft im DFL e.V. mit Erteilung der beantragten Lizenz durch den DFL e.V.
377 *Hail* 358.
378 *Heermann* CaS 2013, 263 (267); i.Erg. ebenso *Henneberg* 254.
379 *Heermann* CaS 2013, 263 (275).
380 *Weatherill*, Principles, 2017, 273 m.w.N. in Fn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „[…] UEFA and the big football clubs have done a very successful job in getting close to the Commission and persuading it to work harmoniously with them. In summary, **the compatibility of FFP with EU law is on a knife-edge**. […]“[381]

Dieser Befund hat sich im Rahmen der vorangehenden Erwägungen nicht bestätigt. Es ist nicht erkennbar, dass die Vereinbarkeit des FFP mit dem EU-Recht in den letzten Jahren einmal auf des Messers Schneide gestanden hätte, auch wenn es diesbezüglich verschiedene Anläufe gegeben hat (und vermutlich auch noch weiterhin geben wird). Erfolgreiche Angriffe auf das FFP, gestützt auf eine davon ausgehende Beschränkung der europäischen Grundfreiheiten und/oder Verletzung von Art. 101 AEUV bzw. Art. 102 AEUV[382], muten bis auf Weiteres eher unwahrscheinlich an.

200 Es zeigt sich erneut, wie zielsicher bereits im Jahr 2007 die Einschätzung der EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport war, die überraschenderweise in der bisherigen Diskussion weitgehend vernachlässigt worden ist (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[383]

> „2.2.1 Examples of sporting rules **unlikely to infringe Articles 81(1) and 82 EC**
>
> 2.2.1.7 **Licensing systems for sport clubs/teams in league competitions: Licensing requirements, such as rules on financial management and financial stability**, frequently have to be fulfilled in order to participate in professional leagues. The **objective of such licensing rules** is normally **to ensure the financial stability of clubs/teams (and thus the regularity of sport competitions)** and the availability of proper and safe sport facilities, i.e., aspects which are **inherent in, and necessary for, the organisation of sport**. In view of this and of the large number of different licensing requirements that may be devised by sports associations, the rules included in such licensing systems which may interfere with business decisions of clubs/teams would have to be reviewed very carefully. **Licensing rules may not go beyond what is necessary in order not to infringe Articles 81 and 82 EC.**“

201 Zudem hat die UEFA, wie *Flanagan*[384] zutreffend feststellt, bislang auf sich abzeichnende rechtliche Herausforderungen recht flexibel dadurch reagiert, dass kleinere Anpassungen, Ergänzungen oder Modifikationen des FFP umgesetzt wurden (Hervorhebungen durch *Verfasser*):

> „The Corridor of Uncertainty casts FIFA and UEFA as being faced with unavoidable theoretical and manifest legal challenges, and puts those bodies in the difficult position of deciding whether to defend, by relaxing the relevant rules, or attack, by asserting their authority. FIFA and UEFA have balanced this approach with success. **Financial regulatory initiatives have been incredibly resilient to legal challenges.** The uncertainty that exists is engendered by the scope for legal challenge, not, in general, by the prospect of challenges being successful. This balance is demonstrated well in the institution, chal-

381 *Weatherill*, Principles, 2017, 278.
382 So im Hinblick auf den vorliegend weitgehend vernachlässigten Missbrauchstatbestand auch *Esposito* 418 f.; *Kliesch* 330.
383 Commission Staff Working Document, Annex I Abschn. 2.2.1.7.
384 *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (37.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> lenges, and changes to FFP […]. FFP met dispute in the literature and in practice. In response, **UEFA defended its position, while iteratively amending and gently liberalising the rules.** FFP's challengers have been unable, in the years since its introduction, to obtain a formal, binding adjudication as to the illegality of the rules despite rigorous attempts […]"

Es bleibt dabei: Das FFP hat sich bislang als standhafter Felsen in der Brandung erwiesen, die durch die europäischen Grundfreiheiten und das europäische Wettbewerbsrechts ausgelöst wird. Allerdings ist das FFP ein weitgehend zahnloser Tiger, soweit es der UEFA – wie zuletzt – nicht gelingt, Verstöße gegen das Reglement in Verfahren vor dem CAS überzeugend nachzuweisen.[385] 202

b) Lizenzierungsverfahren im deutschen Fußball

aa) Ausgangsproblematik

(1) Feststellungen der EU-Kommission

Im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 hat die EU-Kommission allgemeine Feststellungen zu Lizenzierungssystemen in Sportligen und damit insbesondere auch in den nationalen Fußballligen Europas getroffen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[386] 203

> „4.7. Licensing systems for clubs
>
> In sport competitions certain criteria must normally be fulfilled as a condition for sport clubs to participate. **One of the aims of such criteria is to prevent clubs from dropping out prematurely and therefore distorting the results of the competition.** These criteria, which are set by sport federations or the organisers of leagues, are most often financial, but they also frequently require compliance with certain standards relating to e.g. safety for spectators and athletes. **The set of criteria to be fulfilled in order to enter a sport competition is often referred to as a licensing system.** Licensing systems exist in different sports (e.g. football, basketball, rugby etc.) and they are applied in national or European competitions.
>
> […]
>
> **Licensing systems represent a compromise between the traditional openness of competitions in Europe, where access is allegedly based only on sporting merits, and the alternative approach of closed competitions in professional leagues, where the ‚financial' merit is preponderant.** Licensing systems thus represent an evolution of the so-called European approach to sport, where sport merit remains the main criterion for a club to be entitled to participate in often highly professionalized competitions while having equally to fulfil a set of minimum financial and management standards. This should ultimately improve the financial and social sustainability of clubs.

385 CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 199 ff. – Manchester City FC/UEFA.
386 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.7.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **Licensing systems generally aim to ensure that all clubs respect the same basic rules on financial management and transparency, but could also include provisions regarding discrimination, violence, protection of minors and training.**
>
> The usefulness of robust licensing systems should be acknowledged for professional clubs at European and national levels. **Such systems must be compatible with competition and Internal Market provisions and may not go beyond what is necessary for the pursuit of a legitimate objective relating to the proper organisation and conduct of sport. The principle of proportionality must be respected.**
>
> Efforts need to concentrate on the implementation and gradual reinforcement of licensing systems. In the case of football, where a licensing system will soon be compulsory for clubs entering European competitions, action needs to concentrate on promoting and encouraging the use of licensing systems at national level."

204 Diese Feststellungen sind recht allgemein gehalten. Das überrascht nicht, denn das Begleitdokument gibt in seinen deskriptiven Passagen lediglich einen Überblick über die Situation innerhalb der Mitgliedstaaten der EU. Die Ausführungen zu den mit Club-Lizenzierungssystemen verfolgten Zielen sind natürlich nicht abschließend. Von erheblicher Bedeutung für das Verständnis solcher Lizenzierungssysteme ist freilich die Feststellung, dass es sich insoweit um einen Kompromiss zwischen der Offenheit von Sportwettkämpfen in Europa, wie sie inzwischen auch in Art. 165 Abs. 2 Spielstrich 7 AEUV anerkannt wird, und geschlossenen Ligen darstellt, wie sie insbesondere in den nordamerikanischen Major Leagues anzutreffen sind. Dies zeigt zugleich, dass bei einer Strukturierung und Ausgestaltung einer Sportliga zum einen den Lizenzierungsverfahren für die Ligamitglieder eine zentrale Rolle zukommt und zum anderen erheblicher Gestaltungsspielraum zwischen offenen Sportwettkämpfen auf der einen und geschlossenen Ligen auf der anderen Seite besteht.

(2) Nationale Umsetzung durch DFL-Lizenzierungsordnung

205 Exemplarisch für nationale Lizenzierungsverfahren für Sportclubs, die an einem Ligawettkampf teilnehmen, ist vorliegend die Lizenzierungsordnung des DFL e.V. (LO; Stand: 15.12.2021) ausgewählt worden, deren Regelungen von der DFL GmbH umgesetzt werden. Die LO soll hier nicht im Detail dargestellt werden.[387] Stattdessen soll zur Vorbereitung der anschließenden Erwägungen zunächst ein Blick auf die mit der LO verfolgten Zielsetzungen geworfen werden, wie sie in der Präambel Abs. 2 LO niedergelegt sind:

> Um die Voraussetzungen für eine Lizenzerteilung zu überprüfen, führt der DFL e.V. ein Lizenzierungsverfahren durch. Dieses dient dazu,

387 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 132–149; Stopper/Lentze/*Holzhäuser*/*Wilkens* Kap. 20; bei der Monographie von *Holzhäuser* zur Vereinslizenzierung in deutschen Profisportligen ist zu beachten, dass sich seit der Veröffentlichung im Jahr 2006 die rechtlichen Rahmenbedingungen teils erheblich geändert haben.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- den Liga-Spielbetrieb für die jeweils kommende Spielzeit, wie auch längerfristig zu sichern, zuverlässig planen und durchführen zu können,
- die Stabilität sowie die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit der Lizenznehmer auch für andere nationale und internationale Wettbewerbe gewährleisten zu helfen,
- die Integrität des Wettbewerbs zu erhöhen,
- Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit auszubauen,
- Management- und Finanzstrukturen zu fördern,
- das öffentliche Image und die Vermarktung der Liga wie auch der Lizenznehmer zu fördern und zu sichern, dass sie stabile Bestandteile unserer Gesellschaft, zuverlässige Partner des Sports und der Wirtschaft sind.

Auffällig und zu begrüßen ist die Tatsache, dass das Lizenzierungsverfahren – anders als in früheren Jahren – nicht mehr primär darauf ausgerichtet ist, den Ligaspielbetrieb allein für die nachfolgende Saison abzusichern und zu verhindern, dass mit der Insolvenz eines Ligamitglieds während der laufenden Spielzeit der *worst case* eintritt (1. Spiegelstrich). Das Lizenzierungsverfahren soll zudem die Stabilität sowie die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit der Lizenznehmer in der Bundeliga, aber auch in anderen deutschen und internationalen Wettbewerben zu „gewährleisten […] helfen" (2. Spiegelstrich). Dieses Ziel ist so zurückhaltend und vage formuliert, dass es durch die Umsetzung der LO nicht verfehlt werden kann. Es bietet den Lizenznehmern letztlich sehr (zu?) wenig Orientierung, ob der auch während der COVID-19-Pandemie noch weitgehend vorherrschende sportliche und wirtschaftliche Egoismus der einzelnen Ligamitglieder weiterhin die Oberhand behalten oder zugunsten einer spürbaren wirtschaftlichen Stärkung der gesamten Liga *und* sämtlicher Ligamitglieder modifiziert werden soll. Auf diesen Aspekt wird nochmals zurückzukommen sein.[388] Entsprechendes gilt etwa für die Ziele der Förderung der Finanzstrukturen (5. Spiegelstrich) oder die Absicherung, dass die Liga sowie die Lizenznehmer „stabile Bestandteile unserer Gesellschaft" sind (6. Spiegelstrich). 206

Bemerkenswert ist der Umstand, dass die LO „die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit der Lizenznehmer" nicht nur für die Bundesliga, sondern insbesondere auch für die europäischen Ligawettbewerbe „gewährleisten […] helfen" soll (2. Spiegelstrich). Es ist nachvollziehbar und sicherlich sachgerecht, dass Bundesligisten in europäischen Clubwettbewerben ebenfalls leistungs- und vor allem konkurrenzfähig sein sollen und dadurch der Fokus der LO über den nationalen Tellerrand hinaus erweitert wird. Erfahrungsgemäß kommen aber aus sportlichen Gründen mindestens einer Drittel der Clubs in der Bundesliga als Aspiranten für europäische Clubwettbewerbe von vornherein nicht in Betracht, ganz zu schweigen von den Clubs in der 2. Bundesliga. Wenn aber nur „die üblichen Verdächtigen" realistischerweise in europaweiten Ligen leistungs- und konkurrenzfähig mitmischen können, bedeutet dies zugleich, dass eine größere 207

388 → XIII. Rn. 225–229.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sportliche und wirtschaftliche Ausgeglichenheit innerhalb der *gesamten* Bundesliga Illusion bleiben wird. Diese zwar nicht direkt angesprochene, letztlich aber sehr wahrscheinliche Konsequenz für die Struktur der Bundesliga ist unabhängig von den persönlichen Präferenzen außenstehender Betrachter, die durchaus abweichen können, zu akzeptieren, basiert sie doch auf dem mehrheitlichen Willen der Mitglieder des DFL e.V., die die Regelungen der LO verabschiedet haben.

208 Nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie ist verstärkt diskutiert worden, wie die drastischen wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich alsbald bei den Fußballbundesligisten nach der vorübergehenden Einstellung des Spielbetriebs im Frühjahr 2020 zeigten, künftig vermieden werden können. Die DFL hat eine Taskforce „Zukunft Profifußball" eingesetzt, die am 3.2.2021 einen zusammenfassenden Ergebnisbericht mit 17 Handlungsempfehlungen veröffentlicht hat.[389] Dabei weist die 6. Handlungsempfehlung Bezug zum Lizenzierungsverfahren auf:

> „6. Zeitnahe Einberufung einer Arbeitsgruppe zur Stärkung wirtschaftlicher Stabilität von Profifußballclubs
>
> – Um die zukünftige wirtschaftliche Stabilität aller Profifußballclubs und somit auch die Integrität der Wettbewerbe sicherzustellen, ist eine Anpassung des Lizenzierungsverfahrens mit Blick auf wirtschaftliche/finanzielle Kriterien als weitere Maßnahme sinnvoll.
> – Die Balance zwischen Einnahmen- und Ausgabenseite soll sichergestellt werden. Dies sollte im Rahmen der nächsten Diskussion zur Verteilung der Medienerlöse berücksichtigt werden.
> – Neben strengeren Anforderungen an Liquidität, Profitabilität und Eigenkapitalbildung sollen u.a. auch Regularien für Personal- und Transferausgaben, aber auch Kadergrößen und Leihgeschäfte, diskutiert werden.
> – Aufgrund der großen thematischen Überschneidungen sind die Einbindung der bestehenden Kommissionen ‚Finanzen' und ‚Fußball' und die Einbeziehung der Spielervertreter geboten."

209 Hier musste es bei Empfehlungen bleiben, weil die Taskforce kein Organ des DFL e.V. ist, welches Änderungen der Statuten selbst herbeiführen oder auch nur beantragen könnte. Interessant wird sein zu beobachten, wie eine „Balance zwischen Einnahmen- und Ausgabenseite soll sichergestellt werden" können (2. Spiegelstrich). Die Verteilung der Medienerlöse, die bereits seit vielen Spielzeiten erfolgt, ist zu diesem Zweck aufgrund der bisherigen Erfahrungen kaum geeignet.

210 Es ist ernüchternd zu sehen, dass – anders als im allgemeinen Wirtschaftsverkehr – eine solche Balance bislang nicht bei allen Bundesligisten angestrebt worden zu sein scheint. Warum sonst sollte man diesen Aspekt überhaupt er-

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wähnen? Wenn dies aber der Fall sein sollte, wäre ein Appell an die Eigenverantwortung der Lizenznehmer mindestens ebenso berechtigt gewesen, um dadurch zugleich die Interessen der Liga sowie der übrigen Ligamitglieder zu wahren. Zwar bestehen insoweit aufgrund sportökonomischer Besonderheiten des Ligawettbewerbs[390] durchaus Gefahren für ein *overspending* der Ligamitglieder, die – wie manche Bundesligisten zeigen – aber individuell beherrschbar sind. So aber vermittelt die zitierte Handlungsempfehlung den unzutreffenden Eindruck, eine fehlende Balance zwischen der Einnahmen- und Ausgabenseite sei im deutschen Bundesliga-Fußball gleichsam naturgegeben und könnte nur durch ein Eingreifen der Liga ausgeglichen werden.

(3) Rechtliche Schranken und Prüfungsmaßstab

211 Staatliches und supranationales Recht setzen der LO sowie der Umsetzung der entsprechenden Regelungen im Lizenzierungsverfahren Grenzen,[391] zu denen neben dem deutschen auch das europäische Kartellrecht und die europäischen Grundfreiheiten zählen.[392] Überraschenderweise ziehen *Holzhäuser/Wilkens*[393] als Prüfungsmaßstab aber eine sich vorrangig an § 242 BGB orientierende besondere Inhalts- und Ausübungskontrolle[394] heran, während zugleich eine AGB-rechtliche Kontrolle gem. § 305 ff. BGB[395] abgelehnt wird. Dabei drängt sich zumindest im Hinblick auf die Vereinbarkeit der LO sowie der darauf gestützten Verbandsmaßnahmen mit dem Kartellrecht und den europäischen Grundfreiheiten auch aufgrund der eindeutigen Hinweise im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007[396] eine Anwendung des *Meca-Medina*-Tests geradezu auf.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung),[397] zentrale Rechtsfragen und Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

212 Hinsichtlich der vorläufigen rechtlichen Einordnung der Prüfungsaspekte, der mit dem Lizenzierungsverfahren nach der LO verbundenen zentralen Rechtsfragen sowie der Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV gelten die Erwägungen zum UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay[398] entsprechend. Daraus ergibt sich gleichfalls eine Anwen-

390 → XIII. Rn. 230–238.
391 Ausf. hierzu Stopper/Lentze/*Holzhäuser/Wilkens* Kap. 20 Rn. 57–100.
392 Stopper/Lentze/*Holzhäuser/Wilkens* Kap. 20 Rn. 59 ff., 76 ff.
393 Stopper/Lentze/*Holzhäuser/Wilkens* Kap. 20 Rn. 81 ff.
394 Hierzu → III. Rn. 44–59 m.w.N.
395 Hierzu → III. Rn. 38–43 m.w.N.
396 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.7; zum Wortlaut → XIII. Rn. 203 f.
397 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.
398 → XIII. Rn. 177–202.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung des *Meca-Medina*-Tests als rechtlicher Prüfungsmaßstab. Der dem Ligaverband zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[399] bei der Aufstellung der Lizenzierungsvoraussetzungen ist eher weit und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist relativ gering bemessen, insbesondere solange nicht gezielt in die unternehmerische Entscheidungsautonomie der Lizenzbewerber und ihrer Investoren oder Sponsoren eingegriffen wird.[400]

cc) Herausforderungen für die Gestaltung von Lizenzierungsvoraussetzungen aus sportökonomischer Perspektive

(1) Ausgangslage

213 Wenn man die COVID-19-Pandemie und deren Auswirkungen auf die wirtschaftliche Lage der deutschen Fußballbundesligisten zum Anlass nimmt, Erwägungen darüber anzustellen, ob durch das bis dahin praktizierte Lizenzierungsverfahren die von der LO vorgegebenen Ziele in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wurden, könnte man geneigt sein, die Frage zu verneinen. Schließlich gerieten nahezu alle Lizenznehmer noch in der Spielzeit 2019/20 in eine zumeist mehr und nur vereinzelt weniger starke wirtschaftliche Schieflage. Die üblichen Lizenzierungsstandards mussten für die anschließende Saison 2020/21 weitgehend ausgesetzt werden. Das spricht zumindest auf den ersten Blick dagegen, dass sich das Lizenzierungsverfahren der DFL, dem zuvor europaweit Vorbildcharakter bescheinigt worden war, in der Krisensituation bewährt hat. Dies wäre indes ein voreiliger Rückschluss. Immerhin konnte eine Insolvenz einzelner Lizenznehmer während der Spielzeiten 2019/20, 2020/21 und vermutlich auch 2021/22 durch eine gemeinsame Kraftanstrengung des DFL e.V. und seiner Mitglieder, durch das Entgegenkommen der Medienanbieter sowie zahlreicher Sponsoren und durch andere Hilfsmaßnahmen sowie Einsparungen erfolgreich verhindert werden. Zudem sind in diesem Zusammenhang die sportökonomischen Besonderheiten des Ligasports zu beachten, die es nicht unmöglich, aber doch unwahrscheinlich erscheinen lassen, dass man die aus der Jahrhundertpandemie – zumindest bezogen auf das 21. Jahrhundert (die Spanische Grippe führte in den Jahren 1918 bis 1920 weltweit zu 20 bis 50 Millionen Todesfällen) – resultierenden wirtschaftlichen Probleme mittels einer anders gestalteten Lizenzierungsordnung vollständig hätte vermeiden können.

399 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

400 *Putzier* 244–246 erkennt – allerdings auf der Basis einer recht oberflächlichen Prüfung – eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Vereinbarkeit von Lizenzierungsanfordeurngen mit Art. 101, 102 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die sportökonomischen Besonderheiten des professionellen Ligasports herausgearbeitet werden.[401] 214

(2) Herstellung des Produkts Ligasport

Bereits das Produkt Ligasport unterscheidet sich in seiner Entstehung von anderen Produkten, die im sonstigen Wirtschaftsverkehr hergestellt werden. Denn mehrere miteinander konkurrierende Sportclubs müssen notwendigerweise miteinander kooperieren, um für die Zuschauer eine Dienstleistung, den sportlichen Ligawettkampf, überhaupt anbieten zu können. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zum sonstigen Wirtschaftsverkehr besteht darin, dass die Mitglieder einer Liga trotz sportlicher und wirtschaftlicher Konkurrenz in einem solchen Maße aufeinander angewiesen sind, dass die Insolvenz eines Ligamitglieds insbesondere während der laufenden Saison, aber auch darüber hinaus möglichst verhindert werden soll. Damit scheidet im Ligasport ein Regulativ weitgehend aus, das sich trotz aller damit für die betroffenen Gesellschafter und Arbeitnehmer verbundenen wirtschaftlichen und sozialen Härten im allgemeinen Wirtschaftsverkehr bewährt hat. Zwar unterliegen die Mitglieder einer Sportliga den gleichen insolvenzrechtlichen Vorschriften wie sonstige Unternehmen. Indes sind es im Ligasport gerade die Liga selbst und deren Mitglieder, die regelmäßig kein Interesse daran haben, dass ein Konkurrent aufgrund Insolvenz aus dem Ligabetrieb ausscheidet. Man mag sich zwar gegenseitig den sportlichen Erfolg streitig machen, der sportliche Abstieg eines Konkurrenten wird hingenommen, das Ausscheiden aus dem Wirtschaftsverkehr innerhalb des Ligasports wird aber, von wenigen Ausnahmen abgesehen, zumeist verhindert. 215

(3) Erlösquellen der Ligamitglieder und derzeitige Umverteilung der Erlöse

Die Ligamitglieder verfügen bei stark vereinfachender Betrachtung über sechs Erlösquellen, die sie teils zusammen mit der Liga, teils individuell ausschöpfen: 216

i. Erlöse aus der Verwertung der Medienrechte;
ii. Spieltagerlöse, insbesondere aus der Veräußerung von Eintrittskarten und der lukrativen Vermietung von Logen (Ticketing) sowie der Verpflegung der Zuschauer vor Ort (Catering und Hospitality);
iii. Sponsoringerlöse (Ausrüster, Trikot- und Ärmelwerbung, Werbebanden, sonstige Werbemaßnahmen innerhalb und außerhalb der Sportstätte);
iv. Erlöse aus dem Verkauf von Fanartikeln (Merchandising);

401 S. hierzu stellvertr. zuletzt *Galli* SpuRt 2020, 19 ff. m.w.N.; instruktiv auch unter Berücksichtigung der ökonomischen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den deutschen Bundesliga-Fußball *Chr. Breuer* FAZ v. 11.5.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

v. Erlöse aus Spielertransfers;
vi. Erlöse aus sonstigen Aktivitäten (eSport-Teams, Vermarktung von Spieldaten, Sportreisen von Fangruppen, außerhalb der Spieltage Vermietung von Logen zu privaten oder kommerziellen Zwecken etc.).

217 Für die weiteren Erwägungen zu seit vielen Jahren diskutierten Modifikationen der bislang praktizierten Umverteilungsmechanismen etwa im Wege der Einführung von Gehaltsobergrenzen für Spieler (sog. *salary caps*)[402] sollte man sich stets vor Augen führen, in welchem Ausmaß es aktuell überhaupt zu einer Umverteilung der Erlöse zwischen Ligamitgliedern kommt. Dies wird gerade bei der Präsentation (angeblich) neuer Ideen, die sich vielfach als die Übernahme einzelner, in den nordamerikanischen *Major Leagues* seit Langem praktizierter Umverteilungsansätze entpuppen, zumeist sträflich vernachlässigt. Aber erst wenn man weiß, welcher Teil der Erlöse tatsächlich zwischen Ligamitgliedern umverteilt wird, kann man die Effektivität der neuen Vorschläge überhaupt erst sachgerecht einschätzen:

218 i. Die Erlöse aus der zentralen nationalen und internationalen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und 2. Bundesliga werden bereits seit vielen Jahren umverteilt. Dabei erhält der Meister etwa den zwei- bis dreifachen Betrag, der einem Aufsteiger gutgeschrieben wird. Damit erzielen der Meister und einige andere Ligamitglieder, sofern sie über eine große Fanbasis verfügen, aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte tendenziell geringere Erlöse, als bei einer individuellen Vermarktung für diese Clubs jeweils erzielbar wären. Tendenziell entgegengesetzt verhält es sich bei den sportlich weniger erfolgreichen Ligamitgliedern, insbesondere wenn sie nur über eine relativ kleine Fanbasis verfügen. Insoweit findet also in gewissem Umfang sicherlich eine Umverteilung von über Jahre hinweg sportlich überdurchschnittlich erfolgreichen „reichen" Clubs zu sportlich weniger erfolgreichen „armen" Ligamitgliedern statt. Allerdings sollte man nicht erwarten, dass sich dadurch die bereits weit geöffnete Schere zwischen „reichen" und „armen" Clubs wieder schließen lässt, eher ist von einer weiteren, aufgrund der Umverteilung lediglich verlangsamten Öffnung der Schere auszugehen. Denn die sportlich und damit oftmals auch wirtschaftlich besonders erfolgreichen Ligamitglieder erzielen durch die Teilnahme an den teils überaus lukrativen europäischen Ligawettbewerben je nach sportlichem Vorankommen zusätzliche Einnahmen (insbesondere aus der wiederum zentralen Vermarktung der Medienrechte an den betreffenden Spielen und aus den Sponsoringerlösen der UEFA zuzüglich etwaiger Prämien je nach sportlichem Erfolg). Die entsprechenden Erlöse, die bei großem

402 → XIII. Rn. 355–427 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sportlichem Erfolg eines Bundesligisten in der UEFA Champions League für den betreffenden Club die Erlöse aus der Vermarktung der Medienrechte an den Bundesligaspielen durchaus spürbar überschreiten können, müssen auf nationaler Ebene weitestgehend nicht mehr mit den anderen Ligamitgliedern geteilt werden. So erzielen einige Bundesligisten, insbesondere solche, die sich regelmäßig oder über Jahre hinweg wiederholt für die UEFA Champions League qualifizieren, zusätzliche Einnahmen, die in einer Saison durchaus den Umsatz(!) eines Bundesligisten aus dem Tabellenkeller übersteigen können. Wenn unter diesen Bedingungen ein wenig an der Umverteilungsschraube hinsichtlich der Erlöse aus der Zentralvermarktung der Medienrechte an den Bundesligen zugunsten der „armen" Clubs gedreht wird, so könnten die „reichen" Clubs darüber mitunter milde lächeln (was sie aber mit Bedacht nicht tun werden), weil der Umverteilungseffekt letztlich äußerst überschaubar bleibt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich inzwischen bei den Einnahmen aus der Vermarktung der Medienrechte an den Bundesligaspielen regelmäßig um den mit Abstand größten Erlöstopf handelt.

ii. Die Höhe der Spieltagerlöse hängt neben dem sportlichen Erfolg –Ausnah- 219
men bilden insoweit z.B. die derzeitigen (Stand: 7.2.2022) Zweitligisten Schalke 04 und Hamburger Sportverein) – insbesondere von der Zuschauerkapazität des jeweiligen Stadions ab. Spieltagerlöse lassen sich nicht in gleichem Maße steigern wie – zumindest in den letzten zwei Jahrzehnten – die Erlöse aus der Vermarktung der Medienrechte. Der Anteil der Spieltagerlöse an den Gesamterlösen der Bundesligisten ist in den letzten Jahren zwar gesunken, er ist aber immer noch hoch genug, dass der weitgehende Wegfall dieser Einnahmen in der Zeit sog. Geisterspiele von allen Bundesligisten auf der Einnahmenseite schmerzlich zu spüren war. Wenn man zu Vereinfachungszwecken unterstellt, dass die Ticketpreise sich nicht wesentlich unterscheiden (was natürlich nur ansatzweise zutrifft), so kann mancher Bundesligist mit einem großen Stadion pro Spieltag etwa zwei-, drei-, mitunter gar viermal mehr Zuschauer begrüßen und Erlöse erzielen als ein Wettbewerber mit einem kleineren Stadion. Es liegt auf der Hand, wie sich dies in der Grundtendenz auf die Höhe der jeweiligen Spieltagerlöse auswirkt. Insoweit findet indes ligaintern keinerlei Umverteilung statt.

iii. Die Höhe der Sponsoringerlöse richtet sich im Wesentlichen nach dem 220
sportlichen Erfolg und der Größe der Fanbasis, insbesondere aber auch nach der Anzahl der bei Fernsehübertragungen der Spiele eines bestimmten Clubs erreichbaren Zuschauer. Da die Bundesliga auf einem mehrseitigen Markt tätig ist, sind die verschiedenen Erlösquellen miteinander verbunden. Ein Ausschluss von Zuschauern im Stadion beeinträchtigt damit nicht nur

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Spieltagerlöse (siehe ii.), sondern führt automatisch zu negativen Effekten bei den Erlösen aus Sponsoring und Merchandising (sogleich iv.). Die Höhe der beim Sponsoring von Bundesligisten erzielbaren Erlöse unterscheidet sich erheblich. So überweisen Trikotsponsoren oder Ausrüster an den deutschen Rekordmeister pro Saison Beträge, die bis etwa zum Zehnfachen höher liegen können als bei Bundesligaclubs, die üblicherweise gegen den Abstieg kämpfen, ganz zu schweigen von Zweitligisten (es sei denn, diese verfügen über eine große Fanbasis). Auch hinsichtlich der Sponsoringerlöse findet eine Umverteilung zwischen den Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga nicht statt.

221 iv. Zudem unterscheidet sich die Höhe der Merchandisingerlöse im Kreis der Bundesligaclubs erheblich. Sie richtet sich zunächst nach der Größe der Anhängerschar eines Bundesligisten, wird aber auch von dessen sportlichen Erfolgen bestimmt. Eine Umverteilung der Erlöse findet auch in diesem Bereich nicht statt.

222 v. Die Erlöse aus Spielertransfers wiesen unter Anrechnung der Transferausgaben für neue Spieler in den letzten Jahren zumeist einen negativen Saldo auf und waren ansonsten überschaubar.[403] Natürlich fand insoweit keine Erlösumverteilung statt, allerdings auch keine Vergemeinschaftung der Transferverluste.

223 vi. Schließlich werden auch sonstige Erlöse, deren Gesamthöhe (noch) überschaubar sein dürfte, nicht umverteilt.

224 Zwischenfazit: Eine Erlösumverteilung findet innerhalb der deutschen Fußball-Bundesligen im Wesentlichen nur hinsichtlich der Einnahmen aus der Vermarktung der Medienrechte an den Bundesliga-Spielen statt. Im Gegensatz hierzu verbleiben die vereinzelt hohen zweistelligen, wenn nicht gar dreistelligen Millionenbeträge, die Bundesligisten bei einer Teilnahme insbesondere an der UEFA Champions League erzielen können, den wenigen begünstigten Bundesligaclubs vollumfänglich. Die übrigen Erlöse der Ligamitglieder, die je nach sportlichem Erfolg und Größe der Fanbasis höchst unterschiedlich ausfallen, werden nicht umverteilt. Vor diesem Hintergrund relativiert sich der aktuelle Umverteilungseffekt erheblich und kann bei realistischer Betrachtung nicht verhindern, dass die Schere zwischen „reichen“ und „armen“ Ligamitgliedern sich auch weiterhin öffnen wird. Dieser Effekt wird durch die bestehenden Umverteilungsmaßnahmen vermutlich aber ein wenig verlangsamt.

403 → XIII. Rn. 181–185 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Positionierung der Liga und Ligamitglieder zur Verfolgung des Ziels einer competitive balance – wirtschaftlicher Erfolg versus sportlicher Erfolg

Die Positionierung des DFL e.V. und seiner 36 Mitglieder, d.h. der Fußballvereine und -kapitalgesellschaften der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga, bei diesem Aspekt wird besonders anschaulich, wenn man sich zunächst das von den nordamerikanischen Major Leagues und ihren Ligamitgliedern verfolgte Hauptziel vor Augen führt: Maximierung des wirtschaftlichen Erfolgs der Liga und sämtlicher Ligamitglieder. Vereinfacht wird in den Major Leagues die Verfolgung dieses Ziels dadurch, dass es sich jeweils um geschlossene Ligen handelt, so dass die Gefahr eines sportlichen Abstiegs mit den damit zwangsläufig verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen von vornherein gebannt ist. Ein Relegationsmodell würde nämlich für die Ligamitglieder die finanzielle Planbarkeit zu stark beeinträchtigen, das finanzielle Risiko würde steigen, während der durchschnittliche wirtschaftliche Ertrag sinken würde. Rein ökonomisch gesehen hat eine geschlossene Sportliga also unabweisbare Vorteile. 225

Das Hauptziel der Maximierung des wirtschaftlichen Erfolgs wird in den Major Leagues von allen Beteiligten in der Überzeugung verfolgt, dass möglichst gleichmäßiger wirtschaftlicher Erfolg sämtlicher Ligamitglieder mittel- bis langfristig auch eine möglichst weitreichende Annäherung an eine vollkommene sportliche Ausgeglichenheit der Liga, sog. *competitive balance*, begünstigt, selbst wenn dieses Ziel letztlich unerreichbar bleibt. Wenn aber wegen des erreichten Grades einer *competitive balance* jedes Ligamitglied früher oder später die Chance hat, nicht nur um die Meisterschaft mitzuspielen, sondern diese auch zu erringen, steigert dies den Spannungsgrad der Liga erheblich. Dies begünstigt die Zuschauernachfrage, was sich sodann vorteilhaft auf sämtliche Erlösquellen, insbesondere auch auf die Vermarktung der Medienrechte auswirkt. Damit schließt sich der Kreis: Die Major Leagues verfolgen gemeinsam mit ihren jeweiligen Ligamitgliedern primär den wirtschaftlichen Erfolg aller, weil dieser dadurch nicht nur abgesichert, sondern auch gesteigert werden kann und zugleich einen spannenden und damit attraktiven Ligasport gewährleistet. Diese Form der Zielverfolgung ist – bildlich gesprochen – gleichsam in der DNA der Major Leagues und ihrer Mitglieder angelegt. Der sportliche Erfolg einzelner Ligamitglieder ist diesem Gesamtziel untergeordnet. 226

Zwar gibt es – so mögen Kritiker an dieser Stelle einwenden – auch in diesem System einer möglichst weitgehenden *competitive balance* Teams, die einzelne Ligen für einige Jahre sportlich beherrschen konnten, wie z.B. in der NBA die Chicago Bulls (1991–1993 und 1996–1998), die Los Angeles Lakers (2000–2002 und 2009–2010, 2020), Miami Heat (2012–2013) oder die Golden State Warriors (2015, 2017–2018). Aber jedes Ligamitglied weiß, dass eine solche sportli- 227

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che Dominanz vorübergehender Natur ist und theoretisch wie auch praktisch irgendwann jedes Ligamitglied in den Playoffs zumindest um die Meisterschaft mitspielen, wenn sich nicht sogar den Titel sichern kann. So musste etwa in der NBA der Meister der Saison 2020/21, die Milwaukee Bucks, genau ein halbes Jahrhundert auf seinen zweiten Titel warten, während der Finalgegner, die Phoenix Suns, zum zweiten Mal seit Bestehen des Clubs in der Endspielserie scheiterten.

228 Demgegenüber besteht in der deutschen Fußball-Bundesliga, die aufgrund des traditionellen Relegationsmodells eine offene Liga ist, das Hauptziel definitiv nicht in der Maximierung wirtschaftlichen Erfolgs aller Beteiligten.[404] Vielmehr steht – wie bereits seit Jahrzehnten – für jeden einzelnen Bundesligisten die Maximierung des eigenen sportlichen Erfolgs im Vordergrund. Bis in die 1990er Jahre waren die an den Fußball-Bundesligen teilnehmenden Clubs fast ausnahmslos als eingetragene Vereine (e.V.) i.S.d. § 21 BGB organisiert und verfolgten, bereits bedingt durch die Rechtsform, vorrangig ideelle Zielsetzungen. Diese sind einerseits nicht identisch mit dem in den Vereinssatzungen jeweils anzugebendem Vereinszweck (z.B. Pflege des Fußballsports). Sie dürfen andererseits aber auch nicht rein wirtschaftlicher Natur sein, weil ansonsten die Voraussetzungen eines wirtschaftlichen Vereins gem. § 22 BGB und damit eine Rechtsformverfehlung vorlägen. Seit jeher kann man bei Bundesligavereinen eine Verfolgung des im Ausgangspunkt ideellen Ziels der Steigerung oder gar Maximierung eigenen sportlichen Erfolgs beobachten. Wirtschaftliche Interesse spielten zunächst eine deutlich untergeordnete Rolle, weil die Kommerzialisierung des Fußballs nach der Gründung der Bundesliga im Jahr 1963 noch in den Kinderschuhen steckte und dann erst allmählich, in den letzten drei Jahrzehnten aber schließlich rasant an Fahrt aufnahm. Auch nach der Ausgliederung vieler Lizenzspielabteilungen aus den eingetragenen Bundesliga-Vereinen auf Fußball-Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft [AG], Gesellschaft mit beschränkter Haftung [GmbH] oder GmbH & Co. Kommanditgesellschaft auf Aktien [GmbH & Co. KGaA]) seit dem Ende der 1990er Jahre ist die ideelle Zielsetzung der Steigerung und Maximierung des sportlichen Erfolgs im Grundsatz unverändert geblieben.

229 Dies überrascht, sollte man doch gerade bei Fußball-Kapitalgesellschaften eine gesteigerte Profitorientierung vermuten. Ein Streben nach wirtschaftlichem Gewinn ist zwar durchaus vorhanden, letztlich aber zumeist insbesondere aus zwei Gründen nur relativ schwach ausgeprägt: Der erste Grund ist weder ökonomisch oder juristisch motiviert, sondern liegt eher in der Natur des Menschen. Wer sich mehrheitlich als Eigentümer an einem Fußballclub beteiligt, strebt mitunter weniger eine Maximierung seines Profits, sondern vielmehr gesellschaftliche An-

404 Hierzu bereits → XIII. Rn. 205–210 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erkennung an, sei es für sich selbst oder für das Unternehmen oder gar den Staat, der durch diesen Investor repräsentiert wird. Stellvertretend sei der Mehrheitseigentümer des Fußballclubs Manchester City FC genannt, Scheich Mansour Bin Zayed Al Nahyan, Mitglied der Herrscherfamilie von Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten, einem Land also, das über keine Fußballtradition verfügt und sicherlich – zumindest bislang – nicht als „Fußballhochburg" eingestuft werden kann. Aber selbst wenn Investoren nachvollziehbar vorgeben, mit ihrer finanziellen Beteiligung wirtschaftliche Profite erzielen zu wollen, unterliegen sie dabei im europäischen Ligasport gewissen sportökonomischen Besonderheiten, die sich gegenüber dem allgemeinen Wirtschaftsverkehr ergeben und die nunmehr vertieft werden sollen.

(5) Relegationsmodell und Qualifikation für internationale Ligawettbewerbe als Auslöser von „Rattenrennen" zwischen den Ligamitgliedern

Aufgrund des für das europäische Sportmodell typischen Relegationssystems sind 230
die Clubs der Fußball-Bundesligen einem überaus starken und zugleich mehrdimensionalen Wettbewerb ausgesetzt. Investitionen in einen Fußballclub sind aus wirtschaftlicher Sicht nur attraktiv, wenn dieser Club zugleich sportlich besser ist als möglichst viele seiner Ligakonkurrenten. Die Abhängigkeit vom Verhalten der übrigen in der Liga konkurrierenden Clubs ist deutlich größer als in der Normalwirtschaft die Abhängigkeit eines Unternehmens von seinen Wettbewerbern. Der sportliche Erfolg eines Sportteams wirkt sich unmittelbar auf die anderen aus, was folgender Vergleich belegen mag: Wenn in der Normalwirtschaft auf einem polypolistisch strukturierten Markt 17 andere Unternehmen höhere Gewinne erzielen, kann die Nummer 18 immer noch wirtschaftlich sehr erfolgreich sein. Wenn hingegen in der Bundesliga 16 Clubs sportlich erfolgreicher sind, ist damit zwingend der sportliche Abstieg der Nummern 17 und 18 besiegelt, welcher jeweils mit gravierenden wirtschaftlichen Einbußen einhergeht. Demgegenüber werden in der 2. Bundesliga die zwei erfolgreichsten Teams automatisch und je nach Ausgang der Relegationsspiele auch noch ein weiterer Club mit dem sportlichen Aufstieg in die Bundesliga belohnt, was mit erheblichen zusätzlichen Einnahmemöglichkeiten verbunden ist. Die in der Bundesliga erfolgreichsten Clubs können zwar nicht mehr aufsteigen, sind aber zugleich teilnahmeberechtigt an der UEFA Champions League, der UEFA Europa League und der UEFA Europa Conference League, was zwangsläufig zu deutlich höheren Einnahmen führt.

Die Auf- und Abstiegsregelung, der Kampf um die nationale Meisterschaft sowie 231
die Qualifikationsmöglichkeit für die europäischen Ligawettbewerbe setzen also für sämtliche Ligamitglieder in wirtschaftlicher Hinsicht Anreize, stets möglichst zu den sportlich erfolgreichsten Teams zu gehören. Das Problem besteht aller-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dings darin, dass deutlich mehr Clubs den Aufstieg aus der 2. Bundesliga in die Bundesliga sowie in der Bundesliga die Meisterschaft und/oder die Qualifikation für die europäischen Fußballligen anstreben, als letztlich Aufstiegs- oder Qualifikationsplätze zu vergeben sind. Pro Saison steigen zwar aus der Bundesliga nur zwei, je nach Ausgang der Relegationsspiele auch drei Clubs aus dem Kreis aller abstiegsbedrohten Clubs ab. Mittel- bis langfristig gibt es aber auch im Kreis derjenigen Clubs, die primär gegen den Abstieg kämpfen, mehr Absteiger als Dauergäste in der Bundesliga. „The winner takes it all, the loser's standing small", wusste schon seit 1980, dem Jahr der Veröffentlichung des berühmten Songs, die schwedische Popgruppe ABBA. In dem Lied, welches rückblickend die Trennung eines Ehepaares aus der Perspektive eines Partners beschreibt, gibt es nur einen Verlierer. Im Ligasport hingegen ist die Zahl der Clubs, die ein angestrebtes sportliches Ziel nicht erreichen und insoweit sportlich und zumeist auch ökonomisch verlieren, ungleich größer.

232 Sportökonomen sprechen in diesem Zusammenhang gleichermaßen metaphorisch wie nüchtern von einem „Rattenrennen". Dieser Begriff steht für einen Wettbewerbsprozess, in dem Ressourcen verschwendet werden, weil die erzielten Mehrerlöse der zumeist wenigen *winner* die steigenden Einsätze der Rivalen, d.h. der zumeist zahlreichen *loser*, nicht aufwiegen. Systembedingt sind also die Gesamtinvestitionen vieler Ligamitglieder höher als die hieraus erzielten Erlöse nur sehr weniger Ligamitglieder.[405]

233 In diesem Zusammenhang wird ein weiterer eklatanter Unterschied zwischen den nordamerikanischen, in wirtschaftlicher und sportlicher Hinsicht ohnehin relativ ausgeglichenen Major Leagues und den deutschen Fußball-Bundesligen deutlich: In den Major Leagues gibt man sich mit *einem* „Rattenrennen" zufrieden, d.h. mit dem Kampf um die Meisterschaft, wobei die Playoffs einen Bestandteil dieses Meisterschaftsrennens darstellen. Mindestens zwei Drittel der Mitglieder in der Bundesliga gönnen sich hingegen den Luxus von *zwei* „Rattenrennen".[406] Dies sind

- in der Bundesliga und in der 2. Bundesliga der Kampf gegen den Abstieg;
- in der Bundesliga der Kampf um die deutsche Meisterschaft und – darin eingebettet – um die Qualifikationsplätze für die UEFA Champions League, die UEFA Europa League und die UEFA Europa Conference League; in der 2. Bundesliga der Kampf um die Zweitligameisterschaft, um den 2. Platz,

405 S. hierzu stellvertr. im sportrechtlichen Schrifttum *Bliesze* SpuRt 2022, 23 (23) m.w.N. der sportökonomischen Literatur.

406 Zwar nehmen sämtliche Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga auch am DFB-Pokal teil. Hierbei handelt es sich aber nicht um einen klassischen Ligawettbewerb, weil die Spiele von vornherein im K.O.-System ausgetragen werden, so dass dieser Pokalwettbewerb hier nicht als weiteres „Rattenrennen" eingestuft wird.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der gleichfalls zum Aufstieg berechtigt, und um den 3. Platz, der in zwei nachfolgenden Relegationsspielen eine Aufstiegschance gewährt;
– für die qualifizierten Clubs aus der Bundesliga in der UEFA Champions League, der UEFA Europa League und der UEFA Europa Conference League der Kampf um den jeweiligen europäischen Titel.

234 Jeder mag für sich selbst entscheiden, welche der beiden nachfolgenden Aussagen angesichts der unterschiedlichen Anzahl an „Rattenrennen" in den nordamerikanischen Major Leagues und in den europäischen Fußballligen (oder anderen Sportligen) aus sportlicher und ökonomischer Perspektive präferiert wird: *less is more* oder aber *less is a bore*? Keine der beiden Antworten ist richtig oder falsch, so dass eine europäische Sportliga wie etwa die DFL und ihre Ligamitglieder eine eigene, den individuellen Überzeugungen Rechnung tragende Antwort auf die aufgeworfene Frage entwickeln können. Je mehr zwingende, unabdingbare oder als unantastbar geltende Faktoren jedoch bei einem solchen Abwägungsprozess zu berücksichtigen sind (z.B. nach derzeit noch und vermutlich auch weiterhin vorherrschender Auffassung das traditionelle europäische Relegationsmodell), desto weniger Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben naturgemäß. Wenn in einem solchen Fall eine deutliche Annäherung etwa der Fußball-Bundesligen an die nordamerikanischen Major Leagues ausscheiden sollte, dann sollten die Beteiligten aber auch erkennen, dass man hierzulande nicht einfach einzelne Elemente, die die Major Leagues prägen (z.B. Gehaltsobergrenzen, sog. *salary caps*), in der Erwartung in die Fußball-Bundesligen implementieren kann, es würden sich dann die gleichen ökonomischen Effekte wie jenseits des Atlantiks einstellen. Dieser Aspekt wird indes in vielen Statements sog. Sport- oder Fußballexperten souverän ausgeblendet.

(6) Risiko von Überinvestitionen durch Ligamitglieder

235 Wer sich in eines der im vorangehenden Abschnitt beschriebenen „Rattenrennen" begibt, setzt sich der Gefahr von Überinvestitionen aus, die letztlich zwingend die zahlreichen Verlierer insbesondere im Meisterschaftsrennen und die sportlichen Absteiger belasten. Mit der Zahl der „Rattenrennen", an denen ein Club teilnimmt, steigt die Wahrscheinlichkeit solcher Überinvestitionen. Diesen „Rattenrennen" kann man sich letztlich kaum entziehen, weil sportlicher Erfolg, das Hauptziel, nach allgemeiner Überzeugung zumindest mittel- bis langfristig käuflich sein soll („Geld schießt Tore!"), insbesondere die Aussicht auf die Teilnahme an den Ligawettbewerben auf europäischer Ebene überdurchschnittliche finanzielle Erlöse verspricht und dadurch eine enorme Sogwirkung ausübt. Die Fußballclubs können erwarten, dass sich ihre Investitionen in den – erhofften – sportlichen Erfolg bei Erreichung des Ziels etwa der Qualifikation in zusätz-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen wirtschaftlichen Erfolg umwandeln lassen werden. Das Problem: Diese Erwartungen erfüllen sich nur für sehr wenige Clubs, bei den anderen, regelmäßig zahlreicheren Clubs sind dann Verschuldung und Verluste vorprogrammiert. Es ist davon auszugehen, dass diese Risiken den Entscheidungsträgern in den Fußballclubs regelmäßig bekannt sind. Allerdings können sie sich wegen der vorrangigen Orientierung an der Maximierung des sportlichen Erfolgs den damit verbundenen Risiken nicht entziehen, die letztlich sogar noch umso größer werden, je mehr Ligamitglieder das gleiche sportliche Ziel anstreben.

(7) Maximierung des sportlichen Erfolgs der Ligamitglieder unter der Nebenbedingung der Aufrechterhaltung eines finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts

236 Der Ligasport ist also dadurch geprägt, dass die Ligamitglieder den sportlichen Erfolg unter der Nebenbedingung der Aufrechterhaltung eines finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts und des Liquiditätserhalts für sich selbst zu maximieren versuchen. Das führt dazu, dass erzielte Überschüsse zu erheblichen Teilen oder gar vollumfänglich zum Zweck der Maximierung des sportlichen Erfolgs durch den Transfer noch mehr sportlichen Erfolg versprechender (und damit zumeist teurerer) Fußballspieler und/oder auch Trainer eingesetzt werden. Der sportliche Wettkampf wird auf diese Weise zu einem ökonomischen Wettstreit, der deutlich mehr Verlierer als Sieger zurücklässt. Denn vielfach lassen sich die sportlichen Ambitionen mit den Einnahmen aus der laufenden Geschäftstätigkeit nicht erreichen. Dies sind Situationen, in denen sich dann das zuvor beschriebene Risiko von Überinvestitionen verwirklicht.

(8) Nachhaltigkeitsstrategien der Ligamitglieder versus Verwirklichung kurzfristiger Entwicklungssprünge

237 Wenn damit von den Clubs der Fußball-Bundesligen im günstigsten Fall jeweils die Maximierung des sportlichen Erfolgs unter der Nebenbedingung der Aufrechterhaltung des eigenen finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts angestrebt wird, dann – so die Überzeugung vieler Entscheidungsträger in den Fußballclubs – sollte dieses Ziel eher früher als später erreicht werden. Mitunter entsteht sehr kurzfristig Handlungsbedarf, etwa wenn einem Fußballclub unerwartet der sportliche Abstieg droht, er im Meisterschaftsrennen vom Verletzungspech eingeholt wird etc. Nachhaltige Investitionsstrategien für sportlichen Erfolg (z.B. Stärkung der Jugendarbeit, Errichtung oder Ausbau von Nachwuchsleistungszentren etc.) und – wie in der Normalwirtschaft – für die langfristige Existenzsicherung können dann allzu leicht auf der Strecke bleiben, weil ein solcher Prozess Zeit und Geld erfordert. Der Faktor Zeit ist aber angesichts des angestrebten Haupt-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziels oftmals kaum vorhanden, während man verfügbare Finanzmittel sodann vielfach bevorzugt zur Maximierung des möglichst kurzfristigen sportlichen Erfolgs einsetzt. Erschwerend kann die Tatsache hinzutreten, dass manche Entscheidungsträger in den Fußballclubs dazu neigen, die mittel- und langfristigen wirtschaftlichen Belange des Clubs zu vernachlässigen, und stattdessen vorrangig ihre persönlichen Interessen verfolgen, gerichtet auf Stärkung ihrer Machtbasis, ihres Einflusses und/oder auch ihres Ansehens innerhalb und außerhalb des Clubs. Der Einfluss von solchen, sicherlich nicht flächendeckend, sondern nur in Einzelfällen auftretenden Machterhaltungsstrategien auf wirtschaftliche Entscheidungen eines Fußballclubs sollte nicht unterschätzt werden. Es bedarf bezeichnenderweise – insbesondere bei knappen Club-Kassen – vielfach der Ausübung externen Drucks z.B. über die von der Liga vorgegebenen Lizenzierungsvoraussetzungen, damit solche Nachhaltigkeitsaspekte in einem gewissen Mindestumfang verfolgt werden.

(9) Rücklagenbildung der Ligamitglieder: Verein versus Kapitalgesellschaft

In der COVID-19-Pandemie deuteten manche Bundesligaclubs überraschend schnell an, dass die wirtschaftliche Krisensituation durch den Einsatz von Rücklagen (sofern überhaupt in nennenswerter Höhe vorhanden) nicht gemeistert werden könne. Während Bundesligavereine aufgrund ihrer Rechtsform als eingetragene Idealvereine gem. § 21 BGB und aus steuerrechtlichen Gründen überhaupt nur in begrenztem Umfang Rücklagen bilden können, stellt sich die finanzielle Situation bei vielen Fußballkapitalgesellschaften auch nicht wesentlich besser dar, wenn diese sich bei der Verwendung etwaiger Überschüsse und Gewinne vorrangig einer Maximierung des sportlichen Erfolgs verpflichtet fühlen. 238

(10) Eigenkapital versus Fremdkapital bei der Liga und bei Ligamitgliedern

Aufgrund der bisherigen Erwägungen ist leicht nachvollziehbar, dass viele Fußballclubs ihre ambitionierten sportlichen Ziele mit den Einnahmen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb nicht im gewünschten und für erforderlich erachteten Maße verfolgen können. Denn nicht jeder Bundesligist kann sich in solchen Situationen in der „Festgeldabteilung der Bank" (*Uli Hoeneß*) bedienen. Es bedarf in solchen Fällen also der Zuführung weiteren Kapitals, wobei im Ausgangspunkt Eigenkapital und Fremdkapital in Betracht kommen. Vorentscheidend für die Durchführbarkeit sowie die Erfolgsaussichten entsprechender Maßnahmen ist die Frage, ob der Lizenzspielbetrieb organisatorisch noch innerhalb des eingetragenen Idealvereins gem. § 21 BGB (z.B. FC Gelsenkirchen-Schalke 04 e.V. oder Sport-Club Freiburg e.V.) oder aber in einer ausgegliederten Fußballkapital- 239

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesellschaft (z.B. FC Bayern München AG oder Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA) durchgeführt wird.

240 Während Fußballkapitalgesellschaften zwischen einer Finanzierung durch Eigen- oder Fremdkapital wählen können, verbleibt reinen Fußballvereinen nur die Möglichkeit einer Kapitalbereitstellung über Fremdkapital, indem sie sich – rechtlich untechnisch gesprochen – Geld bei Kreditinstituten, Sponsoren, Mäzenen oder gar den eigenen Fans[407] „leihen". Das kostet letztlich zwar Zinsen, aber in Ermangelung einer Mitbestimmungsmöglichkeit für die Geldgeber (es sei denn, sie verfügen über ein Mitglied in einem für eingetragene Vereine nicht obligatorischen Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Beirat o.Ä.) bleibt der Verein letztlich „Herr im eigenen Haus". Demgegenüber scheinen Fußballkapitalgesellschaften auf den ersten Blick besser aufgestellt zu sein, weil sich ihnen neben der Aufnahme von Fremdkapital zugleich die Möglichkeit eröffnet, Investoren mit ins Boot zu holen, um auf diese Weise das Eigenkapital zu erhöhen. Dies scheint der abwicklungstechnisch einfachere und ökonomisch günstigere Weg zu sein. Wer sich jedoch als Gesellschafter an einer Sportkapitalgesellschaft beteiligt, dem steht je nach Gesellschaftsform ein Mindestmaß an Mitbestimmungsrechten zu. Was in Deutschland zahlreiche Fußballanhänger von solchen Gesellschaftern halten, taten sie vor dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie in den Fankurven deutscher Stadien jahrelang an nahezu jedem Bundesligaspieltag lautstark oder mittels (teils überaus geschmackloser) Transparente kund – nämlich wenig bis nichts! Sollte ein Fußballverein die Lizenzspielerabteilung auf eine Fußballkapitalgesellschaft ausgegliedert haben, was bei eingefleischten Fans, die vielfach auch Vereinsmitglieder sind, in der darüber entscheidenden Mitgliederversammlung ohnehin mehr Skepsis als Zustimmung aus Überzeugung hervorruft, dann wird das Management bei späteren Maßnahmen zur Erhöhung des Eigenkapitals sicherlich auch die zu erwartenden Reaktionen der Vereinsmitglieder sowie der übrigen Fans berücksichtigen. Daher erfreut sich letztlich auch bei Fußballkapitalgesellschaften die Aufnahme von Fremdkapital sowohl beim Management als auch bei der Fanbasis gleichermaßen einer gewissen Beliebtheit. Denn dadurch wird das Konfliktpotential minimiert; man zahlt letztlich zwar einen höheren Zins, weitet dafür aber den Einfluss etwaiger Investoren nicht aus.

241 Eine Sonderstellung nehmen in diesem Zusammenhang im deutschen Profifußball insbesondere die Bayer 04 Leverkusen Fußball GmbH sowie die VfL Wolfsburg-Fußball GmbH ein. Aufgrund der seit vielen Jahrzehnten bestehenden engen Anbindung an die Bayer AG einerseits und die Volkswagen AG andererseits

407 Zu den sog. Fan-Anleihen, die in der Praxis zwar auf den ersten Blick überdurchschnittlich verzinst werden, wobei der Zinssatz das Ausfallrisiko letztlich aber oftmals nur unangemessen widerspiegelt, und die bereits wiederholt allenfalls teilweise zurückgezahlt werden konnten, s. auch *Nestler* FAZ v. 25.2.2021 („Für Werder Bremen ist die Fan-Anleihe die ‚letzte Option'").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind diese Gesellschaften zunächst von der sog. 50+1-Regel befreit, wonach – vereinfacht dargestellt – der Mutterverein die Mehrheit der Stimmrechte in der jeweiligen ausgegliederten Fußballkapitelgesellschaft halten muss.[408] Darüber hinaus bestehen zwischen den genannten Fußball-GmbHs sowie den mit ihnen verbundenen DAX-Unternehmen Verträge, die die Fußball-GmbHs zur Abführung etwaiger Gewinne und die Aktiengesellschaften zur Übernahme etwaiger Verluste verpflichten. Daher befanden sich etwa die Bayer 04 Leverkusen Fußball GmbH sowie die VfL Wolfsburg-Fußball GmbH in der COVID-19-Pandemie aus wirtschaftlicher Sicht in einer vergleichsweise komfortablen Situation, zumal die beherrschenden Unternehmen zahlungsfähig blieben. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die genannten Clubs, die sich in den letzten Jahren ohnehin zumeist in den oberen Regionen der Bundesliga-Tabelle etabliert hatten, aus der Pandemie im Vergleich zu den meisten anderen Clubs der Fußball-Bundesligen wirtschaftlich gestärkt hervorgehen werden. Auch diese Aspekte werden bei den Erwägungen über die rechtliche Wirksamkeit der 50+1-Regel zu berücksichtigen sein.

(11) Interessen der Ligamitglieder versus Ligainteressen

Der DFL e.V. und die Bundesliga-Clubs als seine Mitglieder verfolgen aus den bereits dargestellten Gründen[409] nicht das gemeinsame Ziel, sich möglichst weitgehend an den Zustand einer *competitive balance* innerhalb der Bundesligen anzunähern. Zwar werden die Erlöse aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Bundesligen in gewissem Umfang umverteilt. Diese Maßnahme verhindert indes nicht, dass sich die Schere zwischen „reichen“ und „armen“ Clubs auch weiterhin öffnen wird.[410] Anders als den nordamerikanischen Major Leagues fehlt den Fußball-Bundesligen damit das gemeinsam anzustrebende Ziel der Maximierung des wirtschaftlichen Erfolgs für *alle* Beteiligten. Stattdessen sind die Zielsetzungen in der Präambel Abs. 2 LO recht allgemein gehalten.[411] Dies sorgt dafür, dass Einzelinteressen gedeihen können und selbst in der schweren wirtschaftlichen Krise, in die die Ligamitglieder aufgrund der COVID-19-Pandemie, der vorübergehenden Einstellung des Ligaspielbetriebs und des folgenden monatelangen Ausschlusses von Zuschauern aus den Stadien seit dem Jahr 2020 geraten waren, die Diskussionen um die Zukunft der Liga beherrschten. Plötzlich stellte sich heraus, dass der in den Zeiten ständigen Wachstums von der DFL und den Bundesligaclubs oft und gerne bemühte Solidaritätsgedanke in der teils existenziellen wirtschaftlichen Krise insbesondere von den Clubs höchst unterschiedlich ausgelegt wurde. Gemeinsame Aktivitäten be- 242

408 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.
409 → XIII. Rn. 205–210, 225–229.
410 → XIII. Rn. 216–224.
411 Zu Wortlaut und Auslegung → XIII. Rn. 205–207.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schränkten sich darauf, mit teils haarsträubender Argumentation möglichst rasch auf allen Ebenen eine Sonderbehandlung für den Fußballbetrieb in den deutschen Profiligen zu erhalten (z.B. Ligabetrieb in Stadien mit möglichst vielen Zuschauern; Befreiung von Reisebeschränkungen, insbesondere reisetechnisch lästigen Nachtflugverboten oder von für den Rest der Bevölkerung geltenden Quarantänevorschriften – notfalls wurden Heimspiele deutscher Bundesligisten in europäischen Ligawettbewerben eben in Budapest oder andernorts in Europa ausgetragen) und diese fortan nach Kräften zu verteidigen oder auszubauen. Im Übrigen ist aber alles beim Alten geblieben, jeder verfolgt(e) vorrangig weiter seine eigenen wirtschaftlichen Interessen. Einige Beispiele unter Beschränkung auf die Bundesliga:

243 – Der DFL gelang es, im Jahr 2020 bei der Ausschreibung der nationalen Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga trotz der ungünstigen wirtschaftlichen und sportlichen Rahmenbedingungen für die nächste vierjährige Rechteperiode Gesamterlöse zu erzielen, die nur geringfügig hinter den Einnahmen in der vorangegangenen Rechteperiode zurückblieben. Mehr Potential für Erlössteigerungen besteht bei der internationalen Vermarktung der Rechtepakete an den Bundesligaspielen.[412] Insoweit ist insbesondere die englische Premier League bei der internationalen Vermarktung der Medienrechte an ihren Fußballspielen der DFL aus verschiedenen Gründen meilenweit voraus. Inzwischen spielen auf der Insel so viele Spitzenspieler mit europa-, teils weltweiter Bekanntheit wie in vermutlich keiner anderen europäischen Fußballliga. Der Kampf um die Meisterschaft ist im Ausgangspunkt spannender als in der Bundesliga, weil von Jahr zu Jahr etwa sechs Clubs realistischerweise im Titelrennen mitmischen können, was auch zu Topspielen zwischen diesen Clubs an nahezu jedem Spieltag führt. Die Bundesliga hingegen bietet im Kampf um die Meisterschaft eine permanente Zunahme zum einen bei den Titeln und den mehr oder eher weniger wichtigen Rekorden, die sich der „Stern des Südens“ in Serie sichert, und zum anderen bei der Langeweile, die das Titelrennen – in den letzten Jahren zumeist ohne ernsthaft Konkurrenz für den Serienmeister – ausstrahlt. Sogar der Ausgang vieler Spiele der regelmäßig im oberen Tabellendrittel vertretenen Clubs gegen den Rekordmeister ist voraussehbar. Wer nun argumentiert, dieses Span-

412 Zu Bestrebungen der DFL, einen Minderheitsanteil an der 100 %igen Tochtergesellschaft Bundesliga International an Investoren zu veräußern, sowie zu den Erlösen aus der Auslandsvermarktung im Vergleich zur englischen Premier League und spanischen Primera División vgl. stellvertr. SportsPro v. 24.2.2021 („Report: DFL set to invite private equity bids as soon as this week“), abrufbar unter https://www.sportspromedia.com/news/bundesliga-international-dfl-private-equity-tv-rights-2021 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Am 19.5.2021 teilte die DFL dann überraschend mit, dass nach einem entsprechenden Beschluss der DFL-Mitgliederversammlung die Gespräche über die Beteiligung von Investoren an der DFL-Tochtergesellschaft „vorerst nicht fortgesetzt“ würden; vgl. *DFL*, Pressemitteilung v. 19.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungsdefizit werde durch den Kampf um Qualifikationsplätze für die UEFA Champions League, die UEFA Europa League und die UEFA Europa Conference League, um die Abstiegs-, Aufstiegs- und Relegationsplätze ausgeglichen, wenn nicht sogar überkompensiert, mag möglicherweise Recht haben. Allein, mit diesen Spannungsaspekten kann die DFL bei der internationalen Vermarktung der Medienrechte an der Bundesliga kaum punkten. Insoweit können dem Verband insbesondere der sportliche Abstieg der deutschen Fußballnationalmannschaft seit dem Gewinn der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft im Jahr 2014, der zahlenmäßige Rückgang der in Deutschland kickenden, international bekannten Fußballstars und die Spannungsdefizite im Titelrennen der Bundesliga nicht gefallen. Aber wie soll die DFL gegensteuern? Zu diesem Zweck könnte insbesondere auch in der LO an einigen Stellschrauben gedreht werden, neue Regelungsmechanismen könnten ersonnen und implementiert werden.

– Wenn man seinen Blick auf den deutschen Rekordmeister im Fußball wirft, 244
wird das Dilemma, in dem die DFL steckt, offensichtlich. Als einem von sehr wenigen Fußballclubs europaweit ist es dem an der Säbener Straße in München ansässigen Club in den letzten rund 60 Jahren mit bewundernswertem Geschick, aber auch ein wenig Glück gelungen, schon frühzeitig sportlichen Erfolg auf der deutschen und europäischen Bühne zu erzielen und dann, beginnend etwa in den späten 1970er Jahren, in dauerhaften und bis zur Spielzeit 2020/21 permanent zunehmenden wirtschaftlichen Erfolg zu transformieren. Im Wesentlichen aus eigener Kraft ist man sportlich der nationalen Konkurrenz weitgehend entwachsen, auch wenn sich regelmäßig zwei oder drei Wettbewerber bis in die Rückrunde einer Spielzeit hinein noch in Schlagweite wähnen dürfen. Erhebliches wirtschaftliches Wachstumspotential besteht für den Rekordmeister insbesondere bei ständigen Erfolgen in der UEFA Champions League, worauf der Hauptfokus gerichtet ist. Die schon bald Bestandsschutz genießenden nationalen Titelgewinne lassen zwar die Herzen der großen Anhängerschar nicht nur hierzulande noch immer höher schlagen, sind aber für die internationale Vermarktung kontraproduktiv. Wer sich in Asien, Afrika oder Nordamerika für den deutschen Rekordmeister begeistert, will ihn auch live oder zeitversetzt spielen sehen – dies aber vorrangig in Spielen mit Gegnern auf Augenhöhe, nicht aber mit sportlichen Opfern.[413] Das bietet die Bundesliga freilich kaum noch, mögen sich die

413 Mitunter vermag noch nicht einmal ein spürbares Handicap den deutschen Rekordmeister zu stoppen. Am 26. Spieltag der Saison 2020/21 (20.3.2021) erlebte der ambitionierte, seinerzeit in der ersten Tabellenhälfte rangierende Aufsteiger VfB Stuttgart in der Allianz-Arena ein in sportlicher Hinsicht recht schmerzhaftes Frühlingserwachen. Nachdem ein Münchner Spieler infolge einer Roten Karte in der 12. Spielminute beim Spielstand von 0:0 vom Platz gestellt worden war, erzielten die Spieler des Rekordmeisters noch vor der Halbzeit zwischen der 18. und 39. Spielminute insgesamt

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fußballreporter auch nach Kräften darum bemühen, Spannung im nationalen Titelrennen herbeizureden (und sei es im Hinblick auf den größtmöglichen Vorsprung auf den Tabellenzweiten, ausgerechnet in einem solchen Fall eigentlich ein Armutszeugnis für den Zustand der Bundesliga). Anders hingegen ist die Spannungslage in der UEFA Champions League spätestens nach dem Eintritt in die Playoff-Phase. Dem deutschen Rekordmeister – in der bis ins Jahr 2021 verlängerten Saison 2019/20 gar Sextuple-Sieger – kann das Schicksal der Bundesliga zwar nicht gleichgültig sein (und ist es auch nicht), die UEFA Champions League ist jedoch angesichts der enormen Antritts- und Erfolgsprämien sowie der finanziellen Beteiligung der Clubs an den Vermarktungserlösen der UEFA – allesamt von Umverteilungsaktivitäten in der Bundesliga weitestgehend ausgenommen – deutlich attraktiver. Kurzum: Der Rekordmeister muss ernsthaft nur noch an einem „Rattenrennen" in der Champions League teilnehmen, was einerseits durchaus Kräfte spart, andererseits aber auch erhebliche Investitionen erfordert. Und sollte man irgendwann einmal wieder den nationalen Titel verpassen, so würde sich dadurch höchstwahrscheinlich aufgrund des dann zum Saisonende erreichten Tabellenranges die Tür zur lukrativen UEFA Champions League dennoch nicht schließen. Warum sollte der deutsche Rekordmeister an diesen für ihn äußerst günstigen Rahmenbedingungen, die durch die LO abgesichert und perpetuiert werden, etwas ändern wollen?

245 – Eine relativ kleine Gruppe der Clubs in der Bundesliga, bei deren Zusammensetzung sich von Jahr zu Jahr geringfügige Veränderungen ergeben können, muss sich hingegen in zwei „Rattenrennen" bewähren: im Rennen um die wenigen Qualifikationsplätze für die Teilnahme an einem der europäischen Clubwettbewerbe, eventuell einschließlich des Kampfes um die nationale Meisterschaft, sowie im Rennen innerhalb der europäischen Ligen. Das bindet zwar Kräfte, aber der größere wirtschaftliche Erfolg gegenüber den übrigen Ligamitgliedern macht diese Gruppe gegen ein dauerhaftes Abrutschen in das untere Tabellendrittel weitgehend immun. Aufgrund relativ hoher Planungssicherheit scheinen die meisten Mitglieder dieser Gruppe auf die Wahrung des *Status quo* bedacht. Mitunter kann man den Eindruck gewinnen, sie hätten sich hinsichtlich ihrer sportlichen Ambitionen und der teils deutlichen Leistungsunterschiede selbst im oberen Tabellendrittel gedanklich schon aus dem Titelrennen verabschiedet, wobei insoweit Ausnahmen die Regel bestätigen. Ein Interesse an grundlegenden Änderungen der LO wird auch in dieser Gruppe eher schwach ausgeprägt sein.

vier Treffer, die übrigens allesamt im gegnerischen Tor landeten. Der Rekordmeister begnügte sich damit, die Stuttgarter Fußballer erzielten trotz fast 80-minütigen Überzahlspiels an diesem Nachmittag keinen Treffer.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Es bleibt eine Gruppe von Clubs, die sich aufgrund des Abstiegs in die sowie des Aufstiegs aus der 2. Bundesliga von Spielzeit zu Spielzeit immer wieder neu zusammensetzt. Hierunter befinden sich einige notorische „Fahrstuhlmannschaften". Diese Clubs befinden sich innerhalb der Bundesliga üblicherweise nur in einem „Rattenrennen" gegen den Abstieg, wobei es jeden früher oder später einmal erwischen kann und wird. Ein weiterer sportlicher Aufstieg ist zumindest für einen gewissen Zeitraum zwar denkbar, aber selten von Dauer. Bei dieser Ausgangslage besteht insbesondere in dieser Gruppe ein Interesse an Umverteilungen innerhalb der Bundesliga von den „reichen" zu den „armen" Clubs. Die „reichen" Clubs befinden sich aber ihrerseits in hoch kompetitiven „Rattenrennen" (eine Ausnahme gilt oft für das Titelrennen), so dass gerade ihr Interesse an Umverteilungen, die über den insoweit sehr überschaubaren *Status quo* hinausgehen, überaus gering sein dürfte (siehe bereits die Erwägungen in der vorangehenden Randnummer). 246

Wie sollen und können der DFL e.V. und seine Mitglieder auf diese vielschichtige Situation und Interessenlage reagieren? 247

(12) Begrenzte Geeignetheit rein nationaler Regulierungen einer Liga

Nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie zu Beginn des Jahres 2020 wurden alsbald verschiedene Vorschläge unterbreitet, in welcher Weise man kurzfristig die drohenden Verluste der Clubs in den Fußball-Bundesligen reduzieren könne. Schnell mussten die Clubs aber erkennen, dass neben einer Überweisung der nächsten Rate für die Fernsehrechte vor deren Fälligkeit Eigeninitiative gefragt war. So wurden u.a. Sponsoringverträge angepasst, an den größten Kostenposten, die sehr hohen Spielergehälter, ging man aber nicht zuletzt auch aus rechtlichen Gründen (*pacta sunt servanda*) eher zögerlich heran. 248

Umgehend machte das Zauberwort der *salary caps* die Runde, zumal sich diese in den nordamerikanischen Major Leagues bewährt hätten. Man hoffte offensichtlich, auf diese Weise die Spielergehälter als den größten Kostenposten alsbald spürbar reduzieren zu können. Auf die mit der Einführung von Gehaltsobergrenzen verbundenen Rechtsprobleme und die erheblichen argumentativen Defizite der Befürworter eines solchen Vorgehens wird in einem nachfolgenden Abschnitt noch einzugehen sein.[414] 249

Aber auch aus praktischer Sicht hätte eigentlich mehr als den nur wenigen mahnenden Stimmen einleuchten müssen, dass bei einer Einführung von Gehaltsobergrenzen ein deutscher Alleingang nicht zielführend gewesen wäre. So wurde verbreitet völlig vernachlässigt, dass es sich bei den Major Leagues um geschlos- 250

414 → XIII. Rn. 355–427 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sene Ligen mit dem weltweit jeweils höchsten Niveau der Spielergehälter in der betreffenden Sportart handelt, so dass trotz bestehender (aber in vielfacher Weise zu umgehender) *salary caps* für die Spieler schlichtweg keine vergleichbar attraktiven Alternativen und dadurch bedingt nur eingeschränkt berufliche Ausweichmöglichkeiten bestehen. Wenn man nunmehr unterstellt, in den Fußball-Bundesligen würde eine strenge Gehaltsobergrenze eingesetzt, würden die besten Spieler – zumal vielfach ohnehin nicht über deutsche Wurzeln verfügend – dorthin weiterziehen, wo Spielergehälter auf dem zumindest bisherigen Niveau gezahlt werden. Unter diesen Umständen könnte derzeit allenfalls die englische Premier League, wo die im Durchschnitt höchsten Spielergehälter in einer nationalen Fußballliga gezahlt werden dürften, mit einiger Aussicht auf Erfolg eine Gehaltsobergrenze einführen. Dies zeigt, dass in Deutschland nationale Alleingänge kaum zielführend sein würden, sondern besser nach einer europäischen Lösung gesucht werden sollte.

251 Zu dieser Überzeugung gelangte am 3.2.2021 letztlich auch die Taskforce „Zukunft Profifußball“ in ihrer 7. Handlungsempfehlung, bei der noch weitere Aspekte angesprochen werden, bei denen sich eine zumindest europaweite Abstimmung zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen anbieten würde:[415]

> „7. Einsatz für Reformen auf europäischer oder globaler Ebene in Zusammenarbeit mit der Politik
>
> – Neben der Überprüfung der unmittelbaren verbandsrechtlichen (statuarischen [sic]) Möglichkeiten zur Stärkung der wirtschaftlichen Stabilität und Wettbewerbsintegrität, national [sic] soll die DFL (und ihre Clubs) zusammen mit der Politik (unabhängig von schon bestehenden Initiativen) auf europäischer Ebene für Reformen eintreten und eine Vorreiterrolle einnehmen. Insbesondere in Bezug auf:
>
> 1) Deckelung von Spielergehältern (unterschiedliche Formen des Salary Cap)
> 2) Konsequente Umsetzung eines verschärften Financial Fairplay
> 3) Strengere Reglementierung und Kontrolle des Spielerberaterwesens
> 4) Etablierung von Clearing-Stellen für Spieler-Transfers und alle betreffenden Zahlungen (u.a. Ablösesummen, Vermittlungsgebühren)
> 5) Gleichmäßigere Verteilung der UEFA-Gelder an die Clubs“

(13) Konsequenzen für die Gestaltung von Lizenzierungsvoraussetzungen

252 Gerade die zuletzt zitierte 7. Handlungsempfehlung der von der DFL eingesetzten Taskforce „Zukunft Profifußball“ zeigt im einleitenden Satz sprachlich zwar etwas holprig, im Übrigen aber eindrücklich, wie viele „Baustellen“ nicht erst seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie im Profifußball nach wie vor beste-

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

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen, ohne dass bislang überhaupt Entwürfe von Bauplänen der Öffentlichkeit präsentiert worden sind. Wird dieser Prozess aufgrund der wirtschaftlichen Krise, in die der Profifußball Corona-bedingt letztlich unzureichend vorbereitet hineingerutscht ist, nunmehr beschleunigt angegangen werden? Es bleibt zu hoffen, wenngleich aufgrund bisheriger Erfahrungen Zweifel bleiben.

Hinsichtlich der sicherlich erforderlichen Anpassung der LO stehen der DFL e.V. und die Clubs der Bundesliga und 2. Bundesliga als seine Mitglieder vor einer Herkulesaufgabe. Hier sollen keine Handlungsvorschläge unterbreitet werden, weil die unmittelbar Beteiligten letztlich über größere Sachkenntnis verfügen und die komplexen Gesamtzusammenhänge als unmittelbar Betroffene wesentlich besser beurteilen können. Allerdings haben sich in diesem Abschnitt im Rahmen der – zugegebenermaßen noch recht oberflächlichen – rechtlichen, aber auch sportökonomischen Erwägungen verschiedene Erkenntnisse herauskristallisiert, die bei den innerhalb des DFL e.V. anstehenden oder auch späteren Diskussionen zur sachgerechten Gestaltung der LO (aber auch der Lizenzierungsordnungen im übrigen Ligasport) Orientierung geben können: 253

- Die bisherigen Stellungnahmen der EU-Kommission zu Lizenzierungssystemen im Ligasport lassen erkennen, dass zwischen den Extremen – einerseits für alle Bewerber geöffnete Sportligen mit Relegationssystem und andererseits geschlossene Sportligen – erheblicher Gestaltungsspielraum besteht.[416] Sogar die Einführung einer geschlossenen Sportliga mit festem Mitgliederbestand wäre trotz der bislang entgegenstehenden europäischen Tradition umsetzbar.[417] 254
- Die für den DFL e.V. in Präambel Abs. 2 LO festgelegten Zielsetzungen sind allgemein gehalten und eröffnen gleichfalls erheblichen Gestaltungsspielraum.[418] Die LO macht keinerlei Angaben zur Frage, ob und – wenn ja – in welchem Ausmaß in den Fußball-Bundesligen eine sog. *competitive balance* angestrebt werden soll. Eine solche wird derzeit innerhalb der Fußball-Bundesligen nicht anvisiert.[419] Da nur wenige Clubs realistischerweise in europaweiten Ligen leistungs- und konkurrenzfähig mitmischen können, bedeutet dies zugleich, dass eine größere sportliche und wirtschaftliche Ausgeglichenheit innerhalb der *gesamten* Bundesliga Illusion bleiben wird.[420] 255
- Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der LO sowie der darauf gestützten Verbandsmaßnahmen mit dem Kartellrecht und den europäischen Grundfreiheiten ist aufgrund der eindeutigen Hinweise im Begleitdokument zum Weiß- 256

416 → XIII. Rn. 203 f.
417 → XIII. Rn. 109.
418 → XIII. Rn. 205–210.
419 → XIII. Rn. 216–224.
420 → XIII. Rn. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

buch Sport aus dem Jahr 2007[421] der *Meca-Medina*-Test anzuwenden.[422] An diesem rechtlichen Prüfungsmaßstab sind bestehende oder neu einzuführende wettbewerbsbeschränkende Regelungen der LO zu messen.

257 – Anders als im normalen Wirtschaftsverkehr müssen mehrere miteinander konkurrierende Sportclubs notwendigerweise miteinander kooperieren, um für den Zuschauer eine Dienstleistung, den sportlichen Ligawettkampf, überhaupt anbieten zu können.[423] Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, wenn die Voraussetzungen des Lizenzierungsverfahrens darauf abzielen, dass keine Ligamitglieder während einer laufenden Saison, aber möglichst auch darüber hinaus infolge einer Insolvenzanmeldung dauerhaft aus der Liga ausscheiden.

258 – Eine Erlösumverteilung findet innerhalb der deutschen Fußball-Bundesligen im Wesentlichen nur hinsichtlich der Einnahmen aus der Vermarktung der Medienrechte an den Bundesliga-Spielen statt. Im Gegensatz hierzu verbleiben die relativ hohen Erlöse, die Bundesligisten bei einer Teilnahme insbesondere an der UEFA Champions League erzielen können, nahezu vollumfänglich bei den wenigen begünstigten Bundesligaclubs. Die übrigen Erlöse der Ligamitglieder, die je nach sportlichem Erfolg und Größe der Fanbasis höchst unterschiedlich ausfallen, werden nicht umverteilt. Vor diesem Hintergrund kann der aktuelle – gemessen an den Gesamtumsätzen der Clubs in seinen ökonomischen Auswirkungen sehr begrenzte – Umverteilungsmechanismus nicht verhindern, dass die Schere zwischen „reichen" und „armen" Ligamitgliedern sich auch weiterhin öffnen wird.[424]

259 – Die nordamerikanischen Major Leagues mit geschlossenem Teilnehmerfeld verfolgen das Hauptziel der wirtschaftlichen Profitmaximierung für die Liga und alle Ligamitglieder. Demgegenüber streben die Clubs der durch das Relegationsmodell geprägten Fußball-Bundesligen unabhängig davon, ob der Lizenzspielbetrieb auf eine Kapitalgesellschaft ausgegliedert wurde, das Hauptziel an, maximalen sportlichen Erfolg zu erreichen.[425] Schon aus diesem Grund sind voreilige Vorschläge, die auf die Übernahme (zumeist auch nur einzelner) prägender Elemente der Major Leagues hinauslaufen (z.B. *salary caps*), erheblichen (oftmals rechtlichen, regelmäßig aber sportökonomischen) Zweifeln ausgesetzt. Eine „Rosinenpickerei" ist insoweit nicht zielführend.

260 – Die Clubs der Fußball-Bundesligen sind permanent sog. „Rattenrennen" ausgesetzt: beim Kampf gegen den Abstieg, beim Kampf um den Meistertitel und

421 Commission Staff Working Document, Abschn. 4.7; zum Wortlaut → XIII. Rn. 203.
422 → XIII. Rn. 211 f.
423 → XIII. Rn. 215.
424 → XIII. Rn. 216–224.
425 → XIII. Rn. 225–229.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Qualifikationsplätze für europäische Clubwettbewerbe sowie schließlich beim Titelrennen in den europäischen Wettbewerben. Der Begriff des „Rattenrennens" steht in der Sportökonomie für einen Wettbewerbsprozess, in dem Ressourcen verschwendet werden, weil die erzielten Mehrerlöse der zumeist wenigen Gewinner die steigenden Einsätze der Rivalen, d.h. der zumeist zahlreichen Verlierer, nicht aufwiegen. Systembedingt sind also die Gesamtinvestitionen vieler Ligamitglieder höher als die hieraus erzielten Erlöse nur sehr weniger Ligamitglieder.[426]

– Aufgrund dieser „Rattenrennen" ergibt sich für die Ligamitglieder ein erhöhtes Risiko von Überinvestitionen.[427] 261

– Die Ligamitglieder verfolgen regelmäßig das Ziel der Maximierung sportlichen Erfolgs unter der Nebenbedingung der Aufrechterhaltung eines finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts.[428] Dieses Ziel wird nur unter günstigen Umständen erreicht, insbesondere sofern es aufgrund der Teilnahme an einem oder zwei „Rattenrennen" nicht zu Überinvestitionen kommt. 262

– Ligamitglieder vernachlässigen vielfach in ihrem Streben nach kurzfristigen Entwicklungssprüngen die Verfolgung von Nachhaltigkeitsstrategien (z.B. verstärkter Einsatz im Nachwuchsbereich, Errichtung oder Ausbau eines Nachwuchsleistungszentrums).[429] 263

– Aus rechtlichen und/oder sportökonomischen Gründen bilden Ligamitglieder unabhängig von der Rechtsform vielfach in zu geringem Maße Rücklagen.[430] 264

– Während Ligamitglieder in der Rechtsform des Vereins im Bedarfsfall von vornherein nur Fremdkapital aufnehmen können, bevorzugen auch Fußballkapitalgesellschaften vielfach aus tatsächlichen Gründen eine Aufnahme von Fremdkapitel gegenüber einer Erhöhung des Eigenkapitals.[431] 265

– Aufgrund der verschiedenen „Rattenrennen", an denen die Ligamitglieder teilnehmen, verfolgen sie überwiegend individuelle Ziele und nur in begrenztem Maße gemeinsam Ziele der Liga.[432] 266

– Innerhalb der europäischen Fußballligen sind nicht nur aufgrund der Verflechtung von nationalen und europäischen Ligawettbewerben rein nationale Regelungsansätze oftmals nur in begrenztem Maße zielführend.[433] 267

426 → XIII. Rn. 230–234.
427 → XIII. Rn. 235.
428 → XIII. Rn. 236.
429 → XIII. Rn. 237.
430 → XIII. Rn. 238.
431 → XIII. Rn. 239–241.
432 → XIII. Rn. 242–247.
433 → XIII. Rn. 248–251.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) 50+1-Regel im deutschen Fußball

aa) Ausgangsproblematik

268 Seit einem Beschluss des Bundestages des DFB vom 24.10.1998, seine Satzung zu ändern, um Lizenzvereinen die Umwandlung ihres lizenzierten Spielbetriebs in eine Kapitalgesellschaft zu ermöglichen, hat die daraus hervorgegangene sog. 50+1-Regel,[434] die später zunächst der Ligaverband e.V. und hernach der DFL Deutsche Fußball Liga e.V. in ihre Satzungen übernahmen, wie kaum eine andere deutsche Verbandsvorschrift zu kontroversen Diskussionen auf zahlreichen Ebenen geführt. Zu Beginn sei der Auslöser hierfür anhand von § 8 Nr. 3 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) veranschaulicht (Hervorhebungen durch *Verfasser*):

> Eine Kapitalgesellschaft kann nur eine Lizenz für die Lizenzligen und damit die Mitgliedschaft im DFL e.V. erwerben, wenn ein Verein mehrheitlich an ihr beteiligt ist, der über eine eigene Fußballabteilung verfügt, und der im Zeitpunkt, in dem sie sich erstmals für eine Lizenz bewirbt, sportlich für die Teilnahme an einer Lizenzliga qualifiziert ist. Der Verein („Mutterverein") muss rechtlich unabhängig im Sinn des § 8 Nr. 2 sein.
>
> **Der Mutterverein ist an der Gesellschaft mehrheitlich beteiligt („Kapitalgesellschaft"), wenn er über 50 % der Stimmenanteile zuzüglich mindestens eines weiteren Stimmenanteils in der Versammlung der Anteilseigner verfügt.** Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien muss der Mutterverein oder eine von ihm zu 100 % beherrschte Tochter die Stellung des Komplementärs haben. In diesem Fall genügt ein Stimmenanteil des Muttervereins von weniger als 50 %, wenn auf andere Weise sichergestellt ist, dass er eine vergleichbare Stellung hat wie ein an der Kapitalgesellschaft mehrheitlich beteiligter Gesellschafter. Dies setzt insbesondere voraus, dass dem Komplementär die kraft Gesetzes eingeräumte Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis uneingeschränkt zusteht.
>
> Lizenzvereine und Kapitalgesellschaften dürfen weder unmittelbar noch mittelbar an anderen Kapitalgesellschaften der Lizenzligen beteiligt sein; dies gilt für die Mitglieder von Organen der Kapitalgesellschaften bzw. der Lizenzvereine mit Ausnahme des jeweiligen Muttervereins entsprechend. Als mittelbare Beteiligung der Kapitalgesellschaft gilt auch die Beteiligung ihres Muttervereins an anderen Kapitalgesellschaften.
>
> Lizenzvereine und Kapitalgesellschaften (Lizenznehmer), die Aufgaben der Vermarktung auf eine andere Gesellschaft (Vermarktungsgesellschaft) übertragen, müssen an dieser Vermarktungsgesellschaft dann mehrheitlich beteiligt sein, wenn diese selbst Verträge über die Vermarktung des Lizenznehmers im eigenen Namen oder im Namen des Lizenznehmers schließt. Dies gilt nicht, wenn sich aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Lizenznehmer und der Vermarktungsgesellschaft ergibt, dass der Lizenznehmer den jeweiligen Vertragabschlüssen im Bereich der Werbung, insbesondere des Sponsorings, der Fernseh-, Hörfunk- und Online-Rechte sowie der Überlassung von Nutzungsrechten vorab zustimmen muss. Bei Kapitalgesellschaften der Lizenzligen genügt auch eine mehrheitliche Beteiligung des Muttervereins an der Vermarktungsgesellschaft.

434 Ausf. hierzu Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 3–22 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Über Ausnahmen vom Erfordernis einer mehrheitlichen Beteiligung des Muttervereins nur in Fällen, in denen ein anderer Rechtsträger seit mehr als 20 Jahren den Fußballsport des Muttervereins ununterbrochen und erheblich gefördert hat, entscheidet das Präsidium des DFL e.V.

Dies setzt voraus, dass der betreffende Rechtsträger in Zukunft den Amateurfußballsport in bisherigem Ausmaß weiter fördert sowie die Anteile an der Kapitalgesellschaft nicht weiterveräußert bzw. nur an den Mutterverein kostenlos rückübereignet. Im Falle einer Weiterveräußerung entgegen dem satzungsrechtlichen Verbot bzw. der Weigerung zur kostenlosen Rückübereignung hat dies Lizenzentzug für die Kapitalgesellschaft zur Folge.

Mutterverein und Kapitalgesellschaft können nicht gleichzeitig eine Lizenz besitzen.

269 Sportjuristen und -ökonomen streiten seit rund 20 Jahren heftig über Rechtmäßigkeit und Sachgemäßheit der 50+1-Regel, die Repräsentanten von Fußballverbänden und Ligamitgliedern sind insoweit etwas zurückhaltender, ganz anders indes die eingefleischten Fußballfans. Mitunter sind bei der Diskussion die rechtlichen Aspekte teilweise oder sogar völlig in den Hintergrund gerückt. Auch die bewusst interdisziplinär ausgerichtete Taskforce „Zukunft Profifußball" hat sich in ihrer 8. Handlungsempfehlung zur 50+1-Regel geäußert:[435]

„8. Evaluierung von Strukturen für kontrollierte strategische Investitionen im Rahmen von 50+1

- Die 50+1-Regelung hat aus Sicht vieler Teilnehmer*innen der Taskforce wesentlich zur Stabilität des deutschen Profifußballs beigetragen und sollte deshalb beibehalten werden.
- Beispiele in anderen europäischen Ligen haben jedoch gezeigt, dass das Engagement von professionellen Investoren für mehr Wettbewerb sorgen kann.
- Eine unvoreingenommene, offene Prüfung, ob unter Vorgabe transparenter Bedingungen bestimmten Investierenden, die ESG[436]-Kriterien erfüllen oder verfolgen, der Weg in den Profifußball erleichtert werden kann, wird als sinnvoll erachtet.
- Ziele und Vorgaben für mögliche strategische Partnerschaften müssten von der DFL festgelegt werden (transparente Due Diligence Prozesse zur Überprüfung der Seriosität/Integrität der Investoren). Dabei sollte auch auf nicht monetäre Unterstützung, wie z.B. zur digitalen Weiterentwicklung u.v.m. gesetzt werden."

270 Staatliche Gerichte haben sich mit der Frage der (kartell)rechtlichen Wirksamkeit der 50+1-Regel noch nicht befassen können und das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen brauchte in seinem Schiedsspruch vom 25.8.2011[437] diese Frage nicht abschließend zu klären.[438] Es beanstandete nur eine Fristenregelung, die in der heutigen Fassung von § 8 Nr. 3

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

436 ESG = Environmental, Social and Corporate Governance.

437 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 ff. = CaS 2011, 334 ff.

438 S. stellvertr. *Heermann* CaS 2011, 339–343 („Fast alle Fragen zur rechtlichen Zulässigkeit der 50+1-Regelung bleiben offen").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 5 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) nicht mehr enthalten ist. Das Ständige Schiedsgericht[439] hielt zutreffend[440] die seinerzeitige Regelung, wonach die 20-jährige erhebliche und ununterbrochene Förderung durch den anderen Rechtsträger vor dem 1.1.1999 abgeschlossen gewesen sein musste, mit dem vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz für unvereinbar.[441] [442] Vielleicht auch aufgrund dieser judikativen Zurückhaltung sind bislang viele rechtliche Einschätzungen zur 50+1-Regel abgegeben worden. Das Meinungsspektrum ist – wie bei Juristen kaum anders zu erwarten – denkbar breit, wie ein repräsentativer, wenngleich nicht vollständiger Überblick über das ausufernde Schrifttum zur rechtlichen Wirksamkeit der 50+1-Regel[443] zeigt.

271 Wie verhärtet die Fronten sind, belegt *Summerer* mit der folgenden apodiktischen Feststellung, wobei angemerkt sei, dass er in den Jahren 2001 bis 2007 als Direktor von Recht und Personal für die DFL Deutsche Fußball Liga GmbH tätig und während dieser Zeit auch mit der 50+1-Regel befasst gewesen war:[444]

> „Die Abschaffung der ‚50+1-Regel' wäre deshalb rechtswidrig."

439 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262) = CaS 2011, 334 (337 f.).

440 A.A. etwa *Rothammer* 285 ff.

441 Genau diese Rechtsauffassung hatte der *Verfasser* bereits acht Jahr zuvor vertreten, vgl. *Heermann* WRP 2003, 724 (734 f.). Weshalb das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262) = CaS 2011, 334 (338) dem *Verfasser* unterstellte, seinerzeit das Gegenteil behauptet zu haben, wird das Geheimnis der damals beteiligten Schiedsrichter bleiben. Den Ausgangspunkt bildete vermutlich *Summerer* SpuRt 2008, 234 (238 in Fn. 29), der eine Aussage des *Verfassers* in dessen eingangs zitierten Fachaufsatz offensichtlich missverstanden hatte. Dieses Falschzitat wurde sodann vielleicht ungeprüft vom Ständigen Schiedsgericht übernommen – hierzu bereits frühzeitig krit. *Heermann* CaS 2011, 339 (340 in Fn. 7). Von dort konnte es sich bis zuletzt weiterverbreiten, s. etwa Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 9 in Fn. 32.

442 Zu konstatieren ist, dass das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen durch seinen Schiedsspruch der DFL ein weiteres faktisches und rechtliches Problem verschaffte: Denn mit der rechtlich gebotenen und zeitlich unbegrenzten Öffnung der Förderausnahme ist seither die Wahrscheinlichkeit gestiegen, dass im Laufe der Zeit immer mehr Investoren unter diese Ausnahmeregel fallen. Konsequent weitergedacht, können auf diese Weise die ursprünglich mit der 50+1-Regel verfolgten Zielsetzungen zunehmend ausgehöhlt werden. Ebenso *Scherzinger* 343 f.; *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (182 f.). Die vorläufige rechtliche Stellungnahme des *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021 hat dann auch zehn Jahre nach dem Schiedsspruch gerade die Förderausnahme als kartellrechtlich bedenklich eingestuft.

443 Eine rechtliche Wirksamkeit der 50+1-Regelung im Wesentlichen bejahend: PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 1. Rn. 223 sowie Kap. 3 Rn. 118–123; *Rothammer* 184 ff.; *Schaefer* 122 ff.; *Seyb* 136–143; *Steinforth* 159–197; *Verse* CaS 2010, 28 (32–38); schließlich geht auch *Putzier* 229 von einer Vereinbarkeit der 50+1-Regel mit dem Kartellverbot aus; sachlich unzutreffend verweist er jedoch in Fn. 49 zum Beleg für diese Rechtsauffassung auf *Heermann* CaS 2007, 426 (436), der schon seinerzeit, seither und auch vorliegend erhebliche Zweifel an einer Vereinbarkeit der 50+1-Regel mit Art. 101 Abs. 1 AEUV geltend macht(e). Deutlich einschränkend: *Punte* 113 ff. Eine Rechtswirksamkeit der gesamten Klausel ablehnend oder ihr krit. gegenüberstehend: *Deutscher* SpuRt 2009, 97 (99–101); *Esposito* 237–374; *Heermann* WRP 2003, 724 (729–734); *Jentsch* 138 ff.; *Scherzinger* 269 ff.; *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (498); Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 21; zuletzt zumindest im Hinblick auf die seinerzeitige Fassung der 50+1-Regel zweifelnd *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

444 PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 1 Rn. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Verbandsvorschrift, welche europaweit einzigartig ist und eine Wettbewerbsbeschränkung für (potentielle) Investoren bewirkt, wenn nicht sogar beabsichtigt, die sich an Fußballkapitalgesellschaften beteiligen wollen, soll nach *Summerers* Auffassung hierzulande gleichsam eine Ewigkeitsgarantie genießen. Eine solche Behauptung ist zumindest erstaunlich.

Der DFL e.V. scheint sich hingegen in der Angelegenheit seiner bisherigen Rechtsauffassung nicht mehr ganz so sicher zu sein, ansonsten wäre der Ligaverband kaum im Jahr 2019 an das BKartA herangetreten, die Rechtmäßigkeit und Auslegung der 50+1-Regel zu prüfen und eine Entscheidung herbeizuführen (§ 32c Abs. 4 Satz 1 GWB). Dies ist ein durchaus geschickter Schachzug, weil die DFL im Falle vom BKartA geäußerter kartellrechtlicher Bedenken bei einer dann erforderlichen Modifikation oder gar Abschaffung der 50+1-Regel letztlich nicht als Buhmann dastände. Zwar soll das BKartA gem. § 32c Abs. 4 Satz 2 GWB innerhalb von sechs Monaten über einen solchen Antrag entscheiden, hat allerdings erst am 31.5.2021 eine vorläufige Einschätzung zur 50+1-Regel der DFL abgegeben.[445] Danach sind nunmehr die DFL sowie dem Verfahren beigeladene Fußballclubs und Investoren am Zug. Sie haben Gelegenheit, zur vorläufigen Einschätzung des BKartA, wonach „in der Gesamtschau Bedenken gegenüber der derzeitigen Fassung von Grundregel in Kombination mit der Förderausnahme" bestehen, Stellung zu nehmen (Stand: 7.2.2022). 272

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[446]

Da es sich bei der 50+1-Regel um eine Verbandsvorschrift handelt, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. 273

Bei der 50+1-Regel liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelung oder darauf gestützter Verbandsmaßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise kann der DFL e.V. Einfluss ausüben, in welchem Höchstumfang sich ein Investor an einer deutschen Fußballkapitalgesellschaft beteiligen kann. Bei zu großem Fremdeinfluss würde einem Antragsteller die Lizenz zur Teilnahme am Betrieb der Bundesligen verweigert werden. Damit ist in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet,[447] sofern von der 50+1- 274

445 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

446 Hierzu → XIII. Rn. 13–31.

447 So im Ansatz auch Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (338 f.); *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021; so überraschenderweise auch *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (584 f.), die dabei vernachlässigen, dass die 50+1-Regel sich nicht nur auf unmittelbare Verbandsmitglieder, sondern natürlich auch auf die auf einem

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.[448] Dabei ist wegen der offensichtlichen Zielrichtung der 50+1-Regel, durch die die Investitionsmöglichkeiten verbandsunabhängiger Dritter bewusst begrenzt werden sollen, DFB und DFL im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale des *Meca-Medina*-Tests nur ein recht enger und zudem anhand objektiver Maßstäbe gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum einzuräumen.[449]

275 Die 50+1-Regel richtet sich nicht allein an die regelungsunterworfenen mittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. die Fußballclubs als Lizenznehmer, sondern insbesondere auch an potentielle Investoren. Diese sind als verbandsunabhängige Dritte mittelbar von der 50+1-Regel betroffen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung der 50+1-Regel nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[450] betroffen.[451]

276 Der DFB und DFL zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[452] bei der konkreten Ausgestaltung der Beteiligungsmöglichkeiten von Investoren an Lizenznehmern ist – wie schon der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der UEFA bei der Ausgestaltung der FFP-Regelungen[453] – eher durchschnittlich bemessen, so dass die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests weder sehr streng noch überaus mild ist. So eröffnet der Ermessensspielraum DFB und DFL ohne Weiteres auch die Möglichkeit einer Streichung der 50+1-Regel.[454]

Drittmarkt tätigen (potentiellen) Investoren an Fußballkapitalgesellschaften auswirkt (→ XIII. Rn. 275), so dass nach ihrem Verständnis mangels Betroffenheit des Schutzbereichs der Verbandsautonomie auch der *Meca-Medina*-Test eigentlich nicht anwendbar sein dürfte. Letzteren vernachlässigt *Heller*, SpoPrax 2021, 186 (187–190), der im Rahmen seiner ökonomischen Effizienzerwägungen – unausgesprochen – eine Rechtfertigung der von ihm angenommenen, von der 50+1-Klausel ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung allein anhand der Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 3 AEUV prüft.

448 Hierzu sogleich → XIII. Rn. 277.

449 → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

450 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

451 A.A. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262 f.) = CaS 2011, 334 (338); s. stellvertr. auch *Weiler* 326 f.; *Weiler* SpuRt 2007, 133 (136); wie hier jedoch etwa *Steinforth* 162.

452 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

453 → XIII. Rn. 180.

454 A.A. indes PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 1. Rn. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Wettbewerbsbeschränkung[455]

Der kausale Zusammenhang zwischen der 50+1-Regel und den Möglichkeiten potentieller Investoren, sich an deutschen Fußballkapitalgesellschaften zu beteiligen, ist offensichtlich. Eine Mehrheitsbeteiligung ist für sie frühestens nach Ablauf von 20 Jahren sowie bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen möglich. Investoren sind – anders als in den übrigen europäischen Fußballligen – nur bei Lizenznehmern des DFL e.V. gehindert, sich an diesen mehrheitlich zu beteiligen. Der 50+1-Regel wird man eine abschottende Wirkung gegenüber Mehrheitsinvestoren nicht absprechen können,[456] so dass insoweit nicht nur von einer bewirkten, sondern sogar von einer beabsichtigten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.[457] Die aus rechtlicher Sicht wesentlich interessantere und spannendere Frage lautet indes, ob diese Wettbewerbsbeschränkung über den *Meca-Medina*-Test gerechtfertigt werden kann. 277

(2) Legitime Zielsetzung[458]

Bei der Bestimmung der legitimen Zielsetzung(en) im Sinne des *Meca-Medina*-Tests ist nach der klaren Aussage des EuGH[459] an den zugrunde liegenden Beschluss anzuknüpfen. Zu ermitteln ist also zunächst, welche Zielsetzungen diejenigen Mitglieder des DFB e.V. sowie später des DFL e.V., die den betreffenden Beschluss fassten, mit der 50+1-Regel verfolgen woll(t)en. 278

Diesen Ansatz wählte auch das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen, welches sich sodann in zwei Passagen mit den Zielsetzungen der 50+1-Regel auseinandersetzte. Die erste Passage findet sich im Tatbestand des Schiedsspruchs (Hervorhebung der vom DFB speziell mit der 50+1-Regel verfolgten Zielsetzungen durch *Verfasser*):[460] 279

> „Zur Erläuterung dieser Satzungsänderung bezog sich der DFB auf ein sog. Eckwerte-Papier (veröffentlicht in: Amtliche Mitteilung, hrsg. vom DFB, Nr. 3 vom 31.3.1999). Die Umwandlung sollte nach den Vorstellungen dieses Eckwerte-Papiers sowohl die Eröffnung von Finanzierungsmöglichkeiten am Kapitalmarkt (Publikumsgesellschaften) als

455 Hierzu → VI. Rn. 12.
456 Ebenso *L. Breuer* 732; so zuletzt auch *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.
457 Dieser Umstand steht einer Anwendung des *Meca-Medina*-Tests nicht entgegen, vgl. etwa *Mürtz* Abschn. E. III. 2. b) aa); a.A. *L. Breuer* 673 f.
458 Hierzu → VI. Rn. 176–284.
459 EuGH Slg. 2006, I-6991 Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 46.
460 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (260) = CaS 2011, 334 (334).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> auch die organisatorisch verbindliche Einbindung von Sponsoren und anderen Interessierten (GmbH) ermöglichen. Als Ziel sah es der DFB an, die Ausgliederung möglichst neutral für die Wettbewerbssituation der Bundesligen und die verbandlichen Strukturen zu gestalten. Insbesondere sollte die organisatorische Verbindung von Leistungssport (Lizenzligamannschaften) und Breitensport gewährleistet bleiben. Zu diesem Zweck wurde als Mindesthöhe des stimmrechtsbehafteten Eigenkapitals im Besitz des Muttervereins 50 % + 1 Stimmrecht festgelegt (im Folgenden: 50+1-Regelung). **Auf diese Weise sollten eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktiver Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend gesichert werden.** Eine besondere Regelung erfolgte für die KGaA (Amtliche Mitteilung, a.a.O., u. B 1). Weitere Regelungen zielten darauf, **eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden** (Amtliche Mitteilung, a.a.O., u. B 2).“

280 In seinen Gründen griff das Ständige Schiedsgericht diese Zielsetzungen bei der im Zusammenhang mit der Kostenentscheidung erfolgten und daher nur recht oberflächlichen Anwendung des *Meca-Medina*-Tests überraschenderweise nicht mehr auf, sondern es argumentierte in folgender Weise (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[461]

> „Auslegung und Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften sind nach der Rechtsprechung des EuGH im Gesamtzusammenhang, in dem die fragliche Regelung zustande gekommen ist oder ihre Wirkungen entfaltet, und insbesondere unter Berücksichtigung ihrer **Zielsetzung** vorzunehmen. Es ist weiter zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen (EuGH, Urt. vom 19.2.2002 – C-309/99, Slg. I-1653, 1688 Rn. 97 – Wouters; Urt. vom 18.7.2006 – C-519/04, Slg. I-7006, 7023 f. Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen). Bei der Bestimmung der maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der 50+1-Regelung kommt Art. 165 Absatz 1 Satz 2 AEUV hinzu. Die infrage stehende Satzungsregelung ist maßgeblich von dem Anliegen getragen, den **Betrieb der Fußballprofiligen in Deutschland trotz der Zulassung von lizenzierten Kapitalgesellschaften nicht von den historischen, kulturellen und sozialen Wurzeln der auf ehrenamtlicher Tätigkeit beruhenden Fußballvereine zu lösen.** Dieses Anliegen wird durch die sog. Sportklausel der [sic] AEUV auf gemeinschaftsrechtliche [sic] Ebene gestützt (…).“

Bei großzügiger Interpretation wird man die letztgenannte Zielsetzung als allgemein formulierte Umschreibung der konkreten Ableitung der mit der 50+1-Regel verfolgten Ziele aus dem sog. Eckwerte-Papier des DFB interpretieren können.

281 Das BKartA[462] hat zuletzt in seiner vorläufigen Einschätzung zur 50+1-Regel der DFL zwei legitime Zielsetzungen angesprochen,

> „nämlich die Organisation eines vereinsgeprägten Wettbewerbs sicherzustellen und für die Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs zu sorgen“.

461 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (338).

462 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Ursprung der letztgenannten Zielsetzung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem sog. Eckwerte-Papier[463] und ist vermutlich in dem noch laufenden (Stand: 7.2.2022) Kartellverfahren seitens der DFL nachgeschoben worden. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nach den Ergebnissen einer neueren Studie[464] auf Seiten der Fußballclubs, d.h. der Mitglieder der DFL, die „Vermeidung einer Beeinträchtigung des Kräftregleichgewichts zwischen den Fußballklubs" kein zentrales Argument für die Beibehaltung der 50+1-Regel darstellt; insoweit standen im Rahmen einer Befragung stattdessen folgende Aspekte im Vordergrund: „Ausschluss einer Fremdbestimmung durch Investoren", „Ausschluss einer gleichzeitigen Kontrolle mehrerer Fußballklubs durch einen Investor", „Erhaltung der Identifikation von Fans" sowie „Bewahrung von traditionellen Besonderheiten".

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass der DFB e.V. und auch der DFL e.V. mit der 50+1-Regel die Ziele verfolgen, „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktive[n] Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" zu sichern sowie „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden". Zudem soll damit eine „Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs" angestrebt werden. 282

Die mit der 50+1-Regel verfolgten Zielsetzungen deutet hingegen etwa *Summerer*[465] in ganz anderer Weise, wobei er zum Beleg vorrangig auf den Schiedsspruch des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen Bezug zu nehmen vorgibt, im Anschluss aber auch einige Literaturquellen zitiert (Hervorhebungen durch *Verfasser*): 283

> „Gute Gründe sprechen dafür, dass die zugrundeliegende ‚50+1'-Regel kartellrechtskonform ist, verfolgt sie doch **das höhere Ziel der Integrität des Wettbewerbs**, um den **Profi-Fußball nicht zum ‚Spielball' der Investoren werden** zu **lassen**. Zudem verfolgt sie **weitere, sehr anerkennenswerte Ziele: Glaubwürdigkeit des Wettbewerbs Bundesliga, Förderung der Außendarstellung und der Marke Bundesliga, Wahrung sportlicher Belange, Identifikationskraft, Fanakzeptanz, Wettbewerbsgerechtigkeit, Ergebnisoffenheit, Ausgeglichenheit der Liga, wirtschaftliche Stabilität, Verringerung von Abhängigkeiten und dadurch Verringerung der Insolvenzgefahr, Bekämpfung von Missbrauchsgefahren, etwa Geldwäsche**."

Wenn man diese Ansammlung an angeblichen Zielsetzungen liest (und an deren tatsächliche Verfolgung glaubt), drängt sich einem unweigerlich der Eindruck auf, die 50+1-Regel sei der Heilsbringer und Erlöser des deutschen Profifußballs. Allein, all diese Ziele, die *Summerer* der 50+1-Regel zuordnet, hatte zuvor das Ständige Schiedsgericht unter Bezugnahme auf die Amtlichen Mitteilungen des 284

463 A.A. *Jentsch* 192 f., 197, der das Anstreben einer *competitive balance* in zweifelhafter Weise als einen Unterfall des Schutzes der Wettbewerbsintegrität einstuft.
464 S. zum Folgenden *Bauers* SpoPrax 2021, 192 (193 f.).
465 PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DFB nicht zu identifizieren vermocht. Auch bei extensiver Auslegung lassen sich diese behaupteten Ziele der 50+1-Regel nicht aus den vom Ständigen Schiedsgericht *lege artis* aus dem sog. Eckwerte-Papier des DFB abgeleiteten Zielsetzungen herauslesen. Allein das Ziel, „für die Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs zu sorgen", hat die DFL zuletzt etwas überraschend nachgeschoben, was das BKartA umgehend übernommen hat.[466] Kurzum: Es handelt sich bei *Summerers* Auflistung, die sich in ähnlicher Weise in vielen Veröffentlichungen zur 50+1-Regel findet,[467] also weitgehend um Zielsetzungen, die von dritter Seite mit der 50+1-Regel assoziiert werden. Es geht in diesem Zusammenhang letztlich aber nicht darum, welche Ziele *Summerer* oder andere Literaturstimmen der 50+1-Regel zuordnen oder zuschreiben, sondern welche Zielsetzungen der DFB e.V und der DFL e.V. gleichsam als Urheber mit der 50+1-Regel tatsächlich verfolgen wollen.

285 Selbst wenn man dies rechtlich anders bewerten wollte, wären die von *Summerer* aufgelisteten und der 50+1-Regel zugeordneten Zielsetzungen allesamt Luftnummern:

286 Die 50+1-Regel verhindert nicht, dass Minderheitsinvestoren in erheblichem Maße Einfluss auf die Geschäfte der ausgegliederten Fußballkapitalgesellschaften nehmen können und auch nehmen.[468] In welchem inneren Zusammenhang die konkrete 50+1-Regel mit den Allgemeinplätzen „Glaubwürdigkeit des Wettbewerbs Bundesliga, Förderung der Außendarstellung und der Marke Bundesliga, Wahrung sportlicher Belange, Identifikationskraft" steht, ist nicht ansatzweise erkennbar. Inwieweit gerade die 50+1-Regel darüber hinaus „Wettbewerbsgerechtigkeit, Ergebnisoffenheit, Ausgeglichenheit der Liga, wirtschaftliche Stabilität, Verringerung von Abhängigkeiten und dadurch Verringerung der Insolvenzgefahr" verfolgt und diese Aspekte fördert, bleibt rätselhaft. Eher scheint es, dass bei den genannten Punkten trotz des Bestehens der 50+1-Regel in den letzten Jahren und nicht erst seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie die tatsächliche Entwicklung zunehmend die gerade nicht gewünschte Richtung genommen hat.

287 Selbst wenn das BKartA[469] dies im Hinblick auf eine „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs" in seiner vorläufigen rechtlichen Einschätzung anders beurteilt, wird dort doch nicht nachvollziehbar dargelegt, wie die 50+1-Re-

466 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.
467 S. stellvertr. *Seyb* 140 f.; *Steinforth* 171–173, jew. m.w.N.
468 So auch *Galli* SpuRt 2020, 19 (22); vgl. auch *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (181 f.): „Die 50+1-Grundregel gewährleistet für sich genommen nicht, dass die Mitglieder des Muttervereins einen relevanten Einfluss auf die Kapitalgesellschaft haben."; → XIII. Rn. 291–305 mit einem konkreten Beispiel.
469 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gel als solche für die Erreichung des genannten Ziels soll sorgen können.[470] Denn wie bereits zuvor dargelegt,[471] geht aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten→ in den deutschen Fußball-Bundesligen die Schere zwischen „armen" und „reichen" Vereinen immer weiter auseinander, woran auch die 50+1-Regel in über zwei Jahrzehnten nichts geändert hat.

Beim von *Summerer* letztgenannten angeblichen Ziel „Bekämpfung von Miss- 288
brauchsgefahren, etwa Geldwäsche" schwingt ein vorverurteilender Unterton mit, als würden potentielle Investoren, die eine Mehrheitsbeteiligung erfolgreich (wie inzwischen *Dietmar Hopp* bei der ausgegliederten GmbH des Bundesligisten TSG 1899 Hoffenheim[472]) oder erfolglos (wie etwa *Martin Kind* bei der ausgegliederten GmbH & Co. KGaA des Bundesligisten Hannover 96[473] oder *Hasan Ismaik* bei der ausgegliederten GmbH & Co. KGaA des Drittligisten TSV 1860 München[474]) anstreben, bereits allesamt mit einem Bein im Gefängnis stehen.

Es bleibt noch ein letztes von *Summerer* angeführtes Ziel der 50+1-Regel übrig: 289
die „Fanakzeptanz". Diese darf tatsächlich nicht unterschätzt werden, für die hartgesottenen Fußballanhänger nicht nur in den Fankurven ist die 50+1-Regel gleichsam eine *conditio sine qua non* für echten, wahren Bundesliga-Fußball, gegen deren Abschaffung allerorten prophylaktisch protestiert wird. Selbst im Audimax der Universität Bayreuth wurde auf der Unterseite eines Klapptischs ein Aufkleber mit der Aufschrift „50+1 ist UNANTASTBAR Schwabensturm 02" angebracht.[475] Es ist offensichtlich, dass für einen großen (aber auch repräsentativen und die Mehrheit umfassenden?) Teil der Fußballanhänger die Abschaffung der 50+1-Regel oder gar nur eine entsprechende Absichtserklärung einer Kriegserklärung nahekäme. Gleichwohl würde ein der 50+1-Regel unterstelltes Ziel der „Fanakzeptanz" die Dinge aus (kartell)rechtlicher Sicht gleichsam auf den Kopf

470 *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (182): „Fraglich ist zudem, ob sich überhaupt empirisch belegen lässt, dass die 50+1-Grundregel nicht nur in der Theorie, sondern auch unter den derzeitigen Gegebenheiten innerhalb des deutschen Profifußballs zu einem ausgeglichen(er)en Wettbewerb führt."

471 → VI. Rn. 213–236 sowie II. Rn. 8-11.

472 S. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 10.

473 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 121. Vgl. zu dem in diesem Zusammenhang in den Jahren 2018/19 geführten, letztlich aber nicht beendeten Schiedsverfahren vor dem Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen *Marwedel* SZ v. 29.7.2019: „Vermutlich haben Kind und sein Anwalt Christoph Schickhardt nur noch wenig Aussicht auf Erfolg gesehen. Schickhardt warf dem Vorsitzenden des Ständigen Schiedsgerichts, Udo Steiner, vor, dass dieser ‚alles in seiner Macht Stehende unternimmt, um die 50+1-Regel aus traditionellen Überlegungen zu retten'."

474 S. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 13.

475 Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass der *Verfasser* seine Vorlesungen, in denen er sich vor bis zu 60 Studierenden aus rechtlicher Perspektive mit der 50+1-Regel auseinandersetzt, nicht im Audimax durchführt. Dies schließt natürlich nicht aus, dass auf dem Campus der Universität Bayreuth der Protest gegen eine etwaige Abschaffung der 50+1-Regel auch außerhalb der Vorlesungen des *Verfassers* und vielleicht sogar als Reaktion hierauf, in jedem Fall aber aus tiefer Überzeugung formuliert wird.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellen.[476] Fußballfans sind vielfach selbst Mitglieder in Fußballclubs, von letzteren sind wiederum stets 36 Mitglieder im DFL e.V. Damit können Fußballfans als Vereinsmitglieder in einem demokratischen Prozess indirekt Einfluss darauf nehmen, ob die 50+1-Regel in den Statuten des DFL e.V. modifiziert oder abgeschafft wird. Zudem haben sie unmittelbaren Einfluss darauf, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen (z.B. Öffnung für Investoren bis zu einem Stimmrechtsanteil in Höhe von 24,9 % wie beim deutschen Rekordmeister oder bis maximal 49,9 % wie bei vielen anderen Bundesligaclubs) „ihr" Verein von der Möglichkeit einer Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung auf eine Fußballkapitalgesellschaft Gebrauch macht. Die „Fanakzeptanz", die sich angesichts der Heterogenität der Gruppe der Fußballfans niemals zuverlässig ermitteln ließe und letztlich nur ein Schlagwort darstellt, kann damit mangels Bestimmtheit und Bestimmbarkeit keine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests sein.

290 Um abschließend die Legitimität der hier ermittelten, mit der 50+-Regel verfolgten Zielsetzungen beurteilen zu können, ist nunmehr im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt zu ermitteln, ob die jeweilige Zielverfolgung tatsächlich in kohärenter und stringenter Weise erfolgt.

(3) Kohärente und stringente Zielverfolgung[477]

291 Im vorangehenden Abschnitt ist ermittelt worden, dass der DFB e.V. und auch der DFL e.V. mit der 50+1-Regel die Ziele verfolgen, „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktive[n] Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" zu sichern sowie „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden"[478]. Zudem teilt das BKartA[479] einstweilen die Auffassung der DFL, dass mit der 50+1-Regel legitime Ziele verfolgt werden, „nämlich die Organisation eines vereinsgeprägten Wettbewerbs sicherzustellen und für die Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs zu sorgen."

1. Ziel: Sicherstellung der Organisation eines vereinsgeprägten Wettbewerbs

292 Zunächst ist in einem ersten Schritt darzulegen, dass bei einer Fußballkapitalgesellschaft in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ein Investor, der – was nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) erlaubt ist – über

476 A.A. offensichtlich – stellvertr. für andere – *Seyb* 142 f.
477 Hierzu → VI. Rn. 269–284.
478 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (260) = CaS 2011, 334 (334).
479 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einen Stimmenanteil von mehr als 25 % und weniger als 50 % verfügt, regelmäßig *gesellschaftsrechtlich* erheblichen Einfluss ausüben kann.

So bedarf bei der AG jede Satzungsänderung eines Beschlusses der Hauptversammlung (§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG). Für den Beschluss der Hauptversammlung ist dabei eine Mehrheit erforderlich, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG). Die Satzung der AG kann eine andere Kapitalmehrheit, für eine Änderung des Gegenstands des Unternehmens jedoch nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen (§ 179 Abs. 2 Satz 2 AktG). Das Stimmrecht wird dabei nach Aktiennennbeträgen, bei Stückaktien nach deren Anzahl ausgeübt (§ 134 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Satzung einer AG kann von den Vorschriften des AktG nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist (§ 23 Abs. 5 Satz 1 AktG). Demnach kann eine AG zwar in der Satzung festlegen, dass Satzungsänderungen etwa mit einer Mehrheit von mehr als 50 % der abgegebenen Stimmen beschlossen werden. Dies stellt aber nicht den Regelfall dar, weil Satzungsänderungen zu den grundlegenden Beschlüssen innerhalb einer AG gehören, die zumeist durch ein erhöhtes, sog. qualifiziertes Mehrheitserfordernis legitimiert werden sollen. Wenn es bei der gesetzlichen Grundkonzeption verbleibt, verfügt also ein Investor als Aktionär bereits mit einem Stimmenanteil von mehr als 25 % über eine sog. Sperrminorität und kann damit etwa jede Satzungsänderung verhindern. Werden unter diesen Umständen in einer Fußball-AG noch „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktiver Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend“ gesichert?[480] 293

Bei einer GmbH kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch einen Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen bedarf (§ 53 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Bei der Beschlussfassung gewährt jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme (§ 47 Abs. 1 und 2 GmbHG). Von diesem Mehrheitserfordernis kann (anders als bei einer AG nach § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG) auch im Gesellschaftsvertrag nicht nach unten abgewichen werden.[481] Damit verfügt ein Investor als GmbH-Gesellschafter bereits mit einem Stimmenanteil von mehr als 25 % über eine sog. Sperrminorität und kann damit etwa jede Änderung des Gesellschaftsvertrages verhindern. Werden unter diesen Umständen in einer Fußball-GmbH noch „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktiver Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend“ gesichert? 294

480 Zweifel klingen insoweit auch bei Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 6 und *Steinforth* 287–290 an, dort jedoch – anders als vorliegend – nicht im Zusammenhang mit dem überhaupt nicht angesprochenen Kohärenzkritierium im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests. *Jentsch* 206 f. spricht den Aspekt im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests beim Merkmal der Geeignetheit an.

481 H.M., s. stellvertr. Noack/Servatius/Haas/*Noack* § 53 GmbHG Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

295 In einer GmbH & Co. KGaA sind im Vergleich zu einer AG und GmbH die Einflussmöglichkeiten eines Investors geringer, selbst wenn er über 100 % der Kommanditaktien verfügen sollte. Denn aus § 278 Abs. 2 AktG ergibt sich, dass allein der Komplementär, im Falle einer GmbH & Co. KGaA also regelmäßig die Komplementär-GmbH, zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. Gegen den Willen der Komplementär-GmbH können Beschlüsse der Hauptversammlung der Kommanditaktionäre unabhängig von der Zustimmungshöhe nicht umgesetzt werden. Über § 8 Nr. 3 Abs. 2 Sätze 2 bis 3 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) wird abgesichert, dass der „Mutterverein" die alleinige Kontrolle über die Komplementär-GmbH ausübt. Nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 Satz 1 Halbs. 2 HGB sind die Kommanditaktionäre von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft zwar ausgeschlossen, können aber einer Handlung der Komplementär-GmbH widersprechen, sofern die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb der GmbH & Co. KGaA hinausgeht. Allerdings kann, wie sich aus § 163 HGB ergibt, der Gesellschaftsvertrag von den Vorgaben des § 164 HGB abweichen, wovon in der Praxis der Fußballkapitalgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KGaA auf weithin Gebrauch gemacht wird.[482] Damit verbleiben Kommanditaktionären letztlich nur sehr wenige unentziehbare Mitgliedschaftsrechte,[483] während die Geschicke der GmbH & Co. KGaA über die vom Mutterverein kontrollierte Komplementär-GmbH weitgehend unabhängig von den Kommanditaktionären gesteuert werden. So werden zumindest in einer Fußball-GmbH & Co. KGaA „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktiver Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" gesichert.

296 Zwischenfazit: Ein Investor als Aktionär oder als GmbH-Gesellschafter mit einem Stimmenanteil von mehr als 25 % und – angesichts der 50+1-Regel – weniger als 50 % verfügt in einer Fußball-AG im Regelfall und in einer Fußball-GmbH stets über eine sog. Sperrminorität und kann damit z.B. jede Änderung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages verhindern. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob unter diesen Umständen in einer Fußball-AG bzw. Fußball-GmbH noch „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktiver Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" gesichert sind. Die *aktive* Gestaltung einer Fußball-Kapitalgesellschaft durch den Mutterverein setzt eigentlich die uneingeschränkte Möglichkeit zur Änderung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages voraus. Damit verbleiben zugleich erhebliche Bedenken, ob die 50+1-Regel tatsächlich eine *abschließende* Sicherung des

482 *Weiler* SpuRt 2007, 133 (137) forderte, „den Klubs vorzuschreiben, das Zustimmungserfordernis der Kommanditaktionäre im Hinblick auf außergewöhnliche Geschäfte durch statuarische [sic] Regelung auszuschließen". Diese Forderung haben DFB e.V. und DFL e.V. in der Folge nicht umgesetzt.

483 Ausf. hierzu bereits *Heermann* ZGR 2000, 61 ff.; s. zuletzt *Sethe* AG 2021, 78 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einflusses des Muttervereins auf die Geschäfte einer Fußball-Kapitalgesellschaft zu gewährleisten vermag. Vor diesem Hintergrund bestehen bereits aus *(gesellschafts)rechtlicher* Perspektive erhebliche Zweifel, ob das von dem DFB e.V. und dem DFL e.V. mit der 50+1-Regel angestrebte Ziel der Einflusssicherung des Muttervereins überhaupt in stringenter und kohärenter Weise verfolgt wird. Sofern man diese Zweifel teilt, würde mit der 50+1-Regel insoweit bereits kein *legitimes* Ziel im Sinne des *Meca-Medina*-Tests verfolgt werden, so dass in diesem Kontext eine Rechtfertigung der mit der Verbandsvorschrift einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen ausschiede. Ob eine solche sodann über Art. 101 Abs. 3 AEUV erreicht werden könnte, ist gleichfalls zweifelhaft, soll hier aber nicht abschließend erörtert werden. Sofern man hingegen eine Legitimität der Zielsetzung annimmt, müssen die zuvor aufgeworfenen Zweifel auf der zweiten und gegebenenfalls auch dritten Prüfungsstufe diskutiert werden.[484]

297 In einem zweiten Schritt soll es nunmehr um die Frage gehen, ob durch die 50+1-Regel das damit angestrebte Ziel, „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden", *tatsächlich* in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wird und ob dieses Ziel überhaupt erreicht werden kann. Den Zusammenhang zwischen Geld und Macht hat *Manfred Hinrich* (1926–2015), ein deutscher Philosoph, Journalist und Schriftsteller, in folgender Weise beschrieben:

> „Geld macht Macht, Macht macht Geld, das Macht macht."

298 Es verwundert, dass diese Erkenntnisse bereits bei der Schaffung der 50+1-Regel und auch seither von DFL e.V. und DFB e.V. zumindest in öffentlichen Stellungnahmen zu dieser Verbandsvorschrift, aber auch in der wissenschaftlichen Diskussion fast flächendeckend[485] hartnäckig ausgeblendet werden. Oder ist man sich – was kaum zu glauben wäre – dieser naheliegenden Zusammenhänge bis heute wirklich nicht bewusst? Seit ihrem Inkrafttreten beruht die 50+1-Regel auf der Prämisse, dass in (Fußball-)Kapitalgesellschaften Macht allein auf dem gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Weg durch Stimmrechtsausübung bei einer Beschlussfassung ausgeübt werden könne. Wenn also ein Investor – so offensichtlich die Vorstellung der Verfechter der 50+1-Regel – über weniger als 50 % der Stimmrechte verfüge, könne „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs" vermieden werden.

299 Wie realitätsfern ist doch diese Vorstellung! Im Fußballsport sind zur finanziellen Unterstützung der – trotz ausgefeilter Lizenzierungsverfahren und -bedingungen oftmals notorisch klammen – Fußballclubs nicht ausschließlich selbstlose Mäzene aktiv, die Gutes tun, möglichst nicht über ihr Engagement sprechen und vom

484 → XIII. Rn. 306–308.

485 Eine Ausnahme bilden die freilich insoweit recht oberflächlichen Erwägungen von *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (182) und *Putzier* 231.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Empfänger in keinem Fall eine Gegenleistung verlangen. Allein die im Einzelfall möglicherweise fernliegende, aber stets latent vorhandene Gefahr, der finanzielle Gönner könne sein Engagement von einem auf den anderen Tag reduzieren oder gar einstellen, ist je nach Höhe der regelmäßigen finanziellen Zuflüsse geeignet, bei Schatzmeistern in Fußballclubs für Sorgenfalten im Gesicht zu sorgen oder gar Albträume zu verursachen. Je größer die finanzielle Abhängigkeit ist, desto eher werden sich die Leitungsorgane des Muttervereins bei der Führung der Geschäfte fragen, ob und – wenn ja – in welcher Weise durch konkrete Maßnahmen die Gunst des spendablen Finanziers beeinträchtigt werden könnte. Wie in einer solchen Konstellation Entscheidungen ablaufen können, lässt sich zumeist nur erahnen. Mitunter werden solche Vorgänge aber auch einmal publik, wobei das nachfolgende Beispiel[486] die Problematik veranschaulicht:

300 *Dietmar Hopp*, Mitbegründer des IT-Unternehmens SAP und Förderer des Fußballvereins TSG 1899 Hoffenheim, hielt in den Jahren 2010 und 2011 als Gesellschafter an der ausgegliederten Fußball-GmbH in Übereinstimmung mit der 50+1-Regel 49 % der Stimmrechte, indes rund 99 % des Stammkapitals der Gesellschaft. Zudem war er Sprecher des Beirats. Der Spieler *Luiz Gustavo* stand seinerzeit bei dem Bundesligisten unter Vertrag, der damalige Trainer *Ralf Rangnick* wollte auf keinen Fall den Spieler ziehen lassen. Ohne Rücksprache mit dem Trainer, dafür aber unter aktiver Mitwirkung und angeblich auch auf Betreiben von *Dietmar Hopp* wurde der Spieler zum Ende des Jahres 2010 für viele Millionen Euro zum FC Bayern München transferiert. Dieser Fall belegt anschaulich, wie man als Investor trotz der durch die 50+1-Regel dem *gesellschaftsrechtlichen* Einfluss gesetzten Grenzen seine Interessen letztlich *faktisch* doch durchsetzen kann. Die DFL überprüfte damals den Vorgang wegen eines etwaigen Verstoßes gegen die 50+1-Regel, über ein Ergebnis dieser Ermittlungen ist in der Folge nicht mehr berichtet worden ...

301 Zwischenfazit: Das mit der 50+1-Regel seitens DFB und DFL angestrebte Ziel, „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden", kann aufgrund des *faktischen* Einflusses, den ein finanzstarker Investor auch als Minderheitsgesellschafter auszuüben vermag, letztlich nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden.[487] Damit bestehen erhebliche Zweifel, ob die genannte Zielsetzung überhaupt als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft

486 S. hierzu etwa *Kielbassa* SZ v. 4.1.2011; Spiegel Online v. 4.1.2011 („DFL überprüft Gustavo-Transfer"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/zoff-in-hoffenheim-dfl-ueberprueft-gustavo-transfer-a-737670.html (zuletzt besucht am 7.2.2022). Zur faktischen Einflussnahme des Investors bei TSG 1899 Hoffenheim s. auch *Steinforth* 263–268, der daraus noch den Schluss zieht, dass die mit der 50+1-Regel verfolgte Sicherung des Vereinseinflusses seit jeher umgangen wurde, aber nicht erkennt, dass sodann die Verbandsregelung zumindest im Lichte dieser Zielsetzung nicht rechtfertigungsfähig ist.

487 So i.Erg. auch *Galli* SpuRt 2020, 19 (22), ohne jedoch überhaupt auf den *Meca-Medina*-Test Bezug zu nehmen; *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (181 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden kann. Wenn man diese Rechtsauffassung teilt, scheidet eine Rechtfertigung der 50+1-Regel unter Bezugnahme auf das Ziel, „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden", aus, so dass es auf die weiteren Prüfungsstufen im Rahmen des *Meca*-Medina-Tests nicht mehr ankommt. Auch in diesem Kontext soll nicht erörtert werden, ob die Voraussetzungen für eine theoretisch noch in Betracht kommende Rechtfertigung der durch die 50+1-Regel verursachten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.[488] Sofern man hingegen eine Legitimität der Zielsetzungen annimmt, müssen die zuvor aufgeworfenen Zweifel auf der zweiten und gegebenenfalls auch dritten Prüfungsstufe diskutiert werden.[489]

Eine kohärente und stringente Verfolgung der mit der 50+1-Regel angestrebten Ziele hat *L. Breuer* der Sache nach im Hinblick auf einen anderen Aspekt abgelehnt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[490] 302

> „Im Folgenden soll jedenfalls unterstellt werden, dass die von den Sportverbänden angeführten Ziele als legitim anzuerkennen sind und eine Gefahr für die betroffenen Schutzgüter existiert. […] Die von DFB und DFL beschlossene Ausnahmeregel für historisch gewachsene Altfälle [Anmerkung: Gemeint ist hier die Ausnahme für Investoren, die seit mindestes 20 Jahre einen Lizenznehmer ununterbrochen und erheblich gefördert haben.] durchbricht die generelle Verbotsregel und hebt damit jede fundamentale Argumentation aus den Angeln. **Wenn die vollständige Beherrschung eines Klubs durch ein Wirtschaftsunternehmen aus Sicht der Sportverbände generell, also in jedem Fall, eine ernste Gefahr für die legitimen Besonderheiten des Sports darstellte, hätte die Ausnahmeregel nicht beschlossen werden dürfen.** In diesem Fall wäre das Verbot bereits zur konsequenten Schutzverwirklichung ungeeignet. Wenn die Sportverbände aber der Ansicht sein sollten, dass es von einer Würdigung der konkreten Umstände abhängt, ob die Beherrschung unbedenklich ist, so wäre das pauschale Verbot für alle neuen Beteiligungsfälle eindeutig nicht erforderlich. Als milderes Mittel kämen dann besondere Auflagen für den Fall einer Übernahme der Stimmrechtsmehrheit durch einen Investor in Frage. **Somit zeigt der Widerspruch im Regel-Ausnahme-System der 50+1-Regel deutlich, dass die Maßnahme der Sportverbände auf groben Wertungsdiskrepanzen beruht. Die komplexe Verhältnismäßigkeitsprüfung kann deshalb durch die ‚Abkürzung' wegen der ‚Widersprüche in Regelungssystemen' ersetzt werden."**

488 Ein – zurückhaltend formuliert – origineller Ansatz zur Begründung einer Freistellungsfähigkeit der 50+1-Regel sei hier gleichwohl kurz dargestellt. So geht *Putzier* 232 f. davon aus, „der Schutz der Fußballfolklore, dass Vereine statt Unternehmen die Lizenzspielerabteilungen beherrschen", könne eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV begründen. Weiter heißt es: „Selbst die bloße Illusion, dass die Lizenzspielerabteilungen unabhängig sind von externen Kapitalgebern und weiterhin ein eingetragener Verein ‚das Sagen hat', kann also zur Vereinbarkeit der 50+1-Regel mit dem Kartellverbot führen." Wer nunmehr bereits „Fußballfolklore" – der Begriff lässt sich von dem englischen Wort *folk* (deutsch: Volk) ableiten – und eine „bloße Illusion" für eine Freistellungsfähigkeit der wettbewerbsbeschränkenden 50+1-Regel ausreichen lässt, dokumentiert eindrücklich die pure Ergebnisorientiertheit seiner Argumentationsbemühungen, die sich von der harten Realität der objektiv auszulegenden rechtlichen Freistellungsvoraussetzungen i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV bereits vollständig gelöst haben.

489 → XIII. Rn. 306–308.

490 *L. Breuer* 733.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

303 Zum besseren Verständnis sei darauf hingewiesen, dass *L. Breuer* die Verfolgung legitimer Zielsetzungen seitens DFB und DFL unterstellt, die von ihm angenommenen „Widersprüche in Regelungssystemen" sich in der Sache mit dem hier aufgestellten Erfordernis einer kohärenten und stringenten Verfolgung der mit der 50+1-Regel verfolgten Ziele decken, wobei er diese Voraussetzung eher beim zweiten Prüfungsschritt, d.h. bei der Inhärenz, verortet. Auch wenn die erwähnte Ausnahme inzwischen, d.h. nach Veröffentlichung von *L. Breuers* Monographie, in § 8 Nr. 3 Abs. 5 und 6 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) modifiziert und konkretisiert worden ist, ändert dies nichts an der festgestellten „Wertungsdiskrepanz". In jedem Fall kann festgehalten werden, dass durch die genannte Ausnahmeregelung selbst in der aktuellen modifizierten Form die mit der 50+1-Regel angestrebten Ziele nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden.

304 *L. Breuer* arbeitet übrigens (im Jahr 2019 als Referent in der Prozessabteilung) beim BKartA. Es scheint, als hätten seine zuvor zitierten überzeugenden Erwägungen – vielleicht auf kurzem Dienstweg(?) – Eingang in die vorläufige Einschätzung des BKartA zur 50+1-Regel der DFL vom 31.5.2021[491] gefunden. Denn gewisse Parallelen hinsichtlich der Argumentation und kartellrechtlichen Würdigung sind unübersehbar.

2. Ziel: Herbeiführung einer (gewissen) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs

305 Abschließend bleibt die Frage, ob wenigstens die vom BKartA[492] zumindest vorläufig anerkannte Zielsetzung der 50+1-Regel der DFL, „für die Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs zu sorgen", eine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests darstellt und seitens der DFL in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wird. Dies ist aber – wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt[493] – mitnichten der Fall.[494]

(4) Inhärenz[495]

306 Da nach hier vertretener Auffassung die 50+1-Regel die damit angestrebten Ziele nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt, bedarf es eigentlich keiner Auseinandersetzung mehr mit dem zweiten Prüfungsschritt des *Meca-Me-*

491 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.
492 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.
493 → VI. Rn. 228–234 sowie II. Rn. 8–11.
494 So zuletzt andeutungsweise auch *Scherzinger* SpoPrax 2021, 178 (184): „Die finanziellen Ungleichgewichte innerhalb der Liga sind aus verschiedenen Gründen unabhängig von 50+1 bereits massiv."; a.A. *Jentsch* 223–228, der dem Fußballverband indes entgegen der hier vertretenen Auffassung (→ VI. Rn. 316–336 m.w.N.) eine Einschätzungsprärogative zugesteht.
495 Hierzu → VI. Rn. 285–287.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dina-Tests. Falls man diese Auffassung nicht teilen sollte, müsste festgestellt werden, dass die mit der 50+1-Regel verfolgten legitimen Ziele *untrennbar* mit den dadurch verursachten Wettbewerbsbeschränkungen für (potentielle) Investoren verbunden sind, woran angesichts der vorangehenden Ausführungen zum Kohärenzkriterium durchaus Zweifel bestehen.

(5) Verhältnismäßigkeit[496]

307 Nach hier vertretener Auffassung kommt es letztlich auf die Verhältnismäßigkeit der 50+1-Regel nicht mehr an. Ansonsten wäre indes zu prüfen, ob die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Überraschenderweise setzen sich die zahlreichen kartellrechtlichen Bewertungen der 50+1-Regel[497] vorrangig mit der Frage der Verhältnismäßigkeit auseinander. Das höchst uneinheitliche Meinungsbild soll hier nicht abschließend bewertet werden. Die insoweit vom Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen vorgenommene Argumentation, die von eine Überbetonung der Verbandsautonomie sowie einer daraus abgeleiteten – angeblichen – weitgehend gerichtsfesten Einschätzungsprärogative der Fußballverbände geprägt ist, ist schon zuvor kritisch gewürdigt worden.[498] Letztlich spricht viel dafür, dass ein pauschales Verbot einer Mehrheitsbeteiligung in den ersten 20 Jahren einer ununterbrochenen und erheblichen Förderung durch einen Investor nicht erforderlich ist, um „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktive[n] Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" zu sichern sowie „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden". Der DFL e.V. hat es im Rahmen des Lizenzierungsverfahrens selbst in der Hand, auch bei neuen Mehrheitsinvestoren durch entsprechende passgenaue Lizenzierungsauflagen die Verfolgung dieser Zielsetzungen zu gewährleisten. Ein 20-jähriger Bewährungszeitraum, wie ihn derzeit § 8 Nr. 3 Abs. 5 und 6 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019) vorsieht, ist insoweit jedenfalls weder erforderlich noch angemessen.

308 Losgelöst von den mit der 50+1-Regel verfolgten Zielsetzungen sollte heute auch gefragt werden, ob die in Übereinstimmung mit dieser Klausel überwiegend von den Muttervereinen zumindest gesellschaftsrechtlich gelenkten Fußballkapitalgesellschaften in den Bundesligen die Corona-bedingten wirtschaftlichen und sportlichen Herausforderungen ebenso gut gemeistert haben wie die durch die Ausnahmeregelung begünstigten Fußballclubs (Bayer 04 Leverkusen, VfL Wolfsburg und inzwischen auch TSG 1899 Hoffenheim). Es ist zu erwarten, dass diese

496 Hierzu → VI. Rn. 288–315.
497 Zu Nachweisen → XIII. Rn. 269–271.
498 → X. Rn. 30–39 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundesligaclubs wegen der engen Anbindung an solvente Investoren zumindest mittel- bis langfristig wirtschaftlich eher besser dastehen werden als die Mehrzahl der übrigen Ligamitglieder. Die Kluft zwischen „armen" und „reichen" Ligamitgliedern könnte sich damit noch schneller als ohnehin schon öffnen, so dass sich unausweichlich irgendwann Fragen der wirtschaftlichen Chancengleichheit innerhalb der Fußballligen stellen werden. Auch ein Vergleich mit anderen Fußballclubs in europäischen Ligen wäre interessant, weil man dort der deutschen 50+1-Regel vergleichbare Beschränkungen für Investoren nicht kennt.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

309 Wie zuvor dargelegt, bietet die 50+1-Regel im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV – aber auch hinsichtlich der damit verbundenen, hier vernachlässigten Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV – viel Angriffsfläche. Die mit der 50+1-Regel angestrebten Ziele, „eine aktive Gestaltung der Gesellschaft durch den Mutterverein sowie dessen aktive[n] Einfluss auf die Geschäfte der Spielbetriebsgesellschaft abschließend" zu sichern, „eine Fremdbestimmung des sportlichen Wettbewerbs zu vermeiden" sowie für eine „(gewisse) Ausgeglichenheit des sportlichen Wettbewerbs zu sorgen", werden nach hier vertretener Auffassung nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt, darüber hinaus sind die Inhärenz der Maßnahme sowie deren Geeignetheit im Sinne der zweiten und dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zweifelhaft. Damit scheidet nach hier vertretener Auffassung derzeit (Stand: 7.2.2022) eine Rechtfertigung der mit der 50+1-Regel verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen für (potentielle) Investoren nach dem *Meca-Medina*-Test aus. Daneben ist die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zwar nicht ausgeschlossen, aber doch eher unwahrscheinlich.[499] Wenn die 50+1-Regel zu erheblichen wirtschaftlichen Verwerfungen zwischen den durch die Ausnahmeregelung begünstigten und den meisten der übrigen Ligamitglieder führen sollte, könnte erwogen werden, ob nicht auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV vorliegt.

310 Der DFL e.V. hat es schon seit vielen Jahren selbst in der Hand, das kartellrechtliche Konfliktpotential zu reduzieren oder gar zu beseitigen und gleichzeitig die genannten Ziele weiter zu verfolgen. Denn auch bei neuen Mehrheitsinvestoren kann durch entsprechende passgenaue Lizenzierungsauflagen die Verfolgung dieser Zielsetzungen sichergestellt werden. Die „Fanakzeptanz" wäre vermutlich begrenzt. Zumindest theoretisch hat das BKartA der DFL durch seine vorläufige Einschätzung zur 50+1-Regel[500] eine Steilvorlage zur Abschaffung der umstritte-

499 Insoweit aus ökonomischer Perspektive zurückhaltend *Heller* SpoPrax 2021, 186 (187–190).
500 *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Vorschrift gegeben. Indes ist kaum zu erwarten, dass die DFL sehenden Auges einen solchen Konflikt mit den zahlreichen Befürwortern der 50+1-Regel unter den Ligamitgliedern und insbesondere auch im Kreis der Fußballfans eingehen wird. Oder aber der DFL e.V. findet doch noch ein anderes, speziell mit der 50+1-Regel und nicht vom Verband allgemein angestrebtes legitimes Ziel, welches in kohärenter und stringenter Weise verfolgt wird und sodann auch die übrigen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests erfüllt …[501]

d) Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs (*Multi-Ownership*)

aa) Ausgangsproblematik

Was die Attraktivität eines Fußballspiels ausmacht, wusste schon der deutsche Fußballspieler und -trainer *Josef „Sepp" Herberger* (1897–1977): 311

> „Fußball ist deshalb spannend, weil niemand weiß, wie das Spiel ausgeht."

Diese Erkenntnis lässt sich zweifelsohne auch auf andere sportliche Wettkämpfe übertragen. Zwar haben der Fußballwettkampf in der Bundesliga um die Tabellenspitze und insbesondere Bundesligaspiele unter Beteiligung des deutschen Rekordmeisters aufgrund dessen wirtschaftlicher und sportlicher Überlegenheit im letzten Jahrzehnt für viele Betrachter deutlich an Spannung eingebüßt, was aber für die nachfolgenden Erwägungen vernachlässigt werden soll. Spielabsprachen sind demgegenüber ein allgemein anerkanntes Tabu, zumal damit endgültig der wirtschaftliche über den sportlichen Wettbewerb gesiegt hätte. Dabei würden die beteiligten Sportteams als Mitglieder einer kommerziell erfolgreichen Sportliga an dem Ast sägen, auf dem sie sitzen. Aber stets besteht die Gefahr, dass Tabus gebrochen werden. Sind dann erst einmal die Glaubwürdigkeit des Sports und das Vertrauen der an der betreffenden Sportart Interessierten verlorengegangen, braucht es mitunter viel Zeit, um den entstandenen immateriellen und materiellen Schaden wieder zu beseitigen, sofern er überhaupt reparabel sein sollte. Manipulierte Spiele im Abstiegskampf während der Fußball-Bundesligasaison 1970/71 im Rahmen des sog. Bundesliga-Skandals sowie die Spielmanipulatio-

501 So hat die DFL in ihrer Stellungnahme vom 29.9.2021 zum Schreiben des BKartA vom 31.5.2021 in der Tat noch zwei weitere Zielsetzungen der 50+1-Regel nachgeschoben: „Bewahrung der Verbindung von Amateur- und Jugendfußball einerseits und Profifußball andererseits" sowie Gewährleistung der „Stabilität des Wettbewerbs und der Clubs". Selbst wenn man unterstellt, dass es sich hierbei um legitime Zielsetzungen handelt, die in kohärenter und stringenter Weise durch die 50+1-Regel verfolgt werden (insbesondere Letzteres ist bereits überaus zweifelhaft), so bedarf es zur Erreichung der genannten Ziele aber definitiv nicht der im Ausgangspunkt wettbewerbsbeschränkenden 50+1-Regel. Diese Ziele können durch eine darauf ausgerichtete Umgestaltung der Lizenzierungsbedingungen mindestens ebenso effektiv verfolgt werden, was mit wesentlich milderen Wettbewerbsbeschränkungen als den durch die 50+1-Regel bewirkten verbunden wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen durch den Fußballschiedsrichter *Robert Hoyzer* sind bis heute abschreckende Beispiele.[502]

312 Wenn zwei in einem sportlichen Wettkampf vom gleichen Investor beherrschte Sportclubs gegeneinander antreten würden, wäre die Gefahr von Spielabsprachen stets virulent. Das Problem entsteht, wenn ein Investor mehrheitlich oder auch mit einem geringeren Anteil an zwei (oder auch mehr) Fußballclubs beteiligt ist, die in einem Wettbewerb entweder zwingend gegeneinander spielen oder doch je nach sportlichem Erfolg und Auslosung in einem Wettbewerb aufeinander treffen können. Man spricht in derartigen Konstellationen von Mehrfachbeteiligungen oder *Multiple-Ownership*. Die (inter)nationalen Fußballverbände wie etwa UEFA[503] und (erst relativ spät seit dem 1.4.2015[504]) der DFL e.V.[505] haben über ihre Verbandsstatuten in verschiedener Weise festgelegt, unter welchen Voraus-

502 S. hierzu stellvertr. *Hilpert* 459–462.

503 **Art. 5.01 (Integrität des Wettbewerbs) Reglement der UEFA Champions League** (Stand: 30.8.2021):
Zum Schutz der Integrität der UEFA-Klubwettbewerbe gelten folgende Bestimmungen:
a. Kein Verein, der an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnimmt (d.h. UEFA Champions League, UEFA Europa League und UEFA Europa Conference League), darf direkt oder indirekt:
   i. Wertpapiere oder Aktien eines anderen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Vereins halten oder damit handeln;
   ii. Mitglied eines anderen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Vereins sein;
   iii. auf irgendeine Art und Weise an der Führung, der Verwaltung und/oder den sportlichen Leistungen eines anderen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Vereins beteiligt sein; oder
   iv. auf irgendeine Art und Weise Einfluss auf die Führung, die Verwaltung und/oder die sportlichen Leistungen eines anderen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Vereins nehmen.
b. Niemand darf gleichzeitig, direkt oder indirekt, in irgendeiner Funktion oder mit irgendeinem Mandat an der Führung, der Verwaltung und/oder den sportlichen Leistungen von mehr als einem an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Verein beteiligt sein.
c. Keine natürliche oder juristische Person darf Kontrolle über oder Einfluss auf mehr als einen an einem UEFA-Klubwettbewerb teilnehmenden Verein haben, wobei in diesem Zusammenhang als Kontrolle bzw. Einfluss gilt, wenn die betreffende Person:
   i. über die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre verfügt;
   ii. das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des betreffenden Vereins zu bestellen oder abzuberufen;
   iii. Aktionär ist und aufgrund einer Absprache mit anderen Aktionären des betreffenden Vereins allein über die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre verfügt; oder
   iv. in der Lage ist, auf irgendeine Art und Weise einen entscheidenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Vereins auszuüben.

Vgl. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 32–40.

504 Vor dem 1.4.2015 ließ es die sog. 50+1-Klausel (→ XIII. Rn. 268–272) zu, dass ein Investor sich mit jew. weniger als 50 % der Stimmrechte an mehreren deutschen Fußballclubs beteiligte. Aufgrund der daraus resultierenden faktischen Möglichkeiten der Einflussnahme (→ XIII. Rn. 291–305) bestand zumindest latent die Gefahr von Absprachen und abstrakten Beeinträchtigungen der Integrität des Wettbewerbs, worauf schon viele Jahre zuvor hingewiesen worden war; vgl. *Heermann* WRP 2003, 724 (732).

505 **§ 8 Nr. 6 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V.** (Stand: 21.8.2019):
Niemand darf unmittelbar oder mittelbar mit einer Beteiligung von 10 % oder mehr der Stimmrechte oder des Kapitals an mehr als einer Kapitalgesellschaft der Lizenzligen beteiligt sein. Unabhängig von der Beteiligungshöhe darf niemand unmittelbar oder mittelbar mit Kapital oder Stimmrechten an mehr als drei Kapitalgesellschaften der Lizenzligen beteiligt sein. Die Beschränkungen nach Satz 1 und 2 gelten nicht für Beteiligungen, die vor dem 4. März 2015 erworben wurden.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzungen eine unzulässige Mehrfachbeteiligung anzunehmen ist und – wenn ja – welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben.[506] In der Folge ist dann regelmäßig nur einer der beherrschten Fußballclubs in einem Fußballwettbewerb startberechtigt, was für den Mehrfacheigentümer und den vom Wettbewerb ausgeschlossenen Fußballclub natürlich mit finanziellen Einbußen einhergeht. Verständlicherweise bemühen sich sodann beide darum, eine Startberechtigung für alle sportlich qualifizierten Fußballclubs zu erhalten, an denen der Investor (mehrheitlich) beteiligt ist oder auf die er erheblichen Einfluss ausüben kann.

313 Über ein entsprechendes Beispiel ist in früheren Abschnitten[507] bereits berichtet worden anhand der Entscheidung der EU-Kommission in dem Verfahren *ENIC/UEFA* aus dem Jahr 2002.[508] Die dabei ermittelten rechtlichen Erkenntnisse lassen sich verallgemeinernd auf die Problematik der Mehrfachbeteiligungen übertragen. Ein weiterer interessanter Fall betraf die Fußballclubs RasenBallsport Leipzig und Red Bull Salzburg, die sich beide sportlich für die Teilnahme an der UEFA Champions League in der Saison 2017/18 qualifiziert hatten.[509] Zunächst hatte die Finanzkontrollkammer der UEFA Bedenken gegen eine Zulassung beider Fußballclubs zu dem Wettbewerb geäußert. Daraufhin unternahmen die Clubs erhebliche Anstrengungen u.a. durch Umstrukturierungen und die Anpassung von vertraglichen Vereinbarungen, um den Nachweis zu führen, dass der Getränkehersteller Red Bull GmbH nicht auf irgendeine Art und Weise einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Fußballclubs ausüben könne und auch keine unzulässigen Verstrebungen zwischen den Fußballclubs bestehen würden. Zum Abschluss des Verfahrens stellte der UEFA Club Financial Control Body fest:[510]

Die Kapitalgesellschaften der Lizenzligen sind im Rahmen des rechtlich Möglichen und Zumutbaren verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen auf die Einhaltung der vorstehenden Beschränkung hinzuwirken. Eine Kapitalgesellschaft, die die Zusammensetzung ihres Anteilseignerkreises nicht beeinflussen kann, wie namentlich im Fall der Börsennotierung, ist für Verstöße ihrer Anteilseigner gegen die Mehrfachbeteiligungsbeschränkung nur verantwortlich, wenn sie an dem Verstoß aktiv und schuldhaft mitgewirkt hat. Die Einzelheiten regelt die Lizenzierungsordnung.
Eine mittelbare Beteiligung gemäß Abs. 1 liegt vor, wenn jemand beherrschenden Einfluss (im Sinne von § 17 AktG) auf den unmittelbaren Anteilseigner ausüben kann oder der unmittelbare Anteilseigner die Beteiligung für Rechnung eines anderen hält. Die Beteiligung des unmittelbaren Anteilseigners wird dem mittelbaren Anteilseigner in diesem Fall in vollem Umfang zugerechnet.
Vgl. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 24–31.

506 Allg. zu Mehrfachbeteiligungen im Sport, insbesondere im Fußball PHB SportR/*Summerer* Kap. 1 Rn. 220–222; Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 23–40 m.w.N.; *Cattaneo/Parrish* Rn. 168–185; *Jentsch* 267 ff.; *Putzier* 255 f.; *Weatherill*, Principles, 2017, 258 f.; *Weiler passim*; *Weiler* SpuRt 2007, 133–139. Instruktiv zur Diskussion zur *Common Ownership* im Wettbewerbsrecht, allerdings ohne Bezug zum Sportsektor die gleichnamige Dissertation von *Seitz passim*.

507 → VI. Rn. 15–24 und XI. Rn. 2–5.

508 EU-Komm. 25.6.2002 – Nr. 37806 – ENIC/UEFA.

509 Ausf. hierzu Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 40.

510 UEFA Club Financial Control Body 16.6.2017 – AC-01/2017, Rn. 59; abrufbar unter https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/ClubFinancialControl/02/48/50/34/2485034_DOWNLOAD.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „In the present case, for Article 5.01 (c) (iv) to be breached, this would require either Red Bull to have the ability to exercise decisive influence in the relevant decision making of both Clubs or for one of the Clubs to have the ability to exercise decisive influence in the relevant decision making of itself and the other Club. Neither possibility has been proven to the comfortable satisfaction of the CFCB Adjudicatory Chamber."

Kurzum: Die beweisbelaste Investigatory Chamber des Club Financial Control Body hatte den Verstoß nicht zur „comfortable satisfaction" des Spruchkörpers nachweisen können – letztlich also eine Beweislastentscheidung zugunsten der betroffenen Fußballclubs und ihres österreichischen Investors.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[511]

314 Da sich das Verbot von Mehrfachbeteiligungen stets unmittelbar aus Verbandsstatuten ergibt, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Dabei kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden.

315 Bei solchen *Multiple-Ownership*-Regelungen liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelung oder darauf gestützter Verbandsmaßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise können etwa der DFL e.V. und die UEFA zum Schutz der Integrität des Wettbewerbs vor Absprachen von Fußballclubs Einfluss darauf ausüben, welche Fußballkapitalgesellschaften, die vom gleichen Investor beherrscht werden, an den Fußball-Bundesligen und an den europäischen Ligawettbewerben der UEFA teilnehmen dürfen. Damit ist in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet,[512] wenn von der Verbandsregelung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen sollten.[513]

316 *Multiple-Ownership*-Regelungen richten sich nicht allein an die regelungsunterworfenen (un)mittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. die Fußballclubs als Lizenznehmer, sondern insbesondere auch an deren Investoren. Diese sind als verbandsunabhängige Dritte mittelbar hiervon betroffen, wenn nur einer der von ihnen beherrschten Fußballclubs trotz jeweiliger sportlicher Qualifikation an einem bestimmten Wettbewerb teilnehmen kann. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung statutarischer Beschränkungen von Mehrfachbeteiligungen an

511 Hierzu → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
512 So im Ansatz auch Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (263) = CaS 2011, 334 (338 f.).
513 Hierzu → XIII. Rn. 319.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fußballclubs nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[514] betroffen.[515]

Der DFB und DFL zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[516] bei der konkreten Ausgestaltung von *Multiple-Ownership*-Regelungen ist – wie schon der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der UEFA bei der Ausgestaltung der FFP-Regelungen[517] und des DFB sowie der DFL bei der Ausgestaltung von Beteiligungsmöglichkeiten potentieller Investoren bei einem Fußballclub (50+1-Regel)[518] – eher durchschnittlich bemessen, so dass die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests weder sehr streng noch überaus mild ist. 317

cc) Zentrale Rechtsfragen

Hier soll nicht auf alle mit Mehrfachbeteiligungen verbundenen Rechtsfragen eingegangen werden,[519] auch die Rechtmäßigkeit der auf entsprechende Verbandsstatuten gestützten Maßnahmen soll und kann hier nicht abschließend abgehandelt werden.[520] Vielmehr konzentrieren sich die nachfolgenden Punkte auf die für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Aspekte. 318

(1) Wettbewerbsbeschränkung und legitime Zielsetzung[521]

Sofern die UEFA oder der DFL e.V., gestützt auf die einschlägigen Verbandsstatuten,[522] einem Fußballclub die Teilnahme an den europäischen Ligawettbewerben der UEFA oder an der Fußball-Bundesliga verweigert, sind die beim betroffenen Club und dessen Investor eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV offensichtlich. In Betracht kommen in derartigen Konstellationen des Weiteren Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV sowie der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV, wobei diese rechtlichen Aspekte im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen ausgeklammert werden. 319

514 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
515 A.A. Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2011, 259 (262 f.) = CaS 2011, 334 (338); aus dem Schrifttum s. stellvertr. *Weiler* 326 f.; *Weiler* SpuRt 2007, 133 (136).
516 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
517 → XIII. Rn. 180.
518 → XIII. Rn. 276.
519 S. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 23–40 m.w.N.; *Weiler passim*.
520 S. etwa die bereits älteren Stellungnahmen von *Weiler* 142–241; *Weiler* SpuRt 2007, 133 (135 f.).
521 Hierzu → VI. Rn. 12, 176–284.
522 Zum Wortlaut → XIII. Rn. 312 in den Fn. 503, 505.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

320 Anders als bei der *Break-even-Rule* im Sinne des FFP[523] oder bei der 50+1-Regel gem. § 8 Nr. 3 Satzung DFL Deutsche Fußball Liga e.V. (Stand: 21.8.2019)[524] besteht im Hinblick auf Verbandsstatuten, die die mit Mehrfachbeteiligungen an verschiedenen Fußballclubs einhergehenden Gefahren bannen sollen, über das damit verfolgte Ziel Einigkeit: Es geht bei solchen Verbandsvorschriften allein um den Schutz der Integrität des Wettbewerbs, indem der maßgebliche Einfluss eines Investors über zwei (oder mehr) in einem Wettbewerb (potentiell) gegeneinander antretende Fußballclubs von vornherein verboten und unterbunden wird. Gerade an diesem Punkt zeigen sich die erheblichen Vorzüge des *Meca-Medina*-Tests gegenüber einer einseitigen Ausrichtung an der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, die allein den „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" schützt und bei Drittbetroffenheit – wie vorliegend hinsichtlich der Investoren mit Mehrfachbeteiligungen – ohnehin nicht greift.[525] Stattdessen eröffnet der *Meca-Medina*-Test die Möglichkeit, bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportsektor die europaweit anerkannten besonderen Merkmale des Sports gem. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV, zu denen natürlich auch „the ensuring of fair competitions with equal chances for all athletes" und „the ensuring of uncertainty of results" zählen,[526] angemessen zu berücksichtigen.

(2) Kohärente und stringente Zielverfolgung[527]

321 Bei jeder wettbewerbsbeschränkenden Verbandsmaßnahme, die bei Vorliegen einer unzulässigen Mehrfachbeteiligung zum Schutz insbesondere vor Ergebnisabsprachen von Fußballclubs getroffen wird, bilden folgende Rechtsfragen den Schwerpunkt:

- Wird mit den streitgegenständlichen Verbandsstatuten das Ziel des Schutzes insbesondere vor Ergebnisabsprachen von Fußballclubs in kohärenter und stringenter Weise verfolgt? Wenn diese Frage verneint werden sollte, scheidet nach hier vertretener Auffassung[528] die Legitimität der Zielsetzung aus.[529]
- Nach anderer Auffassung werden inhaltlich entsprechende oder zumindest vergleichbare Erwägungen auf späteren Stufen des *Meca-Medina*-Tests vorgenommen. Verschiedene Ansätze sind insoweit denkbar:

523 → XIII. Rn. 187–190.
524 → XIII. Rn. 278–290.
525 → III. Rn. 31 f. und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
526 → VI. Rn. 196–202; so zuletzt auch explizit EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 100–104 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.
527 Hierzu → VI. Rn. 269–284.
528 → VI. Rn. 283 f.
529 So andeutungsweise auch BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 105 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Die EU-Kommission[530] scheint das Kohärenzkriterium auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests zu verorten, also bei der Frage, ob ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den mit der streitgegenständlichen Verhaltensweise verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und der verfolgten legitimen Zielsetzung besteht.
- Zudem ist der mit „Kohärenz der Zielverfolgung" oder „Widerspruchsfreiheit von Regelungssystemen" bezeichnete Gesichtspunkt auch als alternativer Weg einer stark verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung interpretiert worden.[531]
- Denkbar ist zudem, bei inkonsistenten Verbandsregelungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Merkmal der Geeignetheit[532] oder auch der Erforderlichkeit anzusetzen.

322 Im Ergebnis unterscheiden sich die Ansätze allenfalls unwesentlich. Ein Sportverband muss also seine Vorschriften, mit denen er die aus Mehrfachbeteiligungen resultierenden Gefahren für die Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs einzudämmen gedenkt, in kohärenter und stringenter Weise verfolgen. Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn eine solche Regelung allein an Beteiligungshöhen und damit einhergehende Möglichkeiten der *gesellschaftsrechtlichen* Einflussnahme anknüpfen würde, gleichzeitig aber die von *faktischen* Einflussnahmemöglichkeiten ausgehenden Gefahren für die Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs unberücksichtigt ließe.

(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[533]

323 Wenn mit den Verbandsregelungen die von Mehrfachbeteiligungen ausgehenden Gefahren für das damit verfolgte legitime Ziel, den Schutz der Integrität des Wettbewerbs, in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden, werden regelmäßig auch die Voraussetzungen der zweiten und dritten Prüfungsstufe des *Meca-Medina*-Tests erfüllt sein.

324 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist vom Sportverband sodann nachzuweisen, dass die streitige Verbandsmaßnahme im Hinblick auf den Schutz der Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dabei reicht die Beweislast aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme das angestrebte legitime Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren

530 EU-Komm. 8.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – ISU's Eligibility Rules; unklar hernach EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 94, 97 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission.

531 *L. Breuer* 727 f.

532 So im Ansatz EFTA-Gerichtshof 16.11.2018, Rs. E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF.

533 → VI. Rn. 285–315 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnte. Insoweit greift eine Art sekundäre Darlegungslast.[534] Das bedeutet, dass sich ein Sportverband nur zu den von der Gegenseite vorgetragenen, den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zum Schutz der Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs aber angeblich gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen muss.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

325 Bereits im Jahr 2007 gab die EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport ihre Einschätzung zur Ausgangsproblematik ab:[535]

> „The following types of rules constitute examples of organisational sporting rules that – based on their legitimate objectives – are likely not to breach Articles 81 EC and/or 82 EC provided the restrictions contained in such rules are inherent and proportionate to the objectives pursued:
>
> – […];
> – […];
> – […];
> – Rules preventing multiple ownership in club competitions;
>
> […]"

326 Diese Aussage deckt sich im Wesentlichen mit den Ergebnissen der vorangegangenen Analysen. Verbandsstatuten, durch die die von Mehrfachbeteiligungen ausgehenden Gefahren für die Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs eingedämmt werden sollen, sind mit dem europäischen Kartellrecht vereinbar, wenn sie vom Verband in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden, ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den mit der streitgegenständlichen Verhaltensweise verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und dem Schutz der Ergebnisoffenheit des sportlichen Wettbewerbs besteht und die Verbandsmaßnahme schließlich geeignet, erforderlich und angemessen ist.

534 → VI. Rn. 325–334 m.w.N.
535 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Terminkollisionen

aa) Ausgangsproblematik

(1) Nebeneinander von Sportligen und -turnieren auf drei regionalen Ebenen (Welt, Kontinent, Land)

Infolge der für Sportverbände typischen monopolistischen und pyramidenförmigen Strukturen[536] finden regelmäßig auf mehreren Ebenen der Verbandspyramide Sportveranstaltungen statt, die jeweils von dem für diese Hierarchiestufe zuständigen Sportverband und gegebenenfalls seinen Mitgliedern organisiert und durchgeführt werden. Dies sei aus der deutschen Perspektive anhand des Fußballsports der Männer unter Beschränkung auf die obersten drei Verbandsstufen veranschaulicht: 327

- Auf der obersten Stufe ist die FIFA als Weltfußballverband angesiedelt. Dieser veranstaltet derzeit (noch?) im vierjährigen Rhythmus die FIFA Fußball-Weltmeisterschaft, nachdem die Teilnehmer in Qualifikationsrunden ermittelt worden sind. Der früher von der FIFA veranstaltete Confed Cup ist zuletzt durch die jährlich stattfindende FIFA Klub-Weltmeisterschaft™ ersetzt worden. Beide Veranstaltungen werden im Turnierformat durchgeführt.
- Auf der zweiten Hierarchiestufe sind die Kontinentalverbände angesiedelt, wobei die UEFA für Europa zuständig ist. Diese veranstaltet im Vier-Jahres-Rhythmus die UEFA Fußball-Europameisterschaft in Form eines Turniers, nachdem die teilnehmenden Nationalverbände in Qualifikationsrunden ermittelt worden sind. Daneben organisiert die UEFA zwei bzw. seit der Saison 2021/22 drei europäische Ligawettbewerbe für Fußballclubs: UEFA Champions League, UEFA Europa League und UEFA Europa Conference League.
- Auf der dritten Ebene organisieren der DFB die Länderspiele der Fußballnationalmannschaft („Die Mannschaft"), den DFB-Pokal und die Spiele der 3. Liga sowie die DFL den Betrieb der Bundesliga und der 2. Bundesliga.

Eine solche Vielzahl von Fußballturnieren und Fußballligen setzt eine genaue Terminabstimmung voraus, um etwa möglichst zu gewährleisten, dass Fußballnationalspieler nicht zeitgleich für ihren Arbeitgeber, d.h. den Fußballclub, zu einem Pflichtspiel und für den nationalen Verband in einem Länderspiel auflaufen müssen. Diese Terminplanung hat erhebliche ökonomische, aber auch rechtliche Konsequenzen, die in diesem Abschnitt herausgearbeitet und bewertet werden sollen.[537] 328

536 → IV. Rn. 69–94 und XIII. Rn. 62–72, jew. m.w.N.

537 Zu bislang überwiegend allgemein gehaltenen rechtlichen Stellungnahmen s. *Grätz* 337 f.; *Hannamann* 384; *Seyb* 203; *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (96–98); *Heermann* WuW 2018, 241 (245 f.); *Heer-*

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Wettbewerb zwischen Monopolisten?!

329 Die im Eingangsbeispiel genannten Akteure, d.h. FIFA, UEFA, DFB und DFL, erzielen ihre Erlöse, die sie zur Verfolgung ihrer Verbandsziele benötigen, hauptsächlich im Wege der Vermarktung der jeweils von ihnen veranstalteten Fußballturniere, Fußballligen oder Fußball(länder)spiele. Auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu solchen Fußballevents haben die genannten Verbände jeweils eine Monopolstellung inne.[538] Denn aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. der an einem bestimmten Fußballturnier oder an einer bestimmten Fußballliga teilnehmenden Fußballteams und deren Spieler, sind die verschiedenen Fußballformate nicht substituierbar, sondern sie stehen in einem komplementären Verhältnis zueinander. Ein Fußballnationalspieler möchte beispielsweise nicht an der Fußball-Weltmeisterschaft *oder* an der Fußball-Europameisterschaft *oder* an den Spielen der Bundesliga *oder* der UEFA Champions League teilnehmen, sondern zugleich möglichst an allen genannten Turnier- und Ligaformaten. Entsprechendes gilt für seinen Arbeitgeber, der möglichst an der Bundesliga, der UEFA Champions League (hilfsweise der UEFA Europa League oder äußerst hilfsweise an der UEFA Europa Conference League) und der FIFA Klub-Weltmeisterschaft (sowie an weiteren Spielen auf dem Weg zum sog. Sextuple) teilnehmen möchte. Kurzum: Die beteiligten Nationalverbände und Fußballclubs wollen mit ihren Spielern auf möglichst vielen Hochzeiten tanzen.

330 Dieser Umstand führt im Fußball im Verhältnis etwa zwischen der FIFA, der UEFA und den europäischen Fußballligen zu Verteilungskämpfen, indem insbesondere die internationalen Fußballverbände die von ihnen veranstalteten Fußballturniere und -ligen (zulasten der nationalen Fußballligen?) auszuweiten suchen. Dies belegen etwa der bereits beschlossene Plan, die UEFA Champions League ab der Saison 2024/25 um weitere Teilnehmer sowie Spieltage zu erweitern, oder die geplante Ausdehnung der FIFA Klub-Weltmeisterschaft. Zu denken ist auch an die bereits beschlossene Aufstockung der FIFA Fußball Weltmeisterschaft um weitere Teilnehmer. Und dann hat die FIFA zuletzt noch eine andere Stellschraube entdeckt, an der man gleichfalls drehen könnte. Zum Jahresende 2021 riefen die bekannt gewordenen Pläne des Weltfußballverbandes, die FIFA Fußball-Weltmeisterschaft künftig im Zwei-Jahres-Rhythmus durchzuführen, heftige Gegenreaktionen des europäischen Fußballverbandes UEFA hervor. Die UEFA hatte zunächst schon am 12.2.2020 eine Grundsatzvereinbarung mit der Südamerikanischen Fußballkonföderation (CONMEBOL) erneuert und darin

mann WuW 2018, 550 (551 f.); *Mournianakis* WRP 2009, 562 (565); *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (336 f.); *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1332); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86).

538 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine noch engere Zusammenarbeit beschlossen.[539] Am 15.12.2021 erweiterten UEFA und CONMEBOL sodann die Grundsatzvereinbarung und kündigten für den 1.6.2022 ein in London stattfindendes Finale zwischen dem Europa- und Südamerikameister an.[540] Zudem wurden die Weichen gestellt für ein Gegenprojekt der beiden Kontinentalverbände (etwa durch eine geografische Erweiterung der bislang auf Europa beschränkten Nations League) zu einer im Zwei-Jahres-Rhythmus geplanten FIFA Fußball-Weltmeisterschaft. Nur zwei Tage später, d.h. am 17.12.2021, präsentierte die UEFA eine „unabhängige" Studie zu einer alle zwei Jahre stattfindenden Weltmeisterschaft.[541] Dort ist die Rede von „negative[n] wirtschaftliche[n] Auswirkungen für den Fußball", „einer steigenden mentalen und körperlichen Belastung der Spieler", Gefahren für den Frauenfußball, „besorgniserregende[n] Auswirkungen auf viele andere Sportarten, da deren Hauptwettkämpfe mit beispiellosen Terminkonflikten konfrontiert wären und deren Platz im Kalender von einem mächtigen Konkurrenten belegt würde", sowie von einem Sinken der „Einnahmen für die europäischen Nationalverbände in einem Vierjahreszyklus zwischen EUR 2,5 und EUR 3 Mrd." Umgehend reagierte die FIFA und publizierte gleichfalls am 17.12.2021 die Ergebnisse einer globalen Umfrage, wonach die „Mehrheit der Fans für häufigere Weltmeisterschaften der Männer und Frauen" seien.[542] Schließlich verkündete die FIFA am 20.12.2021, gemäß zwei – natürlich – „unabhängigen Machbarkeitsstudien würden die 211 FIFA-Mitgliedsverbände finanziell erheblich profitieren, sollten die Weltmeisterschaften der Frauen und Männer neu alle zwei Jahre ausgetragen werden."[543] Zudem stellte die FIFA in Aussicht, „dass im ersten Vierjahreszyklus regional gar Mehreinnahmen von USD 6,6 Milliarden möglich wären, sollten die Konföderationen ihre Endrunden der Männer ebenfalls alle zwei Jahre veranstalten." Einen weiteren Konter schloss die UEFA am 26.1.2022 ab. Denn am gleichen Tag verabschiedete die Parlamentarische Versammlung des Europarats eine Entschließung und warnte darin u.a. vor den potentiell „katastrophalen" Folgen der aktuellen Überlegungen der FIFA, die Weltmeisterschaft alle zwei Jahre auszurichten.[544] Schließlich schaltete dann am 3.2.2022 – erwartungsgemäß, wenngleich etwas spät – auch das IOC in den Angriffsmodus, dessen Olympische

539 *UEFA*, Pressemitteilung v. 12.2.2020: „UEFA und CONMEBOL erneuern Grundsatzvereinbarung und setzen auf engere Zusammenarbeit".

540 *UEFA*, Pressemitteilung v. 15.12.2021: „UEFA und CONMEBOL erneuern und erweitern Grundsatzvereinbarung".

541 *UEFA*, Pressemitteilung v. 17.12.2021: „Unabhängige Studie zu einer alle zwei Jahres stattfindenden Weltmeisterschaft zeigt negative wirtschaftliche Auswirkungen für den Fußball".

542 *FIFA*, Pressemitteilung v. 17.12.2021: „Globale Umfrage: Mehrheit der Fans für häufigere Weltmeisterschaften der Männer und Frauen".

543 *FIFA*, Pressemitteilung v. 20.12.2021: „Austragung der FIFA-Weltmeisterschaften alle zwei Jahre: Machbarkeitsstudien belegen grossen wirtschaftlichen Nutzen".

544 *UEFA*, Pressemitteilung v. 26.1.2022 („UEFA begrüßt Unterstützung des Europarats für Modell des europäischen Fußballs").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sommerspiele nun erstmals in den gleichen Jahren wie eine FIFA Fußball-Weltmeisterschaft stattzufinden drohen.[545] Anlässlich der 139. Vollversammlung des IOC in Peking am Tag vor dem Beginn der Olympischen Winterspiele 2022 sagte der Algerier *Mahmoud Berraff*, Vorsitzender der Vereinigung der Nationalen Olympischen Komitees Afrikas, der Plan der FIFA „würde den Sport im Allgemeinen und den Fußball im Besonderen beschädigen und in Gefahr bringen". Andere Sportarten würden in den Hintergrund gedrängt. Eine FIFA Fußball-Weltmeisterschaft im zweijährigen Rhythmus „würde einen Graben aufreißen zwischen Männer- und Frauensport, es wäre ein Rückschlag für all unsere Bemühungen um Gleichberechtigung in allen Sportarten". Damit ist inzwischen auch dem einfältigsten Fußballfan klar, wessen Interessen und Motive bei all den gedanklichen Planspielen von Fußballfunktionären im Vordergrund stehen. Andere Sportarten neben dem Fußball wurden seinerzeit von Beginn an seitens FIFA, UEFA & Co. konsequent ausgeblendet und man wundert sich, dass nicht gleich noch die Forderung nachgeschoben wurde, zum Zwecke der Erlösmaximierung im Fußballsport und der Steigerung des Zuschauerinteresses aus Vereinfachungsgründen die anderen Sportarten oder zumindest deren internationale Meisterschaften kurzerhand abzuschaffen … So aber zeichnet sich schon jetzt ab, dass in einigen Jahren insbesondere die internationalen Fußballverbände, die nationalen Fußballverbände und wenige auserwählte Top-Fußballclubs mit immer mehr Langeweile (insbesondere mit noch mehr Vorrundenspielen mit voraussehbarem Spielausgang wegen der erheblichen Leistungsunterschiede) immer mehr Geld verdienen wollen, wofür insbesondere die beteiligten Spieler in gesundheitlicher Hinsicht einen möglicherweise (zu?) hohen Preis zahlen werden[546] (es sei denn, die Kader werden so vergrößert, dass es zu keinen nennenswerten Mehrbelastungen der einzelnen Spieler kommen wird). Aus naheliegenden Gründen sehen auch die Top-Fußballclubs in diesem Szenario eher ihre wirtschaftlichen Chancen als die Gefahren für die betroffenen Fußballspieler und den Fußballsport insgesamt. Doch die eigenen Fans fordern schon jetzt vereinzelt etwa auch zur Vermeidung eines weiteren Spannungsabfalls in den Fußballligen „ihre" Fußballclubs dazu auf, zugunsten der nicht an lukrativen europäischen Ligawettbewerben teilnehmenden Mitglieder der Bundesliga auf einen Teil der Einnahmen insbesondere in der UEFA Champions League zu verzichten.[547] Aber wird das im Milliardenpoker der internationalen Fußballverbände von diesen überhaupt noch ernsthaft zur Kenntnis genommen?

545 Hierzu stellvertr. *Simeoni* FAZ v. 3.2.2022 („IOC kritisiert FIFA-Pläne – Ein heftiger Angriff auf Infantino").

546 *Weatherill*, Principles, 2017, 294 : „[…] events are staged with scant regard for the welfare of athletes. The award of the 2022 World Cup to Qatar is the most egregious instance […]".

547 *Ruf* Spiegel Online v. 12.3.2021 zu einer gemeinsamen und bemerkenswerten Aktion von Fangruppierungen des FC Bayern München e.V. und des Ballspielvereins Borussia 09 e.V. Dortmund.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies alles sind letztlich Konsequenzen des pyramidenförmigen Aufbaus von Sportverbandsstrukturen, die etwa den nordamerikanischen Major Leagues weitgehend fremd sind. Diese Entwicklung illustriert zugleich einen weiteren rechtlichen Aspekt: Obgleich innerhalb der Verbandspyramide die Akteure an der Spitze (FIFA), auf der nächsten Ebene der Kontinentalverbände und Konföderationen (z.B. UEFA) und auf der dritten Ebene der nationalen Verbände (z.B. DFB) auf ihrer jeweiligen Hierarchieebene über ein Monopol auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Fußballveranstaltungen verfügen, stehen sie zueinander in einem sich zunehmend verschärfenden Wettbewerbsverhältnis. 331

(3) Systemimmanente Gefahr von Interessenkonflikten

Insbesondere aus kartellrechtlicher Sicht bedeutsam ist der Umstand, dass in dem beschriebenen Beispiel FIFA, UEFA, DFB und DFL nicht nur bestimmte Fußballturniere, Fußballligen und Fußballspiele organisieren und durchführen, sondern diese zugleich selbst vermarkten. Spätestens dadurch erhält die Terminierung der genannten Sportevents eine ökonomische Komponente, weil jeder Verband natürlich ein möglichst großes Stück vom Kuchen abbekommen möchte. Dadurch entsteht freilich zwangsläufig die Gefahr systemimmanenter, d.h. durch die hierarchische monopolartige Verbandsstruktur bedingter, Interessenkonflikte. 332

Aus diesem Umstand hat *Weatherill* – allerdings schon im Jahr 2017 – eine Anfälligkeit der Terminabstimmung im Sport für Erfolg versprechende juristische Attacken abgeleitet (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[548] 333

> „**There is scope here for future friction and litigation.** The continental championships – in Africa, in Europe, in South America, in Asia – are scattered across the year, which maximizes disruption for clubs forced to release players. There are naturally some reasons of climate for the selected dates, but this is not a total explanation. Part of the story is the desire to avoid competition between continental championships in order to maximize revenues from the sale of broadcasting rights and luring of sponsors. So, as with the player release system, the planning of the match calendar has embedded within it an identifiable commercial dimension, which reveals once again the endemic **problem of a conflict of interest**. **The current pattern could readily be adjusted** – in particular by aligning as many international tournaments as the weather will allow in the European summer – in order to rebalance **a governance system currently loaded heavily against the clubs**. **The designation of FIFA of the 2022 World Cup in Qatar as a *winter* event shows where predominant power lies.** The ECA [= European Club Association] allows the clubs a louder voice in governance design than they previously had, but litigation provoked that change and resort to **litigation**, inter alia, **to challenge the design of the calendar, remains a potential strategy**. Most of all, decisions about the calendar by a

548 *Weatherill*, Principles, 2017, 265.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

governing body which favour the competitions from which it stands to gain most are **legally vulnerable**."

334 Diese Einschätzung bedarf nicht allein aufgrund der seit dem Jahr 2017 vergangenen Zeitspanne einiger Relativierungen und Ergänzungen, wenn auch dann das Problem der Gefahr von Interessenkonflikten weiterhin bestehen bleibt:

335 Zunächst ist festzuhalten, dass zumindest die FIFA und die Kontinentalverbände ihre jeweiligen Fußballturniere überwiegend in der Zeit des europäischen Sommers durchführen, ohne dass es in der Regel zu zeitlichen Überschneidungen kommt. Dies belegt folgende Übersicht, die sich auf die Jahre 2020 bis 2023 beschränkt:

- FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2022 in Qatar: 21.11.–18.12.2022 (derzeit noch vierjähriger Austragungsrhythmus). Üblicherweise findet dieses Turnier während des europäischen Sommers statt. Viele Fußballexperten können die außergewöhnliche Terminierung des Turniers in Qatar, die übrigens erst nach der Vergabe des Events dorthin erfolgte und Spiele in klimatisierten Stadien erforderlich macht, zumindest aus sportlichen Gründen nicht nachvollziehen. Es soll hier nicht darüber spekuliert werden, wie und warum es zu dieser Vergabe der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2022 kam. Jeder mag selbst darüber sinnieren, wer und was – natürlich nur im Interesse der großen weltweiten Fußballfamilie – hier den Ausschlag gegeben haben könnte … Die nationalen Fußballligen scheinen insoweit die klaren Verlierer zu sein – allerdings nur auf den ersten Blick. Der zweite Blick erfolgt sogleich am Ende dieses Abschnitts.
- FIFA Klub-Weltmeisterschaft™ 2020 und 2021: Corona-bedingt 1.–11.2.2021 sowie 3.–12.2.2022 (jährlicher Austragungsrhythmus). Aufgrund der kurzen Turnierdauer und der (bisher) geringen Teilnehmerzahl halten sich die Auswirkungen auf den Spielbetrieb in den nationalen Fußballligen in überschaubaren Grenzen.
- Fußball-Ozeanienmeisterschaft 2020: 6.–20.6.2020 (vierjähriger Austragungsrhythmus). Dieses Turnier wurde Corona-bedingt abgesagt. Im Übrigen wäre es zu keiner zeitlichen Überschneidung mit der UEFA Fußball-Europameisterschaft gekommen.
- UEFA Fußball-Europameisterschaft 2020: 11.6.–11.7.2021 (vierjähriger Austragungsrhythmus). Dieses Turnier musste Corona-bedingt, aber unter Beibehaltung der ursprünglichen Bezeichnung mit der Jahreszahl „2020" um ein Jahr verschoben werden, so dass es allein aus diesem Grund zu einer zeitlichen Überschneidung mit der südamerikanischen Meisterschaft Copa América 2021 kam.
- Copa América 2021: 13.6.–10.7.2021 (zweijähriger Austragungsrhythmus).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- CONCACAF Gold Cup 2021: 10.7.–1.8.2021 (zweijähriger Austragungsrhythmus). Die Kontinentalmeisterschaft der Länder Nord- und Mittelamerikas schließt sich zeitlich unmittelbar an die Kontinentalmeisterschaften in Europa und Südamerika an, was sicherlich kein Zufall ist.
- Afrika Cup 2022: 9.1.–6.2.2022 (zweijähriger Austragungsrhythmus). Die Kontinentalmeisterschaft Afrikas findet schon seit Langem nicht im europäischen Sommer, sondern jeweils zu Jahresbeginn statt. Das sorgt insbesondere in den nationalen Fußballligen Europas für Verdruss, weil diese sich zeitgleich schon wieder (nach einer Winterpause) oder aber immer noch (bei Verzicht auf eine Winterpause) im Spielbetrieb befinden und die Ligamitglieder auf die steigende Zahl an Nationalspielern aus Afrika verzichten müssen. Klimatische und vermarktungstechnische Gründe dürften für diese terminliche Sonderrolle maßgeblich sein.
- Fußball-Asienmeisterschaft 2023: voraussichtlich 16.6.–16.7.2023 (vierjähriger Austragungsrhythmus).

Ob die nationalen Fußballligen wie die Bundesliga in dem Dreikampf mit der FIFA und der UEFA auf die Verliererstraße geraten sind, wie *Weatherill* noch im Jahr 2017 suggerierte („a governance system currently loaded heavily against the clubs"), mag bezweifelt werden. Insoweit hat sich der Wind inzwischen gedreht. Die Ligamitglieder müssen ihre Nationalspieler nicht mehr so häufig wie früher abstellen, weil zum einen ein Zeitfenster für Länderspiele im August entfallen ist und zum anderen in Abstellungsperioden nunmehr regelmäßig zwei Länderspiele stattfinden. Das führt zu weniger und sportlich wie auch kommerziell effizienter genutzten Abstellungsperioden. Zudem ist zumindest für die großen nationalen Fußballligen in Europa die Zahl der teilnahmeberechtigten Fußballclubs an der UEFA Champions League und der UEFA Europa League im Laufe der Zeit erhöht worden. Darüber hinaus soll in der UEFA Champions League ab der Saison 2024/25 die Zahl der Gruppenspiele erhöht werden, was für die Teilnehmer zugleich höhere garantierte Einnahmen während der Gruppenphase bewirkt. Schließlich ist eine weitere europäische Liga für Fußballclubs auch aus den übrigen nationalen Fußballligen eingeführt worden (UEFA Europa Conference League ab der Saison 2021/22). Das alles spricht dafür, dass hinsichtlich der nationalen Fußballverbände und -ligen ein bekannter Ausspruch umformuliert werden muss: Den Letzten beißen *nicht zwangsläufig* die Hunde. 336

Wie bereits im vorangehenden Abschnitt angedeutet, sind die Fußballnationalspieler, die mit ihren Clubs auch in einem der europäischen Ligawettbewerbe antreten, nicht notwendigerweise beklagenswerte Opfer der Terminverteilung zwischen den Akteuren auf den ersten drei Stufen der Verbandspyramide. Natürlich ist nicht auszuschließen, dass es für einzelne Spieler zu einer höheren physischen Beanspruchung teils auch über die Belastbarkeitsgrenze hinaus kommen 337

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann. Aber erstens steuern gerade die Top-Fußballclubs bereits mit vergrößerten Spielerkadern und Spielerrotationen gegen; und zweitens werden die betroffenen, besonders leistungsfähigen Spieler für die überdurchschnittlichen sportlichen Belastungen auch nach Corona-bedingten Gehaltskürzungen noch immer sehr großzügig entlohnt (selbst wenn man eine nur mehrere Jahre umfassende Sportlerkarriere mit überdurchschnittlichen Bezügen zugrunde legt).

338 All die vorgenannten Umstände können freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gefahr von Interessenkonflikten und daraus resultierenden Übervorteilungen bei Sportverbänden auf den jeweils übergeordneten Hierarchiestufen besteht, sofern jene vorrangig oder allein aufgrund ihrer eigenen kommerziellen Interessen handeln. Allerdings zeigen die zuvor beschriebenen Entwicklungen auf dem Fußballmarkt, dass diese Gefahr und damit die rechtliche Angreifbarkeit von Terminkalendern deutlich geringer sind, als *Weatherill* in der eingangs zitierten Passage suggeriert. Zudem besteht nach hier vertretener Auffassung[549] – unabhängig vom Grad der tatsächlichen Gefahr von Interessenkonflikten – keine Pflicht der Fußballverbände zum sog. *unbundling*, d.h. zur Trennung von sportbezogenen organisatorischen Aufgaben und Vermarktungsaktivitäten.

(4) Rahmenterminkalender

339 Anknüpfend an frühere Erwägungen,[550] ist davon auszugehen, dass aufgrund der pyramidalen Struktur von Sportorganisationen ein Sportdachverband bereits aus organisatorisch-praktischen Gründen bei der Terminierung seiner Events grundsätzlich Vorrang gegenüber Sportverbänden auf nachgeordneten Hierarchiestufen oder gar gegenüber nicht verbandsgebundenen, kommerziellen Konkurrenzveranstaltern genießt. Wenn es andersherum wäre, würde man das Pferd gleichsam von hinten aufzäumen, was – wie nicht nur Kenner des Reitsports wissen – bislang allenfalls äußerst selten funktioniert haben soll. Innerhalb der Verbandspyramide[551] werden regelmäßig die Zeitfenster etwa für die Fußballturniere, Fußballligen und Fußballspiele von FIFA, UEFA, DFB und DFL[552] durch einen umfassenden Rahmenterminkalender aufeinander abgestimmt. Dadurch werden Terminkonflikte weitgehend erfolgreich vermieden.

549 → VII. Rn. 54–66 m.w.N.
550 *Heermann* WuW 2018, 550 (551 f.).
551 In einzelnen Sportarten wie im Tennissport hat sich nicht die typische Verbandspyramide herausgebildet, sondern verschiedene Organisationen agieren nebeneinander, zwischen denen allenfalls eine vertragliche Verbindung besteht. Dies kann zu erheblichen Friktionen führen; vgl. *Fuller* BBC.com v. 14.3.2018 zu terminlichen Abstimmungsproblemen zwischen der International Tennis Federation (ITF) und der ATP Tour für einen neuen World Cup of Tennis.
552 → XIII. Rn. 327 f., 332–338 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nun könnte man gerade am Beispiel des Fußballsports einwenden, dass dort 340
der Rahmenterminkalender so engmaschig ist, dass kommerziellen, verbandsunabhängigen Veranstaltern kaum zeitliche Lücken verbleiben. Dies wird einer der Gründe gewesen sein, weshalb die Planer einer europäischen Super League für Top-Fußballclubs[553] diese von Beginn an in die bestehenden Strukturen der FIFA und UEFA integrieren wollten. Wenn man nunmehr – natürlich rein hypothetisch – unterstellt, ein solches Liga-Projekt würde innerhalb der Verbandsstrukturen von privaten Veranstaltern betrieben, stellt sich die Frage, ob diese erfolgreich bei der FIFA und/oder der UEFA eine Lizenz sowie eine Zuweisung von Zeitfenstern beantragen könnten, um zeitliche Überlappungen mit anderen Veranstaltungen innerhalb der Verbandspyramide zu vermeiden. Sofern die im Rahmenterminkalender der Fußballverbände festgelegten Zeitfenster für die FIFA, die Kontinentalverbände sowie die nationalen Fußballverbände und -ligen sachlich gerechtfertigt sind und insbesondere nicht allein den marktabschottenden Zweck verfolgen, private Veranstalter von der Durchführung von Fußballevents abzuhalten, müssen sich die potentiellen, verbandsunabhängigen Konkurrenten daran orientieren. Wenn sodann kein in zeitlicher Hinsicht überschneidungsfreier Raum für einen konkurrierenden privaten Wettkampfspielbetrieb innerhalb der Verbandsstrukturen verbleibt, so ist dies hinzunehmen. Damit bestände für private Veranstalter letztlich aber noch die Möglichkeit, völlig losgelöst von der bestehenden Verbandspyramide eine konkurrierende Sportliga zu gründen und zu betreiben, was allerdings gerade in populären Sportarten ein großes Wagnis darstellen dürfte. Indes ist nicht auszuschließen, dass die im Jahr 2021 angekündigte europäische Super League im Fußball neben einer sodann um eine Vielzahl bislang erfolgreicher Teams beraubten UEFA Champions League innerhalb, aber auch außerhalb der Verbandsstrukturen sportlich und insbesondere wirtschaftlich erfolgreich hätte bestehen können. Warum sonst hätte insbesondere die UEFA seither versuchen sollen, mit der bereits geschilderten[554] Vehemenz den Start einer solchen Konkurrenzliga zu verhindern?

(5) Ausnahmen von der Einhaltung eines abgestimmten Terminkalenders

Wer sich für den Basketballsport interessiert, mag sich angesichts der voran- 341
gehenden Erwägungen zu Rahmenterminkalendern im Sport und deren Einhaltung durch die beteiligten Sportverbände und -clubs verwundert die Augen gerieben haben. Denn für die nordamerikanische Basketballliga der National Basketball Association (NBA) und für die von einer privaten Organisation betriebene Eu-

553 Hierzu → XIII. Rn. 101–131 m.w.N.
554 Hierzu → XIII. Rn. 102, 105 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

roleague bestehen offensichtlich Ausnahmen.[555] Wenn der Deutsche Basketball Bund e.V. seine besten Basketballspieler zu Länderspielen einlädt, fliegen die deutschen Akteure in der NBA allenfalls dann über den großen Teich, wenn in der NBA nicht gerade Ligaspiele anstehen. Eine permanente Abstellungspflicht besteht für die Teams der NBA offensichtlich nicht, die großen Basketballstars reisen vielfach nur zu Turnieren wie Welt- und Europameisterschaften oder Olympischen Sommerspielen an, die in der Sommerpause der NBA stattfinden.[556] Damit stellt sich die Frage, weshalb die weltweit vielleicht leistungsstärkste,[557] sicherlich aber populärste Basketballliga der NBA ihren Ligaspielbetrieb während der von der International Basketball Federation (FIBA) angeordneten Länderspielpausen nicht ruhen lässt und/oder die Spieler nicht für Länderspiele oder manchmal gar für internationale FIBA-Turniere freistellt. Die NBA ist nicht Mitglied der FIBA. Indes werden private vertragliche Vereinbarungen zwischen der NBA und der FIBA etwa auch hinsichtlich der Freistellung der NBA-Spieler für Länderspiele ihrer Nationalverbände abgeschlossen.[558] Hintergrund und Rechtfertigung für eine solche Sonderbehandlung der NBA im Verhältnis zur FIBA könnten darin bestehen, dass die nordamerikanische Liga aufgrund ihrer herausragenden Stellung seit vielen Jahren weltweit in besonderem Maße zur Popularität des Basketballsports beiträgt. In ähnlicher Weise wie die NBA agiert auch die Euroleague, bei deren Ligamitgliedern überdurchschnittlich viele Nationalspieler tätig sind. Da sich die Termine der Spiele in der Euroleague zumindest mit denen der Qualifikationsspiele für Basketball-Welt- oder Europameisterschaften überschneiden, müssen Nationalmannschaften dann ohne ihre in der Euroleague zum Einsatz kommenden Basketballspieler auskommen.[559]

342 Ein vergleichbarer Konflikt trat zumindest vorübergehend im Handballsport im Verhältnis zwischen einer von der European Handball Federation (EHF) veranstalten europäischen Liga und dem Spielbetrieb in der Handball-Bundesliga (HBL) auf. In diesem Fall hatte die EHF die Termine der von ihr durchgeführten EHF Champions League für die teilnehmenden Clubs nicht zuverlässig vor-

555 Hierzu bereits *Heermann* WuW 2018, 241 (241 f.); *Heermann* WuW 2018, 550 (552).

556 Vordergründig aufgrund der COVID-19-Verbreitung, nicht zuletzt aber auch aus wirtschaftlichen Erwägungen beschloss die nordamerikanische NHL nach einer Zunahme Corona-bedingt ausgefallener Ligaspiele, entgegen einer anders lautenden tarifvertraglichen Zusage die in der Liga aktiven Eishockeyspieler nicht für die Olympischen Winterspiele 2022 in Peking freizustellen; vgl. *Cotsonika* NHL-News v. 22.12.2021 („COVID-19-Verbreitung Grund für NHL-Entscheidung auf Olympia-Verzicht").

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

558 Vgl. *O'Leary* 75.

559 S. hierzu *N. Horn* Zeit Online v. 28.4.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hersehbar festlegt.[560] Die EHF hatte die Termine auf verschiedene Wochentage gelegt, ohne sie jedoch vorab genau zu fixieren, was die Planbarkeit für die teilnehmenden Clubs erschwerte. Die HBL führt aufgrund eines TV-Vertrages seit der Saison 2017/18 im deutschen Fernsehen live übertragene Bundesligaspiele nur noch mit zwei festen Spielterminen pro Woche durch. Dadurch kam es für die HBL-Spitzenteams in der Folge oft zu Terminkollisionen oder mitunter sehr kurzen Regenerationspausen. In der Folge drohte die EHF angesichts der Spielplan-Kollisionen, nur noch einen deutschen Starter (statt bislang drei Startern) in der EHF Champions League zuzulassen. In der Saison 2020/21 nahmen dann immerhin noch zwei deutsche Vereine an dem europäischen Wettbewerb teil, ebenso in der Spielzeit 2021/22.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[561]

343 Unabhängig davon, ob Rahmenterminkalender oder sonstige Terminabstimmungen in den Verbandsstatuten festgelegt werden oder durch sonstige vertragliche Vereinbarungen erfolgen, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse in der Mitgliederversammlung oder an die sonstigen vertraglichen Vereinbarungen der beteiligten Sportverbände angeknüpft werden. Zudem kann aber auch der Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV angewendet werden, was insbesondere in Betracht kommt, wenn ein Sportverband einseitig Termine festlegt und dadurch seine eigenen Veranstaltungen gegenüber denjenigen auf nachgelagerten Stufen der Verbandspyramide gezielt bevorzugt.

344 Bei der Festlegung von Rahmenterminkalendern sowie vertraglichen Terminabstimmungen oder einseitigen Terminfestlegungen liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Regelungen sowie der darauf gestützten Maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise kann ein Sportverband Einfluss ausüben, welche Zeitfenster nachgeordneten Verbänden für die Durchführung ihrer Sportevents noch zur Verfügung stehen. Damit ist in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet,[562] sofern von den Terminfestlegungen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen oder eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ausgehen.[563] Bestätigt wird dieser Umstand

560 S. hierzu *Eberhardt* manager magazin v. 4.3.2018 („DKB Handball Bundesliga im Clinch mit Europa-Verband EHF"); *Wilkening* Spiegel Online v. 9.3.2018 („Posse um Handball-Terminstreit – Nur Verlierer").

561 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

562 So im Ansatz auch *Esposito* 409–418; *Heermann* CaS 2013, 263 (269–275); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (6).

563 Hierzu → XIII. Rn. 346–351.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dadurch, dass die EU-Kommission im *ISU*-Verfahren eine funktionsfähige Terminabstimmung der Organisation und der ordnungsgemäßen Durchführung des Wettkampfsports[564] und damit letztlich den Besonderheiten des Sports[565] zugeordnet hat.

345 Rahmenterminkalender und sonstige Terminabstimmungen richten sich zwar unmittelbar an die daran zumeist beteiligten Sportverbände auf den verschiedenen Stufen der Verbandspyramide. Mittelbar sind aber etwa auch die Erwerber der Medienrechte an den Sportveranstaltungen, die Verbandssponsoren und nicht zuletzt etwaige (potentielle) private Konkurrenzveranstalter als verbandsunabhängige Dritte betroffen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung der Terminabstimmungen nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[566] betroffen. Daher sind der Sportverbänden zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[567] bei der konkreten Ausgestaltung der Rahmenterminkalender vergleichsweise eng und die gerichtliche Kontrolldichte sehr hoch, sofern – wie regelmäßig – ein enger Zusammenhang zwischen der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme und der unternehmerischen Tätigkeit des Sportverbandes als Veranstalter eigener Sportwettkämpfe und -ligen besteht.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Wettbewerbsbeschränkung[568]

346 Zunächst stellt sich die grundsätzliche Frage, ob Rahmenterminkalender oder sonstige terminliche Abstimmungen zwischen verschiedenen Sportverbänden überhaupt zu nachweisbaren Wettbewerbsbeschränkungen führen. Wie die vorangehenden Erwägungen gezeigt haben,[569] bieten zumindest die bisherigen terminlichen Vereinbarungen zwischen FIFA, UEFA, DFB und DFL keine Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf eine Wettbewerbsbeschränkung zulasten eines dieser Verbände, der Erwerber der Medienrechte oder der Sponsoren zulassen würden. Vielmehr haben die vermeintlich Schwächsten in dieser Gruppe, d.h. die nationalen Fußballligen, einen erheblichen Teil ihrer Forderungen durchsetzen und hinsichtlich der ihnen zur Verfügung stehenden Zeitfenster den *Status quo* absichern können. Gleichzeitig haben insbesondere FIFA und UEFA den Umfang ihrer vermarktungsfähigen Produkte und damit ihre Erlöse zuletzt ausbauen kön-

564 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 243 f. – ISU's Eligibility Rules.
565 Hierzu → II. Rn. 1–15 und VIII. Rn. 1 ff.
566 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
567 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
568 Hierzu → VI. Rn. 12.
569 Hierzu → XIII. Rn. 327–340.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen oder verfolgen entsprechende Planungen. Indes deuten die von der FIFA und insbesondere der UEFA vorgelegten, jeweils „unabhängigen" Gutachten zu den Auswirkungen der geplanten Einführung einer FIFA Fußball-Weltmeisterschaft im zweijährigen Rhythmus[570] an, dass eine solche Maßnahme durchaus wettbewerbsbeschränkende Wirkungen auf Seiten der Kontinentalverbände und der nationalen Ligen haben könnte.

Ein Sportverband kann über Erlaubnisvorbehalte Regelungen für etwaige Sport- 347
events privater Sportveranstalter treffen[571] und hierbei auch Auflagen in zeitlicher Hinsicht machen, die ein Zusammenfallen von etablierten Veranstaltungen des genehmigenden Verbandes mit neuen Veranstaltungen eines Dritten verhindern sollen. Solche terminlichen Vorgaben sind verbreitet als kartellrechtlich unbedenklich angesehen worden.[572] Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die im Interesse aller Stakeholder einer bestimmten Sportart liegen sollten. Eine solche terminliche Regelung lässt sich vielfach auch gegenüber rein kommerziellen privaten Sportveranstaltern durchsetzen, die ein Event nicht nach den Regeln und Modalitäten des Sportdachverbandes, aber unter Beteiligung verbandsgebundener Sportler durchführen (z.B. Einladungsturnier mit Beteiligung allein der Weltranglistenbesten oder mit Top-Athleten und Prominenten in einem neuartigen Turnierformat) und dabei auch nicht in das Ligasport- und/oder Ranglistensystem des Dachverbandes eingegliedert werden wollen. Das gilt freilich nicht, wenn private kommerzielle Veranstalter eine vom etablierten Sportfachverband rechtlich und tatsächlich völlig unabhängige Liga gründen (z.B. Euroleague Commercial Assets S.A. im Basketball) oder aber Wettkämpfe in einer andersartigen oder gar neuen Sportart anbieten, die sich im Wesen von derjenigen Sportart unterscheidet, für die der Sportfachverband aufgrund des für den Sport typischen Ein-Platz-Prinzips zuständig ist.

(2) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Bei der beschriebenen Ausgangslage[573] ist es regelmäßig aus praktischen Gründen 348
eher unrealistisch, dass es zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung des Sportverbandes auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportevents[574] kommt. Denn ein Missbrauch der Marktmacht müsste nachweislich gerade auf der Festlegung von Terminen

570 Hierzu → XIII. Rn. 330 m.w.N.
571 Hierzu → XIII. Rn. 73–100.
572 *Hannamann* 384; *Heermann* WRP 2016, 147, Rn. 16; *Schroeder* WRP 2006, 1327 (1332); *Verdonk* ECLR 2017, 80 (86); differenzierend *Grätz* 337 insb. im Hinblick auf die Ausbildungskosten von Athleten.
573 → XIII. Rn. 327–340.
574 → XIII. Rn. 329–331 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für bestimmte Sportveranstaltungen beruhen. Insoweit sind indes die rechtlichen Hürden hoch. Denn letztlich gelingt es Sportverbänden – wie im Fußball FIFA, UEFA, DFB und DFL – bei der Terminabstimmung regelmäßig, ihre eigenen berechtigten wirtschaftlichen Interessen zu wahren, so dass ihr Verhalten vielfach schon deshalb objektiv gerechtfertigt sein dürfte.[575] Es bleibt abzuwarten, ob eine solche einvernehmliche Lösung letztlich auch hinsichtlich der Planungen der FIFA, die FIFA Fußball-Weltmeisterschaft künftig im zweijährigen Rhythmus durchzuführen, erzielt werden wird. Wenn sodann die FIFA die erzielten Mehreinnahmen in einem angemessenen Umfang zur Verfolgung legitimer Verbandsziele einsetzen würde und gegebenenfalls aufgrund größerer Spielerkader keine Mehrbelastung der Spieler vorläge, wäre der Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens zumindest erschwert. Wie sich im Fall der Verdoppelung der FIFA Fußball-Weltmeisterschaften letztlich aber die zu erwartenden negativen wirtschaftlichen Effekte etwa für die UEFA, das IOC oder andere terminlich betroffene Sportverbände auf die kartellrechtliche Bewertung auswirken würden, soll hier nicht abschließend bewertet werden, zumal insoweit aussagekräftige und belastbare Daten noch weitgehend fehlen. Falls hingegen etwa die von einer Ausdehnung der FIFA Klub-Weltmeisterschaft™ benachteiligten Kontinentalverbände oder die von einer Ausdehnung der UEFA Champions League benachteiligten nationalen Ligen den jeweiligen Terminfestlegungen zuvor – unter Umständen nach weiteren Zugeständnissen der FIFA und UEFA – zugestimmt haben sollten, könnte dies dafür sprechen, dass zumindest auch ihre Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.

349 Könnte in der Terminabstimmung aber vielleicht eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht der Sportverbände im Verhältnis zu den Sportlern gesehen werden? Diese Problematik sei wieder am Beispiel des Fußballs veranschaulicht, wobei in diesem Kontext bislang eher Sportmediziner als Juristen Probleme sehen: Fußballspieler können sich, zumindest wenn sie aufgrund ihrer weit überdurchschnittlichen Fähigkeiten bei einem der Top-Fußballclubs angestellt und damit weisungsgebunden sind, der Teilnahme an den (zu) vielen Spielen kaum entziehen, erzielen indes dadurch vermutlich auch höhere Einnahmen. Zudem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass gerade die auch in den europäischen Fußballligen engagierten Spitzenclubs zunehmend ihre Spielerkader ausbauen, so dass es aufgrund Spielerrotationen oftmals nicht zu erheblichen individuellen Mehrbelastungen kommen wird. Das könnte darauf hindeuten, dass auch die Fußballspieler ebenso wie die Endkonsumenten profitieren, die zwischen noch mehr Fußballprodukten auswählen können.

575 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 154 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es verbleiben also vermutlich nur extrem gelagerte Fälle, in denen ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung infolge terminlicher Absprachen überhaupt in Erwägung gezogen werden kann. Hieran könnte man denken, wenn durch die Terminplanung gezielt bestimmte Sportverbände oder private Veranstalter eingeschränkt oder behindert werden sollen und der die Terminplanung vornehmende Sportverband hierbei gleichzeitig allein oder vorrangig wirtschaftliche Eigeninteressen[576] verfolgt. 350

Zum Abschluss sei darauf hingewiesen, dass Rahmenterminkalender oder sonstige terminliche Vereinbarungen zwischen Sportverbänden auf verschiedenen Hierarchiestufen der Verbandspyramide auch mit weiteren vertraglichen Rechten und Pflichten einhergehen können (z.B. zumindest teilweise Befreiung von einer Abstellungspflicht der Fußballclubs für Freundschaftsspiele der Nationalmannschaft, Festlegung einer Höchstzahl an Länderspielen pro Saison oder an Spielen in einem europäischen Ligawettbewerb oder Bestandsgarantie für private, verbandsunabhängig organisierte Sportwettkämpfe). Bei etwaigen Pflichtverletzungen greift dann allgemeines Vertragsrecht, so dass es sodann eines Rückgriffs auf das Kartellrecht nicht bedarf. 351

(3) Legitime Zielsetzung[577]

Die EU-Kommission hat im *ISU*-Verfahren „the protection of the good functioning of the ISU's calendar" als einen Unterfall der Sicherung eines geordneten Ablaufs sportlicher Wettkämpfe eingestuft,[578] wobei der letztgenannte Aspekt vom EuGH den Besonderheiten des Sports zugerechnet wird.[579] Damit ist davon auszugehen, dass eine gut funktionierende Terminabstimmung im Sport letztlich eine weitere legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests[580] ist. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei aber nochmals darauf hingewiesen, dass es auf die Frage der Verfolgung legitimer Zielsetzungen und damit der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests nur ankommt, wenn zuvor – ausnahmsweise – das Vorliegen der Voraussetzungen einer Wettbewerbsbeschränkung oder eines Marktmachtmissbrauchs angenommen werden konnte, die jeweils in einem kausalen Verhältnis zu der streitgegenständlichen Terminvereinbarung stehen müssen. 352

576 Zu diesem Aspekt → VI. Rn. 243–254 m.w.N.
577 → VI. Rn. 185–258 m.w.N.
578 EU-Komm. 8.12.2017, C(2017) 8240 final, Rn. 243 f. – ISU's Eligibility Rules.
579 EuGH Slg. 2000, I-2681, Rn. 53 f. = SpuRt 2000, 151 – Lehtonen.
580 Allg. hierzu → VI. Rn. 237–242 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung, Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[581]

353 Wenn man nach dem Überwinden der vorgenannten rechtlichen Hürden[582] überhaupt zur Anwendung des *Meca-Medina*-Tests kommen sollte, müsste für eine Kartellrechtskonformität der Verbandsmaßnahme sodann das legitime Ziel einer gut funktionierenden Terminabstimmung in kohärenter Weise verfolgt werden, die daraus resultierende Wettbewerbsbeschränkung müsste der Terminabstimmung inhärent und letztlich auch noch verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein. Diesbezüglich ergeben sich in diesem Kontext keine Besonderheiten.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

354 Von Sportverbänden verschiedener Hierarchiestufen innerhalb der Verbandspyramide gemeinsam verabschiedete Rahmenterminkalender oder separat zwischen einzelnen Sportverbänden getroffene Terminvereinbarungen zwecks Vermeidung von Terminkollisionen bieten nur in Ausnahmefällen kartellrechtliches Konfliktpotential.[583] Solange hierdurch einzelne Beteiligte nicht gezielt und unverhältnismäßig benachteiligt werden oder potentielle verbandsunabhängige Privatveranstalter von Sportevents gezielt vom Markteintritt abgehalten werden sollen, werden entsprechende Terminvereinbarungen einer rechtlichen Kontrolle standhalten. Etwas anderes kann gelten, wenn von einer Vertragspartei etwaige Rechte und Pflichten verletzt werden, die über die reine Terminfestlegung hinaus vereinbart worden sind.

f) Einführung von Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga

aa) Ausgangsproblematik

(1) Auslöser der aktuellen Diskussion

355 Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie zu Beginn des Jahres 2020 hat viele professionelle Sportligen und die jeweiligen Ligamitglieder oftmals nach Jahren nahezu ungebremsten wirtschaftlichen Wachstums in große finanzielle Schwierigkeiten gestürzt. Nach dem Wegbrechen vielfach schon fest eingeplanter Einnahmen aus den Bereichen Ticketing und Hospitality über viele Monate hinweg

581 → VI. Rn. 269–315 m.w.N.
582 → XIII. Rn. 346–351.
583 Ähnl. *Weatherill*, Principles, 2017, 265.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sowie aufgrund reduzierter Erlöse bei der Verwertung der Medienrechte, beim Sponsoring und/oder Merchandising sahen sich die Ligamitglieder mangels ausreichender Rücklagen alsbald veranlasst, zeitnah kräftig an der Kostenschraube zu drehen. Dabei rückten naturgemäß etwa im Fußball auch hierzulande in der Bundesliga und der 2. Bundesliga die Spielergehälter als zumeist größter Kostenblock der jeweiligen Clubs in den Fokus. Die Saläre der Kicker hatten insbesondere in den umsatzstärksten europäischen Fußballligen lange Zeit nur eine Richtung gekannt: im Vergleich zu den allgemeinen Einkommenssteigerungen weit überdurchschnittlich steil bergauf. In Verhandlungen mit den Spielern, die mit teils langjährigen Verträgen vielfach zu den Einkommensmillionären (pro Jahr, mitunter auch pro Monat) zählen, konnten verbreitet Gehaltsstundungen oder -verzichte vereinbart werden. Bei manchen Fußballclubs setzte bereits frühzeitig ein Umdenken ein, indem sie ankündigten, in den nachfolgenden Spielzeiten ihre Spieleretats spürbar senken und deckeln zu wollen.[584] Diese Vorgehensweise ist rechtlich unproblematisch, denn es ist Unternehmen noch niemals *per se* verboten gewesen, selbstständig größere ökonomische Vernunft als in der Vergangenheit walten zu lassen und sich bei den Ausgaben konsequenter als zuvor an den tatsächlich erzielten Einnahmen zu orientieren.

Für Ligamitglieder, die sich wie etwa der FC Gelsenkirchen-Schalke 04 e.V. 356
jahrelang in sog. „Rattenrennen" um die Teilnahmeberechtigung an den europäischen Fußballligen sowie um sportliche Erfolge auf deutscher und europäischer Ebene befunden hatten, konnten die Corona-bedingten wirtschaftlichen Folgen bedeuten, dass man sich plötzlich wie etwa die Königsblauen in der Saison 2020/21 im „Rattenrennen" um den Abstieg wiederfand (und diesen schließlich verlor). Ein Albtraum für die betroffenen Ligamitglieder, ihre Geschäftspartner und nicht zuletzt auch ihre Fangemeinschaft! Diesen „Rattenrennen" kann man sich – wie zuvor bereits an anderer Stelle zu den ökonomischen Besonderheiten des Ligasports im Detail dargelegt[585] – kaum entziehen. Sie produzieren letztlich deutlich mehr wirtschaftliche Verlierer als Gewinner. Das bedeutet, dass auch in der Bundesliga und in der 2. Bundesliga einige schon zuvor ökonomisch nicht auf Rosen gebettete Fußballclubs nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie alsbald in größte finanzielle Turbulenzen gerieten. Sodann eigentlich (über)fällige drastische Einsparungen insbesondere im Spielerbereich waren freilich mit der Gefahr eines rasanten sportlichen Abstiegs verbunden, solange nicht alle anderen Ligamitglieder in mindestens vergleichbarem Maße die Kosten senken würden.

584 S. stellvertr. *Selldorf* SZ v. 28.6.2020 („Schalke plant Gehaltsobergrenze"); zur weiteren Entwicklung vgl. *Theweleit* FAZ v. 6.4.2021 („Schalke ergreift drastische Maßnahmen in der Krise"); vgl. auch *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (334), die von einer „vereinsinterne[n] Gehaltsobergrenze" sprechen.

585 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 230–234 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

357 In dieser Situation, einer Zwickmühle durchaus vergleichbar, hatte die Idee einer zeitnahen Einführung möglichst flächendeckender Gehaltsobergrenzen für alle Mitglieder der beiden Fußball-Bundesligen zumindest bei den Sportmanagern Sonderkonjunktur, die bis in die Gegenwart (Stand: 7.2.2022) andauert. Sind solche sog. *salary caps* nicht schon seit Jahrzehnten in den U.S.-amerikanischen Major Leagues erfolgreich im Einsatz? Wenn man gemeinsam die Spielergehälter drücken und sich auf eine für die jeweiligen Ligamitglieder gestaffelte oder sogar auf eine für alle Clubs in gleicher absoluter Höhe geltende Gehaltsobergrenze einigen könnte, würde dies – so glaub(t)en viele Fußballexperten – ohne weiteres Zutun das zentrale Problem der zu hohen Spielerkosten lösen, die wirtschaftliche Lage der Ligamitglieder zumindest stabilisieren sowie eventuell sogar eine Angleichung der wirtschaftlichen und mittel- bis langfristig vielleicht auch sportlichen Bedingungen zwischen den Ligamitgliedern fördern. Völlig vernachlässigt wird dabei bis heute der Umstand, dass die von den Gehaltsobergrenzen unmittelbar betroffenen Spieler zwangsläufig erhebliche finanzielle Einbußen erleiden würden und eine Einführung von Gehaltsobergrenzen durch die Fußballverbände recht offensichtlich einen Vertrag zulasten Dritter begründen würde. Aber Schwamm drüber! Man unterbreitet(e) damit unverhohlen den Vorschlag für die Einführung eines glasklaren Preiskartells,[586] wobei sich viele der Beteiligten dieses Umstands vermutlich nicht einmal bewusst sind (waren).

358 Die Deckelung von Spielergehältern war hierzulande zuvor bereits vereinzelt Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion gewesen,[587] das Meinungsbild war indes uneinheitlich. Aber auch dieses Problem schien lösbar. Rückenwind erhielten die Befürworter der Einführung von Gehaltsobergrenzen im Fußball durch eine sog. Ausarbeitung des Deutschen Bundestages, Unterabteilung Europa – Fachbereich Europa vom 24.7.2020,[588] die zu folgendem Ergebnis gelangte:[589]

> „Im Falle eines verbandsrechtlich eingeführten, absoluten und teambezogenen salary caps lässt sich dessen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht gut begründen."

586 S. stellvertr. *Heinemann* WuW 2020, 371 (375 f.), der im Hinblick auf Lohnabsprachen (wie etwa auch hins. der Festlegung von Gehaltsobergrenzen) zwischen Unternehmen außerhalb von Tarifverträgen von einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV in Form einer Koordination der Ankaufspreise ausgeht.

587 Vgl. etwa *L. Breuer* 679–686; *Henneberg passim*; *Jentsch* 398–403; *Schopf*; *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 ff.; *Heermann* NZKart 2015, 128–135.

588 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen. Diese rechtliche Stellungnahme war übrigens durch einen der damaligen Vizepräsidenten des Deutschen Bundestages, *Thomas Oppermann*, in Auftrag gegeben worden, der mit dem Bundesliga-Fußball zumindest auf den ersten Blick keinerlei Verbindungen außer persönlichem Interesse am sportlichen Geschehen aufwies. Auf den zweiten Blick ergab sich indes eine gewisse Anbindung, war er doch seinerzeit Vorsitzender der Ethikkommission des DFB, die die Einhaltung der Vorschriften des Ethik-Kodexes des DFB überwacht.

589 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Umstand, dass sich diese Ausarbeitung hinsichtlich ihrer Gedankenführung und ihres Ergebnisses im Wesentlichen völlig unkritisch einer zwei Jahre zuvor erschienenen Dissertation angeschlossen hatte, spielte angesichts des in der Sommerpause 2020 medial geschickt verbreiteten und bei der DFL und bei den Ligamitgliedern wohlwollend aufgenommenen Ergebnisses keine Rolle. Dieses entsprach weitgehend der rechtlichen Einschätzung, zu der *Henneberg* im Jahr 2018 gelangt war:[590] 359

> „Die Einführung von Gehaltsobergrenzen auf der Basis von Regelungen eines Sportverbands oder einer Sportliga in Form eines teambezogenen *salary caps* oder einer Luxussteuer-Variante wäre mit deutschem Recht vereinbar. […] Verbandsrechtlich eingeführte Gehaltsobergrenzen in Form eines absoluten *hard salary caps* und einer Luxussteuer-Variante halten auch einer europarechtlichen Überprüfung stand."

Zudem wurde von den Wissenschaftlichen Diensten Deutscher Bundestag, Fachbereich: WD 10, Kultur, Medien und Sport am 21.7.2020 eine weitere Ausarbeitung zu den rechtlich problematischen Gehaltsobergrenzen präsentiert, deren Ergebnisse jedoch deutlich zurückhaltender in folgender Weise zusammengefasst wurden:[591] 360

> „Gehaltsobergrenzen können nach deutschem und europäischem Recht zulässig sein. Jedoch kann eine abschließende Bewertung der Zulässigkeit nur anhand der Gehaltsobergrenze in ihrer konkreten Ausgestaltung erfolgen. Obwohl die Einführung einer Gehaltsobergrenze auch durch den Gesetzgeber möglich ist, erscheint die Einführung im Wege der Selbstregulierung im Rahmen der Organisationsstruktur des Fußballs sachgerechter. Dabei kommt für den europäischen Kontext insbesondere eine Einführung durch den europäischen Fußballverband UEFA oder durch Tarifverträge in Betracht. In jedem Fall muss jedoch beachtet werden, dass bei einer Gehaltsobergrenze – unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung und der Art ihrer Einführung – die Gefahr besteht, dass die geltenden Regelungen von den Beteiligten durch anderweitige Vereinbarungen umgangen werden."

Nachfolgend sollen zunächst die Arten von Gehaltsobergrenzen dargestellt und das damit verbundene Potential zur Annäherung an eine *competitive balance* innerhalb der deutschen Fußball-Bundesligen bewertet werden, bevor eine den bisherigen Diskussionsstand berücksichtigende rechtliche Bewertung erfolgt. Dabei werden insbesondere die Ausarbeitung des Deutschen Bundestages Unterabteilung Europa sowie die als Vorlage hierzu genutzte Dissertation von *Henneberg* kritisch gewürdigt werden, zumal nachfolgend die DFL und einzelne Ligamitglieder unter Bezugnahme hierauf wiederholt öffentlich auf eine möglicherweise rechtlich unbedenkliche Einführung von Gehaltsobergrenzen verwiesen haben. 361

590 *Henneberg* 265 f.
591 *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Arten von Gehaltsobergrenzen

362 Folgende Arten von Gehaltsobergrenzen sind zu unterscheiden:[592]

363 Bei absoluten Gehaltsobergrenzen darf jedes Ligamitglied nur einen festgesetzten, für alle regelmäßig einheitlichen, absoluten Betrag für Spielergehälter ausgeben. Es erfolgt also eine Begrenzung der kumulierten Gehälter eines Spielerkaders, die für alle Ligamitglieder gleichermaßen gilt.

364 Demgegenüber orientieren sich relative Gehaltsobergrenzen prozentual zumeist, aber nicht zwingend am Jahresumsatz des jeweiligen Ligamitglieds. Damit können die Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga zwischen den umsatzstärksten und umsatzschwächsten Clubs erheblich differieren. Es gilt also bei relativen Gehaltsobergrenzen für die einzelnen Ligamitglieder eine individuelle Grenze, bis zu der Ausgaben für Spieler getätigt werden dürfen.

365 Bei sog. *hard salary caps* dürfen die genannten Grenzen für Spielergehälter ausnahmslos nicht überschritten werden. Demgegenüber sind bei sog. *soft salary caps* Ausnahmen zulässig, d.h. unter besonderen Umständen dürfen Ligamitglieder die festgelegten Grenzen für Spielergehälter überschreiten. Das könnte etwa in Betracht kommen, um besonders wichtige oder altgediente Spieler an einen Club zu binden. Daneben können auch gewisse Gehaltsbestandteile wie z.B. Erfolgsprämien von der Anrechnung auf die Gehaltsobergrenze ausgenommen sein. Diese verschiedenen Varianten können miteinander kombiniert werden. Insbesondere harte absolute *salary caps* trifft man in der Praxis wie etwa in den nordamerikanischen Major Leagues regelmäßig nicht an.

(3) Gehaltsobergrenzen als Mittel zur Gewährleistung einer competitive balance?

i. *Competitive balance* im (Fußball-)Ligasport

366 Wie sich sogleich zeigen wird,[593] spielt aktuell das Ziel zumindest einer Annäherung an eine *competitive balance* zur Rechtfertigung der von Gehaltsobergrenzen im Ligasport ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen eine zentrale Rolle. Dies überrascht ein wenig, weil in den letzten Jahrzehnten in den deutschen Fußball-Bundesligen, aber auch in den anderen großen europäischen Ligen mit international erfolgreichen Fußballclubs keine ernsthaften Bemühungen festzustellen gewesen sind, mittel- bis langfristig eine Annäherung an eine spürbare wirtschaftliche und sportliche Ausgeglichenheit im Verhältnis der Ligamitglieder

592 Ausf. hierzu *Henneberg* 55 ff.; s. auch *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 5 f.

593 → XIII. Rn. 386–390.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zueinander anzustreben.[594] Auch wenn es naheliegt, dass Ligamitglieder mit der zuletzt vermehrt erhobenen Forderung nach Einführung von Gehaltsobergrenzen primär ein anderes (Einspar-)Ziel als die Herstellung einer *competitive balance* anstreben, soll an dieser Stelle zunächst einmal die Frage geklärt werden, ob dieses Ziel bei realistischer Betrachtung überhaupt erreicht werden könnte.

Um die aufgeworfene Frage beantworten zu können, muss man vorab klären, 367
was unter einer gewissen wirtschaftlichen und damit auch sportlichen Ausgeglichenheit innerhalb einer Sportliga – auch *competitive balance* genannt – überhaupt zu verstehen ist. Dieser Aspekt wird in der aktuellen Diskussion völlig vernachlässigt, so dass die Gefahr besteht, dass je nach individuell präferiertem Begriffsverständnis das Ziel durch die Einführung von Gehaltsobergrenzen problemlos, unter gewissen Umständen oder aber auch überhaupt nicht erreicht werden kann. Die Grenzen der Bestimmbarkeit einer *competitive balance* sind bereits zuvor herausgearbeitet worden.[595] Es soll hier kein zwangsläufig untauglicher Definitionsversuch unternommen werden, sondern lediglich eine Annäherung an die denkbar großzügigste Definition. Wie bereits zuvor herausgearbeitet,[596] kann der aktuelle – gemessen an den Gesamtumsätzen der Clubs in seinen ökonomischen Auswirkungen sehr begrenzte – Umverteilungsmechanismus im deutschen Profifußball nicht verhindern, dass die Schere zwischen „reichen" und „armen" Ligamitgliedern sich auch weiterhin öffnen wird. Dieser Prozess müsste also durch die Einführung von Gehaltsobergrenzen nicht nur gestoppt, sondern möglichst auch umgekehrt werden. Denn andernfalls könnte beim besten Willen noch nicht einmal von einer vorsichtigen Annäherung an den Zustand einer möglichst umfassenden *competitive balance* gesprochen werden. Allerdings könnte der Begriff einer „gewissen sportlichen Ausgeglichenheit" auch etwa in dem Sinne ausgelegt werden, dass ein sportlicher *David* in einem Ligaspiel unter günstigen Umständen ausnahmsweise einmal den sportlichen *Goliath* besiegen kann. Dies entspricht vielfach aber bereits dem *Status quo*. Dann müsste indes ein solches, natürlich leichter erreichbares, möglicherweise schon erreichtes Ziel von einem Ligaverband vorgegeben werden, woran es bislang aber – soweit ersichtlich – mangelt. Andernfalls wäre im Rahmen der weiteren Prüfungsschritte genau zu untersuchen, ob eine entsprechende legitime Zielsetzung überhaupt erforderlich und/oder angemessen ist. Auf diesen Aspekt wird alsbald nochmals zurückzukommen sein.[597]

---

594 Zu den deutschen Fußball-Bundesligen allgemein → II. Rn. 8–11; bezüglich der Umverteilung der Erlöse aus der Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der deutschen Fußball-Bundesligen durch die DFL → VI. Rn. 226–234 und XIII. Rn. 216–224, jew. m.w.N.

595 Zu den Grenzen der Bestimmbarkeit dieses Begriffs → VI. Rn. 213–217.

596 → XIII. Rn. 216–224.

597 → XIII. Rn. 396–406.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

368 Das Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 ist in diesem Zusammenhang nur bedingt hilfreich. Dort heißt es sehr allgemein (Hervorhebung durch *Verfasser*):[598]

> „If sport events are to be of interest to the spectator, they must involve uncertainty as to the result. There must therefore be a **certain degree of equality in competitions**. This sets the sport sector apart from other industry or service sectors, where competition between firms serves the purpose of eliminating inefficient firms from the market. Sport teams, clubs and athletes have a direct interest not only in there being other teams, clubs and athletes, but also in their economic viability as competitors."

369 Hieraus kann nicht abgeleitet werden, dass Sportligen eine *competitive balance*[599] in einem gewissen Mindestumfang anstreben müssen. Andernfalls hätte etwa in verschiedenen europäischen Fußballligen längst effektiv gegengesteuert werden müssen. Die Sportligen haben insoweit einen erheblichen Ermessensspielraum, ob und – wenn ja – in welchem Ausmaß sie durch spezielle Verbandsregelungen die Herbeiführung und Gewährleistung einer *competitive balance* anstreben oder gar als Verbandsziel festlegen wollen. „A certain degree of equality in competitions" kann nämlich auch noch angenommen werden, selbst wenn sich die Schere zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs weiterhin öffnet. Im Übrigen reichen die Extreme von hochkomplexen Regelungssystemen, die – wie etwa in den nordamerikanischen Major Leagues – eine relativ weitgehende wirtschaftliche und damit langfristig auch sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern gewährleisten sollen, bis hin zu Sportligen wie den deutschen Fußball-Bundesligen, wo hinsichtlich der von den Ligamitgliedern erzielten Einnahmen nur bei den Medienerlösen im Zuge der Zentralvermarktung eine horizontale Umverteilung in sehr überschaubarem Umfang stattfindet, ohne dass man sich dadurch dem Zustand einer weitreichenden *competitive balance* annähern würde.

ii. Anstreben einer *competitive balance* in den nordamerikanischen Major Leagues

370 Vielfach wird in der aktuellen Diskussion suggeriert, dass durch die *alleinige* Einführung von Gehaltsobergrenzen der Zustand einer möglichst umfassenden *competitive balance* erreicht werden könnte. Wenn zur Untermauerung dieser These auf die positiven Erfahrungen in den nordamerikanischen Major Leagues verwiesen wird,[600] nimmt die Argumentation geradezu bizarre Züge an. Denn in den Major Leagues stellen *salary caps* eines von verschiedenen, sauber aufeinander abgestimmten Instrumenten dar, die eine möglichst weitreichende *competitive*

598 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4. a).
599 Hierzu → VI. Rn. 213–236.
600 S. stellvertr. PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 1 Rn. 226.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

balance gewährleisten sollen.[601] Zu diesem Arsenal an Maßnahmen, auf die sich die Ligamitglieder neben *salary caps* geeinigt haben oder die von der jeweiligen Liga (nicht zwingend vollzählig) vorgegeben wurden, gehören u.a.:

- eine zahlenmäßige Begrenzung der Ligateilnehmer;
- der Ausschluss von Ablösesummen bei Spielerwechseln (*free agency*);
- die Art der Rekrutierung junger Talente (*draft*);
- eine zahlenmäßige Begrenzung der Spielerkader (*roster limits*);
- zeitliche Transferfenster;
- Tarifverträge (*collective bargaining agreements*);
- eine Umverteilung der von Ligamitgliedern erzielten Einnahmen (*revenue sharing*);
- gemeinsame Vermarktungsaktivitäten;
- eine Zentralvermarktung der Medienrechte an den Ligaspielen sowie eine Verteilung der dabei erzielten Erlöse (teils nach Köpfen, teils nach anderen Kriterien);
- eine Spielplangestaltung, bei der nicht in jeder Saison ein Ligamitglied mindestens einmal und/oder gleich oft gegen jedes andere Ligamitglied spielt, sondern Gegner auch nach sportlicher Leistungsstärke zugeordnet werden (*unbalanced scheduling*).

371 In diesem Zusammenhang haben die Wissenschaftlichen Dienste Deutscher Bundestag in ihrer Ausarbeitung zutreffend festgestellt:[602]

> „Die Einführung einer Gehaltsobergrenze nach US-amerikanischem Modell wäre nur möglich, wenn der europäische Vereinsfußball grundlegende Änderungen erfahren würde."

372 Demgegenüber ist dieser Aspekt, der für die weitere rechtliche Beurteilung einer im deutschen oder europäischen Fußball geplanten Einführung von *salary caps* überaus wichtig ist, in der Ausarbeitung des Deutschen Bundestages Unterabteilung Europa zu Gehaltsobergrenzen vollständig vernachlässigt worden. Auf die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen wird in den nachfolgenden Abschnitten wiederholt zurückzukommen sein.

iii. Übertragbarkeit auf europäische Fußballligen

373 Unter den vorgenannten Umständen würde im deutschen Profifußball die Einführung von relativen Gehaltsobergrenzen definitiv nicht ausreichen, um das weitere Öffnen der Schere zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs zu

601 *Parrish/Miettinen* 3: „Promoting competitive balance between participants requires co-ordinated activity not generally seen elsewhere."
602 *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verhindern. Denn das wirtschaftliche Kräfteverhältnis bliebe unverändert.[603] Allein eine Einführung harter absoluter *salary caps* könnten den aktuellen Prozess verlangsamen – zumindest theoretisch. Ob der beschriebene Prozess gestoppt oder gar umgekehrt werden könnte, hinge davon ab, inwieweit es infolge einer solchen harten absoluten Gehaltsobergrenze letztlich zu einer Umverteilung zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs kommen würde. Teilweise Enteignungen der finanzkräftigsten Fußballklubs sind – soweit ersichtlich – noch nicht gefordert worden. Letztere wären also auch weiterhin finanziell deutlich besser ausgestattet, selbst wenn sie ihre Ausgaben für Spielergehälter deutlich reduzieren müssten. Sie könnten sich aufgrund der gewonnenen finanziellen Freiräume qualitativ und auch quantitativ noch intensiver um die Ausbildung des eigenen Fußballnachwuchses bemühen, um auf diese Weise leistungsfähige Nachwuchsspieler für den eigenen Kader auszubilden oder aber mit diesen Transfererlöse zu erzielen. Natürlich bestände daneben die Möglichkeit, dass sich ein zuvor sportlich wie wirtschaftlich notorisch erfolgloses Team aufgrund der für alle Ligamitglieder geltenden absoluten Gehaltsobergrenze nunmehr einen in sportlicher Hinsicht ähnlich starken Spielerkader wie die bisherigen Topteams „leisten" könnte. Ob sie damit aber mittel- bis langfristig den teils erheblichen sportlichen und wirtschaftlichen Rückstand aufholen könnten, wäre keinesfalls selbstverständlich.

iv. Zwischenfazit

374 Es ist nicht davon auszugehen, dass es in der nahen Zukunft – wenn überhaupt – zu einer Einführung von harten absoluten Gehaltsobergrenzen in Sportligen kommen wird, weil sich die finanzkräftigsten Ligamitglieder einer solchen Verbandsmaßnahme mit großer Wahrscheinlichkeit entgegenstellen werden. Es wird schon triftige Gründe dafür geben, weshalb diese strikteste Variante einer Gehaltsobergrenze in den normamerikanischen Major Leagues nicht anzutreffen ist. Selbst wenn man diese Widerstände überwinden könnte, hinge das Ausmaß des Umverteilungseffekts von der konkreten Ausgestaltung der harten absoluten Gehaltsobergrenze ab. Es wäre sodann etwa im Fußball davon auszugehen, dass die zunächst einmal weiterhin finanzstärksten Fußballclubs andere Wege und Mittel suchen und finden würden, ihre sportliche und damit auch wirtschaftliche Vormachtstellung zumindest abzusichern. Kurzum: Die verbreitete Vorstellung, dass *allein* die Einführung einer harten absoluten Gehaltsobergrenze zu einer

603 So etwa auch *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weitreichenden *competitive balance* führen könnte,[604] ist sowohl aus praktischen als auch aus ökonomischen Gründen sehr zweifelhaft.

375 Anders wäre die Rechtslage freilich zu beurteilen, wenn keine möglichst umfassende Annäherung an eine wirtschaftliche und damit auch sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern verfolgt werden sollte, sondern es für die Annahme einer „gewissen Ausgeglichenheit" ausreichen sollte, dass unter besonders günstigen Umständen auch einmal ein sportlicher *David* den eigentlich noch sportlicheren *Goliath* schlagen kann. Diese Möglichkeit besteht freilich nach wie vor, wenngleich auch recht selten etwa in der deutschen Fußball Bundesliga, so dass es bei einer solchen Zielbestimmung der Einführung von wettbewerbsbeschränkenden Gehaltsobergrenzen eigentlich überhaupt nicht bedürfte. In der Folge hätte man zwar möglicherweise eine legitime Zielsetzung definiert, wobei sich die wettbewerbsbeschränkende Verbandsmaßnahme aber im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests bei den nachfolgenden Prüfungsschritten als nicht erforderlich oder nicht angemessen erweisen könnte. Die verbreitet erhobene Forderung nach mehr sportlicher Ausgeglichenheit deutet indes darauf hin, dass das bisherige Maß an Ausgeglichenheit als unzureichend erachtet wird und gesteigert werden sollte. Über die Frage, wie eine *competitive balance* konkret ausgestaltet sein soll, schweigen sich die Ligen und ihre Mitglieder bislang aber beharrlich aus.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[605]

376 Für die folgenden rechtlichen Erwägungen wird unterstellt, dass Gehaltsobergrenzen in den Statuten eines (deutschen und/oder europäischen) Sportverbandes verankert oder in sonstiger Weise außerhalb eines Tarifvertrags vereinbart werden. Dieses Vorgehen zeichnet sich derzeit als diejenige Umsetzungsvariante ab, die am ehesten realisiert werden könnte. Nur beiläufig wird auf die rechtlichen Probleme einzugehen sein, die die Verankerung von *salary caps* in einem Tarifvertrag in Deutschland bereiten würde.

377 Sofern es sich also bei der Regelung von Gehaltsobergrenzen um eine Verbandsvorschrift oder sonstige Vereinbarung handelt, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann könnte an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. Da durch eine solche Maßnahme etwa im Fußball die Spieler, die letztlich von dem seitens eines Ligaverbandes organi-

604 S. etwa PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 1 Rn. 226; *Henneberg* 233 f.; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22; *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (58); *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (335 f.); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (7).

605 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sierten Ligawettkampf abhängig sind, massiv in ihren Verdienstmöglichkeiten behindert würden, ohne selbst an der Verabschiedung der Verbandsregelung mitwirken zu können, kommt auch eine Anwendung von Art. 102 AEUV in Betracht.

378 Es dürfte unzweifelhaft sein, dass die Einführung von Gehaltsobergrenzen keine *untrennbare* Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen (Fußball-)Wettkampfs aufweist (bislang haben die deutschen und europäischen Ligawettbewerbe auch ohne Gehaltsobergrenzen sogar während der COVID-19-Pandemie wie geschmiert funktioniert), so dass bereits aus diesem Grund eine Rechtfertigung der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem *Meca-Medina*-Test ausscheiden müsste.[606] Indes ist dieser Umstand, der den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests einschränkt, in der jüngeren Diskussion zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Gehaltsobergrenzen wiederholt ausgeklammert worden (wenn er überhaupt gesehen wurde). Stattdessen ist sodann mit höchst zweifelhafter, zum Widerspruch geradezu einladender Begründung eine Rechtfertigungsfähigkeit solcher Verbandsmaßnahmen unter Heranziehung des *Meca-Medina*-Tests suggeriert worden.[607] Dementsprechend wurde von den Vertretern dieser Rechtsauffassung die erste rot leuchtende Ampel überfahren.[608] Obgleich damit der *Meca-Medina*-Test zur Rechtfertigung der von Gehaltsobergrenzen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen eigentlich tabu ist, soll gleichwohl zu der geschilderten Rechtsauffassung Stellung genommen werden. Denn immerhin werden mit Gehaltsobergrenzen bei großzügiger Auslegung letztlich doch auch sportorganisatorische Ziele verfolgt, die sich künftig vielleicht wirklich nur bei deutlicher Absenkung der Kosten für Spielergehälter werden erreichen lassen. Wenn man insoweit den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests weit auslegt, werden die erwähnten Bedenken letztlich aber doch spätestens bei den Prüfungsmerkmalen der stringenten und kohärenten Zielverfolgung, der Inhärenz sowie der Verhältnismäßigkeit in die rechtliche Bewertung mit einfließen und in diesem Zusammenhang – so viel sei bereits verraten – eine Rechtfertigung von harten Gehaltsobergrenzen nahezu unmöglich machen.[609]

379 In Verbandsstatuten verankerte Gehaltsobergrenzen richten sich zwar allein an die regelungsunterworfenen unmittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. an die Fußballclubs als Lizenznehmer der Liga. Diese werden Gehaltsobergrenzen je nach

606 Zu diesem Prüfungsaspekt → XIII. Rn. 18 f.
607 So insb. *Henneberg* 233 f.; ebenso *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 21–23. Von einer generellen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auf die Einführung von Gehaltsobergrenzen ausgehend offensichtlich auch *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (57–59) und *Putzier* 235–238, die allerdings sodann i.Erg. das Vorliegen der weiteren Prüfungsvoraussetzungen jew. ablehnen; ähnl. *Jentsch* 398–403; *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (499).
608 Zum zweiten Rotlichtverstoß → XIII. Rn. 385.
609 → XIII. Rn. 396–408.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihrer Ausgestaltung vielfach nicht als wettbewerbsbeschränkend empfinden, wenn sie mangels spürbarer zusätzlicher Einschränkungen in ähnlichem Maße wie schon zuvor auf dem Markt für Fußballspieler tätig werden können. Anders wird dies hingegen bei Fußballclubs sein, die bislang aufgrund Eigen- oder Fremdkapitals in ausreichender Höhe in der Lage gewesen waren, mit nur wenigen Wettbewerbern um die Dienste der vermeintlich besten und damit teuersten Fußballspieler zu buhlen. In jedem Fall bekommen aber die Fußballspieler die negativen Auswirkungen von neu eingeführten *salary caps* beim Blick auf ihre Gehaltsabrechnungen und/oder Kontoauszüge in dem Maße zu spüren, in dem ligaweit die Gesamtsumme der Ausgaben für Spielergehälter sinkt. Die Spieler sind in Deutschland lediglich Angestellte bei ihren Fußballclubs, aber insbesondere auch aus steuerrechtlichen Gründen keine Vereinsmitglieder. Sie sind als verbandsunabhängige Dritte in derartigen Konstellationen mittelbar betroffen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung von Gehaltsobergrenzen nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[610] betroffen.

Damit ist der Sportverbänden zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[611] bei der konkreten Ausgestaltung zumindest harter absoluter Gehaltsobergrenzen vergleichsweise eng und die rechtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist sehr hoch, sofern sich die Gehaltsobergrenze in erheblichem Maße negativ auf die Höhe der Spielergehälter auswirkt *und* für die betroffenen Spieler keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Sportligen mit deutlich geringeren Restriktionen hinsichtlich der Verdienstmöglichkeiten bestehen (wie z.B. bei einer europaweit einheitlichen Einführung von harten absoluten Gehaltsobergrenzen). 380

cc) Zentrale Rechtsfragen

Auf europäischer Ebene haben sich bislang weder die EU-Kommission noch die Judikatur zur Vereinbarkeit von Gehaltsobergrenzen im Ligasport mit den Art. 101 und 102 AEUV geäußert. Indes gehen zahlreiche Stimmen im Hinblick auf die Beurteilung von *salary caps* nach europäischem,[612] deutschem[613] und U.S.-amerikanischem[614] Kartellrecht – mitunter ohne genaue Differenzierung nach Art 381

610 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
611 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
612 *L. Breuer* 679 ff.; *Schopf* 35 ff.; *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (126 ff.); *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (337); aus dem englischsprachigen Schrifttum *Schiera* 32 Brook. J. Int'l L. 2007, 709 (735 f.); *Snyder* 42 Case W. Res. J. Int'l. 2009, 499 (519).
613 *Bahners* SpuRt 2003, 142 (144).
614 *Aubut* 190 Sports Law J. 2003, 189 ff.; *Daspin* 62 Ind. L.J. 1986, 95 ff.; *Foraker* 59 S. Cal. L. Rev. 1985, 157 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und konkreter Ausgestaltung der Gehaltsobergrenzen im Ligasport[615] – von deren Unzulässigkeit aus. Wie bereits dargelegt, ist aber gerade in jüngerer Zeit zumindest hinsichtlich harter absoluter Gehaltsobergrenzen auch die Gegenauffassung vertreten worden.[616]

(1) Festlegung von Gehaltsobergrenzen in einem Tarifvertrag

382 Hier kann an eine frühere Darstellung der Rechtsproblematik[617] angeknüpft werden.[618] In den nordamerikanischen Major Leagues sind *salary caps* regelmäßig Bestandteil von Tarifverträgen, sog. *collective bargaining agreements*, die zwischen Ligen und Spielergewerkschaften ausgehandelt werden.[619] Der besondere Charme dieses Ansatzes besteht u.a. darin, dass ein solcher Tarifvertrag trotz seines auf eine Preisfestsetzung gerichteten und damit eigentlich wettbewerbsbeschränkenden Charakters dem Anwendungsbereich des Kartellrechts weitestgehend entzogen ist.[620] In der Folge sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Übertragung einer solchen tarifvertraglichen Lösung in Deutschland oder aber auf europäischer Ebene[621] mehrfach thematisiert worden. Hierzulande wird vor allem die Vereinbarkeit solcher Gehaltsobergrenzen mit dem Günstigkeitsprinzip gem. § 4 Abs. 3 TVG kontrovers beurteilt.[622] Dabei wird aber mitunter vernachlässigt, dass im deutschen Fußballsport auf Seiten der Ligamitglieder, d.h. der Arbeitgeber, derzeit ohnehin kein tariffähiger Vertragspartner zur Verfügung steht. Denn der DFL e.V. beruht nicht auf einer insoweit erforderlichen freiwilligen Mitgliedschaft der Bundesligaclubs, sondern ist vielmehr durch eine Zwangsmitgliedschaft geprägt.[623] Zudem hätte die Einführung von Gehaltsobergrenzen allein in Deutschland oder aber nur in einzelnen europäischen Ligen eine wettbewerbsverzerrende Wirkung zum Nachteil derjenigen betroffenen Ligamitglieder, die an europäischen Clubwettbewerben teilnehmen. Deshalb ist aus Praktikabilitätsgründen bereits frühzeitig für eine europaweit gültige, im Lizenzierungsver-

615 Anders hingegen etwa *L. Breuer* 684 f.
616 → XIII. Rn. 358–360 m.w.N.
617 *Heermann* NZKart 2015, 128 (128).
618 Zu dieser Rechtsfrage s. zuletzt auch ausf. *Henneberg* 151 ff.; vgl. außerdem *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 11 f.
619 S. hierzu stellvertr. *Bodansky* 36 Fordham Int'l L.J. 2013, 163 (182–185); *Lindholm* 12 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 2011, 189 (193), jew. m.w.N.
620 Instruktiv *Bodansky* 36 Fordham Int'l L.J. 2013, 163 (187–192) m.w.N. der U.S.-amerikanischen Judikatur.
621 *A. Fikentscher* in Vieweg, 2003, 187 ff.; sehr ausf. *Henneberg* 151 ff.; *Rüth* SpuRt 2003, 137 ff.; vgl. auch *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (132 ff.).
622 Für eine Vereinbarkeit *A. Fikentscher* in Vieweg, 2003, 187 (197–203); *Henneberg* 177 ff., der sich für eine teleologische Reduktion von § 4 Abs. 3 TVG ausspricht; skeptisch hingegen *Rüth* SpuRt 2003, 137 (140 f.); ablehend *L. Breuer* 682.
623 So *Walker*, SpuRt 2012, 222 (225 f.); *Stark* 135 ff.; a.A. *Henneberg* 165–168; *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 12; *Rüth*, SpuRt 2003, 137 (138).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren verankerte Regelung plädiert worden.[624] Da weder auf deutscher noch auf europäischer Ebene irgendwelche Anzeichen darauf hindeuten, dass im Fußballsport ein Tarifvertrag mit der Festlegung einer Gehaltsobergrenze abgeschlossen werden könnte, soll dieser Ansatz hier nicht weiter verfolgt werden.

(2) Wettbewerbsbeschränkung[625]

Es ist unbestritten, dass Gehaltsobergrenzen zu Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV führen.[626] Zwar erkennt *Henneberg* in diesem Zusammenhang eher beiläufig,[627] dass es sich bei der Einführung einer Gehaltsobergrenze um eine mittelbare Festsetzung der Ankaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen gem. Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV handeln könnte. Dass es damit um ein geplantes, recht offensichtliches Preiskartell, mithin ein sog. *hardcore*-Kartell geht, ist ihm indes offensichtlich verborgen geblieben. Denn in der Folge prüft er noch gesondert die Spürbarkeit der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung.[628] Die Festsetzung von Preisen durch Wettbewerber gehört indes zu den sog. Kernbeschränkungen, die ohne nähere Prüfung der Spürbarkeit ihrer Auswirkungen als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden.[629] Damit hätte sich eine Prüfung der Spürbarkeit eigentlich erübrigt. Zugleich hätte bei einem solchen rechtlichen Befund eigentlich klar sein müssen, dass eine Rechtfertigung einer durch die Preisabsprache bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nahezu unmöglich ist.[630] 383

624 *Bahners* SpuRt 2003, 142 (143); so zuletzt auch *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (334).

625 Hierzu → VI. Rn. 12.

626 So zuletzt auch *Henneberg* 233; *Kliesch* 307–309; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22; *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (57); *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (336). Die kartellrechtliche Dimension unterschätzend *Steinforth* 374: „Für marktorientierte Kritiker könnte hier eine unverhältnismäßige Beschneidung des freien Wettbewerbs und der Club-Autonomie liegen. Diesen Kritikpunkten stünden jedoch gewichtige Vorteile gegenüber: […]"

627 *Henneberg* 229, 233; ebenso *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 18.

628 *Henneberg* 231; ebenso *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 20.

629 H.M., s. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 213 m.w.N.; vgl. auch Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011 Nr. C 11/1 Rn. 23 ff.; so im Hinblick auf die Ausgangsproblematik bereits explizit *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (130); ebenso *Kliesch* 318.

630 *L. Breuer* 686 („[…] dass direkte Eingriffe in den freien Preisbildungsmechanismus praktisch fast nie mit kollidierenden Allgemeininteressen gerechtfertigt werden können.").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Verfolgung eines legitimen Ziels[631]

i. Einsparung von Personalkosten

384 Da allgemeine Gehaltsobergrenzen bislang (Stand: 7.2.2022) weder von der UEFA noch von der DFL eingeführt worden und auch entsprechende konkrete Planungen nicht bekannt geworden sind, können wir natürlich auch nicht die Zielsetzungen kennen, die Fußballverbände mit einer derartigen Verbandsmaßnahme würden verfolgen wollen. Zur Abgrenzung und Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass bei Verstößen gegen das UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay (FFP) im Einzelfall eine Gehaltsobergrenze für Fußballclubs als Sanktionsmaßnahme verhängt werden kann.[632] Der Zweck dieser einzelfallbezogenen Sanktionsmaßnahme orientiert sich jedoch an den mit dem FFP im Allgemeinen verfolgten Zielsetzungen,[633] die sich damit nicht ohne weiteres auf die Ausgangsproblematik übertragen lassen. Denn hier geht es um die möglichst europaweite Einführung von Gehaltsobergrenzen für sämtliche Fußballclubs.

385 Über die von Fußballverbänden künftig möglicherweise verfolgten Zielsetzungen etwaiger noch einzuführender Gehaltsobergrenzen kann derzeit also nur spekuliert werden. Allerdings ist das angestrebte Hauptziel durchaus naheliegend: flächendeckende Einsparung von Personalkosten. Warum wurde die Diskussion zur Einführung von *salary caps* wohl gerade auch hierzulande kurz nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie angestoßen, nachdem man sich im Fußball über Jahrzehnte mit den teilweise in exorbitante Höhe geschossenen Spielergehältern arrangiert hatte? Die wirtschaftliche Zielsetzung wird sich nicht leugnen lassen, die Verfolgung primär eigenwirtschaftlicher Ziele wird von den Fußballverbänden kaum zu bestreiten sein. In der jüngeren Diskussion wird daraus aber zumeist nicht der Schluss gezogen, dass Fußballverbände und -clubs wegen der primär eigenwirtschaftlichen Motivation einer Einführung von Gehaltsobergrenzen hiermit legitime Ziele im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eigentlich gar nicht verfolgen können.[634] Es ist schon bemerkenswert, wie man sich in den entsprechenden juristischen Stellungnahmen nonchalant über dieses durchaus erkannte Rechtsproblem[635] hinweggesetzt hat, indem man es sodann hartnäckig ausgeblendet hat, um sich anderen denkbaren Zielsetzungen zuzuwenden, die mit der Einführung von Gehaltsobergrenzen – angeblich – verfolgt werden sollen. Und so wurde die

631 Allg. hierzu → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
632 *Heermann* NZKart 2015, 128 ff.; im Anschluss daran auch *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (57).
633 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 187–190.
634 Ausf. hierzu → VI. Rn. 243–254 m.w.N.; insoweit jedoch zurückhaltend *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (58 f.).
635 *Henneberg* 72; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweite rot leuchtende Ampel überfahren. Mit anderen Worten: Zunächst haben *Henneberg* in seiner Dissertation und im Anschluss daran der Deutsche Bundestag, Unterabteilung Europa in der Ausarbeitung zu Gehaltsobergrenzen nicht bemerkt, dass zur Rechtfertigung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests eigentlich gar nicht eröffnet war, weil Gehaltsobergrenzen keine *untrennbare* Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen (Fußball-)Wettkampfs aufweisen. Sodann hat man trotz einer erkannten primären (eigen)wirtschaftlichen Zielsetzung etwaiger Gehaltsobergrenzen weitere Zielsetzungen gesucht und auch gefunden, die – angeblich – als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden können. Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll nachfolgend trotz der zumindest sehr zweifelhaften Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests in diesem Kontext gleichsam hilfsweise geprüft werden.

ii. Förderung der Chancengleichheit innerhalb einer Sportliga

Henneberg und im Anschluss der Deutsche Bundestag, Unterabteilung Europa gelangen sodann zu der Überzeugung, dass Gehaltsobergrenzen in einer Fußballliga das legitime Ziel verfolgen würden, zu einer Förderung der Chancengleichheit innerhalb einer Sportliga beizutragen.[636] Diese Feststellung ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert: 386

– In diesem Zusammenhang wird die Frage verdrängt, ob der betreffende Fußballverband mit der Einführung einer Gehaltsobergrenze das genannte Ziel tatsächlich überhaupt verfolgen will. Immerhin erkennt *Henneberg* aber:[637] 387

> „Wie ernst dies wirklich gemeint ist, und ob diese Clubs auch gewillt wären, Maßnahmen zur Steigerung der Chancengleichheit mitzutragen, ist ungewiss."

Dieser Gesichtspunkt würde bei der praktischen Umsetzung aber von zentraler Bedeutung sein. Eine solche Zielsetzung darf man Sportligen nicht gleichsam oktroyieren, sondern es ist verbandsautonom darüber zu entscheiden – ein Aspekt, der gerade in der jüngeren Diskussion viel zu kurz kommt.

– Zudem wird wiederholt apodiktisch behauptet, die Erhöhung der Chancengleichheit im sportlichen Wettkampf sei ein vom EuGH bereits anerkanntes Interesse.[638] Als Beleg wird auf die folgenden Erwägungsgründe im weg- 388

636 *Henneberg* 233 f.; ebenso *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22; zweifelnd *Putzier* 237.

637 *Henneberg* 68.

638 *Henneberg* 233; im Anschluss daran *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22; eher zurückhaltend *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weisenden *Bosman*-Urteil Bezug genommen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[639]

> „105. Die URBSFA, die UEFA sowie die französische und die italienische Regierung haben zunächst vorgetragen, **die Transferregeln seien durch das Bestreben gerechtfertigt, das finanzielle und sportliche Gleichgewicht zwischen den Vereinen aufrechtzuerhalten** und die Suche nach Talenten sowie die Ausbildung der jungen Spieler zu unterstützen.
>
> 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.**"

389 Zunächst gilt es festzuhalten, dass es in dieser Urteilspassage um die Rechtfertigung einer Beschränkung der *Arbeitnehmerfreizügigkeit* und eben nicht einer Wettbewerbsbeschränkung ging. Wichtiger ist jedoch die Feststellung, dass der EuGH sich seinerzeit gar nicht zu der anders gelagerten Frage hätte äußern können, ob die Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen und sportlichen Gleichgewichts zwischen Sportvereinen eine legitime Zielsetzung darstellt, die unter weiteren Voraussetzungen eine *Wettbewerbsbeschränkung* rechtfertigen könnte. Denn der EuGH entwickelte den *Wouters*-Test sowie den daran anknüpfenden *Meca-Medina*-Test erst einige Jahre später.[640] In jedem Fall könnte aber der vom EuGH in der zitierten Passage entwickelte Gedanke der Aufrechterhaltung eines Gleichwichts zwischen den Vereinen im Rahmen des Rechtfertigungstatbestandes Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden.[641]

390 Damit ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass – wie bereits zuvor im Detail dargelegt[642] – der Aspekt der Förderung oder gar Gewährleistung einer *competitive balance* zwischen Ligamitgliedern kaum als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden kann oder aber in späteren Prüfungsschritten als nicht erforderlich oder nicht angemessen einzustufen wäre.

639 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 105 f. = NJW 1996, 505 – Bosman.
640 EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – Wouters; EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; ausf. hierzu → VI. Rn. 139–145 m.w.N.
641 → XIII. Rn. 409–415.
642 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

iii. Weitere Zielsetzungen

In der Ausarbeitung des Deutschen Bundestages Unterabteilung Europa ist noch eine weitere, angeblich legitime Zielsetzung identifiziert worden (Hervorhebung durch *Verfasser*):[643] 391

> „Auch wird zur Begründung der Absicht, die Gehälter beschränken zu wollen, regelmäßig auf gesellschaftliche Aspekte verwiesen. Der Profifußball entfernt sich in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend von der Durchschnittgesellschaft und seinen Fans. Das **Ziel, den sozialen Rückhalt für den Sport und das bisher ungebrochene öffentliche Interesse in Zukunft zu erhalten**, eine Politik und Verbände. [sic]"

Ein derart pauschal formuliertes Verbandsziel ist zu unbestimmt, weil es letztlich zur Rechtfertigung nahezu jeder wettbewerbsbeschränkenden Verbandsmaßnahme geltend gemacht werden könnte. Es mag sich dabei um eine allgemeine Handlungsmaxime für Sportverbände handeln, eine solche ist aber als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests untauglich. 392

Ein durchaus interessanter Ansatz wird demgegenüber in der Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste Deutscher Bundestag vertreten (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[644] 393

> „In diesem Rahmen kann für eine Gehaltsobergrenze angeführt werden, dass sie der **nachhaltigen Sicherstellung eines fairen sportlichen Wettbewerbes** dient und **zur finanziellen Stabilität der Vereine beitragen** kann."

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,[645] handelt es sich bei der „nachhaltigen Sicherstellung eines fairen sportlichen Wettbewerbs" zwar um eine legitime Zielsetzung, die aber nicht mit der Gewährleistung einer *competitive balance* gleichgesetzt werden kann. Abgesehen von dieser Motivation ist aber nicht ersichtlich, wie Gehaltsobergrenzen zu einer „nachhaltigen Sicherstellung eines fairen sportlichen Wettbewerbs" beitragen könnten. Die Absicherung der finanziellen Stabilität der Vereine stellt hingegen eine legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests dar.[646] Da dieses Ziel vorliegend jedoch durch ein Preiskartell, mithin durch ein *hardcore*-Kartell erreicht werden soll, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung der weiteren Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests. 394

643 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 6.
644 *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 7 im Anschluss an *Henneberg* 232, dieser wiederum im Anschluss an *Beisenherz* 42, 44, 144; diese Zielsetzungen gleichfalls diskutierend *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (57 f.).
645 → VI. Rn. 196–199 m.w.N.
646 → VI. Rn. 210 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

iv. Zwischenfazit

395 Zusammenfassend ist also festzustellen: Sollte der *Meca-Medina*-Test entgegen der hier vertretenen Auffassung zur Rechtfertigung der von Gehaltsobergrenzen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen angewendet werden können, käme als legitime Zielsetzung allein die Sicherung der finanziellen Stabilität der Fußballclubs in Betracht.

(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung[647], Inhärenz[648] und Geeignetheit[649]

396 Zunächst sei darauf hingewiesen, dass nach der hier vertretenen, sich eng an die Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests anlehnenden Rechtsauffassung bei einer von Sportverbänden und/oder den Ligamitgliedern festgelegten Gehaltsobergrenze der Anwendungsbereich des Rechtfertigungstatbestandes gar nicht eröffnet ist, weil insoweit keine *untrennbare* Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen (Fußball-)Wettkampfs vorliegt.[650] Wenn man sich hierüber hinwegsetzt, kommt als legitime Zielsetzung eigentlich allein die Sicherung der finanziellen Stabilität der Fußballclubs in Betracht.[651] Denn insbesondere die Zielsetzung, die auf die Förderung einer *competitive balance* gerichtet ist, scheidet wegen der damit verbundenen Verfolgung primär wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen der Ligamitglieder eigentlich von vornherein als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests aus.[652] Gleichwohl soll – wiederum gleichsam hilfsweise – nachfolgend geprüft werden, ob *salary caps* die genannten Ziele überhaupt in kohärenter und stringenter Weise verfolgen (können).

397 Zunächst streben einzuführende Gehaltsobergrenzen die Sicherung der finanziellen Stabilität der Fußballclubs in kohärenter und stringenter Weise an, weil jene unabhängig von ihrer Ausgestaltung zu Kosteneinsparungen bei den Ligamitgliedern führen (können).

398 Im Hinblick auf das – angebliche und hier nur hilfsweise unterstellte – legitime Ziel der Gewährleistung einer *competitive balance* ist zu differenzieren:

399 Wie bereits zuvor dargelegt,[653] würde eine Einführung von relativen Gehaltsobergrenzen definitiv nicht ausreichen, um zu verhindern, dass sich die Schere zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs auch weiterhin öffnet. In der spanischen Fußballliga bestehen seit einigen Jahren relative Gehaltsobergrenzen,

647 Allg. hierzu → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
648 Allg. hierzu → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
649 Allg. hierzu → VI. Rn. 289–294 m.w.N.
650 → XIII. Rn. 378.
651 → XIII. Rn. 393 f.
652 → VI. Rn. 243–254 und XIII. Rn. 386–390, jew. m.w.N.
653 → XIII. Rn. 373.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die insbesondere bei den spanischen Spitzenclubs FC Barcelona und Real Madrid nicht zu einer nachhaltigen finanziellen Stabilität und auch nicht erkennbar zu einer Stärkung der *competitive balance* innerhalb der Liga beigetragen haben.

Komplexer gestaltet sich in diesem Kontext die Frage, ob absolute *salary caps* eine Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern zu fördern vermögen. Diese These ist zuletzt vertreten worden, wobei zur Veranschaulichung der Argumentation die entsprechende Passage in der Ausarbeitung des Deutschen Bundestages Unterabteilung Europa im Wortlaut wiedergegeben sei (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[654] 400

> „Die Variante der **absoluten salary caps eignet sich** außerdem dazu, die **Chancengleichheit zwischen den Vereinen** zu **fördern**, indem eine Konzentrierung der besten Spieler bei den reichsten Vereinen verhindert wird. [Fn. 20: *Kliesch* 190] Folge dieser nicht mehr durch das gegenseitige Überbieten mit Gehaltsversprechen beeinflussten Verteilung der besten Spieler ist außerdem, dass auch **die Ungewissheit des Ausgangs eines Spieles gesteigert wird**. [Fn. 21: *Henneberg* 233] So ist ein weiteres Problem des aktuellen **Profifußballs** darin zu sehen, dass dieser **an Spannung verliert**. Stehen sich bei einem sportlichen Wettkampf diametral unterschiedlich gute Teams gegenüber, so **leidet nicht nur die Fangemeinde des unterliegenden Teams** unter diesem Umstand, **sondern letztlich der gesamte sportliche Wettkampf**. Die Einführung absoluter Gehaltsobergrenzen könnte verhindern, dass sich das „Kräftemessen" der Teams immer mehr auf die wirtschaftliche Seite des Sportes verlagert und so den **Unterhaltungswert des Sportes steigern**. [Fn. 22: *Beisenherz* 41, 44, 144]"

Um die Bewertung dieser Argumentation zu vereinfachen, sei Folgendes vorausgeschickt: 401

- Der Aspekt der kohärenten und stringenten Verfolgung legitimer Ziele im Sinne des *Meca-Medina*-Tests steht in einem engen Zusammenhang mit den Aspekten der Inhärenz[655] sowie der Geeignetheit der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme (hier: Einführung von absoluten Gehaltsobergrenzen) zur Zielerreichung.[656] Deshalb sollen diese Aspekte hier zusammengefasst werden.
- Wenn diese Konstellation in der Praxis auch nicht vorkommen dürfte, sei hier gleichwohl die Einführung einer harten absoluten Gehaltsobergrenze unterstellt.
- Zudem sei davon ausgegangen, dass eine solche harte absolute Gehaltsobergrenze unionsweit in den Fußballligen eingeführt und durchgesetzt wird.

654 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 7.
655 Allg. hierzu → VI. Rn. 285–287 m.w.N.; im Hinblick auf Gehaltsobergrenzen am Vorliegen der Inhärenz zweifelnd *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (336 f.).
656 Allg. hierzu → VI. Rn. 289–294 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Denn nur eine europaweite Vorgehensweise dürfte eine stringente Zielverfolgung gewährleisten.[657]

– Es ist erstaunlich, dass so schwer greifbare Aspekte wie die Leiden der Fangemeinde unterlegener Teams und der Unterhaltungswert des Sports Eingang in die rechtlichen Erwägungen gefunden haben. Dazu sei eine sehr subjektiv gefärbte, nichtjuristische Replik erlaubt: Oben in der Tabelle und bei den Siegern „mitspielen" kann jeder Fan. Erst in der Niederlage, im Abstiegskampf oder gar im Abstiegsfall zeigt sich die wahre Loyalität und Größe eines Fans. Und diese Fans sind zumindest in Deutschland bislang „ihren" Lieblingsmannschaften oder dem Fußballsport noch nicht in Scharen davongelaufen, selbst wenn diese Clubs deutlich öfter verlieren als gewinnen, sondern diese Fans scheinen in erheblicher Zahl die sportlichen Darbietungen (noch) unterhaltsam zu finden. Ob sich dieser Zustand nach dem Überwinden der COVID-19-Pandemie fortsetzen wird, bleibt freilich abzuwarten.

402 Zunächst sei auf ein in der bisherigen Diskussion weitgehend vernachlässigtes praktisches Problem eingegangen. Wie kann bei einer schon seit Jahren existierenden Sportliga gleichsam nachträglich eine effektive harte absolute Gehaltsobergrenze bemessen und bestimmt werden? Das Grundproblem besteht darin, dass aktuell allein schon in der Fußballbundesliga eine enorme Spreizung der Spielergehälter besteht. Wenn man nun den europäischen Markt in den Blick nehmen würde, was im Hinblick auf die angestrebte Chancengleichheit auch in den europäischen Ligawettbewerben konsequent wäre, wäre die Differenz zwischen den höchsten und niedrigsten Spielergehältern noch größer.

403 In der Spielzeit 2019/20 zahlte der deutsche Rekordmeister seinen Kickern ein Jahresgehalt von durchschnittlich 8,12 Mio. US-Dollar, während allein sechs Clubs – das ist ein Drittel der Bundesligamitglieder – ihren Spielern maximal ein Achtel dieses Betrags zahlten (zwischen 0,42 und 1,02 Mio. US-Dollar).[658] Wenn man das durchschnittliche Jahresgehalt in der betreffenden Saison bei 2,5 Mio. US-Dollar gedeckelt hätte, wären 15 Ligamitglieder aus wirtschaftlichen Gründen gar nicht in der Lage gewesen, diese Gehaltsobergrenze auszuschöpfen. Selbst wenn man sich also auf einen absoluten Gehaltsdeckel einigen könnte, würde dies keinesfalls ausreichen, um eine wirtschaftliche Ausgeglichenheit der Ligamitglieder auch nur annäherungsweise zu erreichen.[659] Denn die erheblichen Erlösdifferenzen etwa beim Ticketing blieben aufgrund der höchst unterschiedlichen Stadionkapazitäten bestehen, wobei aus Vereinfachungsgründen bei allen

657 So bereits → XIII. Rn. 248–251; so auch *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 7 f. („Eine gesamteuropäische Lösung dürfte eher geeignet sein […]").

658 Details abrufbar unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/696877/umfrage/spielergehaelter-der-fussball-bundesligisten/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

659 So im Ansatz auch *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Clubs eine 100 %ige Auslastung unterstellt wird. Entsprechendes gilt für die Einnahmen der einzelnen Ligamitglieder aus dem Sponsoring und Merchandising, deren Höhe sich insbesondere am sportlichen Erfolg, der Größe der Fanbasis und der medialen Reichweite des Clubs orientiert und daher stark differiert.

404 Bei den vorangehenden Erwägungen ist die Tatsache ausgeblendet worden, dass – wie die Erfahrungen in den nordamerikanischen Major Leagues zeigen – natürlich Wege gesucht und gefunden werden, um die *salary caps* zu umgehen.[660] Zudem bleibt völlig unberücksichtigt, dass die wirtschaftliche Ausgangslage der Mitglieder der Bundesliga und 2. Bundesliga höchst unterschiedlich ist. Da gibt es einerseits den Rekordmeister, der finanzstarke Unternehmen als Aktionäre gewinnen und sich bei Bedarf in der „Festgeldabteilung der Bank" (*Uli Hoeneß*) bedienen kann, oder aber wenige Clubs, deren Verluste von Konzernen ausgeglichen werden. Andererseits gibt es Ligamitglieder, die am Finanzmarkt oder bei potentiellen Sponsoren nicht so „große Fische" oder aber nur (deutlich) weniger spendable Geldgeber an Land ziehen können und zudem auf Schuldenbergen sitzen, die durchaus auch eine dreistellige Millionenhöhe erreichen können.

405 Vor diesem Hintergrund ist die in der bisherigen Diskussion wiederholt vorgebrachte – so auch die in der Ausarbeitung des Deutschen Bundestages Unterabteilung Europa anscheinend unreflektiert übernommene – Behauptung, dass bereits die Einführung einer harten absoluten Gehaltsobergrenze (von der zudem niemand weiß, wie sie eigentlich konkret ausgestaltet sein sollte) zu einer angestrebten *competitive balance* (deren Ausmaß gleichfalls unbekannt ist) führen würde, geradezu naiv.

406 Zwischenfazit: Harte absolute Gehaltsobergrenzen verfolgen das Ziel einer Förderung der finanziellen Stabilität der Ligamitglieder in kohärenter und stringenter Weise und sind hierzu auch geeignet. Dies gilt jedoch nicht für das nach hier vertretener Rechtsauffassung kaum als legitim einzustufende Ziel der Gewährleistung einer wirtschaftlichen und sportlichen Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern.

(5) Verhältnismäßigkeit

407 Wenig überraschend gelangen *Henneberg* in seiner Dissertation sowie im Anschluss daran der Deutsche Bundestag Unterabteilung Europa in einer Ausarbeitung zu dem Ergebnis, dass harte Gehaltsobergrenzen im Grundsatz auch die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit im Sinne des *Meca-Medina*-Tests erfüllen würden, mithin als geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung der

660 Ähnlich *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (62).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorgegebenen Ziele anzusehen seien.[661] Auch diese Behauptungen können nicht überzeugen und fordern Widerspruch heraus.

408 Harte absolute Gehaltsobergrenzen sind nicht erforderlich, um eine finanzielle Stabilität der Ligamitglieder zu gewährleisten. Hierfür sind Lizenzierungsverfahren der jeweiligen Ligaverbände[662] deutlich besser geeignet,[663] weil letztere dabei in Kenntnis aller relevanten Finanzdaten passgenaue, auf den jeweiligen Lizenznehmer zugeschnittene Maßnahmen ergreifen können. Zudem bedarf es keiner harten absoluten *salary caps*, um einen wie auch immer gearteten Finanzausgleich zwischen Ligamitgliedern herbeizuführen und auf diese Weise die sportliche Chancengleichheit zu fördern. Ein solcher schwerwiegender Eingriff in die freie Preisbildung auf dem Arbeitsmarkt für Spieler ist nämlich keineswegs alternativlos.[664] Denn dieses Ziel kann auch durch eine Umverteilung der Einnahmen der Ligamitglieder, die über die bereits praktizierte, indes sehr begrenzte Umverteilung der Einnahmen aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte hinausgeht, erreicht werden. Diese naheliegende Lösung, die die Schaffung eines finanziellen Ausgleichfonds propagiert, ist übrigens keineswegs neu, sondern geht auf Erwägungen des Generalanwalts *Lenz* in seinen Schlussanträgen im *Bosman*-Verfahren zurück.[665] Seit dieser Vorschlag existiert, ist er jedoch immer wieder als unpraktikabel abgestempelt worden, weil ein Fondsmodell ineffektiv und konfliktreich sei.[666] Indes hängt die Effektivität einer solchen Umverteilungsmaßnahme entscheidend von der Führungsstärke einer Sportliga und der Kooperationsbereitschaft der Ligamitglieder ab. Dass bei Umverteilungsmaßnahmen Konflikte auftreten, liegt in der Natur der Sache und ist damit kein überzeugendes Gegenargument. Zudem funktioniert innerhalb der DFL die Umverteilung der Erlöse aus der Zentralvermarktung der Medienrechte trotz schwer unter einen Hut zu bringender Partikularinteressen der Ligamitglieder seit vielen Jahren zwar nicht kritiklos, so aber doch vergleichsweise reibungslos. Warum sollten sich also Umverteilungsmaßnahmen, die sich auch auf andere Einnahmen der Ligamitglieder erstrecken, nicht gleichfalls unter dem Dach der DFL erfolgreich realisieren lassen? Ein solcher Ausgleichsfonds könnte etwa auch aus einer Art Luxussteuer gespeist werden, die bei Transfer- oder Gehaltszahlungen, die eine von der Liga zuvor festgelegte Grenze überschreiten, fällig wird.[667] In den nord-

661 *Henneberg* 234; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 22 f.; a.A. *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (59).
662 Hierzu → XIII. Rn. 203–267.
663 So auch *L. Breuer* 685.
664 *L. Breuer* 685 f.; a.A. *Henneberg* 234.
665 *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 226, 270 – Bosman.
666 S. stellvertr. *Blask* 195 f., 197 f. im Hinblick auf eine Einzelvermarktung der Medienrechte an Sportligen mit nachfolgender Bildung eines Solidarfonds aus den erzielten Erlösen.
667 Zu ersten Erwägungen hierzu s. *Stopper* in Zieschang/Klimmer, 2004, 141 (151 f.); aus kartellrechtlicher Perspektive *L. Breuer* 685.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

amerikanischen Major Leagues ist ein solches, auch weitere Einnahmequellen der Ligamitglieder einbeziehendes *revenue sharing* als effektiver Ausgleich für wirtschaftlich benachteiligte Ligamitglieder übrigens seit Jahrzehnten gang und gäbe.

(6) Art. 101 Abs. 3 AEUV

Mit ähnlicher Begründung wie hinsichtlich der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests gehen *Henneberg* und im Anschluss daran der Deutsche Bundestag Unterabteilung Europa in ihren rechtlichen Stellungnahmen[668] davon aus, dass die durch eine Einführung von Gehaltsobergrenzen bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen auch nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden könnten. Die Hauptargumente sind im Wesentlichen bereits bekannt: Stabilisierung der finanziellen Verhältnisse der Vereine; Erhöhung der Chancengleichheit im Fußball; Verbesserung des Produkts Profifußball; angemessene Verbraucherbeteiligung durch ausgeglicheneren Wettbewerb mit höherem Spannungsfaktor; höhere Wahrscheinlichkeit sportlicher Erfolge auch für finanzschwächere Vereine; niedrigere Eintrittspreise und TV-Gebühren infolge der für die Fußballclubs sinkenden Lohnkosten. Aber diese Auffassung kann keineswegs als herrschend bezeichnet werden,[669] denn frühzeitig war wiederholt auch die gegenteilige Rechtsansicht vertreten worden.[670] 409

Im Hinblick auf die von Gehaltsobergrenzen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen ist eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV – dies sei zum wiederholten Male betont – wegen der zumindest nach hier vertretener Auffassung insoweit bestehenden Unanwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests[671] oder des Nichtvorliegens der Rechtfertigungsvoraussetzungen[672] der kartellrechtlich einzig gangbare Weg. Diesen hatte der *Verfasser* im Hinblick auf die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit von *salary caps* bereits im Jahr 2004 beschritten,[673] wobei darauf hingewiesen sei, dass der *Meca-Medina*-Test zu dieser Zeit vom EuGH noch nicht entwickelt worden war. Die damals anlässlich des Bayreuther Sportökonomie Kongresses 2003 vorgetragenen Thesen haben bis heute Gültigkeit: 410

668 *Henneberg* 234–237; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 23 f.; *Putzier* 238 f.

669 Der Meinungsstand wird bei *Henneberg* 234–237 m.w.N. dargestellt.

670 S. stellvertr. *Bahners* SpuRt 2003, 142 (143 f.); *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (136–138); *Schopf* 62–70; s. in neuerer Zeit auch *Kliesch* 319 f.; zuletzt *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (59); *Ianc/Busch* NZKart 2021, 333 (337).

671 Zur Begründung → XIII. Rn. 378 m.w.N.

672 → XIII. Rn. 384–408 m.w.N.

673 *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (136–138); ebenso zuletzt *Kliesch* 319 f., ohne in diesem Zusammenhang auch eine Rechtfertigungsmöglichkeit nach dem *Meca-Medina*-Test in Erwägung zu ziehen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

411 Um nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden zu können, muss die Einführung von *salary caps* zunächst zu gesamtökonomischen Effizienzgewinnen führen. Die Verbesserung muss spürbare objektive Vorteile mit sich bringen, die geeignet sind, die mit Gehaltsobergrenzen verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen. Bereits die Benennung solcher gesamtökonomischen Effizienzgewinne, die nicht nur den Ligamitgliedern selbst zugutekommen und zudem mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erreicht werden müssen, gestaltet sich schwierig. Insoweit kommt – wie zuvor dargelegt – letztlich nur die Sicherung der finanziellen Stabilität der Fußballclubs in Betracht.[674]

412 Wenn die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht schon bei dem vorgenannten Tatbestandsmerkmal scheitern sollte, müsste sodann eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn vorliegen.[675] Inwiefern die Medienanbieter, die Besucher von Fußballspielen im Stadion, vor dem Fernseher oder am Radio oder sonstige Fußballinteressierte angemessen an den von den Fußballclubs erzielten Einsparungen bei Spielergehältern beteiligt werden sollen, bleibt nebulös, höchst ungewiss und letztlich rein spekulativ. Das gilt auch für die behaupteten qualitativen Verbesserungen des Produkts Fußball, anhand welches Maßstabs auch immer man diese zuverlässig bemessen will.

413 Spätestens aber am nächsten Tatbestandsmerkmal von Art. 101 Abs. 3 AEUV, dem Erfordernis der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung, muss eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkungen scheitern. Bis zu dieser Stufe kann man an sich nur gelangen, wenn man die Einführung von Gehaltsobergrenzen mit der beabsichtigten Sicherung der finanziellen Stabilität der Fußballclubs verknüpft. Zunächst ist es aber eigentlich eine zentrale Aufgabe der Leitungsorgane von Fußballclubs, selbstständig seriös zu wirtschaften und nicht die eigene wirtschaftliche Existenz zu gefährden. Wenn insoweit „Rattenrennen", an denen Ligamitglieder nahezu zwangsläufig teilnehmen,[676] bei den Fußballclubs ökonomisch unvernünftige Entscheidungen begünstigen sollten, so wäre es vorrangig die Aufgabe des Ligaverbandes, durch ein effizientes Lizenzierungsverfahren mit geeigneten und passgenauen Lizenzierungsauflagen gegenzusteuern.

414 Warum sollten gerade die Fußballspieler, die bei einer europaweiten Einführung von Gehaltsobergrenzen regelmäßig keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hätten und zumindest mittelfristig Gehaltseinbußen erleiden würden, die Zeche für vorangegangene wirtschaftliche Fehlentscheidungen der Fußballclubs zahlen? Natürlich sind es die Spieler und ihre Berater, die in der Vergangenheit oft genug exorbitante Gehaltsforderungen aufgestellt haben. Zum Abschluss entsprechender Verträge gehören aber zwei Parteien. Kein Fußballclub ist gezwungen,

674 → XIII. Rn. 393 f.
675 Insoweit zweifelnd *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (337).
676 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 230–234 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich vertraglich verpflichtend auf derartige Forderungen einzulassen, selbst wenn dann die Gefahr besteht, dass ein Wettbewerber sich zu den gewünschten Konditionen die Dienste des Kickers sichern wird.

Eine Notwendigkeit, zur Verbesserung der ökonomischen Gesamtsituation (z.B. einer nationalen Fußballliga) mittels Festsetzung von Gehaltsobergrenzen wettbewerbsbeschränkende Absprachen mit Mitbewerbern zu treffen, ist nicht ersichtlich. Denn der freie Wettbewerb ist, unterstützt durch ein zweckmäßiges und ausgereiftes Lizenzierungsverfahren der Liga, durchaus in der Lage, das Ziel einer finanziellen Stabilität der Ligamitglieder zu verfolgen. Dies haben auch die Entwicklungen im Fußball nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie belegt. Dabei zeigte sich, dass die Ligamitglieder ohne die kurzfristige Einführung von *salary caps* und (hoffentlich) ohne andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen schnell Mittel und Wege gefunden haben, die Spielergehälter zu reduzieren. Dabei wird natürlich nicht übersehen, dass diese Maßnahmen bei sehr vielen Fußballclubs nicht ausgereicht haben, die verschiedenen Corona-bedingten Erlöseinbußen zu kompensieren. Indes zeigt dieses Beispiel, dass die Selbstheilungskräfte des Marktes vorhanden und nicht zu unterschätzen sind, insbesondere wenn sie durch ausgeklügelte Lizenzierungsverfahren unterstützt werden. 415

(7) Art. 102 AEUV

Es sei für die weiteren rechtlichen Erwägungen unterstellt, dass die nationalen Fußballligen in Europa auf Veranlassung der UEFA in ihren Verbandsstatuten Gehaltsobergrenzen festlegen. Nunmehr soll die Frage untersucht werden, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen in einem solchen Vorgehen ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV gesehen werden könnte.[677] 416

Die UEFA verfügt als einziger Anbieter von Lizenzen für die Teilnahme an den von ihr veranstalteten Ligawettbewerben an die sportlich qualifizierten Clubs der europäischen Fußballligen über eine marktbeherrschende Stellung.[678] Entsprechendes gilt für die nationalen Ligaverbände hinsichtlich der Vergabe der Lizenzen an die sportlich qualifizierten Fußballclubs. Ausweichmöglichkeiten für die Lizenzbewerber bestehen mangels anderer, auch nur annähernd vergleichbarer europäischer oder nationaler Clubwettbewerbe nicht. Dabei wird hier unterstellt, dass eine europäische Super League, auf die zumindest die europäischen Top-Fußballclubs teilweise oder sogar ganz ausweichen könnten, weder besteht 417

677 Einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV ablehnend *Henneberg* 238 f.; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 24–26; a.A. *Putzier* 239 f.; *Fischinger/Kainer* SpoPrax 2021, 56 (60); *Ianc/Bach* NZKart 2021, 333 (337).

678 *Henneberg* 238; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 25.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

noch alsbald ihren Betrieb aufnehmen wird. Unter diesen Umständen wären die nationalen Ligaverbände auf den skizzierten relevanten Märkten als marktbeherrschende Unternehmen anzusehen. Diese Aktivitäten könnten der UEFA über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zugerechnet werden,[679] so dass in einem solchen Fall der europäische Fußballverband zusammen mit den nationalen Ligaverbänden als marktbeherrschend anzusehen wäre.

418 Im Anschluss an eine entsprechende Bemerkung von Generalanwalt *Lenz* in seinen Schlussanträgen zum *Bosman*-Verfahren[680] haben zuletzt *Henneberg* sowie der Deutsche Bundestag Unterabteilung Europa in der Ausarbeitung zu Gehaltsobergrenzen die Auffassung vertreten, der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung würde bezüglich einer Einführung von Gehaltsobergrenzen ausscheiden. Denn durch eine solche Verbandsregelung würden lediglich Spieler und Vereine benachteiligt, nicht jedoch die von Art. 102 AEUV originär geschützte Gruppe aus Wettbewerbern, Abnehmern oder Verbrauchern.[681] Indes vermag auch eine nur mittelbare Benachteiligung von Verbrauchern einen Missbrauch gem. Art. 102 AEUV zu begründen.[682] Bei der Einführung von Gehaltsobergrenzen wäre insbesondere zu prüfen, ob eine mittelbare Erzwingung unangemessener Einkaufspreise gem. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV vorläge.[683] Die Gehaltsobergrenzen würden zwar von den nationalen Fußballligen festgelegt und sodann von dem Fußballclubs zulasten der Fußballspieler umgesetzt, weil sie andernfalls keine Lizenz erhalten würden. Dieses Handeln könnte der UEFA über die Figur der kollektiven Marktbeherrschung[684] zugerechnet werden. Es böte sich an, zur Bestimmung der (Un-)Angemessenheit der Einkaufspreise das Vergleichsmarktkonzept heranzuziehen. Dabei würde der dem Eingriff vorangegangene *Status quo* den Vergleichsmarkt bilden und zeigen, wie sich die „Einkaufspreise", d.h. die Spielergehälter, ohne den Eingriff in den freien Wettbewerb entwickelt hatten. Je größer die Gehaltsabweichungen aufgrund der Gehaltsobergrenzen ausfallen würden, desto größer wäre die Gefahr des Vorliegens einer Erzwingung unangemessener „Einkaufspreise".

419 Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einführung von Gehaltsobergrenzen auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen könnte. Zwar käme insoweit im Grundsatz eine Anwendung des

679 Hierzu ausf. → VII. Rn. 16–37 m.w.N.
680 *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 286 – Bosman.
681 *Henneberg* 238 sowie im Anschluss *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 25; ebenso zuvor bereits *Lindholm* 12 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 2011, 189 (201).
682 Vgl. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 131 m.w.N.
683 S. zu dieser Fallgruppe stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 174–188 m.w.N.
684 → VII. Rn. 16–37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Meca-Medina-Tests zur Rechtfertigung eines etwaigen Marktmachtmissbrauchs in Betracht,[685] allerdings erfüllt eine vom Verband veranlasste Einführung von Gehaltsobergrenzen nicht die Voraussetzungen der genannten Rechtfertigungsmöglichkeit.[686]

(8) Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV

In den letzten Jahren ist verschiedentlich die Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im Ligasport mit dem europäischen Arbeitsrecht untersucht worden.[687] Über das Vorliegen einer durch Gehaltsobergrenzen im Ligasport bewirkten Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV besteht Einigkeit. Auch eine Rechtfertigung dieser Beschränkung ist zuletzt wiederholt angenommen worden. So stelle die Herstellung von mehr Chancengleichheit sowohl ein überragend wichtiges Verbandsinteresse als auch ein berechtigtes Allgemeininteresse dar.[688] Zudem sei die Verbandsmaßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel auch verhältnismäßig.[689] 420

Diese rechtliche Einschätzung ist aus (mindestens) drei Gründen überaus zweifelbehaftet und letztlich nicht haltbar: 421

Erstens dürfte sich die Herstellung von mehr Chancengleichheit nur unter ganz besonderen Voraussetzungen auf eine Stufe mit zwingenden Allgemeininteressen im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung des EuGH[690] (wirksame steuerliche Kontrolle; Schutz der öffentlichen Gesundheit; Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes; kulturelle Zwecke, insbesondere Erhaltung der Medienvielfalt; Schutz des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit; Umweltschutz; Schutz öffentlicher Netze; Schutz der Sozialordnung; Gewährleistung der Verkehrssicherheit) heben lassen.[691] Über eine Gleichstellung mit zwingenden Allgemeininteressen könnte man daher allenfalls bei Vorliegen überragend wichtiger Verbandsinteressen diskutieren.[692] 422

Zweitens stellt sich sodann die naheliegende Frage, weshalb etwa die Fußballligen in Europa eine Annäherung an mehr Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern und damit an eine *competitive balance* nicht schon längst verfolgt 423

685 → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
686 → XIII. Rn. 384–408; a.A. *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 25 f.; *Henneberg* 239.
687 Ausf. *Henneberg* 215–223 m.w.N. zum Meinungsstand; zuletzt auch *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 11–18; *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 7.
688 *Henneberg* 222; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 15.
689 *Henneberg* 222 f.; *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 15.
690 S. hierzu stellvertr. MüKo-Lauterkeitsrecht/*Heermann* Art. 34 AEUV Rn. 48–72 m.w.N.
691 Hierzu bereits → VI. Rn. 178 f. m.w.N.
692 Vgl. etwa *Streinz* in Tettinger, 2001, 27 (45); *Schroeder* JZ 1996, 254 (256).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haben, wenn damit – angeblich – ein überragend wichtiges Verbandsinteresse verbunden sein soll. Dieser ernüchternde Befund legt den Schluss nahe, dass diese gebetsmühlenartig bemühte Zielsetzung offensichtlich in der Praxis doch keinen erheblichen Stellenwert genießt. Stattdessen lassen die Fußballligen sehenden Auges zu, dass sich die Schere zwischen den „armen" und „reichen" Ligamitgliedern immer weiter öffnet.[693] Die bislang vom EuGH anerkannten zwingenden Allgemeininteressen zeichnen sich allesamt dadurch aus, dass sie bereits von der Allgemeinheit anerkannt und verfolgt werden, wobei es natürlich auch Ausnahmen gibt, welche die Regel aber letztlich bestätigen. Sodann geht es im Wesentlichen nur noch um die Frage, ob der Schutz dieser zwingenden Allgemeininteressen ausreichend ist oder gestärkt werden sollte. In den europäischen Sportligen im Allgemeinen und in den nationalen Fußballligen im Besonderen lassen die Verbandsstatuten und die sonstigen Verbandsmaßnahmen regelmäßig aber schon gar nicht erkennen, dass die Verbände das Ziel einer Förderung der Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern überhaupt verfolgen (wollen). Mit welcher Berechtigung soll dann die Förderung der Chancengleichheit gleichsam in den Rang eines zwingenden Allgemeininteresses gehoben werden?

424 Und drittens ist bereits zuvor nachgewiesen worden,[694] dass sich das Ziel einer Förderung der Chancengleichheit der Ligamitglieder mit milderen Mitteln erreichen lässt, ohne dass es hierfür eines massiven Eingriffs in die Freiheit der Preisfestsetzung bedarf.

425 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Ziel der Förderung der Chancengleichheit von Ligamitgliedern zumindest derzeit nicht gleichsam in den Rang eines zwingenden Allgemeininteresses gehoben werden kann, um auf diese Weise die von Gehaltsobergrenzen im Ligasport ausgehende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu rechtfertigen. Die Ligaverbände etwa im europäischen Fußball streben dieses Ziel bislang nicht effektiv an. Selbst wenn sich dies einmal ändern sollte, wäre eine Einführung von Gehaltsobergrenzen unverhältnismäßig. Damit weist das von interessierter Seite ständig hervorgehobene Ziel der Förderung einer *competitive balance* zwischen den Ligamitgliedern – wie schon im Kontext der legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests[695] – einen Feigenblattcharakter auf. Es soll verborgen werden, dass mit der Einführung von Gehaltsobergrenzen letztendlich knallharte wirtschaftliche Eigeninteressen der Ligamitglieder durchgesetzt werden sollen, was unter keinen Umständen rechtfertigungsfähig wäre.

693 → XIII. Rn. 366–375 m.w.N.
694 → XIII. Rn. 407 f. m.w.N.
695 → XIII. Rn. 386–390 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Das Ergebnis, zu dem der Deutsche Bundestag Unterabteilung Europa in seiner Ausarbeitung zu Gehaltsobergrenzen gelangt,[696] 426

> „Im Falle eines verbandsrechtlich eingeführten, absoluten und teambezogenen salary caps lässt sich dessen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht gut begründen."

wird hier nicht geteilt. Wer hinter die juristischen Kulissen schaut, wird alsbald feststellen, dass die Einführung von Gehaltsobergrenzen derzeit vorrangig nicht rechtfertigungsfähigen wirtschaftlichen Eigeninteressen der Ligamitglieder dienen soll. Zwar ist die Sicherung der finanziellen Stabilität der Ligamitglieder als legitime Zielsetzung anzuerkennen. Allerdings bedarf es hierzu keiner Einführung von Gehaltsobergrenzen mit den damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffen in die Freiheit der Preisfestsetzung zulasten der Sportler. Denn insoweit würden verbandsinterne Umverteilungsmaßnahmen etwa mittels eines von den Ligamitgliedern nach gewissen, vom jeweiligen Ligaverband zu entwickelnden Kriterien gespeisten Solidarfonds ein den Wettbewerb weniger beschränkendes und damit milderes, gleichwohl aber mindestens ebenso geeignetes Mittel darstellen.

Diese rechtliche Einschätzung kann sich in dem Moment ändern, in dem ein Li- 427
gaverband tatsächlich ernsthaft, kohärent und effektiv eine Annäherung an eine möglichst umfassende *competitive balance* zwischen den Ligamitgliedern verfolgen würde. Dann wäre aber die Einführung eines *salary cap* – ähnlich wie in den nordamerikanischen Major Leagues – nur eines von weiteren, aufeinander abgestimmten Umverteilungsinstrumenten, um die wirtschaftliche und damit mittelbis langfristig auch sportliche Chancengleichheit zwischen den Ligamitgliedern zu fördern. Dies wiederum würde innerhalb der europäischen Ligaverbände derart tiefgreifende Umstrukturierungen des Ligabetriebs erfordern, dass mit einer Umsetzung in naher und auch ferner Zukunft eher nicht zu rechnen ist.[697]

696 *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, 26.

697 Ähnl. *Baumgart* Kicker v. 26.3.2021 („Wie ein Salary Cap in Europa funktionieren würde"): „Schlussendlich wird sich vor allem die große Frage stellen, ob der europäische Vereinsfußball die Einführung eines Salary Cap, das EU-übergreifend kaum möglich scheint, überhaupt will."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g) Verschuldensunabhängige Haftung (*strict liability*) für Zuschauerausschreitungen ohne/mit Regressmodell

aa) Ausgangsproblematik

(1) Rechtliche Grundlagen

428 Mit diesem Abschnitt wird die Hoffnung verbunden, dass die sich dahinter verbergende, auch zivilrechtlich überaus interessante und spannende Problematik insofern erneut praktische Relevanz erlangen wird, dass Zuschauer überhaupt wieder dauerhaft in erheblicher Zahl Fußballspiele in deutschen Stadien tatsächlich „mittendrin statt nur dabei“[698] werden besuchen können. Noch erfreulicher wäre es sodann, wenn der DFB nicht (mehr) nach der Verbandsvorschrift § 9a DFB-RuVO gegen deutsche Fußballclubs vorgehen müsste – ein Wunsch, der sich nach der zumindest teilweisen, mitunter sogar vollständigen Öffnung der Fußballstadien für Zuschauer noch während der COVID-19-Pandemie indes nicht erfüllt hat …

429 Mit der rechtlichen Bewertung von § 9a DFB-RuVO, wonach die deutsche Fußballvereine verschuldensunabhängig für das Fehlverhalten ihrer jeweiligen Fußballfans haften, hat sich der *Verfasser* bereits an anderer Stelle auseinandergesetzt.[699] Diese rechtlichen Erwägungen werden nachfolgend aufgegriffen und in das hier entwickelte Prüfungskonzept eingefügt. Die im Zentrum dieses Abschnitts stehende Verbandsvorschrift § 9a DFB-RuVO hat folgenden Wortlaut:

> **Verantwortung der Vereine**
>
> 1. Vereine und Tochtergesellschaften sind für das Verhalten ihrer Spieler, Offiziellen, Mitarbeiter, Erfüllungsgehilfen, Mitglieder, Anhänger, Zuschauer und weiterer Personen, die im Auftrag des Vereins eine Funktion während des Spiels ausüben, verantwortlich.
> 2. Der gastgebende Verein und der Gastverein bzw. ihre Tochtergesellschaften haften im Stadionbereich vor, während und nach dem Spiel für Zwischenfälle jeglicher Art.

430 Diese Verbandsregelung bildet den rechtlichen Anknüpfungspunkt für Verbandsstrafen, die in den letzten Jahren nach Zuschauerausschreitungen gegen den dafür als verantwortlich erachteten Fußballclub verhängt worden sind, auch wenn dessen Verschulden nicht festgestellt werden konnte. Damit gilt insoweit in Abkehr vom Verschuldensprinzip eine sog. *strict liability*.[700] Ursprünglich waren alle Beteiligten davon ausgegangen, dass der Adressat der Verbandsstrafe diese end-

698 In Anlehnung an einen alten Slogan des TV-Senders Deutsches Sportfernsehen (DSF).
699 *Heermann*, FS Chr. Huber, 2020, 157 ff.
700 Vgl. hierzu Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (202), wonach diese *strict liability* jedenfalls dann mit staatlichem Recht in Einklang stehe, wenn die getroffene Maßnahme vorrangig künftiges, unsportliches Verhalten der Anhänger

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gültig selbst tragen sollte, wobei ein Regress bei den Fußballanhängern aber durchaus denkbar war.[701] Diese rechtliche Ausgangslage hat der DFB seit dem Jahr 2014 verändert. Nach neuem Verständnis soll die auf der Basis von § 9a DFB-RuVO verhängte Verbandsstrafe zwar auch weiterhin zunächst von dem sanktionierten Fußballclub selbst gezahlt werden. Allerdings sollen nunmehr durch Inregressnahme diejenigen Anhänger und Zuschauer, deren störendes Verhalten Anlass der verschuldensunabhängigen Haftung des Fußballclubs gewesen war, die Verbandssanktion in möglichst hohem Umfang selbst tragen. Dadurch hat sich die mit § 9a DFB-RuVO verfolgte Zielsetzung grundlegend verändert.

Die Handlungsstrategie für die Arbeit der Rechtsorgane des DFB in diesem Bereich ist seit Anfang 2014 in einem vom DFB-Präsidium beschlossenen „9-Punkte-Papier“[702] zusammengefasst worden. Die neue Zielrichtung wird in Punkt 2 deutlich zum Ausdruck gebracht: 431

> „**2. ‚Täterorientierte Sanktionierung‘ als Leitgedanke der Handlungsstrategie**
>
> Entsprechend dem zentralen Leitgedanken der Beschlüsse des DFB-Bundestags 2013 zur Bewährungsstrafe und Auflagenverhängung bei Zuschauerfehlverhalten sollen der DFB-Kontrollausschuss und die DFB-Sportgerichtsbarkeit ihre Arbeit vorrangig ‚täterorientiert‘ ausrichten, d.h. die Ermittlung der verantwortlichen Täter durch den Heim- und Gastverein und deren Bestrafung bzw. Inregressnahme durch die Vereine und dadurch die Verhinderung zukünftiger Ordnungsverstöße sind das primäre Ziel des sportstrafrechtlichen Handelns der DFB-Rechtsorgane. Mindestens mittelfristig werden effektive Tataufklärung, Täterermittlung und zivilrechtliche Inregressnahme der Täter durch die Vereine (general-)präventive Wirkung haben!“

Bei der zivilrechtlichen Inregressnahme der Störer durch die Fußballclubs geht der DFB von einer „gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme eines überführten Täters“ aus, wie sich aus Punkt 7 des „9-Punkte-Papiers“ ergibt. Das kann für überführte Täter weitreichende finanzielle Folgen haben, wenn – wie nicht selten – nur wenige Störer ermittelt werden können. Denn die für Verstöße gegen § 9a DFB-RuVO gegen Fußballclubs verhängten und sich an deren Leistungsfähigkeit orientierenden Vertragsstrafen können erfahrungsgemäß mehrere Zehntausend Euro betragen.[703] Insoweit geht der DFB zudem davon aus, dass infolge dieser Haftung ein überführter Täter „regelmäßig ohne weiteres Zutun der 432

verhindern solle. Zur Frage, wann Maßnahmen „präventiv“ im vorgenannten Sinne sind, s. etwa *J. F. Orth* SpuRt 2013, 186 (189); *Walker* NJW 2014, 119 (122, 124).

701 So Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (203).

702 Abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/55113-9-Punkte-Plan.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022); hierzu ausf. Stopper/Lentze/*Koch* Kap. 28 Rn. 23 f., 43a und 43b; Stopper/Lentze/*Große Lefert/Bagger von Grafenstein* Kap. 19 Rn. 99–118 m.w.N.

703 Es ist zu erwarten, dass der DFB anlässlich des DFB-Bundestags am 11.3.2022 die nach § 44 Nr. 2 Buchst. c) DFB-Satzung maximale gegen Fußballclubs zu verhängende Geldstrafe von bisher 250.000 € auf 2 Mio. € heraufsetzen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsorgane die Inregressnahme weiterer, den Vereinen und Verbänden gar nicht bekannter Mittäter im Innenverhältnis“ einleiten und durchführen werde.

(2) Diskussionsstand

433 § 9a DFB-RuVO mit der dort verankerten verschuldensunabhängigen Haftung der Vereine ist schon lange kontrovers diskutiert worden.[704] Verbreitet wird eine derartige *strict liability* als mit dem geltenden Recht nicht vereinbar,[705] rechtswidrig,[706] unwirksam[707] oder unzulässig[708] eingestuft. Demgegenüber haben sowohl der CAS,[709] das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen[710] als zuletzt auch der BGH[711] eine solche verschuldensunabhängige Haftung für rechtlich unbedenklich gehalten.[712] In der Folge ist die Statuierung einer solchen verschuldensunabhängigen Haftung auch im Schrifttum – übrigens überwiegend von Schiedsrichtern am CAS, Funktionsträgern beim DFB oder bei einem Bundesligaverein – als mit dem geltenden Recht vereinbar eingestuft worden.[713] In diesem Meinungsstreit soll hier nicht Position bezogen werden, zumal den Stellungnahmen fast durchweg ein inzwischen weitgehend überkommenes Verständnis der Verbandsregelung § 9a DFB-RuVO zugrunde liegt.

434 Mit der Einführung des erwähnten „9-Punkte-Papiers“ hat § 9a DFB-RuVO nämlich eine neue Zielsetzung erhalten. Aus dieser rechtlichen Perspektive ist die umstrittene Verbandsregelung bislang überraschenderweise nur vereinzelt diskutiert worden. Die unmittelbare Drittwirkung, die § 9a DFB-RuVO auf diese Weise erfahren hat, ist zuletzt wiederholt als rechtlich unerheblich angesehen wor-

704 Einen guten Überblick über den Meinungsstand bietet *Nees* 136–151 m.w.N.

705 S. stellvertr. *Stein* 126 f.; *V. Röhricht* in Württembergischer Fußballverband, 2001, 15 (32 ff.); *J. F. Orth* 101 ff., 111 ff.; *Kober* 127 ff.; zuletzt ausf. *Gerlach/Manzke* SpuRt 2020, 282 ff. und SpuRt 2021, 2 ff.

706 S. etwa *Kober* 126; *Müller-Eiselt* 225; *Scheuch* RW 2015, 439 (459).

707 *Bahners* CaS 2009, 25 (26).

708 *Walker* NJW 2014, 119 (122 ff.).

709 CAS 20.4.2007 – CAS 2007/A/1217 = SpuRt 2007, 164 ff. – Feyenoord Rotterdam/UEFA; indes erfolgte die rechtliche Überprüfung der verschuldensunabhängigen Haftung am Maßstab des schweizerischen Rechts.

710 Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (202 ff.).

711 BGH BeckRS 2021, 37110, Rn. 24 ff. = SpuRt 2022, 44, Rn. 24 ff. (gekürzte Fassung), wonach eine nach § 9a DFB-RuVO gegen einen Ligateilnehmer für das Verhalten seiner Anhänger verhängte verschuldensunabhängige Verbandsstrafe in Form einer Geldstrafe keine strafähnliche Sanktion darstelle, die dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldgrundsatz unterliegen könnte; krit. zu einer solchen Einordnung verschuldensunabhängiger Geldstrafen des DFB als präventive Maßnahmen *J. F. Orth* NJW 2022, 220, Rn. 5–12; *Walker* SpuRt 2022, 10 ff.

712 Demgegenüber die Verfassungsmäßigkeit von § 9a RuVO-DFB anzweifelnd Oberstes Verbandssportgericht des Niedersächsischen Fußballverbandes e.V. SpuRt 2017, 169 ff.

713 *Haas/Jansen* CaS 2007, 316 ff.; *Oberholz* in Kauerhof/Nagel/Zebisch, 2010, 85 (94 ff.); *Haslinger* 154 ff.; Stopper/Lentze/*Koch* Kap. 28 Rn. 23 f.; *Schimke* in Walker, 2009, 23 (28 ff.); vgl. außerdem *Räker* SpuRt 2013, 46 (47 f.); zuletzt auch *Weller/Benz/Wolf* JZ 2017, 237 (241 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den.[714] Die Pönalhaftung des Vereins gegenüber dem übergeordneten Verband und die anschließende Regresshaftung zwischen Verein und Störer seien zwei „strikt zu trennende Rechtsverhältnisse", die jeweils autonomen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen unterlägen. „Vermischte man die Rechtsverhältnisse, diffundierte das Privatrecht zu einer amorphen Abwägungsmasse: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gingen verloren." Demgegenüber vertritt *Nees*[715] unter Betonung des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht der Dritten, d.h. der überführten Täter, seitens des DFB und seiner Rechtsorgane die Rechtsauffassung, dass bei den betreffenden Konstellationen die fehlende Absicht des Verbandes, allein das Verhältnis zu seinen Mitgliedern zu regeln, deutlich hervorgetreten sei. Aus diesem Befund sei letztlich der Schluss auf die Unwirksamkeit von § 9a DFB-RuVO zu ziehen. Eine rechtliche Inhaltskontrolle hat *Nees* indes unterlassen. Der BGH ist in einer Entscheidung zur Regressproblematik aus dem Jahr 2016[716] der Frage nach der (Un-)Wirksamkeit von § 9a DFB-RuVO (ohne insoweit das „9-Punkte-Papier" zu berücksichtigen) mit zweifelhafter zivilrechtlicher Begründung ausgewichen, was hier nicht vertieft zu werden braucht.[717] Im Ergebnis hat das höchste deutsche Zivilgericht die Zulässigkeit der Haftung eines Zuschauers wegen des Zündens eines Sprengkörpers bei einem Fußballspiel für eine dem Verein vom Sportgericht daraufhin auferlegte Geldstrafe bejaht und damit dem Regressanspruch eines Fußballclubs dem Grunde nach stattgegeben.[718]

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung)[719]

Da es sich bei § 9a DFB-RuVO um eine Verbandsvorschrift handelt, bietet sich 435
eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. § 1 GWB und – soweit der Anwendungsbereich eröffnet sein sollte – nach Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann könnte an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. Eine Wettbewerbsbeschränkung in Form einer Verfälschung des Wettbewerbs könnte sich unmittelbar zulasten eines Fußballclubs ergeben, weil er für Zuschauerausschreitungen

714 *Weller/Benz/Wolf* JZ 2017, 237 (244); im Anschluss daran *Gerlach/Manzke* SpuRt 2020, 282 (284).
715 *Nees* 167.
716 BGHZ 211, 375, Rn. 23 = NJW 2016, 3715.
717 S. stattdessen *Heermann*, FS Chr. Huber, 2020, 157 (162 f.). Zuletzt hat BGH BeckRS 2021, 37110, Rn. 18 ff. festgestellt, dass die in § 9a DFB-RuVO geregelte verschuldensunabhängige Verbandsstrafenhaftung nicht wegen einer Verletzung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldgrundsatzes gegen den *ordre public* i.S.d. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO verstoße, wobei eine konkrete Regressproblematik allerdings nicht streitgegenständlich war. Im Dezember 2021 hat der in dem Verfahren vor dem BGH unterlegene FC Carl Zeiss Jena fristgerecht Verfassungsbeschwerde eingelegt, vgl. *FC Carl Zeiss Jena*, Pressemitteilung v. 3.3.2022, abrufbar unter https://www.fc-carlzeiss-jena.de/news/club-profis/details/nach-bgh-urteil-fc-carl-zeiss-jena-ruft-bundesverfassungsgericht-an.html (zuletzt besucht am 5.3.2022).
718 BGHZ 211, 375 Rn. 23 = NJW 2016, 3715.
719 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner Fans auch ohne Vorliegen oder Nachweisbarkeit eines eigenen Verschuldens haftet. Damit wäre das Mitgliedschaftsverhältnis des Fußballclubs zum DFL e.V. betroffen, der sich seinerseits aufgrund vertraglicher Vereinbarung der Verbands- und Schiedsgerichtsbarkeit des DFB bedient. Aber auch die von den sanktionierten Fußballclubs infolge des „9-Punkte-Papiers" systematisch in Regress genommenen Zuschauer könnten sodann mittelbar Wettbewerbsbeschränkungen ausgesetzt sein, wenn sie – wie vom DFB beabsichtigt – für eine Verbandssanktion vom sanktionierten Ligamitglied gesamtschuldnerisch in Regress genommen werden. Denn die Verbandssanktion orientiert sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Fußballclubs, während ein von diesem in Regress genommener und regelmäßig nicht gleichermaßen leistungsfähiger Fan mit Ausnahme seines individuellen Fehlverhaltens auf die Sanktionshöhe keinen Einfluss hatte. Diese wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen können letztlich aus der auf einen Zuschauervertrag (eventuell mit Schutzwirkung für Dritte) gestützten rechtlichen Beziehung zwischen dem störenden Zuschauer und dem von ihm unterstützten Fußballclub abgeleitet werden. Vor diesem Hintergrund kommt sodann auch eine Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und gegebenenfalls gem. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV in der Form einer mittelbaren Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht. Hier zeigt sich deutlich, dass bei der kartellrechtlichen Bewertung gerade nicht von „zwei strikt zu trennenden Rechtsverhältnissen"[720] ausgegangen wird, sondern insoweit auch die Außenwirkung einer Kartellabsprache sowie die mittelbaren Auswirkungen eines Marktmachtmissbrauchs berücksichtigt werden müssen.

436 Es dürfte unzweifelhaft sein, dass § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier" eine untrennbare Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen (Fußball-)Wettkampfs aufweist, so dass eine Rechtfertigung etwaiger damit verbundener Wettbewerbsbeschränkungen nach dem *Meca-Medina*-Test in Betracht kommt.[721]

437 § 9a DFB-RuVO richtet sich zwar nominell allein an die regelungsunterworfenen unmittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. an die Fußballclubs als Lizenznehmer der Liga. Diese werden einer verschuldensunabhängigen Haftung für das Fehlverhalten ihrer Fans unterworfen. Mittelbar sind aber auch Fans betroffen, sofern sie für die gegen den Fußballclub verhängte Verbandssanktion – wie im „9-Punkte-Papier" gefordert – auf der Basis einer „täterorientierten Sanktionierung" systematisch und gesamtschuldnerisch in voller Höhe in Anspruch genommen werden. Solche Fans sind als verbandsunabhängige Dritte in derartigen Konstellatio-

720 So aber im Hinblick auf die zivilrechtliche Bewertung *Weller/Benz/Wolf* JZ 2017, 237 (244); im Anschluss daran *Gerlach/Manzke* SpuRt 2020, 282 (284).

721 Zu diesem Prüfungsaspekt → XIII. Rn. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen unmittelbar von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ betroffen. Damit fallen diese Verbandsregelungen wegen ihrer unvermeidlichen Außenwirkung nicht mehr allein in den von Art. 9 Abs. 1 GG geschützten „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“.[722]

Der dem DFB als Sportverband zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[723] reicht bei der konkreten Ausgestaltung von Verbandsstatuten zur Vermeidung oder Eindämmung von Zuschauerausschreitungen umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ knüpft zwar unmittelbar an die Austragung von Fußballspielen an und weist insoweit eine große sachliche Nähe zur Sportausübung auf. Allerdings wirken sich diese Regelungen zweifellos auch auf die überführten und von den betroffenen Fußballclubs in Regress genommenen Zuschauer aus, ohne dass dies jedoch in irgendeiner Weise auf die unternehmerischen Tätigkeiten des DFB selbst ausstrahlt. Deshalb ist der dem DFB bei der Ausgestaltung der betreffenden Verbandsregelungen zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eher als durchschnittlich einzustufen, so dass die gerichtliche Kontrolldichte weder überaus milde noch vergleichsweise streng ist. 438

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Rechtlicher Prüfungsmaßstab

Sollten sich eine Wettbewerbsbeschränkung und/oder der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis zu den Ligamitgliedern nachweisen lassen, was hier nicht abschließend bewertet werden soll, käme eine Anwendung des *Meca-Medina*-Tests in Betracht. Aber auch andernfalls bietet es sich an, im Hinblick auf § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ wegen der hiervon ausgehenden unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtsposition der überführten störenden Fans als verbandsunabhängigen Dritten den genannten rechtlichen Prüfungsmaßstab anzuwenden.[724] Damit ist anhand des *Meca-Medina*-Tests zu überprüfen, ob es mit der Rechtsordnung zu vereinbaren ist, wenn der DFB mit § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ eine Regelung erlässt, durch deren Vollzug faktisch auf störende Zuschauer, mithin rechtsgeschäftlich nicht den Bestimmungen des Verbandes unterworfene Personen, eingewirkt werden soll. Entsprechende Erwägungen wären schließlich auch im Rahmen einer Inhaltskon- 439

722 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
723 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
724 Hierzu ausf. → XII. Rn. 44–51 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trolle und Interessenabwägung gem. § 242 BGB und §§ 307 ff. BGB anzustellen, so dass diese alternativen Ansätze letztlich zu vergleichbaren Ergebnissen führen würden.[725] Allerdings ist dabei – wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt[726] – zu berücksichtigen, dass dem Fußballverband und seinen Rechtsorganen entgegen der Rechtsauffassung des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen bei der Überprüfung von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier" anhand der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests keine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zusteht, sondern unter Berücksichtigung eines gerichtlich überprüfbaren Ermessensspielraums ein objektiver Maßstab anzulegen ist.

(2) Kohärente und stringente Verfolgung einer legitimen Zielsetzung[727]

440 Wie bereits dargelegt,[728] verfolgt § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier" das primäre Ziel einer „täterorientierten Sanktionierung", damit Fußballspiele möglichst frei von Zuschauerausschreitungen und damit verbundenen Gefährdungen auch unbeteiligter Zuschauer sowie Störungen für den Spielablauf durchgeführt werden können. „The protection of the safety of spectators" wird seitens der EU-Kommission als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests anerkannt.[729] Es ist zudem davon auszugehen, dass der DFB-Kontrollausschuss, die DFB-Sportgerichtsbarkeit und auch die Fußballclubs dieses Ziel in stringenter Weise verfolgen.

(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[730]

441 Bereits auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests könnte man bezweifeln, ob tatsächlich eine untrennbare Verbindung zwischen der vom DFB verfolgten „täterorientierten Sanktionierung" und dem Regressmodell gem. § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier" besteht. Denn wenn man dieses Regressmodell hinwegdenkt, so würde den Fußballclubs – unabhängig vom Strafmonopol des Staates – immer noch die Möglichkeit verbleiben, durch Vertragsstrafen, die in den Zuschauerverträgen über die Allgemeinen Ticketbedingungen verankert werden, eine „täterorientierte Sanktionierung" herbeizuführen. Natürlich könnten Fußballclubs auch versuchen, ermittelte Störer hinsichtlich der auferlegten Verbandsstrafe aus eigener Initiative heraus in Regress zu nehmen; dazu bedarf es

725 So im Ansatz auch Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen SpuRt 2013, 200 (203).
726 → X. Rn. 40–42 m.w.N.
727 → VI. Rn. 185–254, 269–284 m.w.N.
728 → XIII. Rn. 428–432.
729 → VI. Rn. 206 f. m.w.N.
730 → VI. Rn. 285–315 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keiner Aufforderung oder Ermunterung durch das „9-Punkte-Papier". Bei einer solchen autonomen Inregressnahme käme es aber vermutlich zu keiner – wie vom DFB beabsichtigt – gesamtschuldnerischen, sondern nur zu einer sich am konkreten Tatbeitrag orientierenden Haftung eines ermittelten Täters, der zudem bei Nichtausschöpfung des verbandsrechtlichen Rechtsweges ein Mitverschulden des Fußballclubs geltend machen könnte. Der DFB hat – soweit ersichtlich – weder im „9-Punkte-Papier" noch bislang in sonstiger Weise behauptet, dass durch strafrechtliche Sanktionen, Vertragsstrafen und/oder autonome Inregressnahmen das verfolgte Ziel einer Gewährleistung der Zuschauersicherheit nicht erreicht werden könnte.

Die genannten Aspekte sprechen auch gegen eine Verhältnismäßigkeit der be- 442
schriebenen Verbandsmaßnahme im Hinblick auf das verfolgte Ziel. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Fußballclubs neben dem ohnehin bestehenden Strafverfolgungsmonopol des Staates die störenden Zuschauer aufgrund permanent ausgebauter Überwachungsmöglichkeiten zunehmend besser ermitteln und selbst gegen diese bei entsprechender Gestaltung der Allgemeinen Ticketbedingungen zivilrechtlich Vertragsstrafen geltend machen können. Je mehr störende Zuschauer aber – wie vom DFB durchaus beabsichtigt – von den Fußballclubs ermittelt werden können, desto mehr ist letztlich auch die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Regressmodells im Sinne des „9-Punkte-Papiers" zu bezweifeln. Zudem verfehlt eine verschuldensunabhängige Haftung der Fußballclubs ihre Wirkung, wenn eine entsprechende Verbandsstrafe für diese im Idealfall nur einen reinen „Durchlaufposten" darstellt, weil letztlich die ermittelten Störer im Regressweg die Zeche zahlen.[731] Die Vereine werden zum Schutz der Zuschauer schon aus haftungsrechtlichen Gründen auch künftig nicht auf Ordnungskräfte und ein Sicherheitskonzept verzichten.

Zu berücksichtigen sind schließlich auch die Interessen der ermittelten stören- 443
den Zuschauer, in deren Selbstbestimmungsrecht das Regressmodell des DFB eingreift. Denn als Störer ermittelte Zuschauer, die nach dem „9-Punkte-Papier" von den Fußballclubs möglichst gesamtschuldnerisch in Regress genommen werden sollen, waren am sportgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt, weshalb insoweit eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör im Raum steht. Beim Regressmodell des DFB orientiert sich die Höhe der verhängten Verbandstrafe allein am Verhalten und an der Leistungsfähigkeit der Fußballclubs (und nicht an den individuellen Verhältnissen der überführten Täter). Zudem wird hierdurch den Fußballclubs die Möglichkeit zur zivilrechtlichen Inregressnahme ohne Zwang zur Ausschöpfung des sportgerichtlichen Rechtswegs eröffnet.[732] Dies führt insge-

731 So LG Hannover SpuRt 2015, 174 (177).

732 S. in diesem Zusammenhang auch *J. F. Orth* NJW 2022, 220, Rn. 10: „Auch der angeführte Verbandsstrafenregress ist noch neu und besonders effizient. […] Die Weitergabe der Verbandsstrafe als

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

samt einerseits zu einem „verbandsgerichtlichen Verfahren zu Lasten Dritter“[733] und andererseits zu einem überproportionalen Haftungsrisiko,[734] auf das sich Zuschauer vorab nicht eingelassen hätten.[735]

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/Art. 101, 102 AEUV

444 Sollten die Voraussetzungen von § 1 GWB/Art. 101 Abs. 1 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV erfüllt sein, ließen sich die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, die von § 9a DFB-RuVO auf die sanktionierten Fußballclubs ausgehen, wahrscheinlich über den *Meca-Medina*-Test rechtfertigen, solange die verhängten Strafen nicht als unangemessen einzustufen wären. Voraussetzung wäre zudem, dass § 9a DFB-RuVO einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB oder §§ 305 ff. BGB[736] standhielte. Insoweit ist jedoch einstweilen davon auszugehen, dass der CAS und auch die Verbands- und Schiedsgerichtsbarkeit des DFB weiterhin die Rechtswirksamkeit einer solchen verschuldensunabhängigen Haftung annehmen werden.

445 Anders gestaltet sich die Rechtslage, sofern man die von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ ausgehenden beschränkenden Wirkungen auf die bei Zuschauerausschreitungen ermittelten Fußballfans in den Blick nimmt. Insoweit ist von einer Rechtsunwirksamkeit der Verbandsregelung auszugehen, weil es an einer untrennbaren Verbindung zwischen der vom DFB gem. § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“ verfolgten „täterorientierten Sanktionierung“ und dem vom Verband angestrebten Schutz der Zuschauersicherheit mangelt. Zudem verfolgen die genannten Regelungen in ihrem Zusammenwirken das genannte Ziel in unverhältnismäßiger Weise. Sofern nach § 9a DFB-RuVO sanktionierte Fußballclubs aus eigenem Entschluss in angemessener Höhe auf zivilrechtlichem Weg Regress bei einem ermittelten Störer nehmen (und diesen damit nicht – wie vom DFB vorgesehen – gesamtschuldnerisch in Regress nehmen), wird – die Rechtswirksamkeit der genannten Verbandsvorschrift unterstellt – ein solches Vorgehen rechtlich regelmäßig nicht zu beanstanden sein.

---

wirtschaftlich spürbare Konsequenz für den Einzelnen ist wichtig, um auch die Unbelehrbaren zu rechtmäßigem Handeln im Stadion zu bewegen.“ Auch hier werden – wie in zahlreichen rechtlichen Stellungnahmen zur Regressproblematik – die Interessen der überführten Fans an der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze vollständig ausgeblendet.

733 *S. Martens* NJW 2016, 3691 (3694).

734 *Scheuch* RW 2015, 439 (453) nennt dies eine „verkappte Vertragsstrafe“ gegenüber dem Zuschauer; krit. auch *S. Martens* NJW 2016, 3691 (3693); *J. Prütting/Kniepert* ZfPW 2017, 458 (467).

735 A.A. BGHZ 211, 375 Rn. 22 = NJW 2016, 3715.

736 Zum Meinungsstand → XIII. Rn. 433 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

h) Informationsaustausch oder Kooperationen zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportgeschehen Beteiligten

aa) Ausgangsproblematik

In Sportverbänden und Sportligen ist im Vergleich zur Normalwirtschaft ein erhöhtes Maß an Kooperation erforderlich. Denn Produkte wie eine Sportveranstaltung oder ein Ligaspiel können notwendigerweise nur durch ein Zusammenwirken mehrerer Athleten oder zweier Mannschaften unter der organisatorischen Leitung eines Sportverbandes durchgeführt werden. Dies macht eine permanente Verständigung zwischen den Beteiligten erforderlich, um organisatorische Aspekte abzusprechen. Wenn die Akteure, die nicht nur in einem sportlichen, sondern auch in einem wirtschaftlichen Wettkampf miteinander stehen, sich ohnehin zusammenfinden müssen, schwingt dabei stets die latente Gefahr mit, dass man sich auch über wettbewerbsrechtlich sensible Daten austauscht, was zu einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung führen kann. Dieser Aspekt ist im sportrechtlichen Schrifttum bislang nur knapp thematisiert worden,[737] obgleich die damit verbundenen rechtlichen Gefahren und Risiken nicht zu unterschätzen sind. Aus guten Gründen umfassen die bei Sportverbänden zwischenzeitlich eingerichteten Compliance-Management-Systeme daher auch Maßnahmen zur Vermeidung etwaiger Verstöße gegen das Kartellrecht.[738] Den Gegenstand der nachfolgenden rechtlichen Erwägungen bilden damit unterschiedliche Formen des Informationsaustauschs oder der Kooperation zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportgeschehen Beteiligten. 446

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung)[739]

Angesichts der beschriebenen Ausgangslage besteht insbesondere die Gefahr, dass es zwischen den Beteiligten im Rahmen eines Informationsaustauschs oder einer sonstigen Kooperation teils bewusst, teils vermutlich aber auch immer noch aus Unwissenheit zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB kommt. Die Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV oder § 19 Abs. 1 AEUV dürfte in diesem Kontext zu vernachlässigen sein. 447

737 S. etwa *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (499 f.).
738 S. stellvertr. *Schumacher/Schumacher* SpuRt 2018, 99 (102).
739 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

448 Ob man im Hinblick auf eine im Einzelfall getroffene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung von einer untrennbaren Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs ausgehen kann, hängt natürlich vom Inhalt der betreffenden Vereinbarung ab. Eine solche untrennbare Verbindung wird man nicht mehr annehmen können, wenn der Gegenstand der Absprache – z.B. gegenseitiger Austausch der von den einzelnen Ligamitgliedern den Spielern aktuell gezahlten Durchschnittsgehälter – in keinerlei Beziehung zur Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs steht. In einem solchen Fall käme eine Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden, weil die unabhängige Preisbildung der Spielergehälter beschränkenden Absprache zumindest im Wege der Anwendung des *Meca-Medina*-Tests nicht in Betracht. Sofern man an diesem Punkt den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests weiter fassen möchte, würde die Preisabsprache regelmäßig spätestens am Inhärenzkriterium[740] oder an der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme[741] scheitern.

449 Ob der Gegenstand des Informationsaustauschs sich allein an die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder richtet und damit nicht zugleich auf verbandsunabhängige Dritte auswirkt, kann gleichfalls nur im Einzelfall entschieden werden. In dem zuvor genannten Beispiel kann die gegenseitige Kenntnis der von den Ligamitgliedern ihren Spielern jeweils gezahlten Durchschnittsgehälter sich durchaus wettbewerbsbeschränkend zulasten der Spieler und damit verbandsunabhängiger Dritter auswirken, insbesondere wenn diese Informationen – was nicht ausgeschlossen werden kann, im Einzelfall aber ermittelt und festgestellt werden müsste – den Preisbildungsprozess bei den einzelnen Ligamitgliedern beeinflussen sollten. Wenn durch einen Informationsaustausch oder eine Kooperation zwischen den genannten Gruppen also wirtschaftliche Interessen verbandsunabhängiger Dritter betroffen sind, fällt ein solches Vorgehen regelmäßig nicht mehr allein in den von Art. 9 Abs. 1 GG geschützten „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit".[742]

450 Der einem Sportverband zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[743] ist bei der konkreten Ausgestaltung des Informationsaustauschs zwischen der Liga und ihren Mitgliedern umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang zwischen der streitgegenständlichen Maßnahme und der Sportausübung selbst ist (z.B. Abstimmung der Mediziner des Verbandes und der Ligamitglieder über die von Spielern und ihren Betreuern während der COVID-19-Pandemie einzu-

740 → VI. Rn. 285–287 m.w.N.
741 → VI. Rn. 295–313 m.w.N.
742 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
743 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haltenden sog. Hygienekonzepte). Demgegenüber ist der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Liga umso geringer und ist die gerichtliche Kontrolldichte umso strenger, je mehr die Ligamitglieder und sogar auch die Liga selbst von einer Kooperation wirtschaftlich profitieren (z.B. Abstimmung über die Vertragsanbahnung mit potentiellen Sponsoren, um etwa zu verhindern, dass sich die Liga einerseits und eines der Ligamitglieder andererseits gegenseitig Konkurrenz machen).

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Beispielsfall[744]

In der Presse war im April 2007 darüber berichtet worden, dass der DFB und die DFL eine Arbeitsgruppe für den Bereich Sponsoring eingerichtet hatten, der auch Vertreter der Ligamitglieder angehörten. Dadurch sollte – angeblich – verhindert werden, dass der DFB und Ligamitglieder nochmals um den gleichen Sponsor konkurrieren würden. Daraufhin ließ das BKartA am 26.2.2008 die Geschäftsräume des DFB und die Büros der DFL durchsuchen. In der Folge bestätigte sich der Verdacht nicht, so dass das Verfahren durch das BKartA am 13.8.2008 eingestellt wurde.[745] 451

(2) Miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen

Nach der Einstellung des Verfahrens durch das BKartA meldeten sich alsbald verschiedene Funktionäre des DFB keineswegs erleichtert, sondern – zurückhaltend formuliert – kritisch zu Wort. Hier sei stellvertretend auf die Einschätzung des damaligen DFB-Generalsekretärs *Wolfgang Niersbach*[746] Bezug genommen, 452

744 Weitere Beispielsfälle hätten in diesem Zusammenhang auch noch angeführt werden können, über sie sind allerdings regelmäßig weniger Fakten als beim ausgewählten Beispielsfall bekannt. Dies betrifft etwa die im Jahr 2019 geplante, letztlich aber nicht zustande gekommene Kooperation „rein sportlicher und inhaltlicher Natur" – so der seinerzeitige RB-Geschäftsführer *Oliver Mintzlaff* – zwischen den Fußball-Bundesligisten RB Leipzig und SC Paderborn; vgl. Spiegel Online v. 19.6.2019 („Kooperation zwischen RB Leipzig und SC Paderborn geplatzt"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/bundesliga-rb-leipzig-und-sc-paderborn-kooperation-gescheitert-a-1273298.html (zuletzt besucht am 7.2.2022). Allg. zu weiteren, kartellrechtlich mglw. bedenklichen Konstellationen *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (499 f.).

745 Zum Sachverhalt s. stellvertr. Handelsblatt v. 8.4.2009 („DFB-Beschwerde wegen Hausdurchsuchung erfolglos"), abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/sport/fussball/fussball-dfb-dfb-beschwerde-gegen-hausdurchsuchung-erfolglos/3152360.html?ticket=ST-3022902-Bu45IUbKxhQxE7xmBLiw-ap1 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

746 Am 2.3.2012 war *Niersbach* einstimmig zum DFB-Präsidenten gewählt worden, am 9.11.2015 trat er von dem Amt zurück. Sechs Tage zuvor hatte die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main bekanntgegeben, dass sie gegen *Niersbach* wegen des Verdachts auf Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit dem deutschen „Sommermärchen" im Jahr 2006, d.h. mit der im genannten Jahr in Deutschland ausgetragenen FIFA Fußball-Weltmeisterschaft, ermittele.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der sich seinerzeit „175 Tage in einem falschen Film“ – so der Titel seines Beitrags – wähnte:[747]

> „Worum es aber im Kern ging, wurde uns erst anderntags klar durch eine Äußerung einer Sprecherin des Kartellamts (…). DFB und Ligaverband seien doch Konkurrenten, da dürfe es keine Absprachen geben, dies sei nirgendwo im Markt erlaubt. Da hatten wir es also: DFB und Ligaverband als knallharte Konkurrenten, auf eine Stufe gestellt mit Energiekonzernen, Automobilherstellern oder Supermarktketten! Welch ein ungeheuerlicher Verdacht ...!“
>
> „Trotzdem machte die Bonner Behörde den dilettantischen Kardinalfehler, von ihrer falschen Grundannahme, dass DFB und Ligaverband Konkurrenten sind, die Verbotswidrigkeit jeglicher Absprache wie in der freien Marktwirtschaft abzuleiten.“

453 Bevor sich ein Leser voreilig ob solch klarer Aussagen, die von keinerlei Kenntnis der Grundlagen des Kartellrechts und der eigentlich auch schon damals nicht völlig unbekannten Aufgaben und Tätigkeiten des BKartA getrübt sind, zumindest schmunzelnd auf die Schenkel schlagen will, sei zur Ehrenrettung darauf hingewiesen, dass *Niersbach* einst eben nicht Jura, sondern Germanistik studiert hatte. Der Sprachduktus lässt seine beruflichen Erfahrungen als Journalist deutlich erkennen. Man mag sich heute kaum vorstellen, wie eine solche Verbalschelte in dieser Form trotz des schon damals beim DFB bis in die höchsten Führungsetagen vorhandenen großen juristischen Sachverstands veröffentlicht werden konnte.

454 Selbst auf die Gefahr hin, manche juristisch vorbelastete Leser nachfolgend mit kartellrechtlichen Binsenweisheiten und Wiederholungen zu langweilen, soll *Niersbachs* Kritik kurz relativiert werden:

455 – Dass sich DFB und DFL als Wettbewerber schon damals gegenüberstanden, war zumindest für jeden mit den wirtschaftlichen Zusammenhängen halbwegs vertrauten Außenstehenden offensichtlich. So konkurrieren die beiden Verbände seit der Gründung der DFL auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen im Fußball, wobei der DFB bei der Zusammenstellung der Nationalmannschaft auf die Abstellung der besten Fußballspieler durch deren Arbeitgeber, zu denen auch Ligamitglieder der DFL gehören, angewiesen ist. Vereinfacht gesprochen wollen die Mitglieder der DFL mit der Bundesliga und der DFB mit Fußballländerspielen auf verschiedene Weise Geld verdienen: durch die Vermarktung der Medienrechte, durch Ticketverkäufe, durch Sponsoring und Merchandising etc. Sowohl

747 *Niersbach* DFB-Journal 2/2008, 40 (41, 42). Der gesamte Beitrag gewährt einen ebenso aufschlussreichen wie ernüchternden Einblick, welch besondere Stellung der seinerzeitige DFB-Generalsekretär, aber vermutlich auch einige andere Sportfunktionäre innerhalb oder auch außerhalb des Fußballsports den Sportverbänden im (deutschen) Rechtssystem noch im Jahr 2008 beimaßen. Zwischenzeitlich dürfte auf der Ebene der Sportfunktionäre verbreitet eine den rechtlichen Gegebenheiten näher kommende Betrachtungsweise Einzug gehalten haben.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die DFL als auch der DFB wollen für ihre Ligamitglieder bzw. die Nationalmannschaft so viel vermarktungsfähige Termine wie möglich herausholen, was in der Vergangenheit schon wiederholt zu auch öffentlich ausgetragenen Konflikten geführt hat. Ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis ist damit unbestreitbar.

– Auf den betroffenen Märkten sind natürlich nicht sämtliche Absprachen zwischen DFB und DFL kartellrechtswidrig, sondern nur solche, die auf unternehmerischer Tätigkeit beruhen, zu Wettbewerbsbeschränkungen führen und nicht gerechtfertigt werden können. Wie bereits in einem vorangehenden Abschnitt im Detail dargelegt,[748] sind etwa Terminabsprachen zwischen DFB und DFL grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich. 456

– Und ja! Wenn Sportverbände unternehmerisch tätig werden,[749] aber auch nur dann, werden sie im Ausgangspunkt den Akteuren in der Normalwirtschaft gleichgestellt. Allerdings wird bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportbetrieb den legitimen Zielsetzungen der Sportverbände sowie den Besonderheiten des Sports Rechnung getragen.[750] Dies stellt ein nicht zu unterschätzendes Entgegenkommen dar, das in Deutschland gerade in den Kreisen renommierter Kartellrechtler nach wie vor überaus kritisch beäugt wird.[751] 457

Der DFB gab sich seinerzeit mit der Einstellung des Verfahrens durch das BKartA nicht zufrieden, sondern legte Rechtsmittel ein. Dies führte danach zu einer Entscheidung des LG Bonn vom 7.4.2009 – 27 Qs 49-50/08, über die folgende Mitteilung verbreitet wurde (zitiert nach juris): 458

> „Das LG Bonn hat entschieden, dass die Durchsuchung beim Deutschen Fußballbund (DFB) am 26.02.2008 rechtmäßig war.
>
> Gleiches gilt für die Beschlagnahme von Unterlagen anlässlich dieser Durchsuchung. Der DFB hatte gegen den der Durchsuchung zugrundeliegenden Beschluss des AG Bonn vom 18.02.2008 sowie einen Beschlagnahmebeschluss des AG Bonn vom 07.03.2008 Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hatte die Beschlüsse auf Antrag des Bundeskartellamtes wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkender Absprachen erlassen. Grundlage der Verfahrenseinleitung des Bundeskartellamtes waren zwei Presseartikel vom 04.04.2007 aus der ‚Sportbild' und aus dem Online-Portal ‚Finanznachrichten'. Der Vorwurf der Kartellhüter: Ausweislich der genannten Presseartikel sollen DFB und Deutsche Fußballliga (DFL) eine Arbeitsgruppe für den Bereich Sponsoring gebildet haben, um zu verhindern, dass DFB und Lizenzvereine um ein und denselben Sponsor konkurrieren.
>
> Das LG Bonn gab dieser Einschätzung nun recht.

748 → XIII. Rn. 327–354 m.w.N.
749 Hierzu → VI. Rn. 114–138 m.w.N.
750 → VI. Rn. 139–385 sowie VII. Rn. 67–71 m.w.N.
751 → VI. Rn. 146–159 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Das Gericht ist der Auffassung, im Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung lagen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeit vor, da der Inhalt der genannten Presseartikel einen Sachverhalt beschrieben habe, der grundsätzlich eine verbotene Kundenaufteilung zwischen den durch die DFL vertretenen Ligavereinen und dem DFB darstelle. Vor diesem Hintergrund sei die Durchsuchung auch verhältnismäßig gewesen."

459 Anerkennend ist festzustellen, dass der DFB aus diesen Geschehnissen seine Lehren gezogen hat, indem u.a. ein striktes Compliance-Management-System eingeführt wurde, das das Auftreten kartellrechtlich bedenklichen Verhaltens verhindern soll. Das BKartA hat sich seither nicht mehr zwecks Hausdurchsuchung beim DFB eingefunden, stattdessen standen zuletzt aber in den Jahren 2021/22 Steuerfahnder und die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main unangekündigt vor der Tür.[752] Aber das sind andere Geschichten, die hier nicht vertieft werden sollen, wenngleich auch sie die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie betreffen.

(3) Marktinformationssysteme

460 Wenn es innerhalb von Sportverbänden zu einem Informationsaustausch etwa im Rahmen von offiziellen Arbeitskreisen (z.B. der Mediziner zuletzt insbesondere im Hinblick auf die Erarbeitung sog. Hygienekonzepte, der Trainer, der Sportmanager, der Sicherheitsbeauftragten, der Greenkeeper oder der Juristen), aber auch in inoffiziellen bilateralen oder multilateralen Gesprächsrunden kommt, besteht die Gefahr, dass dabei kartellrechtswidrige sog. Marktinformationssysteme[753] eingerichtet werden. Diese sind weder generell kartellrechtswidrig noch kartellrechtlich allgemein unbedenklich, vielmehr bedarf es einer rechtlichen Bewertung aller relevanten Gesamtumstände im konkreten Einzelfall. Folgende Aspekte, die sich an der Entscheidungspraxis der EU-Kommission sowie der europäischen Gerichte orientieren, mögen eine erste Orientierung bieten:

461 – Hinsichtlich der Differenzierung zwischen wettbewerbsneutralen und wettbewerbsbeschränkenden Marktinformationssystemen kommt der Art der ausgetauschten Informationen eine maßgebliche Bedeutung zu. Nach Auffassung der EU-Kommission sollen im Falle des Austauschs echter aggregierter Daten, d.h. von Daten, die nur mit hinreichender Schwierigkeit Rückschlüsse auf

752 S. stellvertr. *Aumüller/Kistner* SZ v. 17.11.2021 und Spiegel Online v. 3.3.2022 („Verdacht der Untreue: Hausdurchsuchungen beim Deutschen Fußball-Bund"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/hausdurchsuchungen-beim-deutschen-fussball-bund-wegen-verdachts-der-untreue-a-418d03d1-be72-453c-bf48-fef0355c2f73 8 (zuletzt besucht am 5.3.2022).

753 S. hierzu allg. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011 Nr. C 11/1; aus der Kommentarliteratur s. zu dieser Fallgruppe stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 244–250 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen viel weniger wahrscheinlich sein als beim Austausch unternehmensspezifischer Daten.[754]

– Nach Auffassung des EuGH soll ein Kartellverstoß beim Austausch sensibler Informationen auch dann in Betracht kommen, wenn diese den Verbraucherpreis nicht unmittelbar betreffen.[755] Entsprechendes soll nach Auffassung des EuG gelten, wenn absichtlich unrichtige Informationen an die Beteiligten weitergeleitet werden.[756] 462

– Ein Marktinformationssystem, welches auf den Austausch sensibler Informationen gerichtet ist, um eine andere wettbewerbswidrige Absprache zu fördern, ist nach Auffassung des EuGH seinerseits auch kartellrechtswidrig.[757] Dies würde etwa für einen gegenseitigen Austausch der individualisierten Spielergehälter gelten, um auf diese Weise die Einhaltung einer gegen das Kartellverbot verstoßenden Gehaltsobergrenze[758] zu überwachen und abzusichern. 463

– Schließlich können aber auch selbstständige Marktinformationssysteme, die nicht mit einer anderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung verknüpft sind, einen Kartellverstoß begründen.[759] Einen solchen Anfangsverdacht dürfte das BKartA im vorangehend besprochenen Beispielsfall gehegt haben.[760] 464

Mit einem möglicherweise kartellrechtlich bedenklichen Marktinformationssystem wäre in folgender Weise weiter zu verfahren: Zunächst müsste geprüft werden, ob ein unternehmerisches Handeln der an dem Informationsaustausch oder der Kooperation Beteiligten angenommen werden kann.[761] Wenn etwa die Ligamitglieder sich detailliert über die aktuell an ihre Spieler gezahlten Gehälter austauschen, so hat dies sicherlich einen engeren Bezug zur unternehmerischen Tätigkeit, als wenn sich die Ligamitglieder über das Gehaltsniveau der vorangegangenen Saison im Allgemeinen (denn dies lässt nur bedingt Rückschlüsse auf die aktuelle Gehaltspolitik zu) oder aber über die Methoden der Rasenpflege auf den Spielfeldern in den Fußballstadien austauschen. 465

Sodann wäre zu ermitteln, ob das betreffende unternehmerische Verhalten zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt und – wenn ja – ob diese überhaupt spür- 466

754 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011 Nr. C 11/1 Rn. 89.
755 EuGH ECLI:EU:C:2014:273, Rn. 122 f. = NZKart 2015, 267 – Bananen (Dole) m.w.N.
756 EuG ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 91 = BeckRS 2016, 110735 – Smartcard-Chips.
757 EuGH ECLI:EU:C:2017:46, Rn. 134 = NZKart 2017, 119 – Badezimmerkartell (Duravit).
758 → XIII. Rn. 355–427 m.w.N.
759 S. hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 248–250 m.w.N.
760 → XIII. Rn. 451 m.w.N.
761 Hierzu → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bar ist.[762] Dies betrifft die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels[763] andererseits. Zu diesem Zweck muss zuvor der betroffene relevante Markt bestimmt werden.[764] Je geringer die Zahl der an dem Informationsaustausch oder der Kooperation Beteiligten ist, desto komplizierter wird der Nachweis der Spürbarkeit sein.

(4) Rechtfertigungsmöglichkeiten

467 Wenn aufgrund eines Informationsaustauschs oder einer sonstigen Kooperation etwa zwischen Ligamitgliedern eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden kann, lautet die nächste maßgebliche Frage: In welchen Bereichen des Ligasports kann eine Wettbewerbsbeschränkung, die auf einem Austausch von Marktinformationen oder dem Eingehen einer Kooperation beruht, am ehesten mit Aussicht auf Erfolg gerechtfertigt werden?

468 Insoweit bietet es sich an, an die Arten denkbarer legitimer Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests anzuknüpfen.[765] Wenn also Informationsaustausch oder Kooperation sich insbesondere auf folgende Besonderheiten des Sports beziehen,[766] kommt bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (Kohärenz, Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[767]) eine Rechtfertigung nach dem *Meca-Medina*-Test in Betracht:

- Schutz fairer Sportwettbewerbe mit gleichen Chancen für alle Athleten[768] (z.B. durch einen Informationsaustausch bezüglich der Vermeidung von Sportmanipulationen);
- Schutz der Unsicherheit von Spielergebnissen[769] (z.B. durch einen Informationsaustausch, wie eine Empfänglichkeit oftmals, aber nicht notwendigerweise junger Spieler auch in unteren Sportligen für Bestechungsgelder effektiv verhindert werden kann);

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

763 Sollte der zwischenstaatliche Handel gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht betroffen sein, wäre noch zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften des nationalen Kartellrechts vorliegt.

764 → VI. Rn. 90–113.

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

766 Zu beachten ist, dass viele der denkbaren Bereiche wie z.B. Dopingbekämpfung oder Stadionsicherheit bereits durch Verbandsstatuten ebenso ausführlich wie detailliert geregelt sind, dass es insoweit kaum noch zu einem Austausch wettbewerbsrechtlich relevanter Informationen, sondern vielfach nur noch zu einem kartellrechtlich unbedenklichen Erfahrungsaustausch kommen kann.

767 → VI. Rn. 269–315.

768 → VI. Rn. 196–199 m.w.N.

769 → VI. Rn. 200–202 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Schutz der Gesundheit der Sportler[770] (z.B. durch einen Informationsaustausch zwischen den Betreibern von Skipisten, Bob- oder Rennrodelbahnen etc.);
- Schutz der Sicherheit der Zuschauer[771] (z.B. durch einen Informationsaustausch zwischen den Fanbeauftragten der Fußballclubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga);
- Förderung der Nachwuchsarbeit[772] (z.B. durch einen Informationsaustausch der Leiter der Nachwuchsleistungszentren im Bundesliga-Fußball etwa über Trainingsmöglichkeiten während der COVID-19-Pandemie);
- Schutz der finanziellen Stabilität von Ligamitgliedern[773] (z.B. Informations- und Erfahrungsaustausch hinsichtlich der Lizenzierungsbedingungen einer Sportliga zur Ermittlung von Optimierungspotential);
- Schutz der Sportausübung nach einheitlichen Regeln[774] (z.B. Informationsaustausch zwischen Schiedsrichterobmännern und -frauen verschiedener Sportligen im Hinblick auf eine möglichst einheitliche Regelauslegung).

Soweit jedoch bei einem Informationsaustausch oder einer Kooperation wirt- 469
schaftliche (Eigen-)Interessen der Beteiligten im Vordergrund stehen[775], kommt die Rechtfertigung eines entsprechenden Marktinformationssystems nach dem *Meca-Medina*-Test nicht in Betracht. Denkbare Beispielsfälle: Informationsaustausch über Möglichkeiten, während der COVID-19-Pandemie bei den Ligamitgliedern angestellte Spieler zu einem „freiwilligen" Gehaltsverzicht zu bewegen, um eine einheitliche Vorgehensweise abzustimmen; Abschluss eines *No-Poach-Agreement*, also einer Vereinbarung, keine Spieler anzustellen, die ihren Vertrag bei einem anderen Ligamitglied wegen der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie gekündigt haben.[776] In einem solchen Fall wird regelmäßig auch eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ausscheiden.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/Art. 101, 102 AEUV

Marktinformationssysteme verstoßen regelmäßig nicht gegen Art. 102 AEUV. Ob 470
ein Informationsaustausch oder eine Kooperationen zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportge-

770 → VI. Rn. 203–205 m.w.N.
771 → VI. Rn. 206 f. m.w.N.
772 → VI. Rn. 208 f. m.w.N.
773 → VI. Rn. 210 f. m.w.N.
774 → VI. Rn. 212 m.w.N.
775 → VI. Rn. 243–254 m.w.N.
776 Zur vorläufigen Aufhebung einer solchen Vereinbarung im portugiesischen Fußball s. die Mitteilung der Autoridade da Concorrência (AdC) v. 26.5.2020, abrufbar unter http://www.concorrencia.pt/vEN/News_Events/Comunicados/Pages/PressRelease_202008.aspx (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schehen Beteiligten gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV (oder § 1 GWB) verstößt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei richtet sich die kartellrechtliche Bewertung im Wesentlichen nach den in den vorangehenden Abschnitten[777] dargestellten Kriterien.

i) Vorzeitige Beendigung einer Spielzeit

aa) Ausgangsproblematik

471 Die COVID-19-Pandemie hat auch Sportverbände vor große Herausforderungen gestellt, für die in den Verbandsstatuten, obgleich diese oftmals bereits sehr detaillierte Vorschriften enthalten, keine Regelungen getroffen worden waren. So hatte bis zum März 2020 schlichtweg die Vorstellungskraft gefehlt, dass nach der verheerenden Spanischen Grippe ein Jahrhundert zuvor und seither enormen Fortschritten in der Medizin ein Virus die (Sport-)Welt dermaßen in die Knie zwingen würde, dass etwa eine Sportliga zur vorzeitigen Einstellung des Spielbetriebs gezwungen wäre. Da aufgrund des für das europäische Sportmodell typischen Relegationssystems[778] bei der vorzeitigen Beendigung einer Ligaspielzeit auch eine Entscheidung getroffen werden muss, ob und – wenn ja – in welcher Form die Auf- und Abstiegsregelungen um- oder gar ausgesetzt werden, kommen vielfältige weitere regelungsbedürftige Probleme hinzu, die für die weiteren rechtlichen Erwägungen jedoch ausgeblendet werden.[779] Nachfolgend wird allein zu klären sein, inwieweit Verbandsregelungen, -beschlüsse oder -maßnahmen, die auf einen rechtlich oder faktisch erzwungenen vorzeitigen Abbruch einer Spielzeit im Ligasport gerichtet sind, nachträglich einer rechtlichen Inhaltskontrolle oder Rechtmäßigkeitsprüfung unterzogen werden können.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einschätzung)[780]

472 Wenn ein Ligaspielbetrieb vorzeitig eingestellt wird, ergeben sich bei unternehmerisch tätigen Ligamitgliedern regelmäßig wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Denn es fehlen etwa die Ticketeinnahmen bezüglich der gestrichenen Spieltage, die von der Liga auszahlbaren Erlöse aus der zumeist zentralen Ver-

777 → XIII. Rn. 460–469.
778 → XII. Rn. 33–43.
779 Zu solchen rechtlichen Folgeproblemen s. etwa LG Mannheim SpuRt 2021, 224–229 (Versagung des Aufstiegsrechts in die Regionalliga nach Corona-bedingtem Saisonabbruch im Fußball); LG München I SpuRt 2021, 229–231 (Abstieg aufgrund Anwendung der Quotientenregel im bayerischen Amateurfußball während der Corona-Pandemie) und in der Folgeinstanz OLG München SpuRt 2021, 283–287; LG Stuttgart SpuRt 2021, 231–236 (Annulierung der Meisterschaftsrunde in der Fußball-Oberliga Baden-Württemberg aufgrund der Corona-Pandemie).
780 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

marktung der Medienrechte sinken und/oder Sponsoringverträge müssen wegen einer geschrumpften Zahl an potentiellen Werbekontakten zum Nachteil der Ligamitglieder angepasst werden. Entsprechendes gilt – wenngleich wirtschaftlich weniger einschneidend – aber auch, falls der Ligaspielbetrieb nur vorübergehend eingestellt wird, um dann verzögert und etwa Corona-bedingt unter vollständigem oder teilweisem Ausschluss von Zuschauern in den Sportarenen fortgesetzt zu werden. Der endgültigen Einstellung des Ligaspielbetriebs gingen während der COVID-19-Pandemie regelmäßig Beschlüsse der zuständigen Vereinsorgane voraus.[781] Soweit es sich – wovon im (semi)professionellen Sport auszugehen ist – bei den jeweiligen Entscheidungen der Sportverbände um Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen[782] handelt, können insoweit gegen das Kartellverbot verstoßende Vereinbarungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB vorliegen. Daneben könnte auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV oder § 19 Abs. 1 AEUV in Betracht zu ziehen sein. Ein solcher Marktmachtmissbrauch dürfte aber gerade bei einem rechtlich oder faktisch erzwungenen vorzeitigen Saisonabbruch kaum praxisrelevant sein.

Im Hinblick auf solche, auf die vorzeitige Einstellung des Ligaspielbetriebs ge- 473
richtete wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen kann von einer untrennbaren Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs ausgegangen werden. Denn die betreffenden, vielfach auf zwingenden Vorgaben des Gesetz- und/oder Verordnungsgebers zum Infektionsschutz beruhenden Beschlüsse beziehen sich unmittelbar und vorrangig auf die Organisation des Ligaspielbetriebs. Wirtschaftlich nachteilig betroffen sind gleichfalls vorrangig die Ligamitglieder. Demgegenüber werden die Zuschauer, Medienanbieter und Sponsoren wegen der ausgefallenen Spieltage vielfach spätestens im Wege von Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen Kosten einsparen können und in deutlich geringerem Maße als die Ligamitglieder Verluste erleiden. Hierbei soll nicht vergessen werden, dass gerade von den Spieltagseinnahmen auch verbandsunabhängige Dritte, die beim Fußballclub nicht fest

781 S. etwa OLG Frankfurt SpuRt 2020, 196–201 (vorzeitiger Abbruch der Spielzeit 2019/20 in der 3. Bundesliga Herren-Süd im Tischtennis durch eine Entscheidung des Ausschusses für Leistungssport); DTTB-Bundesgericht SpuRt 2020, 270–273 (vorzeitiger Abbruch des offiziellen Spielbetriebs auf allen Ebenen im Tischtennis in der Spielzeit 2019/20 durch Beschluss des Ressorts Erwachsenensport und des Ausschusses für Leistungssport des Deutschen Tischtennis Bundes [DTTB]); Verbandsgericht des BTTV SpuRt 2020, 205–207 (vorzeitiger Abbruch des offiziellen Spielbetriebs auf allen Ebenen im Tischtennis in der Spielzeit 2019/20 durch Beschluss des Präsidiums und des Vorstands des Bayerischen Tischtennis-Verbandes [BTTV]).
Vgl. außerdem zur Fortsetzung des Spielbetriebs in der 3. Liga im Fußball DFB-Bundesgericht SpuRt 2020, 273–276 und Schiedsgericht 3. Liga SpuRt 2021, 47–49 (Fortsetzung aufgrund einer Entscheidung des außerordentlichen Bundestages des DFB) sowie zur Wiederaufnahme der Regionalliga Südwest LG Mannheim SpuRt 2021, 100–104 (Beschluss der Gesellschafterversammlung und der Spielkommission der Regionalliga Südwest, letztere betrieben in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts).

782 Hierzu → VI. Rn. 114–118 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angestellt sind, wirtschaftlich profitieren (z.B. Servicekräfte im Catering, Sicherheitspersonal, Parkplatzwächter, Taxifahrer etc., aber auch Schiedsrichter). Deren Erwerbsaussichten fallen jedoch nach einem vorzeitigen Saisonabbruch hinsichtlich der endgültig gestrichenen Spieltage unwiederbringlich fort. Wegen des unmittelbaren Bezugs zum Ligaspielbetrieb kommt damit eine Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zur Rechtfertigung etwaiger Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht.

474 Entscheidungen der Sportverbände, die auf einen vorzeitigen Abbruch einer Ligasaison gerichtet sind, adressieren unmittelbar und vorrangig die Ligamitglieder. Sie betreffen zwar nicht allein den von Art. 9 Abs. 1 GG geschützten „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[783], stehen diesem wegen der primär sportorganisatorischen Ausrichtung eines vorzeitigen Saisonabbruchs aber recht nahe. Da die Verbandsmaßnahmen unmittelbar auf den Spielbetrieb und damit – anders als etwa die 50+1-Regel[784] – zuvorderst auf das Sportgeschehen als solches abzielen, ist den Sportverbänden insoweit ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen, der bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests mit einer geringeren gerichtlichen Kontrollintensität korrespondiert.[785]

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Zivilrechtliche Prüfungsmaßstäbe, Prüfungsumfang und Konkurrenzverhältnis

475 Rechtsprechung und Schrifttum haben – wie bereits im Detail dargelegt[786] – eine sich an § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) orientierende rechtliche Inhaltskontrolle entwickelt. Diese wird unter Berücksichtigung der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG auf disziplinarische wie nichtdisziplinarische Maßnahmen eines Sportvereins oder -verbandes gleichermaßen angewendet,[787] durch die verbandsunterworfene Mitglieder in rechtlich geschützten Positionen beeinträchtigt werden. Überraschenderweise ist in Entscheidungen staatlicher Gerichte[788] sowie der Sport(schieds)gerichtsbarkeit[789] bei der rechtlichen Überprüfung von Verbandsbeschlüssen, die nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie zur vorzeitigen Be-

783 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
784 → XIII. Rn. 275.
785 → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
786 → III. Rn. 44–59 m.w.N.
787 S. stellvertr. PHB Sportrecht/*Summerer* Kap. 3 Rn. 595.
788 OLG Frankfurt SpuRt 2020, 196 (199) unter Bezugnahme auf H. Schmidt/*J. F. Orth*, 1. Aufl. 2020, § 10 Sport Rn. 8; LG Mannheim SpuRt 2021, 100 (101–104); LG München I SpuRt 2021, 229 (230 f.), hernach offengelassen von OLG München SpuRt 2021, 283 (285).
789 DTTB-Bundesgericht SpuRt 2020, 270 (272 f.) unter Bezugnahme auf OLG Frankfurt SpuRt 2020, 196 (199) sowie auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; DHB-Bundesschiedsgericht SpuRt 2021, 298 (300 f.); DFB-Bundesgericht SpuRt 2021, 301 (302 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

endigung einer Ligaspielzeit führten, zuletzt mit einer Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB auch ein anderer Prüfungsmaßstab angewendet worden. In den übrigen Entscheidungen ist hingegen weiterhin die an § 242 BGB angelehnte rechtliche Inhaltskontrolle[790] oder eine Verhältnismäßigkeitsprüfung[791] in Ansatz gebracht worden.

Mindestens vier Gründe sprechen bei den geschilderten Sachverhalten jedoch gegen die Anwendung einer bloßen Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB: 476

– Erstens regelt die Vorschrift des § 315 BGB eine besondere Form der Vertragsgestaltung. Insoweit könnte im Ligaspielbetrieb an die bereits bestehenden Lizenzverträge angeknüpft werden, die von dem Ligaverband vor Saisonbeginn mit den einzelnen Ligamitgliedern separat abgeschlossen werden. Diese Lizenzverträge betreffen üblicherweise die Teilnahmeberechtigung am Ligaspielbetrieb für die nächste Spielzeit, während sich die Modalitäten und Details der Organisation und Durchführung des Ligaspielbetriebs aus den Verbandsstatuten ergeben. Es mutet gekünstelt und realitätsfremd an, dass die Liga, anknüpfend an diese Lizenzverträge, bei der vorzeitigen Beendigung des Ligaspielbetriebs für jedes einzelne Ligamitglied eine Billigkeitsentscheidung i.S.d. § 315 Abs 1. BGB trifft, zumal im Zweifel ohnehin die Verbandsstatuten die organisatorischen Regelungen zum Ligaspielbetrieb enthalten. Allzu artifiziell und ergebnisorientiert sowie letztlich aus praktischen Gründen auch nicht erforderlich wäre es, den konkludenten Abschluss eines Vertrags zwischen der Liga und den Ligamitgliedern zu unterstellen, um auf diese Weise die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 1 BGB zu konstruieren. Auffällig ist zudem, dass in den konkreten Fällen die vorzeitige Beendigung des Ligaspielbetriebs auf Beschlüssen der zuständigen Verbandsgremien beruhte, die sich nicht auf etwaige vertragliche Vereinbarungen der vorgenannten Art bezogen. 477

– Zweitens erfüllen Sportverbände ihre von *J. F. Orth*[792] zur Begründung einer Anwendung von § 315 BGB angeführte Spielleiter-Funktion nicht erst und nicht allein im Zusammenhang mit der Fortsetzung oder Wertung der seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie unter- oder abgebrochenen Spielrunden. Schon zuvor bestimmten Verbände etwa, wann der Ligabetrieb begann, wann dieser nach der Winterpause fortgesetzt wurde oder wann ein witterungsbedingt ausgefallener Spieltag nachgeholt wurde. In diesem Kontext ist – soweit ersichtlich – nicht auf § 315 Abs. 1 BGB rekurriert worden. Selbst wenn die Vereine erwartet haben sollten, die Verbände mögen während der Pandemie 478

790 DFB-Bundesgericht SpuRt 2020, 273 (274–276); Schiedsgericht 3. Liga SpuRt 2021, 47 (47 ff.) i.V.m. einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

791 Verbandsgericht des BTTV SpuRt 2020, 205 (206 f.).

792 H. Schmidt/*J. F. Orth*, 1. Aufl. 2020, § 10 Sport Rn. 8; ebenso hernach Fischinger/Orth/*Thumm* Teil 1 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entscheiden, so ist der daraus gezogene Rückschluss auf ein nur sehr begrenzt rechtlich nachprüfbares einseitiges Bestimmungsrecht der Verbände gem. § 315 BGB doch fernliegend.

479 – Drittens sind die inhaltlichen Maßstäbe einer Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) oder – sofern man von der Anwendbarkeit einer AGB-Kontrolle ausgeht[793] – auch nach den §§ 307 ff. BGB nicht deckungsgleich mit denen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB.[794] Bei letzterer sind alle Umstände des Einzelfalls zu beachten, so dass die Billigkeitskontrolle auch arbitrale Momente umfasst. Demgegenüber bemüht sich die Inhaltskontrolle trotz Orientierung an einer gesetzlichen Generalklausel um einen objektiven Maßstab. Es handelt sich insoweit um eine Rechtskontrolle und nicht wie bei der Anwendung von § 315 BGB um eine Form der Vertragsgestaltung.

480 – Viertens hat aus den vorgenannten Gründen nach vorherrschender Rechtsauffassung eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB Vorrang vor einer Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB.[795]

481 Vor diesem rechtlichen Hintergrund verdrängt nicht nur bei der gerichtlichen Überprüfung von Verbandsmaßnahmen zur vorzeitigen Beendigung einer Spielzeit im Ligasport, sondern auch bei disziplinarischen wie nichtdisziplinarischen Verbandsmaßnahmen eine Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) der zugrunde liegenden Verbandsbeschlüsse, soweit eine solche möglich ist, die primär auf eine Vertragsgestaltung gerichtete Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB.

(2) Anwendbarkeit des Kartellrechts

482 Zuletzt hat *Stopper*[796] in diesem Kontext kritisiert, dass Schlagworte wie „Ein-Platz-Prinzip“ oder „monopolistisch“ vor deutschen Zivilgerichten zum „reflexartigen Einfallstor für die Anwendung des Kartellrechts, vornehmlich der Missbrauchskontrolle“ geworden seien. Weshalb in dem von ihm besprochenen Urteil des LG Mannheim, das die Wiederaufnahme der Regionalliga Südwest im Fußball betraf,[797] die Richter allein eine Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB anwendeten, nicht jedoch Kartellrecht, ergibt sich nicht aus den Entscheidungsgründen, in denen an keiner Stelle das Kartellrecht auch nur ansatzweise angesprochen wird. Gleichwohl nutzte *Stopper* seine Anmerkung zu diesem Urteil zu einem

793 Hierzu → III. Rn. 38–43 m.w.N.
794 S. stellvertr. MüKo-BGB/*Würdinger* § 315 BGB Rn. 10.
795 Vgl. BGHZ 158, 149 (153) = NJW 2004, 1588; MüKo-BGB/*Würdinger* § 315 BGB Rn. 10.
796 *Stopper* SpuRt 2021, 104.
797 LG Mannheim SpuRt 2021, 100–104.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbalen Rundumschlag gegen von ihm beklagte Entwicklungen im Sportkartellrecht:[798]

> „Aus einem Verbandsstrukturmerkmal [Anmerkung: gemeint ist hier die pyramidenförmige monopolistische Verbandsstruktur] ist viel zu häufig ein gewillkürtes Tatbestandseröffnungsmerkmal geworden. So wurde fast jede gestalterische Entscheidung eines Sportverbandes mit ökonomischer Auswirkung – welche Entscheidung hat diese Wirkung nicht? – erst einmal als missbräuchliches Verhalten gebrandmarkt, das erst über den 3-Stufen-Test nach Meca-Medina wieder zu amnestieren gewesen wäre. […]
>
> So ist mit wenigen klaren Worten innerhalb eines Verfügungsverfahrens der Maßstab für die rechtliche Würdigung einer Verbandsentscheidung gegen den Kartellrechtstrend zurechtgerückt worden. Das ist gut. Man hat es auch schon anders erleben müssen."

Der von *Stopper* besprochene Fall betraf zwar keinen Verein, weil die Regionalliga Südwest als GbR strukturiert ist. Gleichwohl ist überaus zweifelhaft, ob § 315 BGB tatsächlich der zutreffende Prüfungsmaßstab für den Beschluss der GbR war, den Spielbetrieb in der Regionalliga Südwest wieder aufzunehmen.[799] Zudem ist zu berücksichtigen, dass in den bislang in juristischen Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen deutscher staatlicher Gerichte und Sportschiedsgerichte zur vorzeitigen Beendigung eines Ligaspielbetriebs das Kartellrecht fast überhaupt keine Rolle gespielt hat. Allein in einem Verfahren hatte die Beschwerdeführerin auf den „vom DFB ausgeübten … Druck auch mit Blick auf kartellrechtliche Mindestanforderungen" Bezug genommen.[800] Es ist nachvollziehbar, dass dieser Parteivortrag vom Schiedsgericht als unsubstantiiert zurückgewiesen wurde. Dieser Fall verdeutlicht anschaulich ein Phänomen, das schon zuvor im Zusammenhang mit der Anwendung des Kartellrechts durch den CAS adressiert wurde:[801] Die Parteivertreter in sportrechtlichen Auseinandersetzungen verfügen oftmals über so wenig – wenn überhaupt – kartellrechtliche Grundkenntnisse, dass diese nicht einmal für einen substantiierten Sachvortrag ausreichen. Insoweit genügt es – da ist *Stopper* voll und ganz zuzustimmen – regelmäßig nicht, staatliche Richter oder Schiedsrichter lediglich mit kartellrechtlichen Schlagworten zu „füttern". 483

Indes kann und muss ein Gericht jederzeit auch im Sportsektor Kartellrecht anwenden, wenn der Anwendungsbereich eröffnet ist und die Partei, welche im Hinblick auf eine Verbandsmaßnahme einen Verstoß gegen das Kartellrecht behauptet, hierzu substantiiert vorträgt. Insoweit müssen nicht – wie *Stopper* andeutet – bei der rechtlichen Überprüfung von Verbandsentscheidungen Maßstäbe 484

798 *Stopper* SpuRt 2021, 104.
799 → XIII. Rn. 475–481 m.w.N.
800 DFB-Bundesgericht SpuRt 2020, 273 (276).
801 → IV. Rn. 311–315.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„zurechtgerückt" werden,[802] weil unter den vorgenannten Voraussetzungen das Kartellrecht schlichtweg anzuwenden ist. Dies gilt unter den genannten Voraussetzungen – natürlich – auch in Fällen, in denen ein Sportverband durch Beschluss eines Organs vorzeitig den Spielbetrieb in einer Sportliga einstellt.[803] So sind bei vergleichbaren Sachverhalten im Fußball etwa in Belgien, Frankreich und in den Niederlanden neben anderen Rechtsverletzungen auch Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV geltend gemacht worden, wobei letztlich aber die jeweiligen Verbandsentscheidungen von den Gerichten im Wesentlichen unbeanstandet blieben.[804] Dies mag – wie auch angesichts der überwiegend erfolglosen Klagen in Deutschland – als Indiz gewertet werden, dass den Sportverbänden bei entsprechenden Entscheidungen ein relativ weiter Ermessenspielraum zusteht,[805] von dem sie in umsichtiger und rechtlich kaum angreifbarer Weise Gebrauch gemacht haben.

(3) Legitime Zielsetzung[806]

485 Verbandsmaßnahmen, die nach dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie eine vorzeitige Beendigung der Spielzeit im Ligasport anordneten, verfolgten im Wesentlichen drei Ziele, die allesamt als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests anerkannt sind. Diese Maßnahmen waren gerichtet

- auf den Schutz fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Athleten und Mannschaften,[807]
- auf den Schutz der Gesundheit der Sportler (und auch des jeweiligen Betreuerstabs)[808] sowie
- auf den Schutz der Sicherheit und damit auch der Gesundheit der Zuschauer in den Sportarenen.[809]

802 *Stopper* SpuRt 2021, 104. In gewisser Weise entlarvend ist seine Feststellung, es sei „schon ein Zeichen des Ausgleichs und der Versöhnung, eine Verbandsentscheidung nur danach zu beurteilen, ob sie billig i.S.v. § 315 Abs. 3 BGB ist". Eine Begründung für das Abrücken des Gerichts von der zumindest gebotenen und strengeren Inhaltskontrolle nach § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) ist dies jedenfalls nicht.

803 → XIII. Rn. 472 f. m.w.N.; ebenso *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (500 f.); dies erkennt auch Fischinger/Orth/*Thumm* Teil 1 Rn. 58, der sodann aber sogleich die Beachtung der „aus der Verbandsautonomie abgeleitete[n] Einschätzungsprärogative des Trägerverbands" anmahnt; zur Kritik an diesem Ansatz → VI. 9. e) m.w.N.

804 S. hierzu *Scherzinger* NZKart 2020, 496 (500 f.) m.w.N.; vgl. auch zur Abstiegsregelung im französischen Fußball nach einem vorzeitigen Saisonabbruch Conseil d'État (in seiner Eigenschaft als Verwaltungsgericht) SpuRt 2020, 253–255.

805 So bereits → XIII. Rn. 474 m.w.N.

806 Hierzu ausf. → VI. Rn. 176–284 m.w.N.

807 → VI. Rn. 196–199 m.w.N.

808 → VI. Rn. 203–205 m.w.N.

809 → VI. Rn. 206 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Kohärente und stringente Zielverfolgung[810]

Die genannten Zielsetzungen waren in denjenigen Fällen, die den einschlägigen, in deutschen juristischen Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen staatlicher Gerichte und Sportschiedsgerichte zugrunde lagen, fast durchweg in kohärenter und stringenter Weise verfolgt worden. Die Problematik sei anhand des Sachverhalts veranschaulicht, über welchen das DTTB-Bundesgericht zu entscheiden hatte:[811] Durch Beschluss des Ressorts Erwachsenensport und des Ausschusses für Leistungssport des DTTB war die Spielzeit 2019/20 endgültig abgebrochen worden, wobei die Wertung des im Zeitpunkt des Abbruchs aktuellen Tabellenstands als maßgeblich erachtet worden war. 486

Das bei der Entscheidungsfindung auf Verbandsebene vernachlässigte Problem bestand darin, dass die Ligamitglieder zum Zeitpunkt des vorzeitigen Saisonabbruchs eine unterschiedliche Anzahl an Mannschaftswettkämpfen absolviert hatten. Die auf den Schutz fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Ligamannschaften gerichtete Zielsetzung wäre im konkreten Fall allenfalls dann in kohärenter Weise verfolgt worden, wenn auf den bis zur Einstellung des Ligaspielbetriebs erzielten Punktedurchschnitt pro Ligaspiel abgestellt worden wäre.[812] 487

Dagegen könnte nunmehr eingewendet werden, dass die Chancengleichheit nicht gewahrt sei, weil manche Ligamitglieder z.B. zum Zeitpunkt des Abbruchs bereits zweimal gegen ein überragendes Spitzenteam gespielt und verloren hatten, während andere an zwei Spieltagen gegen den sportlich abgeschlagenen Abstiegskandidaten zweimal hatten punkten können. Aber eine solche angebliche Ungleichbehandlung wird man bei einem vorzeitigen Saisonabbruch niemals vollständig ausräumen können, selbst wenn der Tabellenstand nach Abschluss der Hinrunde als maßgeblich erachtet würde. Denn in diesem Fall hätten die Ligamitglieder bei einer – wie fast regelmäßig – geraden Anzahl an Wettbewerbern notwendigerweise teils mehr Heimspiele als Auswärtsspiele, teils mehr Auswärtsspiele als Heimspiele ausgetragen. Zudem bliebe bei den Ligamitgliedern ein signifikantes Ansteigen oder aber auch Absinken der Leistungskurven nach dem Abschluss der Hinrunde unberücksichtigt. Daher wird man bei einem vorzeitigen Abbruch einer Ligaspielzeit solche hypothetischen Erwägungen zur Beeinträchtigung der Chancengleichheit in keinem Fall vollständig ausschließen und nur in eklatanten Fällen einer Ungleichbehandlung berücksichtigen können. Damit kann es letztlich nur darum gehen, bei einem vorzeitigen Saisonabbruch etwaige, 488

810 Hierzu ausf. → VI. Rn. 269–284 m.w.N.
811 DTTB-Bundesgericht SpuRt 2020, 270–273.
812 So im Ansatz auch DTTB-Bundesgericht SpuRt 2020, 270 (273), das indes an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anknüpfte.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ohnehin kaum zuverlässig nachweisbare Beeinträchtigungen der Chancengleichheit der Ligamitglieder so gering wie möglich zu halten.

489 Letztlich stellt sich bei einem Spielabbruch der Ligasaison lediglich die Frage, ob als maßgeblicher Zeitpunkt der letzte komplette Spieltag oder aber der letzte Spieltag, dann allerdings mit Ermittlung der durchschnittlich pro Spiel erzielten Punkte angesehen wird. Insoweit wird man dem Ligaverband ein Ermessen einräumen müssen, dessen Ausübung im konkreten Fall kaum in Zweifel wird gezogen werden können.

(5) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[813]

490 Anders als beim für den Saisonabbruch maßgeblichen Zeitpunkt gestaltet sich die rechtliche Ausgangssituation bei der Frage, wie in diesem Fall im Hinblick auf die legitime Zielsetzung des Schutzes fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Athleten und Mannschaften mit den Auf- und Abstiegsregelungen zu verfahren ist. Wenn nicht sämtliche Auf- und Absteiger zum Zeitpunkt des Saisonabbruchs ausnahmsweise schon definitiv feststehen sollten, verbleiben viele denkbare Gestaltungsvarianten. Diese können zwischen den Extremen zum einen des kompletten Aussetzens der Auf- und Abstiegsregelungen und zum anderen eines Auf- und Abstiegs nach Maßgabe des Tabellenrangs oder Punktedurchschnitts pro Spiel zum Zeitpunkt des Saisonabbruchs angesiedelt sein. Erschwert wird die komplexe Situation, wenn noch Relegationsspiele ausgetragen werden müssten. Die diesbezüglichen Verbandsmaßnahmen, die weitreichende Abwägungsprozesse erfordern, sollten daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung rechtlich kontrolliert werden. Die dabei anzustellenden rechtlichen Abwägungen sollen und können hier nicht für alle denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten gedanklich „durchgespielt" werden. Insoweit wird auf die für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests maßgeblichen Erwägungen zu den relevanten Prüfungskriterien (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Folgenabschätzung?) Bezug genommen.[814]

(6) Darlegungs- und Beweislast

491 Im Anschluss an detaillierte Ausführungen in einem vorangehenden Abschnitt[815] sind hier die wichtigsten Aspekte nochmals in Erinnerung zu rufen. Auf den *Meca-Medina*-Test kann die in Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 vorgesehene Beweislastverteilung entsprechend angewendet werden. Demnach obliegt grundsätzlich dem

813 Hierzu ausf. → VI. Rn. 285–315 m.w.N.
814 → VI. Rn. 289–315 m.w.N.
815 → VI. Rn. 334–336 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sportverband die abstrakte Behauptungs- und Darlegungslast sowie die objektive Beweislast für die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests. Hier gilt – wie schon bei der einen Verstoß gegen das Kartellrecht behauptenden Partei – die Maßgabe, dass es substantiierten Sachvortrags bedarf. Ein Sportverband muss also etwa substantiiert darlegen, wie nach seiner Auffassung durch die streitgegenständliche Maßnahme zur vorzeitigen Beendigung des Spielbetriebs im Ligasport die im Grundsatz als legitim anerkannte Zielsetzung des Schutzes fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Athleten und Mannschaften verfolgt wird. Auf der Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Maßnahme reicht die Beweislast aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Das bedeutet zugleich, dass die einen Kartellverstoß behauptende Partei eine den Wettbewerb nach ihrer Auffassung weniger stark beeinträchtigende, zur Erreichung der Verbandsziele aber angeblich gleich geeignete Alternativmaßnahme substantiiert darlegen muss. Es reicht also keinesfalls aus, wenn diese Partei lediglich pauschal die Unverhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Verbandsmaßnahme rügt.

(7) Zwischenfazit

Wenn der Anwendungsbereich des Kartellrechts eröffnet ist, bietet der *Meca-Medina*-Test einen rechtlichen Prüfungsmaßstab, der einer sich an § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) sowie dem Willkürverbot orientierenden Inhaltskontrolle[816] und erst recht einer – im Hinblick auf die Ausgangsproblematik ohnehin nicht anwendbaren[817] – allgemeinen Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB deutlich überlegen ist. Denn der *Meca-Medina*-Test trägt aufgrund seiner Struktur den legitimen Zielsetzungen des Sports, den besonderen Bedürfnissen der Sportbeteiligten, d.h. insbesondere auch den Besonderheiten des Sports, nicht nur Rechnung, sondern bringt die widerstreitenden Interessen zu einem angemessenen Ausgleich. Durch den *Meca-Medina*-Test werden die für die rechtliche Bewertung maßgeblichen, logisch aufeinander aufbauenden Fragen vorgegeben, die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist einschließlich erforderlicher Erleichterungen klar festgelegt. All dies vermögen Schlagworte wie eine Billigkeits- und Willkürkontrolle bei der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) oder eine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nicht zu bieten. Da bei der erwähnten Inhaltskontrolle nach § 242 BGB (i.V.m. § 138 BGB) ohnehin auch die Gesetzmäßigkeit der streit- 492

816 → III. Rn. 44–59 m.w.N.
817 → XIII. Rn. 475–481 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegenständlichen Verbandsmaßnahme zur überprüfen ist, fließen schon auf diese Weise – natürlich nur nach entsprechendem Parteivortrag – kartellrechtliche Wertungen in die Rechtsprüfung mit ein.[818] Dabei ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass nach vorherrschender Auffassung bei denjenigen Vereinen und Verbänden, die über eine „sozialmächtige", monopolartige Position verfügen, welche in einem Aufnahmezwang von unmittelbaren Mitgliedern ihren Ausdruck findet, eine umfassende Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen und -ordnungen und darauf gestützten Verbandsmaßnahmen vorzunehmen ist.[819]

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/Art. 101, 102 AEUV

493 Verbandsmaßnahmen, die auf eine Corona-bedingt vorzeitige Beendigung des Spielbetriebs gerichtet sind, verstoßen nicht gegen Art. 102 AEUV (oder § 19 GWB). Wenn wie bei den Corona-bedingten Saisonabbrüchen im Ligasport insbesondere in der Spielzeit 2019/20 legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests wie der Schutz fairer Sportwettbewerbe mit Chancengleichheit für alle Athleten und Mannschaften sowie der Gesundheitsschutz der Athleten, des Betreuerstabs und auch der Zuschauer in der Sportstätte in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden, ist ein Verstoß entsprechender Verbandsmaßnahmen gegen Art. 101 AEUV (§ 1 GWB) eher unwahrscheinlich. Eine Ausnahme gilt insbesondere, soweit sich die in diesem Zusammenhang getroffene Regelung über das Auf- und Abstiegsprozedere als unverhältnismäßig erweisen sollte.

6. Überlassung von Spielern

a) Spielertransfers

aa) Ausgangsproblematik

(1) Transfervorschriften nach Abschluss des Bosman-Verfahrens

494 Seit vielen Jahrzehnten unterscheidet sich insbesondere im Fußballsport der Wechsel eines Spielers als Arbeitnehmer des Fußballclubs A zu Fußballclub B dadurch von einem außerhalb des Sportsektors üblichen Arbeitsplatzwechsel, dass der neue dem alten Arbeitgeber oftmals eine Ablösesumme zu zahlen hat,

818 Dieser Aspekt wird vielfach völlig ausgeblendet, vgl. stellvertr. jüngst *P. Meier* SpuRt 2021, 71 (72 ff.): „Die Lösung muss daher allein im Zivilrecht gefunden werden."

819 → III. Rn. 49–59 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

um die Dienste des wechselwilligen Spielers in Anspruch nehmen zu können. Vor dem wegweisenden *Bosman*-Urteil des EuGH vom 15.12.1995[820] forderten die einen Fußballspieler abgebenden Clubs stets die Zahlung einer Ablösesumme unabhängig davon, ob der Wechsel während oder nach Ablauf der Vertragslaufzeit erfolgte. Eigentlich hätten professionelle Fußballspieler weltweit seither ihrem belgischen Kollegen *Jean Marc Bosman* dafür zu danken, dass sie sich nach Ablauf ihrer regelmäßig zeitlich befristeten Arbeitsverhältnisse ablösefrei einem anderen Fußballclub anschließen können. Von dieser fast revolutionären Modifikation des vorherigen Transfersystems profitierte der juristische Vorkämpfer selbst übrigens nicht mehr.[821] In der Folge sind die Spielergehälter permanent und im Vergleich zur allgemeinen Entwicklung der Löhne und Gehälter weit überdurchschnittlich in zuvor ungeahnte Höhen gestiegen. Es bleibt freilich abzuwarten, wie sich mittel- bis langfristig die COVID-19-Pandemie insoweit auswirken wird.

Inzwischen gilt für die Aktivitäten auf dem Spielertransfermarkt, einem Millionen-Business, das FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern.[822] 495
Auch wenn seit mehr als 25 Jahren Ablösesummen nur noch für Transfers von Spielern zu zahlen sind, die während der Laufzeit ihres Vertrages zu einem anderen Fußballclub wechseln, so können doch die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einzelner Verbandsregelungen kaum geleugnet werden. Im *Bosman*-Verfahren hatte sich der deutsche Generalanwalt *Carl Otto Lenz* in seinen Schlussanträgen nicht nur mit den von den seinerzeitigen Transferregelungen bewirkten Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auseinandergesetzt, sondern die komplexe Materie auch ausführlich am Maßstab des europäischen Kartellrechts analysiert.[823] Der EuGH brauchte nachfolgend diese kartellrechtlichen Erwägungen aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht mehr aufzugreifen, nachdem er einen Verstoß gegen die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne des heutigen Art. 45 AEUV festgestellt hatte.[824] Wie die nachfolgenden Abschnitte zeigen werden, hat sich damit aber die Frage der Vereinbarkeit von verbandsrechtlichen Vorschriften zu Spielertransfers mit dem europäischen Kartellrecht (Art. 101, 102 AEUV) und mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit keineswegs erledigt.

820 EuGH Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 – Bosman; bereits ausf. zu diesem Verfahren im Hinblick auf die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit von Spielern → V. Rn. 22–44 m.w.N.

821 → V. Rn. 42–44.

822 Mit Stand August 2021 abrufbar unter https://digitalhub.fifa.com/m/196c746445c58051/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-August-2021.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022); hierzu Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 16 Rn. 6–29.

823 *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 253–286 – Bosman.

824 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 138 = NJW 1996, 505 – Bosman.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Position der EU-Kommission

496 Die sogleich zitierte Passage aus dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 verdeutlicht, dass und inwieweit im Jahr 2001 das FIFA-Transfersystem in den Fokus der EU-Kommission geraten war und in welchen Bereichen Nachbesserungen an den Verbandsstatuten vorgenommen worden waren, bis die EU-Kommission schließlich im Jahr 2002 die Ermittlungen einstellte (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[825]

> „4.3. Transfers
>
> **The transfer system** of players is an **example of the specificity of sport**. While no comparable phenomenon exists in other economic areas, transfers of players between clubs play an important role in the functioning of team sports and, in particular, professional team sports. **Transfer rules aim to protect the integrity of sporting competition and to avoid problems such as money laundering, but they must be in compliance with EU law**.
>
> In § 95–96 of its Bosman ruling, the Court of Justice unequivocally stated that ‚nationals of a Member State have, in particular, the right, which they derive directly from the Treaty, to leave their country of origin, to enter the territory of another Member State and reside there in order to pursue an economic activity. Provisions which preclude or deter a national of a Member State from leaving his country of origin in order to exercise his right to free movement therefore constitute an obstacle to that freedom, even if they apply without regard to the nationality of the workers concerned.' **Restrictive transfer rules may also constitute an infringement of EU competition law. The Bosman ruling stated that professional football is an economic activity and therefore subject to EU law.**
>
> The Lehtonen case [Fn. 124: EuGH Slg. 2000, I-2681 = SpuRt 2000, 151 – Lehtonen] implied that certain restrictions on labour mobility may be justified in order to ensure certain important characteristics of sporting competition such as transfer windows.
>
> In Nice in December 2000, the European Council gave its support to a dialogue on the transfer system between the sports movement (in particular football authorities), organisations representing professional sportspeople, the Commission and the Member States, with due regard for the specific requirements of sport, subject to compliance with Community law.
>
> **In 2001, in the context of a case concerning alleged infringements of EU competition law by the FIFA Regulations on international football transfers, FIFA, in agreement with UEFA, undertook to change its existing Regulations on the status and transfers of players on the basis of the following principles:** [Fn. 125: EU-Komm., Pressemitteilung v. 5.3.2001, IP/01/314]
>
> – For players under 23, a system of training compensation should be in place to encourage and reward the training effort of clubs, in particular small clubs.
> – The creation of solidarity mechanisms to compensate clubs, including amateur clubs, for training costs.

825 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.3.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- International transfers of players under 18 should be allowed subject to agreed conditions. The football authorities will establish and enforce a code of conduct to guarantee that sporting, training and academic education is provided to such players.
- The creation of one transfer period per season, and a further limited mid-season window, with a limit of one transfer per player per season.
- Minimum and maximum duration of contracts of respectively 1 and 5 years.
- Contracts are protected for a period of 3 years up to the age of 28; 2 years thereafter.
- A system of sanctions to be installed to protect the integrity of sport competitions so that unilateral breach of contract is only possible at the end of a season.
- Financial compensation can be paid if a contract is breached unilaterally, whether by the player or the club.
- Proportionate sporting sanctions are to be applied to players, clubs or agents in the case of unilateral breaches of contract without just cause in the protected period.
- Creation of an independent arbitration structure, with an independent chairperson and members designed on a parity basis by players and clubs.
- Voluntary arbitration not preventing access to national courts.

In 2002, the Commission considered this proposal to be balanced and therefore decided to close its investigation."

Die hier beschriebenen Vorgänge belegen anschaulich, welch erheblichen Druck die EU-Kommission ausüben kann, wenn sie sich erst einmal vermeintlich wettbewerbsbeschränkender Aktivitäten in einem bestimmten Wirtschaftssektor angenommen hat. Hiervon sind Sportverbände nur hin und wieder betroffen, wobei sie auf solche rechtlichen Attacken in höchst unterschiedlicher Weise reagieren. Vorliegend gaben der Weltfußballverband und der europäische Fußballverband nach und die EU-Kommission stellte das Verfahren ein. Es geht aber auch anders, wie nunmehr darzulegen sein wird. 497

(3) Beschwerde der FIFPro gegen FIFA-Transfersystem bei der EU-Kommission und (einstweilige) Konfliktlösung

Im Herbst 2015 legte die internationale Spielergewerkschaft FIFPro eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission ein, um auf diesem Weg eine grundlegende Änderung des Transfersystems im Fußball herbeizuführen.[826] In diesem Fall spielte und spielt die FIFA immer noch – einstweilen bis zum Jahr 2023 – auf Zeit. So konnte der Weltfußballverband im November 2017 durch Abschluss einer Kooperationsvereinbarung mit sechsjähriger Laufzeit sowie durch Einrichtung einer gemeinsamen Taskforce die Spielergewerkschaft zur Rücknahme der von dieser bei der EU-Kommission eingelegten Beschwerde bewegen.[827] Aus der entsprechenden Pressemitteilung der FIFA ergibt sich auch, welchen Aufgaben 498

826 Hierzu ausf. *Stopper/Karlin* World Sports Law Report, October 2015, 12–14; s. auch Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 16 Rn. 31.

827 *FIFA*, Pressemitteilung v. 6.11.2017 („FIFA and FIFPro sign landmark agreement and announce measures to enhance professional football"), abrufbar unter https://www.fifa.com/who-we-are/news/f

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich FIFA und FIFPro bis zum Jahr 2023 widmen und welche Ziele sie in dieser Zeit gemeinsam anstreben wollen, um eine europarechtliche Konformität des Transfersystems zu gewährleisten:

> „The transfer system will also be further improved as FIFA's Football Stakeholders Committee has agreed to establish a task force to study and conduct a broader review of the transfer system. Joint initiatives include the continued rollout of club licensing, establishment of national dispute resolution chambers, and exploring minimum contract requirements with all stakeholders at global level. The health and safety of the players will be addressed, in particular in relation to the international match calendar, which is set to be discussed with all stakeholders. Furthermore, FIFA and FIFPro are committed to respecting internationally recognised human rights, including as they apply to professional football, as well as promoting equality and the interests of female players, the growth of professional women's football, and women in football."

499 Mit Spannung wird die weitere Entwicklung in dieser Angelegenheit zu beobachten sein. Dabei ist nicht auszuschließen, dass die eine oder andere Frage nach der Vereinbarkeit einzelner Verbandsregelungen zu Spielertransfers mit den europarechtlichen Vorgaben insbesondere zu den Grundfreiheiten sowie zum Kartellrecht die Beteiligten, die EU-Kommission und auch Gerichte weiterhin beschäftigen wird.

500 Aber nicht jeder Sportverband zeigt sich so kooperativ gegenüber der EU-Kommission oder den rechtlichen Gegenspielern wie die FIFA in den beiden geschilderten Fällen, die das Spielertransfersystem betrafen. So versucht die International Skating Union (ISU) bis zum heutigen Tag (Stand: 7.2.2022),[828] ihre statutarischen Zulassungsbeschränkungen für Konkurrenzveranstaltungen sowie professionelle Eisschnellläufer, die an diesen teilnehmen wollen,[829] gegen europarechtlich motivierte Angriffe zu verteidigen. Die aktuelle Lage der ISU, die sich der Sympathien und moralischen Unterstützung anderer internationaler Sportverbände sicher sein darf, ist mit derjenigen eines bereits deutlich angeschlagenen, aber noch nicht endgültig auf die Bretter geschickten Boxers vergleichbar. Der juristische Wettkampf ist allerdings im Vergleich zu einem sportlichen Wettstreit in gewisser Weise unfair, weil sich die ISU nacheinander mit drei in der Juristerei sicherlich zu den Schwergewichten zählenden Gegnern auseinandersetzen musste bzw. muss, also gleichsam drei Wettkämpfe unmittelbar nacheinander bestreiten muss: Nach dem ersten schweren Niederschlag durch die EU-Kommission im

ifa-and-fifpro-sign-landmark-agreement-and-announce-measures-to-enhan-2918747 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

828 Ausf. zu diesem Verfahren → VI. Rn. 61–74 m.w.N.

829 Ausf. zu Erlaubnisvorbehalten im Hinblick auf die Durchführung von und die Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen → XIII. Rn. 73–100 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dezember 2017[830] sowie nachfolgend durch das EuG im Dezember 2020[831] ist die ISU fest entschlossen, über die volle Kampfdistanz zu gehen und hofft vor dem EuGH noch auf einen *lucky punch*.

(4) Weiteres Vorgehen

Dies ist nicht der Ort, sämtliche Regelungen des Spielertransfersystems oder zum Status von Spielern der FIFA[832] oder auch anderer Sportverbände im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht zu analysieren. Insoweit wird auf vereinzelte Untersuchungen zu Teilaspekten der Gesamtproblematik Bezug genommen.[833] Stattdessen sollen nachfolgend die wenigen, zur Rechtfertigung etwaiger (Wettbewerbs-)Beschränkungen immer wieder bemühten Begründungsansätze (insbesondere Sicherung einer *competitive balance* sowie Förderung des nationalen sportlichen Nachwuchses) in den Fokus gerückt werden. In diesem Zusammenhang wird zu ermitteln sein, inwieweit der *Meca-Medina*-Test zur Rechtfertigung etwaiger Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen werden kann und ob daneben oder stattdessen eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV Erfolg verspricht. 501

Bereits seit vielen Jahren glauben Sportclubs insbesondere im professionellen Fußball, durch Trainerwechsel vor oder während der Saison den sportlichen Erfolg beflügeln zu können. Hier ergeben sich gleichfalls ebenso spannende wie interessante Fragestellungen mit – weil die Chancengleichheit im sportlichen, aber auch wirtschaftlichen Wettbewerb betreffend – kartellrechtlichem Einschlag: 502

Während etwa Fußballspieler nur nach der abgelaufenen und vor der neuen Saison sowie in der Phase zwischen der Hin- und Rückrunde einer Saison ihren Arbeitgeber wechseln dürfen, um den Wettbewerb nicht zu verzerren, gelten entsprechende Beschränkungen für Trainer offensichtlich nicht. Manche Fußballclubs der Bundesliga – insbesondere solche mit Abstiegssorgen – wechseln mitunter sogar zweimal, vereinzelt auch dreimal während einer Spielzeit den Coach, ohne jedoch dadurch stets den Sturz in die Zweitklassigkeit verhindern zu können. Zumindest in der brasilianischen Série A hat der Fußballverband diesen munteren (und teuren) Wechselspielchen inzwischen durch beherztes Eingreifen 503

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

831 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 = SpuRt 2021, 156 – ISU/Kommission; hierzu *Streinz* JuS 2021, 276–278.

832 S. hierzu stellvertr. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 16 Rn. 1–63 und *Cattaneo/Parrish* Rn. 255–322.

833 Zur rechtlichen Zulässigkeit des FIFA-Ausbildungsentschädigungssystems Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 16 Rn. 47–55 m.w.N.; zu Ausländerklauseln, zur *Home-grown-players Rule*, zur Ausbildungsentschädigung nach dem FIFA-Transferreglement sowie zu den Wechselbestimmungen nach dem UEFA Champions League-Reglement vgl. *Kliesch* 214 ff., 223 ff., 273 ff., 282 ff., 298 ff., 327 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Ende gesetzt und lässt nur noch einen Wechsel des Coachs während der Saison zu.[834]

504 In Deutschland hat man sich angesichts der Erfahrungen insbesondere in der Bundesliga-Spielzeit 2020/21 schon darüber Gedanken gemacht, wie sichergestellt werden kann, dass Trainerwechsel, die zum Saisonende vollzogen werden (sollen), auch erst zum Zeitpunkt des tatsächlichen Ausscheidens bekanntgegeben werden,[835] was Sportjournalisten mit Insiderquellen aber vermutlich zu vereiteln wüssten. So werden wir also vermutlich weiterhin damit leben müssen, dass frühzeitig verkündete, aber noch nicht vollzogene Trainerwechsel die sportliche Leistung der Mannschaft des abgebenden Fußballclubs lähmen und dem Ligawettkampf zuvor unerwartete Wendungen geben können.[836] Seit einigen Jahren werden bei Trainerwechseln im europäischen Fußball, die scheinbar nur noch ausnahmsweise mit dem Ablauf der Vertragslaufzeit einhergehen, zumindest bei als überaus erfolgreich geltenden Trainern immer höhere Ablösesummen fällig. Sollte also auch ein Verbandsreglement für Trainerwechsel eingeführt werden, um die Chancengleichheit der Ligamitglieder zu wahren und Verzerrungen des sportlichen Ligaspielbetriebs zu verhindern? Der *Verfasser* wird die weitere Entwicklung mit Interesse verfolgen und begleiten, sich aber einstweilen einer juristischen Stellungnahme enthalten.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[837]

505 Bei Reglements der Sportverbände zu Spielertransfers handelt es sich um Verbandsvorschriften, so dass sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB aufdrängt. Dabei könnte an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen oder an Maßnahmen zu ihrer praktischen Umsetzung angeknüpft werden. Eine Wettbewerbsbeschränkung in Form einer Verfälschung des Wettbewerbs könnte sich zulasten eines Sportclubs als (un)mittelbarem Mitglied des Sportverbandes ergeben, sofern sich der Wechsel eines Spielers als Arbeitneh-

834 Vgl. Spiegel Online v. 25.3.2021 („Beschluss des Fußballverbands: Brasilien schränkt Zahl der Trainerwechsel ein"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/trainerwechsel-im-fussball-brasilien-begrenzt-wechselmoeglichkeiten-waehrend-einer-saison-a-f40b83da-c479-4286-993f-244279a25521 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

835 Zur arbeitsrechtlichen Analyse denkbarer Gestaltungsvarianten vgl. *Reiter/Fischinger* SpuRt 2021, 310–316.

836 Fans insb. der in Mönchengladbach und Frankfurt beheimateten Bundesligaclubs konnten in der Saison 2020/21 davon ein Lied singen. Und sogar der deutsche Sextuple-Gewinner der Saison 2019/20 sorgte, nachdem sein Erfolgstrainer den eigenen Wechselwunsch frühzeitig bekanntgegeben hatte, umgehend mit einer völlig unerwarteten Niederlage bei einem seinerzeit als sportlich deutlich schwächer eingestuften Bundesligisten, 1. FSV Mainz 05, am 31. Spieltag der Saison 2020/21 dafür, dass die fest eingeplante vorgezogene Meisterschaftsfeier vertagt werden musste und der sich seinerzeit in Abstiegsnot befindliche Bundesligist deutlich von den letzten drei Tabellenrängen absetzen konnte.

837 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mer vom abgebenden zum aufnehmenden Sportclub deutlich kostenintensiver gestaltet, als wenn in der Normalwirtschaft ein Arbeitnehmer aus einem von ihm ungekündigten Arbeitsverhältnis nach Abschluss eines Auflösungsvertrages sowie eines neuen Arbeitsvertrages einvernehmlich zu einem neuen Arbeitgeber wechselt. Zudem dürfen Spielertransfers regelmäßig nur innerhalb bestimmter Zeitfenster durchgeführt werden, woraus eine zeitliche Beschränkung für Arbeitsplatzwechsel resultiert. Vor diesem Hintergrund kommt sodann auch eine Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV oder § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB in Betracht.

506 Komplexer ist indes die Frage, ob von einer untrennbaren Verbindung der Vorschriften eines Spielertransfersystems mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs und damit von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ausgegangen werden kann. Dafür spricht der Umstand, dass die Transferregelungen des Sportverbandes maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des spielberechtigten Mannschaftskaders und damit auch auf den ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs haben. Zudem geht die EU-Kommission davon aus, dass Verbandsvorschriften zu Spielertransfers in den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests fallen.[838]

507 Die Vorschriften zu einem Spielertransfersystem richten sich etwa im professionellen Fußball an die Fußballclubs als (un)mittelbare Verbandsmitglieder sowie an die Fußballspieler, die zwar keine (un)mittelbaren Verbandsmitglieder sind, sich jedoch durch jährlich neu abzuschließende Lizenzverträge vertraglich den Verbandsstatuten und damit auch den Transferregelungen unterwerfen. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung dieser Verbandsregelungen nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[839] betroffen.[840]

508 Der FIFA und DFB als Sportverbänden bei der konkreten Gestaltung eines Spielertransfersystems zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[841] reicht umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. Da Spielertransfers etwa im Fußball den Spielen auf dem grünen Rasen zwar sachlich und zeitlich vorgelagert sind, sich aber natürlich gleichwohl auf das spätere Sportgeschehen auswirken, ist der den Fußballverbänden bei der Ausge-

838 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b).
839 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
840 A.A. Cherkeh/Momsen/Orth/*J. F. Orth* 2. Kap. Rn. 232, wobei er Art. 9 Abs. 1 GG auch auf die in der Schweiz ansässige FIFA anzuwenden scheint; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (587), die die Fußballspieler als „funktionale Verbandsmitglieder“ und damit als vom Schutzbereich der Verbandsautonomie erfasst einstufen.
841 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staltung der betreffenden Verbandsregelungen zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eher als durchschnittlich einzustufen. Damit ist die gerichtliche Kontrolldichte weder überaus milde noch vergleichsweise streng.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Wettbewerbsbeschränkung[842]

509 Im Hinblick auf das heutige Spielertransfersystem sind etwaige damit einhergehende Beschränkungen nicht so offensichtlich wie diejenigen, die vor dem *Bosman*-Urteil des EuGH von dem damaligen System ausgingen. Danach waren Fußballspieler nach Ablauf ihres Spielervertrages noch weiterhin ihrem bisherigen Arbeitgeber zugeordnet und ein Arbeitsplatzwechsel war auch in diesem Fall von der Zahlung einer Ablösesumme abhängig.[843] Für die weiteren Erwägungen sei unterstellt, dass von den derzeit geltenden Transferregelungen insbesondere im Hinblick auf diejenigen Aspekte, die die FIFPro im Jahr 2015 zur Einlegung einer Beschwerde bei der EU-Kommission veranlassten,[844] wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.

(2) Legitime Zielsetzung[845]

510 Im Urteil in der Rechtssache *Bosman* setzte sich der EuGH[846] mit zwei Zielen auseinander, die mit dem seinerzeitigen Transfersystem verfolgt werden sollten, ohne dabei diese Zielsetzungen als solche grundsätzlich in Frage zu stellen. Diese erblickte der Gerichtshof darin, zum einen das finanzielle und sportliche Gleichgewicht zwischen den Vereinen aufrechtzuerhalten und zum anderen die Suche nach Talenten sowie die Ausbildung der jungen Spieler zu unterstützen. Die letztgenannte Zielsetzung griff der EuGH in einem späteren Verfahren nochmals auf.[847] Ausgehend von einer legitimen Zielsetzung der Nachwuchsförderung wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass spezielle Regelungen des Spielertransfersystems (Ausländerklauseln, *Home-grown-players Rule*,[848] Ausbildungsentschädigung nach dem FIFA-Transferreglement sowie Wechselbestimmungen

842 Hierzu → VI. Rn. 12.
843 Insofern sowie im Hinblick auf die seinerzeit gültigen Ausländerklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bejahend *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 262 – Bosman.
844 → XIII. Rn. 498–500 m.w.N.
845 Hierzu ausf. → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
846 EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 105–114 = NJW 1996, 505 – Bosman.
847 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 38–50 = NJW 2010, 1733 – Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC.
848 S. hierzu zuletzt Gericht Erster Instanz Brüssel SpuRt 2022, 42–44.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach dem UEFA Champions League-Reglement) den *Meca-Medina*-Test bestehen würden.[849]

Die beiden im *Bosman*-Verfahren vom Gerichtshof identifizierten Ziele – Gewährleistung einer *competitive balance* sowie Nachwuchsförderung – sollen nachfolgend daraufhin analysiert werden, ob sie auch als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests anerkannt werden können. Insoweit hat zuletzt *Weatherill* erhebliche Zweifel angemeldet:[850] 511

> „But both justifications, even in principle, are highly questionable. It is far from clear that the transfer system is the most effective or the least restrictive way to preserve a degree of competitive balance and equality between clubs. A method for more direct distribution of income between clubs would be superior. Sport may well be special because of the interdependence of participant clubs, but the means used to promote that special feature are disproportionately burdensome on players."

Bei genauer Betrachtung zweifelt *Weatherill* hier nicht die Legitimität der auf die Herbeiführung einer *competitive balance* gerichteten Zielsetzung an, sondern er stellt im Hinblick auf deren Verfolgung die Verhältnismäßigkeit eines Transfersystems in Frage. Dieser Aspekt soll daher erst im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt nochmals aufgegriffen und dann vertieft werden. Demgegenüber wird vorliegend bereits die Legitimität der regelmäßig höchst unbestimmten Zielsetzung der Gewährleistung einer *competitive balance* im Grundsatz abgelehnt oder aber die kohärente und stringente Verfolgung dieses Ziels in Zweifel gezogen.[851] 512

Zumindest auf den ersten Blick nachvollziehbar sind die Zweifel, die *Weatherill* im Zusammenhang mit der Einstufung der Nachwuchsförderung als legitime Zielsetzung eines Spielertransfersystems äußert (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[852] 513

> „**And although it is doubtless true that the transfer system served to encourage the search for and the training of young players, it has never been explained why this should be permitted in sport when it is not permitted in other industries.** That is, **even if one accepts that the transfer system encourages the training of future talent, the question is why that logic should not apply beyond sport,** to supermarkets, to car-makers, to sellers of financial services and so on. **The Court treats sport as special on this point but it has never explained why, and so the counter is that sport is simply not special.**"

Weatherill vernachlässigt in diesem Kontext, dass sich die Ausbildung des Nachwuchses im professionellen Fußball deutlich von der Ausbildung des Nachwuchses in anderen Unternehmensbereichen unterscheidet: 514

849 *Kliesch* 301–305.
850 *Weatherill*, Principles, 2017, 235.
851 Ausf. hierzu → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
852 *Weatherill*, Principles, 2017, 235.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

515 Spätere Mitarbeiter in Supermärkten mögen zumindest teilweise in ihrer Kindheit bevorzugt mit einem Kaufmannsladen gespielt und dabei eventuell sogar gerne gerechnet haben. Dies sind aber keinesfalls zwingende Voraussetzungen für die hernach verfolgte berufliche Tätigkeit. Mitarbeiter bei Autoherstellern mögen sich mitunter schon von Kindesbeinen an bevorzugt mit Spielzeugautos beschäftigt, später mit einem Kettcar herumgefahren und spätestens mit bestandener Führerscheinprüfung an eigenen (oder auch fremden) motorisierten Zweirädern oder Fahrzeugen herumgeschraubt haben. Auch hier kann man die beschriebenen Aktivitäten nicht als Bestandteil der späteren Ausbildung etwa zum Kfz-Mechaniker einstufen. Dies gilt gleichermaßen für Kinder mit einer Vorliebe für Zahlenspiele, Sudokus oder andere das logische Denken fördernde Spiele, die später einmal im Finanzdienstleistungssektor tätig werden. Und noch ein letztes Beispiel: Wer nach Ablegen der Windeln und nach den ersten selbstständigen Schritten von Ballspielen jeglicher Art, aber auch anderen Sportarten fasziniert war, mit Sportbällen verschiedener Größe spielte und sodann insbesondere im Tennissport gewissen sportlichen Ehrgeiz entwickelte, bis er merkte, dass seine sportlichen Fähigkeiten und Leistungen zu nicht mehr als dem Status einer „Kreisklassenlegende" ausreichen werden, wird dies später gleichwohl kaum als Teil seiner langjährigen Ausbildung zum Hochschullehrer im Bereich Rechtswissenschaften mit einem fachlichen Schwerpunkt u.a. im Sportrecht betrachten.

516 Demgegenüber erhält ein späterer Profifußballspieler bereits den größten Teil seiner Ausbildung innerhalb des privaten Sportsystems bis zu dem Zeitpunkt, in dem seine Altersgenossen nach Abschluss der Schule erstmals mit einer speziellen, zumeist in einem staatlichen System verankerten beruflichen Ausbildung beginnen. Aber nur ein verschwindend geringer Anteil derjenigen, die spätestens mit dem Eintritt in die Schule als ersten und vielfach einzigen Berufswunsch „Fußballprofi" angeben, wird dieses Ziel dermaleinst erreichen. Daher bedarf es einer möglichst frühen, von Sportverbänden strukturierten Ausbildung durch fachliche Experten, um die späteren Fußballstars von Kindesbeinen an spielerisch, taktisch sowie auch menschlich ständig fortzuentwickeln und in einem jahrelangen Ausleseprozess die besten Kicker herauszufiltern.

517 Wenn *Weatherill* gleichwohl die Nachwuchsförderung als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests kritisch sieht, muss er zwangsläufig nach einer anderen legitimen Zielsetzung Ausschau halten. Dementsprechend fährt er folgendermaßen fort (Hervorhebung durch *Verfasser*):[853]

> „This is not to argue in favour of the complete abandonment of the transfer system, but rather to argue that a better justification for it needs to be found. That must lie in **protecting the integrity of the game from relatively short-term changes in playing personnel,**

853 *Weatherill*, Principles, 2017, 235.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> consequent on the – varied – patterns of national contract and employment law. The court mentioned this point in *Bosman* but did not elaborate upon it at all. [Fn. 107: EuGH Slg. 1995, I-4921, Rn. 111 = NJW 1996, 505 – Bosman: „It has also been argued that the transfer rules are necessary to safeguard the worldwide organization of football. "] But it is a strong point. The *lex sportiva*, as a global system, requires some degree of control over player mobility which is not dependent on local legal variation, but there are aspects of the current system which go too far."

Hier blendet *Weatherill* den Umstand aus, dass zum Schutz der Wettbewerbs- 518
integrität vor kurzfristigen und damit wettbewerbsverzerrenden Ergänzungen oder Neuzusammensetzungen des Mannschaftskaders ein Spielertransfersystem gar nicht erst erforderlich ist, welches beim Wechsel von Spielern mit einem noch nicht abgelaufenen Vertrag auf der Zahlung von Ablösesumme beruht. Transferfenster etwa vor Saisonbeginn und vor dem Beginn der Rückrunde sind ein milderes, den Wettbewerb weniger beschränkendes Mittel, um das genannte – sicherlich legitime – Ziel gleich effektiv zu erreichen.

(3) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[854]

Bereits auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests könnte man bezweifeln, ob 519
tatsächlich eine untrennbare Verbindung zwischen einem Spielertransfersystem mit etwaigen damit bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen und den verfolgten, vorangehend als legitim eingestuften Zielsetzungen besteht. Dabei soll nach den Zielsetzungen differenziert werden:

i. Öffnen der Schere zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs trotz Transfersystems

Selbst wenn man entgegen der hier zuvor geäußerten Zweifel[855] die Gewährleis- 520
tung einer dann freilich noch näher zu definierenden *competitive balance* im Grundsatz als legitime Zielsetzung des derzeitigen Spielertransfersystems anerkennen will, so wird man nicht ernsthaft bestreiten können, dass sich seit dem *Bosman*-Urteil aus dem Jahr 1995 die Schere zwischen „armen" und „reichen" Fußballclubs auch nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie bis heute tendenziell immer weiter geöffnet hat. Daran hat seit mehr als einem Vierteljahrhundert das aktuelle, auf der Zahlung von Ablösesummen bei einem Wechsel während der Vertragslaufzeit basierende Spielertransfersystem wenig – wenn überhaupt irgendetwas – zu ändern vermocht.

Man führe als Gegenbeispiele nun nicht die wenigen Fußballclubs an, die – wie 521
etwa Manchester City FC und Paris Saint-Germain Football Club – mit milliar-

854 Hierzu ausf. → VI. Rn. 285–315 m.w.N.
855 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denschwerer finanzieller Unterstützung aus verschiedenen Scheichtümern den Sprung aus dem tabellarischen Niemandsland zu nationalen Serienmeistern geschafft und in den letzten Jahren sogar Einlass in die Hautevolee (*haute volée*) der ständigen Playoff-Teilnehmer in der UEFA Champions League (allerdings zumindest bis zur Saison 2020/21 nicht der Sieger dieses prestigeträchtigen Wettbewerbs) erhalten haben. Die oft bemühte These „Geld schießt Tore" müsste in diesen Beispielen eigentlich abgewandelt werden: „Noch mehr Geld schießt noch mehr Tore" oder „Nahezu unbegrenzt viel Geld, das von einem Sportclub nicht selbst erwirtschaftet werden muss, schießt nahezu unbegrenzt viele Tore". Wenn in den wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Fußballclubs durch überaus spendable Investoren in einer Weise eingegriffen wird, die in einem EU-Mitgliedstaat bei entsprechender Unterstützung durch den Staat als finanzielles Doping im Lichte der Beihilfevorschriften gem. Art. 107–109 AEUV strengstens untersagt wäre, können auf diese Weise natürlich neue nationale und internationale Champions entstehen. Aber auch Fußballclubs, die – wie etwa FC Gelsenkirchen-Schalke 04 – binnen kurzer Zeit einen sportlichen Sturzflug von der fußballerischen Höhenluft in der UEFA Champions League (zuletzt Teilnahme in der Saison 2018/19) in die nationale Zweitklassigkeit (seit der Saison 2021/22) hingelegt haben, können nicht die These widerlegen, dass sich die Schere zwischen „reichen" und „armen" Fußballclubs seit der Rechtssache *Bosman* (und auch schon zuvor) tendenziell ständig weiter öffnet. Denn wer es wie die Königsblauen trotz des europaweit als vorbildlich eingestuften Lizenzierungssystems der DFL jahrelang geschafft hat, schon in der Gegenwart immer größere Brötchen, d.h. unter sehr günstigen Umständen erwartbare, zudem ständig steigende zukünftige Einnahmen, zu verfrühstücken, läuft zunehmend Gefahr, sich an den größeren Happen zu verschlucken.[856] Auch in diesem Fall wurden die Gesetze des wirtschaftlichen Wettbewerbs – allerdings mit den entgegengesetzten ökonomischen Folgen – außer Kraft gesetzt.

ii. Solidarfondsmodell

522 Selbst wenn man dies anders beurteilen wollte, ließe sich eine zunehmende wirtschaftliche und damit mittel- bis langfristig auch stärkere sportliche Ausgeglichenheit zwischen Ligamitgliedern durch ein anderes, mindestens ebenso effizientes Mittel erreichen, das zudem den Wettbewerb weniger stark beeinträchtigen würde: ein Solidarfondsmodell.

856 *Theweleit* FAZ v. 21.4.2021 („Schalke steigt ab – Die Folgen der Geldverbrennung"); zur (finanz-)wirtschaftlichen Situation beim FC Gelsenkirchen-Schalke 04 im Jahr 2021 s. *Küting* SpuRt 2021, 259 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diesen Ansatz entwickelte einst Generalanwalt *Carl Otto Lenz* in seinen Schluss- 523
anträgen zum *Bosman*-Verfahren zwar im Hinblick auf die durch Ablösesummen bewirkten Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die nachfolgenden Erwägungen lassen sich im Grundsatz aber auch auf Wettbewerbsbeschränkungen übertragen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[857]

„232. Insbesondere das Beispiel der Champions League belegt meines Erachtens eindeutig, daß die betroffenen Vereine und Verbände die **Möglichkeit, durch eine Umverteilung eines Teils der Einnahmen ihre eigenen wie auch die Interessen des Fußballs insgesamt zu fördern**, anerkannt und grundsätzlich akzeptiert haben. **Ich sehe daher keine unüberwindlichen Hindernisse, die einer Einführung dieser Methode auch auf nationaler Ebene beziehungsweise auf der Ebene des jeweiligen Verbandes im Wege stünden.** Durch eine angemessene Ausgestaltung dieses Systems ließe sich vermeiden, daß der Anreiz, gute Leistungen zu erbringen, ungebührlich verringert wird und die kleineren Klubs zu Kostgängern der reichen Klubs werden. Etwaige negative Auswirkungen auf das Selbstwertgefühl der einzelnen Klubs vermag ich nicht zu erkennen. Sogar wenn es sie gäbe, wären sie rein psychologischer Natur und daher nicht geeignet, eine Fortdauer der Beschränkung der Freizügigkeit durch das Transfersystem zu rechtfertigen.

233. **Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß eine Umverteilung eines Teils der Einnahmen wesentlich besser geeignet erscheint, den angestrebten Zweck zu erreichen als das derzeitige System der Ablösesummen. Sie erlaubt es den betroffenen Klubs nämlich, auf einer erheblich verläßlicheren Grundlage zu wirtschaften. Kann ein Verein mit einem gewissen Grundbetrag kalkulieren, den er in jedem Fall erhält, ist der Solidität der Vereine wesentlich besser gedient als mit der Möglichkeit, für einen eigenen Spieler eine große Summe Geldes zu erlösen.** Wie Herr Bosman zu Recht geltend gemacht hat, wird die Entdeckung eines begnadeten Spielers in den eigenen Reihen, der für teures Geld an einen großen Verein transferiert werden kann, sehr oft weitgehend eine Sache des Zufalls sein. **Das Gedeihen des Fußballs hängt aber nicht nur vom Wohlergehen eines solchen Vereins ab, sondern auch davon, daß auch all die anderen kleinen Vereine überleben können. Letzteres wird aber durch die geltenden Transferregeln nicht gewährleistet.**

234. **Soweit die Transferregeln den Zweck verfolgen, das wirtschaftliche und sportliche Gleichgewicht der Klubs zu sichern, gibt es daher wenigstens eine Alternative, mittels deren dieses Ziel mindestens ebensogut verfolgt werden kann und welche die Freizügigkeit der Spieler nicht beeinträchtigt. Die Transferregeln sind somit zur Erreichung dieses Ziels nicht unentbehrlich und entsprechen daher nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.**"

iii. Würdigung der Kritik am Solidarfondsmodell

Ein zentraler Einwand gegen die Einführung eines von allen Mitgliedern zu 524
speisenden Solidarfonds für spätere Umverteilungszwecke knüpft an die – angeb-

857 *GA Lenz* Slg. 1995, I-4930, Nr. 232–234 – Bosman.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich – fehlende Praktikabilität dieses Modells an.[858] Dies ist seit jeher in erster Linie eine Schutzbehauptung gewesen. Die Praxis zeigt nämlich, dass die Umverteilung der von Ligamitgliedern erzielten Einnahmen innerhalb von Sportverbänden erstens kein unbekanntes Modell ist und zweitens seit vielen Jahren durchaus funktioniert:

- So müssen sich die Bundesligaclubs nach dem Abschluss der Ausschreibungsverfahren hinsichtlich der national und international zentral vermarkteten Medienrechte an den Bundesligaspielen darüber einigen, nach welchen Kriterien die dabei erzielten Einnahmen auf die Ligamitglieder aufgeteilt werden sollen.
- Entsprechendes gilt für die seitens des europäischen Fußballverbandes erzielten Erlöse aus der zentralen Vermarktung der UEFA Champions League, der UEFA Europa League sowie der UEFA Europa Conference League. An diesen Einnahmen partizipieren zu einem nur einstelligen, gleichwohl aber umstrittenen Prozentsatz auch diejenigen Fußballclubs der nationalen Fußballligen, die sich nicht für die lukrativen UEFA-Ligawettbewerbe sportlich qualifizieren konnten.
- In den nordamerikanischen Major Leagues erfassen die Umverteilungsmaßnahmen noch weit mehr der im Rahmen der zentral durch die Liga und auch der individuell durch die Ligamitglieder erzielten Erlöse (*revenue sharing*), wobei dort das Streben nach einer *competitive balance* – anders als etwa in den europäischen Fußballligen – letztlich stringent und vor allem auch recht effektiv verfolgt wird.[859]

525 All diese Umverteilungsmaßnahmen, mögen sie nun das Ziel einer *competitive balance* tatsächlich anvisieren oder nur verbal anstreben, werden praktiziert, wenngleich sicherlich nicht stets umgehend eine einvernehmliche Lösung erzielt werden kann. Nicht unerwähnt bleiben sollen Solidaritätsmaßnahmen, die innerhalb der Fußball-Bundesligen bereits kurz nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie in verschiedener Weise durchgeführt wurden. Dabei kam es kurzfristig in beachtlichem Umfang (20 Mio. Euro) auch zu einer Umverteilung von den deutschen Teilnehmern an der UEFA Champions League zu den übrigen Mitgliedern der Bundesliga und 2. Bundesliga, um durch die COVID-19-Pandemie ausgelöste finanzielle Härtefälle abfedern zu können.[860] An ein Solidarfondsmodell anknüpfende oder ähnliche Umverteilungsmechanismen innerhalb einer Sportliga sind also durchaus praktikabel und sind letztlich – wie auch Generalanwalt *Lenz* in

858 So etwa *Blask* 195–198 im Hinblick auf die Möglichkeit einer Einzelvermarktung der Medienrechte an den Spielen der Fußballbundesligen mit nachfolgender Umverteilung der von den jeweiligen Fußballclubs erzielten und voraussichtlich unterschiedlich hohen Erlöse.

859 → II. Rn. 9 und VI. Rn. 226 f., 233, jew. m.w.N.

860 *DFL*, Pressemitteilung v. 26.3.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der zitierten Passage anklingen lässt – Ausdruck der sportlichen sowie der sportökonomischen Interdependenzen zwischen Ligamitgliedern.

iv. Nachwuchsförderung

Im Gegensatz zur Annäherung an eine wie auch immer ausgestaltete *competitive balance* ist die Nachwuchsförderung zweifelsohne als legitime Zielsetzung eines Spielertransfersystems anzuerkennen. Eine untrennbare Verbindung zwischen einem Spielertransfersystem und Wettbewerbsbeschränkungen der an dem Transfer minderjähriger Spieler Beteiligten steht außer Frage, so dass die Voraussetzungen der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests regelmäßig erfüllt sein werden. Die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der entsprechenden wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschriften und -maßnahmen kann jedoch nur im Lichte der konkreten Einzelfallumstände beantwortet werden. Letztlich ist dabei dem dem Sportverband insoweit zustehenden, indes nicht gerichtsfesten Beurteilungs- und Ermessensspielraum angemessen Rechnung zu tragen. 526

(4) Art. 101 Abs. 3 AEUV

Wenn die in Spielertransfersystemen enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften die relativ strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllen sollten, verbleibt immer noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.[861] Dabei können in die Effizienz- und Interessenabwägungen natürlich auch die mit der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme verfolgten Zielsetzungen einfließen, die zuvor nicht als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden konnten. Dann wird sich aber auch hier zwangsläufig die Frage der Verhältnismäßigkeit stellen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung würde sodann etwa für das Ziel der Annäherung an eine *competitive balance* im Lichte des im vorangehenden Abschnitt dargestellten Solidarfondsmodells eine sehr hohe Hürde darstellen. 527

(5) Art. 102 AEUV

Eine Anwendung von Art. 102 AEUV neben Art. 101 AEUV ist nicht ausgeschlossen, wobei einem Sportverband trotz fehlender eigener Aktivitäten auf dem Markt für Spielertransfers über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung[862] durchaus eine marktbeherrschende Stellung beigemessen werden könnte. Soweit etwaige Wettbewerbsbeschränkungen über den auch auf Art. 102 528

861 Ausf. hierzu → VI. Rn. 362–372 m.w.N.
862 → VII. Rn. 16–37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

AEUV anwendbaren *Meca-Medina*-Test[863] gerechtfertigt werden können, scheidet der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus. Im Übrigen muss die Frage einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls entschieden werden.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

529 Nach den Ausführungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007[864] sollen Verbandsvorschriften zu Spielertransfers mit Ausnahme der hierfür eingerichteten Zeitfenster im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit Art. 101 und 102 AEUV vorbehaltlich der Möglichkeit einer Rechtfertigung „a higher likelihood of problems" aufweisen. Die hier zuvor ermittelten Ergebnisse stützen diese Einschätzung.

b) Abstellungsgebühren und sonstige Abstellungsbedingungen für Nationalspieler

aa) Ausgangsproblematik

530 Die rechtliche Problematik, die mit der finanziellen Kompensation zugunsten der abgebenden Clubs für die Abstellung von Nationalspielern für Länderspiele[865] und sonstigen Abstellungsbedingungen verbunden ist, ist in den vergangenen Jahren weitgehend entschärft worden. Gleichwohl soll hierauf vorliegend insbesondere aus zwei Gründen kurz eingegangen werden: Zum einen belegt dieser Teilaspekt der Überlassung von Sportlern eindrucksvoll, dass die Drohkulisse, die die europäischen Grundfreiheiten und das europäische Kartellrecht für Sportverbände bilden, durchaus den Zugang zu sachgerechten Lösungen zu eröffnen vermag. Zum anderen werden die rechtlichen Rahmenbedingungen skizziert, an denen die Abstellungsbedingungen für Nationalspieler im Allgemeinen zu messen sind, um auf diese Weise juristische Leitplanken für künftige Problemfälle zur Verfügung zu stellen.

531 Den rechtlichen Ausgangspunkt bildet im Fußballsport, der hier nicht zum ersten Mal als Beispiel herangezogen wird, Abschnitt 1 Abs. 1 des Anhangs 1 (Abstellen von Spielern für Auswahlmannschaften der Verbände) zum FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern (Ausgabe Januar 2021):[866]

863 → VII. Rn. 67–71.
864 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b).
865 *Weatherill*, Principles, 2017, 259–268 m.w.N.
866 Abrufbar unter https://digitalhub.fifa.com/m/32ab1c5f24eaad44/original/mlvf75trxrzyvakfaweq-pdf.pdf (zuletzt abgerufen am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Die Vereine sind verpflichtet, bei einem Aufgebot des entsprechenden Verbands ihre registrierten Spieler für die Verbandsmannschaft des Landes abzustellen, für das die Spieler aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit spielberechtigt sind. Anderslautende Vereinbarungen zwischen einem Spieler und einem Verein sind unzulässig.

Die Bedingungen zur Tragung der finanziellen Risiken sowie der Versicherungskosten ergeben sich aus Abschnitt 2 Abs. 1–4 der genannten FIFA-Regelungen:

> Ein Verein, der einen seiner Spieler gemäss den Bestimmungen dieses Anhangs abstellt, hat kein Anrecht auf eine finanzielle Entschädigung.
>
> Der Verband, der den Spieler aufbietet, hat für die effektiven Transportkosten, die dem Spieler aufgrund des Aufgebots erwachsen, aufzukommen.
>
> Der Verein, für den der betreffende Spieler registriert ist, muss den Spieler für die Dauer seiner Abstellung gegen Krankheit und Unfall versichern. Der Versicherungsschutz muss sich zudem auf die Deckung von Verletzungen erstrecken, die der Spieler im Rahmen des Länderspiels, für das er abgestellt wird, möglicherweise erleidet.
>
> Wenn sich ein Berufsspieler, der am Elferfussball teilnimmt, während der Abstellungsdauer für ein internationales A-Spiel durch Unfall eine körperliche Verletzung zuzieht und als Folge davon eine vorübergehende vollständige Sportinvalidität erleidet, wird der Verein, bei dem der betreffende Spieler registriert ist, von der FIFA entschädigt. Die Einzelheiten der Entschädigung, einschliesslich Verlustabwicklungsverfahren, sind im Technischen Merkblatt – FIFA-Schutzprogramm für Klubs geregelt.

Hier offenbart sich der Interessenkonflikt, in dem sich die FIFA aufgrund ihrer 532
Doppelrolle befindet: Einerseits agiert der Verband als oberster Verwalter des Fußballsports und als Nachfrager von Spielern, die in den nationalen Fußballligen als zumeist weit überdurchschnittlich entlohnte Arbeitnehmer aktiv sind; andererseits verfolgt die FIFA kommerzielle Ziele als Anbieter eigener Wettbewerbsformate, wobei man auf eben diese Spieler zwingend angewiesen ist. Nüchtern betrachtet könnte man feststellen, dass hier die FIFA hinsichtlich der von den Clubs abzustellenden Nationalspieler nahezu alle kommerziellen Chancen für sich beansprucht und gleichzeitig die wirtschaftlichen Risiken fast vollständig bei den die Nationalspieler abstellenden Vereinen belässt. Dies hat *Weatherill* durchaus treffend in folgender Weise kommentiert:[867]

> „There is something perfectly breathtaking about the requirement that an employer release [sic] its often very highly paid and carefully trained employee to work briefly for another entity that has made no investment in that labour resource and which does not even pay for that privilege and yet which benefits directly as a result."

Dies war die Ausgangslage, als im November 2004 der junge marokkanische 533
Fußballspieler *Abdelmajid Oulmers*, der seinerzeit sein Geld beim belgischen Fußballclub Sporting Charleroi verdiente, schwerverletzt von einem Fußballländerspiel zu seinem Arbeitgeber zurückkehrte. Die nachfolgenden rechtlichen Aus-

867 *Weatherill*, Principles, 2017, 261.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einandersetzungen brauchen hier nicht mehr im Detail nachgezeichnet zu werden.[868] Denn in der Folge kamen insbesondere die nationalen Fußballverbände denjenigen Clubs, die Spieler für Länderspiele abzustellen haben, relativ weit entgegen. Dies wäre ohne die beschränkenden Wirkungen des Europarechts, welches der Verbandsautonomie rechtliche Grenzen setzt, undenkbar gewesen.

534 Für Fußballnationalspieler, die von den Ligamitgliedern der DFL für Länderspiele abgestellt werden, gelten heute folgende Regelungen, die in § 5 des Grundlagenvertrages zwischen DFB und DFL (Laufzeit 1.7.2017 bis 30.6.2023)[869] niedergelegt sind:

> Nationalmannschaften
>
> Abs. 1:
>
> Der DFL e.V. erkennt die Abstellungsverpflichtung der Spieler seiner Vereine und Kapitalgesellschaften zur Bildung einer starken A-Nationalmannschaft ausdrücklich an. Die Abstellungsverpflichtung zu Pflicht- und Freundschaftsspielen und zu den notwendigen Vorbereitungslehrgängen und Vorbereitungsspielen ergibt sich aus den Vorschriften der FIFA und UEFA, insbesondere dem koordinierten internationalen Spielkalender, in der jeweils gültigen Fassung. Der DFL e.V. wird diese Verpflichtung erfüllen und sicherstellen, dass die abzustellenden Spieler die Verwertung ihrer Persönlichkeitsrechte und andere Rechte als Nationalspieler dem DFB übertragen. DFB und DFL werden hierzu Leitlinien vereinbaren. Im Rahmen dieser Marketingrichtlinien werden zusätzlich Vereinbarungen getroffen, die die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder des DFL e.V. berücksichtigen.
>
> Abs. 2:
>
> Absatz 1 gilt entsprechend für die Bildung der U 21 und weiterer Junioren-Nationalmannschaften.
>
> Abs. 3:
>
> Für die Leistungen des DFL e.V. gemäß Absatz 1 und Absatz 2 zahlt der DFB jährlich eine variable prozentuale Beteiligung zwischen 15 Prozent und 30 Prozent an seinen Einnahmen aus der Vermarktung der A-Nationalmannschaft (TV-Rechte, Sponsoren, Eintrittsgelder etc.) an den DFL e.V. Die Höhe der prozentualen Beteiligung richtet sich nach der wirtschaftlichen Entwicklung der Einnahmen aus § 5 Absatz 3, Satz 1 dieses Vertrags. Die näheren Einzelheiten regelt die Zusatzvereinbarung zum Grundlagenvertrag.
>
> Abs. 4:
>
> Der DFB übernimmt die Zahlung der Abstellungsentschädigung für A-Nationalspieler an die abstellenden Vereine bzw. Kapitalgesellschaften in Höhe von circa € 600.000 jährlich und die Prämien aufgrund vom DFB abgeschlossener Versicherungsverträge für den Versicherungsschutz der A-Nationalmannschaft und der U 21-Nationalmannschaft. Bei Endturnieren von FIFA und UEFA entfällt die Verpflichtung des DFB zur Zahlung der Abstellungsentschädigung, soweit eine solche von dem veranstaltenden Verband geleistet wird.

868 Vgl. stattdessen *Weatherill*, Principles, 2017, 261–265 m.w.N.

869 Abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/user_upload/159366-15_DFB_DFL_Grundlagenvertrag.pdf (zuletzt abgerufen am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 5:

Der DFL e.V. wird darüber hinaus bei Endturnieren der UEFA und FIFA der A-Nationalmannschaft mit 50 Prozent am wirtschaftlichen Überschuss des DFB beteiligt. Bei der Ermittlung des Überschusses werden Qualifikationsprämien der Mannschaft nicht einbezogen. Sonderzahlungen von UEFA und FIFA für die Abstellung von Spielern der Nationalmannschaft und deren Einsatz bei Endturnieren werden in die Ermittlung des Überschusses nicht einbezogen.

Nachfolgend soll nicht die rechtliche Wirksamkeit einzelner Klauseln des Grund- 535
lagenvertrages überprüft werden. Stattdessen werden die rechtlichen Eckpunkte für verbandsrechtliche Bedingungen hinsichtlich der Abstellung von Nationalspielern im Allgemeinen dargestellt.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[870]

Die Abstellungsbedingungen für Nationalspieler ergeben sich aus Verbandsvor- 536
schriften. Der Grundlagenvertrag zwischen DFB und DFL stellt eine Vereinbarung dar, so dass eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB naheliegt. Daneben kommt auch eine Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV oder § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB in Betracht.

Von einer untrennbaren Verbindung der verbandsrechtlichen Abstellungsbedin- 537
gungen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs und damit von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests kann ausgegangen werden. Denn die Abstellungsbedingungen haben maßgeblichen Einfluss nicht nur auf die Zusammensetzung des Kaders der Nationalmannschaft, sondern auch – etwa im Falle der Verletzung eines Nationalspielers anlässlich eines Länderspiels – des Kaders eines Ligaclubs. Damit kann davon ausgegangen werden, dass Abstellungsbedingungen für Nationalspieler grundsätzlich in den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests fallen.[871]

Die Abstellungsbedingungen für Nationalspieler richten sich im vorliegenden 538
Beispiel unmittelbar an die Fußballclubs als Ligamitglieder des DFL e.V., mittelbar aber auch an die Fußballnationalspieler selbst (z.B. hinsichtlich der Verwertung ihrer Persönlichkeitsrechte oder anderer Rechte als Nationalspieler). Diese zählen nicht zu den Vertragspartnern des Grundlagenvertrages, unterwerfen sich jedoch durch jährlich neu abzuschließende Lizenzverträge vertraglich den Verbandsstatuten und damit auch den Abstellungsbedingungen für Nationalspieler. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung dieser Verbandsregelungen

870 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
871 So im Hinblick auf Abstellungsgebühren auch *Weatherill*, Principles, 2017, 266.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[872] betroffen.

539 Der Fußballverbänden bei der konkreten Gestaltung der Abstellungsbedingungen für Nationalspieler zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[873] reicht umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. Dabei betrifft etwa die Berufung eines bestimmten Spielers in die Nationalmannschaft die Sportausübung unmittelbar, während etwaige Werbebeschränkungen für Nationalspieler (etwa zulasten ihrer Individualsponsoren) keinen direkten Bezug zum Geschehen auf dem grünen Rasen aufweisen.[874]

cc) Zentrale Rechtsfragen

540 Wenn man unterstellt, dass von den Abstellungsbedingungen für Nationalspieler wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zulasten der abstellenden Clubs und/oder der jeweiligen Nationalspieler ausgehen (was angesichts der in den letzten Jahren erfolgten Reformen zugunsten der abstellenden Clubs keine Selbstverständlichkeit ist), dürfte sodann die Vereinbarkeit einer streitgegenständlichen Verbandsregelung oder -maßnahme mit den relativ strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests[875] im Zentrum der rechtlichen Erwägungen stehen.

541 Auf der ersten Stufe wird man bei jeder einzelnen Abstellungsbedingung danach zu fragen haben, ob hiermit tatsächlich legitime Zielsetzungen in stringenter und kohärenter Weise verfolgt werden. Dies sei anhand zweier Beispiele veranschaulicht:

542 – Nach Abschnitt 1 Abs. 1 des Anhangs 1 zum FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern besteht eine zwingende Abstellungspflicht der Vereine.[876] Solche Abstellungspflichten stellen zwar erhebliche Eingriffe in die Rechtsposition der Arbeitgeber der jeweiligen Nationalspieler dar, sind aber unabdingbar, wenn der internationale Sportfachverband und seine nationalen Verbände Länderspiele als Wettkämpfe zwischen den (zumindest nach Einschätzung des jeweiligen Nationaltrainers[877]) sportlich am besten geeigneten

872 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
873 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
874 Hierzu → XIII. Rn. 664.
875 → VI. Rn. 176–361 m.w.N.
876 Zum Wortlaut → XIII. Rn. 531. Eine solche Pflicht zur Abstellung von Nationalspielern gilt etwa im Basketball zumindest für die Mitglieder der NBA nicht uneingeschränkt.
877 Muss man Trainern etwa einer Fußballnationalmannschaft trotz der weitreichenden wirtschaftlichen (und im wahrsten Sinne des Wortes potentiell wettbewerbsbeschränkenden) Folgen für diejenigen Spieler, die etwa für eine Europa- oder Weltmeisterschaft nominiert werden (oder gerade nicht nominiert werden), im Hinblick auf die Zusammenstellung „ihrer“ jeweiligen Kader vielleicht doch eine

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fußballspielern verstehen. Denn andernfalls würde die betreffende Sportart letztlich ihre Glaubwürdigkeit aufs Spiel setzen.[878]

– Ganz anders gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich der Abstellungsbedingungen, die – wie § 5 Abs. 1 und 3 des Grundlagenvertrages zwischen DFB und DFL – zu Vermarktungsbeschränkungen bei den abstellenden Fußballclubs und den nominierten Nationalspielern führen. Hier spielen eher wirtschaftlich als sportlich motivierte Zielsetzungen eine erhebliche Rolle. Auf die damit verbundenen Rechtsprobleme wird in einem nachfolgenden Abschnitt gesondert einzugehen sein.[879] 543

Auf der zweiten Stufe des *Meca-Medina*-Tests dürfte zumeist außer Frage stehen, dass eine untrennbare Verbindung zwischen den verbandsrechtlichen Abstellungsbedingungen und etwaigen damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen sowie den verfolgten, vorangehend als legitim eingestuften Zielsetzungen besteht. 544

Schließlich wäre auf der dritten Stufe noch die Verhältnismäßigkeit, d.h. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, der streitgegenständlichen Abstellungsbedingungen im Hinblick auf die damit verfolgten legitimen Ziele zu prüfen. Vor den in den letzten Jahren erfolgten Reformen der Abstellungsbedingungen für Nationalspieler konnten die FIFA, die UEFA sowie die Nationalverbände Fußballnationalspieler weitgehend kostenfrei für eigene nicht nur sportliche, sondern schon seit jeher auch kommerzielle Zwecke einsetzen. Die abstellenden Fußballclubs sowie die Nationalspieler konnten im Gegenzug lediglich auf indirekte Vorteile hoffen, wie z.B. eine Beteiligung an den Erlösen, die FIFA oder UEFA dem DFB oder der DFL zur Verfügung stellten. Ob und in welchem Ausmaß davon etwas bei den Clubs und Spielern ankam, war zumeist ebenso ungewiss wie die Aussicht, dass ein Nationalspieler auf der internationalen Bühne der Länderspiele seinen Marktwert für den Arbeitgeber sowie für die eigenen individuellen Vermarktungsaktivitäten steigern konnte. Vor diesem Hintergrund wäre die frühere, weitestgehend kompensationsbefreite Abstellungspflicht zugunsten der FIFA, UEFA und der nationalen Verbände vermutlich als unverhältnismäßig einzustufen gewesen.[880] Ob dies für die aktuellen Regelungen auch noch anzunehmen ist, kann ebenso wie die Verhältnismäßigkeit sonstiger Abstellungsbedingungen nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. 545

tatsächlich gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zugestehen? Nein! Denn hier besteht wegen des überaus engen Bezugs zum Sport auf dem grünen Rasen ein extrem weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Trainers, der mit faktisch bedeutungslosen und damit letztlich nur theoretischen Möglichkeiten der gerichtlichen Überprüfung der Nominierungsentscheidungen korrespondiert; → XIII. Rn. 152.

878 *Weatherill*, Principles, 2017, 266.

879 → XIII. Rn. 655–708.

880 *Weatherill*, Principles, 2017, 267.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

546 Sollten sich wettbewerbsbeschränkende Abstellungsbedingungen für Nationalspieler nicht über den *Meca-Medina*-Test rechtfertigen lassen können, käme noch eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs 3 AEUV in Betracht.[881] Wenn sich Abstellungsbedingungen als eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV erweisen sollten, könnte auch in diesem Fall auf den *Meca-Medina*-Test als Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden.[882]

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

547 In dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 werden „rules concerning the composition of national teams" als die Sportorganisation betreffende Verbandsregeln eingestuft, deren Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV „based on their legitimate objectives" wahrscheinlich sei, insbesondere wenn auch die weiteren Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests, d.h. Inhärenz und Verhältnismäßigkeit, erfüllt seien.[883] Diese Einschätzung deckt sich mit den Ergebnissen der vorangehenden rechtlichen Analysen und verdeutlicht ein weiteres Mal, dass es nicht möglich ist, einzelnen Gruppen von Verbandsregelungen wie vorliegend den Abstellungsbedingungen für Nationalspieler pauschal eine Vereinbarkeit mit den Regelungen des europäischen Kartellrechts zu attestieren. Wie bereits in einem früheren Abschnitt dargelegt wurde[884] bzw. in einem nachfolgenden noch nachzuweisen sein wird,[885] sind die Abstellungsbedingungen für Nationalspieler in so unterschiedlichem Maß durch eine Nähe teils zum reinen Sportgeschehen (z.B. Auswahlkriterien) und teils zu kommerziell geprägten Aspekten (z.B. Vermarktungsbeschränkungen) gekennzeichnet, dass sie nicht über denselben juristischen Kamm geschoren werden können.

c) Spielervermittlerreglement

aa) Ausgangsproblematik

548 Verbandsstatuten der Fußballverbände zur Regulierung der Tätigkeit von Spielervermittlern[886] sind schon wiederholt Gegenstand von Dissertationen[887] oder sonstigen Abhandlungen[888] gewesen. Dabei sind überraschenderweise regelmäßig die

881 → VI. Rn. 362–372.
882 → VII. Rn. 67–71.
883 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b).
884 → XIII. Rn. 132–153.
885 → XIII. Rn. 655–708.
886 Zum Begriff des Spielervermittlers und zur inhaltlichen Regulierung der Spielervermittlung zuletzt *Prazeller* 34–47 m.w.N.
887 *Jungheim*; *Leonhardt*; *Magg*; zuletzt *Seyb* 163–179, 228–231.
888 Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 16 Rn. 64 ff.; *Cattaneo/Parrish* Rn. 323–346; *Podszun* NZKart 2021, 138 ff.; *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die kartellrechtliche Bewertung durchaus aufschlussreichen tatsächlichen sowie wegweisenden rechtlichen Ausführungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 zu Spielervermittlern nahezu vollständig vernachlässigt worden.[889] Die entsprechende Passage soll hier deshalb im Wortlaut wiedergegeben werden (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[890]

„4.4. Players' agents

The development of a truly European market for players and the rise in the level of players' salaries in some sports has resulted in an increase in the activities of players' agents. Many players (but also sport clubs) ask for the services of agents to negotiate and sign contracts in an increasingly complex legal environment.

In recent years, cases brought before national courts and studies such as the Independent European Sport Review have called attention to some challenges related to this activity. Due to the integrated nature of the European players' market, the activity of players' agents is almost always of a cross-border nature. Thus, agents are often subject to differing regulations in different Member States. Some Member States (e.g. France, Portugal) have introduced specific legislation on players' agents while in others (e.g. Belgium, Netherlands, United Kingdom) the applicable law is the general law regarding employment agencies, but with specific references to players' agents. Moreover, **some international federations (FIFA,** FIBA) **have introduced their own regulations for players' agents.**

As regards the compatibility of federations' rules with EU competition law, even if the restrictions they impose on these sport-related professions are not likely to be considered inherent in the pursuit of a legitimate sporting objective, they may nevertheless be justified under Article 81 (3) or Article 82 EC. The **Court of First Instance** has recognized [Fn. 126: EuG Slg. 2005, II-209 = SpuRt 2005, 102 – Piau] as legitimate the objective of raising professional standards for players' agents by introducing a qualitative (as opposed to quantitative) selection in the quasi total absence of any national laws or self-regulation in that respect.

There are **reports on bad practices in the activities of some agents** which have **resulted in instances of corruption, money laundering and trafficking in underage players**. These practices are damaging for the sport sector in general and raise important governance questions. **The health and security of players, and particularly minors, needs to be protected and criminal activities fought against.**

Some Member States have introduced specific legislation on players' agents while others have not, and some sport organisations (FIFA, FIBA) have introduced their own regulations. The issue of recognition of professional qualifications of players' agents is already covered by Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications in

889 Anders hingegen LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 100, das allerdings die nachfolgend zitierten Ausführungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport zur Anwendung von *Meca-Medina*-Test und Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie zu deren Verhältnis zueinander bei der kartellrechtlichen Bewertung des DFB-Spielervermittlerreglements unzutreffend interpretiert hat; ausf. hierzu → VI. Rn. 367–371 m.w.N. In der nächsten Instanz hat OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 71 f. die erratische Interpretation des Begleitdokuments zum Weißbuch Sport durch das LG Frankfurt/Main korrigiert.

890 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.4.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cases where the profession of players' agent is subject to national qualification requirements by regulation.

The European Parliament and stakeholders have called on the EU to regulate the activity of players' agents through an EU legislative initiative. The European Parliament resolution on the future of professional football ‚calls on the Commission to support UEFA's efforts to regulate players' agents**, if necessary by presenting a proposal for a directive concerning players' agents** which could include: strict standards and examination criteria before anyone could operate as a football players' agent; transparency in agents' transactions; minimum harmonised standards for agents' contracts; an efficient monitoring and disciplinary system by the European governing bodies; the introduction of an ‚agents' licensing system,' and agents' register; and ending ‚dual representation' and payment of agents by the player.'

It is therefore necessary to further analyse the extent of the problem. More information is needed and the impact of any proposed solution at EU level must be carefully assessed."

549 Anders als vom Europäischen Parlament und anderen Beteiligten gefordert, ist in der Folge keine EU-Richtlinie erlassen worden, die den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten Vorgaben zur Reglementierung speziell der Tätigkeit von Spielervermittlern im Sport machen würde. Die FIFA hat ihre einschlägigen Verbandsstatuten wiederholt geändert. Derzeit (Stand: 7.2.2022) gilt das am 1.1.2008 in Kraft getretene FIFA-Spielervermittlerreglement.[891] Für September 2021 war eine weitere Reform des FIFA-Spielervermittlerreglements angekündigt, die jedoch einstweilen noch auf sich warten lässt.[892] Insbesondere mit folgenden Änderungen wird gerechnet:[893] Einführung von Vergütungsobergrenzen für Spielervermittler (maximal zehn Prozent Provision von einer Transfergebühr vom abgebenden Club und maximal drei Prozent von dem vereinbarten Spielergehalt vom aufnehmenden Club);[894] Wiedereinführung eines Lizenzierungssystems mit weitergehenden Verpflichtungen für Spielerberater. In Umsetzung der verbandsrechtlichen Vorgaben der FIFA gilt in Deutschland aktuell (Stand: 7.2.2022) das am 1.4.2015 in Kraft getretene DFB-Reglement für Spielervermittlung,[895] welches an die Stelle seines Vorgängers aus dem Jahr 2008 getreten ist.

550 Die Vorschriften der Spielervermittlerreglements sind regelmäßig in drei Teile untergliedert:

– Der erste Abschnitt enthält Vorschriften, durch die Sportverbände Einfluss auf die eigentlich verbandsextern erbrachten Dienstleistungen der Spielervermittler zu erlangen und abzusichern suchen. Dieses Ziel wird dadurch an-

891 Abrufbar unter https://img.fifa.com/image/upload/a6hf6vj77tabxs9f6o0m.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022); hierzu konzis *Prazeller* Rn. 27–30.
892 Zum Reformprozess *Prazeller* Rn. 48–63.
893 *Podszun* NZKart 2021, 138 (139); *Prazeller* Rn. 2, jew. m.w.N.
894 Hierzu *Prazeller* Rn. 54–56.
895 Abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/155844-DFB_Reglement_f%C3%BCr_Spielervermittlung.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestrebt, dass Spielertransfers unter Beteiligung von Spielervermittlern nur rechtswirksam werden, wenn letztere sich vertraglich – wie auch der Spieler und der (die) beteiligte(n) (Fußball-)Club(s) – dem entsprechenden Spielervermittlerreglement unterworfen haben.
- Den Gegenstand des zweiten Abschnitts bilden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Spielervermittlerlizenz.
- Der dritte Abschnitt umfasst schließlich die für Spielervermittler geltenden persönlichen Verhaltensvorschriften sowie Regeln über die zulässige Vertragsgestaltung (insbesondere bezüglich der Vergütung).

551 Das Ziel solcher Verbandsregelungen liegt auf der Hand: Es sollen eine Mindestqualifikation der verbandsexternen Spielervermittler und deren vertragliche Bindung an die entsprechenden Verbandsstatuten sichergestellt werden.[896] Auf diese Weise hoffen die Sportverbände, die der Tätigkeit von Spielervermittlern zugeschriebenen Gefahren (insbesondere „bad practices in the activities of some agents which have resulted in instances of corruption, money laundering and trafficking in underage players"[897]) bannen zu können.

552 Nachfolgend sollen und können nicht sämtliche potentiell wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften etwa des DFB-Reglements für Spielervermittlung im Detail kartellrechtlich analysiert werden. Hierüber streiten Spielervermittler und der DFB bereits seit geraumer Zeit vor deutschen Zivilgerichten;[898] eine Revision zum BGH liegt derzeit (Stand: 7.2.2022) noch im Bereich des Möglichen. Vielmehr sollen nachfolgend rechtliche Orientierungspunkte und Leitlinien für die kartellrechtliche Bewertung von solchen Verbandsvorschriften herausgearbeitet werden, die sich wettbewerbsbeschränkend auf die Tätigkeit von Spielervermittlern auswirken (können).

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[899]

553 Im Hinblick auf die Einführung von Verbandsstatuten zur Reglementierung der Tätigkeit von Spielervermittlern und ihre Umsetzung liegt eine vorrangige Prüfung am Maßstab von Art. 101 Abs. 1 AEUV nahe. Denn die betreffenden Vorschriften beruhen auf Beschlüssen der Mitgliederversammlungen oder der Exekutivorgane der betreffenden Sportverbände, die ihrerseits regelmäßig als Unternehmensvereinigungen eingestuft werden können.[900] Dadurch wird eine kartellrechtliche Prüfung auch am Maßstab von Art. 102 AEUV nicht ausgeschlossen.

896 So etwa *Jungheim* 87; *Magg* 123.
897 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.4.
898 In chronologischer Reihenfolge LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 ff.; OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 ff.; LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640; OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096.
899 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
900 → VI. Rn. 114–118 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

554 Wesentlich komplexer und umstrittener ist hingegen die Frage, ob von einer untrennbaren Verbindung der Vorschriften eines Spielervermittlerreglements mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs und damit von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ausgegangen werden kann. Eine solche hat zuletzt *Podszun*[901] generell abgelehnt, weil nach dem Modell des EuGH in *Meca-Medina und Majcen* erstens nur sportliche Regelwerke überhaupt erfasst seien und zweitens nur solche, von deren Einhaltung das Funktionieren des Ablaufs des sportlichen Wettkampfs als solchem abhänge. Selbst wenn Verbandsmaßnahmen eine wie auch immer geartete Rolle für den Sport spielten, wären sie im Hinblick auf ein Spielervermittlerreglement vom wirtschaftlichen Interesse restlos überdeckt. Die erste Feststellung ist im Hinblick auf die Formulierung des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*[902] zu ungenau, während mit der zweiten Behauptung die zweite Stufe (und etwa bei Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen der FIFA auch die erste Stufe) des *Meca-Medina*-Tests[903] gleichsam vor die Klammer gezogen und zur Voraussetzung für die Anwendung des *Meca-Medina*-Tests gemacht wird (werden). Schließlich vernachlässigt *Podszun*, dass einzelne wettbewerbsbeschränkende Vorschriften im Spielervermittlerreglement etwa zum damit auch bezweckten Minderjährigenschutz sicherlich nicht von wirtschaftlichen Interessen überdeckt sind.

555 Die EU-Kommission hat – wie bereits zuvor im Detail dargelegt[904] und nicht nur von *Podszun* vollständig vernachlässigt – zu erkennen gegeben, dass sie gewillt ist, im Hinblick auf ein Spielervermittlerreglement zur Rechtfertigung etwaiger davon ausgehender Wettbewerbsbeschränkungen von einer Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests auszugehen. Dies könnte man wegen der starken wirtschaftlichen Ausrichtung der Regelungen durchaus anders sehen, aber die Grenzziehung zwischen rein sportlichen Verbandsregelungen und überwiegend oder nahezu vollständig wirtschaftlich motivierten Verbandsvorschriften ist schwierig und damit auch ungenau. Überwiegend wirtschaftliche Motive ohne Sportbezug werden in dieser Abhandlung im Hinblick auf die zentrale TV-Rechtevermarktung im Fußball,[905] nicht jedoch hinsichtlich der umstrittenen 50+1-Regel angenommen.[906] Denn die Zentralvermarktung ist definitiv nicht mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des *sportlichen* Wettkampfs untrennbar ver-

901 *Podszun* NZKart 2021, 138 (142, 144); so im Ansatz auch *Putzier* 113, 119; i.Erg. ebenso *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (585, 588); *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (76 f., 79); dagegen zuletzt OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 73.

902 EuGH Slg. 2006, I-6991 Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; zum Wortlaut → VI. Rn. 51.

903 → VI. Rn. 285–287.

904 → VI. Rn. 370 f. und XIII. Rn. 548 f. m.w.N.

905 → XIII. Rn. 709–880 m.w.N.

906 → XIII. Rn. 268–310 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bunden, während die 50+1-Regel als Lizenzierungsvoraussetzung sich darauf auswirken kann, welche Fußballclubs an einem Ligaspielbetrieb teilnehmen. Die Einhaltung der Vorgaben eines Spielervermittlerreglements entscheidet darüber, ob ein Transfer zustande kommt sowie von der Sportliga bestätigt und als wirksam anerkannt wird, was sich letztlich auf die Zusammensetzung der Spielerkader der Ligamitglieder und damit auf die Organisation des Ligaspielbetriebs auswirken kann.

Selbst wenn dem *Meca-Medina*-Test damit hier ein vergleichsweise weiter, sich aber immer noch an den Vorgaben des Gerichtshofs orientierender Anwendungsbereich zugeordnet wird, so werden überwiegend oder stark wirtschaftlich motivierte Verbandsregelungen regelmäßig an den strengen Rechtfertigungsvoraussetzungen scheitern.[907] Diese restriktive Anwendung führt sodann auch dazu, dass der *Meca-Medina*-Test als tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsgrund einen engen Anwendungsbereich behält. Zudem bieten die verschiedenen Prüfungsschritte des *Meca-Medina*-Tests die Möglichkeit zu differenzierten rechtlichen Bewertungen. Denn einige Regelungen des Spielervermittlerreglements sind sicherlich rein wirtschaftlich motiviert (z.B. die geplante Einführung einer Gehaltsobergrenze für Spielervermittler), andere dienen aber durchaus vorrangig legitimen Zielsetzungen (wie z.B. dem Minderjährigenschutz). Daher wäre es letztlich nicht sachgerecht, den *Meca-Medina*-Test von vornherein und pauschal nicht auf wettbewerbsbeschränkende Vorschriften eines Spielervermittlerreglements anwenden zu wollen.[908] 556

Ein Spielervermittlerreglement richtet sich zwar unmittelbar zunächst allein an die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder, d.h. die Fußballclubs. Die Fußballspieler, die regelmäßig keine (un)mittelbaren Verbandsmitglieder sind, werden hieran über die jährlich neu abzuschließenden Lizenzverträge gebunden, die Voraussetzung für die Teilnahme am Ligaspielbetrieb sind. Schließlich sind Spielervermittler trotz ihrer Stellung als verbandsunabhängige Dritte regelmäßig faktisch gezwungen, sich einem Spielervermittlerreglement zu unterwerfen, weil andernfalls unter ihrer Mitwirkung zustande gekommene Spielertransfers oder Vertragsabschlüsse zwischen Spielern und einem Fußballclub vom Fußballverband als rechtlich unwirksam eingestuft würden. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung von Spielervermittlerreglements nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[909] betroffen. 557

907 So im Ansatz auch *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, 15 im Hinblick auf eine etwaige Einführung von Gehaltsobergrenzen für Spielervermittler.

908 Wie hier auch OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (173); OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 66 ff.; nicht ausdrückl., aber der Sache nach LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266 f.); a.A. LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 98–100.

909 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

558 Der Sportverbänden zustehende und gerichtlich überprüfbare Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[910] ist bei der konkreten Ausgestaltung eines Spielervermittlerreglements umso kleiner und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso größer, je weiter sich die streitgegenständliche Verbandsvorschrift oder -maßnahme von der reinen Sportausübung selbst entfernt.[911] Wegen der stark wirtschaftlich geprägten Motivation vieler Vorschriften wird der dem Verband verbleibende Ermessens- und Beurteilungsspielraum oftmals eher begrenzt sein.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Regelungsbefugnis der Fußballverbände und deren Reichweite

559 Bereits frühzeitig stellte das EuG in der Rechtssache *Piau*, welche die Vereinbarkeit einer früheren Fassung des FIFA-Spielervermittlerreglements mit den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht betraf,[912] die ebenso spannende wie interessante, letztlich aber unbeantwortet gebliebene Frage nach der Regelungskompetenz des Fußballverbandes (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[913]

> „76. Was die – vom Kläger verneinte – Befugnis der FIFA angeht, eine solche Regelung zu erlassen, bei der es nicht um sportliche Belange geht, sondern die eine wirtschaftliche Tätigkeit im Umfeld der fraglichen sportlichen Betätigung regelt und Grundfreiheiten berührt, so stellt sich angesichts der den Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätze, auf die sich die Europäische Union gründet, tatsächlich die **Frage nach der Rechtsetzungsbefugnis, die sich eine private Einrichtung wie die FIFA zumisst, deren Hauptzweck die Förderung des Fußballs ist** (…).
>
> 77. Es kann nämlich nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Regelung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die weder den spezifischen Charakter des Sports noch die Organisationsfreiheit der Sportverbände betrifft, durch **eine privatrechtliche Einrichtung wie die FIFA, der hierzu keinerlei hoheitliche Befugnisse übertragen worden sind**, grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, besonders soweit es um die gebotene Beachtung der bürgerlichen und wirtschaftlichen Freiheiten geht.
>
> 78. Eine solche die Grundfreiheiten berührende Reglementierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Träger hoheitlicher Gewalt. Trotzdem kann im vorliegenden Fall die **Rechtsetzungsbefugnis, die angesichts des fast völligen Fehlens nationaler Regelungen von der FIFA ausgeübt wird**, nur insoweit nachgeprüft werden, als sie die Wettbewerbsregeln, nach denen die Recht-

910 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

911 So der Sache nach auch OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 90 im Hinblick auf die Festlegung der mit einem Spielervermittlerreglement verfolgten legitimen Zielsetzungen durch den Fußballverband.

912 S. hierzu zuletzt auch *Prazeller* Rn. 93–97.

913 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 76–78 = SpuRt 2005, 102 – Piau.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> mäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beurteilen ist, berührt, ohne dass die Erwägungen darüber, auf welcher Rechtsgrundlage die FIFA eine rechtsetzende Tätigkeit ausüben kann, hier Gegenstand einer gerichtlichen Nachprüfung sein können, so beachtlich sie auch sein mögen."

Auch das LG Frankfurt/Main erkannte die Problematik, hat letztlich aber die Regelungsbefugnis des DFB nicht ernsthaft infrage gestellt:[914] 560

> „Hier geht es jedoch darum, dass die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Monopolstellung Dritte faktisch in die Verbandsherrschaft zwingt, indem sie Verbandsangehörige mit Sanktionen bedroht, sollten diese nicht auf die Antragstellerin im Sinne einer Zustimmung zur Vermittlererklärung einwirken."

Ebenso ist zuletzt *Podszun* mit der Problematik umgegangen:[915] 561

> „In der Sache legt hier also der DFB als Vereinigung der Nachfrager der Leistung von Spielern fest, zu welchen Bedingungen diese sich der Hilfe solcher Personen bedienen dürfen, die sie – die Spieler – in Vertragsverhandlungen beraten sollen. Das ist, gelinde ausgedrückt, ein erstaunlich weitreichender Anspruch der Vereine, die sich in die Entscheidungsfreiheit der Spieler einmischen. Man stelle sich vor, eine Supermarktkette würde Lebensmittellieferanten vorschreiben, welche Merkmale Rechtsanwaltskanzleien aufzuweisen haben, von denen sich die Lieferanten bei Vertragsverhandlungen beraten lassen. Zugleich werden die Bedingungen abgestimmt, zu denen die in den Fußballverbänden zusammengeschlossenen Vereine Leistungen von Spielerberatern beziehen."

Soweit ersichtlich, hat bislang allein *L. Breuer* den Fußballverbänden ausdrücklich die Regelungskompetenz abgesprochen und daraus den Schluss einer Unwirksamkeit der gesamten Verbandsvorschriften zur Regelung der Tätigkeiten von Spielervermittlern gezogen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[916] 562

> „Demgegenüber stellte das **Spielervermittler-Reglement der FIFA, das unter anderem eine Prüfungsordnung und persönliche Zulassungsvoraussetzungen umfasste**, eine **subjektive Berufszulassungsregelung für den selbstständigen Beruf des Spielervermittlers** dar. Verschärfend kommt hinzu, dass die FIFA eine Berufszulassungsregelung für Externe erlassen hat; die Spielervermittler sind also durch eine private ‚Fremdregulierung' in ihrer Berufswahl eingeschränkt worden. In Deutschland hat das BVerfG in der Facharztentscheidung festgestellt, dass die widerstreitenden Gruppeninteressen und die Gefahr der Dominanz sachfremder Erwägungen es erforderlich machen, jedenfalls **den Erlass statusbildender Normen mit Außenwirkung dem parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten** (BVerfGE 33, 125 (160 ff.)). Bei Anlegung dieses Maßstabs bleibt nur ein Schluss übrig: **Eine Berufszulassungsordnung für Spielervermittler kann nicht von einem Sportverband erlassen werden.**"

Gegen einen solchen *prima facie* konsequent anmutenden Schritt sprechen indes verschiedene Gründe: 563

914 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (267 f.).
915 *Podszun* NZKart 2021, 138 (139); gleichfalls Zweifel an der Regelungskompetenz äußernd *Jungheim* 96; *Wackerbeck* SpuRt 2015, 56 (59); offengelassen von *Magg* 94 und *Heermann* ZWeR 2017, 24 (34).
916 *L. Breuer* 696 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

564 – Die von *L. Breuer* gegen eine alte Fassung des FIFA-Spielervermittlerreglements aus deutscher Perspektive vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken sind überzeugend und wiegen schwer. Indes wurde das alte FIFA-Spielervermittlerreglement in der Folge grundlegend geändert, die Prüfungsordnung entfiel ganz, die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen wurden stark reduziert. Daher darf bezweifelt werden, dass das vom DFB übernommene Spielervermittlerreglement, in Kraft getreten am 1.4.2015, in dieser Fassung tatsächlich „statusbildende Normen" umfasst. Es bleibt indes abzuwarten, inwieweit die derzeit (Stand: 7.2.2022) für das Jahr 2022 erwartete Reform des FIFA-Spielervermittlerreglements[917] neue rechtliche Angriffspunkte bieten wird.

565 – Zudem lassen sich gewisse Auswüchse und Exzesse auf dem Markt für Spielervermittler kaum leugnen. Allerdings machen es die Besonderheiten des Fußballmarktes keineswegs „zu einer Gerechtigkeitsfrage, dass Spieler in diesem System Beratung erfahren"[918] – jedenfalls ist eine Beratung durch professionelle Spielervermittler nicht zwingend erforderlich. So kommt auf dem Markt immer noch ein sehr großer Anteil an Spielertransfers und Vertragsabschlüssen ohne Einschaltung von Spielervermittlern zustande.[919] Mitunter ist diese Aufgabe von sog. Spielerfrauen übernommen worden, auch Eltern üben gerade bei jüngeren Spielern vielfach eine beratende Funktion aus. Zuletzt haben im Frühjahr 2021 sogar Top-Spieler wie *Kevin de Bruyne* und *Joshua Kimmich* bei Vertragsverlängerungen bewusst auf die Dienste von Spielervermittlern oder -beratern verzichtet, sondern ihre Geschicke weitgehend selbst in die Hand genommen. Bei diesen Spielern hat sich vielleicht die Überzeugung durchgesetzt, dass man die bei der Einschaltung von Spielervermittlern an diese von den betroffenen Fußballclubs zu zahlenden Millionenbeträge besser – zumindest zu einem gewissen Teil – *on top* in die eigenen Taschen umleiten sollte. Sollten diese Fälle zunehmen, könnte eine gewisse, wenngleich vermutlich sehr begrenzte Selbstregulierung des Marktes die Folge sein.

566 – Sodann ist es nicht ungewöhnlich, dass Sportverbände Verbandsstatuten aufstellen, die sich (un)mittelbar wettbewerbsbeschränkend auf verbandsunabhängige Dritte auswirken.[920]

917 → XIII. Rn. 549 m.w.N.
918 So *Podszun* NZKart 2021, 138 (139).
919 Insoweit überaus informativ *FIFA*, Intermediaries in International Transfers 2020 – Men and Women Professional Football, 2020, abrufbar unter https://resources.fifa.com/image/upload/intermediaries-in-international-transfers-2020.pdf?cloudid=evtcspxhxl9pqov1dfyz; *FIFA*, Global Transfer Report 2021, abrufbar unter https://digitalhub.fifa.com/m/2b542d3b011270f/original/FIFA-Global-Transfer-Report-2021-2022-indd.pdf (jew. zuletzt besucht am 7.2.2022); s. hierzu auch *Prazeller* Rn. 23.
920 Ausf. hierzu sowie zu den damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen → XII. Rn. 1 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Warum sollten Fußballverbände den immer höhere Summen verschlingenden Aktivitäten nicht durchweg fachlich qualifizierter Spielervermittler tatenlos zusehen, nachdem der europäische Gesetzgeber sowie viele nationale Gesetzgeber Anregungen zu einem Einschreiten nicht nachgekommen sind? Wer könnte stattdessen die aufgetretenen Probleme besser beurteilen als die Fußballverbände und die Fußballclubs als deren Mitglieder? Es ist kaum zu erwarten, dass denkbare Selbstverpflichtungen etwa einer Vereinigung der Spielervermittler gleich effektiv sein würden, weil bei diesen eine gewisse „Beißhemmung" in eigenen Angelegenheiten zu vermuten wäre und zudem keine Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Nichtmitgliedern bestünden. Was also sollte Fußballverbände aus rechtlicher Sicht daran hindern, etwa hierzulande, gestützt auf Art. 2 GG und die daraus ableitbare Privatautonomie, private Regelwerke zu erlassen, selbst wenn diese sich unmittelbar auch an die dem Verband regelmäßig nicht angehörigen Spielervermittler richten?[921] Voraussetzung bleibt freilich, dass es sich nicht um eine rein „subjektive Berufszulassungsregelung für den selbstständigen Beruf des Spielervermittlers" handelt. Natürlich bleibt der Einwand, dass Spielervermittler letztlich faktisch gezwungen werden, sich den Spielervermittlerreglements zu unterworfen, um die rechtliche Wirksamkeit eines Spielertransfers oder Vertragsabschlusses nicht zu gefährden. Dies geht jedoch einher mit einem nur sehr begrenzten Beurteilungs- und Ermessenspielraum, der den jeweiligen Fußballverbänden verbleibt, sowie mit einer vergleichsweise scharfen (kartell)rechtlichen Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Statuten und darauf gestützter Verbandsmaßnahmen. 567

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass Sportverbänden zumindest in gewissen Grenzen nicht die Kompetenz abgesprochen werden kann, in ihren Verbandsstatuten auch Vorschriften aufzustellen, die die Tätigkeit von Spielervermittlern als verbandsunabhängigen Dritten reglementieren sollen. 568

(2) Wettbewerbsbeschränkung[922]

Es wird allgemein davon ausgegangen, dass etwa von Fußballverbänden eingeführte Spielervermittlerreglements zu Wettbewerbsbeschränkungen führen.[923] Durch solche Verbandsregelungen wird die unternehmerische Handlungsfreiheit 569

921 In diesem Sinne *Seyb* 172.

922 Hierzu → VI. Rn. 12.

923 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (265); OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (173); OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 63; *Magg* 101 ff. mit alleiniger Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV als Rechtfertigungsgrund; ebenso *Prazeller* Rn. 121–138 im Hinblick auf die angeblich geplante Deckelung der Provisionen von Spielervermittlern; im Ansatz ähnl. *Podszun* NZKart 2021, 138 (141); *Seyb* 172 ff. mit anschließender Prüfung des *Meca-Medina*-Tests als Rechtfertigungsgrund.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der an die Verbandsstatuten gebundenen Mitglieder, d.h. der Fußballclubs, der über Lizenzverträge hieran gebundenen Spieler und schließlich der zur vertraglichen Unterwerfung faktisch gezwungenen Spielervermittler deutlich eingeschränkt. Sofern Spielervermittler in einen Spielertransfer oder einen Vertragsabschluss bzw. eine Vertragsverlängerung einbezogen werden, sind die Handlungsspielräume der genannten Beteiligten spürbar eingeschränkt.

(3) Legitime Zielsetzung[924]

570 Bei der rechtlichen Würdigung potentieller legitimer Zielsetzungen von wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften in Spielervermittlerreglements ist einem besonderen Umstand Rechnung zu tragen, der auf die meisten anderen Verbandsstatuten nicht zutrifft, die untrennbar mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs verbunden sind. So sind verschiedene Aspekte der Vermittlertätigkeit bereits durch unterschiedliche staatliche Gesetze geregelt, wozu in Deutschland insbesondere folgende Normenkomplexe zählen: §§ 652 ff. BGB für Maklerträge; §§ 291 ff. SGB III für die Arbeitsvermittlung durch Dritte; §§ 296 Abs. 3 Satz 1, 301 SGB III i.V.m. § 1 Nr. 4 Vermittler-Vergütungsverordnung hinsichtlich der Vergütungshöhe des Vermittlers; § 14 GewO für die Anmeldung eines Gewerbes und § 35 GewO im Hinblick auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden; §§ 104 ff., 1626 ff. BGB hinsichtlich des Schutzes Minderjähriger. Verbandsaktivitäten gegenüber verbandsunabhängigen Dritten wie Spielervermittlern fallen grundsätzlich nicht in den von Art. 9 Abs. 1 GG allein geschützten „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit".[925] Damit können die mit einem Spielervermittlerreglement verfolgten Zielsetzungen insbesondere dann legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests sein, wenn sie den in Gesetzesregelungen bereits zum Ausdruck gebrachten staatlichen Interessen nicht zuwiderlaufen oder aber Bereiche betreffen, die der Staat bislang nicht abschließend geregelt hat.[926] Dieser Zusammenhang wurde zuletzt auch in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage verschiedener Abgeordneter der Fraktion der Freien Demokratischen Partei (FDP) zur Situation der Arbeitsvermittler im Sport (insbesondere zur Vergütungshöhe) herausgestellt.[927]

571 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sollen nunmehr einige (legitime) Zielsetzungen gewürdigt werden, die von verschiedenen Seiten Spielervermittlerreglements im Allgemeinen oder einzelnen Vorschriften hieraus zugesprochen worden sind:

924 Hierzu ausf. → VI. Rn. 176–284 m.w.N.
925 → XII. Rn. 20–43 m.w.N.
926 *Seyb* 173.
927 BT-Drucks. 19/22038 v. 2.9.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

572 Im Jahr 2005 betonte das EuG in der Rechtssache *Piau* „das doppelte Ziel einer Professionalisierung und einer Verbesserung der Ethik der Tätigkeit des Spielervermittlers“,[928] welches mit dem seinerzeit streitgegenständlichen Spielervermittlerreglement verfolgt werde; dieses sei zudem geeignet „zu einer Selektion in qualitativer Hinsicht“.[929] Das EuG konnte sich dabei freilich noch nicht im Kontext mit dem *Meca-Medina*-Test äußern, weil der EuGH diesen erst im Folgejahr für den Sportsektor entwickelte. Zudem sind die genannten Zielsetzungen zu unbestimmt, um als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden zu können. Dies gilt auch für die Feststellung des OLG Frankfurt,[930] mit dem DFB-Reglement für Spielervermittlung werde der Schutz der Integrität und der Funktionsfähigkeit des sportlichen Wettbewerbs verfolgt.[931] Die Integrität des sportlichen Wettbewerbs hat sich inzwischen zu einem fast reflexartig bemühten Terminus entwickelt, mit dem Sportverbände und deren juristische Berater glauben, nahezu jede von Verbandstatuten ausgehende Wettbewerbsbeschränkung im Lichte des *Meca-Medina*-Tests rechtfertigen zu können. Allerdings müssen die mit einer konkreten Verbandsvorschrift verfolgten Teilaspekte der Integrität des sportlichen Wettbewerbs genau herausgearbeitet und benannt werden, da andernfalls eine Zurückweisung entsprechender Ausführungen durch die zuständige Kartellbehörde oder das befasste Gericht als zu unbestimmt oder unsubstantiiert droht.

573 Die Pflicht zur Vorlage eines qualifizierten Führungszeugnisses durch Spielervermittler ist mit dem Ziel begründet worden, dadurch Kontrolle über den Markt für Spielervermittler und Transparenz auf dem Spielervermittlermarkt zu erhalten, indes ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bislang kontrovers beurteilt worden.[932] In jedem Fall leuchtet das Bestreben der Fußballverbände ein, einen Überblick über die auf dem Markt tätigen Spielervermittler zu erhalten.[933] Über die Kohärenz und Stringenz der Zielverfolgung[934] sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der jeweiligen Maßnahme kann freilich nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls eine Aussage getroffen werden. In diesem Zusammenhang ist die Unterwerfung der Spielervermittler unter die geltenden Statuten, Satzungen und Regularien

928 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 102 = SpuRt 2005, 102 – Piau.
929 EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 103 = SpuRt 2005, 102 – Piau.
930 OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (173); ähnl. OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 84, 88, 98, 130 f., 137, 155.
931 So auch schon *Seyb* 173, der überzeugend Entsprechendes für das Ziel des Schutzes vor unseriösen Beratern annimmt.
932 Eine Verhältnismäßigkeit annehmend OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 95 ff.; LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266); a.A. OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (175).
933 So auch *Seyb* 176 im Hinblick auf eine Registrierungspflicht für Spielervermittler.
934 Diesen Prüfungsaspekt gleichfalls betonend *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von DFB, DFL und FIFA bereits wiederholt als unverhältnismäßig eingestuft worden.[935]

574 Es ist davon ausgegangen worden, mit der Offenlegungspflicht des Spielers und/oder des Vereins gegenüber dem Verband hinsichtlich der Vergütungen und Zahlungen werde das legitime Ziel der Gewährleistung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Spielervermittlungen verfolgt,[936] wobei die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung verhältnismäßig sei.[937] Hierbei soll nach Auffassung von *Seyb* das nach deutschem Recht in § 654 BGB ausgedrückte Leitbild, wonach ein Makler nicht auf beiden Seiten eines Vertragsschlusses tätig werden darf, in zulässiger Weise konkretisiert werden.[938]

575 Im Hinblick auf ein Verbot der Bezahlung einer Vermittlervergütung bei der Vermittlung Minderjähriger sind wenig überraschend der Minderjährigenschutz als legitime Zielsetzung und sodann die konkrete Maßnahme als verhältnismäßig eingestuft worden.[939] Man mag an dieser Stelle einwenden, die Belange Minderjähriger würden nach deutschem Recht bereits über die §§ 104 ff., 1626 ff. BGB geschützt, weil die Eltern und in Ausnahmefällen das Familiengericht (§§ 1819 ff. BGB) Rechtsgeschäften mit Minderjährigen zustimmen oder diese genehmigen müssten. Bei genauer Betrachtung wird durch die eingangs beschriebene Verbandsvorschrift letztlich aber der durch die §§ 1626 ff. BGB nur schwer abzusichernde Bereich der elterlichen Sorge im Einklang mit staatlichen Zielvorstellungen gehandhabt.[940]

576 Über die Ziele, die mit der angeblich geplanten, bis zum Beginn des Jahres 2022 aber noch nicht umgesetzten Reform des FIFA-Spielervermittlerreglements[941] verfolgt werden sollen, lässt sich derzeit in Unkenntnis der genauen Ausgestaltung der künftigen Regelungen nur spekulieren, auch wenn die FIFA hierzu bereits eine erste Stellungnahme abgegeben hat.[942] Daher sollen und können hierzu an dieser Stelle seriöserweise noch keine rechtlichen Einschätzungen abgegeben werden.

935 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266); OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 106 ff.; teilweise ebenso OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (174), wenngleich die Frage offenlassend, ob insoweit überhaupt eine legitime Zielsetzung verfolgt wird.

936 OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (175).

937 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266 f.); OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (175); OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 186 ff.

938 *Seyb* 175.

939 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (266 f.); OLG Frankfurt SpuRt 2016, 173 (174).

940 *Seyb* 175.

941 → XIII. Rn. 549 m.w.N.

942 *FIFA*, Pressemitteilung v. 22.1.2020 („Reform proposals concerning football agents' regulations"): Schutz der Interessen der Spieler und des Fußballs; Entschädigungsbeschränkung für Spielervermittler zur Vermeidung exzessiver und missbräuchlicher Praktiken.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Exkurs: Pflicht der Spielervermittler zur Vergütung der von ihnen genutzten Vorleistungen der Fußballverbände?

577 Einen Vorschlag für eine zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Pflicht für Spielervermittler, der die bei der Regulierung der Spielervermittlertätigkeiten bislang schon überaus kreativen und findigen Fußballverbände aufhorchen lassen dürfte, hat zuletzt *Seyb* unterbreitet.[943] So habe die in Deutschland auf Art. 9 GG gestützte Tätigkeit der Fußballverbände zur Organisation des professionellen Fußballsports geführt. Das damit zusammenhängend entwickelte Transfersystem habe in der Folge den Markt für Spielervermittlungen entstehen lassen. Die Vermittler würden somit vom Verband erbrachte Vorleistungen kostenlos ausnutzen, ohne dafür irgendeine Form der Gegenleistung erbringen zu müssen. Ebenso sei der Bestand des Marktes davon abhängig, dass die Verbände weiterhin Organisationsleistungen erbrächten. Diese Organisation des Sports, durchgeführt in der Form des europäischen Sportmodells, liege im öffentlichen Interesse. Wenn die Vermittler von der Verbandstätigkeit profitierten, erscheine es angemessen, dem Verband hierfür eine gewisse Vergütung zuzugestehen.

578 Können die Fußballverbände also mit einer Aufbesserung ihrer während der COVID-19-Pandemie erheblich geschrumpften Einnahmen durch die Spielervermittler planen? *De lege lata* werden sich entsprechende Hoffnungen nicht erfüllen. Allenfalls eine Entschädigung für die verwaltenden Tätigkeiten der Sportverbände im Zusammenhang mit dem Spielervermittlerreglement wäre durchsetzbar, indes nicht eine Beteiligung an den teilweise sehr hohen Einnahmen der Spielervermittler. *Seybs* Vorschlag knüpft fast nahtlos an das aus wirtschaftlicher Sicht durchaus nachvollziehbare Bestreben der Sportverbände und dabei insbesondere der Fußballverbände an, möglichst viele eigene Leistungen und Angebote zu möglichst viel Geld zu machen. So versucht man, all diejenigen unternehmerisch tätigen Dritten, die von den seitens eines Fußballverbandes erbrachten Vorleistungen (z.B. dem Ligaspielbetrieb) profitieren, „zur Kasse zu bitten" und/oder den betreffenden angrenzenden Markt zu regulieren. Ein solches Streben ist unproblematisch, sofern ein Fußballverband wie die DFL etwa im Wege der zentralen Vermarktung der Medienrechte an den (Live-)Spielen der Fußballbundesligen durch Spezialgesetze (etwa durch das Urheberrechtsgesetz) und/oder durch das Hausrecht an der Sportstätte geschützte und lizenzierbare Rechtspositionen Medienanbietern zur (exklusiven) Nutzung überlässt.[944] Wenn solche verbandseigenen Rechtspositionen jedoch nicht existieren, nutzen diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Geschäftsmodell an die Vorleistungen der DFL anknüpfen, letztlich gemeinfreie Leistungen.

943 *Seyb* 176, 229–231.
944 → XIII. Rn. 709–880 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

579 Nur aufgrund dieser Rechtslage können zahlreiche Anbieter von (Online-)Sportwetten, von denen etwa in den Halbzeitpausen der Live-Übertragungen von Spielen der Fußballbundesliga, der UEFA Champions League oder der UEFA Europa League zumeist drei oder vier nacheinander auf ihre Angebote aufmerksam machen, im Sportwettenmarkt jährlich Milliardenumsätze erzielen, ohne der DFL hierfür eine Vergütung etwa in Form einer Umsatzbeteiligung zahlen zu müssen. Eine Ankündigung der DFL im Frühsommer 2011, dass die Spielpläne der Bundesliga und der 2. Bundesliga ab Januar 2012 zu kommerziellen Zwecken grundsätzlich nur noch gegen Entrichtung einer Lizenzgebühr sollten genutzt werden können (womit man insbesondere an den immensen Einnahmen der Sportwettenanbieter partizipieren wollte), wurde Ende 2011 kurzfristig klammheimlich rückgängig gemacht. Der Grund war simpel: Diese Spielpläne sind nach deutschem Urheberrecht weder als Datenbankwerk gem. § 4 Nr. 2 UrhG noch als Datenbank gem. § 87a Abs. 1 UrhG noch über die lauterkeitsrechtliche Generalklausel schutzfähig,[945] obwohl der Verband, gestützt auf die Expertise der Verbandsjuristen, zuvor nicht müde geworden war, das Gegenteil zu behaupten. Sogar bis heute halten Verbandsjuristen an dieser Rechtsauffassung fest,[946] ohne dass diese jedoch jemals gegen die Sportwettenanbieter erfolgreich durchgesetzt worden wäre. Seither sind diese übrigens als Sponsoren im Sport hochwillkommen. So holte sich die DFL in der Folge – wie zuvor schon die meisten Bundesligaclubs – einen Sportwettenanbieter als „Offiziellen Partner" mit ins Boot.[947]

580 Nicht recht in den Griff bekommen Fußballverbände jedoch das sog. Ambush Marketing, d.h. Werbemaßnahmen von Unternehmen, die sich darin ohne Verletzung etwaiger gesetzlich geschützter Rechtspositionen der Sportverbände assoziativ und mehr oder weniger subtil an deren Sportveranstaltungen anlehnen und dabei von deren Gemeinfreiheit profitieren.[948] Mögen diese Unternehmen im Wege einer sprachlichen Vorverurteilung auch als Ambusher, d.h. Angreifer aus dem Hinterhalt, bezeichnet werden, so ist diese Begrifflichkeit zumeist doch irreführend, solange beim Ambush Marketing nicht etwa durch das Urheber- oder Markenrecht oder durch das Hausrecht geschützte Rechte des Sportveranstalters oder -verbandes verletzt werden.

581 Warum also sollten bei dieser rechtlichen Ausgangslage Spielervermittler, die sicherlich an finanziell erhebliche, indes gemeinfreie Vorleistungen der Fußballverbände anknüpfen, diesen dafür „eine gewisse Vergütung" zahlen?

945 So bereits *Heermann/John* K&R 2011, 753 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.
946 Stopper/Lentze/*Paepke/Blask* Kap. 14 Rn. 48–51.
947 *DFL*, Mitteilung v. 3.12.2020 („Tipico bleibt Offizieller Partner der Bundesliga und 2. Bundesliga"), abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/kooperation-verlaengert-tipico-bleibt-offizieller-partner-der-bundesliga-und-2-bundesliga/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).
948 Zu den rechtlichen Grenzen des sog. Ambush-Marketings s. stellvertr. *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 53 ff. und Stopper/Lentze/*Heermann* Kap. 7 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[949]

582 Die in Spielervermittlerreglements enthaltenen Vorschriften zu Registrierungs- und Offenlegungspflichten sowie zum Verbot der Vermittlung minderjähriger Spieler sind untrennbar mit den dadurch verfolgten legitimen Zielen verbunden.[950] Diese Regelungen müssen darüber hinaus schließlich noch verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich[951] und verhältnismäßig sein. Insoweit müssen etwa die Transparenzpflichten auf das erforderliche Mindestmaß beschränkt werden. Dies gilt umso mehr, wenn die offengelegten Daten vom Fußballverband dazu genutzt werden sollten, auf dem Vermittlungsmarkt selbst wirtschaftliche Tätigkeiten zu entfalten[952] (z.B. durch Auswertung und Aufbereitung der sensiblen Daten mit nachfolgender kommerzieller Verwertung).

583 Das Verbot der Vermittlung minderjähriger Spieler wirkt sich zwar auf den ersten Blick für letztere (und deren Eltern) sowie natürlich auch für die Spielervermittler selbst negativ auf die Möglichkeit der Erzielung von Einkünften aus. Allerdings darf nicht vernachlässigt werden, dass Spielervermittlerreglements zumeist *Beratungs*leistungen der Spielervermittler nicht untersagen. Damit können die Nachwuchskicker und ihre Eltern bei der Karriereplanung durchaus die Dienste erfahrener Spielervermittler in Anspruch nehmen, was je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls im Hinblick auf die Gewährleistung eines konsequenten Minderjährigenschutzes als erforderlich und verhältnismäßig eingestuft werden kann.[953]

(6) Art. 101 Abs. 3 AEUV

584 Wenn die in Spielervermittlerreglements enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften die relativ strengen Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests nicht erfüllen sollten, verbleibt immer noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.[954] Die Stellungnahmen im monographischen Schrifttum zu Spielervermittlerreglements sind insoweit wenig hilfreich, wenngleich aufgrund des Schutzes der Spieler vor unseriösen Beratern eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht gezogen wird.[955] Wesentlich ausführlicher ist

949 Hierzu ausf. → VI. Rn. 285–315 m.w.N.
950 *Seyb* 176; a.A. *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (79 f.).
951 Insoweit zweifelnd *Soldner/Gastell* SpoPrax 2022, 74 (79).
952 *Seyb* 176.
953 So *Seyb* 176 f.; i.Erg. auch OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 37096, Rn. 164 ff.
954 Ausf. hierzu → VI. Rn. 362–372 m.w.N.
955 Sehr oberflächlich und ohne sachgerechte Subsumtion so i.Erg. *Leonhardt* 37; vgl. auch *Magg* 103. Zuletzt hat *Prazeller* Rn. 110–138 die angeblich geplante, aber zumindest bis Anfang 2022 noch nicht umgesetzte Deckelung der Provisionen von Spielervermittlern als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV eingestuft, die auch nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden könne.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insoweit die Auseinandersetzung des LG Frankfurt/Main[956] mit einzelnen Vorschriften des DFB-Reglements für Spielervermittler im Lichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV. Auffällig ist dabei, dass das Gericht wiederholt rechtliche Argumentationsmuster des im konkreten Fall eigentlich für unanwendbar erklärten *Meca-Medina*-Tests[957] bemühte.

585 Wie schwierig und komplex sich eine Subsumtion der von Spielervermittlerreglements ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen unter Art. 101 Abs. 3 AEUV gestaltet, sei hier anhand entsprechender Erwägungen von *Podszun* veranschaulicht:[958]

> „Die Sicherstellung der Integrität des Sports ist nicht nur begrifflich schwer zu fassen, sondern kein Gesichtspunkt, der als wettbewerbsfördernd unter Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden könnte. Gleiches gilt auch für den gelegentlich angeführten Minderjährigenschutz. Dieser obliegt dem Gesetzgeber, und ist nicht durch einen Sportverband über die koordinierte finanzielle Anreizsetzung für andere Marktteilnehmer zu regeln."

Dieser rechtlichen Einschätzung ist im Hinblick auf die mit einem Spielervermittlerreglement beabsichtigte „Sicherstellung der Integrität des Sports" zuzustimmen, zumal dieser Aspekt auch hier vorangehend als zu unbestimmt für eine Anerkennung als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests angesehen worden ist.[959] Im gleichen Zusammenhang hat sich jedoch herausgestellt, dass der Minderjährigenschutz als legitime Zielsetzung in Betracht kommt, sofern ein Sportverband sich mit entsprechenden wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften nicht in Widerspruch zu den bestehenden gesetzlichen Wertungen setzt, sondern diese nur konkretisiert.

586 Nachfolgend heißt es bei *Podszun*:[960]

> „Eine Abwägung mit Allgemeininteressen ist im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zutreffenderweise nur möglich, soweit sie unter die vier Voraussetzungen subsumiert werden können. Für Art. 101 Abs. 3 AEUV sind auch im Übrigen keine Besonderheiten für die Sportbranche ersichtlich. Eine Ausnahme bildet bestenfalls die Idee der competitive balance."

Letztgenannte Aussage stimmt mit den zuvor ermittelten Ergebnissen überein. Die Gewährleistung oder Annäherung an eine sog. *competitive balance* scheidet nach hier vertretener, indes umstrittener Rechtsauffassung[961] aus verschiedenen Gründen regelmäßig als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests aus. Stattdessen kann der Gesichtspunkt der *competitive balance* aber im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft werden, was freilich voraussetzt, dass

956 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 102–128.
957 Zur Kritik an dieser Vorgehensweise des LG Frankfurt/Main → VI. Rn. 367–371 m.w.N.
958 *Podszun* NZKart 2021, 138 (144 f.).
959 → XIII. Rn. 572.
960 *Podszun* NZKart 2021, 138 (145).
961 → VI. Rn. 213–236 m.w.N. zum Meinungsstand.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieses mittels einer wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift oder -maßnahme anzustrebende Ziel konkretisiert wird.

Sodann fährt *Podszun* in folgender Weise fort:[962] 587

> „Danach soll im Sport als Verbesserung des Produkts gelten, dass ein wettbewerbliches Gleichgewicht hergestellt wird: Die Balance zwischen den verschiedenen Vereinen, die beispielsweise in der Fußball-Bundesliga gegeneinander antreten, soll so beschaffen sein, dass eine gewisse Spannung erhalten bleibt – und nicht jedes Jahr alternativlos der FC Bayern München gewinnt."

Podszun erachtet offenbar eine sog. *championship uncertainty* als ausreichend, um eine *competitive balance* annehmen zu können. Das ist durchaus vertretbar, wobei andere den Begriff der *competitive balance* sogar nur im Sinne einer *game uncertainty* oder aber in anderer Weise interpretieren würden. Obgleich das – fast durchweg nur angeblich – kohärent und stringent angestrebte Ziel einer *competitive balance* in den letzten Jahren zunehmend pauschal zur Rechtfertigung höchst unterschiedlicher Wettbewerbsbeschränkungen im Sport bemüht worden ist, herrscht indes nicht ansatzweise ein allgemeiner Konsens über die konkrete Begriffsbedeutung. Maßgeblich kann insoweit letztlich aber nur die Einschätzung des Sportverbandes sein, welches Maß an *competitive balance* er mit der jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Regelung vorfolgen will.

Abschließend stellt *Podszun* fest:[963] 588

> „Dieser Gedanke, der im deutschen Sport bislang eine untergeordnete Rolle spielt, wird in keiner Weise durch die Einschränkung der Tätigkeit von Spielervermittlern durchgesetzt. Jedenfalls gäbe es andere Ansatzpunkte zur Erreichung einer competitive balance."

Es trifft zu, dass die bisherige (Stand: 7.2.2022) Form der Regulierung der Tätigkeiten von Spielervermittlern in keiner Weise zur Erreichung einer wie auch immer gearteten *competitive balance* beiträgt. Zu den erwähnten „andere[n] Ansatzpunkte[n]" rechnet *Podszun* sodann die kartellrechtlich hochumstrittene sog. 50+1-Regel.[964] Dabei spricht die Erfahrung der letzten Jahre eher dafür, dass diejenigen Fußballclubs in der Bundesliga, für die die 50+1-Regel aufgrund einer Ausnahmeregelung nicht (mehr) gilt (Bayer 04 Leverkusen, VfL Wolfsburg, TSG 1899 Hoffenheim) oder faktisch keine Wirkung entfaltet (RasenBallsport Leipzig), über größere wirtschaftliche und letztlich auch sportliche Stabilität verfügen als die meisten anderen Fußballclubs. Bestätigt wird diese Einschätzung dadurch, dass einzelne der genannten Fußballclubs seit Einführung der 50+1-Regel im Jahr 1999 zwar in insgesamt sehr wenigen Fällen in Abstiegsgefahr gerieten, dann aber letztlich doch erfolgreich die höchste Spielklasse halten konnten oder gar international auftrumpften. Wie soll also die 50+1-Regel zu einer

962 *Podszun* NZKart 2021, 138 (145).
963 *Podszun* NZKart 2021, 138 (145).
964 → III. Rn. 268–310 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Annäherung an das Ziel einer wie auch immer gearteten *competitive balance* (auf nationaler und/oder europäischer Ebene?) beitragen können, zumal wenn vergleichbare Investitionsbeschränkungen im europäischen Ausland nicht bestehen?

589 Letztlich wird man im Vorhinein keine pauschale Antwort geben können, ob Wettbewerbsbeschränkungen, die auf einzelne Vorschriften in Spielervermittlerreglements oder darauf gestützte Verbandsmaßnahmen zurückgehen, nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden können. Eine solche rechtliche Bewertung wäre in Unkenntnis der konkreten Umstände des Einzelfalls, die das juristische Pendel sowohl in die eine als auch in die andere Richtung ausschlagen lassen können, nicht belastbar, wenn nicht sogar unseriös.

(7) Art. 102 AEUV

590 Bisher sind Verstöße einzelner Vorschriften von Spielervermittlerreglements gegen Art. 102 AEUV zumeist mit kurzer und knapper Begründung abgelehnt worden.[965] Eine marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes, der ein Spielervermittlerreglement erlassen hat, wird man regelmäßig nicht mit der Begründung ablehnen können, dass die Dienstleistungen der Spielervermittler allein von Fußballclubs und deren Spielern nachgefragt würden, jedoch nicht vom Sportverband selbst. Denn letzterer wird sich über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung[966] die entsprechenden Aktivitäten seiner (un)mittelbaren Mitglieder, d.h. der Fußballclubs, sowie der durch Lizenzverträge an eine Sportliga und damit auch an den Sportverband gebundenen Spieler zurechnen lassen müssen. Soweit etwaige Wettbewerbsbeschränkungen über den auch auf Art. 102 AEUV anwendbaren *Meca-Medina*-Test[967] gerechtfertigt werden können, scheidet der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus. Im Übrigen muss die Frage einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls entschieden werden.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

591 Zuzustimmen ist der im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 geäußerten Einschätzung,[968] dass Verbandsvorschriften, die die Tätigkeit von Spielervermittlern regulieren, im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit

965 LG Frankfurt/Main SpuRt 2015, 263 (268); LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 129 f.; *Leonhardt* 37 f.; *Seyb* 177–179. Zuletzt hat *Prazeller* Rn. 141–148 die angeblich geplante, aber zumindest bis Anfang 2022 noch nicht umgesetzte Deckelung der Provisionen von Spielervermittlern als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV eingestuft.

966 → VII. Rn. 16–37.

967 → VII. Rn. 67–71.

968 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 101 und 102 AEUV vorbehaltlich der Möglichkeit einer Rechtfertigung „a higher likelihood of problems" aufweisen. Die im vorangehenden Abschnitt ermittelten Ergebnisse zeigen, dass diese bereits viele Jahre zurückliegende Bewertung auch heute noch aktuell ist.

d) *Third-Party-Ownerships*

aa) Ausgangsproblematik

592 Im professionellen Fußball sind die Kassen der Ligamitglieder eher selten so prall gefüllt, dass sämtliche Wunschspieler des Trainers und/oder Sportmanagers/-direktors problemlos finanziert werden können. So ist es eher die Regel als die Ausnahme, dass der Spieleretat zwangsläufig Wünsche offen lässt. Dementsprechend versuchen die über (mehr oder weniger) begrenzte Finanzmittel verfügenden Fußballclubs, in sportlicher Hinsicht den bestmöglichen Spielerkader zusammenzustellen. Eine besondere Finanzierungsmethode, sog. *Third-Party-Ownerships* (im Folgenden: TPO's),[969] eröffnet Fußballclubs dabei die Möglichkeit, durch von dritten Parteien finanzierte Spielertransfers (oftmals, aber nicht zwangsläufig) noch leistungsfähigere Spielerkader zusammenzustellen. Kurzum: Auf diese Weise wird ein Club durch die Einschaltung von Investoren in die Lage versetzt, Spieler – genauer: die Transferrechte an Spielern – von einer solchen Qualität zu erwerben, die er sich unter normalen Umständen nicht hätte leisten können.[970]

593 Auf den ersten Blick scheint sich dabei eine *Win-win-win*-Situation zu verwirklichen:[971] Der Fußballclub kann sich als Gewinner fühlen, weil er durch leistungsstärkere Spieler voraussichtlich seine eigenen sportlichen und damit auch wirtschaftlichen Aussichten zu verbessern vermag. Die Fußballspieler stehen gleichfalls auf der Gewinnerseite, wenn sie insbesondere bei stark kompetitiven Spielermärkten letztlich zu für sie persönlich besseren finanziellen Konditionen für ein insgesamt spielstärkeres Team auflaufen können, was ohne TPO's vermutlich nicht möglich gewesen wäre. Und die Investoren profitieren, wenn die durch TPO's finanzierten Fußballer mit spielerischem Entwicklungspotential während der Vertragslaufzeit ihren Marktwert und damit die künftig zu erwartenden Transfererlöse (erheblich) steigern können.

969 Ausf. hierzu *Memeti* 61 ff.; s. außerdem *Cattaneo/Parrish* Rn. 186–205; Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 41–64; zuletzt *Schneider/Karlin* SpuRt 2021, 21–26; *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74–88.

970 *Weatherill*, Principles, 2017, 279.

971 Zum Folgenden s. stellvertr. *Weatherill*, Principles, 2017, 279 f.; zu den Vorteilen von TPO's vgl. außerdem *Memeti* 95–98.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

594 Bei so vielen Gewinnern mag man sich fragen, wo der Haken ist oder ob es bei TPO's vielleicht auch Verlierer gibt. Die mit dieser Gemengelage verbundene Problematik wird erst auf den zweiten Blick erkennbar.[972] Denn es liegt in der Natur der Sache, dass derjenige, der bei einer solchen Finanzierungskonstruktion persönlich das größte wirtschaftliche Risiko trägt, d.h. der Investor als – juristisch ungenau – Dritteigentümer, geneigt sein wird, seine Renditechancen möglichst zu erhöhen und nicht zu mindern. Die erhoffte Wertsteigerung des drittfinanzierten Spielers hängt indes von verschiedenen Faktoren ab, auf die der Investor eher geringen Einfluss hat. Auf der Reservebank oder gar auf der Tribüne können Fußballspieler ihren Marktwert tendenziell nicht steigern, so dass der Investor ein erhebliches Interesse an zahlreichen Spieleinsätzen seines Schützlings haben wird, bei denen dieser sich nicht verletzt und regelmäßig spielerisch überzeugen kann. Wenn dann das Vertragsende naht, werden die Investoreninteressen, gerichtet auf die Erzielung eines Gewinns aus einem möglichst hohen Transfererlös, nicht notwendigerweise mit denjenigen des Fußballclubs und seiner sportlichen Leitung identisch sein. Auch hier besteht also – ebenso wie bei Investoren, deren finanziellen Engagements bei Fußballclubs durch die sog. 50+1-Regel rechtliche Grenzen gesetzt sind[973] – die Gefahr, dass derjenige, der die Musik bezahlt, auch bestimmen möchte, was gespielt wird.

595 Damit rückt spätestens an diesem Punkt mit der Wettbewerbsintegrität ein Aspekt in den Fokus, der für die Glaubwürdigkeit und damit insbesondere auch den kommerziellen Erfolg eines jeden sportlichen Wettkampfs wie auch einer Fußballliga von essentieller Bedeutung ist. Wenn Investoren und eben nicht mehr Trainer über die Mannschaftsaufstellung entscheiden, wäre für viele Fußballfans vermutlich endgültig der Rubikon überschritten und es könnte eine Abkehr vom kommerzgetriebenen Fußballsport drohen. Gewiss ist eine solche Entwicklung angesichts der bisherigen Erfahrungen aber keineswegs. In (zumindest für den *Verfasser*) erstaunlicher Weise haben sich Fußballfans in der Bundesliga im Laufe der Zeit mit verschiedenen ökonomisch motivierten Neuerungen mehr oder weniger arrangiert: So sind den meisten Fußballclubs zwar die spielerischen Identifikationsfiguren aus dem geografischen Umfeld teils vollständig abhandengekommen; aber die Fans haben neue Idole aus aller Welt gesucht, gefunden und akzeptiert. Wesentlich schwerer tun sich hierzulande die Anhänger seit jeher mit ausländischen, aber auch deutschen Investoren bei Fußballkapitalgesellschaften, insbesondere wenn diese nicht an die 50+1-Regel gebunden sind oder nicht länger gebunden sein wollen. Insoweit schienen etwa die Fans der Clubs in der englischen Premier League schon seit geraumer Zeit leidensfähiger und begehrten kaum noch gegen die keinesfalls nur britischen Mehrheitseigentümer auf, bis

972 Ausf. zu möglichen Nachteilen von TPO's *Memeti* 98–104.
973 → XIII. Rn. 297–300.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich zuletzt im April 2021 ihre Wut auf die Investoren bei denjenigen Clubs, die in einer europäischen Super League antreten wollten, in ungeahntem Maße Bahn brach. Solange sportliche Erfolge und (noch) bezahlbare Preise für Tickets und/oder Abonnements im Pay-TV die Anhängerschaft bei Laune halten, scheint die Mehrheit bereit zu sein, sich an die neuen Rahmenbedingungen anzupassen. Schließlich waren TPO's in Südamerika und innerhalb Europas insbesondere in Portugal lange Jahre gang und gäbe, ohne dass sich zumindest die Fußballfans an den Drittinvestoren übermäßig zu stören schienen.

596 Die mit TPO's zweifelsohne verbundenen Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs veranlasste die FIFA, hart gegen Investoren vorzugehen, die ihr Kapital in Spielertransferrechte zu stecken gewohnt waren, während der Weltfußballverband – anders als die deutschen Fußballverbände mit der 50+1-Regel – Investitionen in einzelne Fußballclubs in unbegrenzter Beteiligungshöhe nach wie vor zulässt. Seit dem 1.1.2015 besteht nunmehr ein weltweites striktes TPO-Verbot, welches in Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern (Ausgabe Januar 2021) folgendermaßen ausgestaltet ist:

> **18bis Beeinflussung von Vereinen durch Drittparteien**
>
> 1. Ein Verein darf keine Verträge eingehen, die dem anderen Verein/den anderen Vereinen und umgekehrt oder einer Drittpartei die Möglichkeit einräumen, in Arbeitsverhältnissen oder Transfersachen seine Unabhängigkeit, seine Politik oder die Leistung seiner Teams zu beeinflussen.
> 2. Die FIFA-Disziplinarkommission kann gegen Vereine disziplinarische Sanktionen verhängen, wenn diese die obige Verpflichtung verletzen.
>
> **18ter Dritteigentum an wirtschaftlichen Spielerrechten**
>
> 1. Weder Vereine noch Spieler dürfen mit einer Drittpartei einen Vertrag abschliessen, der einer Drittpartei einen gänzlichen oder partiellen Anspruch auf eine Entschädigung, die bei einem künftigen Transfer eines Spielers von einem Verein zu einem anderen fällig wird, oder beliebige Rechte im Zusammenhang mit einem künftigen Transfer oder einer Transferentschädigung gewährt.
> 2.-5. […]
> 6. Die FIFA-Disziplinarkommission kann gegen Vereine oder Spieler disziplinarische Sanktionen verhängen, wenn diese die obigen Verpflichtungen verletzen.

597 Die bisherige praktische Anwendung und Umsetzung von Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern sollen hier nicht im Detail dargestellt werden.[974] Für die weiteren rechtlichen Erwägungen durchaus bedeutsam ist jedoch der Umstand, dass zwischenzeitlich verschiedene Strategien entwickelt und umgesetzt worden sind, die zwar rein formal das statutarische TPO-Verbot beachten, dieses letztlich aber faktisch umgehen (z.B. durch die Be-

974 Vgl. stattdessen instruktiv *Memeti* 116 ff.; *Schneider/Karlin* SpuRt 2021, 21 (23–26) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teiligung an einem Spielerpool oder am gesamten Spielerkader).[975] Auf diesen Umstand wird zurückzukommen sein.[976]

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[977]

598 Da sich das TPO-Verbot unmittelbar aus den Verbandsstatuten der FIFA ergibt, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Dabei kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen angeknüpft werden. Daneben bleibt Art. 102 AEUV anwendbar, wobei ein Verstoß des TPO-Verbots gegen diesen Tatbestand nachfolgend nicht vertieft werden soll.[978]

599 Beim TPO-Verbot liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen oder darauf gestützter Verbandsmaßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn auf diese Weise können die FIFA sowie die nachgeordneten Fußballverbände zum Schutz der Integrität des Wettbewerbs sicherstellen, dass die Entscheidung über die Mannschaftsaufstellung allein von sportlichen oder eventuell medizinischen Kriterien und eben nicht von kommerziellen Interessen eines Investors bestimmt wird. Zudem wird der Fußballclub bei der Entscheidung gestärkt, ob ein Spieler vorzeitig transferiert werden oder bis zum Ende seiner Vertragslaufzeit die Mannschaft weiterhin sportlich stärken soll.[979] Damit wirkt sich das TPO-Verbot unmittelbar auf die Zusammensetzung der Mannschaft aus, so dass in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet ist,[980] sofern von dem TPO-Verbot wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen sollten.[981]

600 Das von der FIFA aufgestellte TPO-Verbot richtet sich nicht allein an die regelungsunterworfenen mittelbaren Verbandsmitglieder, d.h. die Fußballclubs als Lizenznehmer, sondern insbesondere auch an Investoren, die an einer Drittfinanzierung von Spielern interessiert sind. Diese sind als verbandsunabhängige Dritte unmittelbar vom TPO-Verbot betroffen, nachdem ihnen ein bis zum Jahr 2015 zulässiges Geschäftsmodell untersagt wurde. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung des TPO-Verbots nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1

975 Ausf. *Memeti* 133–140; *Del Fabro* CaS 2018, 161 (164–168); s. auch *Schneider/Karlin* SpuRt 2021, 21 (25 f.).
976 → XIII. Rn. 608–614.
977 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
978 Einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß des TPO-Verbots gegen Art. 102 AEUV bejahend *Memeti* 219–278.
979 Aber auch ein Investor mit lediglich einer Minderheitsbeteiligung an der Fußballkapitalgesellschaft kann bei dieser Frage zwar nicht gesellschaftsrechtlich, so aber mitunter doch faktisch maßgeblichen Einfluss ausüben, → XIII. Rn. 297–300 m.w.N.
980 So im Ansatz auch CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 130 ff. – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 280–283.
981 Hierzu sogleich → XIII. Rn. 606 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[982] betroffen.

Der der FIFA zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[983] bei der konkreten Ausgestaltung des TPO-Verbots ist – wie schon der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der UEFA bei der Abfassung der FFP-Regelungen[984] oder des Verbots von Mehrfachbeteiligungen[985] sowie des DFB und der DFL bei der Zulassung von Beteiligungsmöglichkeiten potentieller Investoren bei einem Fußballclub (50+1-Regel)[986] – eher durchschnittlich bemessen, so dass die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests weder sehr streng noch überaus mild ist. 601

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Meinungsstand

Diejenigen Unternehmen, die bis zum TPO-Verbot durch die FIFA dieses Investitionsmodell praktiziert hatten, setzten bereits frühzeitig verschiedene Hebel an, um Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern auf juristischem Weg zur Strecke zu bringen. Die FIFA verharrte aber nicht in der juristischen Defensive, sondern versuchte, sich politischen Rückenwind für das ambitionierte Projekt eines TPO-Verbots zu verschaffen. Dessen rechtliche Bewertung ist, wie sogleich darzulegen sein wird, bis heute umstritten. Allerdings deutet der Umstand, dass die genannten Verbandsregelungen uneingeschränkt bis heute fortgelten, darauf hin, welche Seite in juristischer Hinsicht bislang die Oberhand behalten hat. 602

Mit mehr[987] oder weniger[988] Begründungsaufwand war schon bald nach Inkrafttreten von Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern zum 1.1.2015 die Unvereinbarkeit des TPO-Verbots mit dem Europarecht behauptet worden.[989] Ein Panel am CAS[990] und nachfolgend in der Beru- 603

982 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
983 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
984 → XIII. Rn. 180.
985 → XIII. Rn. 317.
986 → XIII. Rn. 276.
987 S. stellvertr. *Jentsch* 411–472; *Memeti* 141–291; *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (77 ff.); *Lindholm* ISLJ 2016, 137 ff.
988 S. etwa *Wackerbeck* SpuRt 2015, 56 (60).
989 Zu ersten, zwangsläufig noch weitgehend ergebnisoffenen rechtlichen Erwägungen im Vorfeld der Einführung des TPO-Verbots s. *Heermann* CaS 2013, 21 ff. m.w.N. zum damaligen Meinungsstand.
990 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 97 ff., 130 ff. – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 280–283.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fungsinstanz das SchweizBG[991] haben – ebenso wie belgische Zivilgerichte[992] – die Rechtslage in der Folge jedoch grundlegend anders beurteilt. Sie haben das TPO-Verbot für vereinbar erklärt mit dem Verbot von Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV, mit dem Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV und mit dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV.

604 Bereits im November 2015 hatte das EU-Parlament im Hinblick auf den Versuch der FIFA, TPO's zu unterbinden, seine Unterstützung erklärt und die EU-Kommission zur Mitwirkung sowie zum Erlass ergänzender Regeln aufgefordert.[993] Dazu sollte es in der Folge jedoch nicht kommen. Denn mit Schreiben vom 15.9.2017 teilte die EU-Kommission den Beschwerdeführern, dem maltesischen Unternehmen Doyen Sports Investments sowie dem belgischen Fußballclub Seraing United, mit, die gegen das TPO-Verbot erhobenen Vorwürfe nicht mehr weiter zu verfolgen.[994] Die nationalen Gerichte schienen besser geeignet, in der Sache selbst zu entscheiden. Zudem schiene die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsverletzung gering zu sein. Zur Begründung verwies die EU-Kommission insbesondere darauf, dass das angefochtene TPO-Verbot einem Fußballclub nicht verbiete, finanzielle Anreize bei der Rekrutierung von Spielern zu setzen und entsprechende Modelle zu entwickeln; verboten seien nur Vereinbarungen, welche die Entschädigung vom Transfer eines speziell bezeichneten Spielers abhängig machten. TPO-Investments könnten Interessenkonflikten unterliegen. Schließlich erschiene eine Regulierung von TPO's anstelle eines strikten Verbots auf den ersten Blick nicht praktikabel.

605 Bei dieser rechtlichen Ausgangslage scheint bei *Del Fabros* Feststellung aus dem Jahr 2018[995]

> „Das TPO-Verbot steht somit immer noch auf dem Prüfstand."

der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen zu sein. Wie die nachfolgenden Erwägungen indes zeigen werden, ist im Rahmen der bisherigen rechtlichen Diskussion zur Rechts(un)wirksamkeit des TPO-Verbots ein Aspekt vernachlässigt

991 SchweizBG Urt. v. 20.2.2018 – 4A-260/2017 = BGE 144 III 120, englischsprachige Fassung abrufbar unter https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20f%c3%a9vrier%202018%204A%20260%202017.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

992 Zur Klage der maltesischen Gesellschaft Doyen Sports Investments, einem auf Spielerfonds spezialisierten Investmentunternehmen, und des belgischen Zweitligisten Seraing United gegen das TPO-Verbot vor belgischen Gerichten vgl. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 55 f. m.w.N.

993 European Parliament Written Declaration, 11.11.2015 – 0066/2015, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/DCL-8-2015-0066_EN.pdf?redirect (zuletzt besucht am 7.2.2022).

994 S. hierzu Football Legal No. 8 (2017), 88 (88 f.) („TPO: the European Commission rejects the claim of Doyen Sports and the Belgian club of RFC Seraing"), abrufbar unter https://www.football-legal.com/content/tpo-the-european-commission-rejects-the-claim-of-doyen-sports-and-the-belgian-club-of-nbsp-rfc-seraing (zuletzt besucht am 7.2.2022).

995 *Del Fabro* CaS 2018, 161 (164).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

worden, der – so sei bewusst vorsichtig formuliert – ein rechtliches Umdenken oder aber eine Modifikation von Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern erforderlich machen könnte.

(2) Wettbewerbsbeschränkung[996]

606 Die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV setzt u.a. das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung voraus. Von einer solchen ist auszugehen, wenn eine nicht den gewöhnlichen Bedingungen auf dem relevanten Marktes entsprechende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit der Wettbewerber, der Marktgegenseite oder – wie hier bezüglich der Investoren – auch Dritter im Hinblick auf einen Wettbewerbsparameter wie insbesondere Preis, Menge oder Absatzgebiet festgestellt werden kann. Das TPO-Verbot führt zu Beschränkungen auf der Nachfrageseite des Marktes für professionelle Fußballspieler,[997] weil Fußballclubs mit einem begrenzten Budget für den Spielerkader die Möglichkeit genommen wird, nach Ausschöpfung des Etats noch mit weiteren drittfinanzierten Spielern die sportliche Qualität des gesamten Kaders zu verbessern. Die zumindest denkbare Möglichkeit, dass aufgrund des TPO-Verbots auf dem Spielermarkt insgesamt die Transferkosten sinken könnten, hatte sich seit 2015 zumindest bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie Anfang 2020 nicht ansatzweise bewahrheitet.

607 Damit liegen deutliche Anzeichen für das Vorliegen einer auf das TPO-Verbot kausal zurückzuführenden Wettbewerbsbeschränkung vor, die in der Vergangenheit auch wiederholt unterstellt worden ist.[998] Demgegenüber haben die Schiedsrichter am CAS lapidar festgestellt, es sei von den beweisbelasteten Schiedsklägern keine erhebliche wirtschaftliche Analyse vorgelegt worden, die über allgemeine Erwägungen hinausgegangen sei, um die möglichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen der streitgegenständlichen Bestimmungen nachzuweisen.[999] Es ist nicht im Detail bekannt, worauf das Panel seine Zweifel stützte und ob es zuvor diesbezüglich den Schiedsklägern einen entsprechenden prozessualen Hinweis gegeben hatte. Diese beweisrechtlichen Bedenken der Schiedsrichter stehen jedenfalls in einem offenkundigen Gegensatz zur Leichtigkeit, mit der sie zuvor eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit angenommen hatten.[1000] Es war übrigens nicht das erste Mal, dass ein Panel am CAS den Vorwurf der Kartell-

996 Hierzu → VI. Rn. 12.
997 So *Weatherill*, Principles, 2017, 281.
998 Vgl. etwa *Memeti* 207–210; Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 52; *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (78 f.); *Heermann* CaS 2013, 21 (27 f.); *Wackerbeck* SpuRt 2015, 56 (60).
999 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 137 – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 282.
1000 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 96 f. – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 280 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtswidrigkeit am angeblich fehlenden Nachweis des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung scheitern ließ.[1001] Ein Schelm, wer Böses dabei denkt!

(3) Stringente und kohärente Verfolgung legitimer Ziele[1002]

608 Anders als beim UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay[1003] enthält das FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern keine expliziten oder gar abschließenden Angaben zu den mit diesen Vorschriften verfolgten Zielen. Allein die Art. 13 ff. zur Wahrung der Vertragsstabilität zwischen Berufsspielern und Vereinen deuten an, dass es sich insoweit auch um ein Ziel des nachfolgend in Art. 18bis und 18ter verankerten TPO-Verbots handeln könnte. Im Übrigen besagt Art. 2 lit. g) FIFA-Statuten:

> Der Zweck der FIFA ist:
>
> a) bis f) […];
> g) Integrität, Ethik und Fairness zu fördern und dadurch zu verhindern, dass Methoden oder Praktiken wie Korruption, Doping oder Spielmanipulation vorkommen, die die Integrität der Spiele, Wettbewerbe, Spieler, Offiziellen und Mitgliedsverbände gefährden oder zu Missbräuchen des Association Football führen könnten.

Hieraus lässt sich ohne Weiteres das von der FIFA allgemein verfolgte Ziel der Wahrung der Wettbewerbsintegrität ableiten, das sodann auch für das TPO-Verbot gilt.

609 Darüber hinaus ist bedeutsam, welche Ziele die FIFA nach ihren eigenen Ausführungen mit Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern zu verfolgen gedenkt. Dazu trug sie vor dem CAS in dem Verfahren *RFC Seraing/FIFA* folgende Zielsetzungen vor:[1004] Wahrung der Stabilität von Spielerverträgen, Gewährleistung der Unabhängigkeit und Autonomie von Vereinen und Spielern beim Abschluss und der Beendigung von Verträgen mit Spielern, Wahrung der Integrität des Fußballs und des fairen und gerechten Wettbewerbscharakters,[1005] Vermeidung von Interessenkonflikten und Wahrung der Transparenz bei Transaktionen im Zusammenhang mit Spielertransfers[1006]. Diese

1001 S. zuvor bereits CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 64, 67, 72, 74 f. – Galatasaray/UEFA, → IV. Rn. 302; nachfolgend CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 818 f. – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency, → IV. Rn. 307.

1002 Hierzu ausf. → VI. Rn. 185–258, 269–284 m.w.N.

1003 → XIII. Rn. 187–190 m.w.N.

1004 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 101, 138 – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 282. Zu „schutzwürdigen sportlichen Interessen", die mit dem TPO-Verbot angeblich verfolgt werden, vgl. auch *Memeti* 207–210.

1005 Ebenso Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 45, 52; *Weatherill*, Principles, 2017, 280; *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (81–83); in diesem Sinne auch schon *Heermann* CaS 2013, 21 (22 f., 28).

1006 Ähnl. Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 43, 52; *Schneider/Karlin* SpuRt 2021, 21 (22); relativierend zu der auf die Gewährleistung der Vertragsautonomie gerichteten Zielsetzung *Heermann* CaS 2013, 21 (23).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zielsetzungen stellen sich letztlich lediglich als Konkretisierungen der zuvor aus den FIFA-Statuten abgeleiteten Ziele dar. Da die genannten Zielsetzungen von den Schiedsklägern nicht bestritten worden waren, sah der CAS insoweit von einer detaillierten rechtlichen Analyse ab und ordnete sie als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests ein.[1007]

610 Darüber hinaus haben *Stopper/Karlin*[1008] weitere angeblich legitime Zielsetzung des TPO-Verbots identifiziert, die jedoch bereits deshalb nicht als legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests in Betracht kommen, weil die FIFA selbst derartige Ziele überhaupt nicht formuliert hat. Nach Auffassung von *Stopper/Karlin* soll das TPO-Verbot auch der Gewährleistung einer gewissen wirtschaftlichen und sportlichen Ausgewogenheit,[1009] dem Verhindern des Abfließens von finanziellen Mitteln aus dem Fußballkreislauf[1010] sowie dem Schutz vor Geldwäsche[1011] dienen. Es liegt letztlich aber allein in der Verantwortung der FIFA als Urheberin der Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern, verbandsautonom die damit verfolgten Ziele zu definieren. Diese können nicht von dritter Seite gleichsam oktroyiert werden.

611 In der bisherigen Diskussion und insbesondere auch in der Judikatur zur Rechtmäßigkeit des TPO-Verbots hat die Frage, ob die als legitim identifizierten Zielsetzungen seitens der FIFA sowie der übrigen (inter)nationalen Fußballverbände überhaupt in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden, keine Rolle gespielt.[1012] Wie bereits zuvor unter Auswertung der Entscheidungspraxis zu den europäischen Grundfreiheiten und zum europäischen Kartellrecht im Detail nachgewiesen,[1013] reicht für eine Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Verbandsvorschriften oder -maßnahmen keineswegs aus, damit verfolgte Ziele zu definieren. Diese sind bei der rechtlichen Bewertung letztlich vollständig zu vernachlässigen, sofern sie nicht ernsthaft verfolgt werden. Das Papier, auf dem Verbandsziele niedergelegt werden, ist bekanntermaßen geduldig. Diesen Umstand versuchen Sportverbände mitunter mit juristischer Unterstützung aus-

1007 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 103 – RFC Seraing/FIFA; krit. hierzu → IV. Rn. 282.
1008 Stopper/Lentze/*Stopper/Karlin* Kap. 22 Rn. 52.
1009 So auch *Memeti* 271–273. Krit. zum isolierten Einsatz von TPO's zur Herbeiführung einer *competitive balance* schon *Heermann* CaS 2013, 21 (24); soweit der *Verfasser* hingegen in CaS 2013, 21 (28 f.) ohne die vorgenannte Einschränkung die Gewährleistung einer gewissen wirtschaftlichen und sportlichen Ausgewogenheit als legitime Zielsetzungen von TPO's einstufte, wird an dieser Auffassung nicht mehr festgehalten; generell zur Kritik an der Einstufung dieser Zielsetzung als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
1010 Ablehend bereits *Heermann* CaS 2013, 21 (23).
1011 So auch *Memeti* 270 f.
1012 S. allenfalls andeutungsweise *Del Fabro* CaS 2018, 161 (168 f.) sowie *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (83 f.) mit Erwägungen zur Geeignetheit. *Memeti* 240 erkennt zwar den *Meca-Medina*-Test als solchen, blendet indes die Prüfkriterien der Kohärenz und Inhärenz im Wesentlichen aus: „Mit dem Kartellverbot konform sind demnach alle Vereinbarungen, die für die Durchführung und Sicherstellung legitimer sportlicher Ziele erforderlich und verhältnismässig sind."
1013 Hierzu ausf. → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zunutzen, indem sie zur Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung vorgeben, ein zwar schriftlich fixiertes, tatsächlich aber eventuell nicht kohärent verfolgtes Ziel effektiv anzustreben. Wie will aber ein Sportverband ein selbst gestecktes Ziel erreichen, wenn er sich gar nicht erst auf den Weg dorthin macht oder aber alsbald vom Weg abkommt?

612 Dieser Widerspruch tritt nach hier vertretener Auffassung bei der umstrittenen 50+1-Regel besonders deutlich zutage.[1014] Im Zusammenhang mit dem UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay ist der Widerspruch hier zuvor[1015] ohne abschließende Meinungsbildung zumindest angesprochen worden. Im Hinblick auf das TPO-Verbot rücken insoweit die verbreiteten Umgehungspraktiken[1016] ins Blickfeld. Damit stellt sich zugleich die Frage, ob die mit dem TPO-Verbot seitens der FIFA und der nachgeordneten Fußballverbände verfolgten Ziele des Schutzes der Wettbewerbsintegrität durch Bewahrung der Entscheidungsautonomie der Fußballclubs sowie des Schutzes der Vertragsstabilität überhaupt in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden. Diese Frage soll und kann hier in Unkenntnis aussagekräftiger Fakten nicht abschließend beantwortet werden. Zweifel verbleiben freilich. Denn Clubinvestoren können selbst dann erheblichen faktischen Einfluss ausüben, wenn sie – was ihnen anders als die Beteiligung an TPO's erlaubt ist – wegen der hierzulande (noch) geltenden 50+1-Regel über keine Stimmrechtsmehrheit in der Fußballkapitalgesellschaft verfügen. Erinnert sei an das bereits in anderem Zusammenhang geschilderte Beispiel des Fußballspielers *Luiz Gustavo*, der einst auf Druck des seinerzeit nur über eine Minderheitsbeteiligung verfügenden Investors und gegen den Willen des Trainers von der TSG 1899 Hoffenheim zum deutschen Rekordmeister nach München wechselte.[1017] Solange solche faktisch letztlich unvermeidbaren Einflussnahmen von Investoren möglich sind, könnte hinsichtlich des TPO-Verbots eine Berufung insbesondere auf den Schutz der Vertragsstabilität als legitime Zielsetzung widersprüchlich sein.

613 Die Gegner des TPO-Verbots könnten diese offene rechtliche Flanke zu ihren Gunsten nutzen. Dies setzt freilich voraus, dass man angesichts der auf den ersten Blick gefestigten Entscheidungspraxis[1018] bei Kartellbehörden oder Spruchkörpern von Sportschiedsgerichten oder staatlichen Gerichten dort überhaupt noch auf offene Ohren stößt. Das ist – leider – keine Selbstverständlichkeit. Dies dürfte die größte Herausforderung für die beratenden Juristen sein. Die Entscheidung des CAS in dem Verfahren *RFC Seraing/FIFA*[1019] belegt insoweit

1014 → XIII. Rn. 278–290 m.w.N.
1015 → XIII. Rn. 191–193 m.w.N.
1016 → XIII. Rn. 597 m.w.N.
1017 → XIII. Rn. 300 m.w.N.
1018 → XIII. Rn. 603–605 m.w.N.
1019 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490 – RFC Seraing/FIFA; krit hierzu → IV. Rn. 280–283.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eindrucksvoll, mit welch unvorhersehbarer Kreativität bei der Rechtsfindung die dort tätigen Schiedsrichter mitunter anerkannte Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH ausblenden, unsachgemäß anwenden und/oder missverstehen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass bei einer nachgewiesenermaßen nicht kohärenten und stringenten Zielverfolgung eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung anhand des *Meca-Medina*-Tests zum Scheitern verurteilt ist. Ob man dies – wie hier vertreten – am Tatbestandsmerkmal der dann fehlenden Legitimität der Zielsetzung oder auf der zweiten Prüfungsstufe an der fehlenden Inhärenz oder aber auf der dritten Prüfungsstufe bei der unzureichenden Geeignetheit der Verbandsregelung festmacht, kann letztlich offenbleiben.[1020] 614

(4) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[1021]

Soweit durch Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern die damit angestrebten Ziele nicht in kohärenter und stringenter Weise verfolgt werden sollten, bedürfte es nach hier vertretener Auffassung eigentlich keiner Auseinandersetzung mehr mit der zweiten Prüfungsstufe des *Meca-Medina*-Tests. Andernfalls wäre festzustellen, dass die mit dem TPO-Verbot verfolgten legitimen Ziele untrennbar mit den dadurch verursachten Wettbewerbsbeschränkungen für (potentielle) Investoren verbunden sind. 615

Zum TPO-Verbot im Lichte des *Meca-Medina*-Tests stellt *Weatherill* Folgendes fest:[1022] 616

> „[…] the most significant question appears to be whether they are really necessary to achieve their ends or whether instead a less restrictive version would be adequate."

Nach den bisherigen Analysen ist allerdings fraglich, ob man bei der rechtlichen Prüfung überhaupt bis zur dritten Stufe des *Meca-Medina*-Tests gelangt. Zumindest die Schiedsrichter am CAS bezweifelten bereits das Vorliegen einer vom TPO-Verbot ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung,[1023] während nach hier vertretener Auffassung unsicher ist, ob die mit dieser Verbandsmaßnahme angestrebten Ziele tatsächlich in stringenter und kohärenter Weise verfolgt werden, so dass es sich dabei möglicherweise gar nicht um legitime Zielsetzungen handelt.[1024] Letztgenannter Aspekt kann freilich auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der dritten Stufe des *Meca*-Medina-Tests bei der Frage diskutiert werden, ob die streitgegenständliche Verbandsvorschrift zur Zielverfol-

1020 Hierzu → VI. Rn. 278–280 m.w.N.
1021 Hierzu ausf. → VI. Rn. 285–315 m.w.N.
1022 *Weatherill*, Principles, 2017, 281; ähnl. im Ansatz *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (85–87).
1023 → XIII. Rn. 606 f. m.w.N.
1024 → XIII. Rn. 608–614.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung überhaupt geeignet ist. Demgegenüber sind sowohl die EU-Kommission[1025] als auch der CAS[1026] bereits von der Erforderlichkeit und Angemessenheit des TOP-Verbots im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele ausgegangen.[1027] Zur Begründung ist jeweils darauf hingewiesen worden, dass Investitionen Dritter in Fußballvereine nicht generell untersagt würden. Ein Investor dürfe lediglich die in Art. 18bis Abs. 1 und Art. 18ter Abs. 1 FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern beschriebenen TPO-Vereinbarungen nicht eingehen. Damit würden die streitgegenständlichen Vorschriften Drittinvestoren nicht verbieten, Fußballvereine zu finanzieren, sondern nur spezielle Finanzierungsformen, die einem Investor die Befugnis verleihen könnten, unmittelbar die Unabhängigkeit und die Entscheidungen eines Vereins zu beeinflussen. Dabei haben EU-Kommission und der CAS freilich nicht gesehen, dass gerade solche weiterhin zulässigen Investitionen Dritter mit den daraus resultierenden Möglichkeiten der Einflussnahme Zweifel an der kohärenten und stringenten Verfolgung der mit dem TPO-Verbot angestrebten Ziele und/oder der Geeignetheit dieser Verbandsmaßnahme wecken.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

617 Die EU-Kommission[1028] und *Weatherill*[1029] haben im Ergebnis übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass im Hinblick auf das TPO-Verbot die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung des Wettbewerbsrechts gering bzw. einer Kompatibilität mit europarechtlichen Vorgaben hoch sei. Diese Einschätzung kann aufgrund der vorangehenden rechtlichen Analysen nicht uneingeschränkt geteilt werden. Zweifelhaft und weiterhin klärungsbedürftig ist die Frage, ob Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern die damit angestrebten Ziele des Schutzes der Wettbewerbsintegrität gegen eine Einflussnahme von Drittinvestoren auf sportliche Entscheidungen und der Vertragsstabilität tatsächlich in stringenter und kohärenter Weise verfolgen. Sollte diese Frage verneint werden, schiede eine Rechtfertigung im Lichte des *Meca-Medina*-Tests aus.

1025 S. hierzu Football Legal No. 8 (2017), 88 (88 f.), abrufbar unter https://www.football-legal.com/content/tpo-the-european-commission-rejects-the-claim-of-doyen-sports-and-the-belgian-club-of-nbsp-rfc-seraing (zuletzt besucht am 7.2.2022).
1026 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 109 – RFC Seraing/FIFA; → IV. Rn. 280–283.
1027 A.A. *Jentsch* 448 ff.
1028 Vgl. hierzu Football Legal No. 8 (2017), 88 (88 f.), abrufbar unter https://www.football-legal.com/content/tpo-the-european-commission-rejects-the-claim-of-doyen-sports-and-the-belgian-club-of-nbsp-rfc-seraing (zuletzt besucht am 7.2.2022).
1029 *Weatherill*, Principles, 2017, 281.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Vermarktungsbeschränkungen

a) Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster

aa) Ausgangsproblematik

Sowohl (inter)nationale Sportverbände als auch Sportclubs schließen regelmäßig exklusive vertragliche Vereinbarungen mit Sponsoren[1030] oder hinsichtlich der Sportausstattung und -ausrüstung mit Sportartikelherstellern[1031] ab.[1032] Exklusivität bedeutet in diesem Zusammenhang, dass den Sponsoren und Ausrüstern vertraglich zugesichert wird, dass die Sportverbände und -clubs nur deren vertraglich genau abgegrenzte Produktpalette, nicht jedoch vergleichbare Waren und/oder Dienstleistungen etwaiger Konkurrenten bewerben. Vereinbart wird zumeist eine sog. Branchenexklusivität. Wenn also der Deutsche Fußball Bund (DFB) seit den 1950er Jahren wiederholt und ohne Unterbrechung exklusive Ausrüsterverträge mit dem Sportartikelunternehmen adidas abgeschlossen hat, so bedeutet dies, dass hinsichtlich des erfassten Produktumfangs und der vereinbarten Vertragslaufzeit (inter)nationale Wettbewerber des Unternehmens aus Herzogenaurach als Ausrüster der deutschen Fußballnationalmannschaft („Die Mannschaft") nicht zum Zuge kommen (werden). 618

Das Adjektiv *exklusiv* ist vom lateinischen Verb *excludere* abgeleitet, das u.a. mit *ausschließen, aussperren* und *abweisen* übersetzt werden kann. Und genau dies geschieht mit den Wettbewerbern des exklusiven Ausrüsters der deutschen Fußballnationalmannschaft, solange die Laufzeit des entsprechenden Ausrüstungsvertrages noch andauert. Damit deutet die Verwendung der Begriffe *exklusiv* oder *Exklusivität* in sprachlicher Verbindung mit Verträgen aus rechtlicher Perspektive stets auf eine Wettbewerbsbeschränkung hin. Wer einen *Exklusiv*vertrag wie der DFB mit adidas abschließt, beschränkt damit in sachlicher und zeitlicher Hinsicht den Wettbewerb, indem sich die *Exklusivitäts*klausel wie ein Wettbewerbsverbot für den DFB auswirkt. Während der Vertragslaufzeit kann es im Verhältnis des DFB zu anderen potentiellen Ausrüstungspartnern jedenfalls hinsichtlich der von der Exklusivitätsklausel erfassten Produkte einstweilen zu keinem Abschluss eines weiteren Ausrüstungsvertrages mehr kommen. Damit weist der Abschluss eines solchen Exklusivvertrages stets kartellrechtliche Implikationen auf, was natürlich nicht bedeutet, dass derartige Exklusivvereinbarun- 619

1030 Zum Sponsoring eines Sportvereins oder -verbandes sowie zum Sponsoring einer Sportveranstaltung s. stellvertr. Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 27–35.

1031 Zu Ausrüsterverträgen s. stellvertr. Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 7–10; PHB VereinsR/*Jakob* § 2 Rn. 1199–1256.

1032 Zu beiden Vertragstypen aus kartellrechtlicher Perspektive *Seyb* 147–158 sowie 231 ff. mit Lösungsansätzen zur Vermeidung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen, wie sie insbesondere für Sponsoringverträge durchaus typisch und prägend (wenngleich nicht zwingend) sind, automatisch gegen Kartellrecht verstoßen.[1033]

620 Bereits in einem früher veröffentlichten Beitrag ist das Spannungsfeld von Sportsponsoring und Kartellrecht anhand verschiedener konkreter Beispielsfälle untersucht worden.[1034] Hier wird davon abgesehen, die seinerzeit erörterten Fälle sowie seither aufgetretene Problemkonstellationen detailliert zu analysieren. Denn die jeweiligen Entscheidungen, aber auch die rechtlichen Stellungnahmen hierzu sind jeweils nur Momentaufnahmen, die sich nicht vorbehaltlos auf die heutigen oder gar auf noch unbekannte künftige Verhältnisse übertragen lassen. Was im Kartellrecht im Allgemeinen gilt, gilt im Besonderen für die kartellrechtliche Bewertung von Sachverhalten im sich dynamisch fortentwickelnden Sportsektor, der zudem durch ständig modifizierte gesetzliche und verbandsrechtliche Werbeverbote und -beschränkungen[1035] gekennzeichnet ist. Zur Ermittlung belastbarer Ergebnisse ist eine kartellrechtliche Analyse anhand der konkreten Umstände eines jeden Einzelfalls unabdingbar. Im Hinblick darauf sollen nachfolgend lediglich Leitlinien und Orientierungspunkte für die kartellrechtliche Bewertung von Exklusivverträgen zwischen Sportverbänden und -clubs auf der einen sowie Sponsoren und Ausrüstern auf der anderen Seite entwickelt werden.

621 Vorab muss jedoch einem für die rechtliche Bewertung wichtigen Aspekt besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. So gilt es zunächst abzugrenzen, welche Verwertungsrechte, die den Gegenstand von exklusiven Sponsoring- und Ausrüsterverträgen bilden, dem Sportverband und welche den Sportclubs originär oder abgeleitet zustehen. Entsprechendes gilt im Verhältnis der Sportclubs zu ihren angestellten Spielern. Das letztgenannte Rechtsverhältnis, welches die Beschränkung individueller Vermarktungsmöglichkeiten der Athleten betrifft, wird hernach in einem gesonderten Abschnitt beleuchtet werden.[1036] So kann etwa im deutschen Fußball zwischen folgenden Rechtspositionen unterschieden werden: DFB als Veranstalter der Fußballländerspiele sowie des DFB-Pokals als originärer und alleiniger Rechteinhaber[1037] sowie als Mitinhaber von Rechten;[1038] Nationalspieler mit den ihnen originär zustehenden Persönlichkeitsrechten;[1039] originäre Vermarktungsrechte der DFL, die den Betrieb der Bundesliga sowie der 2. Bun-

1033 Deutlich vorsichtiger *Schaub* 449 f., die bei Sponsoringverträgen zu „einer möglichst weitgehenden Zurückhaltung bei der Aufnahme von Wettbewerbsverboten" rät; jedenfalls sollten diese „in gegenständlicher, zeitlicher und gegebenenfalls räumlicher Hinsicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden"; ausf. dagegen *Heermann* CaS 2009, 226 (230–236).

1034 *Heermann* WRP 2009, 285–299 m.w.N.

1035 Hierzu Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 72–88 am Beispiel des professionellen Fußballsports in Deutschland.

1036 Speziell zu diesem Rechtsverhältnis im Hinblick auf die Beschränkung individueller Vermarktungsmöglichkeiten → XIII. Rn. 655–708.

1037 Zum Umfang s. Stopper/Lentze/*Englisch/Bagger von Grafenstein* Kap. 13 Rn. 29–54.

1038 Zum Umfang s. Stopper/Lentze/*Englisch/Bagger von Grafenstein* Kap. 13 Rn. 55–78.

1039 Zum Umfang s. Stopper/Lentze/*Englisch/Bagger von Grafenstein* Kap. 13 Rn. 79–87.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

desliga organsiert und durchführt,[1040] sowie derivative Vermarktungsrechte der DFL,[1041] die originär den Fußballclubs und den dort angestellten Fußballspielern zustehen. Rechtliche Probleme treten insbesondere auf, wenn für die abgeleiteten, d.h. auf Lizenzvereinbarungen beruhenden, Verwertungsrechte von den Lizenznehmern keine, in der Höhe ungewisse oder unangemessene Vergütungen an die Lizenzgeber gezahlt werden.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[1042]

622 Das mit den Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen einhergehende Wettbewerbsverbot zulasten des Sportverbandes oder Sportclubs beruht regelmäßig auf individuellen vertraglichen Vereinbarungen, so dass eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV naheliegt. Sofern der Sportverband oder – was noch realitätsferner anmutet – der Sportclub über eine marktbeherrschende Stellung auf dem jeweiligen relevanten Markt verfügen sollte,[1043] könnte der Umstand, dass die Wettbewerber des (branchen)exklusiven Sponsors oder Ausrüsters beim Sponsoringpartner über die regelmäßig mehrjährige Vertragslaufzeit hinweg als Vertragspartner ausscheiden, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV rechtfertigen.

623 Die Frage, ob die durch Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen bewirkten Wettbewerbsverbote eine untrennbare Verbindung mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs aufweisen und damit den Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnen, ist nicht leicht zu beantworten:

624 Einerseits lässt sich nachvollziehbar argumentieren, dass bei derartigen Verträgen wirtschaftliche Aspekte im Vordergrund stehen oder gar beherrschend sind. Der ordnungsgemäße Ablauf und auch die Organisation sportlicher Wettkämpfe werden auf den ersten Blick nicht dadurch beeinflusst, mit welchem Sponsor oder Ausrüster der Sportverband oder -club mit oder ohne Exklusivitätsklausel einen Vertrag abschließt.

625 Andererseits können sich entsprechende Verträge aber gleichwohl – wenngleich vermutlich nur in Ausnahmefällen – auf den ordnungsgemäßen Ablauf des Sportgeschehens auswirken. Man stelle sich vor, bei dem zahlungskräftigen Sponsor würde es sich um eine mehr oder weniger extremistische religiöse oder politische Vereinigung handeln. Dann könnten während eines Spiels medienwirksame

1040 Zum Umfang s. Stopper/Lentze/*Paepke/Blask* Kap. 14 Rn. 9–12.
1041 Zum Umfang s. Stopper/Lentze/*Paepke/Blask* Kap. 14 Rn. 13–28.
1042 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
1043 → XIII. Rn. 633–640, 645 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Protestaktionen derjenigen, die andere religiöse oder politische Überzeugungen teilen, nicht ausgeschlossen werden. Ein weiteres Beispiel: Bis zum Jahr 2007 waren etwa die Spieler der deutschen Fußballnationalmannschaft vertraglich verpflichtet, bei Länderspielen einheitlich in den Schuhen des Exklusivausrüsters adidas aufzulaufen, selbst wenn die Kicker bei ihren Clubs Fußballschuhe anderer Marken zu tragen pflegten. Feinnervige Fußballerfüße mögen die Unterschiede zwischen Fußballschuhen verschiedener Marken spüren, so wie viele Tennisspieler bei einem Wechsel der Schlägermarke oder der Ballmarke Anpassungsschwierigkeiten haben. In solchen Fällen können sich Exklusivitätsklauseln in den genannten Verträgen also durchaus insoweit auf den ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfes auswirken, als dieser durch Protestaktionen gestört wird oder Spieler eventuell daran gehindert werden, ohne ihre gewohnte Sportausrüstung zu sportlicher Höchstform aufzulaufen.

626 Darüber hinaus kann auch die Organisation der Sportwettkämpfe durch Werbemaßnahmen der Sponsoren berührt werden, indem von der Sportveranstaltung und nicht zuletzt den Athleten, die in weiten Bevölkerungskreisen höchstes Ansehen und einen gewissen Vorbildcharakter genießen, Werbebotschaften versendet werden – oder aber gerade nicht versendet werden. Denn mit manchen Werbemaßnahmen gehen durchaus Positionierungen der unmittelbaren Werbeträger, aber auch der Sportverbände zu wichtigen gesellschaftspolitischen Fragen einher:

627 – So ist etwa anlässlich Spielen in den deutschen Fußballbundesligen sowie der Nationalmannschaft Werbung für Tabakprodukte in den Sportstätten sowie in den Medien untersagt. Demgegenüber gehen die deutschen Fußballverbände offensichtlich davon aus, dass die von Werbung ausgehende Suchtgefahr bei einem Alkoholgehalt bis 15 % Vol. anlässlich Fußballspielen von Männern und Frauen in der Bundesliga oder 2. Bundesliga zu vernachlässigen sei, während in den übrigen Sportligen die Werbebeschränkungen für Alkohol tendenziell strenger sind.[1044]

628 – Nicht nur mancher Suchtexperte wird sich angesichts der vorgenannten Umstände fragen, weshalb in den Fußballstadien auf den Werbebanden, vereinzelt auch auf den Spielertrikots, ganz zu schweigen von den Werbepausen im Bezahlfernsehen, die Sportwettenindustrie alles andere als zurückhaltend für ihre Dienstleistungen werben darf, wobei in die Werbemaßnahmen lange Zeit auch namhafte aktuelle oder ehemalige Fußballspieler eingebunden wurden oder – so zumindest hinsichtlich ehemaliger Fußballspieler – noch werden. Zeitweilig war sogar die seinerzeitige Führungsriege des deutschen Fußballre-

1044 Ausf. zu den Werbebeschränkungen für Tabak und Alkohol im deutschen Berufsfußball Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 72–79 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kordmeisters in der Werbung eines Sportwettenanbieters zu sehen.[1045] Der Hinweis „Spielteilnahme erst ab 18 Jahren. Glücksspiel kann süchtig machen. Infos und Hilfe unter www.bzga.de." fehlt(e) sicherlich nicht bei denjenigen Werbemaßnahmen, bei denen er vorgeschrieben war und ist. Die Wichtigkeit dieser Hinweise wird dadurch unterstrichen, dass sie entweder von Schnellsprechern verlesen zu werden pflegen oder bei grafischer Darstellung allein mit dem menschlichen Auge aufgrund der Schriftgröße und der Kürze der Einblendung kaum gelesen werden können.

629 Die Frage, ob auf diese Weise die von Tabak- und Alkoholkonsum sowie von der Teilnahme an Sportwetten ausgehenden Suchtgefahren tatsächlich in kohärenter Weise bekämpft werden, müssen die Sportverbände und -clubs jeweils für sich selbst beantworten. Sie können aber sachlich zutreffend darauf verweisen, sich seit jeher peinlich genau an die gesetzgeberischen (Mindest-)Vorgaben zu halten. Freilich ist niemand gezwungen, für sich persönlich die Entscheidungen des Gesetzgebers zum Schutz bestimmter Personengruppen mit unabänderbaren Standards gleichzusetzen – man darf insoweit jederzeit strengere Maßstäbe als die Legislative anlegen, wenn man es denn will …

630 Nicht ohne einen gewissen Begründungsaufwand kann man also zur Auffassung gelangen, dass sich Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen auf den ordnungsgemäßen Ablauf und auch die Organisation sportlicher Wettkämpfe auswirken, so dass in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet ist. Das gilt freilich nur, sofern von dieser Vertragsgestaltung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen sollten.[1046]

631 Die beschriebenen Vertragsgestaltungen wirken sich nicht nur auf den Sportverband und seine unmittelbaren Mitglieder, d.h. im vorliegenden Beispiel die Fußballclubs als Lizenznehmer, sondern insbesondere auch auf verbandsunabhängige Dritte, d.h. auf potentielle Sponsoren und Ausrüster, aus. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit"[1047] betroffen.

632 Für Sportverbände gelten bei der Vertragsgestaltung indes die Grundsätze der Vertragsautonomie. Damit ist der ihnen bei der Anwendung des *Meca-Medi-*

1045 Gemeint ist hier übrigens nicht *Oliver Kahn*, der seine achtjährige Tätigkeit als „Markenbotschafter" für einen bekannten Sportwettenanbieter auslaufen ließ, bevor er im unmittelbaren Anschluss in den Vorstand einer Fußball-AG aufrückte. S. aber einen etwa zehn Jahre zurückliegenden Werbespot für einen anderen Sportwettenanbieter, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=ptldSeLrH54 (zuletzt besucht am 7.2.2022). Inzwischen ist die Zusammenarbeit zwischen Sportfunktionären und Sportwettenanbietern übrigens verboten; vgl. § 5 Abs. 3 Satz 3 Glücksspielstaatsvertrag 2021: „Werbung für Sportwetten mit aktiven Sportlern und Funktionären ist unzulässig."

1046 Hierzu sogleich → XIII. Rn. 641–643.

1047 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

na-Tests zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[1048] zumindest durchschnittlich bemessen, womit sodann die gerichtliche Kontrolldichte korrespondiert.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Abgrenzung des relevanten Marktes[1049]

633 Im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bewertung von Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen ist die Bestimmung des relevanten Marktes besonders komplex und anspruchsvoll.[1050] Bereits vorab sei festgestellt, dass insoweit kein allgemein gültiger Lösungsansatz nach dem Prinzip *one (size) fits all* existiert oder entwickelt werden kann. Stattdessen bedarf es stets einer genauen Analyse der konkreten Einzelfallumstände. Wenn man bei der Bestimmung des relevanten Produktmarktes im Anschluss an die vorherrschende Rechtsauffassung auch im Sportsektor vom Bedarfsmarktkonzept ausgeht und damit an das Kriterium der Substituierbarkeit anknüpft,[1051] stellen sich dem Rechtsanwender umgehend herausfordernde Fragen. Denn er muss sodann versuchen zu ermitteln, welche Erzeugnisse oder Dienstleistungen von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können. Hierfür ist neben juristischen Kenntnissen insbesondere auch (Insider-)Wissen über die (sport)ökonomischen Zusammenhänge und Besonderheiten auf den betroffenen Sportmärkten erforderlich.

634 Ausgehend von dem Angebot eines Sportverbandes oder -clubs, Sponsoren und Ausrüstern unterschiedliche Kommunikationsdienstleistungen zur Verfügung zu stellen, ist also aus der Perspektive der Marktgegenseite, d.h. der potentiellen Sponsoren und Ausrüster, zu bewerten, ob und – wenn ja – wodurch der Vertragsabschluss mit dem konkreten Sportverband oder -club substituiert werden könnte. Dabei stößt das Bedarfsmarktkonzept zunächst an Grenzen, wenn die Marktgegenseite nicht wie ein *homo oeconomicus* handelt, sondern aufgrund einer emotionalen Beziehung des Entscheidungsträgers von vornherein den Abschluss eines Sponsoring- oder Ausrüstervertrages allein mit einem bestimmten Fußballclub in Betracht zieht.[1052] Hierbei handelt es sich letztlich aber um Aus-

1048 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
1049 Allg. hierzu → VI. Rn. 90–113.
1050 Ausf. hierzu bereits *Heermann* WRP 2009, 285 (291–295); zuletzt *Seyb* 151–153.
1051 → VI. Rn. 90–95 m.w.N.
1052 Soweit *Seyb* 151 Fn. 38 exemplarisch auf den Unternehmer *Klaus-Michael Kühne* und seine besondere emotionale Beziehung zum Hamburger Sportverein Bezug nimmt, ist dieser Fall im vorliegenden Kontext nur von begrenzter Überzeugungskraft, weil der Unternehmer bislang gerade nicht als Sponsor, sondern als Investor aufgetreten ist. Etwas anderes gilt etwa für die deutsche Musikgruppe

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nahmefälle, die die Anwendbarkeit und Geeignetheit des Bedarfsmarktkonzepts im Grundsatz nicht in Frage stellen.

Sodann sind aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. der potentiellen Sponsoren und Ausrüster, zur Bestimmung des relevanten Produktmarktes insbesondere folgende Fragen zu klären:[1053] 635

- Kommt allein ein Sponsoring im Sportsektor in Betracht? Oder könnte dieses auch durch andere Sponsoringformen (z.B. Kunst- und Kultursponsoring) oder alternative Werbemöglichkeiten (z.B. im Rundfunk und/oder in Printmedien[1054]) ersetzt werden?
- Kommt allein Sponsoring und/oder Ausrüstung von Athleten oder Mannschaften in einer bestimmten Sportart in Betracht oder besteht ein sportartübergreifender Sponsoringmarkt?
- Ist bei einem sportartspezifischen Sponsoring- und/oder Ausrüstermarkt zwischen dem Amateur- und Profisport, zwischen internationalen und nationalen Sportverbänden und -clubs oder zwischen Mannschaften und Einzelsportlern zu differenzieren?

In diesem Kontext hat *Seyb* festgestellt, das Sponsoring einer Nationalmannschaft dürfte regelmäßig nicht nur mit dem Sponsoring vergleichbar erfolgreicher Nationalmannschaften, sondern auch mit dem ähnlich bekannter Vereinsmannschaften substituierbar sein.[1055] Hier zeigt sich exemplarisch, wie anfechtbar selbst eine solche, *prima facie* überzeugend anmutende Feststellung ist: 636

Den Ausgangspunkt bilden die Ziele, die der Sponsor oder Ausrüster mit dem entsprechenden Sponsoring- oder Ausrüstervertrag mit Exklusivcharakter verfolgen will. Es sei unterstellt, dass ein Sportartikelhersteller S mit einem vertraglichen Engagement beim nationalen Fußballverband durch die Ausrüstung von dessen Nationalmannschaft(en) – üblicherweise erstreckt sich ein solcher Vertrag auch auf die Nationalmannschaft der Damen sowie die Nachwuchsnationalmannschaften – die Bekanntheit seiner Marke und insbesondere seiner Fußballprodukte nicht nur europaweit, sondern insbesondere auch außerhalb Europas noch weiter steigern und neue Kundenkreise erschließen möchte. 637

Unter diesen Voraussetzungen wird S seinen Blick auf Nationalmannschaften richten, an deren Spielen bei Fußballfans weltweit Interesse besteht und die bei 638

Die Toten Hosen, die sich in der Spielzeit 2001/02 als Haupt- und Trikotsponsor des heutigen Fußball-Zweitligisten Fortuna Düsseldorf engagierte, der seinerzeit allerdings gerade von der Regionalin die Oberliga abgestiegen war; vgl. FAZ v. 12.6.2001 („'Tote Hosen' steigen mit Millionen bei Fortuna Düsseldorf ein"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball-tote-hosen-sAteigen-mit-million-bei-fortuna-duesseldorf-ein-124221.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1053 Ausf. *Heermann* WRP 2009, 285 (291 f.) m.w.N.

1054 Insoweit ablehnend hins. der Hersteller von Sportausrüstung *Seyb* 152.

1055 *Seyb* 152.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

internationalen Turnieren mit großer Wahrscheinlichkeit und möglichst regelmäßig zumindest das Achtel- oder sogar das Viertelfinale erreichen (davon hat man im Hinblick auf „Die Mannschaft" seit dem Jahr 2014 leider nicht mehr ausgehen können). Damit ist der ersten Hälfte von *Seybs* Einschätzung zuzustimmen, weil ähnlich erfolgreiche Nationalmannschaften aus der Perspektive des S austauschbar sein dürften.

639 Gilt dies aber gleichermaßen für ähnlich bekannte Fußballclubs, d.h. für die zweite Hälfte von *Seybs* Aussage? Hier sind erhebliche Zweifel anzumelden. Während eine Fußballnationalmannschaft je nach sportlichem Erfolg bei internationalen Turnieren pro Jahr etwa 11 bis 18 Länderspiele bestreitet, die S als Werbeplattform dienen, absolvieren international besonders erfolgreiche Fußballclubs mindestens 40, vielfach auch mehr als 50 und vereinzelt sogar rund 60 offizielle Fußballspiele pro Jahr. Nunmehr wäre zu prüfen, inwieweit S seine Zielgruppe mit einer Nationalmannschaft oder einem Fußballclub als Werbepartner erreicht, was allein anhand der TV-Einschaltquoten und in Ermangelung weiterer empirischer Studien allenfalls annäherungsweise bestimmt werden kann. Zumindest lässt sich dabei im Vorhinein nicht genau ermessen oder abschätzen, ob das jeweilige Fußballteam für S positive (z.B. durch einen großen sportlichen Erfolg bei einer FIFA Fußball-Weltmeisterschaft oder in der UEFA Champions League) oder aber negative Werbeeffekte (z.B. bei einem überraschenden Ausscheiden in den genannten Wettbewerben bereits in der Vorrunde aufgrund einer schlechten Mannschaftsleistung) erzielen wird. Soweit *Seyb*[1056] die finanziellen Erlöse des DFB und des Fußballclubs Manchester City FC als Vergleichsgrößen bemüht und dabei suggeriert, der englische Fußballclub sei seinem Ausrüster Puma jährlich etwas mehr „wert", als adidas für „Die Mannschaft" zahle, handelt es sich um einen höchst unzuverlässigen Vergleichsmaßstab. Denn die in den Medien kolportierten Vertragssummen sind nicht selten schlichtweg falsch oder aber zumindest sehr ungenau, zumal etwaige Gewinnprämien (z.B. für das Erreichen bestimmter sportlicher Erfolge) oder der Umfang der vertraglich erfassten zusätzlichen Sachleistungen, die sich nicht nur auf die typischen Sportausrüstungsgegenstände erstrecken, unbekannt sind.

640 Weit weniger problematisch als die Bestimmung des Produktmarktes gestaltet sich hingegen die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes. Hier lässt sich als Orientierungspunkt festhalten, dass beim Abschluss von Vermarktungsverträgen mit Nationalmannschaften etwa im Fußball im Hinblick auf andere, vergleichbar erfolgreiche und werbewirksame Nationalteams von einem zumindest europaweiten, wenn nicht sogar einem weltweiten Markt auszugehen ist. Bei Sportclubs kommen ähnliche räumliche Dimensionen nur bei besonders erfolg-

1056 *Seyb* 152 f. Fn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reichen, insbesondere auch möglichst regelmäßig an internationalen Ligawettbewerben teilnehmenden Fußballclubs in Betracht. Im Übrigen ist der räumlich relevante Markt eher auf den nationalen Markt – unter Umständen unter Einbeziehung weiterer Länder (aus denen etwa besonders populäre Spieler stammen) – zu begrenzen. Hinsichtlich Fußballclubs, die in der 3. Liga, in Regionalligen oder gar nachgeordneten Ligen antreten, nimmt mit abnehmender Spielstärke die Wahrscheinlichkeit zu, dass der räumlich relevante Markt maximal national, mitunter auch nur noch regional abzugrenzen ist.

(2) Wettbewerbsbeschränkung[1057]

641 Bei Sponsoring- und Ausrüsterverträgen resultieren die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen[1058] zunächst aus der regelmäßig vereinbarten (Branchen-)Exklusivität,[1059] die sodann wie ein Wettbewerbsverbot wirkt. So geht eine entsprechende Exklusivklausel mit der vertraglich vereinbarten Pflicht des Sportverbandes oder -clubs einher, im Hinblick auf eine genau festgelegte Produktpalette keine anderweitigen Verträge mit Wettbewerbern des Sponsors abzuschließen. Damit ist die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit von Sportverbänden und -clubs gleichsam vertragsimmanent. Die von Sponsoring- oder Ausrüsterverträgen mit derartigen Exklusivklauseln ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen können zudem durch eine ungewöhnlich lange Vertragslaufzeit verstärkt werden.[1060]

642 Die genannten Verträge können aber auch noch in einer anderen Richtung wettbewerbsbeschränkend sein. Dazu kommt es, wenn ein Sportverband oder -club in den beschriebenen Vertragskonstellationen vermarktungsrelevante Verwertungsbefugnisse ausübt, die originär Dritten zustehen.[1061]

643 Zur Vermeidung von Missverständnisse oder voreiligen Rückschlüssen sei auch in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV keineswegs automatisch mit einem Kartellrechtsverstoß gleichgesetzt werden kann. Die Möglichkeiten einer Rechtfertigung werden in einem nachfolgenden Abschnitt im Überblick dargestellt.[1062]

1057 Hierzu → VI. Rn. 12.
1058 Hierzu bereits *Heermann* WRP 2009, 285 (288–290) m.w.N.; zuletzt *Seyb* 147.
1059 Hierzu Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 36–38.
1060 Ausf. *Heermann*, FS Martinek, 2020, 299 (299) mit Beispielsfällen in Fn. 1; vgl. hierzu auch *Seyb* 149 f.
1061 *Seyb* 147.
1062 → XIII. Rn. 652 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Spürbarkeit

644 Die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV setzt neben dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung die Verwirklichung weiterer ungeschriebener, indes allgemein anerkannter Tatbestandsmerkmale voraus. Dies betrifft die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.[1063] Je geringer der Marktanteil ist, den der streitgegenständliche Vertrag mit Exklusivitätsklausel umfasst, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es bereits an einer Spürbarkeit einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung mangeln wird.[1064]

(4) Marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes

645 Bevor ein Marktmachtmissbrauch gem. Art. 102 AEUV geprüft werden kann, muss das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Sportverbandes oder -clubs festgestellt werden.[1065] Betroffen sind im Hinblick auf die Ausgangsproblematik in erster Linie Absatzmärkte, auf denen Sportverbände und -clubs anderen Unternehmen Möglichkeiten bieten, Sportteams als werbewirksame Testimonials zu gewinnen und diese unter Umständen auch noch mit Sportequipment auszurüsten. Wie bereits bei der Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht angedeutet,[1066] steigt mit der zunehmenden Professionalisierung und internationalen Kommerzialisierung der betroffenen Sportart die Wahrscheinlichkeit, dass potentielle Ausrüster und Sponsoren bei den Vertragspartnern aus dem Sportsektor über diverse Substitutionsmöglichkeiten verfügen, falls sie bei einem bestimmten Sportverband oder -club nicht zum Zuge kommen sollten. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung eines Sportverbandes oder -clubs auf dem Angebotsmarkt für Vermarktungsmöglichkeiten ist damit eher unwahrscheinlich.

646 Vor diesem Hintergrund ist auch nicht zu erwarten, dass man – anders als in den 1970er Jahren das BKartA[1067] und auch das Kammergericht[1068] – heute dem DFB im Hinblick auf den (immer noch bestehenden, freilich wiederholt modifizierten) Ausrüstungsvertrag mit adidas nochmals eine marktbeherrschende Stellung im Hinblick auf das Sponsoring von Nationalmannschaften zuerkennen

1063 S. hierzu im Detail EU-Komm., Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2014/C 291/1 v. 30.8.2014.

1064 *Seyb* 149, 153 geht bei Sponsoringverträgen im Sportsektor für den Regelfall von einem Fehlen der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung aus.

1065 *Heermann* WRP 2009, 285 (295 f.).

1066 → XIII. Rn. 633–640 m.w.N.

1067 BKartA WuW/E BKartA 1433 (1435 ff.).

1068 KG WuW/E OLG 1429 (1433) = BB 1974, 619 f. – Deutscher Fußball Bund.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würde.[1069] Denn zwischenzeitlich hat sich der Wettbewerb gerade im kommerzialisierten Sport rasant fortentwickelt. Vor einem halben Jahrhundert steckte das Sportsponsoring noch gleichermaßen in seinen Kinderschuhen. Damals wurde potentiellen Ausrüstern und Sponsoren hierzulande erst allmählich bewusst, wie attraktiv der Einsatz einer Fußballnationalmannschaft oder auch eines erfolgreichen Fußballvereins in der Werbung sein könnte, um die Bekanntheit des Unternehmens national, aber dann auch international zu steigern. Andere Fußballnationalmannschaften konnte man in Deutschland seinerzeit in Stadien oder vor dem TV-Gerät nur bestaunen, wenn diese gegen die DFB-Elf antraten, wenn ein internationales Fußballturnier wie die FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 1974 zufällig in Deutschland stattfand oder aber wenn die Spiele anderer Fußballnationen bei Europa- oder Weltmeisterschaften im deutschen Fernsehen übertragen wurden (was jahrzehntelang keineswegs flächendeckend geschah). Zudem wurde vor 50 Jahren der Markt für Fußballausrüstung noch von zwei Unternehmen aus dem mittelfränkischen Herzogenaurach beherrscht. Nur in Kenntnis dieser sportökonomischen Rahmenbedingungen ist vielleicht nachvollziehbar, wenngleich aus juristischer Sicht seit jeher nicht recht verständlich, wie dem DFB seinerzeit eine marktbeherrschende Stellung zugesprochen werden konnte.

(5) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Wie im vorangehenden Abschnitt ermittelt, verfügen Sportverbände und -clubs 647
auf dem Angebotsmarkt für Vermarktungsmöglichkeiten regelmäßig nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Deshalb ist eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine solche Position durch Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster missbräuchlich ausgenutzt werden kann,[1070] eigentlich rein hypothetisch und nicht praxisrelevant. Allerdings kann nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der relevante Markt auch einmal deutlich enger als hier abgegrenzt und sodann eine marktbeherrschende Stellung eines Sportverbandes oder -clubs auf dem angesprochenen Markt angenommen wird. Unter den genannten Voraussetzungen käme vorliegend ein Marktmachtmissbrauch in zweierlei Hinsicht in Betracht, was wiederum anhand eines Ausrüstungsvertrages zwischen dem DFB und adidas veranschaulicht werden soll:

Zu erwägen wäre zunächst, ob durch den Abschluss des Ausrüstungsvertrages 648
mit Exklusivitätsklausel die Wettbewerber des Sportartikelherstellers diskriminiert werden. Indes liegt es in der Natur der Sache, dass um des einheitlichen Erscheinungsbildes einer Nationalmannschaft willen diese stets von nur einem Ausrüster exklusiv ausgestattet wird. Indes verbleiben den beim DFB nicht zum

1069 So i.Erg. bereits *Heermann* WRP 2009, 285 (296); zuletzt auch *Seyb* 153.
1070 Hierzu bereits *Heermann* WRP 2009, 285 (297–299).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zuge kommenden Sportartikelherstellern regelmäßig zahlreiche Substitute. Bei Sportgeräten liegt die Interessenlage hingegen anders. Die Annahme der missbräuchlichen Ausnutzung einer (hier unterstellten) marktbeherrschenden Stellung bedarf bei einem Ausrüstervertrag mit Exklusivitätsklausel damit zusätzlicher, erschwerend wirkender Umstände. So kommen etwa folgende Konstellationen in Betracht:

649 – Ein Missbrauch der (unterstellten) marktbeherrschenden Stellung könnte etwa erwogen werden, wenn der Ausrüstungsvertrag über eine extrem lange Laufzeit verfügen sollte; etwaige Rechtfertigungsmöglichkeiten werden sogleich erörtert werden.[1071]

650 – Ein Marktmachtmissbrauch könnte auch anzunehmen sein, wenn sich der Ausrüstervertrag auf Produkte erstrecken sollte, für deren Einheitlichkeit keine sportnotwendigen Gründe bestehen. Erforderlich ist sicherlich ein einheitliches Erscheinungsbild der Nationalmannschaft, was etwa im Fußball in der Form- und Farbgebung übereinstimmende Stutzen, Hosen, Trikots und Trainingsanzüge erfordert. Dies gilt aber nicht für die Fußballschuhe,[1072] zumal diese auf die individuelle Leistungsfähigkeit eines Fußballspielers Einfluss haben können. Fußballspieler können in ihren Ligamannschaften zumeist schon seit vielen Jahrzehnten ihr Schuhwerk frei auswählen, so dass Zuschauer an Fußballschuhe unterschiedlicher Marken und in den letzten Jahren auch höchst unterschiedlicher Farbgestaltung gewöhnt sind.

651 – Der Missbrauch einer (unterstellten) marktbeherrschenden Stellung könnte erwogen werden, wenn durch den Ausrüstervertag mit umfassender Exklusivitätsklausel den Fußballspielern ohne angemessene Kompensation individuelle Vermarktungsmöglichkeiten beschnitten werden. Auf diese Konstellation wird in einem späteren Abschnitt zurückzukommen sein.[1073]

(6) Meca-Medina-Test und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten

652 Nur soweit sich Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen ausnahmsweise auf den ordnungsgemäßen Ablauf und auf die Organisation sportlicher Wettkämpfe auswirken, ist überhaupt der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet.[1074] Eine sportbezogene legitime Zielsetzung könnte sodann darin bestehen, ein einheitliches Erscheinungsbild des Sportteams auf und neben dem Spielfeld zu gewährleisten, wodurch zudem Verwechslungen mit Spielern

1071 → XIII. Rn. 652 f.
1072 *Seyb* 155 f. nimmt insoweit – bei hypothetischer Unterstellung einer marktbeherrschenden Stellung des DFB – einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen Art. 102 AEUV an.
1073 → XIII. Rn. 655–708.
1074 → XIII. Rn. 623–630.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderer Mannschaften verhindert werden. Sodann wären aber etwa bei Fußballspielern weder der Zwang, einheitliches Schuhwerk zu tragen, noch die kompensationslose Einschränkung individueller Vermarktungsaktivitäten geeignet und erforderlich, um die vorgenannte legitime Zielsetzung anzustreben. Vielmehr würden durch ein solches Bestreben zur Maximierung der Verbandserlöse letztlich eigenwirtschaftliche Ziele verfolgt, die nicht als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden können.[1075] In den genannten Fallgruppen könnte – freilich nur bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, d.h. insbesondere einer marktbeherrschenden Stellung – ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV angenommen werden, der dann nur noch durch die Effizienzeinrede gerechtfertigt werden könnte.

653 Zwar können damit die Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen als solche auch ökonomische Zielsetzungen verfolgen. Gleichwohl sind aber die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen zumeist kartellrechtlich unbedenklich. Wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt,[1076] handelt es sich bei diesen vertraglichen Ausschließlichkeitsbindungen vielfach um sog. Nebenabreden, die, soweit sie erforderlich und verhältnismäßig sind, den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausschließen.[1077] Zudem kommt bei Austauschverträgen mit Exklusivitätsklauseln, die wie Wettbewerbsverbote wirken und über eine Laufzeit von bis zu fünf Jahren verfügen, eine Freistellung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO in Betracht.[1078] In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die genannte Gruppenfreistellungsverordnung nach dem 31.5.2022 ihre Gültigkeit verlieren wird.[1079] Sollten die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO im Einzelfall nicht vorliegen, weil insbesondere eine fünf Jahre überschreitende Vertragslaufzeit vereinbart wurde, was gerade bei Ausrüsterverträgen oft vorkommt, käme immer noch eine Rechtfertigung der dadurch bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.[1080]

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

654 Das mit Exklusivitätsklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen einhergehende Wettbewerbsverbot zulasten eines Sportverbandes oder Sportclubs stellt, soweit erforderlich und verhältnismäßig, oftmals eine vertragsimmanente Neben-

1075 → VI. Rn. 243–254.
1076 So bereits *Heermann* CaS 2009, 226 (229–233); zuletzt ausf. *Heermann*, FS Martinek, 2020, 299 (304–306), jew. m.w.N.
1077 Zu den Voraussetzungen s. auch Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag v. 27.4.2004, ABl. 2004C 101/97, Rn. 18, 28 ff.
1078 Ausf. *Heermann*, FS Martinek, 2020, 299 (301–303) m.w.N.
1079 Zu den im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Vertikal-GVO geplanten Änderungen im Entwurf der neuen Vertikal-GVO und -Leitlinien s. etwa *Picht/Leitz* NZKart 2021, 480 (484) m.w.N.
1080 Hierzu *Heermann*, FS Martinek, 2020, 299 (306–311) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abrede dar, die kartellrechtlich unbedenklich ist. Sofern sich davon ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt nachweisen lassen, wird es vielfach an deren Spürbarkeit mangeln, so dass allein deswegen eine Anwendung von Art. 101 AEUV ausscheidet. Eine Anwendung von Art. 102 AEUV wird vielfach daran scheitern, dass der Sportverband oder -club auf dem relevanten Angebotsmarkt über keine marktbeherrschende Stellung verfügt. Kartellrechtlich bedenklich sind hingegen Exklusivitätsklauseln, die hinsichtlich der vertraglich erfassten Produktpalette unverhältnismäßig sind und/oder dazu führen, dass Dritte, die nicht zu den Vertragsparteien gehören (z.B. Nationalspieler), in ihren individuellen Vermarktungsaktivitäten unverhältnismäßig eingeschränkt werden.[1081] Durch Exklusivitätsklauseln bewirkte Wettbewerbsverbote sind bei Vertragslaufzeiten bis zu fünf Jahren freistellungsfähig, sofern im Übrigen die in Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO aufgestellten Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind. Bei einer über fünf Jahre hinausgehenden Vertragslaufzeit kommt je nach den Einzelfallumständen eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.

b) Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern

aa) Ausgangsproblematik

655 Die von Sportlern erzielten Einnahmen setzen sich längst nicht mehr nur aus Gehaltszahlungen für ihre als Arbeitnehmer erbrachten Dienste (z.B. Fußball-, Basketball-, Handball- oder Eishockeyspieler, aber auch sog. Sportsoldaten), aus Antritts- und Siegprämien, aus finanziellen Förderleistungen des Sportverbandes, aus der Zahlung von Aufwandsentschädigungen etc. zusammen. Vielmehr haben sportlich erfolgreiche Athleten schon seit vielen Jahren entdeckt, dass sie persönlich in kommerzieller Hinsicht über einen Marktwert verfügen, der sich zu Geld machen lässt. Dementsprechend haben populäre Sportler hierzulande spätestens seit den 1960er Jahren individuell Vermarktungsaktivitäten entfaltet[1082] – das Personensponsoring[1083] war geboren. Dabei können verschiedene Persönlichkeitsmerkmale den Gegenstand der Vermarktung bilden, insbesondere das Recht am eigenen Körper, am eigenen Bild und Namen, aber auch mündliche und schriftliche Äußerungen sowie Gestiken und Posen.[1084] Wenn Sportler entsprechende Rechtspositionen Dritten zur kommerziellen Verwertung überlassen, können sie

1081 Ausf. zu dieser Rechtsproblematik → XIII. Rn. 655–708.

1082 Unvergessen – zumindest für ältere Anhänger des Fußballsports – ist etwa *Franz Beckenbauers* Feststellung zu einer in einem TV-Sport beworbenen Suppe: „Kraft in den Teller – *Knorr* auf den Tisch!“, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=5EL5jKlCHO8 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1083 Hierzu Stopper/Lentze/*Lentze* Kap. 2 Rn. 11–26.

1084 Ausf. zum Gegenstand der Vermarktung *Kretschmer* 12–33 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

je nach Popularität enorme zusätzliche Einnahmen erzielen. Die Einräumung dieser Rechtspositionen[1085] erfolgt durch Einzelverträge insbesondere gegenüber Unternehmen als Sponsoren, durch Regelanerkennungsverträge gegenüber Sportverbänden sowie durch Arbeitsverträge gegenüber Sportclubs als Arbeitgebern.[1086]

656 Angesichts dieser Entwicklung ist es konsequent, solche Sportler in rechtlicher Hinsicht nicht länger nur als (un)mittelbare Mitglieder von Sportverbänden oder -clubs und/oder als Arbeitnehmer von Sportclubs zu betrachten. Dementsprechend hat das BKartA angesichts der zunehmenden Kommerzialisierung auch des olympischen Sports konsequenterweise Folgendes festgestellt:[1087]

> „Die deutschen Athleten üben, soweit sie ihre sportliche Leistung – z.B. durch ein Sponsoring – vermarkten, eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit aus und sie sind somit Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne."

Was für die deutschen Olympiateilnehmer gilt,[1088] muss aber für die übrigen Athleten, die ihre insbesondere durch sportliche Erfolge, in wenigen Fällen auch durch sportliche Misserfolge[1089] erlangte Popularität vermarkten, gleichermaßen gelten.[1090]

657 Bei dieser Ausgangssituation sind Interessenkonflikte vorprogrammiert. Sportverbände und -clubs wollen zur Verfolgung ihrer in den Statuten festgelegten Ziele über die Mitgliedsbeiträge hinaus Einnahmen erzielen, wobei sie selbst als Werbepartner von Sponsoren fungieren. Hierfür benötigen sie indes auch die Sportler, durch deren Erfolge die Sportverbände und -clubs überhaupt erst ihre Attraktivität für Sponsoren und Medienanbieter, insbesondere TV-Sender und zunehmend Streamingdienste, erlangen konnten. Es kann freilich kaum überraschen, dass die Sportler selbst auch etwas von dem zu verteilenden Kuchen abhaben wollen. Daher sind sie bestrebt, an den Vermarktungserlösen der Sportverbände und -clubs zu partizipieren und/oder sich unabhängig von diesen individuell zu vermarkten. Im letztgenannten Fall wird das rechtliche Konfliktpotential dadurch gesteigert, dass die Sponsoren sowohl der Sportverbände und

1085 S. hierzu stellvertr. *Kretschmer* 33–53 m.w.N.

1086 *Kretschmer* 63–66 m.w.N.

1087 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 81 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

1088 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 440 f. geht davon aus, das BKartA „wäre auch nicht gehindert gewesen, europäisches oder deutsches Kartellrecht zugunsten ausländischer Athleten anzuwenden."

1089 Erinnert sei etwa an *Michael Edwards*, bekannter unter dem Namen „Eddie the Eagle", der als erster Skispringer für Großbritannien an den Olympischen Winterspielen 1988 in Calgary teilnahm und auf der Normal- wie auch auf der Großschanze jew. mit deutlichem Abstand den letzten Platz belegte. Gleichwohl oder – genauer – gerade deshalb feierte er in der Folge wiederholt in der Werbung beachtliche Erfolge. Im Jahr 2016 wurde sogar sein Leben verfilmt („Eddie the Eagle – Alles ist möglich"), der Trailer ist abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=UsUgSttXCME (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1090 In diesem Sinne auch bereits Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 2.1.3. („[…] even if athletes are employed by a sport club, they may be considered undertakings insofar as they carry out economic activities independent thereof, e.g., by entering into sponsoring agreements.").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

-clubs als auch der Sportler sich regelmäßig eine Branchenexklusivität zusichern lassen.[1091] Sportverbände und -clubs haben in den letzten Jahrzehnten großen Einfallsreichtum bewiesen, wenn es darum ging, durch statutarische und vertragliche Regelungen die eigenen Vermarktungsaktivitäten gegen konfligierende individuelle Werbemaßnahmen der Sportler abzusichern. Die daraus resultierenden rechtlichen Konflikte sollen im Zentrum dieses Abschnitts stehen.

658 Bei den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen wird zwischen Individual- und Mannschaftssportlern zu differenzieren sein, weil für beide Gruppen jeweils einige Besonderheiten zu beachten sind:

659 – Mit weitreichenden Beschränkungen der Eigenvermarktung von deutschen Olympiateilnehmern durch Regelungen des IOC und DOSB, die für die Athleten während der Olympischen Spiele faktisch einem weitgehenden Werbevorbot gleichkamen, hat sich zuletzt das BKartA in einem wegweisenden Verpflichtungszusagenbeschluss auseinandergesetzt.[1092] Kurz zuvor hatte sich der EFTA-Gerichtshof[1093] – allerdings nicht aus der rechtlichen Perspektive des Kartellrechts, sondern der Grundfreiheiten – zu einer vergleichbaren Problematik geäußert, die Werbebeschränkungen des norwegischen Skiverbandes (NSF) zulasten seines Topathleten *Henrik Kristoffersen* betraf. Auf beide Verfahren wird nachfolgend exemplarisch wiederholt Bezug genommen werden. Die Vermarktungsbeschränkungen ergeben sich in derartigen Fällen typischerweise aus Regelanerkennungsverträgen oder Athletenvereinbarungen, zu deren Abschluss die Sportler faktisch gezwungen sind, wenn sie an internationalen Sportevents teilnehmen wollen.

660 – Als Mannschaftssportler werden hier solche Sportler eingeordnet, die durch Arbeitsverträge an einen Sportclub gebunden sind und damit dort eine Profi-Mannschaft bilden. Die Vermarktungsbeschränkungen zulasten der Mannschaftssportler ergeben sich hier aus arbeitsvertraglichen Regelungen, die den Sportclubs seitens der Sportliga oftmals – wie etwa im deutschen Fußball den Bundesligaclubs durch die DFL in Form eines Musterarbeitsvertrages[1094] – vorgegeben werden. Ein faktischer Abschlusszwang ergibt sich für die Sportler daraus, dass sie ohne Abschluss eines solchen Arbeitsvertrages regelmäßig von der Sportliga nicht die für die Teilnahme am Ligaspielbetrieb erforderliche Lizenz erhalten würden. Soweit ersichtlich, haben solche Vermarktungsbeschränkungen für Mannschaftssportler noch nicht Verbandsgerichte oder

1091 → XIII. Rn. 618–621 m.w.N.

1092 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zu weiteren Details → XI. Rn. 28–31 m.w.N.

1093 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; zu weiteren Details → V. Rn. 51–56.

1094 Der Muster-Lizenzspielervertrag der DFL GmbH ist abgedruckt in PHB SportR Anhang 2.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die staatliche Gerichtsbarkeit beschäftigt. Indes ist der von der DFL vorgegebene Musterarbeitsvertrag, der hier als praktisches Beispiel herangezogen wird, bereits im Rahmen einer Dissertation von *Kretschmer* einer ausführlichen rechtlichen Würdigung unterzogen worden,[1095] auf die nachfolgend wiederholt zurückzukommen sein wird.

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[1096]

Die Vermarktungsbeschränkungen für Individualsportler beruhen regelmäßig auf Verbandsstatuten. So ergibt sich etwa der Genehmigungsvorbehalt des IOC aus der Durchführungsbestimmung Regel 40 DF Nr. 3 OC, wonach Olympiateilnehmern Werbetätigkeiten zugunsten ihrer Individualsponsoren während der Olympischen Spiele und eines gewissen Zeitraums davor und danach (*frozen period*) untersagt sind. Diese statutarischen und damit auf einem Beschluss des Sportverbandes beruhenden Vermarktungsbeschränkungen werden regelmäßig in die Regelanerkennungsverträge oder Athletenvereinbarungen übernommen, ohne deren Unterzeichnung die Sportler an den betreffenden Sportwettkämpfen nicht teilnehmen können. Im Fall der deutschen Olympiateilnehmer hat das BKartA vielleicht ein wenig überraschend eine kartellrechtliche Prüfung anhand Art. 102 AEUV vorgenommen.[1097] Es hat dabei zugleich erkennen lassen, dass auch eine Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV in Betracht gekommen wäre, aber seinerzeit der Nachweis eines Verstoßes gegen diese Vorschrift noch weiteren Ermittlungsaufwand erfordert hätte. Es kommen also durchaus beide rechtlichen Ansätze in Betracht, wobei sich Kartellbehörden und Gerichte von Erwägungen zur leichteren Nachweisbarkeit, letztlich also von Praktikabilitätserwägungen leiten lassen werden, wenn sie einen Verstoß gegen Kartellrecht annehmen wollen. Im Hinblick auf die Vermarktungsbeschränkungen im Musterarbeitsvertrag der DFL geht *Kretschmer* gleichfalls vorrangig von Art. 102 AEUV aus, prüft zugleich aber auch einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.[1098] Wie zu zeigen sein wird,[1099] ist in beiden Fällen gerade der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung umstritten und rechtlich angreifbar, so dass auch eine vorrangige Prüfung des Kartellverbotstatbestands in Betracht hätte gezogen werden können. 661

1095 *Kretschmer* 115 ff. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der von *Kretschmer* seiner rechtlichen Bewertung zugrunde gelegte Musterarbeitsvertrag der DFL – abgedruckt in PHB SportR, 3. Aufl., Anhang C. 2. – von dem aktuell (Stand: 7.2.2022) gültigen Muster-Lizenzspielervertrag der DFL GmbH hins. der Vermarktungsbeschränkungen inhaltlich teils erheblich abweicht.

1096 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

1097 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 41 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

1098 *Kretschmer* 158 ff., 190 ff.

1099 → XIII. Rn. 676–678.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

662 Hinsichtlich der Vermarktungsbeschränkungen für Individual- und Mannschaftssportler kann von einer untrennbaren Verbindung der entsprechenden Verbandsstatuten und -maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs und damit von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ausgegangen werden. Denn diese Vermarktungsregelungen des Sportverbandes haben maßgeblichen Einfluss auf die Teilnahmeberechtigung bzw. die Zusammensetzung des spielberechtigten Mannschaftskaders und damit auch auf den ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs.[1100]

663 Die Vermarktungsbeschränkungen in Regel 40 DF Nr. 3 OC richten sich unmittelbar an die Athleten sowie Trainer und Offizielle, die an Olympischen Spielen teilnehmen. Bei den Athleten handelt es sich um keine (un)mittelbaren Mitglieder des IOC, sie gehören lediglich der Olympischen Bewegung an. Im deutschen Fußball sind die Lizenzspieler bei den Clubs der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga als Arbeitnehmer im Verhältnis zur DFL ebenfalls verbandsunabhängige Dritte. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung der Vermarktungsbeschränkungen nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[1101] betroffen.

664 Der dem IOC und DOSB sowie der DFL als Sportverbänden bei der konkreten Gestaltung der Vermarktungsbeschränkungen zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[1102] ist umso geringer und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso intensiver, je geringer der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. Hierzu stehen die Vermarktungsvorschriften indes nur in einer sehr mittelbaren Beziehung, die hiermit verfolgten wirtschaftlichen Interessen der Sportverbände sind offensichtlich und stehen eindeutig im Vordergrund. Damit ist der den Sportverbänden bei der Ausgestaltung der betreffenden Verbandsregelungen zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum als eher gering einzustufen, während die gerichtliche oder behördliche Kontrolldichte überaus streng ist.[1103]

1100 Deutlich enger *Kretschmer* 184 („[…] keine klassische sportorganisatorische Regel […], wie sie der EuGH bei der Etablierung der Tatbestandsrestriktion im Blick hatte“), der aber gleichwohl den *Meca-Medina*-Test anwendet; a.A. *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (597), die in diesem Zusammenhang in Fn. 232 anmerken: „Die entsprechende Prüfung durch das BKartA in seiner Zusagenentscheidung gem. § 32b GWB v. 25.2.2019 – B2-26/17 ist vor diesem Hintergrund daher als überflüssig zu bezeichnen.“

1101 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

1102 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.

1103 Dies wird nachhaltig bestätigt durch BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91 ff. – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Abgrenzung des relevanten Marktes

Zunächst gelten zur Abgrenzung des relevanten Marktes diejenigen Erwägungen entsprechend, die insoweit zu Exklusivverträgen zwischen Sportverbänden und -clubs auf der einen Seite sowie Sponsoren oder Ausrüstern auf der anderen Seite angestellt worden sind.[1104] 665

Im Hinblick auf das Werbeverbot für deutsche Olympiateilnehmer hat das BKartA – ausgehend von einem modifizierten, d.h. zusätzlich zu den klassischen Parametern auch den Sortimentsgedanken bzw. die Umstellungsflexibilität des Anbieters berücksichtigenden Bedarfsmarktkonzept[1105] – in sachlicher Hinsicht einen Markt für die Organisation *und* Vermarktung der Olympischen Spiele angenommen.[1106] Denn insoweit handele es sich um „komplementäre Segmente eines einheitlichen sachlichen Marktes". Dieser Umstand allein vermag aber im Regelfall nicht das Verschmelzen zweier benachbarter Produktmärkte zu einem einzigen Produktmarkt zu rechtfertigen, sondern spricht eher für separate Märkte.[1107] Zumindest erwägenswert ist es, eine Ausnahme im Hinblick auf die Olympischen Spiele zu machen, sofern für diese aufgrund ihrer Alleinstellung aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Werbetreibenden, nachweisbar keine angemessenen Substitute bestehen sollten.[1108] 666

Im Hinblick auf den Musterarbeitsvertrag der DFL geht *Kretschmer* gleichfalls vom Bedarfsmarktkonzept aus und nimmt aus der Perspektive der Fußballspieler, die bei einem Fußballclub in der Bundesliga oder 2. Bundesliga unter Vertrag stehen, einen Produktmarkt für Spielerlizenzen an, nicht jedoch einen solchen für die Nachfrage nach der Arbeitsleistung von Fußballspielern.[1109] Die Abgrenzung ist durchaus feinsinnig und ausführlich begründet, mutet letztlich aber doch nicht überzeugend, sondern eher ergebnisorientiert an. Denn hinsichtlich der Spielerlizenzen kann *Kretschmer* sodann von einem nationalen Markt ausgehen, auf dem die DFL eine marktbeherrschende Stellung hat, so dass der Zugang zu Art. 102 AEUV eröffnet wäre. Anders stellt sich hingegen die Situation dar, wenn 667

1104 → XIII. Rn. 633–640 m.w.N.; vgl. auch ausf. *Kretschmer* 162–167, 210–215, 318 f.
1105 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 44 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1106 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; in ähnl. Weise bereits zuvor EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 98–104 – ISU's Eligibility rules.
1107 So im Hinblick auf die Ausgangsproblematik *Varens* 94–97; einen solchen Ansatz als zumindest denkbar einstufend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1108 Hiervon ausgehend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 45 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1109 *Kretschmer* 167–170.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man auf den Beschaffungsmarkt für die Arbeitsleistung von Fußballspielern abstellt, weil diese sich vergleichbar starken Fußballclubs in verschiedenen nationalen Ligen anschließen können und international über diverse Ausweichmöglichkeiten verfügen, so dass unter diesen Umständen eine marktbeherrschende Stellung der DFL fernläge. Arbeitsvertrag und Lizenz können jedoch – anders als *Kretschmer* annimmt – nicht isoliert betrachtet werden, vielmehr hängen sie eng zusammen, wie folgende Kontrollerwägung zeigt: Es sei unterstellt, dass die Liga sich aus berechtigten Gründen weigert, einem Spieler eine Lizenz zu erteilen. Dann könnte der bereits mit einem Arbeitsvertrag ausgestattete Spieler allenfalls noch in Mannschaften des Clubs eingesetzt werden, die in unteren (Amateur-)Ligen spielen. Dazu würde es aber vermutlich nicht kommen, weil der Spieler sich bei nächster Gelegenheit um einen Arbeitsvertrag zuzüglich Lizenz in einer anderen Liga bemühen würde, während der Club an einem für unterklassige Ligen überteuerten Spieler kein Interesse haben dürfte. Wenn man Arbeitsvertrag und Lizenz als einheitliches Produkt betrachtet, hat dies natürlich erhebliche Auswirkungen auf die Marktabgrenzung. Eine marktbeherrschende Stellung des Ligaverbandes wird sodann kaum mehr angenommen werden können (oder vielleicht doch auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes?). Anders als beim zuvor analysierten Beispiel der Vermarktungsbeschränkungen für deutsche und auch alle übrigen Olympiateilnehmer existieren allerdings im Fußball zum einen nicht weltweit einheitliche Vermarktungsbeschränkungen und bestehen zum anderen für die Sportler realistische Ausweichmöglichkeiten.

668 Beide Beispiele zeigen eindrücklich, wie komplex und oftmals rechtlich angreifbar die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sportsektor sein kann. Das eröffnet Kartellbehörden, Gerichten und denjenigen Parteien, die einen Kartellrechtsverstoß eines Sportverbandes nachweisen wollen, einen nicht zu unterschätzenden argumentativen Spielraum. Die Gegenseite, d.h. regelmäßig Sportverbände, hat demgegenüber mit einer gewissen Rechtsunsicherheit zu leben. Dies ist letztlich aber keineswegs eine Besonderheit des *Sport*kartellrechts, sondern trifft den Sportsektor gleichermaßen wie andere Wirtschaftszweige.

(2) Wettbewerbsbeschränkung[1110]

669 Von Sportverbänden ausgehende Verbote oder Beschränkungen, die sich nachteilig auf die Möglichkeiten der individuellen Vermarktung von Einzel- oder Mannschaftssportlern auswirken, können zu einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV führen. Davon ist im Allgemeinen auszugehen, wenn ein Athlet durch einen Sportverband oder einen Sportclub als Arbeitgeber in seinen eigenen unternehmerischen Aktivitäten, die in keinem unmittelbaren Zusammen-

1110 Hierzu → VI. Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hang mit den Hauptpflichten gegenüber dem Sportverband oder Sportclub aus einem Einzel-, Arbeits- und Regelanerkennungsvertrag stehen, ohne oder ohne angemessene Kompensation eingeschränkt wird. Die Athleten werden auf diese Weise gehindert, sich frei im Wettbewerb um Sponsoren zu betätigen, was zu einer Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit führt.[1111]

Eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV lässt sich dabei grundsätzlich auf verschiedenen Wegen begründen: 670

- Ein Sportler ist faktisch gezwungen, sich auf die vertragliche Beschränkung seiner individuellen unternehmerischen Vermarktungstätigkeiten einzulassen, weil er andernfalls nicht zu einem bestimmten Sportevent zugelassen wird. Aus kartellrechtlicher Perspektive sind derartige Zulassungsbedingungen also als Marktzutrittsschranken einzuordnen. 671
- Sobald sich ein Athlet vertraglich den Vermarktungsbeschränkungen unterwirft, wirken diese für ihn wie ein Wettbewerbsverbot,[1112] das zumeist mit einem mehr oder weniger engen Erlaubnisvorbehalt verknüpft ist. 672
- Sofern solche Wettbewerbsverbote in Athletenvereinbarungen, Regelanerkennungsverträgen und Musterarbeitsverträgen oder Lizenzspielerverträgen standardmäßig vereinbart werden, kann es sich hierbei um kartellrechtlich unzulässige Geschäftsbedingungen gem. Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV handeln.[1113] Daneben besteht natürlich die hier zu vernachlässigende Möglichkeit einer AGB-rechtlichen Kontrolle entsprechender Vertragsklauseln. 673
- Wenn Vermarktungsrechte, die den Athleten originär zustehen, infolge des Wettbewerbsverbots vom Sportverband und/oder Arbeitgeber zentral verwertet werden, kann dieser Umstand ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV begründen.[1114] Dies gilt insbesondere, wenn die Sportler nicht oder nur unangemessen an den Erlösen aus der zentralen Verwertung beteiligt werden. 674

(3) Spürbarkeit

Üblicherweise wird man im Hinblick auf die im unmittelbar vorangehenden Abschnitt dargestellten Konstellationen von einer Spürbarkeit einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung (bei einer beabsichtigten Wettbewerbsbeschränkung entfällt hingegen das Spürbarkeitserfordernis) sowie einer Spürbarkeit der Beein- 675

1111 *Kretschmer* 313.
1112 *Kretschmer* 304.
1113 *Kretschmer* 193.
1114 *Seyb* 150.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trächtigung des zwischenstaatlichen Handels[1115] ausgehen können. Dafür spricht zunächst die Tatsache, dass die Vermarktungsbeschränkungen sich unmittelbar auf die Zulassung zur Teilnahme an Sportveranstaltungen und -ligen auswirken. Dabei verfügen die Sportverbände auf den betroffenen Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen regelmäßig über eine Monopolstellung.[1116] Die von den Sportverbänden koordinierten Zulassungsverfahren sorgen dafür, dass die Vermarktungsbeschränkungen der Athleten flächendeckend gelten. Je nach qualitativer und quantitativer Intensität der Vermarktungsbeschränkungen zulasten der Sportler kann auch dieser Umstand bei der rechtlichen Bewertung des Spürbarkeitserfordernisses berücksichtigt werden. Daher kann davon ausgegangen werden, dass regelmäßig ein erheblicher Teil des Marktes betroffen ist.

(4) Marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes

676 Sportverbände verfügen auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen regelmäßig über eine Monopolstellung.[1117] Verbote oder Beschränkungen der Eigenvermarktung von Sportlern bilden dabei Zulassungsvoraussetzungen. Damit sind die Sportverbände zugleich marktbeherrschend für den Zugang zum nachgelagerten Markt der individuellen Vermarktung der Athleten, jedenfalls soweit diese anlässlich vom Sportverband organisierter Veranstaltungen werbend für ihre Individualsponsoren tätig werden wollen. Letztere wiederum haben üblicherweise ein besonderes Interesse daran, dass sie durch ihre Testimonials bei den im öffentlichen und damit auch medialen Interesse stehenden Sportveranstaltungen repräsentiert werden.[1118]

677 Im Fall der Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer gestaltete sich für das BKartA der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung des IOC und/oder des DOSB komplex. Denn auf dem Produktmarkt für die Individualvermarktung von Athleten im Allgemeinen und Olympiateilnehmern im Besonderen werden das IOC und der DOSB als Mitglieder der Olympischen Bewegung gerade nicht unmittelbar selbst tätig. Das IOC hatte sich im zu beurteilenden Sachverhalt stattdessen darauf beschränkt, Regel 40 DF Nr. 3 OC aufzustellen und zusammen mit dem DOSB über Athletenvereinbarungen und Teilnah-

1115 S. zu diesem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal im Detail EU-Komm., Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2014/C 291/1 v. 30.8.2014.

1116 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.

1117 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.

1118 *Kretschmer* 306 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meerklärungen die deutschen Olympiateilnehmer an diese Vorschrift zu binden.[1119] Mit bemerkenswerter Begründung gelangte das BKartA[1120] zur Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Olympische Bewegung, so dass Art. 102 AEUV letztlich gleichwohl auch auf das IOC und den DOSB angewendet werden konnte. Dieser Ansatz ist bereits in einem früheren Abschnitt umfassend rechtlich gewürdigt worden.[1121]

678 Im Hinblick auf Verbote und Beschränkungen der Eigenvermarktung in Musterarbeitsverträgen oder standardisierten Lizenzspielerverträgen der Sportligen sind bereits zuvor die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des relevanten Marktes aufgezeigt worden.[1122] Wenn man etwa im Anschluss an die hier favorisierte Rechtsauffassung im Fußball einen internationalen Produktmarkt für Arbeitsverträge *und* Spielerlizenzen für Fußballspieler annimmt, verfügt die DFL auf einem solchen Markt über keine marktbeherrschende Stellung.

(5) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

679 Über das Vorliegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kann im Hinblick auf ein Verbot oder eine Beschränkung der Individualvermarktung von Athleten jeweils nur anhand der konkreten Einzelfallumstände entschieden werden. Als rechtlicher Anknüpfungspunkt kommt dabei u.a. das Erzwingen unangemessener Geschäftsbedingungen gem. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV in Betracht.

680 Das BKartA hat mit sehr umfassender Begründung im Hinblick auf die von Regel 40 DF Nr. 3 OC ausgehenden Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bejaht.[1123] Im Hinblick auf den seinerzeit gültigen Musterarbeitsvertrag der DFL nahm *Kretschmer*[1124] einen Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV an und lehnte zugleich eine Rechtfertigungsmöglichkeit ab.[1125] Da der von ihm zugrunde gelegte Vertrag inzwischen durch den gerade hinsichtlich der Vermarktungsbeschränkungen inhaltlich teils erheblich modifizierten Muster-Lizenzspielervertrag

1119 Zu den Details s. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 88 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1120 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 58 f. – Rule 40 Bye-Law 3 OC; *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 15–19 m.w.N.
1121 → VII. Rn. 30–37 m.w.N.
1122 → XIII. Rn. 665–668 m.w.N.
1123 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 64–90 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; s. hierzu auch *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 9–14 m.w.N.
1124 *Kretschmer* 170 ff., 185–188.
1125 *Kretschmer* 185–187, 308.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der DFL GmbH[1126] abgelöst worden ist, können *Kretschmers* rechtliche Analysen nicht ohne Weiteres auf die aktuelle Rechtslage übertragen werden.

(6) Stringente und kohärente Verfolgung legitimer Ziele[1127]

681 Im Hinblick auf die von einem Verbot oder einer Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen hat *Kretschmer* etwaige damit verfolgte legitime Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests allgemein folgendermaßen zusammengefasst:[1128]

> „Als legitime Ziele anzuerkennen sind somit die Einheitlichkeit der Sportausübung mit Blick auf Ausrüstung und Erscheinungsbild, das Prinzip der Kostendeckung, die Sicherheit und die Wahrung des Ansehens des Sports sowie in angemessen eingeschränktem Maße die Erzielung weiterer Einnahmen zur Förderung der ideellen Zwecke des Sportverbandes. Schon keinen legitimen Zweck bildet dagegen die Erzielung von Einnahmen zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Verbandes. Unterschiedliche Ergebnisse entstehen bei dem Ziel des Verbandes, die Exklusivität seines Sponsorings und dessen Werthaltigkeit vor Verwässerung zu schützen. Da es um ein wirtschaftliches Ziel geht, unterfällt es nicht der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests."

682 Diese rechtliche Einschätzung deckt sich mit Ausnahme der abschließenden Anmerkungen zur Exklusivität des Sponsorings im Wesentlichen mit den hier zuvor ermittelten Ergebnissen. Dabei kann man indes bezweifeln, ob etwa die auf „die Wahrung des Ansehens des Sports" gerichtete Zielsetzung überhaupt bestimmt genug ist. Die Exklusivklauseln in Sponsoring- und Ausrüsterverträgen sind hingegen oftmals als Nebenabreden einzustufen, die im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung ausschließen.[1129]

683 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es einer kohärenten und systematischen Verfolgung der zuvor identifizierten Verbandsziele bedarf, damit diese als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden können. Hiervon ist zuletzt auch der EFTA-Gerichtshof im Hinblick auf verbandsseitige Beschränkungen mit Erlaubnisvorbehalt ausgegangen, die Möglichkeiten von Athleten zur Individualvermarktung betrafen.[1130]

684 Hinsichtlich der für deutsche Olympiateilnehmer von Regel 40 DF Nr. 3 OC ausgehenden Vermarktungsbeschränkungen hat sich das BKartA außergewöhnlich intensiv, ja geradezu akribisch mit den von IOC und DOSB vorgetragenen, an-

1126 Abgedruckt in PHB SportR Anhang 2.
1127 Hierzu ausf. → VI. Rn. 185–258, 269–284 m.w.N.
1128 *Kretschmer* 307 f.
1129 → XIII. Rn. 653 m.w.N.
1130 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 118–120 – Kristoffersen/NSF; s. hierzu auch *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 20–25 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geblich legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests auseinandergesetzt.[1131] Denn auf diesem Weg kann – wie bereits dargelegt[1132] – auch ein Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV gerechtfertigt werden. Die Argumentation des BKartA soll hier wegen der speziellen Umstände des konkreten Falls nicht im Detail nachgezeichnet und kritisch bewertet werden.[1133] Es ist jedoch daran zu erinnern, dass das BKartA in dem Verpflichtungszusagenbeschluss insoweit einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung des Sportkartellrechts geleistet hat, als es klargestellt hat, dass Sportverbände bei der Bestimmung der Legitimität der mit einer Vermarktungsregelung verfolgten Zielsetzungen über keine abschließende und gerichtsfeste Einschätzungsprärogative verfügen und die benannten Ziele vom Verband zudem in stringenter und kohärenter Weise verfolgt werden müssen.[1134]

685 Vielfach äußern sich Sportverbände nicht ausdrücklich zu den Zielen, die sie mit Verboten oder Beschränkungen der Eigenvermarktung von Sportlern verfolgen. Schon im Interesse der Verbesserung ihrer rechtlichen Ausgangslage sollten Sportverbände und -clubs jedoch darum bemüht sein, nicht den Eindruck entstehen zu lassen, dass für sie insoweit die Erlösmaximierung aus den eigenen Sponsoringaktivitäten auf Kosten der Sportler im Vordergrund steht, weil eine solche Verfolgung wirtschaftlicher Eigeninteressen nicht als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden kann.

686 Dies sei anhand des Muster-Lizenzspielervertrages der DFL GmbH[1135] veranschaulicht. Diesem lassen sich keine Zielsetzungen entnehmen, die mit den Vermarktungsbeschränkungen verfolgt werden. Den Spielern wird ein Recht zur sog. Eigenvermarktung eingeräumt, welches in Abschnitt E.1. Abs. 3 folgendermaßen ausgestaltet ist:

> „Der Spieler bleibt auch während der Laufzeit des Spielervertrags frei, seine Leistungen und seine Sportlerpersönlichkeit selbst oder durch Dritte zu vermarkten, wenn eine solche Vermarktung ohne jeden erkennbaren Bezug zu dem Club, der Eigenschaft des Spielers als Spieler des Clubs und der [sic] Leistungen, die der Spieler in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Spielervertrag erbringt, erfolgt (nachfolgend **„Eigenvermarktung"**) und von einer solchen Eigenvermarktung keine berechtigten Interessen des Clubs betroffen sind.

1131 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 95–105 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; s. hierzu auch *Engelsing/Buhl* ZWeR 2020, 107 (120–122). *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (597 Fn. 232) vertreten hingegen die Auffassung, diese Ausführungen des BKartA seien mangels Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests „überflüssig".

1132 → VII. Rn. 67–71 m.w.N.

1133 S. stattdessen *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 24–32 m.w.N.

1134 Hierzu bereits → VI. Rn. 269–284, 316–336 m.w.N.

1135 Abgedruckt in PHB SportR Anhang 2.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Der Spieler wird dem Club während der Laufzeit des Spielervertrags rechtzeitig alle geplanten Aktivitäten der Eigenvermarktung in Textform und vollständig anzeigen und die vorherige Freigabe des Clubs einholen.
>
> Der Club darf die Freigabe verweigern, wenn der Spieler dem Club nicht alle für eine Beurteilung der Zulässigkeit der Eigenvermarktung erforderlichen Informationen vorab offen gelegt hat und/oder berechtigte Interessen des Clubs entgegenstehen.
>
> Berechtigte Interessen des Clubs stehen einer Eigenvermarktung insbesondere dann entgegen, sofern und soweit
>
> – aufgrund der Eigenvermarktung nicht sichergestellt ist, dass dem Spieler die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Spielervertrag uneingeschränkt möglich bleibt;
> – die Eigenvermarktung des Spielers vertraglichen oder statuarischen [sic] Pflichten des Clubs gegenüber den Verbänden zuwiderläuft;
> – die Eigenvermarktung für Unternehmen oder Produkte bzw. Dienstleistungen von Unternehmen erfolgt, die Mitbewerber von Sponsoring- und/oder Kooperations-Partner(n) und/oder des Ausrüsters des Clubs sind; eine Liste der jeweils aktuellen Sponsoring- und/oder Kooperations-Partner wird der Club dem Spieler auf Anfrage zur Verfügung stellen;
> – die Eigenvermarktung gegen die Verhaltenspflichten gemäß D.7 oder D.8 verstoßen würde; und/oder
> – sich die Eigenvermarktung des Spielers auf Aktivitäten für andere Fußballclubs im In- oder Ausland bezieht.
>
> Liegen die Voraussetzungen für eine Verweigerung der Freigabe nicht vor, ist der Club verpflichtet, die Freigabe zu erteilen."

687 Die vertragsrechtlichen Bedenken, die *Kretschmer* gegen die deutlich restriktivere Vorgängerregelung insbesondere hinsichtlich deren unzureichender Transparenz erhoben hatte,[1136] sind durch die vorangehend zitierte Vertragsgestaltung weitgehend ausgeräumt worden. Indes lassen sich immer noch Kritikpunkte finden: Wieso ist etwa eine die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Spieler weniger einschränkende Anzeigepflicht von Eigenvermarktungsmaßnahmen ohne zwingenden Erlaubnisvorbehalt nicht ausreichend? Zudem ist fraglich, wie ein Spieler eine Maßnahme der Eigenvermarktung durchführen soll, ohne dass ein Bezug zu den „Leistungen, die der Spieler in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Spielervertrag erbringt", erkennbar wird. Ein Sponsor wird einen Fußballspieler bewusst als Testimonial auswählen, weil der Spieler durch sportliche Leistungen gerade auch für seinen aktuellen Arbeitgeber Bekanntheit erlangt hat. Kurzum: Werbekunden werden bei einem Fußballspieler oftmals auch Assoziationen zu seinem aktuellen Club herstellen. Diese Fragen sollen hier nicht weiter vertieft werden.

1136 *Kretschmer* 232–236.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch der DFL-Lizenzordnung Spieler (i.d.F. v. 15.7.2021)[1137] lassen sich keine Anhaltspunkte für etwaige Zielsetzungen der Beschränkungen der Eigenvermarktung entnehmen. Allerdings kann man insoweit aus der Präambel Abs. 2 DFL-Lizenzierungsordnung (i.d.F. v. 15.12.2021)[1138] gewisse Rückschlüsse ziehen (Hervorhebung durch *Verfasser*): 688

> Um die Voraussetzungen für eine Lizenzerteilung zu überprüfen, führt der DFL e.V. ein Lizenzierungsverfahren durch. Dieses dient dazu,
>
> – **den Liga-Spielbetrieb für die jeweils kommende Spielzeit, wie auch längerfristig zu sichern, zuverlässig planen und durchführen zu können,**
> – **die Stabilität sowie die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit der Lizenznehmer auch für andere nationale und internationale Wettbewerbe gewährleisten zu helfen,**
> – die Integrität des Wettbewerbs zu erhöhen,
> – Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit auszubauen,
> – Management- und Finanzstrukturen zu fördern,
> – das öffentliche Image und die Vermarktung der Liga wie auch der Lizenznehmer zu fördern und zu sichern, dass sie stabile Bestandteile unserer Gesellschaft, zuverlässige Partner des Sports und der Wirtschaft sind.
>
> Von diesem seit Jahrzehnten bewährten Prüfungs- und Lizenzierungssystem profitiert der gesamte Fußball. Der Lizenzfußball übernimmt Selbstverantwortung, indem er sich freiwillig einem solchen System unterwirft.

Im Lizenzierungssystem für Clubs stellt der Muster-Lizenzspielervertrag der DFL GmbH zwar nur ein kleines, aber letztlich unverzichtbares Rädchen in einem komplexen Lizenzspielbetrieb dar. Damit ist ein Rückgriff auf die Zielsetzungen der DFL-Lizenzierungsordnung gerechtfertigt. Hier klingt zunächst eine anerkannte legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests an: der Schutz der finanziellen Stabilität von Sportclubs.[1139] Angedeutet wird auch eine auf die Gewährleistung einer *competitive balance* gerichtete Zielsetzung. Selbst wenn man vorliegend eine solche Zielsetzung als legitim anerkennen wollte,[1140] so würde dieses Ziel durch die Beschränkungen der Einzelvermarktung offensichtlich nicht in stringenter und kohärenter Weise verfolgt[1141] oder die Maßnahme wäre nicht erforderlich oder nicht angemessen. Denn seit Jahren öffnet sich noch weiterhin die Schere zwischen „reichen" und „armen" Bundesligaclubs. Daher kann die erwähnte Zielsetzung hier kaum als legitim im Sinne des *Meca-Medina*-Tests eingestuft werden. Bei dieser Ausgangslage soll die Frage offenbleiben, ob die beschriebenen Beschränkungen der Eigenvermarktung im Muster-Lizenzspie- 689

1137 Abrufbar unter https://media.dfl.de/sites/2/2021/07/Lizenzordnung-Spieler-LOS-2021-07-15-Stand.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).
1138 Abrufbar unter https://media.dfl.de/sites/2/2021/12/Lizenzierungsordnung-LO-Stand-2021-12-15.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).
1139 → VI. Rn. 210 f. m.w.N.
1140 Zum Meinungsstand → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
1141 Hierzu → VI. Rn. 269–284 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lervertrag der DFL GmbH tatsächlich die finanzielle Stabilität der Fußballclubs schützen oder ob letztere primär eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen.[1142]

(7) Inhärenz und Verhältnismäßigkeit[1143]

690 Sofern man bei der Prüfung im Rahmen des *Meca-Medina*-Tests überhaupt so weit gelangt, wäre dann auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob tatsächlich eine untrennbare Verbindung zwischen einer Begrenzung der Eigenvermarktung von Sportlern mit etwaigen damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen und den damit verfolgten, vorangehend als legitim eingestuften Zielsetzungen, d.h. insbesondere mit dem Schutz der finanziellen Stabilität der Sportverbände und -clubs, besteht.[1144] Hiervon wird man im Regelfall ausgehen können.[1145] Auch die rechtliche Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkungen wird man von den Einzelfallumständen abhängig machen müssen, so dass sich hier pauschale Aussagen verbieten.

691 Mit den vorgenannten Rechtsfragen hat sich das BKartA in seinem Verpflichtungszusagenbeschluss zu den Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer ausführlich auseinandergesetzt.[1146] Im Hinblick auf die Beschränkung der Eigenvermarktung in der alten, inzwischen nicht mehr verwendeten Fassung des Musterarbeitsvertrages der DFL hat sich *Kretschmer* intensiv mit den genannten Rechtsfragen beschäftigt und ist dabei zu einer Unverhältnismäßigkeit der seinerzeitigen vertraglichen Regelung gelangt.[1147]

(8) Art. 101 Abs. 3 AEUV und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten

692 Das BKartA[1148] hat hinsichtlich der Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer allein den *Meca-Medina*-Test herangezogen, der zur Rechtfertigung auch auf den im konkreten Fall angenommenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV angewendet wurde.[1149] Daneben verbleiben natürlich bei Verstößen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV noch die Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV[1150] sowie bei Verstößen

1142 Im Hinblick auf den ehemaligen Musterarbeitsvertrag der DFL in diese Richtung tendierend *Kretschmer* 178.
1143 Hierzu ausf. → VI. Rn. 285–315 m.w.N.
1144 So im Ansatz auch EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 121 ff. – Kristoffersen/NSF.
1145 So bereits *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 31.
1146 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 114–126 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; s. hierzu auch *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 34 f. m.w.N.
1147 *Kretschmer* 179 f., 182–184.
1148 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91–120 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1149 Allg. zu diesem Ansatz → VII. Rn. 67–71 m.w.N.
1150 S. hierzu im Hinblick auf die Beschränkung der Eigenvermarktung im ehemals verwendeten Musterarbeitsvertrag der DFL *Kretschmer* 199–204, 220–222.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegen Art. 102 AEUV der Effizienzeinwand.[1151] Bei den beiden letztgenannten Rechtfertigungsgründen stehen ökonomische Effizienzerwägungen im Vordergrund. Dabei wird im Hinblick auf die Ausgangsproblematik insbesondere zu prüfen sein, ob die in ihren Möglichkeiten der Eigenvermarktung beschränkten Einzel- und Mannschaftssportler angemessen an den Vermarktungserlösen der Sportverbände und -clubs beteiligt werden.[1152] Dieser Aspekt wird im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt vertieft werden.

(9) Beteiligung der Sportler an den Vermarktungserlösen des Verbandes

i. Ausgangssituation

693 Sofern die Möglichkeiten von Individual- oder Mannschaftssportlern zur Eigenvermarktung durch Sportverbände oder -clubs beschränkt oder gar vollständig untersagt werden, stellt sich zunächst allgemein die Frage, ob und auf welchem rechtlichen Weg die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden können. Unabhängig davon, ob man dabei an den *Meca-Medina*-Test, Art. 101 Abs. 3 AEUV oder aber den Effizienzeinwand anknüpft, wird – sofern man bei der Tatbestandsprüfung überhaupt so weit kommt – die Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Verbandsmaßnahme zu untersuchen sein. In diesem Kontext stellt sich sodann unweigerlich die Frage, ob die in ihren Vermarktungsaktivitäten eingeschränkten Athleten an den Vermarktungserlösen ihrer jeweiligen Sportverbände oder -clubs angemessen beteiligt werden.

694 Diese Frage hatte sich bis vor wenigen Jahren in der Praxis aus verschiedenen Gründen selten gestellt. Die Athleten haben erst im Laufe der Zeit ihr teils sehr beachtliches individuelles Vermarktungspotential entdeckt, welches je nach sportlichem Erfolg, der Popularität der jeweiligen Sportart und der Bekanntheit des jeweiligen Sportlers erheblich variieren kann. Das Konkurrenzverhältnis um Vermarktungsmöglichkeiten zwischen Sportverbänden und -clubs auf der einen sowie Individual- und Mannschaftsportlern auf der anderen Seite hat sich erst allmählich zu einem nicht länger zu vernachlässigenden rechtlichen Problem entwickelt. Die Verhandlungsmacht der Beteiligten ist durch ein teils deutliches strukturelles Ungleichgewicht geprägt. Hinzu kommt der Umstand, dass Athleten in zahlreichen Sportarten nur unzureichend organisiert waren und vielfach noch immer sind. Deshalb konnten sie jahrzehntelang nicht mit einer Stimme sprechen und ihren Verhandlungspartnern auf Augenhöhe begegnen. Lange Zeit zogen sie auch kaum die Argumentation insbesondere der Sportverbände in Zweifel, mit der diese ihre exklusiven Vermarktungsstrategien zu rechtfertigen suchten,

1151 Hierzu stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 155 ff.
1152 So auch *Kretschmer* 308–311.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an denen die Athleten zwar teilzunehmen hatten, ohne hierfür sowie für den gleichzeitigen Verzicht auf individuelle Vermarktungsmöglichkeiten jedoch angemessen finanziell entschädigt zu werden. In diesem Kontext wiesen und weisen zahlreiche Sportverbände nach wie vor sachlich zutreffend darauf hin,

- dass die Athleten sich ohne die verbandsseitig organisierte, langjährige, qualifizierte und nicht zuletzt auch kostenaufwändige sportliche Ausbildung regelmäßig nicht zu national und international erfolgreichen und beachteten Individuen mit Vermarktungspotential hätten entwickeln können,
- dass die Athleten mit ihren nationalen und erst recht mit ihren internationalen Auftritten ihre eigene Bekanntheit und damit auch ihren persönlichen Werbewert steigern können,
- dass die Athleten insbesondere bei internationalen Starts für den Sportverband keine Reise-, Unterbringungs-, Verpflegungs-, Trainings- und Betreuungskosten zu tragen haben und
- dass die Athleten die ihnen von den Verbandssponsoren überlassenen Ausrüstungsgegenstände über den Sportwettkampf hinaus regelmäßig behalten dürfen.

695 Die Sportclubs heben in diesem Zusammenhang oftmals hervor, dass sie die Sportler als Arbeitnehmer finanziell absichern würden, wobei das Gehaltsniveau je nach Attraktivität der Sportart und der Mannschaften insbesondere auch für die (inter)nationale mediale Verwertung erheblich schwanken kann. Exemplarisch sei hier auf den Muster-Lizenzspielervertrag der DFL GmbH[1153] Bezug genommen, welcher in Abschnitt E.1 Abs. 1 Satz 1 folgende Regelung enthält:

> „Der Club finanziert sich unter anderem auch über die Vermarktung der Sportlerpersönlichkeit seiner Spieler, welche ebenfalls Grundlage der Vergütung des Spielers ist."

696 Hier suggerieren die Bundesligaclubs, dass die bei ihnen angestellten Fußballspieler an den Vermarktungserlösen der Clubs angemessen beteiligt würden, ohne dass die Spieler jedoch darüber aufgeklärt werden, welche Erlöse ihr Arbeitgeber aus der „Vermarktung der Sportlerpersönlichkeit seiner Spieler" erzielt. Diese Erlöse lassen sich indes aus öffentlich zugänglichen Quellen zumindest ansatzweise erschließen und abschätzen. Gleichsam als Trostpflaster wird den Spielern die Möglichkeit zur sog. Eigenvermarktung eingeräumt. Was großzügig anmutet, ist bei nüchterner Betrachtung aber eine vertragliche Beschränkung der den Spielern zustehenden eigenen unternehmerischen Freiheit durch ihren Arbeitgeber. Natürlich müssen hier die berechtigten unternehmerischen Interessen der beteiligten Parteien möglichst im Wege einer praktischen Konkordanz zu einem Ausgleich gebracht werden. Ob bei dieser rechtlichen Ausgangslage ein grundsätzlicher Erlaubnisvorbehalt zugunsten der Bundesligaclubs angemessen ist, mag bezweifelt

1153 Abgedruckt in PHB SportR Anhang 2.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass dieser Erlaubnisvorbehalt nach Abschnitt E.1 Abs. 2 für

> „die höchstpersönlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts des Spielers sowie alle Rechte, die ausschließlich die Privatsphäre des Spielers betreffen und insofern keinen Bezug zu der Eigenschaft des Spielers als Spieler des Clubs haben",

gerade nicht gilt. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob etwa die Vermarktung der eigenen Hochzeit durch einen Fußballspieler tatsächlich „keinen Bezug zu der Eigenschaft des Spielers als Spieler des Clubs haben" kann. Vermutlich wären solche Vermarktungsaktivitäten ohne den Status und die dadurch bedingte Bekanntheit des noch aktiven Spielers illusorisch, wenn nicht das öffentliche Interesse an der Partnerin ausnahmsweise von vornherein überwiegen sollte.

ii. Eigener Ansatz

Im Folgenden sollen die arbeitsrechtlichen Probleme ausgeklammert werden, was – wie bereits in der Überschrift des Abschnitts angedeutet – eine Beschränkung auf die Beteiligung von Athleten an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes bedingt.[1154] Die damit verbundene Rechtsproblematik war bis zu der auch insoweit wegweisenden Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache *Kristoffersen/NSF*[1155] im Schrifttum zunächst nur eher beiläufig und oberflächlich diskutiert worden.[1156] 697

Anknüpfend an die vorgenannte Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs, ist bereits an anderer Stelle[1157] im Detail analysiert worden, anhand welcher Kriterien die Angemessenheit der Beteiligung von Sportlern an den Vermarktungserlösen des Verbandes bestimmt werden kann. Die wesentlichen Punkte lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: 698

– Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass ein Sportverband und die ihm zugehörigen Athleten in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen.[1158] Aus diesem ergeben sich gegenseitige Rücksichtnahmepflichten, deren 699

1154 Zu den Voraussetzungen und Möglichkeiten, die Modalitäten der Aufteilung von Vermarktungsrechten zwischen Sportclubs als Arbeitgebern und ihren Spielern als Arbeitnehmern zum Gegenstand einer tarifvertraglichen Regelung zu machen, s. ausf. *Kretschmer* 243–259; zur Frage potentieller Tarifvertragsparteien im deutschen Profisport vgl. die Monographie von *Stark* sowie zuletzt *Stark* SpuRt 2021, 267 ff.

1155 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17 – Kristoffersen/NSF; zum Sachverhalt und zu den zentralen Entscheidungsgründen → V. Rn. 51–56.

1156 *Heermann* in Walker, 2013, 9 (27–30); Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Kreißig* Rn. 231, 235; *Morand* 289–297 (Rn. 456–465) m.w.N.; *Nagel* CaS 2012, 55 (61–63); ausf. hingegen *Kretschmer* 261 ff.

1157 *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 32 ff.

1158 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 124 – Kristoffersen/NSF; *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Reichweite und Ausprägungen – wie kaum anders zu erwarten – in der bisherigen Diskussion recht unterschiedlich interpretiert worden sind.[1159]

700 – Um die Angemessenheit der Beteiligung der Athleten an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes ermitteln zu können und einen – wenngleich ungenauen – Bemessungsmaßstab zu erhalten, ist es sinnvoll, vorab – soweit möglich – die jeweiligen Vermarktungserlöse *beider* Parteien zu ermitteln.[1160]

701 – In einem nächsten Schritt sollte wiederum im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten untersucht werden, welche Beiträge sowohl der Sportverband als auch die Athleten bzw. der Athlet zur kohärenten Verfolgung der legitimen Verbandsziele leisten.[1161] Dabei sind auf der Seite des Sportverbandes nicht nur die aus der Vermarktung erzielten Erlöse, sondern die Gesamteinnahmen in den Blick zu nehmen, die freilich üblicherweise nicht in voller Höhe der Verfolgung der Verbandsziele dienen. Der Beitrag der Athleten besteht in der Teilnahme an den vom Sportverband vermarkteten Veranstaltungen, aber etwa auch in dem verbandsseitig erzwungenen Verzicht auf individuelle Vermarktungsmöglichkeiten. Zudem ist zu berücksichtigen, in welchem Umfang der Verband speziell den von den Vermarktungsbeschränkungen betroffenen Athleten unmittelbar Leistungen kostenfrei zur Verfügung gestellt hat (die Kosten der sportlichen „Grundausbildung" bleiben insoweit unberücksichtigt, als sie bereits zur allgemeinen Nachwuchsförderung zählen) oder noch zur Verfügung stellt (z.B. spezielle Förderung der Spitzensportler).[1162]

702 – Bei dem Abwägungsvorgang kann im Einzelfall berücksichtigt werden, inwieweit ein Sportverband und/oder ein betroffener Athlet jeweils auf die beim Sportverband anfallenden Vermarktungserlöse angewiesen sind/ist,[1163] soweit sich hierfür überzeugende Indizien ermitteln lassen. Hierbei kann man sich von folgenden Maximen leiten lassen:[1164]

1159 So vertritt *Prokop* in Führungs- und Verwaltungsakademie Berlin des DSB, 1997, 19 (23) allgemein die Auffassung, dem Athleten obliege eine Pflicht, dem Verband bei der Beschaffung finanzieller Mittel behilflich zu sein. *Thaler* in Arter, 2007, 19 (53, 63) betont, es müssten „stets berechtigte Interessen des Sportverbandes an der Vermarktungsregulierung vorliegen, mithin sachliche Gründe, welche direkt oder indirekt dem ideellen Verbandszweck dienen bzw. sich als sportnotwendig (sportimmanent oder sporttypisch) erweisen", wobei er den „Solidaritätsgedanken" im Grundsatz anerkennt. *Steinle* in Steinle, 2013, 9 (18) verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „Solidarsystem", wonach innerhalb des Athletenbereichs ein Interessenausgleich zwischen angemessener Förderung des Nachwuchses und der Wahrung der Interessen von Spitzenathleten stattzufinden habe. Krit. zu diesem Modell *Bergmann* in Steinle, 2013, 59 (65); ablehnend Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Kreißig* Rn. 231.

1160 *Morand* 305 (Rn. 479); *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 34.

1161 Ähnl. EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 124 – Kristoffersen/NSF; *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 35 f.

1162 In dieses Richtung zielen auch Erwägungen des IOC-Direktors für Athletenfragen, vgl. *Mehrabi* FAZ v. 16.11.2021: „Die Athleten profitieren vom Solidarmodell des IOC".

1163 So andeutungsweise EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 115, 124 f. – Kristoffersen/NSF; *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 37–40 m.w.N.

1164 So bereits *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 41 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Bei Athleten, die vom Sportverband eine regelmäßige finanzielle Zuwendung erhalten, kann die Angewiesenheit auf die Partizipation an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes als geringer eingestuft werden als bei Sportlern ohne eine solche finanzielle Absicherung.[1165]
- Je mehr für den Sportverband antretende Spitzenathleten mangels kostendeckender finanzieller Unterstützung durch den nationalen Verband, mangels hoher (inter)nationaler Sieg- oder Antrittsprämien sowie mangels lukrativer individueller Sponsoring- oder Ausrüsterverträge reinen Amateuren angenähert sind, desto weniger darf der Sportverband Möglichkeiten der betroffenen Athleten beschneiden, sich selbst zu vermarkten. Dies gilt insbesondere für Sportevents, die für solche Athleten – wie z.B. Olympische Spiele – nur alle paar Jahre eine internationale Wettkampfplattform mit hohem Aufmerksamkeitswert und damit eine einträgliche Vermarktungsmöglichkeit bieten.[1166]

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung hat der Sportverband abschließend festzu- 703
legen, in welchem Umfang Spitzenathleten, die an Sportveranstaltungen des Verbandes teilnehmen, an dessen Gesamterlösen zu beteiligen sind. Hierbei steht Sportverbänden ein gerichtlich überprüfbarer Beurteilungs- und Ermessenspielraum zu.[1167] Zudem können sie sich durch eine transparente und sachgerechte Mittelverwendung im Hinblick auf etwaige Streitfälle in eine von vornherein vorteilhafte Ausgangssituation bringen.

iii. Forderungen der Athleten nach pauschaler Beteiligung an den Vermarktungserlösen eines Sportverbandes

Die vorgenannten Umstände sollten auch die Athleten berücksichtigen, bevor sie 704
eine Erlösbeteiligung anstreben. Wenn sie stattdessen allzu pauschale Forderungen erheben, könnten diese schnell ins Leere laufen. So richtete im Herbst 2018 die DOSB-Athletenkommission in einem offenen Brief an das IOC die Forderung, dass künftig die an den Spielen teilnehmenden Athleten an den Vermarktungsgewinnen des IOC direkt zu beteiligen seien. Sie verlangten konkret eine Ausschüttung von 25 % des Gesamtgewinns, der in der Olympiade von 2013 bis 2016 mit Erlösen von 5,7 Milliarden Dollar beziffert wurde.[1168] Anlässlich des IOC Athletenforums am 13.–15.4.2019[1169] wurde über diese Forderung letzt-

1165 So bereits *Bruhn/Mehlinger* 50 f.; *Vieweg* in Vieweg, 1996, 53 (84); *Nam* 155; zuletzt im Anschluss hieran auch *Morand* 305 (Rn. 479).
1166 *Morand* 306 (Rn. 480).
1167 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17, Rn. 132 – Kristoffersen/NSF; *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 50.
1168 Zur Entwicklung sowie den Hintergründen s. stellvertr. *Reinsch* FAZ v. 23.5.2019 („Gegen das Monopol des IOC").
1169 Hierzu *Simeoni* FAZ v. 16.4.2019 („IOC-Athletenforum – Alle eingenordet").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich kein Beschluss gefasst, zumal der Präsident des IOC, *Thomas Bach*, ihr sehr reserviert gegenüberstand.[1170] Zumindest der seinerzeitige Athletensprecher *Jonathan Koch* distanzierte sich in der Folge von der ursprünglichen Forderung nach einer 25 %igen Beteiligung der Olympiateilnehmer an den Vermarktungserlösen des IOC.[1171] Die generelle Forderung nach einer unmittelbaren oder zumindest verstärkten Beteiligung der Olympiateilnehmer an den Vermarktungserlösen des IOC steht aber auch nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie immer noch im Raum.[1172]

iv. Mitspracherechte der Athleten

705 Mitunter wird nicht nur von Sportverbänden die Auffassung vertreten, Mitspracherechte der Athleten bei der Aufteilung von Verbands- und Individualwerbung in Regelwerken oder Athletenvereinbarungen sprächen für die Zulässigkeit entsprechender Vermarktungsbeschränkungen.[1173] Hier ist zu differenzieren: Wenn etwa einem einzelnen Athletenvertreter nur Anhörungsrechte eingeräumt werden und er eine – rechtlich regelmäßig unverbindliche – Stellungnahme abgeben kann, wird er kaum Einfluss auf die Aufteilungsentscheidung nehmen können. Entsprechendes gilt, wenn der Repräsentant der Sportler zusätzlich über ein Stimmrecht verfügen sollte. Anders könnte sich die rechtliche Beurteilung darstellen, wenn eine Athletenvereinigung oder Spielergewerkschaft auf Augenhöhe mit dem Sportverband verhandeln und im Ergebnis tatsächlich mitbestimmen kann.

1170 Welt.de v. 12.4.2019 („Bach reagiert auf Sportlerforderung"), abrufbar unter https://www.welt.de/print/welt_kompakt/print_sport/article191793711/Bach-reagiert-auf-Sportlerforderung.html (zuletzt besucht am 7.2.2022); FAZ v. 25.6.2019 („Absage ‚zum Wohle der Athleten'"), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/ioc-praesidentbach-erteilt-direkten-zahlungen-an-athleten-eine-absage-16253306.html (zuletzt besucht am 7.2.2022); Deutschlandfunk.de v. 15.9.2019 („IOC-Präsident Bach zu Athleten-Forderungen: ‚Athleten sind keine Angestellten des IOC'"), abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/ioc-praesident-bach-zu-athleten-forderungen-athleten-sind.892.de.html?dram:article_id=458551 (zuletzt besucht am 7.2.2022); vgl. auch die Erwägungen des IOC-Direktors für Athletenfragen *Mehrabi* FAZ v. 16.11.2021: „Die Athleten profitieren vom Solidarmodell des IOC".

1171 Deutschlandfunk v. 16.4.2019 („Athletensprecher Jonathan Koch gibt sich beim IOC-Athletenforum zufrieden. Er sieht sich in der Forderung der deutschen Athleten nach einer finanziellen Beteiligung an den Olympiagewinnen bestätigt. Den konkreten Wunsch nach einer Ausschüttung von 25 Prozent der Gewinne an Sportler lässt er aber fallen."), abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/olympische-sportler-ueberall-fliesst-geld-nur-nie-an-die.1346.de.html?dram:article_id=446327 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1172 *Klein* FAZ v. 12.8.2021 („Milliarden des IOC – Faire Entlohnung für Athletenarbeit!"), der sich seinerzeit beim Athleten Deutschland e.V. um den Bereich der internationalen Sportpolitik kümmerte.

1173 So *Morand* 305 (Rn. 479); dagegen bereits *Heermann* WRP 2020, 1, Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Im Hinblick auf Beschränkungen der Möglichkeiten zur Eigenvermarktung von Athleten durch Sportverbände und -clubs fällt die Einschätzung ambivalent aus: 706

Einerseits ist das kartellrechtliche Konfliktpotential enorm, wie insbesondere das vor dem BKartA geführte Verfahren zu den Vermarktungsbeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer eindrucksvoll gezeigt hat.[1174] Wenngleich ein kurz zuvor abgeschlossenes Verfahren vor dem EFTA-Gerichtshof[1175] nicht das Kartellrecht, sondern die Dienstleistungsfreiheit betraf, so machen die Entscheidungsgründe doch überdeutlich, dass auch insoweit erhebliche rechtliche Bedenken Raum greifen können. Die These, dass diese beiden Verfahren mit Blick auf die Sportpraxis nur die Spitze eines Eisbergs zeigen, mutet keinesfalls gewagt an. Wie die Sportverbände diese rechtlichen Risiken minimieren können, ist in diesem Abschnitt dargelegt worden. 707

Andererseits ist zu konstatieren, dass Sportler sich zwar vielfach von Sportverbänden und -clubs im Hinblick auf ihr individuelles Vermarktungspotential ausgenutzt und übervorteilt fühlen (werden). Wie oft dies tatsächlich der Fall ist, kann und soll hier nicht abgeschätzt werden. Indes steht fest, dass die Hemmschwelle für kontroverse Diskussionen mit den Sportverbänden und -clubs und für die Einleitung von (kartell)rechtlichen Verfahren nach wie vor sehr hoch zu liegen scheint. Soweit ersichtlich, haben die im deutschen Profifußball standardmäßig verwendeten Vermarktungsbeschränkungen in den Lizenzspielerverträgen allenfalls zu Auseinandersetzungen jenseits der medialen Wahrnehmbarkeit geführt. Vielleicht empfinden diejenigen in den Fußballbundesligen tätigen Profis, die überhaupt über ein erhebliches individuelles Vermarktungspotential verfügen, die Möglichkeiten der Eigenvermarktung angesichts im Übrigen üppiger Gehaltszahlungen als Zubrot, über dessen Zuteilung es sich nicht zu streiten lohnt. Anders stellt sich die Sachlage freilich für Individualsportler dar, die über keine monatlichen Gehaltsschecks über fünf- bis sechsstellige, in Einzelfällen sogar siebenstellige Euro-Beträge verfügen. Welcher ambitionierte Athlet nimmt aber neben der Konzentration auf die ohnehin zeitlich begrenzte sportliche Karriere die Mühen eines eventuell langwierigen, vermutlich kostspieligen, in jedem Fall zeitaufwändigen Rechtsstreits mit ungewissem Ausgang auf sich? Allerdings hat gerade das Verfahren vor dem BKartA gezeigt, dass Vereinigungen, die die Athleteninteressen vertreten, erheblichen Einfluss ausüben können, wenn sie nicht Individual-, sondern Gruppeninteressen vertreten. 708

1174 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zu weiteren Details → XI. Rn. 28–31 m.w.N.

1175 EFTA-Gerichtshof 16.11.2018 – E.8/17 – Kristoffersen/NSF; zu weiteren Details → V. Rn. 51–56.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen

aa) Ausgangsproblematik

(1) Wirtschaftliche Ziele der Zentralvermarktung im Ligasport

709 Wie Unternehmen im übrigen Wirtschaftsverkehr sind natürlich auch Sportligen bemüht, ihre Erlöse zu maximieren. Insbesondere in Sportligen, die sich nicht nur national, sondern auch international großer Beliebtheit erfreuen, sind in den letzten Jahrzehnten die Einnahmen aus der Vermarktung der (Live-)Übertragungsrechte an den Ligaspielen relativ zu den anderen Einnahmen, aber auch in absoluten Zahlen zumeist rasant gestiegen. Die COVID-19-Pandemie wird sicherlich nicht ohne Einfluss auf die beschriebene Entwicklung bleiben, wobei es freilich noch zu früh ist, um diese Auswirkungen genauer zu analysieren. Zumindest im deutschen und englischen Profifußball sind bei der jeweils letzten Auschreibungsrunde während der Pandemie keine signifikanten Erlösrückgänge zu verzeichnen gewesen.[1176] Die prozentualen Steigerungsraten waren zudem zumeist höher als diejenigen in den Bereichen Ticketing, Hospitality, Sponsoring oder Merchandising. Der Anstieg der Erlöse aus der medialen Verwertung der Liga etwa im deutschen und noch stärker im englischen Ligafußball ist aber nicht allein das Produkt der Popularität einer bestimmten Sportliga, sondern er ist auch der Vermarktungsstrategie geschuldet. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass zum einen die Anbieterseite und zum anderen die angebotenen Produkte, d.h. die (Live-)Übertragungsrechte an den Ligaspielen, durch ein erhebliches Maß an Exklusivität gekennzeichnet sind:

710 Nachfolgend soll die Deutsche Fußball Liga (DFL) als Beispiel dienen.[1177] So ist im deutschen Profifußball die Zahl der potentiellen Anbieter solcher Fernsehrechte, die sich aus den 36 Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga in ihren Rollen als (Mit-)Veranstalter der jeweiligen Heimspiele und als Gegner der jeweiligen Heimmannschaften zusammensetzt,[1178] auf nur noch einen Anbieter, d.h. die DFL, reduziert. Dadurch wird einerseits potentieller Wettbewerb auf der Anbieterseite unterdrückt und andererseits die wirtschaftliche Macht der DFL als alleinigem Anbieter deutlich gestärkt. Je stärker die Position des Anbieters, hier also der DFL, auf dem Markt für mediale Verwertungsrechte an Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich höherere Preise für die relativ wenigen angebotenen Produktpakete

1176 → XIII. Rn. 723 m.w.N.

1177 Zur Praxis der Zentralvermarktung in den Fußballligen in England, Italien, Spanien und Frankreich instruktiv BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 76–89.

1178 Zur Frage, wer Inhaber der Übertragungsrechte im Ligasport ist, → XIII. Rn. 734 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durchsetzen lassen, als wenn insoweit ein lebhafter Wettbewerb zwischen den 36 Ligamitgliedern bestehen würde.

Zudem werden durch die Alleinstellung der DFL auf der Anbieterseite die Akteure auf der Nachfrageseite in verschiedener Weise geschwächt. Diejenigen Nachfrager, die den Zuschlag für die medialen Verwertungsrechte an den Ligaspielen erhalten, zahlen einen vergleichsweise hohen Preis. Dieser resultiert auch aus dem Umstand, dass die Rechtepakete den Medienanbietern im Regelfall exklusiv für sämtliche Übertragungswege (insbesondere Satellit, Kabel, Internet) überlassen werden. Aber bekanntlich war es schon seit jeher etwas teurer, einen exklusiven Geschmack zu haben … 711

Aufgrund dieser Exklusivität der begrenzten Anzahl an Rechtepaketen wird die Nachfrageseite aber auch insoweit geschwächt, als einige potentielle Nachfrager im Rahmen der Ausschreibung gar nicht erst zum Zuge kommen. Diese Anbieter können nicht ohne Weiteres auf Übertragungsrechte anderer Sportereignisse ausweichen. Andere Fußballevents (z.B. DFB-Pokal, Länderspiele) garantieren während der Saison keine nahezu wöchentliche Aufmerksamkeit, sprechen eventuell andere Zielgruppen an (eventuell UEFA Champions League, UEFA Europa League und UEFA Europa Conference League, sicherlich aber 3. Liga oder Regionalliga) oder der Durchschnittspreis für die Übertragung eines 90-minütigen Spiels ist deutlich höher (z.B. UEFA Champions League). Die Übertragung der Spiele einer anderen, hierzulande weniger populären Sportliga (z.B. Handball, Basketball, Eishockey) spricht eine andere und zumeist deutlich kleinere Zielgruppe an und scheidet damit vielfach als Substitut aus. 712

Diese aus der Zentralvermarktung resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Rechtemarkt (Rechteinhaber-Medienanbieter) strahlen sodann auch auf den angrenzenden Übertragungsmarkt (Medienanbieter-Endkunden) aus.[1179] Denn die Medienanbieter, die einen Zuschlag erhalten, werden sich natürlich nach Kräften bemühen, den relativ hohen Preis für ihre jeweiligen Rechtepakete zu refinanzieren und darüber hinaus noch einen Gewinn zu generieren. Demzufolge werden die Werbekunden und nicht zuletzt die Endkunden, d.h. die an der Übertragung von Fußballspielen interessierten Fans, möglicherweise in stärkerem Maße zur Kasse gebeten, als wenn auf dem Rechtemarkt stärkerer Wettbewerb herrschen würde. Hier schlägt dann bei den Endkunden möglicherweise zusätzlich der Umstand kostenerhöhend durch, dass auf dem Übertragungsmarkt die Medienanbieter jeweils über exklusive Rechtepakete verfügen, die aber nicht zwingend sämtliche Spiele der Bundesliga oder der UEFA Champions League umfassen. Denn damit wird in Deutschland schon seit einigen Jahren der Ab- 713

1179 *Polk* WuW 2021, 502 (507) kritisiert, dass die vom BKartA zugrunde gelegte Marktdefinition der Mehrseitigkeit der Sportmärkte (hierzu → VI. Rn. 96–113) kaum Rechnung trage.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schluss von zwei Abonnements bei Bezahlsendern erforderlich, wenn ein Fußballfan sämtliche Spiele etwa seines Lieblingsclubs in der Bundesliga (anders indes noch in der 2. Bundesliga) live verfolgen möchte.

714 Um Missverständnissen vorzubeugen, sei an dieser Stelle betont, dass es natürlich legitim ist, wenn eine Sportliga wie die DFL versucht, ihre Erlöse im Allgemeinen und aus der (inter)nationalen Verwertung der Medienrechte im Besonderen zu maximieren. Unternehmerische Aktivitäten sind Sportligen wie auch Sportverbänden und -clubs nicht untersagt, zumal Einnahmen erzielt werden müssen, um die jeweils angestrebten sportbezogenen Ziele bestmöglich verfolgen zu können. Wenn sich jedoch eine Sportliga unternehmerisch betätigt, wie dies etwa die DFL im Rahmen der zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga tut, so sind dabei die Grenzen zu beachten, die durch staatliches und supranationales Recht, hier durch das europäische Kartellrecht, gesetzt werden.

715 Selbst wenn der Umstand, dass eine solche Zentralvermarktung durch die DFL eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, heute kaum mehr ernsthaft bestritten werden kann,[1180] bedeutet dies freilich nicht, dass damit das kartellrechtliche Urteil über die Zentralvermarktung schon gefällt wäre. Denn diese Wettbewerbsbeschränkung hat auch beachtliche positive Seiten. Eine solche Vermarktung der Übertragungsrechte „aus einer Hand" vereinfacht in erheblichem Umfang das Entstehen verschiedener Produkte und Produktmerkmale, die sich bei einer Individualvermarktung dieser Rechte durch 36 Ligamitglieder kaum verwirklichen ließen. Erinnert sei an die mehr (dann kostenpflichtig) oder weniger (dann im Free-TV) zeitnahe zusammenfassende Berichterstattung über die Partien eines Spieltages oder an die sich bei Fußballfans größter Beliebtheit erfreuenden Live-Konferenzen. Hier wie auch im Übrigen erleichtert die Zentralvermarktung seitens der DFL über einen inzwischen jeweils vierjährigen Zeitraum die Planungssicherheit, die Gewährleistung einheitlicher Übertragungsstandards und eine gleichbleibende technische Qualität des Produkts. Hiervon profitieren die Medienanbieter, die erhebliche Transaktionskosten vermeiden können, und natürlich auch die Endkunden. Diese und weitere Vorteile der Zentralvermarktung im Ligasport – der Kartellrechtler spricht insoweit von Effizienzen – sind im Rahmen der Erwägungen zu einer Rechtfertigung der dadurch verursachten Wettbewerbsbeschränkungen mit den Nachteilen für den Wettbewerb abzuwägen und zu einem Ausgleich zu bringen. Dies ist ein komplexer, von den konkreten Umständen des jeweiligen Falles abhängiger Prozess, bei dem eine

1180 Zu einem insoweit auch heute noch vertretenen – letztlich untauglichen – Versuch s. PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 130; zur krit. Auseinandersetzung mit dieser Rechtsauffassung → XIII. Rn. 752–757.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vielzahl von nachfolgend zu beleuchtenden rechtlichen Aspekten zu berücksichtigen ist.

(2) Deregulierung und technische Entwicklung

i. Dynamische tatsächliche und kartellrechtliche Entwicklungen

716 Wenn sich die ökonomischen Rahmenbedingungen auf denjenigen relevanten Märkten ändern,[1181] auf denen infolge der Zentralvermarktung Wettbewerbsbeschränkungen auftreten oder sich auswirken, berührt diese Entwicklung natürlich auch die kartellrechtliche Bewertung. Je dynamischer sich insoweit ein relevanter Markt fortentwickelt, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass zuvor ermittelte kartellrechtliche Ergebnisse modifiziert oder zumindest infrage gestellt und erforderlichenfalls neu bewertet werden müssen. Ein aktuelles Beispiel sind die von den Sendern Sky und DAZN, die über die jeweils exklusiven Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga verfügen, Anfang 2022 angekündigten drastischen Preiserhöhungen für ihre entsprechenden Abonnements.[1182] Dieses – vielleicht nicht in dieser Größenordnung – erwartbare Verhalten der genannten Medienanbieter strahlt natürlich auch auf die kartellrechtliche Bewertung der Zentralvermarktung aus.

ii. Entwicklung bis in die 1980er Jahre

717 Von den angedeuteten Entwicklungen sind hierzulande diejenigen Märkte, auf denen sich die Zentralvermarktung der Medienrechte durch die DFL vollzieht und/oder auswirkt, spätestens seit dem Ende der 1980er Jahre in besonderem Maße betroffen. Auch wenn viele jüngere Leser dies kaum werden glauben oder gar nachvollziehen können (wie der *Verfasser* bei entsprechenden Berichten in seinen Vorlesungen immer wieder aufs Neue erfahren darf), gab es im 20. Jahrhundert einen sich über viele Jahrzehnte erstreckenden Zeitraum ohne Mobiltelefone (das heute allgegenwärtige iPhone wurde erst im Jahr 2007 von Apple eingeführt), Internet, Bezahlfernsehen via Satellit, Kabel oder Stream. Die Verfügbarkeit von Live-Bildern attraktiver Sportevents war erstens ortsgebunden und zweitens alles andere als vollständig. Bis in die 1980er Jahre hinein gab es für den Fußballfan im westlichen Teil Deutschlands, d.h. in den später so genannten alten Bundesländern, rund eine Stunde nach dem Abpfiff der Bundesligaspiele die ersten Zusammenfassungen vom Nachmittag. Ja, alle neun Spielpaarungen in der

1181 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 736–748.

1182 Krit. hierzu stellvertr. *Fritsch* Zeit Online v. 26.1.2022 („Fußball könnte billiger sein. DAZN verdoppelt den Preis und bekommt einen Shitstorm ab, aber kann man dem Sender vorwerfen, schwarze Zahlen schreiben zu wollen?“).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundesliga wurden früher grundsätzlich samstags um 15.30 Uhr angepfiffen und nicht nur – wie heute aus Gründen der Wahrung der Chancengleichheit – nur am 34. Spieltag. Wer ein Bundesligaspiel live verfolgen wollte, musste sich entweder ins Stadion begeben oder aber das Spielgeschehen vor dem Radio erleben. Live konnten Fußballspiele unter Beteiligung deutscher Vereinsmannschaften im terrestrischen TV vereinzelt im DFB-Pokal und im Übrigen nur empfangen werden, wenn mittwochs Spiele im Europapokal der Landesmeister (der seinen Namen damals zu Recht trug), im Europapokal der Pokalsieger und im UEFA-Pokal übertragen wurden (was nicht für alle Spiele im Vorhinein feststand und sich mitunter erst wenige Stunden vor Anpfiff entschied). Diese europäischen Pokalwettbewerbe fanden übrigens ausschließlich in K.o.-Runden mit Hin- und Rückspiel statt. Fußballinteressierte Zeitgenossen blieben damals also verschont von sich über Monate erstreckenden und zumeist langweiligen Vorrundenspieltagen und -spielen. Der geneigte Fußballfan lief auch nicht Gefahr, angesichts einer kaum mehr überschaubaren Vielzahl an Sendern die Orientierung zu verlieren, sondern hatte die Auswahl zwischen den beiden öffentlich-rechtlichen Sendern ARD und ZDF sowie zumeist einem (!) über Antenne empfangbaren 3. Programm (z.B. NDR oder WDR). In einem rund 100 km breiten Streifen westlich der damals Deutschland teilenden Mauer konnten über die beiden Sender des „Fernsehens der DDR" zudem Europapokalspiele mit der Beteiligung ostdeutscher Mannschaften verfolgt werden. Die in den später so genannten neuen Bundesländern durchgeführten Spiele der Oberliga wurden gleichfalls nur in Zusammenfassungen im ostdeutschen Fernsehen gezeigt. In beiden Teilen Deutschlands wurden indes grundsätzlich sämtliche Spiele der jeweiligen Nationalmannschaft live übertragen, mitunter auch weitere Spiele von Fußball-Weltmeisterschaften oder -Europameisterschaften. Was hier bedingt durch die Herkunft des *Verfassers* aus der westdeutschen Perspektive beschrieben worden ist, funktionierte zur Freude der Fußballfans östlich der Mauer, indes zum Leidwesen des Staatsapparates auch in entgegengesetzter Richtung.

iii. Entwicklung seit den 1980er Jahren bis heute

718 Die Entwicklung, die sodann in den späten 1980er Jahren einsetzte und bis heute fortwirkt, sollte den Fernsehmarkt grundlegend umkrempeln und zugleich die Möglichkeiten der kommerziellen Verwertung von Medienrechten durch Sportverbände in zuvor ungeahnte Dimensionen vorstoßen lassen. Im Gegensatz dazu sind die Auswirkungen des *Bosman*-Verfahrens auf den professionellen Fußballsport[1183] mit einer leichten sommerlichen Windböe vergleichbar. Mit der Deregulierung des Fernsehmarktes öffnete sich dieser nun auch privaten Anbietern.

1183 → V. Rn. 22–44 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese profitierten davon, dass neben dem zuvor allein möglichen terrestrischen Empfang die Übertragung von bewegten Bildern über Satellit und Kabel möglich war. Das Internet breitete sich rasant aus und wurde immer leistungsfähiger, so dass heute aufgrund des technologischen Fortschritts per Stream problemlos Bewegtbilder von Fußballspielen und sonstigen Sportveranstaltungen auf stationären, aber auch auf mobilen Empfangsgeräten deutschlandweit, ja nahezu weltweit abrufbar sind. Die Folgen dieser Entwicklung hat *Weatherill* bereits im Jahr 2017 mit folgenden Worten zusammengefasst (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1184]

> „Transmission occurs through an increasing variety of media, and it is highly plausible that the pace of technological change will continue to throw up new forms of rapid mass communication, **generating intensified fragmentation in the pattern of supply of audiovisual services.**"

719 Diese Fragmentierung der Pakete mit Übertragungsrechten an Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga hat zwar in der Tat stattgefunden, wobei allerdings im Wesentlichen nur die Zahl der Medienanbieter, die über ein oder auch mehrere exklusive Rechtepakete verfügen, zugenommen und demgegenüber der Umfang (natürlich ganz im Gegensatz zur Zahl) der jeweils ausgeschriebenen und üblicherweise immer noch für sämtliche Übertragungswege exklusiv vergebenen Rechtepakete abgenommen hat. Die im Laufe der Zeit erfolgte verstärkte Aufsplitterung der Übertragungsrechte ist bislang vorrangig von den kommerziellen Interessen der Rechteinhaber und auch der Medienanbieter getrieben gewesen, während die Interessen der Endkunden zwar nicht ausgeblendet worden sind, aber doch in weit geringerem Maße Berücksichtigung gefunden haben.

iv. Wandel der Zuschauerpräferenzen und Reaktionen der Medienanbieter

720 Wie im Rahmen der Erwägungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte darzulegen sein wird,[1185] haben sich aber auch die Zuschauergewohnheiten, -präfenzen und -interessen im Laufe der Zeit grundlegend gewandelt. Bis in die 1980er Jahre hinein war der fußballaffine Fernsehkonsument noch glücklich über jedes Fußballspiel, welches live im Fernsehen übertragen wurde. Man nahm dabei in Ermangelung einer Alternative eine Bildqualität in Kauf, die heute den übertragenden Sender zum Adressaten eines veritablen Shitstorms werden ließe. Im Vergleich dazu kann sich der am Fußballsport interessierte Fernsehzuschauer heute bei entsprechender Zahlungsbereitschaft an einem üppig gefüllten „All you can eat"-Buffet fast nach Belieben bedienen – aber auch nur fast. Denn wenn viele Fußballfans nach ihrer Lieblingsspeise Ausschau halten, werden sie diese zwar

1184 *Weatherill*, Principles, 2017, 293.
1185 → XIII. Rn. 742–747.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mühelos finden, sodann aber feststellen, dass nur eine halbe Portion pro Person verfügbar ist und für die andere halbe Portion noch einmal extra gezahlt werden muss. Wie kommt es zu dieser ungewöhnlichen Angebots- und Preispolitik?

721 Eingefleischte Fußballfans schwören irgendwann in ihrem Leben unter Umständen, die noch der wissenschaftlichen Durchdringung harren, einem bestimmten Verein ewige Treue, was – anders als etwa bei einer Eheschließung – wörtlich zu nehmen ist. Denn Fußballfans trennen sich von ihrem Lieblingsverein selbst nach einer Reihe von sportlichen Nacken- und Tiefschlägen deutlich seltener als von Ehepartnern oder Lebensgefährten (wenngleich bei letzteren oftmals ohnehin nur von Lebens*abschnitts*gefährten gesprochen wird). Wer sportlichen Misserfolg körperlich und mental nur in kleinen Dosen verträgt, vergibt sein Herz vorzugsweise an einen sportlich überwiegend erfolgreichen Fußballclub, selbst wenn dieser aus einer ganz anderen Region stammt. Dies ist, vereinfacht gesprochen, ein wesentlicher Grund, weshalb viele Fußballfans bei der Auswahl ihrer Lieblingsmannschaft – anders als in ihrem sonstigen Leben etwa bei der Partnerwahl – einen wenig exklusiven Geschmack entwickeln und in räumlicher Hinsicht eine jahrzehntelange Fernbeziehung eingehen. Zudem gilt Fremdgehen unter Fußballanhängern eines bestimmten Lieblingsclubs in nahezu jeder Situation ohnehin als verpönt, darüber wird zumeist noch nicht einmal ansatzweise im stillen Kämmerlein nachgedacht. Unter diesen Umständen ist es naheliegend und auch nachvollziehbar, dass ein solcher Fußballfan möglichst alle Spiele seines Lieblingsvereins entweder im Stadion oder aber insbesondere in Fernbeziehungen in Bewegtbildern live verfolgen möchte. Eine solche Zuschauerpräferenz ist zwar sicherlich kein Massenphänomen, sie ist aber nach den Erfahrungen des *Verfassers*, die freilich wissenschaftlich noch bestätigt werden müssten, doch sicherlich weit verbreitet. Und nunmehr bietet das üppige und im Voraus bezahlte „All you can eat"-Buffet tatsächlich eine halbe Portion an, d.h. ein Abonnement mit einem Teil der Live-Bundesligaspiele dieses Herzensclubs. Die übrigen Spiele sind vom „All you can eat"-Buffetangebot nicht mit umfasst. Hierfür muss ein weiteres Abonnement abgeschlossen und unabhängig davon extra bezahlt werden, ob der Fan als Gegenleistung überwiegend Siege zu sehen bekommt oder im Abstiegskampf seine Leidensfähigkeit beweisen muss. Sollte der Lieblingsverein zufällig auch noch an europäischen Ligawettbewerben, insbesondere an der UEFA Champions League teilnehmen, benötigt der Fan, der Bewegtbilder auch dieser Spiele live verfolgen und nicht auf eine Sportbar ausweichen möchte, übrigens noch ein drittes Abonnement.[1186]

1186 Krit. zu dieser Entwicklung *Fritsch* Zeit Online v. 20.10.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

v. Rolle des BKartA

Warum kommen – so mag sich mancher nun fragen – die kollusiv zusammenwirkenden Rechteinhaber sowie die Medienanbieter dieser verbreiteten Gattung von Fußballfans nicht weiter entgegen? Einer der wesentlichen Gründe liegt darin, dass sich hierzulande das BKartA, das seit bald zwei Jahrzehnten die Modalitäten für die Ausschreibung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga mit der DFL jeweils im Vorfeld abklärt, immer noch stark an einer Freistellungsentscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 zur zentralen Vermarktung der UEFA Champions League[1187] orientiert. Die vorangehenden Ausführungen in diesem Abschnitt haben jedoch gezeigt, dass seither nicht nur die Zeit vorangeschritten ist, sondern sich auch das Marktumfeld infolge der rasanten technischen Fortschritte insbesondere für die Medienanbieter und – was nach hier vertretener Auffassung vom BKartA bislang zu sehr vernachlässigt worden ist – auch für die Endkunden dynamisch weiterentwickelt hat. Hierauf wird nachfolgend insbesondere bei der Würdigung der zu untersuchenden zentralen Rechtsfragen[1188] zurückzukommen sein. 722

(3) Entwicklung des Ligasports im Fußball

Im Fußball hat sich in den letzten drei Jahrzehnten die englische Premier League zur weltweit kommerziell am erfolgreichsten vermarkteten Liga entwickelt.[1189] Was die Erfolge der nationalen, vor allem aber der internationalen Verwertung der Medienrechte an den Ligaspielen anbetrifft, folgt die DFL mit ihren Produkten Bundesliga und 2. Bundesliga der Premier League erst mit einem gehörigen Abstand. Indes weist auch die DFL aus ökonomischer Perspektive eine mehr als respektable Entwicklung auf, wovon die jährlich veröffentlichten DFL Wirtschaftsreports zeugen.[1190] Im Zuge der nationalen Ausschreibung der Medienrechte an den Spielen der Liga für die nächsten vier Spielzeiten musste die DFL im Frühjahr 2020 – wegen der seinerzeit unabsehbaren Unwägbarkeiten der weiteren Entwicklung der COVID-19-Pandemie also zu einem recht ungünstigen Zeitpunkt – erstmals einen relativ geringen Einnahmerückgang verzeichnen.[1191] Demgegenüber konnte schon ein Jahr später die Premier League die Höhe ihrer 723

1187 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA; s. zur Entscheidung auch die Analysen von *Breuer* 425–430; *Weatherill*, Principles, 2017, 306–313, 315–318; *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 ff.

1188 → XIII. Rn. 736–748, 771–870.

1189 Ausf. hierzu *Weatherill*, Principles, 2017, 290–297.

1190 Zurück bis zum DFL Wirtschaftsreport 2006 abrufbar unter https://www.dfl.de/de/ueber-uns/publikationen/dfl-report-archiv/ (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1191 *DFL*, Pressemitteilung v. 22.6.2020 („DFL erlöst ab 2021/22 durchschnittlich 1,1 Milliarden Euro pro Saison").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erlöse in diesem Geschäftsbereich im Vergleich zur vorausgegangenen Ausschreibungsperiode im Wesentlichen halten.[1192]

724 Die Worte, mit denen *Weatherill* die hier angedeutete Entwicklung zusammenfasst, beziehen sich zwar auf die Premier League,[1193] sie lassen sich aber im Wesentlichen auf die Bundesliga sowie auch die anderen großen europäischen Fußballligen übertragen:

> „What was working-class relief from hard manual labour has itself become a hugely successful export product. […] Sport is a ‚battaring ram': acquiring rights to show popular sports events is a quick and dramatic way for a new supplier to establish a presence in the market. Equally for incumbents, buying prized sports rights is an effective way to consolidate existing advantage and exclude fresh competition. […] Most of all, broadcasters want to acquire *exclusive* rights to broadcast the most popular events to viewers […] The market is savagely competitive and wildly volatile."

725 Allein im Hinblick auf die internationale Vermarktung der Übertragungsrechte an Ligaspielen hinken die anderen europäischen Fußballligen der Premier League mit großem Abstand hinterher, der für die nächsten Jahre und Jahrzehnte uneinholbar zu sein scheint. Im Übrigen handelt es sich beim Ligafußball nicht länger nur um einen Teil dessen, was von vielen als „Die schönste Nebensache der Welt" angesehen wird. Nein, der Profifußball ist – ob man dies nun begrüßt oder nicht – zu einem sehr werthaltigen Produkt mutiert. Das gilt in Deutschland für die Bundesliga gleichermaßen wie für die Fußballnationalmannschaft, die sich mit „Die Mannschaft" gleichsam eine eigene Marke geschaffen hat. Was aus der Marketingperspektive logisch anmutet, stößt indes gerade nicht nur in Zeiten sportlichen Misserfolgs auf erhebliche Kritik.[1194]

726 Diese kleine Episode veranschaulicht exemplarisch eindrucksvoll, dass Fußballspiele im Zuge der Kommerzialisierung zu einer erfolgversprechenden Ware ge-

---

1192 FAZ v. 13.5.2021 („Premier League schließt neuen Milliarden-Deal ab […] Die reichste Liga der Welt erhält von ihren vier Fernsehpartnern (Sky Sports, BT Sport, Amazon Prime Video und BBC Sport) für den Zeitraum 2022 bis 2025 abermals 4,7 Milliarden Pfund (5,5 Milliarden Euro) und muss damit keine finanziellen Einbußen hinnehmen."), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/fussball-rechte-neuer-milliarden-deal-fuer-premier-league-17339388.html (zuletzt besucht am 7.2.2022). Jüngst konnte die Premier League ihre Erlöse aus der Auslandsvermarktung sogar deutlich steigern, die nunmehr erstmals die bereits erheblichen Einnahmen aus der Inlandsvermarktung übersteigen; vgl. Sportbuzzer v. 11.2.2022 („Premier-League-Klubs vor neuem Milliarden-Deal – TV-Einnahmen steigen weiter"), abrufbar unter https://www.sportbuzzer.de/artikel/premier-league-klubs-einnahmen-milliarden-tv-rechte-medien-sponsor/ (zuletzt besucht am 7.3.2022).

1193 *Weatherill*, Principles, 2017, 292.

1194 Spiegel Online v. 14.12.2018 („Trotz WM-Debakel und Nations-League-Abstieg: Nationalmannschaft bleibt ‚Die Mannschaft'"), abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/dfb-nationalelf-bleibt-die-mannschaft-a-1243749.html (zuletzt besucht am 7.2.2022). Zuletzt hat sich *Hans-Joachim Watzke*, Geschäftsführer des Bundesligisten Borussia Dortmund, Vorsitzender des Aufsichtsrats der DFL und seit 11.2.2022 Mitglied des DFB-Präsidiums, für die Abschaffung der Bezeichnung „Die Mannschaft" ausgesprochen; vgl. etwa SZ v. 7.1.2022 („Watzke: DFB-Team nicht mehr ‚Die Mannschaft' nennen"), abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-watzke-dfb-team-nicht-mehr-die-mannschaft-nennen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-220107-99-629707 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

worden sind. Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, dass die bereits in einem gegenseitigen Wettbewerb stehenden Produkte sich voneinander nicht nur namentlich abzugrenzen, sondern auch zusätzliche Marktanteile zu gewinnen versuchen. Ebenso folgerichtig ist es, wenn die Marktteilnehmer neue Produkte ersinnen (z.B. UEFA Europa Conference League) oder bestehende Produkte vorzugsweise in quantitativer Hinsicht modifizieren (z.B. UEFA Champions League, FIFA Fußball-Weltmeisterschaft und FIFA-Klub-Weltmeisterschaft). Dieser Wettbewerb zwischen den altbekannten Marktakteuren ist gerade in den letzten Jahren intensiver geworden und hat zu manchen Zerwürfnissen innerhalb der großen Fußballfamilie geführt. Man hat sich aber noch stets einigen können, wobei der Eindruck entstehen konnte, dass letztlich die Durchsetzungskraft der einzelnen Fußballverbände mit ihrer Stellung innerhalb der Verbandspyramide korrespondiert. Auch hier scheint bislang die alte Skatregel „Ober sticht Unter" zu gelten. Aber ob das auch für die geplante Einführung einer FIFA Fußball-Weltmeisterschaft im Zwei-Jahres-Rhythmus gelten wird?[1195] Dem beschriebenen Wettbewerb stellen sich die (inter)nationalen Fußballverbände *nolens volens*. Umso unnachgiebiger gehen sie aber gegen Newcomer wie zuletzt „The Super League" vor, die gleichfalls Zutritt zum lukrativen Fußballmarkt begehrte und dabei 12 Fußballclubs aus England, Spanien und Italien zunächst gehörig den Kopf verdrehte. Ein solches Bemühen um Marktzutritt ist aus wettbewerbspolitischer Sicht im Grundsatz ebenso konsequent wie begrüßenswert, auch wenn dies – wie bereits an anderer Stelle vertieft[1196] – die FIFA, die UEFA sowie die nationalen Fußballverbände gänzlich anders sehen.

(4) Rechtliche Entwicklung

Die Dynamik, mit der sich die Rechtemärkte (Rechteinhaber-Medienanbieter) 727
und Übertragungsmärkte (Medienanbieter-Endkunden) in den letzten Jahrzehnten fortentwickelt haben, ist stets angemessen zu berücksichtigen, wenn man aus älteren Entscheidungen der Kartellbehörden und der Rechtsprechung Leitlinien oder Orientierungspunkte für aktuell zu bewertende kartellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Zentralvermarktung der Medienrechte durch Sportligen abzuleiten versucht. Die Präzedenzwirkung solcher kartellrechtlichen Entscheidungen ist auf schnelllebigen Märkten naturgemäß begrenzt. Daher soll hier davon abgesehen werden, die bisherige rechtliche Entwicklung anhand der einzelnen Entscheidungen näher darzustellen und kritisch zu würdigen, zumal entsprechende Darstellungen bereits vorliegen. So findet man im Begleitdokument zum Weißbuch Sport eine detaillierte Analyse der Entscheidungspraxis der EU-Kom-

1195 → XIII. Rn. 330 m.w.N.
1196 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 101–131 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mission bis zum Jahr 2007 zu Fragen der Zentralvermarktung in verschiedenen europäischen Fußballligen.[1197] Mit einem juristischen *und* ökonomischen Scharfsinn, den in genau dieser Kombinationen die thematisch einschlägigen Beiträge in Kommentaren, (Praxis-)Handbüchern, Dissertationen und Fachaufsätzen zumeist vermissen lassen, hat die Monopolkommission im XXI. Hauptgutachten aus dem Jahr 2016 die Praxis der Zentralvermarktung durch die DFL sowie der dazu ergangenen Verpflichtungszusagenentscheidungen des BKartA untersucht und durchaus kritisch gewürdigt.[1198] Vier Jahre später hat die Monopolkommission diese Thematik dann in ihrem XXIII. Hauptgutachten nochmals aufgegriffen und die zwischenzeitlichen Entwicklungen bewertet.[1199] Zudem hat die Monopolkommission im Jahr 2018 in ihrem XXII. Hauptgutachten die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League kritisch beleuchtet.[1200]

728 Auf diese Stellungnahmen und die einschlägigen Entscheidungen wird nachfolgend insbesondere bei der Würdigung der zu untersuchenden zentralen Rechtsfragen[1201] wiederholt zurückzukommen sein. Dabei wird sich erweisen, dass Fußballverbände auch im Kontext der Zentralvermarktung bei den Bemühungen zur Rechtfertigung der offensichtlichen Wettbewerbsbeschränkungen auf altbekannte Argumentationsmuster zurückgreifen. Diese sollten Lesern, die vorangehend in Abschnitt XIII. die rechtlichen Analysen zu einzelnen wettbewerbsbeschränkenden Verbandsstatuten und -maßnahmen aufmerksam gelesen haben, inzwischen bestens bekannt sein. Denn immer öfter glauben Verbände, mit kartellrechtlich bedenklichen Statuten und Maßnahmen für eine gewisse sportliche Ausgeglichenheit innerhalb einer Fußballliga zu sorgen und unter Hinweis auf diese Zielsetzung kartellrechtliche Bedenken zerstreuen zu können. Auch im Kontext der Zentralvermarktung im Ligasport wird sich zeigen, dass die wiederholt auch unter dem Deckmantel der Verbandsautonomie bemühten Begründungen oftmals vorrangig den Zweck verfolgen, das verständlicherweise verfolgte Ziel der Gewinnmaximierung zu vernebeln, um auf diese Weise die kartellrechtlichen Angriffe abzuwehren. *Weatherill* hat dies wie folgt treffend zusammengefasst:[1202]

> „[…] some aspects of the claim to autonomy are no more than cunning camouflage for a desire to maximize commercial advantage by sheltering from normal expectations of legal control, but some aspects of the claim to autonomy do hold water. Sport is sometimes special. The really interesting twists arise where legal assumptions clash with

1197 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8. und Annex V. I Abschnitt 3.1. m.w.N.; s. hierzu auch die kartellrechtliche Analyse von *Weatherill*, Principles, 2017, 288–356 m.w.N.
1198 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 350–502 m.w.N.; s. hierzu auch *Heermann* WuW 2017, 312–319.
1199 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 425–444 m.w.N.
1200 *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 845–866 m.w.N.
1201 → XIII. Rn. 734–878.
1202 *Weatherill*, Principles, 2017, 289.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

commercially significant custom and preference within sport. This is when the claim to autonomy receives its most rigorous scrutiny."

Wir werden sehen, wie weit die Verbandsautonomie im vorliegenden Zusammenhang reicht und das Kartellrecht, den juristischen Angstgegner der Sportverbände, auszubremsen vermag.

(5) Weiteres Vorgehen

729 Anders als in zahlreichen Stellungnahmen des wissenschaftlichen Schrifttums wird hier nachfolgend keine abschließende kartellrechtliche Bewertung der Zentralvermarktung von Medienrechten im Ligasport vorgenommen. Denn eine solche Analyse kann sich stets nur auf einen konkreten Einzelfall beziehen und erfordert zudem verschiedene Prognosen über die weitere Marktentwicklung, die bislang zumeist nicht auf belastbare empirische Erkenntnisse gestützt werden können.[1203] Stattdessen werden in den nachfolgenden Abschnitten – ergebnisoffen – zahlreiche Ansätze herausgearbeitet werden, wie eine hier als erforderlich erachtete Anpassung der bisherigen Vermarktungspraxis an die kartellrechtlichen Vorgaben, aber insbesondere auch an den dynamischen Wandel der technischen Übertragungsmöglichkeiten, der Sehgewohnheiten und der Zuschauerinteressen durch Intensivierung des Wettbewerbs auf dem Rechtemarkt (Rechteinhaber-Medienanbieter) und auf dem Übertragungsmarkt (Medienanbieter-Endkonsumenten) eingeleitet werden könnte.[1204]

bb) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[1205]

730 Die Berechtigung der DFL zur zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga ergibt sich aus § 6 Abs 2 lit. a) Satzung DFL e.V. i.d.F. v. 21.8.2019, § 9 Ziff. 1 Ordnung für die Verwertung kommerzieller Rechte (OVR) i.d.F. v. 13.12.2017, § 16a Satz 1 Nr. 2 DFB-Satzung i.d.F. v. 27.9.2019 sowie § 6 Grundlagenvertrag DFB-DFL (Laufzeit noch bis 30.6.2023). Bei diesen statutarischen und damit auf Beschlüssen der DFL sowie des DFB beruhenden Vermarktungsmodalitäten bietet sich eine kartellrechtliche Überprüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 AEUV an, wie auch die Entscheidungspraxis der EU-Kommission und des BKartA be-

1203 Zu den (kartell)rechtlichen Fragen, bei deren Beantwortung empirische Erkenntnisse der (sport)ökonomischen Forschung hilfreich wären, vgl. *Heermann*, FS Woratschek, 2020, 719 (721 ff.).
1204 *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 88.
1205 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

legt.[1206] Daneben wäre aber auch Art. 102 AEUV anwendbar, sofern der Inhaber der Medienrechte über eine marktbeherrschende Stellung verfügen sollte.

731 Hinsichtlich der Festlegung einer Befugnis zur zentralen Vermarktung der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga kann nicht von einer untrennbaren Verbindung der entsprechenden Verbandsstatuten und -maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs und damit insoweit auch nicht von einer Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests ausgegangen werden.[1207] Denn diese statutarischen Vermarktungsmodalitäten wirken sich weder unmittelbar noch mittelbar auf die Organisation des sportlichen Geschehens auf dem grünen Rasen aus. Dieses Ergebnis spiegelt sich auch in der Entscheidungspraxis des BKartA wider,[1208] das in seinen bisherigen Verpflichtungszusagenentscheidungen stets allein von der Möglichkeit einer Rechtfertigung der durch die Zentralvermarktung verursachten Wettbewerbsbeschränkungen über Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgegangen ist, ohne den *Meca-Medina*-Test überhaupt zu erwähnen.[1209] Wer jedoch entgegen der hier favorisierten Rechtsauffassung den Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests deutlich weiter fassen möchte,[1210] wird wegen der offensichtlich insbesondere auch durch ökonomische Erwägungen motivierten Einführung einer Zentralvermarktung durch den Ligaverband bei den Voraussetzungen einer kohärenten und stringenten Verfolgung legitimer Zielsetzungen auf der ersten Stufe, der Inhärenz auf der zweiten Stufe und schließlich der Verhältnismäßigkeit, insbesondere der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme auf der dritten Stufe auf erhebliche rechtliche Hürden stoßen.

732 Die statutarischen Vermarktungsmodalitäten richten sich unmittelbar an die Mitglieder der DFL, mithin an die 36 Fußballclubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga. Zumindest mittelbar betroffen sind aber auch die Medienanbieter als Nachfrager der Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga Den Nachfragern steht zum einen auf der Anbieterseite mit der DFL nur ein Vertragspartner gegenüber und sie dürfen zum anderen nur bestimmte Rechtepakete erwerben, ohne diese aber auf ihre individuellen Bedürfnisse (oder die ihrer Endkunden, d.h. der fußballinteressierten Zuschauer) zuschneiden zu können. Damit ist wegen der unvermeidlichen Außenwirkung der

1206 S. etwa EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, WuW/E EU-V 889 – UEFA; EU-Komm. 19.11.2005 – COMP/C.2-37.214, WuW/E EU-V 1041 – DFB; BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15 = BeckRS 2015, 112010; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496.

1207 So i.Erg. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 314 f., 316 f.; *Bien/Becker* ZWeR 2021, 565 (595 f.).

1208 BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749, Rn. 25, 54 ff.; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15, Rn. 79 ff. = BeckRS 2015, 112010, Rn. 103 ff.; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 101, 250 ff.

1209 Zum Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zu Art. 101 Abs. 3 AEUV → VI. Rn. 362–372 m.w.N.

1210 So in diesem Kontext etwa *Mürtz* Abschn. D. I. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vermarktungsmodalitäten nicht mehr allein der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit“[1211] betroffen.

733 Auch wenn der *Meca-Medina*-Test nach hier vertretener Auffassung nicht zur Anwendung kommen kann, erübrigt sich keinesfalls die Frage, ob der DFL und dem DFB oder anderen Ligaverbänden bei der konkreten Gestaltung der Vermarktungsmodalitäten eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative zusteht, der bei Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV Rechnung zu tragen ist. Aus den gleichen Gründen, die gegen eine gerichtsfeste Einschätzungsprärogative der Sportverbände hinsichtlich der Rechtfertigungsvoraussetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests sprechen,[1212] kommt eine solche auch bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht in Betracht. Zwar gilt inzwischen für die Anwendung dieses Rechtfertigungstatbestandes das Prinzip der Legalausnahme, d.h. die an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmen haben zunächst selbst zu beurteilen, ob eine von ihnen mit anderen Unternehmen abgeschlossene Vereinbarung die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt und damit vom Kartellverbot freigestellt ist. Diese Selbstbeurteilung geht jedoch nicht mit einer gerichtsfesten Einschätzungsprärogative einher, sondern erfolgt anhand objektiver Maßstäbe. Dabei tragen die Unternehmen das Risiko einer rechtlichen Fehleinschätzung.[1213] Zwar wird man den Sportligen bei der Abschätzung der gegeneinander abzuwägenden Effizienzvorteile und Effizienznachteile einen gewissen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusprechen können, der jedoch in jedem Fall durch eine Kartellbehörde oder ein Gericht anhand objektiver Maßstäbe überprüft werden kann.

cc) Zentrale Rechtsfragen

(1) Inhaber der Übertragungsrechte

734 Da die medialen Verwertungsrechte an den Spielen der Bundesliga und 2. Bundesliga für eine Saison allein bezüglich der nationalen Vermarktung auf mehr als 1 Mill. EUR zu taxieren und damit – vorsichtig formuliert – recht wertvoll sind, drängt sich natürlich umgehend die Frage auf, wem als Inhaber der entsprechenden Übertragungsrechte der Erlös zusteht. Die Antwort auf diese Frage ist komplexer, als der fußballinteressierte Laie und vermutlich auch der juristisch vorbelastete Fußballfan vermuten mögen. Zwar tritt aufgrund der Zentralvermarktung die DFL nach außen als alleinige Anbieterin des wertvollen Produkts auf. Dies bedeutet – jedenfalls insoweit herrscht in dieser Rechtsfrage Einigkeit –

1211 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.
1212 Hierzu ausf. → VI. Rn. 316–324 m.w.N.
1213 S. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 63–66.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keinesfalls, dass die DFL als alleinige Inhaberin der Verwertungsrechte eingestuft werden kann. Die wesentlichen Gründe hierfür wurden bereits im Jahr 2003 in der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission zur Zentralvermarktung der UEFA Champions League angesprochen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1214]

> „Die Kommission stellt fest, dass die Frage nach dem Eigentum an den Medienrechten an Fußballwettbewerben in den Mitgliedstaaten des EWR nicht einheitlich beantwortet wird und auch im EG- und EWR-Recht nicht geregelt ist. Zwar trifft es zu, dass **der Rechteverkauf durch die UEFA keine horizontale Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hätte, wenn die UEFA in einem Mitgliedstaat Alleineigentümerin der Rechte wäre**. Aufgrund der von der UEFA vorgelegten Angaben kann die **UEFA bestenfalls** als **Miteigentümerin und in keinem einzigen Land** als **Alleineigentümerin der Rechte** angesehen werden. Die Bestimmung der Eigentumsrechte ist dem einzelstaatlichen Recht vorbehalten, und diese Würdigung der Kommission erfolgt unbeschadet etwaiger einzelstaatlicher Rechtsprechung."

735 Die EU-Kommission hatte seinerzeit keinen Anlass, sich abschließend mit der Frage der Inhaberschaft an den Übertragungsrechten auseinanderzusetzen, weil sie auch unabhängig davon den Sachverhalt hatte kartellrechtlich bewerten und eine Freistellungsentscheidung hatte treffen können. Nach deutschem Recht ist bis heute ungeklärt und insbesondere auch nicht seitens der Judikatur rechtskräftig entschieden, wer Inhaber der Übertragungsrechte an den Spielen der Fußball-Bundesligen ist.[1215] Die vorherrschende Auffassung geht vom Veranstalterbegriff aus.[1216] Der BGH hatte bereits im Jahr 1997 in seinem *Europapokalheimspiele*-Beschluss festgestellt, dass neben dem jeweils ein Heimspiel im Europapokal austragenden Club der Fußball-Bundesliga der DFB – heute insoweit die DFL – allenfalls als „Mitveranstalter" einzustufen sei.[1217] Wenn man nunmehr diesen Ansatz auf die Übertragungsrechte an den Spielen der Fußball-Bundesligen überträgt, so könnten die jeweils 18 Clubs der Bundesliga und der 2. Bundesliga so-

1214 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 122 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.

1215 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 354–362.

1216 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 117 ff.

1217 Zum Status des Verbandes bzw. der Liga als sog. „Mitveranstalter" vgl. BGHZ 137, 297 (306 f.) = SpuRt 1998, 28 (29 f.) – Europapokalheimspiele; BGHZ 187, 255, Rn. 26 = SpuRt 2011, 158 – Hartplatzhelden.de. Das OLG München hat etwa den Bayerischen Fußball Verband als „(Mit-)Veranstalter" eingestuft, vgl. OLG München SpuRt 2017, 121 (123). Anders als in den genannten Verfahren zu wirtschaftlich einträglichen zentralen Vermarktungsaktivitäten der Fußballverbände, in denen letztere mit ebenso nachvollziehbaren wie überzeugenden Gründen größten Wert darauf legten, zumindest als Mitveranstalter der Fußballspiele eingestuft zu werden, versuchte die DFL in einem Verfahren vor dem BVerwG zur Gebührenpflicht des Veranstalters für den Polizeiaufwand bei Hochrisiko-Spielen der Fußball-Bundesligen – BVerwG NJW 2019, 3317, Rn. 83–87 – letztlich erfolglos, die dort tätigen Richter hinsichtlich der von diesen angenommenen Mitveranstaltereigenschaft des Verbandes vom Gegenteil zu überzeugen. Bei der Zentralvermarktung gehört auch die DFL zu den finanziellen Gewinnern, während sie vor dem BVerwG argumentierte, zur Tragung von Gebühren für Polizeieinsätze mangels Mitveranstaltereigenschaft nicht verpflichtet zu sein, um nicht zu den finanziellen Verlierern zu gehören. Handelt es sich hierbei um eine widersprüchliche Einnahmen- und Ausgabensteuerung der DFL? So einfach ist die Antwort freilich nicht, weil in diesem Zusammenhang nicht voreilig der kartellrechtliche mit dem gebührenrechtlichen Mitveranstalterbegriff gleichgesetzt werden darf. Ende März 2022 hat die DFL in diesem Rechtsstreit Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingelegt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie die DFL hinsichtlich der Inhaberschaft an den genannten Rechten als Rechtsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB einzustufen sein.[1218] Bezüglich des Innenverhältnisses einer solchen Rechtsgemeinschaft enthalten die §§ 742 f. BGB gesetzliche Regelungen oder Vermutungen zur Erlösverteilung, die jedoch – wie im Falle der DFL und ihrer Ligamitglieder – modifiziert werden können. Die bei der Zentralvermarktung erzielten Einnahmen stehen in der Praxis also nicht – wie es die gesetzliche Vermutung in § 742 BGB vorsieht – zwingend allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft, d.h. hier der DFL und ihren Ligamitgliedern, zu gleichen Anteilen zu. Bekanntlich legt die DFL nach dem Ende einer Ausschreibungsperiode nach zumeist kontroversen Diskussionen mit den Ligamitgliedern für die nächsten vier Jahre einen von der gesetzlichen Vermutung abweichenden, sich neben dem sportlichen Erfolg an verschiedenen weiteren Kriterien orientierenden Verteilungsschlüssel fest.[1219] Mag auch die DFL aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung für die Rechtsgemeinschaft die genannten Übertragungsrechte zentral vermarkten, so schließt dieser Umstand freilich nicht aus, dass einzelne Ligamitglieder etwa zur individuellen Vermarktung derjenigen Spiele, an denen sie beteiligt sind, ermächtigt werden könn(t)en.

(2) Abgrenzung der relevanten Märkte[1220] (insbesondere Rechtemarkt und Übertragungsmarkt)

i. Vorbemerkungen

Die Abgrenzung der relevanten Märkte, die im Zusammenhang mit der Zentralvermarktung der Medienrechte an Spielen einer Fußballliga im Allgemeinen und der deutschen Fußballbundesligen im Besondern der kartellrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen sind, ist überaus komplex. Nachfolgend soll an eigene rechtliche Analysen zur Zentralvermarktung durch die DFL, die bereits im Jahr 2018 veröffentlicht wurden,[1221] angeknüpft werden.[1222] 736

Vorab ist festzuhalten, dass weder eine dauerhaft gültige noch eine auch nur vorläufige exakte Abgrenzung der betroffenen relevanten Märkte möglich ist.[1223] 737

1218 So bereits *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 5; ebenso PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 130; andeutungsweise Stopper/Lentze/*Stopper/Kempter* Kap. 8 Rn. 40; krit. *Horn* 212 f.

1219 S. hierzu zuletzt für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 *DFL*, Pressemitteilung v. 7.12.2020.

1220 Allg. hierzu → VI. Rn. 90–113.

1221 *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 7–19 m.w.N.

1222 Einen konzisen Überblick aus dem Jahr 2016 über die verschiedenen Ansätze bietet *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 366–371 m.w.N.; vgl. auch Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.2. mit grundlegenden Feststellungen zur Marktabgrenzung aus dem Jahr 2007.

1223 So bereits Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.1.: „[…] the rapid evolution of the media sector including new technological developments necessitates that market definitions are kept under constant review."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Denn zum einen entwickeln sich die verschiedenen Übertragungsmöglichkeiten mit der Tendenz zu einer Konvergenz der Medien permanent dynamisch fort[1224] und zum anderen ändern sich die Sehgewohnheiten der Endkonsumenten. Gerade zu letztgenanntem Punkt mangelt es an einschlägigen empirischen Studien, was die Marktabgrenzung zusätzlich erschwert.[1225]

ii. Unterscheidung zwischen Rechtemarkt (*upstream market*) und Übertragungsmarkt (*downstream transmission market*)

738 Grundlegend für die weiteren Erwägungen ist die Unterscheidung zwischen einerseits dem Rechtemarkt, auf dem die Rechteinhaber als Anbieter und die Medienunternehmen als Nachfrager agieren, und andererseits dem – nachgelagerten – Übertragungsmarkt,[1226] auf dem sich die Medienunternehmen nunmehr als Anbieter und die Endkonsumenten als Nachfrager gegenüberstehen.[1227] Als Medienanbieter werden hier Sender bezeichnet, die eine kommentierte Bildübertragung (Fernsehsender, Web-TV, Streamingdienst etc.) und/oder eine Audioberichterstattung auf einem oder unterschiedlichen Übertragungswegen (Antenne, Satellit, Kabel, Internet etc.) anbieten. Diese für eine sachgerechte kartellrechtliche Bewertung erforderliche Differenzierung zwischen Rechte- und Übertragungsmärkten ist im wissenschaftlichen Schrifttum in der bisherigen Diskussion oftmals vernachlässigt worden, obgleich sie schon frühzeitig im Jahr 2007 im Begleitdokument zum Weißbuch Sport angesprochen worden war (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1228]

> „At the top of the value chain, in the **upstream markets**, initial rights owners (usually sports associations or clubs) sell rights of sport events to sports rights intermediaries, such as sports rights agencies or the European Broadcasting Union (EBU) or directly to retail operators. The **downstream transmission markets** constitute the final stage of the value chain, covering the provision of sports media services to consumers by retail operators (e.g., broadcasting companies, internet service providers, mobile operators)."

739 Aus Gründen der vereinfachten Darstellung wird im Folgenden davon ausgegangen, dass auf dem Rechtemarkt die Medienanbieter die Übertragungsrechte direkt von den Rechteinhabern erwerben und sodann unmittelbar mit den

1224 So bereits Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.2.: „Considering the technological developments, market definitions may evolve in the future, warranting careful and continued market research on the accuracy of the market definition for each case situation."

1225 So *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 384 f. Zudem kritisiert *Polk* WuW 2021, 502 (507), dass die vom BKartA zugrunde gelegte Marktdefinition der Mehrseitigkeit der Sportmärkte (→ VI. 6. b) cc)) kaum Rechnung trage.

1226 *Polk* WuW 2021, 502 (505) spricht insoweit von einem „Endkundenmarkt".

1227 Überzeugend *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 374–385; so auch BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 107 ff., 154 ff.

1228 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.1.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Endkunden Verträge abschließen, ohne dass Rechteagenturen zwischengeschaltet werden.

iii. Sachlich relevanter Rechtemarkt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, auch Produktmarkt genannt, erfolgt – wie bereits zuvor dargelegt[1229] – regelmäßig anhand des Bedarfsmarktkonzepts und damit anhand des Kriteriums der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite. Der sachlich relevante Markt erfasst demnach sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite, hier also von den Medienanbietern, hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können. Die Live-Übertragungsrechte an Spielen der Fußball-Bundesliga, des DFB-Pokals, der UEFA Champions League, der UEFA Europa League, der UEFA Europa Conference League sowie der UEFA-Supercup sind auf dem Rechtemarkt aus Sicht der Medienanbieter in gewissem Umfang austauschbar.[1230] Vermutlich noch nicht jetzt, so aber doch im Laufe der Zeit könnten Spiele in anderen attraktiven europäischen Fußballligen (z.B. Premier League) aus Sicht der Medienunternehmen gleichfalls als Substitut einzustufen sein.[1231] 740

Zudem sind auf dem Rechtemarkt die verschiedenen Übertragungswege aus Sicht der Rechteinhaber komplementär und aus der Perspektive der Medienanbieter nur bei vorhandener Umstellungsflexibilität austauschbar.[1232] Dies beruht auch auf dem Umstand, dass die Endkunden auf dem Übertragungsmarkt zunehmend in der Lage sind, Bewegtbilder auf verschiedenen Übertragungswegen zu empfangen. Mitunter geht ein reiner Streamingdienst wie DAZN eine Kooperation mit einem Bezahlsender wie Sky ein, damit die eigentlich nur als Stream via Internet angebotenen Bewegtbilder von Fußballspielen auch über Satellit oder Kabel abgerufen werden können, was allerdings den Empfang über einen Sky Q Receiver voraussetzt.[1233] 741

1229 → VI. Rn. 90–95 m.w.N.

1230 Tendenziell a.A. *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 383; wie hier zuletzt BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 108–115.

1231 So hat sich etwa der deutsche Bezahlsender Sky für weitere Jahre bis 2025 die Übertragungsrechte für die sich in Deutschland zunehmender Beliebtheit erfreuenden Spiele der Premier League gesichert, nachdem der Sender ab der Saison 2021/22 nur noch etwa die Hälfte der Spiele der 1. Bundesliga sowie überhaupt keine Spiele der UEFA Champions League mehr übertagen darf; vgl. Mitteilung des Senders Sky v. 9.6.2021, abrufbar unter https://sport.sky.de/fussball/artikel/premier-league-news-sky-bleibt-bis-2025-das-zuhause-der-pl/12328278/34942 (zuletzt besucht am 7.2.2022).

1232 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 380 f.; s. auch *Polk* WuW 2021, 502 (505).

1233 Vgl. Mitteilung des Senders Sky v. 26.5.2021, abrufbar unter https://info.sky.de/inhalt/de/ir_medien news_26052021_DAZN.jsp (zuletzt besucht am 7.2.2021).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

iv. Sachlich relevanter Übertragungsmarkt

742 Insbesondere Medienanbieter audiovisueller Live-Übertragungen von Bundesliga-Fußballspielen oder vielleicht auch von Spielen der UEFA Champions League erreichen hiermit spezifische Synergiewerte für die weiteren Angebote der jeweiligen Medienplattform, die sich üblicherweise mittel- bis langfristig mit der Live-Übertragung anderer (Liga-)Sportereignisse nicht erreichen lassen.[1234] Daher bleibt mit Spannung abzuwarten, wie sich die Abonnentenzahlen des deutschen Bezahlsenders Sky entwickeln werden, nachdem dieser ab der Saison 2021/22 Spiele der 1. Bundesliga nur noch am Samstag und die Wochenspieltage am Dienstag und Mittwoch (nicht aber Spiele am Freitag und Sonntag) und Spiele der UEFA Champions League überhaupt nicht mehr übertragen darf. Offen ist auch, wie die Zuschauer auf die im Januar 2022 angekündigte deutliche Preiserhöhung beim Streamingdienst DAZN, der u.a. die übrigen Spiele der 1. Bundesliga und den größten Teil der Spiele in der UEFA Chammpions League überträgt, reagieren werden.

743 Das BKartA differenziert hinsichtlich der aus der Perspektive der Marktgegenseite zu beurteilenden Frage der Substituierbarkeit der Produkte nicht zwischen den Medienunternehmen auf dem Rechtemarkt und den Endkunden auf dem Übertragungsmarkt.[1235] Es geht offensichtlich davon aus, dass die Live-Übertragungsrechte an Spielen der Fußball-Bundesliga, des DFB-Pokals, der UEFA Champions League, der UEFA Europa League sowie der UEFA-Supercup aus Sicht der Endkunden austauschbar seien.

744 Die Endkonsumenten von Fußballübertragungen haben jedoch durchaus unterschiedliche Zuschauerpräferenzen. Viele von ihnen treffen dabei ganz bewusste Auswahlentscheidungen und verfolgen keineswegs regelmäßig und mit gleichem Interesse die Fußballspiele in sämtlichen der genannten Wettbewerbe. Die Endkunden lassen sich daher nach hier vertretener Auffassung auf dem Übertragungsmarkt in mindestens vier Gruppen unterteilen:[1236]

- Gruppe 1: Fans eines bestimmten Bundesliga-Clubs, die nahezu ausschließlich Interesse an den Live-Übertragungen der Heim- und Auswärtsspiele dieses Bundesliga-Clubs haben („*Follow Your Team*“);
- Gruppe 2: wie Gruppe 1, darüber hinaus besteht Interesse an Live-Übertragungen anderer ausgewählter Bundesliga-Fußballspiele („*Follow Your Team*“ und „Live-Bundesliga-Fußballspiele *à la carte*“);

1234 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 378, 392.
1235 BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 108–115; tendenziell a.A. *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 383.
1236 Im Ansatz abweichend *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 389, die allein die Gruppen 1 und 3 zugrunde legt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Gruppe 3: fußballaffine Zuschauer mit geringer oder ohne Bindung an einen bestimmten Bundesliga-Club, die primär Interesse am Fußballgeschehen in den Bundesligen im Allgemeinen und nicht an dem Verfolgen von bestimmten Bundesliga-Fußballspielen haben (primär „Highlights" und – soweit angeboten – eventuell „Live-Konferenz");
– Gruppe 4: fußballaffine Zuschauer mit geringer oder ohne Bindung an einen bestimmten Bundesliga-Club, die Interesse am Fußballgeschehen in der Bundesliga im Allgemeinen, aber auch an ausgewählten Bundesliga-Fußballspielen haben (primär „Highlights" und „Live-Bundesliga-Fußballspiele *à la carte*" sowie – soweit angeboten – evtentuell „Live-Konferenz").

Wegen des überragenden Aufmerksamkeitswertes, den Bundesliga-Fußball in Deutschland genießt, ist auf dem Übertragungsmarkt für Endkonsumenten, sofern sie den Gruppen 1, 2 und 4 angehören, zumindest die Live-Übertragung von Bundesliga-Spielen (unabhängig vom Übertragungsweg) nicht mit der Live-Übertragung anderer Sportarten und regelmäßig auch nicht mit einer zeitlich nachfolgenden Highlight-Berichterstattung austauschbar. Denn wer ein besonderes Interesse an audiovisuellen Live-Übertragungen bestimmter Bundesliga-Fußballspiele hat, wird bei fehlendem Zugang zu einer Live-Bildberichterstattung eines bestimmten Spiels auf – soweit überhaupt verfügbar – Live-Konferenzschaltungen oder aber auf andere Live-Informationsquellen (insbesondere Radio oder Internet) ausweichen und zumeist nicht stattdessen die zeitversetzte Highlight-Berichterstattung abwarten.[1237] Zwischen der Live-Bildberichterstattung und einer zeitlich nachfolgenden Highlight-Berichterstattung von Spielen der Fußball-Bundesliga besteht also für die Gruppen 1, 2 und 4 ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis. Demgegenüber bilden für Endkunden der Gruppe 3 audiovisuelle Live-Übertragungen von Bundesliga-Fußballspielen regelmäßig kein Substitut.[1238] 745

Aufgrund der zunehmenden Konvergenz der Medien ist schließlich davon auszugehen, dass auf dem Übertragungsmarkt die verschiedenen Übertragungswege (Antenne, Satellit, Kabel, Internet etc.) für die Endkunden aufgrund steigender Umstellungsflexibilität substituierbar werden oder bereits sind[1239] So hat in den 746

1237 Der *Verfasser* ist sich dessen bewusst, dass es hierzulande immer noch Fußballfans gibt, die aus unterschiedlichen Gründen auf das Verfolgen der Live-Übertragung eines bestimmten Bundesliga-Fußballspiels verzichten und sich zugleich vorübergehend von allen denkbaren Informationsquellen hermetisch abschotten, bis die erste Spielzusammenfassung im frei empfangbaren Fernsehen gezeigt wird. Der *Verfasser*, Mitglied der Gruppe der sog. *Baby Boomer*, vermutet, dass die beschriebene Gruppe von Fußballanhängern in der Generation Y und erst recht in der Generation Z, der die Kinder des *Verfassers* angehören, nur noch (sehr) wenige neue Mitstreiter wird gewinnen können (es sei denn, Spiele in der NBA oder NFL werden vor Arbeits- oder Schultagen zu nachtschlafender Zeit übertragen). Allerdings können diese aus mikrosoziologischen Studien laienhaft gewonnenen Erkenntnisse nicht als repräsentativ gelten.

1238 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 379, 391, 463.

1239 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 380.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

letzten Jahren die Zahl derjenigen rasant zugenommen, die ihren audiovisuellen Medienkonsum nicht allein auf einem Übertragungsweg befriedigen (können).

747 Zur exakten Bestimmung der sachlich relevanten Übertragungsmärkte wären – als Momentaufnahme innerhalb sich dynamisch fortentwickelnder Rechte- und Übertragungsmärkte – empirische Studien zu Präferenzen und zum Verhalten der Medienanbieter und Endkunden hilfreich.[1240]

v. Geografisch relevanter Rechte- und Übertragungsmarkt

748 Hinsichtlich der Abgrenzung des geografisch relevanten Rechte- und Übertragungsmarkts haben die Feststellungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007, die an die Freistellungsentscheidung der EU-Kommission zur Zentralvermarktung der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League anknüpfen,[1241] nach wie vor Gültigkeit (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1242]

> „With regard to the **geographic markets** the Commission has held thus far that **the downstream markets are of a national character or at least confined to linguistic regions**. The geographical borders of the **upstream markets also tend to be national not only for national events (e.g., rights for national football leagues) but also for international sport events** since such rights are **normally also sold on a national basis**. This is due to the national character of distribution as a result of national regulatory regimes, language barriers and cultural factors."

An dieser geografischen Marktabgrenzung hat bis zuletzt auch das BKartA festgehalten.[1243]

(3) Wettbewerbsbeschränkung[1244] – kartellrechtliche Anknüpfungspunkte

749 Die zentrale Vermarktung der Übertragungsrechte an den Spielen der Fußball-Bundesliga bietet in verschiedener Hinsicht Anknüpfungspunkte für eine kartellrechtliche Überprüfung. Nachfolgend werden vier Punkte identifiziert, wobei in der bisherigen Entscheidungspraxis und wissenschaftlichen Diskussion – etwas überraschend – im Wesentlichen nur der erstgenannte Aspekt aufgegriffen worden ist.

1240 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 384 f.; vgl. auch *Heermann*, FS Woratschek, 2020, 719 (722 f.).
1241 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 88, 90 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1242 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.2.
1243 BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 121.
1244 Hierzu → VI. Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i. Beschluss der Ligamitglieder über Zentralvermarktung von Übertragungsrechten als horizontale Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV)

Die aus der Zentralvermarktung im Ligasport resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen sind offensichtlich,[1245] auch wenn zahlreiche Verbandsfunktionäre und -juristen dies bis zur grundlegenden Freistellungsentscheidung der EU-Kommission im Jahr 2003[1246] immer wieder in Zweifel gezogen oder gar geleugnet hatten. Das Meinungsbild hat sich offensichtlich geändert. Warum sonst sollte die DFL alle vier Jahre vor dem Start einer neuen Ausschreibungsrunde hinsichtlich der Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga die Details bereitwillig mit dem BKartA abstimmen und sich auf Verpflichtungszusagen[1247] einlassen? 750

Die EU-Kommission hat im Begleitdokument zum Weißbuch Sport die aus der Kartellabsprache folgenden Wettbewerbsbeschränkungen anschaulich zusammengefasst:[1248] 751

> „In the upstream market Article 81(1) EC [Anmerkung: jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV] applies to joint selling agreements leading to competition restrictions, like foreclosure and output limitation, that would unlikely have occurred in the absence of the agreements. Joint selling describes, for example, the situation where sport clubs entrust the selling of their media rights to their sports association which then sells the rights collectively on their behalf. A joint selling arrangement is a horizontal agreement which prevents the individual clubs each having a relatively small market share from individually competing in the sale of sports media rights. One price is applied to all rights collectively which constitutes price-fixing. In addition, the number of rights available in the upstream acquisition markets is often reduced which may create barriers to entry on downstream broadcasting markets and may lead to access foreclosure in these markets."

Trotz dieser überzeugenden und bis heute gültigen allgemeinen kartellrechtlichen Einschätzungen zur Zentralvermarktung im Ligasport werden diese noch immer an prominenter Stelle, in einem etablierten und sich namens des Werktitels insbesondere an die Praxis richtenden Handbuch, in Zweifel gezogen. Mit folgender Begründung lehnt *Summerer* bereits einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV kategorisch ab.[1249] Seine Argumentation wird nachfolgend in drei Abschnitte unterteilt, die sodann separat gewürdigt werden: 752

1245 Hierzu stellvertr. *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 412 f.; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 198–200.
1246 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1247 BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15 = BeckRS 2015, 112010; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496.
1248 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.3.1.1.
1249 PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Da der DFL e.V. also mindestens Mitinhaber der Vermarktungsrechte ist, kann die Zentralvermarktung schon von vornherein nicht gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, da er mit den Vereinen bei der Vermarktung der Rechte *notwendigerweise* zusammenwirken muss. Dieses notwendige Joint venture zwischen Verband und Vereinen bei der Vermarktung hat seine ursprüngliche Ursache in der *gesetzlichen* Ausgestaltung der (Mit-)Inhaberschaft von Rechten gem. §§ 741, 744 Abs. 1, 745 Abs. 1 BGB, nicht in einer Vereinbarung des Verbandes und der Vereine, auch wenn es eine solche im Einzelfall geben mag. [Fortsetzung folgt!]"

753 Der Reihe nach: Hier vernachlässigt *Summerer* zunächst, dass es sich bei der Rechtsgemeinschaft um ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen handeln würde, dessen Handeln keineswegs von der Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Allgemeinen und des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Besonderen ausgenommen ist.[1250] Um das Ligaprodukt, d.h. die Spiele in der Bundesliga und in der 2. Bundesliga, herstellen zu können, müssen die DFL und ihre Ligamitglieder zwar *notwendigerweise* zusammenwirken. Das bedeutet jedoch keineswegs, dass die Spiele sodann *notwendigerweise* von der DFL zentral vermarktet werden müssen. So sind Ligaspiele nicht seit jeher von der Liga zentral vermarktet worden, ohne dass deshalb früher der Ligaspielbetrieb zusammengebrochen wäre. Zum gleichen Ergebnis bei der kartellrechtlichen Bewertung eines *Joint Venture*, das sich aus den Ligamitgliedern der NFL zusammensetzte, ist auch der U.S.-amerikanische Supreme Court in seiner berühmten und lesenswerten Entscheidung *American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC*[1251] gelangt, wo die Gegenauffassung, die noch von den Gerichten in den Vorinstanzen vertreten worden war, mit ebenso scharfen wie überzeugenden Worten zurückgewiesen worden ist.[1252] Zudem ist es schlichtweg unzutreffend, dass es eine „Vereinbarung des Verbandes und der Vereine" allenfalls „im Einzelfall geben mag". Wenn man mit *Summerer* ein *Joint Venture* annimmt, so beruht die Zentralvermarktung durch den Sportverband nicht auf „der *gesetzlichen* Ausgestaltung der (Mit-)Inhaberschaft von Rechten gem. §§ 741, 744 Abs. 1, 745 Abs. 1 BGB", sondern auf dem Gesellschaftsvertrag, mithin also doch auf einer vertraglichen Vereinbarung. Zudem klammert *Summerer* in diesem Kontext die ihrerseits auf Verbandsbeschlüssen beruhenden statutarischen Grundlagen aus, auf die er am Ende der hier zitierten Passage ausdrücklich Bezug nimmt.

754 Weiter heißt es sodann:

> „Die Regelungen über die Zentralvermarktung dienen lediglich der Umsetzung der gemeinschaftlichen Vermarktung. DFL und Clubs bilden somit eine Rechtsgemeinschaft, die zulässigerweise beschließt, die Vermarktung der gemeinschaftlichen Medienrechte

1250 Zu den kartellrechtlichen Details s. stellvertr. Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 606–609 m.w.N.

1251 American Needle, Inc. v. NFL Properties, LLC, 130 S.Ct. 2201, U.S. (2010).

1252 Hierzu mit der wörtlichen Wiedergabe entsprechender Urteilspassagen → IX. Rn. 8–19 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem Teilhaber – dem DFL eV – zu überlassen und Einigung erzielt über die bestmögliche wirtschaftliche Verwertung. [Fortsetzung folgt!]"

Zunächst wird an dieser Stelle der im gewerblichen Rechtsschutz altbekannte Grundsatz ausgeblendet, dass die Inhaber von Übertragungsrechten – ebenso wie übrigens auch die Inhaber etwa von Patent-, Marken-, Design und Urheberrechten – keinen Anspruch auf eine optimale („bestmögliche"), sondern nur auf eine angemessene Vergütung haben.[1253] Soweit *Summerer* zum Beleg seiner unhaltbaren kartellrechtlichen Folgerung am Ende der zitierten Passage in Fußnote 237 auf *Heermann* WRP 2018, 7 (8) Bezug nimmt, ist dieser Verweis nur insoweit zutreffend, dass auch nach Auffassung des *Verfassers* die DFL und ihre Ligamitglieder als Rechtsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB eingestuft werden können. Es ist schon sehr bedeutsam, wo genau man eine Fußnote einfügt. Denn die darüber hinausgehenden Folgerungen *Summerers* hat der *Verfasser* zu keinem Zeitpunkt vertreten – ganz im Gegenteil.[1254] 755

Mit folgenden Worten schließt *Summerer* schließlich seinen Gedankengang ab: 756

„Die Verteilung der Erlöse bedingt keineswegs gleiche Anteile (§ 742 BGB), vielmehr obliegt die Festsetzung des Verteilungsschlüssels den Teilhabern unter Berücksichtigung der Zuschauernachfrage. Folglich ist der DFL eV berechtigt, die sich aus dem Betrieb der beiden Bundesligen ergebenden Vermarktungsrechte exklusiv und originär im eigenen Namen zu verwerten (§ 6 Ziff. 2a Satzung DFL eV, § 9 Ziff. 1 OVR, § 16a Ziff. 2 DFB-Satzung, § 6 Grundlagenvertrag DFB-DFL)."

Diese Ausführungen sind schließlich in zwei Punkten ungenau: Die Zuschauernachfrage muss bei der Verteilung der Medienerlöse nicht zwingend berücksichtigt werden. Zudem ist es zumindest irreführend, der DFL eine „originäre" Verwertungsberechtigung zuzusprechen, weil dies darüber hinwegtäuschen könnte, dass die DFL nur als „Mitveranstalterin" der medial zu verwertenden Fußballspiele agiert – nicht weniger, aber eben auch nicht mehr. 757

ii. Vermarktungsvertrag auf dem Rechtemarkt als potentielle vertikale Wettbewerbsbeschränkung (z.B. bei Verwendung von Exklusivitätsklauseln)

Die Verträge zwischen den Rechteinhabern und Medienunternehmen auf dem Rechtemarkt enthalten regelmäßig Exklusivitätsklauseln, wie sie uns in ähnlicher Weise auch schon im Zusammenhang mit Exklusivverträgen zwischen Sportverbänden und Sponsoren oder Ausrüstern begegnet sind.[1255] Den Medienunternehmen werden die jeweiligen Live-Übertragungsrechte von den Rechteinhabern 758

1253 So ausdrückl. zu Fernsehrechten an Spielen der englischen Premier League EuGH Slg. 2011, I-9083, Rn. 108 = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy; s. hierzu auch *Heermann* WRP 2012, 371 (374 f.).

1254 Vgl. etwa *Heermann* WRP 2011, 36 ff.

1255 → XIII. Rn. 618–654.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

regelmäßig exklusiv hinsichtlich zum einen der umfassten Sportereignisse und zum anderen sämtlicher Übertragungswege eingeräumt. Dadurch wird sichergestellt, dass neben dem Medienunternehmen, das im Ausschreibungsverfahren den Zuschlag erhielt, kein Wettbewerber die betreffenden Spiele parallel zeigen darf. Solche Exklusivitätsklauseln bewirken also vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Zu dieser Rechtsproblematik[1256] hat sich die EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 in folgender Weise geäußert (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1257]

> „The area of sport media rights is particularly sensitive to antitrust violations. Given that a single seller or a joint selling entity may **sell all sport media rights on an exclusive basis for an extended period of time to one single operator in a certain market** (such as pay-TV), other operators in that market are foreclosed from accessing the product, which may result in competitive harm. Moreover, operators in neighbouring markets (such as internet) cannot access the exclusively sold rights. This may hamper the development of new services in neighbouring markets."

759 Es ist noch nicht lange her, dass in Deutschland der Bezahlsender Sky bzw. sein Vorgänger Premiere mit dem Slogan „Alle Spiele, alle Tore" Werbung betreiben konnte. Denn tatsächlich erhielt der zahlungswillige Fußballfan vom Sender jahrelang im Hinblick auf die Spiele in der Bundesliga, in der 2. Bundesliga und auch in der UEFA Champions League ein „Rundum-sorglos-Paket", d.h. er konnte mit einem Abonnement alle Live-Spiele der genannten Fußballligen sowohl über Satellit oder Kabel als auch via Stream abrufen. Damit hatte der Bezahlsender seine Konkurrenz ausgeschlossen und es war genau das eingetreten, was die EU-Kommission im Jahr 2007 mit erhobenem Zeigefinger als kartellrechtlich bedenklich eingestuft hatte.

760 Allerdings ist sodann von Ausschreibungsrunde zu Ausschreibungsrunde der Wettbewerb belebt worden – allerdings nicht im klassischen Sinne und dann auch nur in kleinen Schritten: Zunächst drängte das BKartA darauf, dass der Alleinerwerb der Rechte durch einen einzigen Medienanbieter nicht mehr möglich war („*No-Single-Buyer-Rule*"). Zudem wurden die von der DFL ausgeschriebenen Rechtepakete jeweils im Vier-Jahres-Rhythmus vermutlich auch auf Veranlassung des BKartA geringfügig neu zugeschnitten. Es ist aber im Grundsatz bis heute dabei geblieben, dass die jeweiligen Rechtepakete für alle Übertragungswege den Medienunternehmen exklusiv überlassen und Live-Übertragungsrechte allein von der DFL zentral vermarktet werden. Zwar werden seit der Saison 2021/22 etwa die 306 einzelnen Fußballspiele der Bundesliga live grundsätzlich exklusiv entweder vom Bezahlsender Sky (Spiele am Samstag sowie in sog. englischen Wochen am Dienstag und Mittwoch) oder aber vom Streamingdienst

1256 Nur knapp angerissen von *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 414.
1257 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DAZN (Spiele am Freitag und Sonntag) übertragen; eine Ausnahme gilt für weniger als zehn Spiele pro Saison, die co-exklusiv auch im frei empfangbaren Fernsehen gezeigt werden dürfen. Es liegt freilich kein klassischer Wettbewerb vor, wenn ein bestimmtes, für einen Fußballanhänger kaum angemessen substituierbares Produkt (wie z.B. der deutsche „Clasico" zwischen den zumeist siegreichen Kickern aus der Isar-Metropole und den in den letzten Jahren gerade in diesen Partien zu oft in Ehrfurcht erstarrenden Schwarz-Gelben aus dem Ruhrpott) von nur einem Sender exklusiv live gezeigt wird. Konsumenten haben hinsichtlich nahezu aller Produkte regelmäßig eine Auswahl zwischen mindestens zwei, oftmals noch viel mehr Anbietern. Selbst ein hochpreisiges Smartphone oder Notebook einer bestimmten bekannten Marke kann bei verschiedenen Anbietern käuflich erworben werden. Auch wenn diese alle einen sehr ähnlichen Preis verlangen, so können sie doch hinsichtlich des angebotenen Services spürbar voneinander abweichen.

761 Ähnliches wäre auch für das genannte Fußballspiel denkbar, aber es gibt fast durchweg keine Alternative. Und so ist man mitunter gezwungen, einem Reporter zu lauschen, dem die Schilderung von Privatgeschichten der Kicker oder das Einstreuen längst abgegriffener und allenfalls beim ersten Mal witziger Formulierungen wichtiger zu sein scheint als eine sachlich-kompetente Kommentierung des Spiels. Auch bei den dazugeschalteten Fußballexperten, die mitunter einst national *und* international, vereinzelt sogar auf Weltklasseniveau kickten, woraus der übertragende Sender ihre journalistische Kompetenz abzuleiten scheint, hört man zu oft Wortbeiträge auf Kreisliga-, bestenfalls Bezirksliganiveau. Ja, man kann den Kommentar vielfach deaktivieren und stattdessen der Stadionatmosphäre – soweit in Zeiten der COVID-19-Pandemie überhaupt vorhanden – lauschen. Man hat aber nicht die Möglichkeit, zu einem anderen Sender zu wechseln, wo man mit (vielleicht) weniger überflüssigen Statistiken, Wiederholungen von Spielszenen in *Super Slow Motion* und/oder sog. *Heatmaps* und einer ständigen, vermutlich schon unterbewussten sprachlichen Ehrerbietung gegenüber bestimmten Mannschaften oder Spielern unabhängig von deren sportlichen Leistungen belästigt wird, sondern sich stattdessen an einem fachlich kompetenten und sprachbegabten Reporter und Halbzeitanalysen, die diesen Namen auch verdienen, erfreuen kann. Nicht nur hier offenbart sich viel bislang unausgeschöpftes Potential für eine Produktverbesserung, zu der es aber mangels echten Wettbewerbs tendenziell nicht kommen kann. Denn ein solcher setzt üblicherweise voraus, das substituierbare Produkte parallel von mindestens zwei konkurrierenden Unternehmen angeboten werden. Ein weiterer unerfreulicher (Neben-)Effekt der Exklusivitätsklauseln tritt für Endkunden hinzu, die Zugang zu sämtlichen (Live-)Spielen etwa in der Bundesliga oder in der UEFA Cham-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pions League wünschen und nun mindestens zwei Abonnements abschließen müssen, wie bereits an anderer Stelle beschrieben wurde.[1258]

762 Für die Inhaber der Übertragungsrechte und die Medienunternehmen ist also das kartellrechtliche Konfliktpotential erheblich, welches auf dem Rechtemarkt im Rahmen der Zentralvermarktung mit der Vereinbarung der bislang üblichen Exklusivitätsklauseln insbesondere im Hinblick auf deren inhaltlichen und zeitlichen Umfang einhergeht.[1259] Hier soll im Anschluss an entsprechende frühere Erwägungen[1260] ein denkbarer Ausweg zur Reduzierung der vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die aus der Verwendung der beschriebenen Exklusivitätsklauseln resultieren, skizziert werden: das Modell einer partiell oder gar vollständig co-exklusiven Zentralvermarktung durch den Ligaverband neben einer oder ohne eine Individualvermarktung durch die Ligamitglieder. Die Umsetzung dieses Vorschlags ist – dies sei zur Klarstellung vorausgeschickt – aus kartellrechtlichen Gründen keineswegs zwingend erforderlich. Bei Ligaverbänden erachtet man die mit strukturellen Neuerungen verbundenen Risiken und Unwägbarkeiten zumeist als zu groß, um das Alte und zumindest aus Sicht der Verbände regelmäßig auch Altbewährte aufzugeben. Dies gilt im Hinblick auf die exklusive Zentralvermarktung im Ligasport in besonderem Maße, weil die betroffenen Sportligen und Medienanbieter bislang zumeist kaum an der Maximierung ihrer Erlöse[1261] gehindert worden sind. Der *Verfasser* geht also nicht davon aus, dass die Ligaverbände ohne einen gewissen Druck von außen, den in diesem Fall allein Kartellbehörden ausüben könnten, von dem Modell einer alternativlosen Zentralvermarktung jeweils exklusiver Rechtepakete abweichen werden.

763 Dies gilt umso mehr, als das BKartA bereits im Jahr 2016, anknüpfend an eine mehrere Jahre zurückliegende Marktbefragung, im Hinblick auf das seinerzeit zu beurteilende Verfahren zur Vergabe von Übertragungsrechten an der Fußball-Bundesliga eine gewisse Skepsis gegenüber einer Individualvermarktung durch Bundesligaclubs hatte erkennen lassen.[1262] Wenn die Bundesligaclubs ihre Rechte ohne jede Einschränkung selbst nutzen oder parallel ein zweites oder drittes Mal an Dritte vergeben würden, könnte der Ligaverband das Ausmaß der Exklusivität nicht steuern und damit auch die Werthaltigkeit des von ihm zentral koordinierten ligabezogenen Produktangebotes nicht mehr gewährleisten. Das könnte auf Seiten der Programmanbieter das Angebot eines den Rechtepaketen entsprechenden ligabezogenen Produktes und die Refinanzierbarkeit gefährden.

1258 → XI. Rn. 24 f.; XIII. 713.
1259 I.Erg. ebenso *Weatherill*, Principles, 2017, 306 f.
1260 *Heermann* WuW 2017, 312 (316 f.); *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 44; *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 (309 f.).
1261 Hierzu bereits → XIII. Rn. 709–715.
1262 BKartA 11.4.2016 – B6-32/15, Rn. 149 = BeckRS 2015, 112010, Rn. 190.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Beschlussabteilung hatte aber seinerzeit zugleich eingeräumt, dass diese Bewertung „mangels Erfahrungen mit einer Einzelvermarktung der Bundesligarechte nur anhand von Wahrscheinlichkeitserwägungen erfolgen" könne.

Diese damit auch weiterhin zu erwartende Zurückhaltung der DFL, ihrer Mit- 764
glieder und vermutlich auch des BKartA gegenüber einem Modell der partiellen oder vollständigen co-exklusiven Zentralvermarktung durch den Ligaverband neben einer oder ohne eine Individualvermarktung ist ein wenig verwunderlich. Denn je nach Ausgestaltung des Vermarktungsmodells könnten alle Seiten gewinnen, wie nachfolgend gezeigt werden wird.[1263]

iii. Potentiell missbräuchliche Durchsetzung der Vermarktungsbedingungen auf dem Rechtemarkt (Art. 102 AEUV, § 19 GWB)

Üblicherweise sind die Modalitäten des von den Rechteinhabern – im vorliegen- 765
den Beispiel also von der DFL – gestalteten und mit dem BKartA abgestimmten Ausschreibungsverfahrens bezüglich der Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga streng vertraulich. So gelangen außer Informationen zu den ausgeschriebenen Rechtepaketen weitere Details des Ausschreibungsverfahrens regelmäßig nicht an die Öffentlichkeit und können deshalb auch kaum zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gemacht werden. An diesem Zustand änderte sich erst etwas, als die Monopolkommission in ihrem XXI. Hauptgutachten über einige Ausgestaltungen des Ausschreibungsverfahrens berichtete und auf das damit verbundene kartellrechtliche Gefahrpotential hinwies.[1264] So war es zuvor, aber auch seither[1265] im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zur Festlegung von Vorbehalts- bzw. Reservationspreisen gekommen. Das bedeutet vereinfacht, dass die DFL eine neue Ausschreibungsrunde starten konnte, wenn in der ersten Runde die nur der DFL bekannte Mindestpreisvorstellung für ein Rechtepaket von keinem der mitbietenden Medienunternehmen überboten worden war. Diese Verfahrensweise bietet kartellrechtliches Konfliktpotential, wie zuletzt *Polk* betont hat:[1266]

> „Die DFL tritt damit insgesamt zwar nicht als Bieter selbst in Erscheinung, sie hat durch diese Vorbehalte aber weitreichende Einflussmöglichkeiten auf das Auktionsergebnis. Sie tritt damit als Schiedsrichter und durchaus auch als Spieler auf, was ordnungspolitisch kritisch einzuordnen ist."

Soweit die DFL über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Rechtemarkt verfügen sollte (wovon freilich in Unkenntnis der Einzelfallumstände nicht zwin-

1263 → XIII. Rn. 790–798 m.w.N.
1264 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 415, 461, 467 f., 470 (dritter Spiegelstrich); s. hierzu auch kurz *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 26 sowie ausf. *Polk* WuW 2021, 502 (504 f.).
1265 S. zuletzt BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 25 ff.
1266 *Polk* WuW 2021, 502 (502).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gend ausgegangen werden kann), würde ein solches einseitiges unternehmerisches Verhalten den kartellrechtlichen Missbrauchsregeln unterliegen (was natürlich nicht automatisch einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV, § 19 GWB begründen würde, sondern ein solcher anhand der Einzelfallumstände geprüft werden müsste).

iv. Ausschließliche Vergabe territorial begrenzter Lizenzen als horizontale Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV)

766 Wie auch schon im Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 festgestellt worden war,[1267] werden im Rahmen der Zentralvermarktung die Medienrechte im Ligasport (aber auch im Hinblick auf andere international vermarktungsfähige Sportevents) regelmäßig jeweils exklusiv in bestimmte Länder oder Regionen vergeben, deren Zuschnitt sodann auf sprachlichen und kulturellen Besonderheiten beruht. Dies führt zu einer Vielzahl von Gebietsmonopolen, was natürlich – zumindest auf den ersten Blick – im Lichte von Art. 101 Abs. 1 AEUV kartellrechtlichen Argwohn weckt.[1268] Daher war es auch nicht überraschend, dass der EuGH in der Rechtssache *Football Association Premier League/Karen Murphy*[1269] aus dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit sowie des europäischen Kartellrechts die im Sport verbreitete Praxis kritisierte, Lizenzen für die Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen regelmäßig gebietsweise zu vergeben, wobei diese territoriale Exklusivität durch verschiedene Maßnahmen abgesichert wird. Hierzu stellt *Weatherill* treffend fest:[1270]

> „EU law's brutal intolerance of absolute territorial protection was confirmed in a sports-specific context in the case commonly known as *Karen Murphy* […]. This ruling counts as a vivid demonstration of the compelling combined power of sport, money and television."

767 Mag auch das europäische Kartellrecht scharfe Instrumente bereithalten, um die Entstehung und Aufrechterhaltung einer Vielzahl solcher bewusst und offen geschaffener Gebietsmonopole zu verhindern, die – wie der EuGH anmerkte[1271] – insbesondere der Erlösmaximierung dienen, so konnten diese juristischen Waffen in der Folge jedoch nicht eingesetzt werden. Das war und ist auf folgende Umstände zurückzuführen:

1267 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.2.
1268 Ausf. hierzu *Weatherill*, Principles, 2017, 326–337 m.w.N.
1269 EuGH Slg. 2011, I-9159 = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy; ausf. zu diesem Urteil *Heermann* WRP 2012, 650 ff.
1270 *Weatherill*, Principles, 2017, 326 f.
1271 EuGH Slg. 2011, I-9159, Rn. 32 = SpuRt 2011, 245 – FAPL/Karen Murphy: „FAPL vergibt die Lizenzrechte für die Live-Ausstrahlung der Begegnungen nach Gebieten und jeweils für drei Jahre. Sie verfolgt dabei die Strategie, das Publikum weltweit in den Genuss der Meisterschaftsspiele kommen zu lassen und gleichzeitig für ihre Mitgliederklubs den Wert dieser Rechte zu maximieren."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

768 Technische Voraussetzung für die bis heute verbreitete Vermarktungspraxis ist das sog. Geoblocking. Dabei sperren oder beschränken in einem Mitgliedstaat tätige Anbieter für Kunden aus anderen Mitgliedstaaten, die grenzüberschreitende Geschäfte tätigen wollen, den Zugang zu ihren Online-Benutzeroberflächen, wie zum Beispiel Internetseiten und Anwendungen. So haben etwa Fußballfans, die sich rechtmäßig verhalten (wollen), regelmäßig allein die Möglichkeit, ein bestimmtes Fußballspiel über den an ihrem Wohnsitz angebotenen Satelliten-, Kabel- oder Internetzugang zu verfolgen, selbst wenn ein vergleichbares Abonnement in einem anderen Mitgliedstaat günstiger sein sollte. Nach dem bahnbrechenden Urteil des EuGH in der Rechtssache *Football Association Premier League/Karen Murphy* fürchtete der Sportsektor, die aus seiner Perspektive ebenso bewährte wie einträgliche Praxis der Vergabe von zahlreichen Gebietsmonopolen nicht fortführen zu können. Doch schon rasch zeichnete sich ab, dass die Sportbranche ihr Geschäftsmodell würde beibehalten können.[1272]

769 Die Schaffung solcher Gebietsmonopole beschränkt natürlich in erheblicher Weise den Wettbewerb. Deshalb ging es der verbreiteten Praxis des sog. Geoblockings zwar an den Kragen, nachdem die Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.2.2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts eingeführt worden war. An den Ausnahmen, welche die auf den ersten Blick streng anmutenden Vorschriften der genannten Verordnung zulassen, kann man indes ablesen, welche Unternehmenssektoren über effektive Lobbyisten verfügt haben müssen. So ist folgender Satz, welcher dem 8. Erwägungsgrund der genannten Verordnung entnommen ist, für (inter)nationale Sportverbände, die einen ständig wachsenden Anteil ihrer Einnahmen aus der weltweiten Vermarktung der Medienrechte an ihren Sportveranstaltungen beziehen, im wahrsten Sinne des Wortes Gold wert:

> „Audiovisuelle Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen, deren Hauptzweck die Bereitstellung des Zugangs zu Übertragungen von Sportveranstaltungen ist und die auf der Grundlage von ausschließlichen Gebietslizenzen erbracht werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung."

770 Damit hat sich die Sportbranche zumindest hinsichtlich dieses wichtigen Bausteins im gesamten Vermarktungsmodell mit kräftiger Unterstützung aus Brüssel sämtlicher kartellrechtlicher Sorgen entledigen können, so dass dieser Aspekt hier nicht weiter vertieft werden soll.

1272 S. hierzu stellvertr. *Heermann* ZUM 2016, 835–840 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Rechtfertigung einer Zentralvermarktung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Wandel der Zeit

771 In diesem Abschnitt soll, exemplarisch anknüpfend an zwei jeweils eher holzschnittartige kartellrechtliche Einschätzungen aus den Jahren 2007 und 2017 zur Rechtfertigung der durch die Zentralvermarktung bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, allgemein dargestellt werden, wie stark sich die dynamischen Entwicklungen auf den betroffenen Rechte- und Übertragungsmärkten sowie in den großen Fußballligen[1273] auf die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auswirken. Es geht also nicht darum, die aktuelle Zentralvermarktungspraxis etwa der DFL oder der UEFA abschließend kartellrechtlich zu bewerten, sondern diejenigen Punkte herauszuarbeiten, deren Bewertung durch die bisherige Rechtspraxis überdacht und eventuell modifiziert werden sollte.

772 Im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 wurde die vorangegangene Entscheidungspraxis der Kommission folgendermaßen zusammengefasst (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1274]

> „The Commission's consistent policy has been that joint selling constitutes a horizontal restriction of competition under Article 81(1) EC [= Art. 101 Abs. 1 AEUV]. At the same time, the Commission also acknowledges that **joint selling creates certain efficiencies and may, under certain circumstances, fulfil the conditions of Article 81(3) EC** [= Art. 101 Abs. 3 AEUV] and therefore not constitute a violation of Article 81 EC. The Commission remedied the negative effects of joint selling by requiring, e.g., the **selling of rights in several individual rights packages** following an **open and transparent tendering process**. Moreover, the **duration of rights contracts should not exceed three years** and **unsold rights would fall back for individual exploitation by the clubs**. The abovementioned decisions had the effect of **opening up media rights markets to broadcasters and new media service providers by making several different rights packages available** while **safeguarding the social and cultural aspects of football**. This **prevented the concentration of all available rights in the hands of a single media operator** and ensured that a **maximum amount of rights was made available to sports fans**.
>
> The question if and under which conditions joint selling can be justified on the basis of **Article 81(3) has to be examined in the light of the specific circumstances of each individual case**."

773 Um die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Zentralvermarktung durch Effizienzvorteile zumindest auszugleichen, wurden und werden bis heute die aufgelisteten Maßnahmen auf dem Rechtemarkt nahezu vollständig umgesetzt. Zwischenzeitliche Entwicklungen sollten jedoch Anlass geben, die Zweckmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen zu hinterfragen:

1273 Hierzu bereits → XIII. Rn. 716–726.
1274 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i. Die von den Rechteinhabern ausgeschriebenen Rechtepakete sind in Laufe der Zeit zunehmend zahlenmäßig erhöht und dabei inhaltlich reduziert worden, wobei die Vergabe hinsichtlich der umfassten Bildrechte sowie jeweils bezüglich sämtlicher Übertragungswege regelmäßig exklusiv erfolgt. Dieses hohe Maß an Exklusivität führt erfahrungsgemäß zu Preissteigerungen, die von den Medienunternehmen letztlich refinanziert werden müssen. Die zunehmende Aufsplittung der exklusiven Rechtepakte dürfte die Gesamteinnahmen der Rechteinhaber tendenziell erhöhen, wodurch die Medienanbieter insgesamt und – soweit diese auf dem Übertragungsmarkt die Preiserhöhungen an die Endkunden weiterreichen – auch letztere finanziell zusätzlich belastet werden können. 774

ii. Es werden zwar regelmäßig offene, transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibungsverfahren durchgeführt, deren Modalitäten (z.B. Festlegung von Reservations- und Vorbehaltspreisen durch die Rechteinhaber) aber geeignet sind, die von den Medienunternehmen zu zahlenden Preise für den Zuschlag in die Höhe zu treiben.[1275] Dies kann die unter i. beschriebenen wirtschaftlichen Auswirkungen auf dem Übertragungsmarkt nach sich ziehen. 775

iii. Eine gewisse zeitliche Begrenzung der exklusiv überlassenen Verwertungsbefugnis ist erforderlich, um den Medienanbietern Planungssicherheit zu bieten und die Amortisation der Anschaffungskosten zu ermöglichen. Inzwischen werden die Medienrechte an den Spielen der Bundesliga und 2. Bundesliga im Vier-Jahres-Rhythmus vergeben, was gleichzeitig bedeutet, dass Medienanbieter, die ebenfalls auf dem Rechtemarkt aktiv werden wollen, recht lange warten müssen, bevor sie am nächsten Ausschreibungsverfahren teilnehmen können. 776

iv. Soweit in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehen war, dass von den Fußballligen nicht vermarktete Fernsehrechte zur individuellen Verwertung den Ligamitgliedern zu überlassen sind, sollte dadurch eine Individualvermarktung neben der Zentralvermarktung etabliert werden. Allein, zumindest der DFL, aber auch der UEFA und den anderen großen europäischen Fußballligen ist es in den letzten Jahren grundsätzlich gelungen, die Rechtepakte vollständig zu veräußern. Diese Form der Wettbewerbsbelebung durch Zulassung einer (co-)exklusiven Individualvermarktung neben der Zentralvermarktung hat zu keinem Zeitpunkt eine nennenswerte praktische Relevanz erlangt[1276] und scheidet damit als Effizienzgewinn gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV von vornherein aus. 777

1275 → XIII. Rn. 765.

1276 *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 (309 f.); diesen Aspekt hingegen vernachlässigend *Weatherill*, Principles, 2017, 308.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

778 v. Grundsätzlich ist die zahlenmäßige Zunahme der ausgeschriebenen Rechtepakete geeignet, auf dem Rechtemarkt mehr Medienunternehmen den Marktzugang zu eröffnen. Allerdings erhöht sich deren Zahl nur allmählich, wobei sich regelmäßig (mindestens) zwei Medienanbieter die Mehrzahl der Rechtepakete für Live-Spiele eines bestimmten Fußballwettbewerbs (z.B. Bundesliga, UEFA Champions League) sichern. Im Fall einer Ausschreibung co-exklusiver Rechtepakete könnte der Wettbewerb auf dem Rechtemarkt darüber hinausgehend deutlich erhöht werden. So aber werden die Preise für die Rechtepakete durch eine Angebotsverknappung auf relativ hohem Niveau gehalten, was sich sodann auch auf die Preisgestaltung auf dem Übertragungsmarkt auswirken kann (siehe i.).

779 vi. Inwieweit soziale und kulturelle Aspekte des Fußballs, welche angeblich auch der Erzielung von Effizienzvorteilen dienen, durch die vorgenannten Maßnahmen geschützt werden, lässt sich kaum abschätzen. Aber sicherlich werden Fußballfans mit entsprechender Zahlungsbereitschaft umfassend mit Live-Übertragungen sämtlicher Ligaspiele versorgt, selbst wenn die Zuschauerresonanz bei einzelnen Spielen unter der Messbarkeitsschwelle liegen sollte. Diese Übertragungspraxis, die sich nicht allein an den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage orientiert, ist zwar zu begrüßen, ließe sich indes mit einer partiellen oder vollständigen co-exklusiven Zentralvermarktung durch den Ligaverband neben einer oder ohne eine Individualvermarktung gleichfalls realisieren.

780 vii. Das Verbot des Erwerbs etwa sämtlicher Live-Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga (*No-Single-Buyer-Rule*) führt zwar auf den ersten Blick zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Rechtemarkt. Allerdings werden die positiven Auswirkungen dadurch relativiert, dass auf dem Rechtemarkt die Exklusivität der jeweiligen Rechtepakte immer noch preiserhöhend wirkt und Endkunden auf dem Übertragungsmarkt zur vollständigen Befriedigung ihres Interesses etwa an den Spielen eines bestimmten Ligamitglieds in der Bundesliga oder in der UEFA Champions League mindestens zwei Abonnements mit verschiedenen Bezahlsendern abschließen müssen, was die Gesamtkosten erhöhen kann (aber nicht zwingend muss[1277]). Zudem weiß der Abonnent etwa im Hinblick auf die Spiele in

1277 So auch BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 263, „soweit die für die Endkunden bestehenden Spielräume der Angebote genutzt werden"; s. auch *Polk* WuW 2021, 502 (503) m.w.N. Allerdings zeigte die Preisentwicklung bei den Sendern Sky und DAZN auf dem deutschen Markt zu Beginn des Jahres 2022, dass die Medienanbieter ihre tendenziell steigenden Einkaufspreise refinanzieren und zu diesem Zweck die Abonnementspreise etwa nach einer Einführungsphase früher oder später teils drastisch erhöhen müssen; vgl. hierzu stellvertr. *Fritsch* Zeit Online v. 26.1.2022 („Fußball könnte billiger sein. DAZN verdoppelt den Preis und bekommt einen Shitstorm ab, aber kann man dem Sender vorwerfen, schwarze Zahlen schreiben zu wollen?").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Bundesliga wegen der im Laufe einer Saison sukzessive erfolgenden Terminierung der Spielpaarungen nicht im vorhinein, welcher Medienanbieter ein bestimmtes Spiel des Lieblingsbundesligisten übertragen wird.[1278] Etwas besser sieht es seit der Saison 2021/22 für deutsche Fußballfans in der UEFA Champions League aus, weil der Streamingdienst DAZN immerhin 121 von 137 Spielen überträgt; allerdings wird das mitunter recht kurzfristig ausgewählte sog. Topspiel am Dienstagabend exklusiv von Amazon Prime Video übertragen.

viii. Wichtig ist der abschließende Hinweis in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport zur Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen. Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, einzelne umstrittene Aspekte zur Zentralvermarktungsproblematik im Ligasport in einer Bekanntmachung oder in einer Leitlinie festzulegen. Die Frage, ob dies zielführend sein kann, steht indes auf einem anderen Blatt. 781

ix. Die dargestellte kartellrechtliche Bewertung der EU-Kommission beruht im Wesentlichen auf ihrer grundlegenden Freistellungsentscheidung aus dem Jahr 2003 zur Zentralvermarktung in der UEFA Champions League,[1279] auf die in der Entscheidungspraxis etwa des BKartA bis heute Bezug genommen wird. Es ist bereits an anderer Stelle[1280] ausführlich dargelegt worden, dass die seinerzeitigen Prognoseentscheidungen der EU-Kommission, auf die die Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV einst gestützt worden war, sich in der Folge als überwiegend unzutreffend herausgestellt haben. 782

Im Jahr 2017 hat *Weatherill* eine kartellrechtliche Zwischenbilanz der bisherigen Entscheidungspraxis zur Zentralvermarktung im Ligasport gezogen, die in verschiedener Hinsicht der zuvor geschilderten rechtlichen Einordnung im Begleitdokument zum Weißbuch Sport entspricht, ergänzend aber den Aspekt der Exklusivität der ausgeschriebenen Rechtepakte aufgreift (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1281] 783

> „The practical question which emerges from the examination of the treatment of the sale of exclusive rights to broadcast major sporting events is just what is permitted under EU competition law. **The commercial value of exclusivity, without which a seller would quite likely not be able to find a willing buyer or at least only a buyer at a much reduced price, means that it cannot in principle be the subject of routine prohibition, but equally the potential harm it causes to the competitive process in broadcasting markets means that it must be policed with care.**

1278 *Polk* FAZ v. 8.11.2021: „Die Kunden zahlen mehrere Abos oder kaufen die Katze im Sack. Kundenfreundlich ist das alles nicht."
1279 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1280 *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 (305 ff.) m.w.N.
1281 *Weatherill*, Principles, 2017, 310 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> The solution to this conundrum lies in **placing conditions on the grant of exclusivity**. The Commission's practice reveals concern to ensure that there is an **open and transparent tendering process** rinsed of any hint of discrimination based on nationality; commonly that there should be **‚unbundling' of the package on offer to allow space for more than one buyer** (which becomes even easier as technology generates new forms of distribution); that the **duration of exclusivity** should be limited, and a duration of three years has become more or less standard; and the grant shall not be automatically renewed. **The aim is to balance the need to address concerns about the open and competitive structure of the market against the autonomy of the commercial parties involved to create value.**"

784 Auch die weiterführenden Gedanken *Weatherills* geben einerseits Anlass zu Zweifeln und weisen andererseits – ebenso wie die bisherige Entscheidungspraxis – im Rahmen der Ermittlung der Effizienzvorteile gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV ein grundlegendes Defizit auf:

785 Apodiktisch behauptet *Weatherill*, ohne das Merkmal der Exklusivität der ausgeschriebenen Rechtepakete würden die Rechteinhaber wahrscheinlich keinen Erwerber finden oder aber nur einen solchen, der einen sehr reduzierten Preis zahlen würde. Dabei wird vernachlässigt, dass auf dem Rechtemarkt viel mehr Medienunternehmen als früher bereits tätig sind oder aber zu einem Marktzutritt bereit und imstande wären. Die Nachfrage nach attraktiven Übertragungsrechten an Sportevents im Allgemeinen und Fußballspielen im Besonderen steigt seit Jahren nicht zuletzt auch aufgrund der Konvergenz der Medien. Es ist eine bislang wissenschaftlich weder belegte noch widerlegte These, dass etwa eine partielle oder gar vollständige Co-Exklusivität von Zentralvermarktung durch den Ligaverband neben einer oder ohne eine Individualvermarktung im europäischen und deutschen Ligasport zu geringeren Gesamteinnahmen führen würde. Zudem dient das Kartellrecht sicherlich nicht dazu, Exklusivitätsklauseln großzügig zuzulassen, damit Sportligen ihre Einnahmen auf Kosten anderer optimieren können.

786 Es ist *Weatherill* sicherlich insoweit zuzustimmen, dass die Vorbehalte der Fußballligen gegenüber mehr Wettbewerb auf dem Rechtemarkt mit den ökonomischen und auf Wertschöpfung gerichteten Interessen aller Beteiligten auf dem Rechtemarkt zu einem Ausgleich gebracht werden müssen. Irritierend ist jedoch der Umstand, dass sowohl die EU-Kommission, das BKartA und hier nun auch *Weatherill* stets allein die potentielle ökonomische Entwicklung und das Entstehen von Effizienzen auf dem betroffenen relevanten Markt, d.h. auf dem Rechtemarkt, in ihre Gesamtabwägung mit einfließen lassen. Dabei erfordert eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn. Und diese Verbraucher sind nicht nur die an den wettbewerbsbeschränkenden Verträgen mit Exklusivklauseln beteilig-

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten Parteien,[1282] d.h. die Rechteinhaber und die Medienunternehmen, sondern insbesondere auch die Endkunden, die auf dem Übertragungsmarkt inzwischen unter Umständen mehrere Abos abschließen sowie eventuell unnötig hohe Preise zahlen müssen und denen vielfach speziell auf ihre Interessen und Bedürfnisse zugeschnittene Rechtepakete gar nicht erst angeboten werden.

787 Ein wenig unverständlich ist also, weshalb die durchaus berechtigten Interessen einer wichtigen Verbrauchergruppe auf dem Übertragungsmarkt, d.h. die Interessen der Endkunden, bei den bisherigen kartellrechtlichen Bewertungen weitgehend ausgeblendet oder aber gar nicht erst ernsthaft ermittelt worden sind. Wenn sich Kartellbehörden hierzu doch einmal äußern, dann klingt recht deutlich die Auffassung durch, die angemessene Verbraucherbeteiligung werde dadurch gewährleistet, dass Endkunden nunmehr bei entsprechender Zahlungsbereitschaft jedes Pflichtspiel der Ligamitglieder in Live-Bewegtbildern auf zumeist sämtlichen Übertragungswegen verfolgen könnten. Völlig unberücksichtigt bleiben indes nachteilige Entwicklungen für die Endkunden: Inzwischen bedarf es zumindest für den Empfang sämtlicher Spiele der Bundesliga (nicht der 2. Bundesliga) und der UEFA Champions League des Abschlusses von mindestens zwei Abonnements, wo früher ein Abonnement ausreichte. Die größten Teile des Inhalts der zu abonnierenden Rechtepakete sind für den Endkunden völlig uninteressant (müssen aber selbstverständlich mitbezahlt werden). Schließlich haben Endkunden keine echte Auswahl, sondern müssen sich weiterhin mit dem zufriedengeben, was der eine exklusiv übertragende Sender zu bieten hat. Friss Vogel (aber erst nachdem du gezahlt hast) oder stirb! Solche Zeiten der Kundenbevormundung gehören bei einem wirklich funktionierenden Wettbewerb eigentlich längst der Vergangenheit an ...[1283]

788 Die Kartellbehörden wachen über den Wettbewerb auf dem Rechtemarkt wie Fußballschiedsrichter, die ihre Gelbe Karte und Rote Karte vergessen haben und es bei mündlichen Verwarnungen belassen, was die Spieler, d.h. die Marktteilnehmer, wissen und bestmöglich ausnutzen. Die Interessen der Zuschauer, die auch zu den Verbrauchern gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV zählen, an dem entstehenden Gewinn werden zu erheblichen Teilen ignoriert. Warum? Ein wesentlicher Grund dürfte sein, dass die Endkunden – anders als Sportverbände und -ligen sowie Medienunternehmen – eine zu heterogene Gruppe darstellen, die sich zudem keine erfahrenen und effektiven Lobbyisten leisten kann.[1284] Und der gesetzlich vorgesehene Interessenvertreter, der bei Benachteiligungen der Verbraucher im Wettbe-

1282 Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 232.
1283 So auch *Fritsch* Zeit Online v. 20.10.2021.
1284 Vgl. in diesem Kontext auch *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 484: „Da insbesondere die Verbraucher ein Interesse an einer möglichst wirksamen kartellrechtlichen Kontrolle der Zentralvermarktung haben, diese aber praktisch kaum gerichtlichen Individualrechtsschutz in Anspruch nehmen können, ist ein kartellbehördliches Tätigwerden besonders wichtig."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werb eingreifen könnte, agiert als Marktwächter und Schiedsrichter auf dem Rechtemarkt, von dem die negativen Auswirkungen auf die Endkunden ausgehen, eher zurückhaltend und unauffällig. Es existiert aber – wie auch im allgemeinen Wirtschaftsverkehr außerhalb des Sportsektors für sonstige Unternehmen – kein Vorrecht der Sportverbände und -ligen, auf Wettbewerbsbeschränkungen beruhende, unangemessen hohe Preise durchsetzen zu dürfen. Auch wenn die DFL ihre Erlöse aus der Medienrechtevermarktung wie eine Monstranz vor sich herträgt und u.a. daran der unternehmerische Erfolg der Liga gemessen wird, so haben Sportverbände und -ligen doch keineswegs einen Anspruch auf die Erzielung optimaler Erlöse, insbesondere wenn diese auf Wettbewerbsbeschränkungen beruhen.

789 Zwischenfazit: Obgleich sich die tatsächlichen Rahmenbedingungen auf dem Rechte- und Übertragungsmarkt seit Mitte der 1990er Jahre grundlegend geändert haben, wird dieser Wandel bei der Rechtfertigung der mit einer Zentralvermarktung im Ligasport einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu erheblichen Teilen ignoriert. Dabei werden die negativen Auswirkungen auf dem Übertragungsmarkt nach wie vor (zu) weitgehend ausgeblendet.

(5) Keine Alternativlosigkeit der Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten im Ligasport

i. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

790 Eines der treibenden Motive für die Einführung der Zentralvermarktung im Ligasport und für das hartnäckige Festhalten der Rechteinhaber hieran hat sicherlich auch einen ökonomischen Hintergrund.[1285] Es ist durchaus nachvollziehbar, wenn ein unternehmerisch tätiger Sportverband versucht, seine Einnahmesituation zu optimieren, insbesondere wenn die Erlöse nicht allein dem Profisport, sondern zu einem erheblichen Teil auch dem Amateur-, Freizeit- sowie Jugend- und Nachwuchssport zufließen sollen. Dieser Umstand allein vermag aber nicht die Grenzzäune einzureißen, die den Verbandsaktivitäten (auch) durch das Kartellrecht gesetzt sind.

791 Es scheint insbesondere die Sorge vor befürchteten Einnahmeverlusten zu sein, die etwa die DFL und das BKartA[1286] veranlassen, alle vier Jahre vor jeder neuen Ausschreibungsrunde das Modell der Zentralvermarktung als sakrosankt und damit alternativlos hinzustellen. An dem Umstand, dass die EU-Kommission in ihrer Freistellungsentscheidung aus dem Jahr 2003 zur Zentralvermarktung in

1285 → XIII. Rn. 709–715.
1286 BKartA 11.4.2016 – B6-32/15, Rn. 149 = BeckRS 2015, 112010, Rn. 190.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der UEFA Champions League ein Nebeneinander von Zentral- und Individualvermarktung im Hinblick auf die Übertragung von Live-Spielen für möglich und erforderlich gehalten hatte, zumindest wenn bestimmte Spiele bei der Zentralvermarktung keinen Abnehmer gefunden hätten,[1287] stört man sich längst nicht mehr – man ignoriert diesen Punkt einfach. Aber die Alternative einer zumindest partiellen und eventuell co-exklusiven Individualvermarktung durch die Ligamitglieder existiert durchaus, wie bereits an anderer Stelle dargelegt worden ist.[1288]

792 Bereits zur Zeit der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 existierte eine Individualvermarktung bezüglich der Auswahlspiele für die Teilnahme an der UEFA Champions League.[1289] Zudem wies die EU-Kommission darauf hin, dass seinerzeit Spiele im UEFA-Pokal, dem Vorgänger der heutigen UEFA Europa League, von den beteiligten Clubs einzeln vermarktet wurden, ebenso Spiele innerhalb nationaler Fußballligen wie in Spanien, Italien oder Griechenland.[1290] Diese Beispiele betrafen jeweils eine separate exklusive Individualvermarktung der Live-Übertragungsrechte.

793 Es gibt aber nicht nur die beiden Alternativen einer exklusiven Zentralvermarktung durch eine Sportliga und einer exklusiven Individualvermarktung durch die Ligamitglieder. So ist zumindest für die Fußball-Bundesligen ein Nebeneinander von einer teilweisen oder sogar vollständigen jeweils co-exklusiven Zentralvermarktung sämtlicher Spiele durch die DFL und zugleich einer Individualvermarktung durch die Ligamitglieder an sämtlichen Heim- und Auswärtsspielen ihrer jeweiligen Mannschaften vorstellbar.[1291] Eine weitere Option könnte so ausgestaltet werden, dass die Sportliga zwar weiterhin zentral sämtliche Rechtepakete vermarktet, wobei aber auch von Ligamitgliedern individuell arrangierte Rechtepakete (etwa mit Live-Übertragungen ihrer Heim- und Auswärtsspiele) ausgeschrieben werden müssten. Damit käme es sodann weiterhin zu einer Zentralvermarktung, die allerdings co-exklusive Rechtepakete umfassen würde.

1287 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 158 f. = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1288 S. stellvertr. *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 (309 f.) m.w.N.
1289 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 23 = WuW/E EU-V 889 – UEFA wies darauf hin, dass seinerzeit Fußballspiele in den drei Qualifikationsrunden vor der eigentlichen UEFA Champions League von den Clubs einzeln vermarktet wurden. Die folgenden Ligaspiele sowohl in der Gruppenphase als auch in den K.o.-Runden der UEFA Champions League, UEFA Europa League und zuletzt auch der UEFA Europa Conference League hat die UEFA aber seit jeher zentral vermarktet.
1290 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 131 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1291 Hierzu bereits *Heermann* WuW 2017, 312 (316 f.); *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 44; a.A. *Hellmann/Cetintas* SpuRt 2018, 10 (15), weil durch eine Einzelvermarktung die Solidargemeinschaft des Fußballs wieder in Frage gestellt wäre, was nach hier vertretener Auffassung aber keineswegs zwingend ist.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ii. Sports Broadcasting Act

794 Die zuletzt beschriebene Option geht zurück auf den U.S.-amerikanischen Sports Broadcasting Act (SBA) aus dem Jahr 1961.[1292] Nachdem die Judikatur wiederholt kartellrechtliche Zweifel hinsichtlich der bis dahin praktizierten Zentralvermarktung der TV-Rechte im U.S.-amerikanischen Ligasport geäußert hatte,[1293] wurden die nordamerikanischen Major Leagues in den Sportarten American Football (NFL), Baseball (MLB), Basketball (NBA) und Eishockey (NHL) hinsichtlich der Zentralvermarktung der Medienrechte an den Spielen in diesen Ligen durch den Gesetzgeber im SBA – partiell – von der Anwendung des Kartellrechts freigestellt. Die einschlägige Vorschrift, 15 U.S. Code § 1291 (Exemption from antitrust laws of agreements covering the telecasting of sports contests and the combining of professional football leagues) hat folgenden Wortlaut (Hervorhebung durch *Verfasser*):

> The antitrust laws, as defined in section I of the Act of October 15, 1914 [= Section 1 Sherman Act] [...] shall not apply to any joint agreement by or among persons engaging in or conducting the organized professional team sports of football, baseball, basketball, or hockey, by which any league of clubs participating in professional football, baseball, basketball, or hockey contests sells or otherwise transfers all or any part of the rights of such league's member clubs **in the sponsored telecasting** of the games of football, baseball, basketball, or hockey, as the case may be, engaged in or conducted by such clubs. […]

795 Die kartellrechtliche Ausnahme erstreckt sich allein auf landesweit „over the air" ausgestrahlte Spiele „in the sponsored telecasting", wobei diese Begrifflichkeit nach allgemeiner Auffassung nur TV-Übertragungen im frei empfangbaren Fernsehen erfasst. Das bedeutet, dass diese kartellrechtliche Ausnahme zugunsten einer Zentralvermarktung nicht für im Bezahlfernsehen via Kabel, Satellit und Internet übertragene Spiele der Major Leagues gilt. Durch diese eng auszulegende Bereichsausnahme zugunsten der Major Leagues sollte sichergestellt werden, dass auch die Spiele kleinerer Teams mit einer nur geringen, oft regional begrenzten Anhängerschar, die bei einer landesweiten Ausstrahlung hätten zu kurz kommen können, zumindest in der Region des betreffenden Teams durch sog. *Local Broadcaster* im Bezahlfernsehen via Satellit, Kabel oder später auch Internet übertragen würden. Damit wurde den Bedürfnissen der Sportfans gerade auch der kleineren Ligateams in besonderem Maße Rechnung getragen. Sämtliche Rechtepakte, d.h. die von der Anwendung des Kartellrechts freigestellten Pakete, aber auch die sonstigen, üblicherweise teambezogenen Rechtepakte, werden zentral durch die Sportliga vermarktet. Man wende nicht ein, dieses Modell lasse sich nicht auf deutsche Verhältnisse übertragen, weil Deutschland flächenmäßig

1292 S. ausf. zum SBA stellvertr. *Mitten/Hernandez* 1 ff. m.w.N.
1293 Stellvertr. zu dieser Entwicklung *Mitten/Hernandez* 2–5 m.w.N. sowie mit einer Analyse der Rspr.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erheblich kleiner als Nordamerika sei und hierzulande sich die Anhänger einzelner Bundesligateams über das gesamte Land erstrecken würden. Denn erstens gibt es auch in den Vereinigten Staaten Teams in den Major Leagues mit erheblicher landesweiter Popularität (in der NFL etwa die Dallas Cowboys, die New York Giants oder die San Francisco 49ers). Zweitens kann man heute teambezogene Rechtepakete insbesondere über das Internet auch einer geografisch weit verstreut lebenden Anhängerschaft zielgenau anbieten.

796 Es überrascht, dass ein solches nun schon seit mehr als 60 Jahren bewährtes Vermarktungsmodell oder eine ähnliche Vermarktungsoption vom BKartA im Rahmen der Verhandlungen mit der DFL über Verpflichtungszusagen bislang offensichtlich nicht näher in Erwägung gezogen worden ist. Denn bei entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Liga und ihren Mitgliedern könnten die aufgezeigten weiteren Optionen zu einer reinen Zentral- oder Individualvermarktung auch hierzulande problemlos umgesetzt werden.

797 Die Erfahrungen aus den kommerziell überdurchschnittlich erfolgreichen nordamerikanischen Major Leagues, die sicherlich nicht im Verdacht stehen, mit leichter Hand aus altruistischen Motiven auf lukrative Möglichkeiten der Einnahmenerzielung zu verzichten, sollten doch eigentlich andere hochkommerzielle Sportligen weltweit hellhörig machen. So hat sich das Modell der co-exklusiven Zentralvermarktung etwa seit Jahrzehnten in der National Football League (NFL) bewährt, mithin in der umsatzstärksten Sportliga weltweit.[1294] Die Erfahrungen in den Vereinigten Staaten zeigen, dass hierdurch weder die Werthaltigkeit des Ligaprodukts beeinträchtigt wird, noch von der Liga verfolgte finanzielle Umverteilungen zwischen den Ligamitgliedern verhindert werden. Schließlich müsste die Verteilung der Erlöse aus der Zentralvermarktung der Medienrechte durch die DFL auch nicht zwingend in gleicher Weise wie etwa in der NFL erfolgen, wo die Erlöse zu gleichen Anteilen auf die einzelnen Ligamitglieder aufgeteilt werden.

798 Was spricht also aus der Perspektive der DFL, ihrer Ligamitglieder und des BKartA dagegen, sich mit den Vorzügen, aber sicherlich auch vorhandenen Nachteilen solcher Vermarktungsoptionen und ihren Auswirkungen auf alle Beteiligten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt vorbehaltlos und ergebnisoffen zu befassen?

1294 S. die Übersicht zu den größten Sportligen der Welt bei *Wagner* SPONSOR^S Heft 7/2018, 42 (43). Seinerzeit lag, gemessen am Umsatz pro Ligamitglied, die NFL mit deutlichem Abstand an der Spitze, gefolgt von der MLB und knapp dahinter der Premier League Football, diese wiederum mit erheblichem Abstand vor der NBA, der Fußball-Bundesliga und La Liga. Dabei war der Umsatz pro Ligamitglied in der NFL fast doppelt so hoch wie in der deutschen Fußball-Bundesliga.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(6) Stellenwert der Ziele einer finanziellen Solidarität und/oder einer competitive balance im Ligasport auf der Rechtfertigungsebene

i. EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398 = WuW/E EU-V 889 – UEFA

799 Die ersten grundlegenden Erwägungen zu den Verbandszielen einer finanziellen Solidarität und einer *competitive balance* im Ligasport als Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen, die von einer Zentralvermarktung ausgehen, lassen sich der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 zur UEFA Champions League entnehmen. Die betreffende Passage sei im Wortlaut wiedergegeben, weil noch bis heute immer wieder hierauf Bezug genommen wird (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1295]

> „7.1.6. Solidarität
>
> (164) In der Anmeldung hat die **UEFA** ihren **Freistellungsantrag mit dem Grundsatz der finanziellen Solidarität gerechtfertigt**. Ihr Modell der finanziellen Solidarität unterstütze die Entwicklung des europäischen Fußballs durch eine **gerechtere Einkommensverteilung**. Es verbessere daher die Produktion und fördere die Entwicklung des Sports.
>
> (165) **Die Kommission hat Verständnis für das Bedürfnis, ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Vereinen eines Ligawettbewerbs zu wahren, da das zu besseren und spannenderen Spielen führt, die wiederum den Wert der Medienrechte erhöhen können.** Das Gleiche gilt für die Ausbildung und Einstellung neuer Spieler, da der gesamte Wettbewerb ohne die Spieler nicht existenzfähig wäre. **Die Kommission erkennt an, dass eine Umverteilung von Geldern von den reicheren zu den ärmeren Vereinen dazu beitragen könnte. Die Kommission beurteilt das Prinzip der finanziellen Solidarität**, das beispielsweise in der Erklärung des Europäischen Rates zum Sport in Nizza im Dezember 2000 unterstützt wurde, **positiv.**
>
> (166) Allerdings war sie zu der Auffassung gelangt, dass die Effizienzgewinne und Vorteile für die Verbraucher aufgrund der ursprünglichen, 1999 angemeldeten Vermarktungsregelung die mit diesem System einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht aufwogen.
>
> (167) Eine weitere Erörterung des Arguments der finanziellen Solidarität ist in dieser Sache allerdings nicht erforderlich. **Eine Freistellung der neuen, geänderten Vermarktungsregelung gemäß Artikel 81 Absatz 3 EGV** und Artikel 53 Absatz 3 EWRA **ist bereits wegen der Schaffung eines Markenprodukts, für das die Rechte in Bündeln von einer einzigen Anlaufstelle verkauft werden, gerechtfertigt.**"

800 Auffallend ist, dass die EU-Kommission sowohl den Aspekt einer gewissen sportlichen Ausgeglichenheit als auch den „Grundsatz der finanziellen Solidarität" bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht als entscheidungserheblich ansah. Die EU-Kommission zeigte lediglich „Verständnis für das Bedürfnis, ein ge-

1295 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 164–167 = WuW/E EU-V 889 – UEFA; s. zur Entscheidung auch die Analysen von *Breuer* 425–430; *Weatherill*, Principles, 2017, 306–313, 315–318; *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wisses Gleichgewicht zwischen den Vereinen eines Ligawettbewerbs zu wahren", was vorangehende finanzielle Solidarmaßnahmen erfordere, äußerte sich zu den entsprechenden ökonomischen Auswirkungen indes wiederholt nur im Potentialis.

ii. Weißbuch Sport und Begleitdokument aus dem Jahr 2007

Etwas klarer wird das Zusammenspiel der Verbandsziele einerseits der Gewährleistung einer finanziellen Solidarität und andererseits der Verfolgung einer gewissen sportlichen Ausgeglichenheit im Ligasport im Kontext der Zentralvermarktung beim Blick in das Weißbuch Sport sowie in das Begleitdokument hierzu. Zunächst soll die Problemannäherung im Weißbuch Sport beleuchtet werden (Hervorhebungen des *Verfassers*):[1296] 801

> „Die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags auf den Verkauf von Medienrechten für Sportveranstaltungen berücksichtigt einige spezielle Merkmale dieses Bereichs. **Sportmedienrechte werden manchmal zentral von einer Sportvereinigung im Namen der einzelnen Vereine vermarktet (im Gegensatz zur Einzelvermarktung der Rechte durch die Vereine).** Die zentrale Vermarktung von Medienrechten wirft Wettbewerbsfragen auf, wird jedoch unter bestimmten Voraussetzungen von der Kommission akzeptiert. **Die zentrale Vermarktung kann für die Einnahmenumverteilung eine große Rolle spielen und damit für mehr Solidarität im Sport sorgen.**"

Die EU-Kommission bleibt in der zitierten Passage im Hinblick auf die Ausgangsproblematik auffallend ungenau.[1297] Sportmedienrechte dürften heutzutage nicht mehr nur „manchmal" zentral vermarktet werden. Die EU-Kommission ging (geht?) aber offensichtlich davon aus, dass eine Individualvermarktung der Medienrechte durch Vereine und damit auch Fußballclubs zumindest möglich ist. Im Übrigen verharrt die EU-Kommission sprachlich aber wiederum im Potentialis („[…] kann […] spielen und […] sorgen"). 802

Etwas konkreter sind sodann die Erläuterungen im Begleitdokument zum Weißbuch Sport (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1298] 803

> „The challenge for sport is to continue to be a driving force for the development of the media sector while at the same time ensuring that sport competitions are not distorted by an unfair distribution of the revenues from the sale of media rights of these competitions and **that the different levels of sport participate in the distribution of the proceeds from professional sport organisations (principle of solidarity).**"

1296 EU-Komm., Weißbuch Sport, KOM(2007) 391 final, 19 (Abschnitt 4.8 Medien).
1297 S. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 324 f.: „The Commission's 2007 White Paper maintained a tone of cautious receptivity to the virtue of solidarity as an organizational principle in sport allied to unwillingness to be legally precise."
1298 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

An einer anderen Stelle des Begleitdokuments wird die EU-Kommission noch deutlicher (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1299]

> „The joint selling of media rights for sporting competitions may facilitate the redistribution of revenues based on the principle of mutual support and based on the **principle that these revenues should be redistributed to all those involved in sport: amateurs, volunteers, young people in training centres, sports teachers etc.** However, it is important to note that **a system of joint selling does not automatically lead to an equitable redistribution of the revenues**. It is the primary responsibility of the national league associations, sport associations and clubs concerned to agree on a form of redistribution that is in line with the principle of solidarity expressed in the Declaration of the Nice European Council."

804 Hier wird nunmehr deutlich, was die EU-Kommission unter dem Grundsatz der Solidarität versteht: Es sollen verschiedene Ebenen des Sports von den Amateuren und Freiwilligen bis zu dem sportlichen Nachwuchs und Sportlehrern von der Zentralvermarktung der Medienrechte profitieren, so dass die sog. vertikale Solidarität den Hauptanknüpfungspunkt bildet.[1300] Daneben verbleibt aber natürlich auch noch die Möglichkeit von horizontalen Solidaritätsmaßnahmen.[1301] Vor dem Hintergrund dieses Verständnisses der EU-Kommission vom Grundsatz der finanziellen Solidarität wird heute aufgrund der zwischenzeitlichen Entwicklungen und Erfahrungen vielleicht noch deutlicher, weshalb in der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 der Grundsatz der finanziellen Solidarität und das Streben nach einer *competitive balance* bei den Erwägungen zu einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht entscheidungserheblich wurden.

805 Werfen wir zunächst einen Blick auf die UEFA Champions League: Dort fließen die ständig gestiegenen Einnahmen aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte des Ligawettbewerbs, aber etwa auch die nicht zu vernachlässigenden Erlöse aus dem Bereich Sponsoring seit vielen Jahren vorrangig den an der UEFA Champions League teilnehmenden Clubs im Rahmen der horizontalen Solidarität zu. Natürlich darf die UEFA einen überschaubaren Anteil für sich als Organisator verbuchen. Schließlich wird ein Anteil von derzeit (Stand: 7.2.2022) immerhin 4 % der Erlöse aus der zentralen Medienvermarktung den nationalen Ligen als vertikale Solidaritätsmaßnahme überlassen.[1302] Ist das nun wenig oder viel vertikale Solidarität? In jedem Fall ist dieser Umfang der vertikalen Solidarität der Teilnehmer an der UEFA Champions League im Rahmen eines demokratischen Verfahrens verbandsautonom festgelegt worden. Jeder mag eine andere Vorstellung von dem Begriff Solidarität haben. Aber jeder sollte auf den ersten

1299 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.
1300 → XIII. Rn. 49–51.
1301 → XIII. Rn. 56.
1302 → XIII. Rn. 51 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blick erkennen, dass eine solche vertikale Solidarität der an der UEFA Champions League teilnehmenden Clubs gegenüber den übrigen, sportlich und zumeist auch wirtschaftlich spürbar schwächeren Fußballclubs in den nationalen Ligen allenfalls „ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Vereinen" in der UEFA Champions League, aber sicherlich nicht zwischen den Mitgliedern der nationalen Fußballligen zu fördern vermag. Dies ist – es sei nochmals klargestellt – eine verbandsautonome Entscheidung, die über das Kartellrecht nicht in der einen oder anderen Weise korrigiert werden kann und sollte. Allerdings ist bei Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV nach objektiven Maßstäben zu bewerten, ob das Ziel der vertikalen Solidarität unter den gegebenen Umständen überhaupt in stringenter Weise verfolgt werden kann. Die EU-Kommission war vermutlich nicht unglücklich, dass sie in ihrer Freistellungsentscheidung aus dem Jahr 2003 diese intrikate Rechtsfrage dahingestellt sein lassen konnte.[1303]

Wem eine Umverteilung im Umfang von 4 % der Einnahmen aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte durch die UEFA (zu) wenig erscheint, der mag seinen Blick einmal auf die DFL und ihr Verständnis von vertikaler Solidarität richten. Die vertikalen Solidaritätsmaßnahmen, welche die DFL zugunsten des vom DFB verwalteten restlichen Fußballsports in Deutschland erbringt, werden in den umfangreichen Abschnitten II. und III. des aktuellen sog. Grundlagenvertrages zwischen DFB und DFL[1304] näher geregelt. Den Ausgangspunkt bildet insoweit § 4 Abs. 1 des genannten Vertrages, wobei zur Klarstellung erwähnt sei, dass die hier zitierte Ausgangsregelung in nachfolgenden Abschnitten des Grundlagenvertrages noch in verschiedener Weise modifiziert wird. Derzeit gilt im Ausgangspunkt bis zum 30.6.2023 Folgendes (Hervorhebungen durch *Verfasser*): 806

> „Die in § 16a Absatz 1 Nr. 1. bis Nr. 3. der DFB-Satzung dem DFL e.V. zur Nutzung überlassenen Rechte werden für die Dauer dieses Vertrags verpachtet. **Der jährliche Pachtzins des DFL e.V. und seiner Mitglieder berechnet sich aus den dem DFL e.V. bzw. seinen Mitgliedern tatsächlich zugeflossenen Gesamteinnahmen aus der Vermarktung der zur Nutzung überlassenen Rechte. Zu den Gesamteinnahmen gehören Einnahmen** aus dem Eintrittskartenverkauf sowie **aus der Verwertung der Medienrechte**, nämlich der Rundfunkrechte (Fernsehen und Hörfunk etc.) sowie der Rechte aller anderen Bild- und Tonträger, künftiger technischer Einrichtungen jeder Art (Online, Internet etc.) und in jeder Programm- und Verwertungsform weltweit. **Der Pachtzins aus diesen aufgeführten Einnahmen beträgt drei Prozent.** Hiermit ist auch die Rechte-Einräumung zur Veranstaltung des Supercups und der Relegationsspiele abgegolten. **Die näheren Einzelheiten regelt die Zusatzvereinbarung zum Grundlagenvertrag.** […]"

Außenstehende können den summenmäßigen Umfang der vertikalen Solidarität der DFL gegenüber dem DFB sowie dem Amateursport (selbst wenn die vom

1303 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 167 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.

1304 Abgedruckt in SpuRt 2017, 104–106; abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/user_upload/159366-15_DFB_DFL_Grundlagenvertrag.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DFB verwalteten 3. Liga, Regionalligen und vielleicht auch noch Oberligen eher dem Profi- als dem Amateursport zuzurechnen sind) also nur ansatzweise berechnen.

807 Natürlich sind die Maßnahmen der vertikalen Solidarität seitens der Teilnehmer an der UEFA Champions League einerseits und der DFL andererseits nicht unmittelbar miteinander vergleichbar. Indes lassen beide Fußballligen eine gewisse Größenordnung der tatsächlich praktizierten vertikalen Solidarität erkennen. Ob dies ausreicht, um den Aspekt der vertikalen Solidarität kartellrechtlich bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Rechtfertigung der mit der Zentralvermarktung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen erfolgreich in Stellung bringen zu können, soll hier nicht abschließend entschieden werden.

808 An zwei weiteren Stellen stellt das Begleitdokument zum Weißbuch Sport klar, dass vertikale Solidarität auch in einem System der Individualvermarktung der Medienrechte im Ligasport realisiert werden könnte (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1305]

> „**It should be noted that financial solidarity can also be achieved on the basis of individual selling of sports media rights, provided that it is accompanied by a robust solidarity mechanism.**"
>
> „**Sport organisations should pay due attention to the creation and maintenance of solidarity mechanisms.** In the area of sports media rights, such mechanisms can take the form of a system of collective selling of media rights or of a **system of individual selling by clubs**, accompanied by a robust solidarity mechanism. In both cases the system has, of course, to be in line with EU law."

809 Natürlich hindern diese Erwägungen der EU-Kommission Sportligen nicht daran, das aus Verbandssicht aus verschiedenen Gründen bewährte System der Zentralvermarktung der Medienrechte beizubehalten. Kartellrechtlich nicht zu beanstanden wäre indes auch eine Umstellung auf eine Individualvermarktung, solange insoweit gleichfalls eine gewisse vertikale Solidarität ausgeübt wird und die durch das europäische (Kartell-)Recht gesetzten Grenzen beachtet werden. Wenngleich von der EU-Kommission nicht ausdrücklich angesprochen, wären aber unter den genannten Voraussetzungen weitere Optionen zur Vermarktung der Medienrechte im Ligasport zulässig: ein (symbiotisches) Nebeneinander von zumindest partieller co-exklusiver Individual- und Zentralvermarktung oder eine Beibehaltung der Zentralvermarktung, ergänzt um die Pflicht, auch von den Ligamitgliedern zusammengestellte Rechtepakete co-exklusiv auszuschreiben.

810 Die Veränderungen bei der Umverteilung der Erlöse aus der Zentralvermarktung der Medienrechte im europäischen Ligasport sind auch anderen aufgefallen. So antwortete die seinerzeitige Wettbewerbskommissarin *Margrethe Vestager* An-

1305 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fang 2019 auf eine Anfrage von vier Abgeordneten des Europäischen Parlaments, dass sie keinen Anlass für ein Einschreiten der Kommission sehe, weil die UEFA die Modalitäten der Umverteilung der TV-Vermarktungserlöse aus der UEFA Champions League, die zur Zeit der Freistellung im Jahr 2003 aus Gründen der Solidarität gegolten hatten, in der Folge zugunsten der teilnehmenden Clubs in Abhängigkeit insbesondere auch vom sportlichen Erfolg geändert hatte; insbesondere läge auch keine Beschwerde zu diesem Punkt vor.[1306] Dies bedeutet freilich nicht, dass die aktuelle Vermarktungspraxis in der UEFA Champions League nunmehr als kartellrechtskonform eingestuft werden muss. Ob finanzielle Solidaritätsmaßnahmen die aus einer Zentralvermarktung der Medienrechte im Ligasport resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen über Art. 101 Abs. 3 AEUV zu rechtfertigen vermögen, bleibt weiterhin offen. Dies gilt erst recht für die Folgefrage, in welchem Verhältnis sodann horizontale und vertikale Solidaritätsmaßnahmen zueinander stehen müssten, um insoweit berücksichtigungsfähig zu sein.

iii. Aspekt der finanziellen Solidarität bei Art. 101 Abs. 3 AEUV

Sollte also der Aspekt der finanziellen Solidarität im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV im Allgemeinen und zur Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Zentralvermarktung im Ligasport im Besonderen berücksichtigt werden können? *Weatherill* hat sich im Jahr 2017 tendenziell dagegen ausgesprochen, wobei seine Argumentation von einem Grundsatz sowie einem komplex anmutenden System von Ausnahmen und Rückausnahmen geprägt ist (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1307] 811

> „The argument is not without merit, and structurally it is in line with *Wouters*. It must be cautioned that **any chance of success would be conditional on demonstration that solidarity is in fact the aim of the selling arrangements and that schemes are in place effectively to deliver it**. That is, the claim would certainly fail if it were revealed that this was in truth simply a means to maximize income […]. But even assuming the vitality of arguments about solidarity, a **major problem** is that what this in fact entails is that **third parties, broadcasters, shall be required to pay for sport's internal interest in promoting solidarity**. The restriction on competition caused by the collective agreement between clubs causes a diminution in choice and an increase in price. The system may indeed allow clubs to raise more revenue than would otherwise be possible and to distribute that income horizontally, among competing clubs, and vertically, to the grass roots, but **the fundamental question is just why sport should be permitted to improve its position at the expense of third parties**, a category here covering both **existing broadcasters** and

1306 S. Anfrage von vier Abgeordneten des Europäischen Parlaments v. 23.10.2018, E-005421-18, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005421_EN.html, sowie Antwort der EU-Kommission durch Wettbewerbskommissarin *Vestager* v. 22.1.2019, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005421-ASW_EN.html (jew. zuletzt besucht am 7.2.2022).

1307 *Weatherill*, Principles, 2017, 325 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **potential broadcasters** kept out of the market by the restrictions imposed on supply and ultimately **viewers** required to pay more to watch matches. **Solidarity could be promoted without collective selling**: it would be permissible and, if solidarity is truly a sporting concern, rational for participant clubs to nurture the grass roots. **True, the sums raised would not be so high as under a collective scheme**, but the prices paid by broadcasters would be dictated by competition in the market that is not restricted on the supply-side. **That would be to argue that the sports-specific anxiety to sustain solidarity would and should come into play only after third party broadcasters have enjoyed the right to participate in a ‚normal' competitive market for the sale of rights.** Sport should find other means to promote solidarity which do not impose costs on third party broadcasters and ultimately on consumers, such as internally arranged sharing of income. **It would only be if it can be shown that this is simply not feasible – perhaps because a sufficient majority among clubs cannot be assembled under the league's constitution** – that collective selling that lacks features necessary for Article 101(3) TFEU exemption could plausibly be treated as lawful under EU law."

812 Bei nüchterner Betrachtung könnte man glauben, *Weatherill* wisse nicht so recht, was er will. Insbesondere die letztgenannte Ausnahme seiner aus kartellrechtlicher Perspektive tendenziell kritischen Einstellung zur Zentralvermarktung, die greifen soll, wenn Sportverbände und -ligen diesem Vermarktungsmodell nicht die Rote Karte zeigen mögen, geht vermutlich an der Praxis vorbei. Es widerspräche allgemeiner Lebenserfahrung, wenn Kartellanten freiwillig eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zurücknehmen würden, mit deren Hilfe sie zuvor jahrzehntelang bestens verdient haben.

813 Wichtig und in der bisherigen Entscheidungspraxis sowie Diskussion weitgehend unterbelichtet ist jedoch die in der Tat grundlegende Frage, „why sport should be permitted to improve its position at the expense of third parties". Anders als noch in seinen vorangehenden Analysen[1308] nimmt *Weatherill* hier nun auch die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf die (potentiellen) Medienanbieter sowie die Endkunden auf dem Übertragungsmarkt mit in den Blick. Soweit er sodann aber als Ausweg allein auf eine Abkehr von der Zentralvermarktung mit dann vermutlich geringeren Vermarktungserlösen verweist, vernachlässigt er, dass es noch weitere Vermarktungsoptionen gibt.[1309] Diese würden nicht notwendigerweise zu geringeren Erlösen aus der Vermarktung der Medienrechte an den Ligaspielen führen und in jedem Fall den Wettbewerb auf dem Rechte- und Übertragungsmarkt deutlich weniger als die aktuelle Vermarktungspraxis beschränken.

814 Deshalb wird hier für eine grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit des Aspekts der finanziellen Solidarität zur Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Zentralvermarktung im Ligasport nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

1308 *Weatherill*, Principles, 2017, 310 f.; hierzu mit Zitat → XIII. Rn. 783–786.
1309 Hierzu bereits → XIII. Rn. 790–798 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

plädiert.[1310] Eine erfolgreiche Rechtfertigung ist allerdings an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist: Erstens muss von den Kartellanten mehr als die flexible Worthülse „finanzielle Solidarität" präsentiert werden, vielmehr bedarf es eines substantiierten Vortrags zu den horizontalen, insbesondere aber auch vertikalen Solidaritätsmaßnahmen. Denn nur auf einer solchen Grundlage kann zweitens objektiv beurteilt werden, ob das Ziel einer finanziellen Solidarität überhaupt effektiv erreicht werden kann. Dabei wird drittens auch zu ermitteln sein, ob die vertikalen Solidaritätsmaßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den horizontalen stehen. Es ist nicht auszuschließen, dass sich ein solcher Nachweis leichter bei einem Vermarktungsmodell führen lässt, das entweder durch ein (symbiotisches) Nebeneinander von co-exklusiver Individual- und Zentralvermarktung oder aber durch eine Beibehaltung der Zentralvermarktung, ergänzt um die Pflicht, auch von den Ligamitgliedern zusammengestellte Rechtepakete co-exklusiv auszuschreiben, geprägt ist.

iv. Aspekt der *competitive balance* bei Art. 101 Abs. 3 AEUV

Wie hinsichtlich des Aspekts der finanziellen Solidarität stellt sich nunmehr auch bezüglich des Ziels der Herbeiführung einer gewissen sportlichen und wirtschaftlichen Ausgeglichenheit innerhalb einer Sportliga die Frage, ob diese Zielsetzung bei der Rechtfertigungsprüfung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV im Allgemeinen und zur Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Zentralvermarktung im Ligasport im Besonderen berücksichtigt werden kann. Im Jahr 2003 musste die EU-Kommission bei ihrer Freistellungsentscheidung zur Zentralvermarktung in der UEFA Champions League noch nicht entscheiden, ob der Grundsatz der Solidarität – seinerseits eine Ausprägung des europäischen Sportmodells[1311] – und das daraus abgeleitete Ziel, für ein gewisses Gleichgewicht innerhalb einer Fußballliga zu sorgen, bei einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden können.[1312] Wie bereits zuvor dargelegt,[1313] kommt der Aspekt der Annäherung an eine *competitive balance* als legitime Zielsetzung im Sinne des *Meca-Medina*-Tests zwar in Betracht, was allerdings voraussetzt, dass diese Zielsetzung zum einen konkretisiert und zum anderen in kohärenter und stringenter Weise angestrebt wird (was im europäischen Ligasport selten der Fall sein wird)[1314] sowie – falls ja – erforderlich und angemessen ist. 815

1310 A.A. *Weatherill*, Principles, 2017, 354 („this is a stretch too far").
1311 → XIII. Rn. 49–56 m.w.N.
1312 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 167 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1313 → VI. Rn. 213–236 m.w.N.
1314 *Polk* WuW 2021, 502 (507) weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf einen Zielkonflikt hin: „Die Vereine der Fußball-Bundesliga stehen nicht nur national in den Vereinswettbewerben im Wettbewerb, sondern auch auf der Inputseite auf global ausgerichteten Spielermärkten um die

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

816 Bedeutet dies nunmehr, dass der Aspekt der *competitive balance* bei der Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht mehr berücksichtigungsfähig ist? Diese Frage hat *L. Breuer* klar bejaht (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1315]

> „Das Bemühen der Kommission, sportspezifische Vorteile als Effizienzgewinn zu erfassen, führt im Ergebnis zu dem Versuch, den ökonomischen Reflex einer nicht ökonomisch motivierten Vereinbarung wohlwollend zu bewerten. **Die Chancengleichheit der im sportlichen Wettbewerb zueinander stehenden Vereine ist demnach als sportpolitisches Ziel im Kartellrecht irrelevant**; lediglich die Tatsache, dass sich mit einem spannenden ‚Ligaprodukt' höhere Einnahmen auf dem Markt für Übertragungsrechte erzielen lassen, ist berücksichtigungsfähig.[1316]"

817 Zumindest heute sprechen die besseren Gründe auch bei einer Rechtfertigungsprüfung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV für eine Berücksichtigungsfähigkeit des Ziels, eine im konkreten Fall näher zu definierende *competitive balance* im Ligasport herbeizuführen.[1317] Hierbei handelt es sich infolge der ständig zunehmenden Kommerzialisierung des Sports natürlich nicht länger mehr allein um ein sportpolitisches, sondern insbesondere auch um ein ökonomisch motiviertes und damit letztlich ambivalentes Ziel, das bei den Effizienzerwägungen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV gleichfalls berücksichtigungsfähig ist. Andernfalls würde dies bei wettbewerbsbeschränkenden Verbandsmaßnahmen im Sportsektor, die sich nicht auf den ordnungsgemäßen Ablauf und auf die Organisation sportlicher Wettkämpfe auswirken, so dass auch der Zugang zum *Meca-Medina*-Test nicht eröffnet ist,[1318] bedeuten, dass der Aspekt der *competitive balance* im Ligasport auf der Rechtfertigungsebene überhaupt nicht berücksichtigt werden könnte. Allerdings bedarf diese Zielsetzung auch im Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 3 AEUV zum einen einer Konkretisierung, zum anderen ist der Nachweis erforderlich, dass dieses Ziel bei objektiver Betrachtung durch die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme überhaupt effektiv erreicht werden kann.

818 Überträgt man diese Erkenntnisse abschließend auf die aktuelle Praxis der Zentralvermarktung der Medienrechte durch die DFL, ist ernüchtert festzustellen, dass die Liga mit einem erklärten Ziel, durch die Umverteilung der Vermarktungserlöse aus der Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für eine gewisse

---

Besten ihres Fachs. Das erfolgreiche Agieren auf den internationalen Spielermärkten ist maßgeblich für die Erfolgsaussichten in den nationalen und internationalen Vereinswettbewerben."

1315 *L. Breuer* 429; i.Erg. ebenso *Putzier* 112.

1316 So ausdrückl. *Schürnbrand* ZWeR 2005, 396 (410). Von anderen Autoren wird nicht einmal die Berücksichtigung eines solchen Reflexes für überzeugend gehalten; vgl. hierzu *Sauer* SpuRt 2004, 93 (97), der auf die Problematik der gleichzeitigen Zugehörigkeit eines Vereins zu mehreren Ligen hinweist.

1317 So auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 423 Fn. 90; *Podszun* NZKart 2021, 138 (145) im Hinblick auf die durch das Spielervermittlerreglement im Fußball bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen; vgl. auch schon *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 24, 30 f. m.w.N.

1318 → XIII. Rn. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sportliche Ausgeglichenheit innerhalb der Bundesliga und 2. Bundesliga sorgen zu wollen, bei der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vermutlich keine Pluspunkte sammeln könnte; vielmehr droht ein Eigentor.[1319] Das aktuelle Umverteilungsmodell würde das erklärte Ziel nicht effektiv verfolgen, ja wäre hierzu denkbar ungeeignet. Denn es handelt sich dabei bislang (Stand: 7.2.2022) um den einzigen, in seinen finanziellen Auswirkungen eher überschaubaren Umverteilungsmechanismus zwischen den Ligamitgliedern, während eine Umverteilung der sonstigen Einnahmen der Ligamitglieder (Erlöse aus der Teilnahme an europäischen Ligawettbewerben, Ticketing, Hospitality, Sponsoring, Merchandising, Transfererlöse etc.) nicht erfolgt.[1320] Vor diesem Hintergrund wird sich die Schere zwischen den „reichen" und „armen" Ligamitgliedern auch künftig weiterhin öffnen. Das Ziel einer sportlichen und wirtschaftlichen Ausgeglichenheit innerhalb der deutschen Fußballbundesligen wird damit in immer weitere Ferne rücken.

(7) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Grundlagen für Effizienzerwägungen

i. Effizienzvorteile im Wandel der Zeit

819 Die nachfolgend zitierten Erwägungen, die dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 entnommen sind, zeigen eindrucksvoll, wie schnell sich die tatsächlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen für die bei Art. 101 Abs. 3 AEUV anzustellenden Effizienzerwägungen ändern können (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1321]

> „The Commission has recognised that joint selling may create efficiencies and accepted joint selling arrangements under **Article 81(3) EC**. A joint selling arrangement has the potential of improving the media product and its distribution to the advantage of football clubs, broadcasters and viewers. The Commission in its decisions has in particular identified **three types of benefits**:
>
> – **The creation of a single point of sale** provides efficiencies by reducing transaction costs for football clubs and media operators.
> – **Branding of the output** creates efficiencies as it helps the media products getting a wider recognition and hence distribution.

1319 Vgl. bereits *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 1–18 m.w.N. So i.Erg. auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 423 Fn. 90: „In diesem Zusammenhang könnten grundsätzlich z.B. Wettbewerbsbeschränkungen hinzunehmen sein, durch die ein solidarischer finanzieller Ausgleich ermöglicht wird, sodass das sportliche Kräftegleichgewicht zwischen den Fußballvereinen erhalten bleibt. Wie […] dargelegt wurde, ist dies im Fall der Bundesliga Zentralvermarktung jedoch weder evident, noch ist die Zentralvermarktung als solche dafür erforderlich."

1320 Ausf. hierzu → XIII. Rn. 216–224.

1321 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.3.1.1.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– **The creation of a league product**: This is a product that is focused on the competition as a whole rather than the individual football clubs participating in the competition. **This is attractive to many viewers.**"

Schauen wir uns also die drei aufgelisteten Effizienzvorteile aus heutiger Perspektive einmal genauer an:

820 Zweifelsohne ist es nach wie vor von Vorteil, auf der Anbieterseite mit der Ligaorganisation nur einen Ansprechpartner zu haben, weil dadurch Transaktionskosten gesenkt werden können. Die Möglichkeit zur Bündelung von Medienrechten wird enorm erleichtert. Ohne eine Zentralvermarktung wären die bei Endkunden sehr beliebten zeitnahen Highlight-Berichterstattungen oder Live-Konferenzschaltungen bei verschiedenen gleichzeitig ausgetragenen Fußballspielen (z.B. in der Bundesliga, 2. Bundeliga oder UEFA Champions League) kaum oder mit nur erheblich höherem Abstimmungsaufwand realisierbar. Die Zentralvermarktung erleichtert auch die Umsetzung einheitlicher übertragungstechnischer Standards bei sämtlichen Spielen, also nicht nur bei den Topspielen zwischen den üblichen Verdächtigen, sondern auch bei denjenigen Spielen, die nur auf eine äußerst überschaubare Zuschauerresonanz treffen. Dies alles spricht dafür, dass die Zentralvermarktung aufgrund damit verbundener klarer Effizienzvorteile nicht aufgegeben werden sollte – jedenfalls nicht vollständig.

821 Es ist fraglich, ob und vor allen Dingen in welchem Umfang die Markenpolitik der Medienunternehmen von der Zentralvermarktung heute noch profitiert. Bis vor wenigen Jahren mag es ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal für einen Bezahlsender gewesen sein, wenn er Live-Übertragungsrechte von attraktiven Sportevents wie etwa der Bundesliga oder der UEFA Champions League in seinem Angebot hatte. Dann konnte in einem solchen Fall die Aufmerksamkeit der fußballaffinen Abonnenten auch auf das restliche, nicht sportbezogene Programm erstreckt werden (und wenn die Bestandskunden dies nicht abonnierten, konnte man sie mit verschiedenen Werbemaßnahmen per Post und/oder E-Mail sowie mit manchmal recht aufdringlichen Anrufen von den Vorzügen des restlichen Programms und einer Erweiterung des Abonnements zu überzeugen versuchen). Heute aber bieten viele Pay-TV-Anbieter und Streamingdienste Live-Übertragungsrechte von beliebten Sportevents an, wobei manche Medienunternehmen auf die Übertragung von Sportevents spezialisiert sind (z.B. DAZN), während andere mit wenigen attraktiven Sportangeboten weitere potentielle Kundenkreise anzusprechen versuchen (z.B. Amazon Prime). Der Markt für Medienunternehmen hat sich sehr dynamisch entwickelt, die Zahl der im Sportsektor tätigen Medienanbieter hat stark zugenommen und ihre Angebote sind überaus heterogen. Daher spielt die Markenpolitik mit attraktiven Sportinhalten eine zunehmend geringere Rolle, weil man sich dadurch nur noch in begrenztem Umfang von Wettbewerbern abgrenzen kann. Schließlich haben auch die

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Endkunden gelernt, zwischen verschiedenen Angeboten des Bezahlfernsehens zu differenzieren und das für sie attraktivste zu ermitteln.

Die mit der Schaffung eines Ligaprodukts im Wege der Zentralvermarktung einst erzielten Effizienzvorteile für die Endkonsumenten muss man inzwischen deutlich relativieren. Heutzutage kann man in Deutschland etwa die Spiele der Bundesliga oder der UEFA Champions League nicht mehr mit nur einem einzigen Abonnement vollständig live im Bezahlfernsehen oder bei einem Streamingdienst verfolgen, was für die Endkunden unbequemer ist und zu höheren Kosten führen kann. Zudem gehen die umfassenden Rechtepakete, die fußballinteressierte Zuschauer abonnieren können, um sodann nur einen kleinen Teil des Leistungsumfangs zu nutzen, aus Gründen der Erlösmaximierung auf Seiten der Medienanbieter vielfach an den wirklichen und unterschiedlich ausgestalteten Bedürfnissen der Endkunden vorbei – wie etwa ein Fernschuss, der im Fußball auf das gegnerische Tor mit voller Wucht abgegeben wird, um sodann hinter der Eckfahne auf dem zweiten Rang „einzuschlagen". Schließlich ist davon auszugehen, dass die fußballinteressierten Endkunden wählerischer geworden sind. Sie waren anfangs tatsächlich noch hochzufrieden gewesen, dass Ligawettbewerbe wie etwa die Bundesliga oder die UEFA Champions League überhaupt vollständig und in einer für Zuschauer im Voraus planbaren Weise von einem Bezahlsender übertragen wurden. Inzwischen hat aber die Angebotsfülle an live übertragenen Fußballspielen inflationär zugenommen, was insbesondere auf die flächendeckende Übertragung von Spielen der 3. Liga, auf die allmähliche Erhöhung der Anzahl der Spiele in der UEFA Champions League und in der UEFA Europa League, künftig bei der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft und der UEFA Europameisterschaft sowie auf die Schaffung neuer Wettbewerbe wie die FIFA-Klub-Weltmeisterschaft und UEFA Europa Conference League zurückzuführen ist. Darüber hinaus haben sich die Sehgewohnheiten gerade des jüngeren Publikums, aber auch der höheren Semester spürbar geändert. 822

ii. Prüfungsmaßstab

Den Prüfungsmaßstab für mögliche Effizienzen bilden nach Auffassung der Monopolkommission diejenigen Marktbedingungen, die sich bei einer unterstellten Einzelvermarktung ergeben würden.[1322] Allerdings wissen wir nur wenig darüber, wie sich der Markt im Falle einer reinen Einzelvermarktung der Medienrechte durch die Ligamitglieder entwickeln würde, weil ein solches Vermarktungsmodell – soweit ersichtlich – zumindest in den großen Sportligen weltweit nicht existiert. Indes gibt es insbesondere in den nordamerikanischen Major Leagues 823

1322 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 422; im Anschluss daran *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 28; ähnl. im Ansatz BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 200, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durchaus Erfahrungen mit einer hybriden Vermarktungsstrategie, die auf einer Zentralvermarktung der Medienrechte durch die Ligen basiert, wobei aber zugleich aufgrund gesetzlicher Vorgaben von den Ligamitgliedern zusammengestellte co-exklusive Rechtepakete (etwa mit ihren Heim- und Auswärtsspielen) von der Liga für sog. *Local Broadcaster* ausgeschrieben werden müssen.[1323] Insoweit sollte eher ein solches Vermarktungsmodell wegen seiner größeren Realitätsnähe den Prüfungsmaßstab für mögliche Effizienzen bilden.

iii. Prüfungsumfang

824 Die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga auf dem Rechtemarkt ist nur dann kartellrechtlich zulässig, sofern sämtliche damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung der in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgelisteten Tatbestandsvoraussetzungen (mindestens) aufgewogen werden:[1324]

- Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung auf dem Markt, auf dem der Wettbewerb beschränkt wird;
- angemessene Beteiligung der unmittelbaren oder mittelbaren Marktgegenseite an dem entstehenden Gewinn;
- Unerlässlichkeit dieser Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung dieser Ziele (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz);
- keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

825 Wie bereits zuvor dargelegt,[1325] macht es insbesondere die zweitgenannte Tatbestandsvoraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung erforderlich, auch die für die Endkunden auf dem Übertragungsmarkt entstehenden Effizienzvorteile und Effizienznachteile in die kartellrechtliche Gesamtwürdigung mit einzubeziehen. Die bisherige Praxis der Verpflichtungszusagen der DFL, die das BKartA nach jeweils vorläufiger Beurteilung der Rechtslage als ausreichend zur Rechtfertigung der mit der Zentralvermarktung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erachtet hat,[1326] weisen insoweit Defizite auf. Denn dabei sind bislang insbesondere die dynamischen Entwicklungen auf dem Übertragungsmarkt sehr weitgehend ausgeblendet worden. Stattdessen vermitteln die Entscheidungen den Eindruck, dass das BKartA die DFL im Hinblick auf die Verfolgung ihres durchaus nachvollziehbaren Ziels der Profitmaxi-

1323 → XIII. Rn. 790–798.
1324 So im Ansatz auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 421 f.
1325 → XIII. Rn. 771–789 m.w.N.
1326 BKartA 12.11.2012 – B6-114/10 = BeckRS 2013, 9749; BKartA 11.4.2016 – B6-32/15 = BeckRS 2015, 112010; BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mierung eher eskortiert als bremst. Demgegenüber werden bislang die berechtigten Interessen derjenigen, die die Party letztendlich bezahlen sollen, d.h. die Interessen der Medienanbieter und insbesondere auch der Endkunden, in geringerem Maße berücksichtigt.

826 Im Folgenden wird keine abschließende kartellrechtliche Bewertung der Zentralvermarktung von Medienrechten durch Sportligen im Allgemeinen und durch die DFL im Besonderen vorgenommen. Eine seriöse Bewertung ist in Unkenntnis zahlreicher Daten, die insoweit relevant werden (z.B. zur Entwicklung des Rechte- sowie insbesondere des Übertagungsmarktes in den letzten Jahren oder zu den Zuschauerpräferenzen), schlichtweg nicht möglich. Allerdings sollen nunmehr abstrakt die Effizienzvorteile und -nachteile bewertet werden, die mit einer Bündelung von Medienrechten auf dem Übertragungsmarkt sowie einer exklusiven Veräußerung von Medienrechten auf dem Rechtemarkt und auf dem Übertragungsmarkt einhergehen.

(8) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Medienrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt

i. Rechtliche Ausgangslage für weiteren Erwägungen

827 Eine rechtliche Einschätzung von *Weatherill* aus dem Jahr 2017 bezüglich der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission zur Zentralvermarktung der Medienrechte an der UEFA Champions League aus dem Jahr 2003[1327] offenbart die Misere der seit Jahren geführten Diskussion zur kartellrechtlichen Beurteilung der Zentralvermarktung im europäischen Ligasport. Denn bis heute wird diese Entscheidung noch oftmals als Referenzmaßstab herangezogen, obgleich sie inzwischen von der Realität auf dem Rechte- und Übertragungsmarkt schwungvoll überholt worden ist. Dieser Tradition folgt auch *Weatherill* (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1328]

> „**It is noticeable that the emphasis on the gains made by providers, rather than consumers, is stronger. The treatment of the ultimate consumer is relatively brief, and makes the type of hasty assumptions about the inevitable transmission of benefits to the consumer in consequence on an improved product that is admittedly typical of the Commission's decisional practice** under Article 101(3) TFEU generally, but open to criticism for its complacency and infidelity to the textual demands of Article 101(3). **In this particular case, however, the Commission's assumption of an adequate consumer benefit from collective selling of rights seems to be justified.**"

1327 EU-Komm. 23.7.2003 – COMP/C.2-37.398, Rn. 167 = WuW/E EU-V 889 – UEFA.
1328 *Weatherill*, Principles, 2017, 317 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

828 In der Tat unterstellt das BKartA bis heute mit leichter Hand im Hinblick auf die Zentralvermarktung durch die DFL eine angemessene Verbraucherbeteiligung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, ohne dabei den dynamischen Fortentwicklungen auf dem Rechtemarkt und auf dem Übertragungsmarkt adäquat Rechnung zu tragen. Indes haben sich infolge der technischen Fortentwicklungen und der Konvergenz der Medien insbesondere die Zuschauerbedürfnisse stark gewandelt. Für die nachfolgenden Erwägungen soll deshalb zwischen vier Gruppen von Endkonsumenten differenziert werden, wie sie uns bereits im Zusammenhang mit der Bestimmung des sachlich relevanten Übertragungsmarktes begegnet sind:[1329]

- Gruppe 1: Fans eines bestimmten Bundesliga-Clubs, die nahezu ausschließlich Interesse an den Live-Übertragungen der Heim- und Auswärtsspiele dieses Bundesliga-Clubs haben („*Follow Your Team*“);
- Gruppe 2: wie Gruppe 1, darüber hinaus besteht Interesse an Live-Übertragungen anderer ausgewählter Bundesliga-Fußballspiele („*Follow Your Team*“ und „Live-Bundesliga-Fußballspiele *à la carte*“);
- Gruppe 3: fußballaffine Zuschauer mit geringer oder ohne Bindung an einen bestimmten Bundesliga-Club, die primär Interesse am Fußballgeschehen in den Bundesligen im Allgemeinen und nicht an dem Verfolgen von bestimmten Bundesliga-Fußballspielen haben (primär „Highlights“ und – soweit angeboten – eventuell „Live-Konferenz“);
- Gruppe 4: fußballaffine Zuschauer mit geringer oder ohne Bindung an einen bestimmten Bundesliga-Club, die Interesse am Fußballgeschehen in der Bundesliga im Allgemeinen, aber auch an ausgewählten Bundesliga-Fußballspielen haben (primär „Highlights“ und „Live-Bundesliga-Fußballspiele *à la carte*“ sowie – soweit angeboten – eventuell „Live-Konferenz“).

829 Auf der Basis dieser Zuschauerpräfenzen sollen nachfolgend das derzeit von der DFL praktizierte Modell der Zentralvermarktung und ein anderes Vermarktungsmodell einander gegenübergestellt werden, um jeweils die Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Medienrechten auf dem Rechte- und Übertragungsmarkt zu analysieren. Das (symbiotische) Nebeneinander von zumindest partiell co-exklusiver Zentralvermarktung und eventuell Individualvermarktung ist mit dieser Zielrichtung bereits an anderer Stelle untersucht worden.[1330] Deshalb sollen, anknüpfend hieran, nunmehr entsprechende Erwägungen für ein anderes Vermarktungsmodell, welches dem in den nordamerikanischen Major Leagues praktizierten Modell ähnlich ist, angestellt werden. Das Referenzmodell ist im Ausgangspunkt durch eine Beibehaltung der Zentralvermarktung seitens der Ligaorganisation geprägt, allerdings ergänzt um die Pflicht, auch von den Ligamitgliedern zusammengestellte Rechtepakete (z.B. ihrer jeweiligen Heim-

1329 → XIII. Rn. 743 f. m.w.N.
1330 *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 33–67.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Auswärtsspiele) co-exklusiv auszuschreiben (im Folgenden: modifiziertes Zentralvermarktungsmodell).[1331]

ii. Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt und auf dem Übertragungsmarkt nach dem derzeitigen Zentralvermarktungsmodell

Bei der Zentralvermarktung durch die DFL kann der Rechteinhaber die Übertragungsrechte in verschiedener Weise bündeln. Daraus können Effizienzen entstehen:[1332] 830

– Qualitätsvorteile einer Zentralvermarktung durch die DFL sowie der dadurch ermöglichten Bündelung von Übertragungsrechten ergeben sich im Hinblick auf eine Highlight-Berichterstattung sowie bei sog. Live-Konferenzen. Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass aufgrund der zunehmenden Aufsplittung eines Bundesligaspieltags immer weniger Spielpaarungen in einer Live-Konferenz gezeigt werden können. Für das Angebot dieser Produkte ist die Zentralvermarktung nahezu unerlässlich,[1333] wenngleich etwa die Live-Konferenzen auch separat und nicht gekoppelt an die Live-Übertragungsrechte für die betroffenen Spiele vermarktet werden könnten. Hiervon profitieren unmittelbar jedoch nur die Endkunden der Gruppen 3 und 4, nicht jedoch diejenigen der Gruppen 1 und 2. 831

– Die Auffindbarkeit des Senders oder die Gewöhnung der Zuschauer an eine Übertragung an bestimmten Wochentagen zu bestimmten Zeiten mögen aus Sicht der Medienanbieter einen Qualitätsvorteil darstellen.[1334] Das gilt jedoch nicht gleichermaßen für die Endkonsumenten der Gruppen 1 bis 4, weil diese ohnehin schon daran gewöhnt sind, dass bestimmte Fußballspiele trotz gleichbleibender Anstoßzeiten in einer neuen Saison möglicherweise von einem anderen Sender übertragen werden (z.B. Live-Übertragung des Samstagabendspiels in der 2. Bundesliga, der Freitagsspiele in der Bundesliga und der Fußballländerspiele der A-Nationalmannschaft). Zudem verschieben sich bei Bundesliga-Fußballspielen regelmäßig weder Sendetag noch Sendezeit einer Highlight-Berichterstattung oder einer Live-Konferenz, solange die DFL die Anstoßzeiten nicht verändert. Sollte sich insoweit der übertragende Sender zur neuen Saison geändert haben, so kann inzwischen bei den interessier- 832

1331 Zu weiteren Details → XIII. Rn. 790–798 m.w.N.
1332 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 428 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).
1333 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 430, 432, 439, 444, 470 erster und vierter Spiegelstrich (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).
1334 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 431 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten Zuschauern von der erforderlichen Umstellungsflexibilität ausgegangen werden.

833 Zugleich können aus einer Zentralvermarktung aber auch Ineffizienzen entstehen:[1335] Eine Zentralvermarktung durch die DFL sowie die dadurch ermöglichte Bündelung von Übertragungsrechten (z.B. für eine Highlight-Berichterstattung und Live-Konferenz) können auf dem Übertragungsmarkt aus Sicht der Endkonsumenten der Gruppen 1 und 2 mangels Interesses hieran mit Nachteilen verbunden sein, wenn dadurch das zu abonnierende Rechtepakt neben den Live-Übertragungen einzelner Spiele „aufgebläht" wird. Denn in einem solchen Fall werden mehrere unterschiedliche Angebote gebündelt, für die verschiedene Kunden oder Kundengruppen gegenläufige Interessen besitzen.[1336]

834 Für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 werden die Live-Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga (Supercup, Relegationsspiele etc. werden hier vernachlässigt) zwischen den verschiedenen Medienanbietern pro Saison folgendermaßen aufgeteilt:[1337]

- Beim Bezahlsender Sky sind 200 Spiele der Bundesliga, die samstags, dienstags und mittwochs ausgetragen werden, sowie sämtliche Spiele der 2. Bundesliga live – einzeln und in der Konferenz, zuhause und unterwegs mit Sky Go – zu sehen.
- Beim entgeltlichen Streamingdienst DAZN sind die übrigen 106 Spiele der Bundeliga, die freitags und sonntags ausgetragen werden, einzeln zu empfangen.
- Der Sender Sport 1 zeigt 33 Spiele, die in der 2. Bundesliga samstags um 20.30 Uhr angepfiffen werden, im Free-TV co-exklusiv neben dem Bezahlsender Sky.
- Die Spiele werden von Sky und DAZN grundsätzlich exklusiv live übertragen. Die am Samstagabend um 20.30 Uhr stattfindenden Spiele der 2. Bundesliga werden vom Sender Sport1 co-exklusiv im Free-TV übertragen. Der Sender Sat.1 darf zudem jeweils ein Spiel der Bundesliga am 1., 17. und 18. Spieltag sowie drei Spiele der 2. Bundesliga am 1. Spieltag live im Free-TV übertragen. Nur insoweit besteht bei Live-Übertragungen eine Co-Exklusivität zweier Angebote.
- Eine zeitnahe, alsbald nach Spielende beginnende Highlight-Berichterstattung wird im Bezahlfernsehen allein von Axel Springer angeboten.

1335 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 428 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

1336 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 433 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

1337 Die Details sind abrufbar unter https://www.kicker.de/tv-rechte-2021-22-alle-pakete-fuer-1-und-2-bundesliga-777057/artikel (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Darüber hinaus erfolgt eine zusammenfassende Berichterstattung der einzelnen Spieltage im frei empfangbaren Fernsehen frühestens etwa 1,5 Stunden nach Spielende auf jeweils verschiedenen Sendern.

Endkunden der Gruppen 1 und 2 werden bei einem derartigen Angebot vorrangig den Live-Übertragungen der Spiele nur eines bestimmten Bundesliga-Clubs Beachtung schenken, so dass sie von vornherein an über 500 Live-Übertragungen anderer Spiele kein Interesse haben werden und diese teilweise auch gar nicht parallel verfolgen könnten. Das übrige Leistungsangebot hat für Endkunden der Gruppen 1 und 2 einen unterschiedlich stark ausgeprägten komplementären Charakter, diese zusätzlichen Angebote wären im Zweifelsfall verzichtbar. Sofern sich hingegen Endkunden der Gruppen 3 und 4 über das aktuelle Geschehen in der Fußball-Bundesliga zeitnah (andernfalls könnten sie etwa die Zweitverwertung der Fernsehbilder im öffentlich-rechtlichen Fernsehen abwarten) informieren wollen, sind für diese Kundengruppe gerade die Live-Übertragungen der einzelnen Bundesliga-Spiele vollständig oder zumindest zum größten Teil verzichtbar. Ihren speziellen Bedürfnissen wird – allerdings erstmalig seit der Saison 2021/22 – mit dem allein Highlight-Berichterstattungen aufweisenden Angebot von Axel Springer entsprochen.[1338] 835

In dem derzeit von der DFL praktizierten Vermarktungsmodell müssen also auf dem Übertragungsmarkt Endkunden der Gruppen 1 und 2 mit speziellem Interesse an einem Club in der Bundesliga (nicht in der 2. Bundesliga) zwangsläufig die gebündelten Übertragungspakete von Sky und DAZN erwerben, deren Inhalt für den Abonnenten jeweils zum überwiegenden Teil von allenfalls geringem oder gar keinem Interesse ist. Hierbei fordern insbesondere Sky und DAZN als weitgehende Monopolanbieter der Live-Bilder im Fernsehen auf dem Übertragungsmarkt jeweils einen Bündelpreis, können dabei den Kunden das jeweils präferierte Produkt entsprechend ihrer jeweiligen Zahlungsbereitschaften verkaufen und auf diese Weise versuchen, möglichst viele Kunden zu bedienen und ihre Zahlungsbereitschaft abzuschöpfen (sog. Preisbündelung). Ob die Zahlungsbereitschaft sämtlicher Endkundengruppen tatsächlich auf diese Weise (nahezu) vollständig abgeschöpft wird, kann hier in Ermangelung belastbarer empirischer Daten nicht abschließend beurteilt werden. 836

iii. Auswirkungen des modifizierten Zentralvermarktungsmodells auf Endkunden der Gruppen 1 und 2, Rechteinhaber und Medienanbieter

Den größten Nutzen für Endkunden der Gruppe 1 hätte die Bündelung sämtlicher Heim- und Auswärtsspiele eines bestimmten Bundesliga-Clubs in einem 837

1338 Zuvor bereits das Angebot eines solchen Rechtepakets anregend *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

separaten Rechtepaket,[1339] zu dem von den Endkunden auf dem Übertragungsmarkt bei Bedarf weitere Rechtepakete (z.B. Highlight-Berichterstattung, eventuell einzelne Spiele anderer Bundesliga-Clubs) hinzugebucht werden könnten.

838 Den größten Nutzen für Endkunden der Gruppe 2 hätte die Bündelung sämtlicher Heim- und Auswärtsspiele eines bestimmten Bundesliga-Clubs in einem separaten Rechtepaket, zu dem insbesondere einzelne Live-Übertragungen von anderen Bundesligaspielen nach freier Wahl und bei Bedarf weitere Rechtepakete (z.B. Highlight-Berichterstattung) hinzugebucht werden könnten.

839 Für das Angebot eines allein sämtliche Heim- und Auswärtsspiele eines bestimmten Bundesliga-Clubs umfassenden Rechtepakets auf dem Übertragungsmarkt ist es zwar nicht unerlässlich, dass eine Zentralvermarktung durch die DFL erfolgt.[1340] Allerdings führt insoweit eine Zentralvermarktung im Vergleich zu einer Individualvermarktung zu einer erheblichen Reduzierung der Transaktionskosten.

840 Das modifizierte Zentralvermarktungsmodell würde zu Effizienzvorteilen für nahezu alle Beteiligten führen:

- Den Endkunden der Gruppen 1 und 2 würde auf dem Übertragungsmarkt ein auf ihre speziellen Bedürfnisse zugeschnittenes Rechtepaket angeboten.[1341]
- Aus Sicht der Endkunden der Gruppen 1 und 2 wäre auf dem Übertragungsmarkt die (sich seit der Saison 2017/18 realisierende) Gefahr ausgeschlossen, dass mehrere Abonnements mit unterschiedlichen Medienanbietern abgeschlossen werden müssten, um sämtliche Heim- und Auswärtsspiele eines bestimmten Bundesliga-Clubs in Bewegtbildern live verfolgen zu können.[1342] Voraussetzung wäre freilich, dass ein solches clubbezogenes Rechtepaket nicht nachträglich wieder aufgeteilt und die dann entstehenden kleineren Rechtepakete (z.B. Top-Spiele und sonstige Spiele, Heimspiele und Auswärtsspiele) separat an verschiedene Medienanbieter sublizensiert werden dürfen. Wenn hingegen ein Medienanbieter das aus sämtlichen Heim- und Auswärtsspielen eines bestimmten Bundesliga-Clubs bestehende Paket etwa in Heim- und Auswärtsspiele aufteilen würde, so wäre Letzteres für diejenigen End-

1339 So bereits *Heermann* WuW 2017, 312 (316 f.); ähnl. *Laier* 317. Vgl. auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 443 m.w.N., wonach neuere Untersuchungen von Preis- und Wohlfahrtseffekten bei Produktbündelung von TV-Angeboten dafürsprächen, dass ein Angebot ‚à la carte' für die Konsumenten eher von Vorteil sei.

1340 Ausf. hierzu *Heermann* WuW 2017, 312 (316 f.); a.A. *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 439 f. (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

1341 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 442 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

1342 Damit wären zugleich die Befürchtungen der *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 457 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell) gebannt.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kunden, die über ein Jahresticket für die Heimspiele verfügen und dieses auch nutzen können, vorteilhaft.

- Es ist zu erwarten, dass sich die Zahl der Medienanbieter auf dem Übertragungsmarkt spürbar erhöhen und sich nicht länger nur auf nationale oder gar internationale „Big Player" beschränken würde. Denn bei zahlreichen Nachfragern entsprechender, clubbezogener Live-Übertragungsrechte auf dem Rechtemarkt ist eher unwahrscheinlich, dass wegen des zu erwartenden höchst unterschiedlichen Zuschauerinteresses und damit der Nachfrage nach diesen Paketen auf dem Übertragungsmarkt ein einzelnes Medienunternehmen alle oder auch nur nahezu sämtliche dieser Rechtepakete erwerben würde. Ergänzend könnte bei dem modifizierten Zentralvermarktungsmodell durch die Ausschreibungsbedingungen sichergestellt werden, dass nach erfolgter Ausschreibung die von verschiedenen Medienanbietern erworbenen Live-Übertragungsrechte nicht wieder bei einem Medienanbieter zusammengeführt und gebündelt werden.[1343]
- Auf dem Übertragungsmarkt würde sich für das jeweilige Paket eines Bundesliga-Clubs ein nachfrageorientierter Preis ergeben.
- Es ist zu erwarten, dass dieser Preis wegen des deutlich geringeren Leistungsumfangs im Vergleich etwa zum Preis für das Sky-Bundesligapaket günstiger ausfallen würde. Wenn dabei das clubbezogene Abonnement für einen sportlich erfolgreichen Seriensieger teurer wäre als das für einen Aufsteiger oder Club mit kleiner Anhängerzahl und damit nachfrageorientierte differierende Preise für die einzelnen clubbezogenen Rechtepakete gefordert würden, so wäre dies hinzunehmen. Überspitzt formuliert: Warum sollten relativ wenige, leiderprobte Anhänger einer sog. Fahrstuhlmannschaft die Abos der um ein Mehrfaches größeren Anhängerschar eines Seriensiegers weiterhin quersubventionieren? Zudem werden selbst stark nachgefragte clubbezogene Abonnements wegen des geringeren Leistungsumfangs günstiger angeboten werden müssen, als wenn Zuschauer der Gruppen 1 und 2 ihre speziellen Bedürfnisse – wie derzeit üblich – durch den Abschluss zweier sehr umfassender Abonnements befriedigen.
- Unter diesen Umständen könnte gegenüber dem *Status quo* die Zahl derjenigen Endkunden, die unmittelbaren Zugang zu Live-Übertragungen von Bundesliga-Fußballspielen haben, vermutlich erhöht werden. Denn wahrscheinlich werden kaum Altabonnenten abspringen (Warum sollten sie dies auch tun?), während sich zuvor unentschlossenen Fußballfans bislang neue und finanziell attraktive Optionen eröffnen könnten.

1343 Vgl. hierzu auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 450 f. (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Kleinere clubbezogene Rechtepakte könnten aufgrund eines im Vergleich zur bisherigen Angebots- und Preisgestaltung attraktiveren Preises (z.B. in Höhe des Preises für ein Spotify-Abonnement) neue Kundenkreise anziehen und diese – zumindest teilweise – vom Abruf illegaler Streamingangebote abhalten. Die Entwicklungen auf dem Markt für Musikstreamingangebote sind insoweit vielversprechend.[1344]
– Der logistische Aufwand für die Medienanbieter könnte reduziert und/oder optimiert werden.

841 Das modifizierte Zentralvermarktungsmodell führt zwar auch zu Effizienznachteilen, die jedoch deutlich hinter den zu erwartenden Effizienzvorteilen zurückbleiben:

– Es ist unsicher, wie sich die Gesamteinnahmen der DFL entwickeln würden.[1345] Die gemessen am Umsatz pro Ligamitglied weltweit erfolgreichsten beiden Sportligen, die NFL und die MLB, sind mit einem modifizierten Zentralvermarktungsmodell hinsichtlich der Medienrechte in den letzten sechs Jahrzehnten aber offensichtlich – vorsichtig formuliert – recht gut gefahren.[1346] Damit soll aber keineswegs behauptet werden, dass der große kommerzielle Erfolg der nordamerikanischen Major Leagues allein auf dem modifizierten Zentralvermarktungsmodell beruht, dieses hat aber zumindest die beachtliche Erfolgsbilanz der genannten Ligen auch nicht spürbar beeinträchtigt.
– Auch für die clubbezogenen Rechtepakte der Bundesliga-Clubs mit einer relativ kleinen Anhängerschaft werden sich Nachfrager finden. Selbst wenn die Übertragungen der Heim- und Auswärtsspiele allein in den Neuen Medien erfolgen sollten, so wäre dies für die Endkunden der Gruppen 1 und 2 aufgrund der zunehmenden Konvergenz der Medien kein erheblicher Nachteil (mehr). Dies betrifft auch die Bildqualität, weil Streaming-Angebote inzwischen mit geringem technischen Aufwand auch auf modernen Fernsehgeräten verfolgt werden können.
– Es ist zu erwarten, dass die clubbezogenen Rechtepakte der Bundesliga-Clubs mit großem Fanpotential (und eventuell auch mit überdurchschnittlichem sportlichem Erfolg) im Vergleich zur Ligakonkurrenz deutlich höhere Einnahmen generieren. Sodann wäre fraglich, ob das ohnehin bereits bestehende

1344 *Lindholm* ISLJ 2019, 99 (100 f.): „The introduction of subscription-based music streaming services, like Spotify and Apple Music, has helped reduce online music piracy, and subscription-based sports streaming services could have a similar effect."

1345 Zu den damit verbundenen Gefahren vgl. auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 459 (mit einer angenommenen Individualvermarktung als Referenzmodell). Demgegenüber glaubt *Polk* WuW 2021, 502 (508) zu wissen, „[e]ine solche Ausgestaltung der Rechtemärkte würde höchst wahrscheinlich [sic] zu deutlich geringeren Einnahmen auf Seiten der Vereine führen […]"; einen Nachweis für diese verbreitete Befürchtung bleibt aber auch *Polk* schuldig.

1346 Zu weiteren Details → XIII. Rn. 790–798 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirtschaftliche und damit mittel- bis langfristig auch sportliche Ungleichgewicht innerhalb der Fußball-Bundesliga nicht sogar noch vergrößert würde. Allerdings könnte die DFL im Einvernehmen mit den Ligamitgliedern einer solchen Entwicklung erforderlichenfalls durch Umverteilungsmaßnahmen entgegenwirken. Den zu erwartenden Einwänden der fehlenden praktischen Umsetzbarkeit einer solchen ligainternen finanziellen Umverteilung ist entgegenzuhalten, dass es der DFL trotz erheblicher Interessengegensätze zwischen verschiedenen Gruppierungen der Bundesliga-Clubs in der Vergangenheit regelmäßig gelungen ist, die Medienerlöse nach bestimmten objektiven Kriterien zu verteilen.[1347] Solche erforderlichen Umverteilungsmaßnahmen könnten sodann über die Lizenzierungsbedingungen durchgesetzt werden und wären kartellrechtlich gerechtfertigt, sofern sie insgesamt zu Effizienzgewinnen führen.

842 Das modifizierte Zentralvermarktungsmodell würde darüber hinaus aus wettbewerbspolitischer Perspektive zu deutlichen Vorteilen führen. Das bisherige Monopol der DFL bei der Veräußerung von Live-Übertragungsrechten an sämtlichen Spielen der Fußball-Bundesliga würde zwar nicht aufgebrochen. Der Wettbewerb auf der Nachfragerseite des Rechtemarkts würde indes gleichwohl erheblich belebt, weil dort jetzt auch kleinere nationale Medienunternehmen zum Zuge kommen könnten.

iv. Auswirkungen des modifizierten Zentralvermarktungsmodells auf Endkunden der Gruppen 3 und 4

843 Den größten Nutzen für Endkunden der Gruppen 3 und 4 hat eine separate zeitnahe Highlight-Berichterstattung, wie sie erst zur Saison 2021/22 eingeführt worden ist, gegebenenfalls erweitert um den Zugang zu Live-Konferenzen und eine Möglichkeit des Abrufs einzelner Spiele der Fußball-Bundesliga nach freier Wahl, die separat hinzu gebucht werden könnten. Diese Zielgruppen würden also derzeit von der Einführung des modifizierten Zentralvermarktungsmodells nicht unmittelbar profitieren.

1347 Siehe zuletzt *DFL*, Pressemitteilung v. 7.12.2020 („DFL-Präsidium fasst Beschluss zur Verteilung der Medienerlöse für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25“).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(9) Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Medienrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt

i. Rechtliche Ausgangslage für die weiteren Erwägungen

844 Die Schaffung und Vermarktung regelmäßig exklusiver Rechtepakte im Sport im Allgemeinen und im Rahmen der Zentralvermarktung im Ligasport im Besonderen sind im deutschen Schrifttum bislang – wenn überhaupt – eher unkritisch und oberflächlich betrachtet worden. So stellt etwa *Summerer* fest (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1348]

> „Obwohl Exklusivität als solche nicht wettbewerbswidrig, sondern notwendig ist, um den Wert eines Programms zu sichern, der sich in Zuschauerzahlen, Marktanteil und Werbeerlösen widerspiegelt, kann Exklusivität dann kartellrechtswidrig werden, wenn Dauer und/oder Umfang exzessiv sind, so dass Konkurrenz oder Pluralismus ausgeschaltet wird. **Problematisch sind daher Vereinbarungen zwischen Sportverbänden und Fernsehsendern, die einem einzigen Sender unter Ausschluss aller anderen Sender langfristig die Berichterstattung über bestimmte Sportveranstaltungen ermöglichen.**"

845 Aber kartellrechtlich problematisch sind wahrlich nicht nur die letztgenannten Vereinbarungen über exklusive Rechtepakete, zumal die geschilderten Konstellationen in der Praxis kaum mehr vorkommen. Die deutlich erweiterte Problematik hat die EU-Kommission bereits im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 deutlich zum Ausdruck gebracht (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1349]

> „In addition, because of insecurity about technological developments, the existence of some substitution between different platforms and asymmetric value of rights, powerful operators on one retail market may seek to prevent players in neighbouring markets from acquiring meaningful rights. **The acquisition of exclusive audiovisual rights for all platforms by a powerful retail operator in one downstream market** (e.g., a pay-TV operator) **may create additional anti-competitive foreclosure effects in neighbouring markets** (e.g., 3 G mobile telephony)**, thereby hampering the development of new services.**
>
> **Output restrictions may occur when exclusive rights**, which are either bought collectively by different operators or bought by a dominant firm for one or more downstream markets, **are subsequently not exploited by the buyers.**"

846 Die beschriebenen Gefahren haben sich in der Folge etwa im Zusammenhang mit der Zentralvermarktung durch die DFL tatsächlich realisiert, so dass es ein wenig verwundert, dass das BKartA bei der rechtlichen Bewertung der Ausschreibungsmodalitäten für die Zentralvermarktung durch die DFL nicht früher und

1348 PHB SportR/*Summerer* Kap. 5 Rn. 95.
1349 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.4.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

energischer gegengesteuert hat. Eine entsprechende Zurückhaltung der EU-Kommission hat zudem *Weatherill* beklagt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1350]

> „This in turn leads to attentive supervision of the potentially anti-competitive implications associated with the sale of such rights, in particular output restrictions and **exclusive selling**. Because **high-profile live sport events** are simply ‚must have' for many consumers, it is, in short, **more likely that arrangements to sell those rights on an exclusive basis will attract more concern where sport is involved than in most other markets.** Most of all, **in its decisions in this area the Commission has shown itself thematically anxious to sustain the potential for dynamic growth in the technologically agile and (compared to thirty years ago) lightly regulated broadcasting sector** […] "

847 Fast ausnahmslos sind Rechtepakete mit Live-Sportinhalten bislang mit einer zweifachen Form der Exklusivität ausgestattet worden, die sich erstens auf den Inhalt und zweitens auf zumeist sämtliche Übertragungswege erstreckt. Daran wird durch das Zentralvermarktungsmodell der DFL mit Billigung des BKartA im Grundsatz bis heute festgehalten. Zumindest sind diese Rechtepakete im Laufe der Zeit aber weiter aufgesplittet worden, so dass mehr Medienunternehmen zum Zug kommen konnten. Hätte man aber zugleich den Umfang der Exklusivität eingeschränkt und etwa co-exklusiv Rechtepakete hinsichtlich des Inhalts für jeweils unterschiedliche Übertragungswege (z.B. einerseits Satellit und Kabel und andererseits Internet) ausgeschrieben, hätten der Wettbewerb und der technologische Fortschritt in noch deutlich stärkerem Maße belebt werden können. Nahezu unberücksichtigt sind in der bisherigen Diskussion die Effizienznachteile geblieben, die durch die Ausschreibung weitgehend exklusiver Rechtepakte auf dem Übertragungsmarkt für die Endkunden entstehen. Darauf wird in den beiden nachfolgenden Abschnitten zurückzukommen sein.

848 Man mag sich fragen, weshalb die Kartellbehörden bei der rechtlichen Bewertung des aktuellen Zentralvermarktungsmodells, wie es von der DFL und der UEFA praktiziert wird, den Exklusivitätsklauseln relativ unkritisch gegenüberstehen und nur punktuell in den Verpflichtungszusagenentscheidungen gegengesteuert haben. Ein denkbares Motiv liefert *Weatherill* gleich mit (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1351]

> „The sale of rights counts as a vertical deal. Such deals generally have pro-competitive implications because they increase the supply of goods or services in the market. **Exclusivity is commonly a necessary element in a successful vertical deal.** The grant of exclusivity is what makes the purchase attractive to the buyer, who may thereby be induced to invest much more confidently in the quality of the product – which is in itself a clear benefit to the consumer. **That means that where, without exclusivity, there will be no deal at all, then the exclusivity is in fact procompetitive. It would be wrong to subject it to Article 101 TFEU.**"

1350 *Weatherill*, Principles, 2017, 306.
1351 *Weatherill*, Principles, 2017, 301.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

849 Vielleicht glauben die Kartellbehörden – ebenso wie *Weatherill* – tatsächlich, dass das bestehende Maß an Exklusivität erforderlich sei, um die Rechtepakete überhaupt vermarkten zu können. Dies wäre indes ein Irrglaube! Die Erfahrungen aus den nordamerikanischen Major Leagues[1352] zeigen, dass eine Co-Exklusivität von Medienrechten praktisch umsetzbar ist und dem wirtschaftlichen Erfolg einer Sportliga keineswegs schadet.

ii. Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt nach dem derzeitigen Zentralvermarktungsmodell

850 Die DFL ist als derzeit einziger Anbieter für Live-Übertragungen und Highlight-Berichterstattungen von Spielen der Fußball-Bundesligen grundsätzlich in der Lage, die im Markt befindlichen Erlöse und Zahlungsbereitschaften weitgehend abzuschöpfen. Die DFL muss aus im eigenen und hinsichtlich der Ligamitglieder auch im fremden wirtschaftlichen Interesse an möglichst maximalen Erlösen der Medienunternehmen auf dem nachgelagerten Übertragungsmarkt interessiert sein, damit deren Zahlungsbereitschaft auf dem Rechtemarkt hoch bleibt oder sogar steigt. Damit besitzt die DFL Anreize, in ihrem Vermarktungsmodell möglichst exklusive Produkte, d.h. auszuschreibende Rechtepakete, zu definieren.[1353] Auf diese Weise wird – wie die Monopolkommission zutreffend festgestellt hat[1354] – das weitgehende Monopol der DFL vom Rechtemarkt auf den Übertragungsmarkt ausgedehnt. Damit begünstigt das bisherige Zentralvermarktungsmodell der DFL mit einer weitgehend exklusiven Rechtevergabe das Entstehen unangemessener Preise, die von den Nachfragern auf dem Rechtemarkt und auf dem Übertragungsmarkt zu zahlen sind.[1355] So müssen Endkunden auf dem Übertragungsmarkt zur vollständigen Befriedigung ihres Interesses etwa an den Spielen eines bestimmten Ligamitglieds in der Bundesliga oder in der UEFA Champions League mindestens zwei Abonnements mit verschiedenen Bezahlsendern abschließen, was die Gesamtkosten erhöhen kann (aber nicht zwingend muss[1356]).

1352 → XIII. Rn. 790–798.

1353 Zu den Effizienzvorteilen von Exklusivvereinbarungen vgl. auch *Laier* 333–335.

1354 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 446; sehr krit. zuletzt *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 476–479.

1355 S. auch *Laier* 311 f.; *Polk* WuW 2021, 502 (508): „[…] kann die Zentralvermarktung als wesentliches Element zur Generierung von Einkünften für die Vereine interpretiert werden, die durch die Aussetzung wettbewerblicher Elemente bei der Vermarktung der Medienrechte dazu dient, ein Gut künstlich zu verknappen und die Zahlungsbereitschaft auf Seiten der Zuschauer abzuschöpfen."

1356 So auch BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 263, „soweit die für die Endkunden bestehenden Spielräume der Angebote genutzt werden"; s. auch *Polk* WuW 2021, 502 (503) m.w.N. Krit. zuletzt aufgrund aktueller Preissteigerungen *Fritsch* Zeit Online v. 26.1.2022 („Fußball könnte billiger sein. DAZN verdoppelt den Preis und bekommt einen Shitstorm ab, aber kann man dem Sender vorwerfen, schwarze Zahlen schreiben zu wollen?").

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es darf in diesem Zusammenhang nicht vernachlässigt werden, dass die DFL seit der Saison 2021/22 die Zahl derjenigen Spiele der Bundesliga und der 2. Bundesliga, die co-exklusiv live gezeigt werden dürfen, gesteigert hat. Diese Co-Exklusivität umfasst drei Spiele der Bundesliga am 1., 17. und 18. Spieltag, drei Spiele der 2. Bundesliga am 1. Spieltag sowie 33 Spiele der 2. Bundesliga, die am Samstagabend ab 20.30 Uhr ausgetragen werden. Erfasst werden also ganze drei von 308 Spielen in der Bundesliga (das sind etwas weniger als 1 % der gesamten Erstligaspiele) und immerhin 36 von 308 Spielen in der für Fußballfans im Allgemeinen weniger attraktiven 2. Bundesliga (das sind rund 11 % der gesamten Zweitligaspiele). Damit ist seit der Saison 2021/22 zumindest in der 2. Bundesliga eine spürbare Belebung des Wettbewerbs zu konstatieren, die aber in beiden Ligen noch viel Luft nach oben lässt. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist indes festzuhalten, dass der Zug zwar in die richtige Richtung fährt, bislang aber nur sehr langsam Fahrt aufnimmt. 851

Im Vergleich zur englischen Premier League Football ist das Preisniveau für Übertragungsrechte an Spielen der Fußball-Bundesliga sowohl auf dem Rechtemarkt als auch auf dem Übertragungsmarkt – dort auch nach den jüngsten Preissteigerungen im Jahr 2022 – (noch) relativ niedrig. Das bedeutet, dass die Medienanbieter und Endkunden auf dem deutschen Markt für Live-Übertragungen der Spiele der nationalen Liga weit weniger tief in die Taschen greifen müssen als auf dem englischen Markt. Derzeit ist auch nicht zu erwarten, dass sich das deutschen Preisniveau auf den genannten Märkten alsbald an das englische annähern wird. Denn die Rahmenbedingungen auf dem englischen sowie auf dem deutschen Mark unterscheiden sich immer noch stark: Die Endkunden auf dem englischen Markt konnten im frei empfangbaren, öffentlich-rechtlichen Fernsehen schon seit Langem nicht mehr zeitnah Highlight-Berichterstattungen von Spielen der Premier League Football verfolgen. Dementsprechend hatte insoweit das Bezahlfernsehen in England deutlich günstigere Startbedingungen als in Deutschland. Britische Endkunden sind schon deutlich länger daran gewöhnt, für Live-Fußballberichterstattungen extra zu zahlen, so dass sich ein deutlich höheres Preisniveau als hierzulande ergeben hat. Während in Deutschland zunächst der Bezahlsender Premiere und später Sky die Live-Übertragungsrechte an den Fußball-Bundesligen weitgehend exklusiv und bis zur Saison 2017/18 auch vollumfänglich erwerben konnten, existierte hinsichtlich der Live-Übertragungsrechte in der Premier League Football auf dem Rechtemarkt schon deutlich länger Wettbewerb zwischen mindestens zwei Medienanbietern, die in den Ausschreibungsverfahren letztlich die Preise für die Live-Übertragungsrechte in die Höhe getrieben haben. 852

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

iii. Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt nach dem modifizierten Zentralvermarktungsmodell

853 Der beim bisherigen Zentralvermarktungsmodell bestehenden Gefahr der Herausbildung unangemessener Preise kann im Grundsatz in zweierlei Weise effektiv entgegengewirkt werden:

- Erstens könnte der Wettbewerb auf dem Rechtemarkt z.B. durch das zuvor beschriebene modifizierte Zentralvermarktungsmodell belebt werden, so dass die Gefahr der Abschöpfung von Monopolrenten auf dem Rechtemarkt und nachfolgend auf dem Übertragungsmarkt reduziert würde.
- Zweitens könnte – wie etwa beim modifizierten Zentralvermarktungsmodell – die Exklusivität der auf dem Rechtemarkt und nachfolgend auf dem Übertragungsmarkt gehandelten Rechtepakete noch weiter gelockert werden. Entgegen der in Deutschland bislang verbreiteten Praxis müssen beispielsweise Rechtepakete nicht zwangsläufig exklusiv und zugleich technologieneutral ausgeschrieben werden.[1357] In diesem Fall würde zudem der Innovationswettbewerb gestärkt.[1358]

854 Bei Umsetzung des modifizierten Zentralvermarktungsmodells könnten die von den Rechteinhabern auf dem Rechtemarkt sowie von den Medienanbietern auf dem Übertragungsmarkt insgesamt zu erzielenden Erlöse höher ausfallen als nach dem bisherigen Zentralvermarktungsmodell. Es ist nicht zu erwarten, dass die im Markt bereits vorhandenen Renten, d.h. Erlöse und Zahlungsbereitschaften, drastisch sinken würden, weil die angebotenen Produkte ja keineswegs an Attraktivität einbüßen würden. Wenn sich aber gleichwohl im Vergleich zum *Status quo* Erlösrückgänge ergeben sollten, so könnte dies ein Indiz dafür sein, dass zuvor unangemessen hohe Monopolrenten abgeschöpft worden waren.[1359] Zudem ist zu berücksichtigen, dass durch preisgünstige und auf die besonderen Bedürfnisse der Zuschauer besser zugeschnittene Abonnements neue, insbesondere auch jüngere Kunden dauerhaft gewonnen werden könnten. Gerade um letztere müssen Sportverbände nicht erst seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie zunehmend kämpfen, weil sich die Freizeitaktivitäten der Postmillennials insbesondere infolge der Digitalisierung grundlegend gewandelt haben. Wenn einige dieser Neukunden zudem zugleich auf die Nutzung illegaler Streamingangebote verzichten würden, wäre dies ein weiterer erheblicher Effizienzgewinn.

1357 Vgl. auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 464.

1358 A.A. *Laier* 313; wie hier jedoch NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U.S. 85, 108 (1984) sowie im Ansatz auch *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 455 f., 470 (zweiter Spiegelstrich).

1359 Vgl. auch *Laier* 330–333, nach dessen Auffassung bei der Zentralvermarktung entstehende Erlöse der Höhe nach nicht schutzwürdig sind.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(10) Möglichkeiten für eine weitere Intensivierung des Wettbewerbs

i. Rechtliche Ausgangslage

Die Möglichkeiten einer Intensivierung des Wettbewerbs auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt sind aufgrund der sportökonomischen Besonderheiten der Vermarktung von (Liga-)Sportevents begrenzt. Diese hat die EU-Kommission im Hinblick auf die Zentralvermarktung im Ligasport folgendermaßen zusammengefasst (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1360] 855

> „**The application of EC competition rules has a great impact on relations between media operators and sporting organisations and thus on the financing and organisation of sport.** The acquisition and sub-licensing of broadcasting rights and the sale of advertising slots constitute examples of activities of an economic nature covered by the provisions of the EC Treaty.
>
> The application of the competition provisions of the EC Treaty to **the selling of media rights of sport events** takes into account that this area **has a number of specific characteristics** which notably include the following:
>
> – **The life-span of sports media rights is short.** Sport events are mainly of interest if broadcast live.
> – **Demand is focused.** Viewers will not be satisfied with the broadcast of a sport event other than the one which they were expecting.
> – **The availability of sports media rights is limited** as they are **often concentrated in the hands of a single federation** and because **contracts are concluded on an exclusive basis for long periods or for a large number of events.**"

Allein beim letztgenannten Punkt findet man Stellschrauben für die Belebung des durch die Zentralvermarktung bereits beschränkten Wettbewerbs. Als Anknüpfungspunkte kommen – wie bereits dargelegt[1361] – insbesondere die Art und Weise der Bündelung der Rechtepakete sowie die Ausgestaltung der Exklusivität der einzelnen Rechtepakete hinsichtlich des Inhalts und der Übertragungswege in Betracht. Dies sind aber, wie die EU-Kommission zutreffend erkannt hat, nicht die einzigen Mittel, um die von einer Zentralvermarktung im Ligasport ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen zu reduzieren und gegebenenfalls zu rechtfertigen (Hervorhebungen durch *Verfasser)*:[1362] 856

> „**It is important to re-emphasize that the remedies adopted in previous decisions are not exhaustive or binding for future cases.** They merely represent possible options to deal with competition issues arising in this area. **The Commission may decide to adopt additional or different remedies in future cases.**"

1360 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.
1361 → XIII. Rn. 827–854.
1362 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.4.2.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

857 Wichtig ist in diesem Kontext schließlich die Feststellung, dass keine Patentlösung zur Ausräumung der kartellrechtlichen Bedenken existiert, sondern es stets einer Entscheidung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls bedarf (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1363]

> „The remedies described above are examples of remedies that have been used to date to address competition concerns arising in the area of sports media rights. However, it is important to note that **there is no ‚standard' or ‚one-size-fits-all' approach that applies to cases involving sports media rights**. The Commission will have to **carefully assess each individual case** in order to determine, where necessary, the appropriate remedy or remedies, taking into account **the specific facts and circumstances**, in particular also considering the technological developments of the relevant markets."

ii. Denkbare Maßnahmen

858 Vier Maßnahmen zur Belebung des Wettbewerbs auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt sollen nachfolgend am Beispiel der Zentralvermarktung der Medienrechte an den Fußballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga durch die DFL veranschaulicht werden. Dabei wird zugleich beleuchtet, inwieweit und mit welchen Auswirkungen im Jahr 2020 im Zuge der Ausschreibung der Übertragungsrechte für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 an den betreffenden Stellschrauben Veränderungen vorgenommen worden sind:

859 Erstens wäre für die Fußball-Bundesligen ein Nebeneinander von einer teilweisen oder vollständigen co-exklusiven Zentralvermarktung der Spiele durch die DFL und zugleich einer Individualvermarktung durch die Ligamitglieder an sämtlichen Heim- und Auswärtsspielen ihrer jeweiligen Mannschaft vorstellbar.[1364] Eine weitere Option könnte in Anlehnung an den U.S.-amerikanischen Sports Broadcasting Act so ausgestaltet werden, dass die Sportliga weiterhin allein eine Zentralvermarktung durchführt, allerdings in modifizierter Form durch die gleichzeitige Ausschreibung clubbezogener co-exklusiver Rechtepakete.[1365] An dieser Stellschraube ist im Ausschreibungsprozess der DFL für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 nicht gedreht worden, clubbezogenen Rechtepakten steht die DFL weiterhin skeptisch bis ablehnend gegenüber.

860 Zweitens wäre eine weitere Entbündelung der Rechtepakete denkbar. An diesem Punkt hat die DFL anlässlich der letzten Ausschreibungsrunde für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 – wenngleich nur fein dosiert – tatsächlich angesetzt. Ins-

1363 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.5.
1364 Hierzu bereits *Heermann* WuW 2017, 312 (316 f.); *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 44.
1365 → XIII. Rn. 790–798 m.w.N. Auf diese Möglichkeit weist auch *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 483 hin: „Auch vereinsbezogene Rechtepakete wären als Alternative vorstellbar."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesamt ist zu beobachten, dass neue Medienunternehmen in den Rechtemarkt eingetreten sind.

Drittens kommt eine Lockerung der inhaltlichen Exklusivität der Rechtepakete in Betracht. An dieser Stellschraube ist anlässlich des Ausschreibungsverfahrens im Jahr 2020 in der Tat gedreht worden – zumindest ein wenig. So dürfen inzwischen neben den Übertragungen sämtlicher Bundesligaspiele durch Sky oder DAZN drei Spiele der Bundesliga und immerhin 36 Spiele der 2. Bundesliga co-exklusiv im Free-TV gesendet werden. Vergleichbare Tendenzen zeichnen sich hinsichtlich der zentralen Vermarktung der Live-Übertragungsrechte an Spielen der UEFA Champions League, die inzwischen allesamt nur noch hinter einer Bezahlschranke zum Abruf bereitstehen, übrigens nicht ab. Es muss in Deutschland allein das Finale der UEFA Champions League im Free-TV co-exklusiv gezeigt werden, aber nur wenn eine Bundesligamannschaft an dem Spiel teilnimmt. 861

Viertens könnte bei der Exklusivität der Rechtepakete hinsichtlich der bisher üblichen Technologieneutralität dadurch nachjustiert werden, dass Übertragungsrechte co-exklusiv etwa für Kabel- und Satellitenempfang einerseits und für eine Abrufbarkeit im Internet andererseits ausgeschrieben werden. An der Technologieneutralität der ausgeschriebenen Rechtepakete hat die DFL anlässlich der letzten Ausschreibungsrunde für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 indes unverändert festgehalten. Eine Besonderheit tatsächlicher Natur hatte sich jedoch zunächst aus dem Umstand ergeben, dass ein erheblicher Teil der Live-Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga exklusiv an den Streaminganbieter DAZN vergeben wurde, dessen Angebot bekanntlich nicht über Satellit und Kabel abgerufen werden kann. DAZN ging in der Folge aber eine Kooperation mit Sky ein, so dass DAZN-Abonnenten die betreffenden Fußballspiele auch über andere Übertragungswege abrufen können, wenn sie ihr DAZN-Abonnement über den Bezahlsender Sky abschließen und zugleich einen Sky Q Receiver besitzen. 862

iii. Ökonomische Auswirkungen einer Intensivierung des Wettbewerbs

Die bei Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Rahmen der Effizienzerwägungen gleichfalls zu berücksichtigenden Auswirkungen auf sämtlichen nachgelagerten Märkten sind ungewiss. Dies betrifft etwa die relevanten Märkte für den Transfer von Fußballspielern, für die Vermarktung eines Spieltags durch die Ligamitglieder (insbesondere Ticketing, Hospitality) und für ihre sonstigen Vermarktungsaktivitäten (z.B. Sponsoring, Merchandising). Dies gilt gleichermaßen für den Werbemarkt, auf dem die Medienanbieter, aber auch die Bundesliga-Clubs tätig werden. Angesichts der Vielzahl möglicherweise betroffener nachgelagerter Märkte und in Ermangelung einschlägiger empirischer Daten (soweit solche überhaupt effektiv ermittelt werden können) lassen sich keine gesicherten allge- 863

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meinen Aussagen zu den ökonomischen Auswirkungen treffen, die aus der Einführung bestimmter Wettbewerbselemente (einzeln oder in Kombination) auf dem Rechte- und/oder Übertragungsmarkt resultieren.

864 Die Monopolkommission geht davon aus, dass durch die Intensivierung des Wettbewerbs im Vergleich mit Ländern, in denen das Kartellrecht weniger streng auf die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte durch eine nationale Fußballliga angewendet wird, das Risiko bestehe, dass so die finanzielle Basis der inländischen Bundesliga-Clubs geschwächt werde und dies Rückwirkungen auf den Kauf von Spielern auf dem internationalen Spielermarkt und somit im internationalen sportlichen und wirtschaftlichen Wettbewerb der Bundesliga-Clubs habe.[1366] Diese Befürchtung wird hier nicht geteilt. Denn niemand kann im Vorhinein zuverlässig abschätzen, ob und wie sich eine Belebung des Wettbewerbs auf die Gesamterlöse der Liga aus der Vermarktung der Medienrechte negativ oder – was nicht ausgeschlossen ist – auch positiv auswirken wird. Zudem hat die weitere Entwicklung auf den Spielermärkten diese erstmals im Jahr 2016 geäußerte Einschätzung der Monopolkommission nicht bestätigt. Wenn sich etwa die Fußballclubs der Premier League seit einigen Jahren – übrigens auch während der COVID-19-Pandemie[1367] – teurere und vermeintlich bessere Fußballspieler leisten können als die Ligamitglieder der DFL, so mag es hierfür viele überzeugende Gründe geben (insbesondere die im Vergleich zur Bundesliga deutlich höheren Einnahmen der Premier League aus der nationalen und erst recht aus der internationalen Vermarktung der Medienrechte) – eine Intensivierung des Wettbewerbs beim Zentralvermarktungsmodell der DFL dürfte hierfür jedoch kaum, wenn überhaupt kausal sein. Gegen die Verwirklichung des von der Monopolkommission angenommenen Risikos für die Wettbewerbsfähigkeit der Bundesliga-Clubs im europaweiten Wettbewerb spricht auch, dass die bislang von der DFL praktizierte umfassende Zentralvermarktung und der damit verbundene, gemessen an den Gesamtumsätzen der Bundesliga-Clubs relativ beschränkte Umverteilungsmechanismus allein auf die nationale Fußball-Bundesliga ausgerichtet sind. Demgegenüber stellen die Bundesligisten ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit vorrangig durch ihre individuellen sonstigen Einnahmen, insbesondere auch durch die zusätzlichen und im Grundsatz nicht innerhalb der Liga umzuverteilenden Erlöse aus der Teilnahme an der UEFA Champions League sowie – in deutlich geringerem Umfang – an der UEFA Europa League und an der UEFA Europa Conference League sicher.

1366 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 459; *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 485.

1367 *Meyhoff/Montazeri* Spiegel Online v. 1.2.2022: „Corona hat den Transfermarkt verändert. Daten zeigen: Europas Klubs investieren weiter deutlich weniger in neue Spieler, der Trend geht zum ablösefreien Wechsel. Nur die Premier League hat die Krise überwunden."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn damit die ökonomischen Auswirkungen auf den benachbarten Märkten, die sich aus dem Drehen an den beschriebenen Stellschrauben zur Belebung des Wettbewerbs auf dem Rechte- und/oder Übertragungsmarkt eventuell ergeben, kaum zuverlässig eingeschätzt werden können, stellt eine entsprechende Argumentation eine gefährliche Gratwanderung dar. Wenn man also – wie hier die Monopolkommission – auch auf Prognosen zu den Entwicklungen auf den benachbarten Märkten seine kartellrechtliche Bewertung eines Zentralvermarktungsmodells stützt, so bedarf es hierfür entweder gesicherter empirischer oder sonstiger Erkenntnisse oder aber die Prognose muss bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit daraufhin überprüft werden, ob sie zwischenzeitlich von der Realität bestätigt worden ist. 865

iv. Umsetzung neuer zusätzlicher Wettbewerbselemente

Die Einführung zusätzlicher Elemente, die den Wettbewerb auf dem Rechte- und/oder Übertragungsmarkt weiter beleben würden, könnte die erzielbaren Erlöse der Rechteinhaber reduzieren. Dies muss aber nicht der Fall sein, wie in Deutschland auch die letzten drei Ausschreibungsrunden der DFL gezeigt haben. Gleichwohl wird eine Sportliga kaum freiwillig einen solchen Prozess anstoßen, solange sie mit dem bisherigen Vermarktungsmodell zufrieden ist und bei Änderungen hieran finanzielle Einbußen nicht völlig auszuschließen sind.[1368] Soweit das BKartA künftig die Umsetzung neuer zusätzlicher Wettbewerbselemente im Hinblick auf die bisherige Praxis der Zentralvermarktung der Übertragungsrechte an den Fußball-Bundesligen durch die DFL[1369] als erforderlich ansehen sollte, um bestehende Wettbewerbsbeschränkungen zu rechtfertigen, kann die Umsetzung im Grundsatz auf zwei Wegen erfolgen: 866

Denkbar ist zunächst eine strengere Handhabung der bisherigen Praxis der Verpflichtungszusagen.[1370] Es ist nicht zu übersehen, dass das BKartA von Ausschreibungsrunde zu Ausschreibungsrunde die DFL zu weiteren, den Wettbewerb belebenden Maßnahmen veranlasst hat. Bei den mit Abstand werthaltigsten Rechten, den Live-Übertragungsrechten an den Spielen der Bundesliga, hat sich aber auch in der letzten Ausschreibungsrunde für die Spielzeiten 2021/22 bis 2024/25 nur recht wenig zugunsten der Endkunden auf dem Übertragungsmarkt verändert. Dies ist zwar von der Monopolkommission kurz darauf teils scharf kritisiert 867

1368 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 447.

1369 Zu denkbaren Maßnahmen → XIII. Rn. 858–862.

1370 Ausdrückl. gegen eine Fortsetzung dieser Praxis im Hinblick auf die Zentralvermarktung *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 471–478; s. auch *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 482: „Die Kontrolle seitens der Kartellbehörden kann das Vermarktungsmodell jedoch zum Vorteil der Verbraucher beeinflussen, indem durch die Vergabe mehrerer Rechtepakete eine Wettbewerbssituation geschaffen wird."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

worden.[1371] Indes handelt es sich hierbei um ein ständiges, unabhängiges Beratungsgremium, das die deutsche Bundesregierung, die gesetzgebenden Körperschaften sowie die Öffentlichkeit auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät – aber eben nicht das BKartA. Dieses ist an die Stellungnahmen und Empfehlungen der Monopolkommission in ihren Haupt- und Sondergutachten nicht gebunden.

868 Natürlich könnte das BKartA im Hinblick auf die Ausgangsproblematik ein Freistellungsverfahren auf der Basis von Art. 101 Abs. 3 AEUV durchführen. Die vorangehenden Erwägungen haben indes angedeutet, wie komplex sich die kartellrechtliche Problematik der Zentralvermarktung im Ligasport darstellt und wie aufwändig ein entsprechendes Freistellungsverfahren wäre. Zudem hat das BKartA zuletzt seine Aktivitäten im Bereich der Plattformökonomie und digitalen Märkte deutlich verstärkt. Deshalb mutet es eher unwahrscheinlich an, dass das BKartA hinsichtlich der Zentralvermarktung der Medienrechte im Ligasport von der aus seiner Sicht sicherlich bewährten Praxis der Verpflichtungszusagen abweichen wird, sondern es wird voraussichtlich seine begrenzten Kräfte bis auf Weiteres bei anderen wettbewerbsrechtlichen Problemfeldern konzentrieren.

869 Zu begrüßen ist in diesem Kontext der wiederholte Vorschlag der Monopolkommission,[1372] dass die EU-Kommission in Leitlinien zumindest allgemeine Grundsätze für die Definition von behördlichen Auflagen für die Durchführung von Zentralvermarktungen in der EU aufstellt, welche die nationalen Behörden bei ihren Entscheidungen zugrunde legen. Denn auf diese Weise könnte zumindest europaweit ein gewisser Gleichlauf hinsichtlich der kartellrechtlichen Bewertung der komplexen Ausgangsproblematik geschaffen werden.[1373] Selbst wenn aber keine solchen Leitlinien verabschiedet werden sollten, so könnte doch eine Freistellungsentscheidung oder vielleicht auch eine Verpflichtungszusagenentscheidung der EU-Kommission oder des BKartA, die der Zentralvermarktung im Ligasport insbesondere im Interesse einer Stärkung des Wettbewerbs und der Verbraucherinteressen engere kartellrechtliche Grenzen setzt, europaweit ausstrahlen und die Entscheidungspraxis in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen. Denn die EU-Kommission und die nationalen Kartellbehörden haben ein „Europäisches Wettbewerbsnetz“ (European Competition Network, ECN[1374]) gegründet, das beim Schutz des Wettbewerbs eng zusammenarbeitet.

1371 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 471 ff., insb. Rn. 476–479.
1372 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 498; *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 485.
1373 *Heermann* WRP 2018, 7, Rn. 78–85.
1374 Nähere Informationen hierzu auf der Website des BKartA abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Internationales/ECN/ECN_artikel.html (zuletzt besucht am 7.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(11) Art. 102 AEUV

Bislang haben weder die EU-Kommission noch das BKartA in Fällen, in denen die Zentralvermarktung im Ligasport kartellrechtlich überprüft wurde, einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB angenommen. Insoweit sind allein hypothetische Erwägungen angestellt worden. So hat die EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Missbrauchstatbestands gem. Art. 102 AEUV [damals: Art. 82 EG] Folgendes angenommen (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1375] 870

> „The question of the ownership is important because **in cases where the rights are solely owned, e.g., by the football association**, issues may arise under Article 82 EC rather than under Article 81 EC as the sale of rights would be carried out by a single seller and not jointly."

Indes ist eine solche Konstellation zumindest in den europäischen Fußballligen noch nicht aufgetreten. Dort agieren die Ligaverbände üblcherweise lediglich als Mitveranstalter bzw. Mitinhaber der Übertragungsrechte, jedoch nicht als Alleineigentümer.[1376] Selbst wenn dies anders sein sollte, verfügt ein Ligaverband dann noch nicht zwingend über eine marktbeherrschende Stellung, die Grundvoraussetzung für die Anwendung von Art. 102 AEUV ist. 871

Zudem glaubt die EU-Kommission eine denkbare Konstellation für die Anwendung des Missbrauchstatbestands ausgemacht zu haben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1377] 872

> „In the downstream markets joint buying arrangements may also be caught under Article 81(1) EC, in particular when the exclusive acquisition of sports media rights leads to foreclosure and output restrictions as a result of vertical restraints in agreements between seller and buyer or by horizontal agreements between different buyers. **In cases where ex ante (single or collective) dominance exists at the acquisition market**, under certain circumstances **the acquisition and use of exclusive sports media rights could constitute an abuse of dominance by the buyer within the meaning of Article 82 EC**."

Es ist fraglich, ob ein Medienunternehmen heute noch als marktbeherrschend zumindest auf dem deutschen Übertragungsmarkt angesehen werden kann. Denn seit geraumer Zeit werden die Live-Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga zwischen mindestens zwei Medienunternehmen aufgeteilt, wobei die jeweiligen Rechtepakete grundsätzlich exklusiv vergeben werden. Es ist zweifelhaft, dass sich in einer solchen Konstellation überhaupt die Voraussetzungen einer kollektiven Marktbeherrschung[1378] nachweisen ließen. 873

1375 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.3.1.1. a.E.
1376 Hierzu → XIII. Rn. 734 f. m.w.N.
1377 Commission Staff Working Document, Annex I Abschnitt 3.1.4.
1378 Hierzu → VII. Rn. 16–37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

874 Die Monopolkommission hat sich bislang zweimal zur Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV auf bestimmte Aspekte der Zentralvermarktung im Ligasport geäußert. Hierzu heißt es im XXI. Hauptgutachten aus dem Jahr 2016 (Hervorhebung durch *Verfasser*):[1379]

> „Schließlich kann die Durchsetzung der Vermarktungsbedingungen gegenüber Bietern durch die DFL als einseitiges unternehmerisches Verhalten angesehen werden, das in Anbetracht der **Marktmacht der DFL** den Missbrauchsregeln unterliegt (Art. 102 AEUV, § 19 GWB)."

875 Allerdings ist nicht näher untersucht worden, ob die DFL überhaupt über eine marktbeherrschende Stellung oder über Marktmacht gem. § 20 Abs. 3 GWB auf dem Rechtemarkt verfügt. Dies ist keineswegs selbstverständlich. Denn wenn auf der Marktgegenseite Medienunternehmen bei der Ausschreibung der Übertragungsrechte an den Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga nicht zum Zuge kommen, so bestehen für sie auf der Basis des sog. Bedarfsmarktkonzepts[1380] – wie die Erfahrung lehrt – doch zahlreiche Ausweichmöglichkeiten (Substitute). So ist etwa in Deutschland der Bezahlsender Sky, seit der Saison 2021/22 der *ehemalige* Platzhirsch hinsichtlich der Live-Übertragung von Spielen der Bundesliga und der UEFA Champions League, in der Folge auf andere Fußballwettbewerbe (z.B. Premier League) oder weitere attraktive Sportevents (z.B. Formel 1, deutscher Motorsport, Handball-Bundesliga, Tennisturniere in Wimbledon und Paris) ausgewichen. Auf die naheliegende Frage, ob die DFL oder UEFA auf dem jeweiligen Rechtemarkt überhaupt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, ist die Monopolkommission überraschenderweise auch nicht in ihrem XXIII. Hauptgutachten aus dem Jahr 2020 eingegangen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1381]

> „Sowohl die Europäische Kommission als auch die Monopolkommission haben zudem eine **Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung** diskutiert. Bei dem Missbrauchsverbot stellt sich die Frage der Kausalität nicht in demselben Maße. Ein Missbrauch könnte sich insbesondere aus der **Mengenbeschränkung durch ein Vermarktungsmodell** ergeben, **in dem Rechte durch einen Upstream-Monopolisten exklusiv vergeben werden**. Ein kartellbehördliches Vorgehen auf Grundlage des Missbrauchsverbots gegen die Mengenbeschränkung ist insofern naheliegend, als diese regelmäßig missbräuchlich überhöhte Preise zur Folge hat. Dem dürfte auch nicht im Wege stehen, dass gegen den kartellrechtlich zu beanstandenden Ausschreibungsinhalt möglicherweise präventiv vorzugehen wäre, weil ein Preishöhenmissbrauch im Zeitpunkt des kartellbehördlichen Vorgehens noch nicht stattgefunden hat."

876 Allerdings scheint das BKartA – übrigens ohne Bezugnahme auf das Bedarfsmarktkonzept – aufgrund einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung von einer

1379 *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. 411.
1380 → VI. Rn. 90–95 m.w.N.
1381 *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 473.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von DFL und DFB, eventuell aber auch DFL, DFB und UEFA auszugehen (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1382]

> „Wie bereits im Beschluss vom 11. April 2016 (BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Rn. 109) dargelegt, ist mit Blick auf die Entwicklung der Marktverhältnisse und das Potential des Internet darüber hinaus von hohem Gewicht, dass durch die Institutionalisierung der Koordinierung bei der **DFL ein Anbieter der Rechte** geschaffen wird, **der auf dem relevanten Rechtemarkt inzwischen über ein Quasi-Monopol verfügt, zumindest aber erhebliche Marktmacht erhält.** Denn potentieller Wettbewerb ist nicht ersichtlich. Die Marktzutrittsschranken sind weiterhin als besonders hoch anzusehen. **Die vier betroffenen Fußballwettbewerbe** [Anmerkung des *Verfassers*: gemeint sind hier offensichtlich Bundesliga und 2. Bundesliga, DFB-Pokal und DFL-Supercup, UEFA Champions League, UEFA Europa League sowie UEFA Supercup] **haben seit Jahrzehnten ihren festen und herausgehobenen Platz bei den deutschen Zuschauern und dementsprechend bei den Inhalteanbietern.** Es ist weiterhin nicht ersichtlich, dass ihre Stellung in absehbarer Zeit angreifbar wäre. **Es spricht daher im Ergebnis viel für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung von DFL/DFB** (so auch BKartA, Beschluss vom 2. Januar 2012, B6-114/10 Rn. 35), **möglicherweise** wegen des über den Rahmenterminkalender koordinierten Angebotes **auch für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung von DFL/DFB und UEFA.**“

877 Damit bleibt festzuhalten, dass Art. 102 AEUV auf die Zentralvermarktungsproblematik im Ligasport zwar theoretisch und vielleicht auch praktisch angewendet werden kann. Dies setzt jedoch zuvor ein genaue Abgrenzung des relevanten Rechtemarktes oder Übertragungsmarktes voraus, die sich freilich jeweils dynamisch fortentwickeln. Daher können bisherige Annahmen hierzu etwa in Verpflichtungszusagenentscheidungen der EU-Kommission oder des BKartA nicht ohne weiteres übernommen werden, vielmehr sollten die Prognosen anhand ökonometrischer Gutachten und empirischer Daten abgesichert werden. Erst in einem weiteren Schritt könnte dann untersucht werden, ob etwa die die Zentralvermarktung auf dem Rechtemarkt durchführende Liga oder ein Medienunternehmen auf dem Rechte- oder Übertragungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wofür, ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept, die Substituierbarkeit der angebotenen Produkte aus Sicht der Martkgegenseite maßgeblich ist. Aber auch insoweit wissen wir derzeit eigentlich zu wenig über die Präferenzen und Ausweichmöglichkeiten der Medienunternehmen auf dem Rechtemarkt und der Endkunden auf dem Übertragungsmarkt.[1383]

878 Indes weiß es das BKartA anscheinend besser, das sich insoweit mit dem knappen und nicht näher dargelegten Hinweis begnügt, dass die Bundesliga und 2. Bundesliga, DFB-Pokal und DFL-Supercup, UEFA Champions League, UEFA Europa-League sowie UEFA Supercup „seit Jahrzehnten ihren festen und herausge-

1382 Zuletzt BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 202.

1383 Deshalb hat sich zuletzt *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. 476 für die Durchführung von Zuschauerbefragungen ausgesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hobenen Platz bei den deutschen Zuschauern und dementsprechend bei den Inhalteanbietern“ haben.[1384] Eine Austauschbarkeit dieser Wettbewerbe mag zwar auf dem Rechtemarkt aus der Perspektive der Medienunternehmen anzunehmen sein,[1385] aber nicht länger auf dem Übertragungsmarkt aus der Sicht der Endkunden.[1386] Es ist nicht absehbar, wie in diesem Punkt künftig die (vorläufige) rechtliche Einschätzung des BKartA aussehen wird. Da es sich aber nun bereits zum wiederholten Male recht weit aus dem Fenster gelehnt hat, ist nicht auszuschließen, dass es im Bedarfsfall – für den *Verfasser* bislang noch nicht erkennbare – Mittel und Wege finden wird, um das Zentralvermarktungsmodell der DFL auch aus der Perspektive des Missbrauchstatbestands zu würdigen.

dd) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

879 Die Einschätzung der EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007[1387]

> „The area of sport media rights is particularly sensitive to antitrust violations.”

hat sicherlich auch heute noch Gültigkeit. Was im Hinblick auf die von Sportligen praktizierte Zentralvermarktung der Medienrechte an Ligaspielen aus kartellrechtlicher Perspektive gefährlich klingen mag, ist freilich kein juristischer Stolperstein. Ligasport – zumal im Fußball – ist längst nicht nur hierzulande verbreitet zu einer Art Ersatzreligion geworden, die allerdings nicht mit einer weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates im klassischen Sinne einhergeht. Soweit sich Sport- und Ligaverbände wie Dritte im Rechtsverkehr betätigen und insoweit nicht unter dem Schutz der Verbandsautonomie handeln, müssen sie etwa bei der Entfaltung unternehmerischer Aktivitäten die durch das Kartellrecht gesetzten Grenzen beachten. Allerdings haben sich die Wettbewerbshüter hierbei im Hinblick auf die von der Zentralvermarktung im Ligasport ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen bislang keineswegs auf einem harten Konfrontationskurs befunden.

880 Solange Kartellbehörden die Praxis der Verpflichtungszusagen beibehalten werden, wird das Modell der zentralen Vermarktung der (Live-)Medienrechte an Sportveranstaltungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aus kartellrechtlichen Gründen nicht vollständig untersagt werden. Zum Ausgleich der dadurch bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen werden die Kartellbehörden aber auch weiterhin auf der Umsetzung wettbewerbsbelebender Elemente beharren. Art, Weise und Ausmaß solcher wettbewerbsfördernden Maßnahmen sind

1384 Zuletzt BKartA 20.3.2020 – B6-28/19 = BeckRS 2020, 19496, Rn. 202.
1385 → XIII. Rn. 738 f.
1386 → XIII. Rn. 740 f.
1387 Commission Staff Working Document, Abschnitt 4.8.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ungewiss und nicht zuverlässig zu antizipieren. Das BKartA hat den Wettbewerb zwar in der Vergangenheit im Vorfeld der alle vier Jahre stattfindenden Ausschreibung der audiovisuellen Rechte an den Spielen der Fußball-Bundesligen tendenziell zunehmend belebt, allerdings jeweils nur in eher homöopathischen Dosen.

8. Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des Court of Arbitration for Sport

a) Ausgangslage und weiteres Vorgehen

Die Vorteile, aber insbesondere auch die Nachteile, die für Athleten und Sportclubs mit einem Verfahren vor dem CAS verbunden sind, sind bereits zuvor ausführlich analysiert und rechtlich bewertet worden.[1388] Dabei hat sich herausgestellt, dass die Verfahrensvorschriften, die für Schiedsgerichtsverfahren vor dem CAS gelten, sich im Rahmen des – teils gerade noch – rechtlich Zulässigen bewegen. Nachfolgend zu analysierende Ansätze einerseits der EU-Kommission und andererseits des BKartA zeigen jedoch, dass diese Nachteile sich nach Ansicht der genannten Kartellbehörden zumindest mittelbar auf die kartellrechtliche Bewertung von wettbewerbsbeschränkenden Statuten oder Maßnahmen eines Sportverbandes sollen auswirken können. Daher soll – unmittelbar anknüpfend an die Erwägungen in vorangehenden Abschnitten – diese Thematik hier nochmals aufgegriffen werden. In einem ersten Schritt wird in diesem Abschnitt untersucht, inwieweit sich die Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren allgemein auf die kartellrechtliche Bewertung wettbewerbsbeschränkender Verbandsstatuten oder -maßnahmen auswirken. Sodann wird im nachfolgenden Abschnitt[1389] in einem zweiten Schritt der kontrovers diskutierten Frage nachgegangen werden, ob und – wenn ja – wie sich die Rechtsschutzdefizite bei Schiedsgerichtsverfahren vor dem CAS auf die rechtliche Wirksamkeit entsprechender Schiedsvereinbarungen auswirken. 881

1388 → IV. Rn. 147–354 m.w.N.
1389 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ansätze der Kartellbehörden

aa) EU-Kommission und EuG im Verfahren ISU's Eligibility Rules

882 Lange Zeit nach der Veröffentlichung des Beschlusses der EU-Kommission in dem Verfahren *ISU's Eligibility Rules* vom 8.12.2017[1390] waren dort die Erwägungsgründe 270–285 nicht wörtlich wiedergegeben worden, stattdessen war der folgende Hinweis zu lesen: „Confidentiality claim pending". Die von Beginn an veröffentlichte Überschrift zu dem betreffenden Abschnitt 8.7. lautet: „The Appeals Arbitration rules reinforce the restrictions of competition". Allein, die Begründung für diese erstaunliche These fehlte zunächst weitestgehend. Dies weckte natürlich die Neugierde nicht nur des *Verfassers*. Dieser aus wissenschaftlicher Sicht unbefriedigende Zustand hielt zumindest bis Anfang des Jahres 2020 an.[1391]

883 Nachdem die ISU gegen den genannten Beschluss der EU-Kommission Klage eingereicht hatte, verkündete das EuG seine Entscheidung am 16.12.2020.[1392] Zuvor müssen auch die fehlenden Erwägungsgründe in der am 8.12.2017 zunächst lückenhaft veröffentlichten Entscheidung der EU-Kommission ergänzt worden sein, denn das EuG hat in seinem Urteil hierauf Bezug genommen.[1393] Die nachträglich eingefügten rechtlichen Erwägungen sind durchaus brisant und geeignet, einen Schatten auf den guten Ruf, den der CAS im Sport weltweit genießt, zu werfen. Zudem dürfen sich viele, die die rechtlichen Rahmenbedingungen für Schiedsverfahren vor dem CAS in den letzten Jahren kritisiert haben,[1394] bestätigt fühlen. In der Sache sind die Feststellungen der EU-Kommission zu den mit Verfahren vor dem CAS verbundenen Rechtsschutzdefiziten zwar fast durchweg nicht neu. Allerdings waren die betreffenden Aspekte zuvor von staatlichen Gerichten wie etwa dem SchweizBG, dem BGH und zuletzt auch dem EGMR in Entscheidungen, die jeweils den CAS als echtes Schiedsgericht einstufen,[1395] nahezu vollständig ausgeblendet worden. In deutlichem Kontrast hierzu hat die EU-Kommission die betreffenden Defizite zusammengetragen und im konkreten Verfahren daraus den Schluss gezogen, dass die bereits durch die statutarischen Zulassungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte der ISU bewirkten Wettbewerbs-

1390 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; hierzu bereits → VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8 und XIII. Rn. 73–100, jew. m.w.N.

1391 Seinerzeit befasste sich der *Verfasser* zur Vorbereitung dieses Werkes wieder einmal mit der genannten Entscheidung der EU-Kommission, wobei er noch auf den genannten Hinweis stieß. *Opfermann*, dessen Dissertation sich auf dem Stand September 2020 befindet, hat in seinem Werk die erst nachträglich veröffentlichten Erwägungsgründe nicht berücksichtigt.

1392 EuG ECLI:EU:T:2020:610 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.

1393 EuG ECLI:EU:T:2020:610, z.B. Rn. 36 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.

1394 → IV. Rn. 251–334 m.w.N.

1395 → IV. Rn. 251–265 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschränkungen für Athleten und Konkurrenzveranstalter durch den Zwang zur Durchführung etwaiger Rechtsstreitigkeiten vor dem CAS verstärkt würden.[1396]

884 Es soll hier nicht gemutmaßt werden, wer zunächst die Veröffentlichung der Passagen zu verhindern versucht hatte. Das geplante Versteckspiel war jedenfalls letztlich nicht erfolgreich. Allerdings hatte sich zum Zeitpunkt der nachträglichen Ergänzung der zunächst fehlenden Erwägungsgründe die Diskussion um die bahnbrechende Entscheidung der EU-Kommission in dem Verfahren *ISU's Eligibility Rules* im Wesentlichen bereits gelegt, so dass diese Aktion sogar im sportrechtlichen Schrifttum noch einige Zeit unter dem Radar fliegen konnte.

885 Daher sollen die betreffenden Erwägungsgründe in wesentlichen Teilen, d.h. die Erwägungsgründe 268–277, nachfolgend wörtlich wiedergegeben und zugleich in Beziehung zu den in vorangehenden Abschnitten gewonnenen Erkenntnissen gesetzt werden (Hervorhebungen durch *Verfasser*; in die Erwägungsgründe eingefügte Fußnoten werden nicht zitiert):[1397]

> „**8.7. The Appeals Arbitration rules reinforce the restrictions of competition**
>
> (268) According to the Appeals Arbitration rules, appeals against the implementation of the Eligibility rules are subject to the exclusive jurisdiction of the Court of Arbitration for Sport (CAS) based in Lausanne, Switzerland, which is the only appeal body for decisions of the ISU Council declaring the ineligibility of ‚*a Skater, Official, Office Holder or other participant in ISU activities*'.
>
> (269) Arbitration is a generally accepted method of binding dispute resolution and agreeing on an arbitration clause as such does not restrict competition. However, **the Commission takes the view that the Appeals Arbitration rules reinforce the restrictions of competition that are caused by the Eligibility rules.**"

886 Bis zu dieser Stelle waren die Erwägungsgründe zunächst veröffentlicht worden. Es fehlte freilich die Begründung für die Rechtsauffassung, dass die im konkreten Fall bereits festgestellten, durch die Zulassungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte der ISU bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen durch die Verfahrensregeln für Berufungsverfahren vor dem CAS verstärkt würden. Diese Andeutung reichte aber etwa dem BKartA[1398] aus, um den argumentativen Ansatz 14 Monate später zu übernehmen. Sodann hat die EU-Kommission schließlich die Begründung für den angeblich verstärkenden Effekt (nach)geliefert:

> „(270) First, **the Appeals Arbitration rules make it difficult to obtain effective judicial protection against ineligibility decisions of the ISU that violate Article 101 of the Treaty.**
>
> (271) The Appeals Arbitration rules provide that **all decisions of the CAS shall be final and binding. Judicial recourse against CAS arbitral awards** is possible, but **only**

1396 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 269, 277 – ISU's Eligibility Rules; krit. *Wallsten/Sher* ECLR 2020, 514 (516).
1397 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 268–277 – ISU's Eligibility Rules.
1398 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 121 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **before the Swiss Federal Tribunal on a very limited number of grounds**, such as lack of jurisdiction, violation of elementary procedural rules or incompatibility with public policy. **The Swiss Federal Tribunal has ruled that Union competition law does not pertain to international public policy in the sense of the Swiss legal order. The Swiss Federal Tribunal is therefore not likely to annul a CAS arbitral award that confirms an ineligibility decision taken in violation of Article 101 of the Treaty.** The Commission adds that, even if **the Swiss Federal Tribunal** were to apply the Union competition rules, it **cannot – unlike national courts within the Union – refer a question for preliminary ruling to the Court of Justice** in case of doubts about the interpretation of those rules."

887 Zunächst ist positiv hervorzuheben, dass gem. R59 Procedural Rules im Hinblick auf Berufungsverfahren vor dem CAS nicht allein festgestellt wird, dass der Schiedsspruch endgültig und bindend ist, sondern – anders als in Schiedsordnungen mancher Sportverbände – zugleich die Möglichkeit zur Durchführung eines Aufhebungsverfahrens vor einem nationalen staatlichen Gericht ausdrücklich angesprochen wird. Dass die Aufhebung allerdings nur aus bestimmten verfahrensrechtlichen Gründen sowie in materiell-rechtlicher Hinsicht allein bei einem Verstoß gegen den nationalen *ordre public* erfolgreich sein kann,[1399] zu dem in der Schweiz das Unionskartellrecht gerade nicht gehört,[1400] dürfte allenfalls Experten des Schiedsverfahrensrechts sowie des (Sport-)Kartellrechts bekannt sein. Entsprechendes gilt hinsichtlich der für Athleten bestehenden Nachteile, die aus dem Umstand resultieren, dass der CAS keine Vorlageberechtigung an den EuGH hat.[1401] Sodann hat sich die EU-Kommission dem Aspekt der verbandsinternen Vollstreckung von Sanktionsmaßnahmen zugewendet:

> „(272) CAS awards are enforceable in any court of competent jurisdiction. However, once an ineligibility decision is imposed by the ISU, **there is generally no need for enforcement by national courts because the ISU has the disciplinary power to enforce the decision itself (in cooperation with its Members)**: the ineligible speed skater will not be allowed to participate in ISU events and will not be registered on the participants' lists for those events. **Although many awards have been rendered by CAS, only in very few instances has their recognition and enforcement been sought before the national courts.**
>
> (273) As also noted by the ISU, only if an athlete were to bring a **civil action triggering an enforcement dispute in a Member State** where it is denied participation in an ISU skating event **would a national court within the EEA** [Anmerkung: European Economic Area] **have competence to review whether the recognition and enforcement of the CAS arbitral award** (confirming an ineligibility decision) **violates EU/EEA competition law.** However, even if the national court of a Member State were to engage in such a review and to deem the circumstances of the case sufficiently exceptional to refuse the recognition and enforcement of the arbitral

1399 Hierzu bereits → IV. Rn. 316–325 m.w.N.

1400 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/*Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

1401 Hierzu bereits → IV. Rn. 311 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> award, it could under no circumstances annul an anticompetitive ineligibility decision by the ISU or a CAS arbitral award for violation of Article 101 and/or Article 102 of the Treaty. **A national court could merely refuse recognition or enforcement of the arbitral award for reasons of public policy in that specific Member State.**"

Dieser Aspekt ist zuvor bereits herausgearbeitet worden.[1402] Was für Sportverbände überaus vorteilhaft ist, bedeutet auf der anderen Seite für die wettbewerbsbeschränkenden Verbandsregeln unterworfenen Athleten und Sportclubs ein nicht zu unterschätzendes Rechtsschutzdefizit, weil staatliche Vollstreckungsmechanismen und die Rechtsschutzmöglichkeiten hiergegen durch die Verhängung sportbezogener Sanktionen systematisch umgangen werden. 888

> „(274) Moreover, **the Procedural Rules of the CAS purport to remove the rights of athletes to have recourse to national courts in the EEA for interim relief.** Rule 37 of the Procedural Rules of the CAS provides for the possibility of provisional and conservatory measures, stating that the parties ‚*expressly waive their rights to request any such measures from state authorities or tribunals*'.
>
> (275) **The Appeals Arbitration rules, and in particular the exclusive competence of CAS therefore make it very difficult to obtain effective judicial protection against a potentially anti-competitive ineligibility decision of the ISU.** In particular, it would be burdensome and costly to try to block the enforcement of an arbitral award in every Member State where an athlete would like to participate in an ISU speed skating event (athletes generally participate in international speed skating events all over the world). Moreover, many scheduled speed skating events are likely to have already taken place by the time that a national court in the EEA would decide on the compatibility of the CAS arbitral award with Article 101 of the Treaty and interim relief is unlikely to be obtained in the light of Rule 37 of the Procedural Rules of the CAS."

In diesen beiden Erwägungsgründen hat die EU-Kommission anschaulich dargestellt, wie sich die zuvor herausgearbeiteten Aspekte in der Praxis auf einen Athleten auswirken, dem die Erlaubnis für die Teilnahme an einem privaten, d.h. nicht vom Sportverband organisierten, Konkurrenzevent versagt worden ist. Der Zeitfaktor begünstigt die Sportverbände, insbesondere wenn der Zugang der den Verbandsregeln unterworfenen Athleten und Sportclubs zu einstweiligen Rechtsschutzmaßnahmen staatlicher Gerichte weitgehend versperrt ist. Wenn die Teilnahmeerlaubnis vom Verband – möglicherweise sogar für Sportveranstaltungen in verschiedenen Staaten – verweigert worden ist und der sich eigentlich auf seine sportlichen Aktivitäten konzentrierende Spitzenathlet Zeit und Geld zur Wahrung seiner Rechte investieren müsste, begünstigt die normative Kraft des Faktischen eindeutig die Sportverbände. 889

1402 → IV. Rn. 326–334 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

890 Sodann ist die EU-Kommission in einem nächsten Schritt auf die mit faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen verbundene Rechtsproblematik eingegangen:

> „(276) Second, in the light of the ISU's position as the international governing body for speed skating and the impossibility of professional speed skaters to skate in alternative international speed skating events, **athletes have no real choice but to accept the Appeals Arbitration rules and the exclusive competence of the CAS**. If they oppose the signing of the arbitration clause, they are not able to compete in ISU speed skating events and therefore not able to carry out their profession. **The Swiss Federal Tribunal has acknowledged that there is a lack of real consensus given by the athletes to adhere to compulsory arbitration**. Moreover, the difficulty imposed by the Appeals Arbitration rules for athletes to obtain effective judicial protection against potentially anti-competitive ineligibility decisions in and of itself supports the conclusion that **athletes' choices to submit themselves to those rules are not truly voluntary**."

891 Die Tatsache, dass sich Athleten regelmäßig aufgrund faktischen Zwangs auf Schiedsvereinbarungen (u.a. auch zum CAS) einlassen,[1403] hat die EU-Kommission nicht veranlasst, im konkreten Fall eine Unwirksamkeit der betreffenden Schiedsklausel anzunehmen.[1404] Stattdessen hat die Behörde einen durchaus innovativen, wenngleich diskussionswürdigen Ansatz gewählt, um den Rechtsschutzdefiziten bei Sportschiedsgerichtsverfahren vor dem CAS im Rahmen der Anwendung des Kartellrechts auf wettbewerbsbeschränkende Verbandsstatuten und/oder -maßnahmen Rechnung tragen zu können:

> „(277) In the view of the Commission, **the hurdles that the Appeals Arbitration rules impose on athletes** in obtaining effective judicial protection against potentially anticompetitive ineligibility decisions of the ISU **reinforce the restriction of their commercial freedom and the foreclosure of ISU's potential competitors** as set out in Sections 8.3 and 8.4, since those rules protect potentially anti-competitive decisions of the ISU Council issued under the Eligibility rules by curtailing the reach of EU/EEA competition law to those decisions."

892 Man mag sich fragen, wie sich solch ein neuartiger, ja überraschender Ansatz rechtsdogmatisch begründen lässt, zumal die EU-Kommission sich hierzu erst nachträglich im Verfahren vor dem EuG äußerte.[1405] Dabei verwies sie auf Punkt 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02 v. 1.9.2006). Das EuG hat diesen Ansatz aus verschiedenen Gründen für nicht tragfähig gehalten, wobei es insbesondere auf folgende Umstände Bezug genommen hat:[1406]

1403 Hierzu bereits ausf. → IV. Rn. 220–236 m.w.N.
1404 So i.Erg. auch EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 269 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission; hierzu noch ausf. → XIII. Rn. 914–944.
1405 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 143 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.
1406 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 144 ff. = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- die fehlende Verhängung einer Geldstrafe im konkreten Fall,
- das Nichtvorliegen von erschwerenden Umständen, die eine Erhöhung der Geldbuße hätten rechtfertigen können, sowie
- die Möglichkeit der beeinträchtigten Athleten und konkurrierenden Privatveranstalter, im Falle gegen Art. 101, 102 AEUV verstoßender Zulassungsverweigerungen vor nationalen Gerichten Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Den beschriebenen Ansatz der EU-Kommission hat nachfolgend das EuG hinsichtlich dieser rechtlichen Teilproblematik anders beurteilt (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[1407] 893

> „Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass **die Tatsache, dass die Schiedsgerichtsvorschriften dem CAS die ausschließliche Zuständigkeit für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Nichtzulassungsentscheidungen übertragen haben, und die Tatsache, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im vorliegenden Fall verbindlich vorgeschrieben ist, keine rechtswidrigen Umstände darstellen, die die festgestellte Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall schädlicher machen**, so wie die im Sinne von Ziff. 28 der Leitlinien von 2006 aufgezählten Umstände. Demnach **konnte die Kommission nicht feststellen, dass die Schiedsgerichtsvorschriften einen erschwerenden Umstand darstellten**, und daher konnte sie nicht den Schluss ziehen, dass sie die von den Zulassungsbestimmungen ausgehenden Beschränkungen verschärften."

Damit scheint auf den ersten Blick bei der kartellrechtlichen Bewertung die Berücksichtigung von Umständen, die eine bereits festgestellte Wettbewerbsbeschränkung verstärken sollen, unzulässig zu sein. Festzustellen ist indes auch, dass das EuG die Rechtsschutzdefizite, die mit Sportschiedsgerichtverfahren vor dem CAS verbunden sind, als solche in keiner Weise in Zweifel gezogen, sondern unter Hinweis auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen[1408] lediglich relativiert hat.[1409] 894

Solche Schadensersatzansprüche sind allerdings nur ein unzureichender Ausgleich für diejenigen Rechtsschutzdefizite, auf die sich den Verbandsregeln unterworfene Athleten und Konkurrenzveranstalter bei Zulassungsstreitigkeiten anlässlich Schiedsgerichtsverfahren vor dem CAS aufgrund faktischen Zwangs einlassen müssen.[1410] Denn das EuG fordert sie auf, nach einer möglicherweise kartellrechtswidrigen Zulassungsentscheidung, der bereits ein letztlich erfolgloses Verfahren vor der Sport(schieds)gerichtsbarkeit und gegebenenfalls vor einem staatlichen Gericht im Aufhebungsverfahren vorausgegangen ist, vor nationalen staatlichen Gerichten Schadensersatzklagen zu verfolgen. Dies ist nicht nur mit weiterem erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbunden, sondern – wie die 895

1407 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 163 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.
1408 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 157 f. = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.
1409 So auch *Opfermann* 271 Fn. 319, 301 Fn. 557.
1410 So i.Erg. auch *Opfermann* 384 Fn. 1219.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bisherige Praxis zeigt – ein überaus steiniger Weg. Bereits der substantiierte Vortrag des entstandenen Schadens dürfte die klagenden und beweisbelasteten Athleten und Konkurrenzveranstalter vor große Herausforderungen stellen und Sportverbänden in solchen Schadensersatzverfahren, die sich sodann zumeist über mindestens zwei Instanzen erstrecken dürften, zahlreiche erfolgversprechende Verteidigungsoptionen eröffnen.

896 Es mag sein, dass das EuG Athleten und privaten Konkurrenzveranstaltern durch den Verweis auf etwaige Schadensersatzansprüche mit gutem Vorsatz Hilfe zur Selbsthilfe leisten wollte. Tatsächlich hat es aber in einem ersten Schritt bestätigt, dass Sportverbände für Athleten und private Konkurrenzveranstalter, die in Zulassungsverfahren ihre Rechte durchsetzen wollen, durch den faktischen Zwang zur Einlassung auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit insbesondere vor dem CAS die juristische Latte bereits auf eine kaum überwindbare Höhe gelegt haben. Sodann hat das EuG durch den Verweis auf etwaige Schadensersatzansprüche in einem zweiten Schritt die Latte nochmals spürbar höher gelegt. Damit werden die vielgepriesenen Vorteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit, zu denen zweifelsohne auch die (Aussicht auf eine) zügige Streiterledigung gehört, *ad absurdum* geführt. Denn Sportverbände dürfen nunmehr davon ausgehen, dass nach diesem Eingreifen des EuG die Zahl von lästigen Zulassungsstreitverfahren noch weiter abnehmen wird. Zudem wird nicht jeder Athlet so viel Zielstrebigkeit und Ausdauer mitbringen sowie Zeit und nicht zuletzt eigene finanzielle Mittel aufwenden wollen und/oder können wie etwa der ehemalige deutsche Dreispringer Charles Friedek. Dieser war vom DOSB – wie sich erst später herausstellte – zu Unrecht nicht für die Teilnahme an den Olympischen Sommerspielen 2008 in Peking nominiert worden, erhielt aber erst acht Jahre später (!) nach einem wahren Prozessmarathon eine finanzielle Entschädigung.[1411]

897 Ob es sich bei der dargestellten rechtlichen Wertung des EuG im *ISU*-Verfahren um eine Einzelfallentscheidung handelt oder ob die dargestellten rechtlichen Erwägungen zur Verstärkung einer bereits festgestellten Wettbewerbsbeschränkung doch der Verallgemeinerung fähig sind, wird die Zukunft zeigen. Denn die abschließende Entscheidung des EuGH in der Angelegenheit (Rs. C-124/21 P) steht noch aus (Stand: 7.2.2022).

1411 Im Jahr 2009 war im schiedsgerichtlichen Hauptsacheverfahren, in welchem das Kartellrecht keine Rolle gespielt hatte, rechtskräftig festgestellt worden, dass die Nichtnominierung unrechtmäßig gewesen sei. In den folgenden sechs Jahren hatte der Dreispringer durch drei Instanzen vor staatlichen Gerichten einen Schadensersatzanspruch verfolgt, der ihm letztlich vom BGH mit Urteil vom 13.10.2015 – seinerzeit hatte Friedek seine sportliche Karriere schon längst beendet – dem Grunde nach rechtskräftig zuerkannt wurde. Zum Verfahrensgang vgl. den Überblick in BGHZ 207, 144, Rn. 7 f. = CaS 2015, 407 (406) – Charles Friedek. Bevor das LG Frankfurt/Main, an das der BGH den Rechtsstreit zurückverwies, entscheiden konnte, einigten sich Friedek und der DOSB im Jahr 2016 auf einen Vergleich. Im gleichen Jahr wurde Friedek DLV-Bundestrainer im Dreisprung.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) BKartA im Verfahren Rule 40 Bye-Law 3 OC

898 Es ist zu vermuten, dass der im vorangehenden Abschnitt analysierte Ansatz der EU-Kommission rund 14 Monate später dem BKartA in dem Verfahren zu den Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer als Vorbild gedient hat. Mag das BKartA auch nicht ausdrücklich die argumentative Steilvorlage der EU-Kommission aufgenommen haben, so hat es doch deren Entscheidung im *ISU*-Verfahren zur Kenntnis genommen, ausgewertet[1412] und daraufhin festgestellt, dass die im konkreten Verfahren bereits festgestellte Wettbewerbsbeschränkung durch besondere weitere Umstände „verstärkt" werde. Dabei hat das BKartA die rechtlichen Akzente etwas anders als zuvor die EU-Kommission gesetzt, so dass auch die Passagen des betreffenden Verpflichtungszusagenbeschlusses in ähnlicher Weise wie vorangehend die einschlägigen Erwägungsgründe der EU-Kommission dargestellt und bewertet werden sollen (Hervorhebungen durch *Verfasser*; in die Entscheidungsgründe eingefügte Fußnoten sind an die hier verwendete Zitierweise angepasst):[1413]

> „121. **Die Wettbewerbsbehinderung**, die mit diesen nach vorläufiger Bewertung unverhältnismäßigen Einschränkungen verbunden ist, **wird durch das** für den Fall eines Verstoßes durch einen Athleten bzw. seinen Sponsor vorgesehene **Sanktionsregime, d.h. die möglichen Sanktionen und den Rechtsschutz dagegen**, aus derzeitiger Sicht der Beschlussabteilung **noch weiter verstärkt**."

899 Anders als die EU-Kommission hat das BKartA die verschärfenden Umstände nicht – zumindest nicht vorrangig – aus den Verfahrensregeln für Berufungsverfahren vor dem CAS, sondern aus dem Sanktionsregime[1414] und den damit verbundenen Rechtsschutzmöglichkeiten abgeleitet, welche bei Verstößen gegen die Werbevorschriften des IOC und DOSB greifen.

> „122. Die Möglichkeit, auch **sportbezogene Sanktionen** zu verhängen, erscheint in den hier in Rede stehenden Konstellationen **unverhältnismäßig**. Diese Sanktionen können erhebliche Auswirkungen auf die sportliche Karriere eines Athleten und damit seine weitere Berufsausübung haben. Sie können beispielsweise Anlass für eine außerordentliche Kündigung bestehender Sponsorenverträge oder den Ausschluss aus Förderprogrammen sein, so dass die weitere Finanzierung des Athleten nicht gesichert ist. Eine Wettkampfsperre geht mit dem Ausschluss aus dem Nationalkader und dem Verlust von Trainingsmöglichkeiten einher. Je nach Dauer der Sperre und Alter des Athleten kann dies die Beendigung seiner Sportlerkarriere zur Folge haben. Allein die Möglichkeit der Verhängung einer solchen Sanktion kann nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung daher eine abschreckende Wirkung auf Athleten haben und dazu führen, dass sie selbst von der durch den

1412 Vgl. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 103 sowie Fn. 6, 58, 61 und 63 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1413 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 121–126 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.
1414 Ausf. zu sportlichen Sanktionen zur Erhaltung der Regeltreue *Opfermann* 387–409.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> DOSB-Leitfaden 2016 sehr eingeschränkten Möglichkeit von Individualwerbung keinen Gebrauch machen."

900 Im konkreten Fall hat das BKartA mit diesen beachtlichen und nachvollziehbaren sowie sachgerechten Gründen „sportbezogene Sanktionen" als unverhältnismäßig eingestuft und darin eine Verstärkung derjenigen Wettbewerbsbeschränkung erblickt, die bereits durch die statutarischen Werbebeschränkungen als solche bewirkt wurde. Stattdessen hätte das BKartA vermutlich sowohl die Verbandsvorschrift als auch die mit einem Verstoß hiergegen einhergehende Sanktionsmaßnahme jeweils gesondert als Wettbewerbsbeschränkung einstufen können. Angesichts der Athleten drohenden Auswirkungen auf ihre sportliche Karriere sowie ihre weitere Berufsausübung hätte sich die Sanktionsmaßnahme spätestens auf der letzten Stufe des *Meca-Medina*-Tests im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit[1415] als nicht rechtfertigungsfähig erwiesen, so dass die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung kaum hätte gerechtfertigt werden können. Insoweit besteht strukturell ein gravierender Unterschied zum Sachverhalt, der der Entscheidung der EU-Kommission im *ISU*-Verfahren zugrunde lag.[1416]

901 In der nächsten Randnummer seiner Entscheidungsgründe hat das BKartA sodann das Augenmerk auf einen weiteren wichtigen Aspekt gelenkt:

> „123. **Auf der anderen Seite wird durch einen Verstoß gegen Regel 40 DF Nr. 3 OC die Gewährleistung eines fairen sportlichen Wettkampfs nicht unmittelbar beeinträchtigt.** Zwar könnten Regelverstöße zu Mehreinnahmen des einzelnen Sportlers führen. Es ist jedoch nach derzeitiger Auffassung der Beschlussabteilung nicht ersichtlich, dass sich diese Mehreinnahmen in messbarer Weise in eine Steigerung der sportlichen Leistungen des einzelnen Sportlers übertragen ließen, welche zu einer mehr als nur theoretischen Verzerrung der Wettkampfchancen führen könnte. Dementsprechend lässt sich auch Regel 40 DF Nr. 3 OC mit einem solchen ‚financial fairplay' nicht in den Zusammenhang stellen. **Den verbleibenden potentiellen Schäden eines Verstoßes** – z.B. der Gefährdung eigener Vermarktungsaktivitäten der Beteiligten sowie der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der Olympischen Spiele – **dürfte auch durch finanzielle Sanktionen hinreichend Rechnung getragen werden können.** Denn bei der Berechnung von Schadensersatz und/oder Vertragsstrafe können – auch wenn diese nicht prohibitiv sein dürfen – die Schwere des jeweiligen Verstoßes sowie der Gewinn für Sportler und Sponsor angemessen berücksichtigt werden."

902 Es leuchtet unmittelbar ein, dass Verstöße gegen Verbandsstatuten, die die unmittelbare Sportausübung betreffen und sich künftig hierauf auswirken können, vorrangig sportbezogene Sanktionen nach sich ziehen sollten, die aber durchaus mit Geldbußen verknüpft werden können. Dies ist nicht nur sachgerecht, sondern

1415 Allg. hierzu → VI. Rn. 310–313.

1416 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 269 – ISU's Eligibility Rules; zum Wortlaut → XIII. Rn. 885.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die Sportverbände auch praktisch, weil zumindest die sportbezogenen Sanktionen, falls sie in einem streitigen Verfahren letztlich durch die Entscheidung eines Sportschiedsgerichts bestätigt werden sollten, schon zuvor verbandsintern und damit unter Ausschaltung des Vollstreckungsschutzes gegen Schiedssprüche vor nationalen staatlichen Gerichten vollstreckt werden können.[1417] Wenn dieses System sportbezogener Sanktionen aber auf Verstöße von Athleten gegen Verbandsstatuten ausgeweitet wird, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Sportausübung stehen, dann besteht nur noch ein recht loser Bezug zwischen der Verletzung der nicht rein sportbezogenen Regel und einer sich daran anschließenden sportbezogenen Sanktion. In solchen Konstellationen dürfte es in der Tat zumeist sachgerecht sein, finanzielle Sanktionen zu verhängen. Diese sind sodann freilich für die Sportverbände mit dem Nachteil verbunden, dass im Falle einer Zahlungsverweigerung letztlich staatliche Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen werden müssten. Dabei könnte die finanzielle Sanktion verbandsextern gegebenenfalls einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden – eine Konstellation, die Sportverbände erfahrungsgemäß zu vermeiden versuchen.

903 Die vom BKartA aufgegriffene Problematik hat noch eine weitere Dimension. Wie bereits dargelegt,[1418] sind Sportverbände spätestens seit den 1990er Jahren zunehmend dazu übergegangen, verbandsunabhängige Dritte, die selbst nicht unmittelbar als Athleten an Sportwettkämpfen teilnehmen (z.B. Spielervermittler, Sportausrüster, Investoren), an die Verbandsstatuten zu binden und sie bei Verstößen hiergegen zu sanktionieren. Dabei werden aus den genannten Gründen auf die unternehmerische Tätigkeit bezogene gegenüber finanziellen Sanktionen bevorzugt. In diesem Umfeld können sich sodann vergleichbare (kartell)rechtliche Probleme stellen.[1419]

904 Im Anschluss hat das BKartA in ähnlicher Weise wie zuvor die EU-Kommission[1420] die Rechtsschutzdefizite herausgearbeitet, die sich bei kartellrechtlichen Verfahren vor dem CAS ergeben:

> „124. Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer individuellen Werbemaßnahme eines deutschen Athleten nach Maßgabe des DOSB-Leitfadens 2016 unterlagen ebenso wie Streitigkeiten über Nominierungsentscheidungen oder Dopingverstöße der ausschließlichen Sportschiedsgerichtsbarkeit. **Verfahren vor dem CAS sind für die deutschen Athleten im Vergleich zu Verfahren vor der staatlichen deutschen Gerichtsbarkeit aber regelmäßig mit einem erhöhten zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden. Zudem ist im Fall einer Verhängung sportbezogener Sanktionen wegen eines Verstoßes gegen Regel 40 DF Nr. 3 OC nicht gesichert, dass das konkrete Vorgehen der Beteiligten gegen den Athleten auch nach EU-Kartellrecht ge-**

1417 Hierzu bereits → IV. Rn. 326–334 m.w.N.
1418 → XII. Rn. 9–18 m.w.N.
1419 S. hierzu auch *Opfermann* 395.
1420 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 273–275 – ISU's Eligibility Rules.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **richtlich überprüft wird. Nach der jüngsten Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts gehören die EU-kartellrechtlichen Regelungen nicht zum (materiellen) ordre public, so dass entsprechende Verstöße in Beschwerdeverfahren gegen Schiedsentscheidungen des CAS nicht geprüft werden.** (Fn. 69: Vgl. SchweizBG 8.3.2006 – 4P.278/2005, Ziffer 3.1, 3.2 (abrufbar unter https://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm), (unter ausdrückl. Abkehr von einer früheren Entscheidung vom 13.11.1998 – 4P.119/1998).) Auch eine kartellrechtliche Überprüfung im Rahmen des **Rechtsschutzes gegen Vollziehungsmaßnahmen vor deutschen Gerichten** scheidet aus. Zwar gehören die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften zu den vom Gericht insoweit zu beachtenden nationalen Vorschriften der öffentlichen Ordnung, dem sog. Ordre Public. **Ein solcher Rechtsschutz ist jedoch in der Regel nicht möglich, da sportbezogene Sanktionen selbstvollziehend sind, d.h. von den Beteiligten ohne Unterstützung durch staatliche Organe umgesetzt werden können.**“

905 Die vorangehenden Ausführungen des BKartA betreffen eine sportbezogene Sanktion gegenüber Athleten wegen eines Verstoßes gegen eine Verbandsvorschrift, die – anders als im *ISU*-Verfahren der EU-Kommission – gerade nicht die unmittelbare Sportausübung betrifft und sich hierauf künftig auch nicht auswirken kann. Das BKartA hätte aufgrund der Rechtsschutzdefizite insoweit vermutlich eine weitere Wettbewerbsbeschränkung annehmen können, wohingegen ein solcher Weg der EU-Kommission im *ISU*-Verfahren verwehrt war.

906 Sodann hat das BKartA seine Erkenntnisse auf den konkreten streitgegenständlichen Sachverhalt übertragen:

> „125. Die Klärung, ob im Einzelfall die **Individualwerbung** eines deutschen Athleten Regel 40 DF Nr. 3 OC und den diesbezüglichen Vorgaben des DOSB widerspricht, hat **keinen sportrechtlichen Bezug**. Die die Sportschiedsgerichtsbarkeit tragenden Gründe liegen insbesondere im Bereich der Anti-Doping-Regeln in der besonderen Expertise der Schiedsrichter, der im Hinblick auf termingebundene Sportereignisse auch für den Sportler bedeutsamen Schnelligkeit der Entscheidungsfindung, der einheitlichen Regelanwendung sowie der internationalen Anerkennung und Durchsetzung von Schiedssprüchen. (Fn. 70: Vgl. BGHZ 210, 292, Rn. 49 f., 55, 62 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.) **Abseits der für die Fairness und Chancengleichheit der Wettkämpfe relevanten Regelungen, namentlich den Anti-Doping-Bestimmungen**, dürfte diesen Vorteilen aber eine geringere Bedeutung zukommen. Vielmehr liegt es angesichts des **vornehmlich wirtschaftlichen Charakters von Streitigkeiten wegen Verstößen gegen Regel 40 DF Nr. 3 OC** nahe, dass **wie bei einem Handelsschiedsgericht** gewährleistet sein muss, dass eine Überprüfung nach Maßgabe des EU-Kartellrechts erfolgt und das diese Normen prüfende Gericht die Möglichkeit hat, dem EuGH Fragen zur [sic] deren Auslegung zur Vorabentscheidung vorzulegen. (Fn. 71: Vgl. EuGH Slg. 1999, I-3055, Rn. 35, 36 und 40 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss.)“

Der abschließende Vergleich mit einem Handelsschiedsgericht geht freilich ins Leere, soweit dieses ebenso wie der CAS seinen Sitz in der Schweiz haben sollte.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zuletzt hat das BKartA noch die Schiedsvereinbarung zum CAS in seine rechtlichen Erwägungen mit einbezogen: 907

> „126. **Es ist fraglich, ob dies darüber hinaus auch gelten muss, wenn keine sportbezogenen Sanktionen verhängt werden.** Dafür spricht nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung, **dass hinsichtlich wirtschaftlicher Streitigkeiten die Schiedsvereinbarung seitens der Athleten keine selbstbestimmte Entscheidung im Rahmen der Privatautonomie darstellen könnte** (Fn. 72: Der BGH hat in seiner Pechstein-Entscheidung eine Fremdbestimmung u.a. unter Verweis auf die auch und gerade im Interesse der Athleten liegende Gewährleistung eines dopingfreien Sports und damit eines fairen Wettkampfs verneint (BGHZ 210, 292, Rn. 62 = NJW 2016, 2266 – Pechstein).), da die auch in ihrem Interesse liegende Sicherstellung eines fairen Wettkampfs nicht tangiert wird."

Hier hat das BKartA eine Abgrenzung vorgenommen, auf die bei der kartellrechtlichen Bewertung von Schiedsvereinbarungen zum CAS zurückzukommen sein wird.[1421] Es hat „nach vorläufiger Auffassung" angedeutet, dass nicht sportbezogene, sondern vorrangig wirtschaftliche Streitigkeiten zwischen einem Verband und einem Athleten, die für letzteren nicht zu einer sportbezogenen, sondern finanziellen Sanktion führen, möglicherweise auf einer nicht freiwillig abgeschlossenen Schiedsvereinbarung beruhen.

cc) Würdigung

Die geschilderten Entscheidungen der EU-Kommission und nachfolgend des EuG sowie des BKartA führen zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Frage, ob eine von der Kartellbehörde bereits festgestellte Wettbewerbsbeschränkung, die durch eine Verbandsregelung oder -maßnahme bewirkt wird, durch weitere Umstände „verstärkt" werden kann. Sowohl die EU-Kommission als auch das BKartA haben diese Frage bejaht: 908

Dabei hat die EU-Kommission den „verstärkenden" Aspekt in dem faktischen Zwang der Athleten zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit des CAS gesehen, der sodann gerade in kartellrechtlichen Streitigkeiten zu den beschriebenen Rechtsschutzdefiziten der sanktionierten Athleten führt. Allein die statutarischen Zulassungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte hat die EU-Kommission als wettbewerbsbeschränkend eingestuft, nicht jedoch die faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen und die damit für Konkurrenzveranstalter und Athleten verbundenen Rechtsschutzdefizite. Die beiden letztgenannten Aspekte können zwar für die den Verbandsstatuten unterworfenen natürlichen und juristischen Personen sicherlich nachteilige Auswirkungen haben. Aber dies reicht nach auch hier vertretener Auffassung[1422] nicht aus, um Schiedsverein- 909

1421 → XIII. Rn. 923 f. m.w.N.
1422 → IV. Rn. 203–236, 275–334 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

barungen zum CAS aus (kartell)rechtlichen Gründen grundsätzlich als unwirksam[1423] oder daraus resultierende Rechtsschutzdefizite als wettbewerbsbeschränkend einzustufen. Der CAS steht für eine Sportschiedsgerichtsbarkeit, die in zumindest rechtlich kaum zu beanstandender Weise für Sportverbände verschiedene tatsächliche und rechtliche Vorteile bietet, die mit Nachteilen für die den Verbandsstatuten Unterworfenen korrespondieren. Wenn Sportverbände diese Umstände durch den Abschluss rechtswirksamer Schiedsvereinbarungen für sich nutzen, fehlt den Kartellbehörden eine Handhabe, die Sportverbände zu Änderungen dieser rechtlichen Rahmenbedingungen zu veranlassen. Insoweit ist es in der Tat missverständlich, wenn die EU-Kommission festgestellt hat, die durch die Zulassungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte bewirkte Wettbewerbsbeschränkung werde durch die zuvor beschriebenen, rechtlich letztlich nicht zu beanstandenden Umstände „verstärkt".[1424] Daher sind, zumindest bezogen auf den konkreten Fall, die Vorbehalte des EuG[1425] gegenüber einer solchen die bereits festgestellte Wettbewerbsbeschränkung „verstärkenden" Wirkung nachvollziehbar.

910 Anders stellte sich die Ausgangslage in dem Sachverhalt dar, den das BKartA kartellrechtlich zu bewerten hatte. Die Kartellbehörde hat hier festgestellt, die von den Werbevorschriften bewirkte Wettbewerbsbeschränkung werde durch das „Sanktionsregime" des Sportverbandes „verstärkt", indem beim Verstoß gegen wirtschaftlich motivierte Verbandsregelungen gleichwohl sportbezogene Sanktionen verhängt würden. Solche Sanktionen sind ebenso wie die zugrunde liegenden Verbandsstatuten wettbewerbsbeschränkend, so dass eine Kartellbehörde vom Sportverband insoweit bei mangelnder Rechtfertigung in der Tat Unterlassung verlangen könnte. Damit ist es dann bei einer solchen Ausgangslage auch überzeugend, die „Verstärkung" einer bereits festgestellten, von der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift bewirkten Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen.

911 Auf den ersten Blick bietet der von der EU-Kommission und dem BKartA verfolgte Ansatz, wonach eine bereits festgestellte, von einer Verbandsvorschrift ausgehende Wettbewerbsbeschränkung durch weitere, als bedenklich erachtete Aspekte „verstärkt" werden kann, eine willkommene Gelegenheit, zusätzliche, von der Kartellbehörde als kritisch erachtete Punkte in die rechtliche Bewertung mit einfließen zu lassen und dadurch steuernd auf die Kartellanten einzuwirken. Allerdings weckt ein solches Vorgehen in verschiedener Hinsicht Zweifel:

– Der Vorwurf, die Ergebnisse einer Anwendung des Kartellrechts im Allgemeinen und des Sportkartellrechts im Besonderen seien kaum vorhersehbar, erhält durch ein solches Vorgehen zusätzlich Nahrung. Die bisherige, freilich noch überschaubare Spruchpraxis macht nicht deutlich, welche Kriteri-

1423 → XIII. Rn. 914–944.
1424 Diesen Ansatz der EU-Kommission ablehnend *Seyb* 212.
1425 EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 163 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

en möglicherweise als die schon festgestellte Wettbewerbsbeschränkung „verstärkend" eingestuft werden (können).
- Es besteht die Gefahr, dass – wie im Fall der zuvor analysierten Entscheidung der EU-Kommission – Aspekte als „verschärfend" eingestuft werden, die zwar von betroffenen Parteien (z.B. von den vor dem CAS klagenden Athleten oder Sportclubs) beanstandet und im sportrechtlichen Schrifttum kritisiert werden, letztlich aber tatsächliche rechtliche Rahmenbedingungen darstellen, die (kartell)rechtlich nicht oder kaum angreifbar sind. Müssen die „verstärkenden" Aspekte vielleicht eine gewisse Spürbarkeits- oder Erheblichkeitsschwelle überschreiten?
- Unklar bleibt, welche rechtlichen Konsequenzen die „Verstärkung" einer bereits feststehenden Wettbewerbsbeschränkung nach sich ziehen soll. Soll sich dieser Aspekt auf die Bemessung etwaiger Geldbußen auswirken (die in den dargestellten Verfahren einstweilen gar nicht zur Diskussion standen)? Oder sollen erhöhte Anforderungen an eine etwaige Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV nach dem *Meca-Medina*-Test oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gestellt werden?

Diese Zweifel könnten dadurch ausgeräumt werden, dass die „verstärkenden" Aspekte ihrerseits eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu begründen imstande sein müssen. Es mag sein, dass sich eine Beschwerde abstrakt allein gegen eine konkrete Verbandsvorschrift richtet, nicht jedoch gegen die konkrete Sanktionsmaßnahme. Wenn die Sanktionierung durch den Verband ihrerseits als wettbewerbsbeschränkend eingestuft werden könnte, wäre es sodann zulässig, diesen Umstand als „verstärkend" im Hinblick auf die bereits festgestellte Wettbewerbsbeschränkung einzuordnen. 912

c) Fazit

Rechtschutzdefizite, die sich für Athleten und Sportclubs, welche den Statuten eines Sportverbandes unterworfen sind, bei Schiedsverfahren im Allgemeinen und solchen vor dem CAS im Besonderen ergeben, sind (kartell)rechtlich regelmäßig nicht zu beanstanden und können damit auch nicht zur „Verstärkung" einer Wettbewerbsbeschränkung eingesetzt werden, die durch eine Verbandsvorschrift oder -maßnahme bewirkt wird. Nur solche Aspekte können zur „Verstärkung" einer bereits festgestellten, von einer Verbandsvorschrift oder -maßnahme bewirkten Wettbewerbsbeschränkung herangezogen werden, die ihrerseits eine Wettbewerbsbeschränkung zu begründen vermögen. 913

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

9. Schiedsvereinbarungen zum Court of Arbitration for Sport

a) Rechtliche Ausgangslage

914 Schiedsvereinbarungen sind im Sport weit verbreitet, wobei dem CAS als Sportschiedsgericht eine herausgehobene Stellung zukommt. Die den Verbandsstatuten unterworfenen Athleten oder Sportclubs haben auf die Ausgestaltung der Schiedsklausel regelmäßig keinen Einfluss. Für Dopingverfahren ist in Berufungsverfahren die Zuständigkeit des CAS gem. Art. 13 WADA-Code und Ziffer 13 NADA-Code sogar zwingend vorgeschrieben.[1426] Bevor nachfolgend insbesondere die kartellrechtlichen Grenzen von Schiedsvereinbarungen zum CAS[1427] genauer untersucht werden, sollen verschiedene Orientierungspunkte aufgelistet werden, die teilweise die in vorangehenden Abschnitten bereits ermittelten Ergebnisse widerspiegeln.

aa) Schiedsvereinbarungsstatut

915 Von erheblicher Bedeutung für die Bewertung der rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zu Sportschiedsgerichten im Allgemeinen und zum CAS im Besonderen ist das jeweilige Schiedsvereinbarungsstatut. Zu ermitteln ist also, anhand welcher nationalen Rechtsvorschriften die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zum CAS zu bemessen ist. Dabei soll das internationale Weltsportschiedsgericht nachfolgend exemplarisch beleuchtet werden. Regelmäßig wird im internationalen Sport das schweizerische Recht als Maßstab für die Beurteilung der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS herangezogen. Dabei dienen gem. Art. V Abs. 1 lit. a) UNÜ der (zukünftige) Ort des Schiedsverfahrens sowie der rechtliche Sitz der Schiedsinstitution – bezüglich des CAS jeweils Lausanne in der Schweiz – als anerkannte Anknüpfungspunkte.[1428]

916 Damit ist für die Bewertung der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS grundsätzlich das schweizerische Recht maßgeblich. Zuletzt ist insoweit das schweizerische (aber etwa auch das deutsche) Recht durch die Ausführungen des EGMR[1429] im Verfahren *Mutu und Pechstein/Schweiz* zum faktischen Zwang zur

1426 S. hierzu stellvertr. *Opfermann* 68 m.w.N.

1427 Zur Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf Schiedsvereinbarungen zum CAS s. ausf. *Opfermann* 231–252 m.w.N. Zuletzt sind *Cherkeh/Vieweg* SpuRt 2021, 250 ff. davon ausgegangen, dass Schiedsklauseln zum CAS speziell in CAS-Appeal-Verfahren auf der Basis einer Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB wegen des „exorbitanten Kostenrisiko[s]" und wegen der seit dem 1.3.2013 geltenden Legal Aid-Regelungen, die „den verfassungsrechtlichen Geboten effektiven Rechtsschutzes und prozessualer Waffengleichheit" nicht entsprächen, unwirksam seien.

1428 Ausf. *Opfermann* 69–79 m.w.N.

1429 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit des CAS,[1430] zum dort bestehenden strukturellen Ungleichgewicht und zu Zweifeln an der Unparteilichkeit der Schiedsrichter[1431] sowie zur Anerkennung des CAS als echtes Schiedsgericht[1432] modifiziert worden. Diese rechtlichen Wertungen sind nachfolgend angemessen zu berücksichtigen.

Sofern also die Einrede der Unwirksamkeit des Schiedsvertrages – wie zumeist – erst anlässlich der Verhandlung vor dem CAS erhoben wird,[1433] ist davon auszugehen, dass das zuständige Panel, ausgehend vom schweizerischen Recht und im Anschluss an das SchweizBG[1434], eine sehr großzügige[1435] Linie verfolgen wird, soweit es um die Erhaltung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung im Sport geht.[1436] Besonderheiten, die sich aus der deutschen Judikatur oder Gesetzeslage ergeben, werden dabei regelmäßig eine allenfalls untergeordnete und keineswegs maßgebliche Rolle spielen: 917

– Dies gilt etwa für die rechtliche Einschätzung des BGH,[1437] wonach die Einführung einer Schiedsklausel in die Satzung durch einen sozialmächtigen Verband jedenfalls in Bezug auf diejenigen Mitglieder unwirksam sei, die der Klausel nicht zugestimmt hätten. Denn letztere seien wegen der Machtstellung des Verbandes auf die Mitgliedschaft angewiesen, würden damit in der Praxis nicht über die Möglichkeit eines Austritts verfügen und könnten sich dementsprechend der Schiedsklausel nicht entziehen. Daher sei die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft dann auch nicht als Zustimmung zu werten. Dieser Rückschluss des BGH von der besonderen Stellung eines sozialmächtigen Sportverbandes auf die teilweise Unwirksamkeit einer statutarischen Schiedsklausel vermag nicht zu überzeugen,[1438] soweit die Schiedsgerichte unabhängig und unparteilich ausgestaltet sind und einen Rechtsschutz bieten, der hinter dem vor ordentlichen Gerichten nicht zurücksteht.[1439] Aber gerade darüber kann man beim CAS trefflich streiten, wenn auch der EGMR in der 918

1430 → IV. Rn. 232 f.
1431 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251, 255–265.
1432 → IV. Rn. 255–265.
1433 Hierzu → IV. Rn. 203–219 m.w.N.
1434 Krit. zur Neigung des CAS, trotz der nach Art. 27 CAS-Code erforderlichen Schiedsvereinbarung seine Zuständigkeit in Konstellationen anzunehmen, in denen es an einer gewissen Klarheit der Zustimmung fehle, *Gotlib* 24 Cardozo J. of Int´L & Comp. Law 2016, 389 (401) m.w.N. Instruktiv hierzu *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (14 f.).
1435 Vgl. *Opfermann* 63; *Wittmann* 52 ff.; PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 244; *Wächter* SchiedsVZ 2018, 294 (299); s. auch *Baddely* ISLJ 2020, 3 (13 f.) mit einer Analyse der Rspr. des SchweizBG.
1436 Vgl. *Mavromati/Reeb* Art. R27 CAS-Code Rn. 25 ff. m.w.N.
1437 BGHZ 144, 146 (149) = SpuRt 2000, 153.
1438 Krit. *Seyb* 84 f.; *Ebbing* NZG 2000, 898 (899); *Kröll* NJW 2001, 1173 (1176); *Haas* ZGR 2001, 325 ff.
1439 *Oschütz* 240; später ebenso BGHZ 159, 207 (212) = NJW 2004, 2226 (2227).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtssache *Mutu und Pechstein/Schweiz* die entsprechende Kritik im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK letztlich zurückgewiesen hat.[1440]

919 – In Deutschland ist zudem in Zweifel gezogen worden, dass faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten.[1441] Auch dieser Meinungsstreit betrifft zum einen allein die deutsche Rechtslage und ist durch die Entscheidung des EGMR im Verfahren *Mutu und Pechstein/Schweiz* zumindest relativiert worden.[1442]

bb) Rechtliche Ansätze der EU-Kommission

920 Dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit einem Kartellrechtsverstoß einhergehen kann, stellte *Romano Prodi* bereits im Jahr 2004 in seiner damaligen Funktion als Präsident der EU-Kommission fest, als er die Anfrage eines britischen Abgeordneten des Europäischen Parlaments in folgender Weise beantwortete:[1443]

> „Eine Regel, die den Gang zu staatlichen Gerichten ausschließt und die Anrufung eines Schiedsgerichts verbindlich vorschreibt, wie Artikel 59 und 61 der FIFA-Statuten, kann gegen den Grundsatz des freien Zugangs zur Beschäftigung verstoßen. […] Eine solche Regel **kann ferner gegen die Artikel 81 und 82 EGV [= Art. 101 und 102 AEUV] verstoßen**, weil der Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit **wettbewerbswidrige Vereinbarungen oder Verhaltensweisen erleichtern kann**."

921 Wichtig ist die Feststellung, dass seinerzeit allein der Abschluss einer entsprechenden Schiedsvereinbarung unter Ausschluss des Zugangs zu einem staatlichen Gericht nicht *per se* als Kartellrechtsverstoß gewertet wurde („kann […] verstoßen"), sondern insoweit ein Zusammenhang zu anderen „wettbewerbswidrige[n] Vereinbarungen oder Verhaltensweisen" hergestellt wurde. Diesen Ansatz übernahm die EU-Kommission sodann drei Jahre später auch in das Begleitdokument zum Weißbuch Sport:[1444]

> „The following rules represent a higher likelihood of problems concerning compliance with Articles 81 EC and/or 82 EC, although some of them could be justified under certain conditions under Article 81 (3) or Article 82 EC:

1440 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251, 255–265 m.w.N.
1441 Ausf. hierzu *Opfermann* 350–358 mit einer umfassenden Darstellung und krit. Würdigung des Meinungsstandes; vgl. auch *Hülskötter* 299–317.
1442 → IV. Rn. 232 f. m.w.N.
1443 Antwort von *Romano Prodi* im Namen der Kommission v. 30.4.2004 auf die schriftliche Anfrage P-1123/04 von *Roy Perry* (PPE-DE) an die Kommission v. 5.4.2004, ABl. v. 8.4.2004, C 88E/571; s. hierzu auch *Opfermann* 325.
1444 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– […];
– **Rules excluding legal challenges of decisions by sports associations before national courts if the denial of access to ordinary courts facilitates anti-competitive agreements or conduct.**

[…]"

Von der vorangehend geschilderten kartellrechtlichen Bewertung von Schiedsvereinbarungen im Sport hat sich die EU-Kommission zuletzt im *ISU*-Verfahren gelöst. Nunmehr soll eine faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarung als solche nicht mehr kartellrechtswidrig sein können, sondern nur noch eine bereits anderweitig festgestellte Wettbewerbsbeschränkung „verstärken" können:[1445] 922

„(269) Arbitration is a generally accepted method of binding dispute resolution and **agreeing on an arbitration clause as such does not restrict competition.** However, **the Commission takes the view that the Appeals Arbitration rules reinforce the restrictions of competition that are caused by the Eligibility rules.**"

cc) Rechtlicher Ansatz des BKartA

Ähnlich wie die EU-Kommission im *ISU*-Verfahren hat sich zuletzt auch das BKartA im Verpflichtungszusagenbeschluss zu den Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer geäußert:[1446] 923

„121. **Die Wettbewerbsbehinderung**, die mit diesen nach vorläufiger Bewertung unverhältnismäßigen Einschränkungen verbunden ist, **wird durch das** für den Fall eines Verstoßes durch einen Athleten bzw. seinen Sponsor vorgesehene **Sanktionsregime, d.h. die möglichen Sanktionen und den Rechtsschutz dagegen**, aus derzeitiger Sicht der Beschlussabteilung **noch weiter verstärkt**."

In diesem Zusammenhang hat das BKartA sodann beanstandet, dass die Athleten bei Streitigkeiten über Vermarktungsfragen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit sportorganisatorischen Fragen ständen, durch eine Schiedsklausel an den CAS gebunden seien.[1447] Die betreffende Schiedsklausel ist nicht ausdrücklich für unwirksam erklärt worden, indes ist infolge einer entsprechenden Verpflichtungszusage durch das IOC und den DOSB den Athleten nunmehr insoweit der Zugang zu staatlichen Gerichten eröffnet worden. Damit hat das BKartA in diesem konkreten Fall angedeutet, dass es eine inhaltlich über sportorganisatorische Rechtsfragen hinausreichende (faktisch aufgezwungene) Schiedsvereinbarung möglicherweise als kartellrechtswidrig einstufen würde. 924

1445 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 269 – ISU's Eligibility Rules; a.A. EuG ECLI:EU:T:2020:610, Rn. 163 = BeckRS 2020, 35398 – ISU/Kommission; ausf. und krit. hierzu → XIII. Rn. 882–897 m.w.N.

1446 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 121 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

1447 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 124–126 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zum Wortlaut → XIII. Rn. 898–907.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Dilemma für Schiedsrichter

925 Weitere Aspekte, die zwar im Tatsächlichen angesiedelt sind, hier aber wegen des engen Bezugs zur rechtlichen Ausgangsfrage gleichwohl nicht ausgeblendet werden sollen, wecken grundsätzliche Zweifel, dass insbesondere institutionelle (Sport-)Schiedsgerichte, wie sie im Sportbereich inzwischen verbreitet sind, allzu großzügig Einreden der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung stattgeben. Denn Schiedsrichter befinden sich vielfach in einem zweifachen Dilemma:

926 – So sind Schiedsrichter nach Auffassung von *Opfermann* bei der materiellrechtlichen Überprüfung „in einer gewissen Zwickmühle", was er sodann am Beispiel des CAS folgendermaßen begründet:[1448]

> „Würde ein Panel des CAS den Abschluss einer Schiedsvereinbarung für kartellrechtswidrig erklären, so entzöge es sich der eigenen Kompetenz zur Streitentscheidung und würde dem CAS als Institution erheblichen Schaden zufügen. Das Ergebnis einer entsprechenden Prüfung ist also bereits determiniert."

Die Annahme einer Vorherbestimmung des materiell-rechtlichen Prüfungsergebnisses mag übertrieben sein. Indes wird man insoweit eine abstrakte Gefahr kaum leugnen können, was durch die verbandsfreundliche Argumentation in einzelnen CAS-Schiedssprüchen bestätigt wird. Diese kann man, begünstigt auch durch die schiedsgerichtsfreundliche Judikatur des SchweizBG, vielfach nur noch als ergebnisorientiert oder – etwas zurückhaltender – als pragmatisch einordnen.[1449]

927 – Die Gefahr, dass sich insbesondere von Sportverbänden benannte oder diesen – was ja eigentlich aufgrund des strikten Neutralitätsgebots ausgeschlossen sein sollte – nahestehende Schiedsrichter bei der rechtlichen Bewertung (un)bewusst von den Chancen leiten lassen, auch weiterhin als Schiedsrichter in Sportschiedsgerichtsverfahren benannt zu werden (sog. *repeat player*-Problematik[1450]), wird durch die Spruchpraxis des CAS weniger deutlich reflektiert. Bislang fehlen rechtssoziologische Erkenntnisse darüber, weshalb am CAS ca. 15 Schiedsrichter von derzeit (Stand: 7.2.2022) ca. 380 Schiedsrichtern deutlich öfter als die übrigen in den am CAS anhängigen Verfahren als Schiedsrichter eingesetzt werden. Indes sind dem *Verfasser* allenfalls sehr wenige – wenn überhaupt – Juristen begegnet, die nicht Interesse an einer bevorzugt auch wiederholten Einsetzung als Schiedsrichter in einem (sport)schiedsgerichtlichen Verfahren gezeigt hätten. Letztlich wird man vor diesem Hintergrund kaum leugnen können, dass durch die dem ICAS eingeräumte Möglichkeit, jederzeit den Namen eines Schiedsrichters von der geschlossenen

1448 *Opfermann* 26 f.
1449 → IV. Rn. 203–219 m.w.N.
1450 → IV. Rn. 183 f., 200–202.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsrichterliste entfernen zu können (Art. S19 Abs. 2 CAS-Code) oder unter gewissen Voraussetzungen in einem laufenden Verfahren einen Schiedsrichter abzuberufen (Art. R35 Satz 1 CAS-Code),[1451] gewisse „Anreize" gesetzt werden. Über die Frage, welche konkreten „Anreize" dies sein mögen, soll hier nicht spekuliert werden; jeder Leser mag sich insoweit selbst Gedanken machen …

b) Prüfungsaspekte (vorläufige rechtliche Einordnung)[1452]

928 Da Schiedsklauseln zum CAS entweder Gegenstand von Verbandsstatuten sind oder systematisch in Athletenvereinbarungen oder in Lizenz-, Regelanerkennungs- oder Nominierungsverträgen verwendet werden, bietet sich eine rechtliche Prüfung anhand des Kartellverbotstatbestandes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV an. Sodann kann an die zugrunde liegenden Beschlüsse der Sportverbände in ihren Mitgliederversammlungen oder wegen der Vielzahl inhaltsgleicher vertraglicher Vereinbarungen des Sportverbandes mit den Beteiligten des Sports an die sog. Bündeltheorie[1453] angeknüpft werden. Ergänzend kann aber auch der Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV angewendet werden. Denn ohne Akzeptanz einer Schiedsklausel durch die Regelungsunterworfenen wird ein Sportverband, der auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen regelmäßig über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, keine Zulassung zu Sportveranstaltungen vornehmen.

929 Bei Schiedsklauseln zum CAS liegt eine untrennbare Verbindung der entsprechenden Verbandsregelungen oder -maßnahmen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf des sportlichen Wettkampfs vor. Denn die Teilnahme hieran ist regelmäßig von der vorbehaltlosen Akzeptanz der Sportschiedsgerichtsbarkeit abhängig. Damit ist in rechtlicher Hinsicht zugleich der Zugang zum *Meca-Medina*-Test eröffnet,[1454] sofern von Schiedsvereinbarungen zum CAS wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.[1455]

930 Sofern sich die Schiedsklauseln zum CAS über Verbandsstatuten oder vertragliche Vereinbarungen allein an die regelungsunterworfenen (un)mittelbaren Verbandsmitglieder richten, ist der von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit"[1456] betroffen. Der einem Sportver-

1451 Näher hierzu → IV. Rn. 198 f. m.w.N.
1452 → XIII. Rn. 13–31 m.w.N.
1453 S. hierzu stellvertr. EuGH Slg. 1991, I-935 (983 ff.) = BeckRS 2004, 75294 – Delimitis; Langen/Bunte/*Hengst*, Bd. 2, Art. 101 AEUV Rn. 187.
1454 So im Ansatz auch *Opfermann* 360–362.
1455 Hierzu → XIII. Rn. 934–936.
1456 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

band zustehende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum[1457] reicht bei der konkreten Ausgestaltung der Schiedsvereinbarung zum CAS umso weiter und die gerichtliche Kontrolldichte bei Anwendung des *Meca-Medina*-Tests ist umso geringer, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit der Sportausübung selbst ist. Die Klärung dieser Abgrenzungsfrage hängt letztlich vom sachlichen Umfang der streitgegenständlichen Schiedsvereinbarung ab.[1458]

c) Zentrale Rechtsfragen

aa) Unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes

931 Es wird vereinzelt die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Sportverband beim Verlangen einer rechtsgeschäftlichen Schiedsvereinbarung nicht unternehmerisch, sondern allein in Erfüllung seiner Satzungsaufgaben tätig sei.[1459] Der BGH hat diese Frage dahingestellt sein lassen.[1460] Nach Auffassung des CAS im Verfahren *Azpeleta* seien Sportverbände nicht unternehmerisch tätig, wenn sie Bestimmungen über die Streitbeilegung träfen, insbesondere wenn dies in der Absicht der Erleichterung der Dopingbekämpfung erfolge.[1461]

932 Diese Rechtsauffassung kann nicht überzeugen. Spätestens aus der *ISU*-Entscheidung der EU-Kommission[1462] lässt sich ableiten, dass grundsätzlich nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass ein Sportverband bei der Implementierung von Streitbeilegungsregelungen in Verträge oder in die eigene Satzung unternehmerisch tätig wird.[1463] Zudem hat die EU-Kommission in ihrem Begleitdokument zum Weißbuch Sport im Jahr 2007 darauf hingewiesen, dass in Sportarten, in welchen die Teilnehmer ihren Lebensunterhalt mit der Sportausübung bestreiten können, diese Annahme sogar naheliegend sei.[1464] Damit ist

1457 Hierzu ausf. → VI. Rn. 325–333 m.w.N.
1458 → XIII. Rn. 935 m.w.N.
1459 Stellvertr. *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (49); krit. *Heermann* WRP 2016, 1053, Rn. 6 f. m.w.N.; vgl. auch *Horn* 140 zur ähnlich gelagerten Diskussion über Anti-Doping-Bestimmungen.
1460 BGHZ 210, 292, Rn. 45, 47 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.
1461 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 174 f. – Azpeleta (→ IV. Rn. 297 f.) unter Bezugnahme auf EuGH Slg. 2008, I-4863 = SpuRt 2008, 193 – MOTOE.
1462 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 152 f. – ISU's Eligibility Rules unter Bezugnahme auf EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 69 ff. = SpuRt 2005, 102 – Piau.
1463 So zuletzt *Opfermann* 276; ähnl. schon *Heermann* CaS 2015, 384 (386 f.); enger hingegen *Mestmäcker/Schweitzer* § 9 Rn. 39.
1464 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.b): „In this respect, the question will become relevant to what extent the sport in which the members (usually clubs/teams or athletes) are active can be considered an economic activity and to what extent the members exercise economic activity."

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf Schiedsvereinbarungen zum CAS regelmäßig Kartellrecht anzuwenden, weil Sportverbände in diesem Zusammenhang unternehmerisch tätig werden.[1465]

bb) Abgrenzung des relevanten Marktes

933 Schiedsvereinbarungen zum CAS wirken sich insbesondere auf zwei relevanten Märkten aus. Betroffen ist zum einen der Zulassungsmarkt,[1466] d.h. der Markt für die Zulassung von Athleten zu Sportveranstaltungen. Denn ohne entsprechende Schiedsabrede wird einem den Verbandsregeln unterworfenen Athleten regelmäßig keine Erlaubnis zur Teilnahme am Sportwettkampf erteilt werden. Darüber hinaus kann ein Markt für Sportschiedsgerichtsbarkeit angenommen werden,[1467] der eventuell noch weiter in internationale und/oder nationale institutionelle Sportschiedsgerichte und/oder *Ad hoc*-Sportschiedsgerichte zu untergliedern ist.

cc) Art. 101 AEUV

934 Es stellt bereits eine kaum zu meisternde Herausforderung dar, den bloßen Abschluss einer Schiedsvereinbarung zum CAS rechtlich als Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen. Wie zuvor schon dargelegt,[1468] haben sich zuletzt weder die EU-Kommission noch das BKartA zu einer solchen rechtlichen Bewertung veranlasst gesehen. Zu berücksichtigen ist auch, dass allein aufgrund des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung zum CAS der sportliche und damit auch der wirtschaftliche Wettbewerb zwischen den Teilnehmern des Wettkampfs unmittelbar keiner Regulierung unterliegt.[1469] Zudem ist eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Zulassungsmarkt durch die Verwendung von Schiedsklauseln zum CAS schwer vorstellbar, weil der Sportverband auf dem genannten Markt regelmäßig bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.[1470] In der zwingenden Unterwerfung der Athleten unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist demzufolge eine dem Sport immanente Beschränkung der wettbewerblichen Entscheidungsfreiheit gesehen worden, weil dadurch die Funktionsfähigkeit eines kartellrechtsneutralen Rechtsinstituts, wie die Gleichbehand-

1465 Allg. zum unternehmerischen Handeln eines Sportverbandes → VI. Rn. 114–138 m.w.N.
1466 Ausf. hierzu *Opfermann* 298 f., 324–374; s. auch *Hülskötter* 234–240, der von einem „Markt für Athletenleistungen für einen bestimmten Wettkampf einer konkreten Sportart" spricht.
1467 So *Opfermann* 299 f., 374–383.
1468 → XIII. Rn. 920–924 m.w.N.
1469 *Opfermann* 327.
1470 *Opfermann* 327 f.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung der Wettkampfteilnehmer, gesichert werde.[1471] Dies spricht dafür, dass folgende Einschätzung der EU-Kommission im *ISU*-Verfahren zutrifft:[1472]

> „(269) Arbitration is a generally accepted method of binding dispute resolution and **agreeing on an arbitration clause as such does not restrict competition.** […]"

935 Ganz so einfach liegen die Dinge jedoch möglicherweise nicht. Denn wenn eine Schiedsklausel sich auch auf Rechtsstreitigkeiten erstrecken sollte, die sich nicht unmittelbar auf den Sport oder dessen Organisation betreffende Aspekte beziehen, sondern etwa auf rein wirtschaftlich motivierte Streitigkeiten hinsichtlich der Vermarktungsmöglichkeiten anlässlich eines Sportevents,[1473] könnte man vielleicht gerade darin eine Wettbewerbsbeschränkung erblicken. Eine solche Sichtweise würde letztlich jedoch darauf hinauslaufen, etwaige Rechtsschutzdefizite bei Schiedsverfahren vor dem CAS *per se* als wettbewerbswidrig einzustufen. Wie aber bereits zuvor im Detail dargelegt,[1474] sind Rechtschutzdefizite, die sich für Athleten und Sportclubs, die den Statuten eines Sportverbandes unterworfen sind, bei Schiedsverfahren im Allgemeinen und bei solchen vor dem CAS im Besonderen ergeben, (kartell)rechtlich regelmäßig nicht zu beanstanden. Sie können nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich auch nicht zur „Verstärkung" einer Wettbewerbsbeschränkung eingesetzt werden, die durch eine Verbandsvorschrift bewirkt wird.

936 In Ermangelung einer Wettbewerbsbeschränkung erübrigt sich ein Eingehen auf die sich ansonsten stellenden Folgefragen, ob eine von Schiedsvereinbarungen zum CAS ausgehende Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird,[1475] ob dadurch der Wettbewerb spürbar beschränkt wird[1476] und ob die Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.[1477]

dd) Art. 102 AEUV

937 Wenn auch im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen zum CAS ein davon ausgehender Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV unrealistisch ist, so bleibt insoweit aber immer noch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV[1478] und/oder § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB denkbar. Eine marktbeherr-

1471 *Stancke* SpuRt 2015, 46 (49); im Ansatz zust. *Opfermann* 328 f.
1472 EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 269 – ISU's Eligibility Rules; ausf. hierzu → XIII. Rn. 882–897 m.w.N.
1473 Zum Umfang von Schiedsvereinbarungen s. *Opfermann* 349 f.
1474 → XIII. Rn. 881–913 m.w.N.
1475 Für den Fall des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung bejahend *Opfermann* 329 f.
1476 Für den Fall des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung bejahend *Opfermann* 329.
1477 Für den Fall des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung bejahend *Opfermann* 331 und *Seyb* 86.
1478 Hierzu ausf. *Hülskötter* 217–294; *Opfermann* 333–359.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schende Stellung der jeweiligen Sportverbände auf dem Markt für die Zulassung von Athleten zu Sportwettkämpfen, einem Unterfall des Marktes für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen, ist letztlich Konsequenz des Ein-Platz-Prinzips und bereits vorangehend bejaht worden.[1479]

Im Vordergrund der nachfolgenden kartellrechtlichen Prüfung steht dabei die Fallgruppe der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen.[1480] Der Schwerpunkt liegt sodann bei der Frage, ob Schiedsklauseln zum CAS tatsächlich als *unangemessene* Geschäftsbedingung eingestuft werden können. Die Aspekte, aus denen die Unangemessenheit, ihrerseits Voraussetzung für die Annahme des *Missbrauchs* einer marktbeherrschenden Stellung, abgeleitet werden könnte, sind allesamt schon zuvor allgemein thematisiert worden: 938

- Der Umstand, dass Athleten beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen zum CAS einem faktischen Zwang unterliegen, reicht grundsätzlich nicht aus, um hieraus ein kartellrechtswidriges Verhalten abzuleiten.[1481]
- Auch die Organisation des CAS sowie die dort geltenden Verfahrensvorschriften bieten keinen Anknüpfungspunkt, um Schiedsklauseln zum CAS als *unangemessene* Geschäftsbedingungen oder in sonstiger Weise missbräuchlich einzustufen.[1482]
- Darüber hinaus können die zweifelsfrei bestehenden Rechtsschutzdefizite, die mit Schiedsverfahren vor dem CAS für die den Verbandsregeln unterworfenen Athleten oder Sportclubs einhergehen, einen Rückschluss auf die Kartellrechtswidrigkeit entsprechender Schiedsvereinbarungen nicht rechtfertigen.[1483] Dies gilt gleichfalls hinsichtlich des Umstandes, dass Schiedssprüche des CAS möglichst weitreichend verbandsintern und ohne Überprüfung durch staatliche Gerichte im Vollstreckungsverfahren durchgesetzt werden.[1484]
- Schließlich sind auch Schiedsklauseln zum CAS, die nicht-sportbezogene, sondern primär wirtschaftlich motivierte (Vermarktungs-)Aspekte betreffen, nicht *per se* kartellrechtswidrig.[1485]

Damit ist festzustellen, dass Schiedsvereinbarungen zum CAS als solche grundsätzlich nicht zu einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV[1486] und/oder § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB führen. 939

1479 → VII. Rn. 8–11 m.w.N.
1480 *Hülskötter* 250–290; *Opfermann* 336–358.
1481 → XIII. Rn. 916 und IV. Rn. 220–236 m.w.N.; i.Erg. ebenso *Opfermann* 340–342.
1482 → XIII. Rn. 915–919 und IV. Rn. 161–202 m.w.N.; tendenziell ebenso *Opfermann* 342–344; a.A. *Hülskötter* 255–279.
1483 → XIII. Rn. 881–913 m.w.N.; im Grundsatz ebenso *Opfermann* 344–348; a.A. zunächst *M.-E. Orth* ZWeR 2018, 382 ff. sowie im Anschluss daran *Hülskötter* 279–290; i.Erg. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 256, 268 ff.
1484 → IV. Rn. 326–334 m.w.N.; im Grundsatz ebenso *Opfermann* 349; a.A. *Hülskötter* 279–290.
1485 → XIII. Rn. 920–924 m.w.N.
1486 Hierzu ausf. *Hülskötter* 217–294; *Opfermann* 333–359.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ee) Meca-Medina-Test und sonstige Rechtfertigungsmöglichkeiten

940 Da Schiedsklauseln zum CAS grundsätzlich weder eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV noch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV darstellen, ist es eigentlich müßig, sich über etwaige Rechtfertigungsmöglichkeiten Gedanken zu machen. Für den seltenen Fall, dass die kartellrechtliche Bewertung einmal anders ausfallen sollte, sollen hier vorsorglich entsprechende Erwägungen angestellt werden.

941 Bei einem – hier nur unterstellten – Verstoß von Schiedsklauseln zum CAS gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und/oder Art. 102 AEUV könnte in beiden Fällen[1487] eine Rechtfertigungsmöglichkeit nach dem *Meca-Medina*-Test geprüft werden.[1488] Als legitime Zielsetzungen kämen die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und die daraus resultierende Chancengleichheit und der Schutz einheitlicher Sportregeln als solcher in Betracht.[1489] Hierbei handelt es sich zwar um keine klassischen Funktionen der Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen, so aber doch der Sportschiedsgerichtsbarkeit.[1490] Wenn ein Sportverband mit dem Zwang zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung zum CAS primär oder ausschließlich wirtschaftliche Zwecke und eben nicht organisatorische Zwecke gegenüber Nichtmitgliedern verfolgt, scheidet eine Verfolgung legitimer Zielsetzungen jedoch grundsätzlich aus.[1491]

942 Eine – hier unterstellte – Wettbewerbsbeschränkung wäre des Weiteren untrennbar mit der Verfolgung der erwähnten legitimen Zielsetzungen verbunden.[1492] Auf der letzten Stufe des *Meca-Medina*-Tests wäre sodann die Verhältnismäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen. Insbesondere die zuvor analysierten Umstände, die entgegen der hier vertretenen Auffassung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung von Schiedsklauseln zum CAS sollen begründen können,[1493] könnten sich für die Gegenauffassung leicht als unverhältnismäßig erweisen. In diesem Kontext wäre bei einer solchen Rechtsregel Sportverbänden nur ein recht enger und gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum einzuräumen,[1494] so dass sodann letztlich eine Rechtfertigung nach dem *Meca-Medina*-Test ausschiede. Nach der hier favorisierten An-

1487 → VI. Rn. 164–385 und VII. Rn. 67–71, jew. m.w.N.
1488 Hierzu im Hinblick auf Schiedsklauseln zum CAS *Opfermann* 360–362.
1489 *Opfermann* 360; *Seyb* 87; *Duve/Rösch* SchiedsVZ 2015, 69 (77); *Kluth* GWR 2015, 83.
1490 Vgl. *Löhr* 35, 41 sowie im Anschluss daran *Opfermann* 360.
1491 *Heermann* WRP 2015, 1172, Rn. 14; a.A. *Opfermann* 361. Allg. zu den kartellrechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten → XII. Rn. 44–51 m.w.N.
1492 *Opfermann* 362.
1493 → XIII. Rn. 937–939 m.w.N.
1494 *Seyb* 87.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sicht können freilich diese kartellrechtlich unbedenklichen Aspekte in der Folge grundsätzlich auch nicht als unverhältnismäßig eingestuft werden.[1495]

Nach hier vertretener Rechtsauffassung ließen sich – hier nur unterstellte – Wettbewerbsbeschränkungen, die von Schiedsvereinbarungen zum CAS ausgingen, auch über Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen.[1496] Während *Opfermann* insoweit eine Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung bei Schiedsvereinbarungen mit weitreichendem Umfang in Frage stellen will,[1497] kann dieser Umstand auch Einfluss auf den Beurteilungsspielraum der Sportverbände sowie die gerichtliche Kontrolldichte haben. 943

d) Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV

Entgegen der von der EU-Kommission im Begleitdokument zum Weißbuch Sport zunächst vertretenen (und später stark relativierten) Auffassung[1498] sind Schiedsvereinbarungen zum CAS als solche grundsätzlich mit Art. 101, 102 AEUV vereinbar. 944

1495 So auch *Opfermann* 362, der indes eine Ausnahme zulassen will, falls im Schiedsverfahren zuerkannte „Leistungssprüche" nur noch einer verbandsinternen Umsetzung unterlägen.
1496 Näher hierzu *Opfermann* 331–333.
1497 *Opfermann* 332.
1498 Commission Staff Working Document, Abschnitt 3.4. b); zum Wortlaut → XIII. Rn. 920–922.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

XIV. Schlussbetrachtung

Die mit dem Ziel angetretene Reise durch das Sportrecht, die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts auszuloten, ist fast beendet. Es ist also Zeit, sich zurückzulehnen, innezuhalten und ein Resümee zu ziehen. Bevor die einzelnen Stationen der Reise noch einmal mit jeweils kurzen rechtlichen Würdigungen in Erinnerung gerufen werden, sollen einige Erkenntnisse gleichsam vor die Klammer gezogen werden. 1

Vorbemerkungen

Das Sportrecht hat sich von einem lange Zeit von den Vertretern der klassischen Rechtsdisziplinen milde belächelten Tummelfeld selbstbewusst auftretender Verbandsfunktionäre, den Verbandsstatuten unterworfener Athleten und Sportclubs, auf den angrenzenden Märkten aktiver Stakeholder (z.B. Medienanbieter, Sponsoren, Spielervermittler, Wettanbieter und sonstige Investoren sowie neuerdings auch zunehmend private Konkurrenzveranstalter) und sportaffiner Juristen zu einem weithin anerkannten Rechtsgebiet gemausert. Unübersehbar sind jedoch Skepsis und Vorbehalte, die diesem faszinierenden, intra- und interdisziplinären, nicht zuletzt aufgrund der zunehmenden Kommerzialisierung sowie damit verbundener juristischer Probleme stets aktuellen Bereich der Rechtswissenschaften immer noch entgegengebracht werden. 2

Diese durchaus nachvollziehbaren Bedenken und die Zunahme sportrechtlicher Problemstellungen haben gemeinsame Wurzeln, was auf den ersten Blick überraschen mag: Juristisch umstrittene Aspekte im Sportsektor lassen sich nahezu ausnahmslos auf die ebenso spannende wie komplexe Grundfrage zurückführen, wie weit der Anwendungsbereich der Verbandsautonomie und/oder der besonderen Merkmale des Sports reicht und ab wann von Sportverbänden die durch das nationale und supranationale Recht gesetzten Grenzen beachtet werden müssen. Es liegt in der Natur der Sache, dass Sportverbände und ihre Repräsentanten in solchen Situation die der Verbandsautonomie gesetzten rechtlichen Grenzen, deren Existenz inzwischen nicht mehr ernsthaft bestritten werden dürfte, weiter ziehen als die den Verbandsstatuten (un)mittelbar unterworfenen Athleten oder Sportclubs sowie Dritte, die durch Verbandsregeln und/oder -maßnahmen in ihrer (Wettbewerbs-)Freiheit beschränkt werden. Die Art und Weise, wie in derartigen Verfahren von Verbandsseite vielfach reflexartig und mitunter scheinbar unreflektiert die Verbandsautonomie zur Rechtfertigung auch stärkster Beschränkungen zu Lasten der genannten Gruppen bemüht und zugleich ein von Eingriffen staatlichen und supranationalen Rechts immuner Freiraum zugunsten des Sports 3

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefordert wird, nährt letztlich die Vorbehalte und den Argwohn insbesondere vieler Juristen, die sich nicht näher mit dem Sportrecht befassen. Kurz gesagt: Die Sonderrolle, die der Sport auch bei der Lösung rechtlicher Fragen selbstbewusst für sich beansprucht, kommt nicht erst seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie in weiten Juristenkreisen (und mitunter auch darüber hinaus) nicht gut an, was sodann nicht selten auf den Ruf des gesamten Sportrechts abfärbt.

4 Ich will nicht verschweigen, dass diese Entwicklung mich seit jeher betrübt und nachdenklich gestimmt hat. Das vorliegende Werk bildet den Versuch, unvoreingenommen und unabhängig (was man von manchen sportrechtlichen Publikationen leider nicht behaupten kann) die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie auszuleuchten und den Sportverbänden sowie gleichermaßen den Parteien, die sich Verbandsstatuten unterworfen haben, hieran vertraglich gebunden oder als Verbandsexterne davon betroffen sind, rechtliche Orientierung zu bieten. Zugleich soll auf dieses Weise dem verbreiteten Eindruck entgegengewirkt werden, der Sportsektor agiere in vollständiger Selbstregulierung, ohne dass dieser privat organisierten Enklave Grenzen durch staatliches oder supranationales Recht gesetzt würden. Natürlich kann nicht erwartet werden, dass die Interessenvertreter der einen oder anderen Seite künftig etwa ihre Verbandsbrille ablegen oder aber ihre grundsätzlich athletenfreundliche Sichtweise aufgeben werden. Viel wäre indes bereits gewonnen, wenn die Verbandsseite Scheuklappen abzulegen sowie über den Brillenrand hinauszuschauen bereit wäre und zugleich die andere Seite ein stärkeres Verständnis für die von den Sportverbänden verfolgten legitimen Zielsetzungen entwickeln könnte. Allerdings sind meine Hoffnungen insoweit aufgrund etwa 25-jähriger Erfahrungen im wissenschaftlichen Diskurs sowie in der sportrechtlichen Praxis begrenzt.[1] Indes bin ich nach wie vor fest davon überzeugt, dass durch mehr beiderseitiges Verständnis für die juristische Positionierung der Gegenseite zahlreiche Rechtsstreitigkeiten im Sportsektor hätten vermieden werden können und künftig verhindert werden könnten.

5 Bei den rechtlichen Bewertungen in den vorangegangenen Kapiteln hat das Bemühen im Vordergrund gestanden, nicht vorrangig die Bedürfnisse einer bestimmten Interessengruppe zu befriedigen. Vielmehr sind die zumeist konträren Rechtsstandpunkte unter ständiger Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der europäischen und staatlichen Gerichte, diverser Sportschiedsgerichte, Verbandsgerichte und der Kartellbehörden sowie im Lichte des Meinungsstandes im sportrechtlichen Schrifttum kritisch gewürdigt worden. Da sich nicht zuletzt

1 Noch in der jüngeren Vergangenheit habe ich erleben dürfen, wie auf einer sportrechtlichen Tagung nach einem Vortrag, der zu einem aus Verbandssicht unbefriedigenden rechtlichen Ergebnis geführt hatte, aus dem Kreis der Zuhörer gefragt wurde, ob dieser Befund denn sinnvoll sein könne, zumal doch alle Tagungsteilnehmer zusammengekommen seien, um für die Sportverbände möglichst günstige juristische Lösungen zu finden. Aus verständlichen Gründen sollen hier Ross und Reiter nicht benannt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch im Sportsektor die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ständig fortentwickeln, ist die Präzedenzwirkung älterer Entscheidungen beschränkt. Daher stellen sich auch altbekannte Fragen wie die nach den rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Sport immer wieder neu. Der Meinungsstand zu einzelnen Rechtsfragen sollte erforderlichenfalls erneut kritisch analysiert werden, was ein Überdenken oder gar das Aufgeben der bisherigen Positionierung erfordern kann. Das vorliegende Werk strebt gar nicht erst abschließende rechtliche Bewertungen zu den in Abschnitt XIII. analysierten, insgesamt etwa 25 verschiedenen Maßnahmen der Sports Governance an. Diese sind in der Praxis und regelmäßig auch im wissenschaftlichen Schrifttum bislang zumeist isoliert rechtlich beurteilt worden. Stattdessen sind vorliegend anstelle einer rechtlichen Momentaufnahme die jeweils besonders kritischen rechtlichen Aspekte der jeweiligen Fallgruppen beleuchtet und bewertet worden. Aufgrund der parallelen Betrachtung zahlreicher Problemkonstellationen konnte flächendeckend ein weitgehend einheitlicher rechtlicher Prüfungsmaßstab angelegt werden. Dies hat gleichsam als Nebenprodukt zu vielen neuen Erkenntnissen geführt, die für die künftige Problembewältigung hilfreich sein können.

Abschnitt II.: Was macht den Sport besonders für die Rechtsanwendung?

Nach der Identifizierung der tatsächlich existierenden Besonderheiten des Sports[2] hat sich herausgestellt, dass sämtliche Versuche, den Sport und die in diesem Mikrokosmos getroffenen Entscheidungen vollständig von der Anwendung staatlichen Rechts zu immunisieren, zum Scheitern verurteilt sind. Dies gilt nach vorherrschender Auffassung, selbst wenn man eine *lex sportiva* anerkennen und die Verbandsjustiz allein auf dieser Grundlage entscheiden würde.[3] Trotz der höchst unterschiedlichen argumentativen Ausgangspositionen zum Spannungsverhältnis zwischen der Verbandsautonomie der Sportverbände und dem staatlichen und/oder supranationalen Recht[4] kann es bei rechtlichen Auseinandersetzungen mit Sportbezug letztlich nur darum gehen zu ermitteln, ob und – wenn ja – in welchem Umfang dem Sport bei der Anwendung supranationalen und staatlichen Rechts eine Sonderrolle zuerkannt werden kann. Für eine solche Sonderbehandlung reicht freilich allein die pauschale Berufung auf die Besonderheiten des Sports nicht aus. 6

2 → II. Rn. 1–15.
3 → II. Rn. 16–22.
4 → II. Rn. 23–30.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschnitt III.: Verbandsautonomie

7 Die Normsetzung durch Sportverbände führt zu unabweisbaren Vorteilen und gewährleistet etwa, dass Sportwettbewerbe in einer bestimmten Sportart weltweit nach einheitlichen Regeln ausgeübt werden.[5] Die Grundlage für die Normsetzungsgewalt von Sportverbänden bildet die Privatautonomie, wohingegen insoweit eine vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten abzulehnen ist.[6]

8 Im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG wird durch Art. 9 Abs. 1 GG lediglich der „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" geschützt.[7] Hierzu zählen in Deutschland das Recht des einzelnen Staatsbürgers zum Zusammenschluss in Vereinen und Gesellschaften, wobei letzteren auch selbst Schutz gewährt wird, die Namensführung des Vereins, das Recht zur Aufstellung von Verbandsstatuten sowie deren Durchsetzung durch Verbandsmaßnahmen, die ihrerseits in verbandsgerichtlichen Verfahren überprüft werden können. Mit Ausnahme der Maßnahmen zur Mitgliedergewinnung umfasst die Verbandsautonomie grundsätzlich nur die Binnenbeziehungen, nicht jedoch die Beziehungen des Sportverbandes gegenüber verbandsunabhängigen Dritten. Über die Existenz und Funktionsfähigkeit des Vereins hinaus umfasst die Verbandsautonomie also nicht jede Vereinstätigkeit als Freiheit gemeinsamen, vereinsmäßigen Handelns an sich – ein in der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion bislang viel zu oft vernachlässigter Aspekt. Obgleich die Verbandsautonomie auch durch Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GRCh abgesichert ist, unterschiedet sich deren Reichweite in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten erheblich.

9 Entscheidungen der Verbandsgerichte können ihrerseits staatlichen Gerichten zur rechtlichen Überprüfung vorgelegt werden.[8] Bei dieser kommt nach deutschem Recht – außer bei „sozialmächtigen", monopolartigen Sportverbänden mit einem Aufnahmezwang – nur ein eingeschränkter, der Verbandsautonomie Rechnung tragender Prüfungsmaßstab (§ 242 BGB) zur Anwendung. Zugleich ist aber in jedem Fall die vereinsrechtliche Legalitätspflicht zu beachten, d.h. die streitgegenständlichen Maßnahmen dürfen nicht satzungs-, gesetz- oder sittenwidrig sein. Auf diese Weise setzen das staatliche und auch supranationale Recht sowie insbesondere die europäischen Grundfreiheiten und das Kartellrecht den Aktivitäten von Sportverbänden rechtliche Grenzen, die nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmt werden können.

5 → III. Rn. 1–19.
6 → III. Rn. 20–25.
7 → III. Rn. 26–32.
8 → III. Rn. 33–65.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschnitt IV.: Verbandsseitige Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport

Regelmäßig binden Sportverbände auf verschiedenen Wegen (insbesondere Unterwerfung unter die Vereins- und Verbandssatzung, Athletenvereinbarung, Regelanerkennungs-, Nominierungs- und Lizenzvertrag) ihre (un)mittelbaren Mitglieder an die Verbandsstatuten.[9] Dabei sind die rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen in Deutschland spürbar strenger als in der Schweiz. 10

Darüber hinaus sichern Sportverbände ihre Autonomie durch eine pyramidenförmig-hierarchische Struktur (Ein-Verband-Prinzip) ab.[10] Diese verschafft den Sport(fach)verbänden regelmäßig eine Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen in der jeweiligen Sportart. Ergänzend erheben insbesondere internationale Sportverbände mit beachtlichem Erfolg Forderungen zur Einführung staatlicher Sondergesetze, um auf diese Weise gleichfalls die Verbandsautonomie möglichst umfassend abzusichern.[11] 11

Auf den ersten Blick dient die Einführung einer privaten Gerichtsbarkeit auf Verbandsebene durch Einrichtung von Verbandsgerichten und/oder echten Schiedsgerichten[12] vorrangig einer Begrenzung der Verbandsautonomie. Denn dort klagen überwiegend Athleten, Sportclubs oder in der Verbandshierarchie nachgeordnete Sportverbände gegen die Statuten oder darauf gestützte Maßnahmen des Dachverbandes, um diesem vom jeweiligen Spruchkörper die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie aufzeigen zu lassen. Wie am Beispiel des Court of Arbitration for Sport (CAS), dem in Lausanne in der Schweiz ansässigen Weltsportschiedsgericht, dargelegt werden konnte,[13] wird dort den regelmäßig beklagten Sportverbänden in Schiedsverfahren aufgrund zahlreicher ausgeklügelter gerichtsinterner und -externer, sich gegenseitig verstärkender, jedoch weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit rechtswidriger Maßnahmen und Umstände ein erheblicher Startvorteil gegenüber den jeweiligen Klägern eingeräumt. Dieser Umstand führt sodann zugunsten der Sportverbände zu einer faktischen, wenngleich natürlich nicht absoluten Absicherung der Verbandsautonomie. 12

Trotz nicht verstummender Kritik und Gegenauffassungen im wissenschaftlichen Schrifttum wird der CAS vorliegend im Anschluss an die Rechtsauffassung des SchweizBG, des BGH und zuletzt auch des EGMR als echtes Schiedsgericht ein- 13

9 → IV. Rn. 4–68.
10 → IV. Rn. 69–94.
11 → IV. Rn. 95–141.
12 → IV. Rn. 144–146.
13 → IV. Rn. 147–347.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestuft.[14] Dieser Status des CAS sowie die zuvor erwähnten Startvorteile machen das Bestreben (inter)nationaler Sportverbände nachvollziehbar, ihre Rechtstreitigkeiten mit den an die Verbandstatuten gebundenen Parteien möglichst flächendeckend sowie unter weitestgehendem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit vor Sportschiedsgerichten auszutragen. Aufgrund faktischen Zwangs müssen sich die den Verbandsregelungen Unterworfenen hierauf „freiwillig" einlassen. Insbesondere Schiedsverfahren vor dem CAS halten für diese Parteien aber noch weitere Überraschungen und handfeste Nachteile bereit, die vorangehend in dem Entwurf eines „Beipackzettels" für Schiedsklauseln zum CAS[15] zusammengefasst worden sind.

Abschnitt V.: Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch europäische Grundfreiheiten

14 Seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Walrave und Koch* aus dem Jahr 1974 konnten die Sportverbände davon ausgehen, dass ihre Verbandsstatuten und -maßnahmen an den europäischen Grundfreiheiten gemessen werden würden.[16] Einen weiteren juristischen Meilenstein gleich in zweifacher Hinsicht bildete sodann das berühmte Verfahren *Bosman* aus dem Jahr 1995:[17] Zum einen demonstrierte der EuGH, dass er nicht nur willens, sondern auch in der Lage ist, bei Beschränkungen von Grundfreiheiten, die von Verbandsstatuten und -maßnahmen ausgehen, auf der Rechtfertigungsebene die Besonderheiten des Sports zu berücksichtigen. Zum anderen ließ GA Lenz in seinen Schlussanträgen erkennen, dass neben der Beschränkung einer europäischen Grundfreiheit auch eine Wettbewerbsbeschränkung im kartellrechtlichen Sinne hätte angenommen werden können, wobei der Gerichtshof in der Rechtssache *Bosman* den letztgenannten Ansatz sodann allein aus prozessökonomischen Gründen nicht aufgriff.

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

15 In der Rechtssache *Bosman* hatte der EuGH den kartellrechtlichen Weg zur Begrenzung der Verbandsautonomie nur gewiesen, aber noch nicht beschritten. Dies holte der Gerichtshof dann im Jahr 2006, also erst elf Jahre später, in der

14 → IV. Rn. 251–265.
15 → IV. Rn. 352–354.
16 → V. Rn. 8–21.
17 → V. Rn. 22–44.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* nach.[18] Zuvor hatte es nicht an vorrangig ergebnisorientierten und letztlich erfolglosen Bemühungen der Sportverbände und ihrer juristischen Interessenvertreter gemangelt, dem Kartellrecht das Betreten des Spielfeldes im Sportsektor strengstens zu untersagen.[19] So ist das berühmte Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* gleichsam zum Herz des europäischen, aber auch des deutschen Sportkartellrechts geworden. Den Weg hatte im Jahr 2002 bereits die EU-Kommission im Verfahren *ENIC/UEFA* geebnet, indem sie erstmals die Vorschrift eines Sportverbandes am Kartellrecht gemessen und einen Verstoß hiergegen abgelehnt hatte.[20] Erst im Jahr 2017, d.h. elf Jahre nach *Meca-Medina und Majcen*, sollte die EU-Kommission in dem Verfahren *ISU's Eligibility Rules* erneut Gelegenheit erhalten, die sportkartellrechtlichen Erwägungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Meca Medina und Majcen* aufzugreifen und fortzuentwickeln.[21] Der Zug des Sportkartellrechts hat damit unaufhaltbar Fahrt aufgenommen, zumal der Gerichtshof in *Meca-Medina und Majcen* der zuvor (u.a. vom EuG, aber auch in weiten Teilen des Schrifttums) vertretenen Rechtsauffassung die Rote Karte zeigte, dass Regelungen rein sportlichen Charakters, die zu keinem Zeitpunkt zuverlässig hatten abgegrenzt werden können (wenn solche Vorschriften bei wirtschaftlich tätigen Sportverbänden überhaupt vorstellbar sein sollten), nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen.[22]

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV sind dementsprechend in Abschnitt VI. mit speziellem Bezug zum Sportsektor analysiert worden. Dies betrifft zunächst die Bestimmung der relevanten Märkte im Sport.[23] Die Anwendung des Kartellrechts setzt zudem voraus, dass ein Sportverband bei der Verabschiedung von Verbandsvorschriften sowie bei Maßnahmen zu ihrer Umsetzung auf dem zuvor ermittelten relevanten Markt *unternehmerisch* tätig ist. Gerade dies ist in den letzten Jahren mit nicht durchweg überzeugenden Gründen vereinzelt von Gerichten sowie Stimmen im Schrifttum in Abrede gestellt worden.[24] Bei Betroffenheit des zwischenstaatlichen Handels – dieses Tatbestandsmerkmal in Art. 101 Abs. 1 AEUV wird in der Praxis sehr weit ausgelegt – wird eine Verbandsvorschrift oder -maßnahme bei der regelungsunterworfenen Partei vielfach zu einer bezweckten oder zumindest bewirkten Wettbewerbsbeschränkung führen. 16

18 → VI. Rn. 25–60.
19 → VI. Rn. 1–14.
20 → VI. Rn. 15–24.
21 → VI. Rn. 61–74.
22 → VI. Rn. 75–89.
23 → VI. Rn. 90–113.
24 → VI. Rn. 114–138.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

17 Für den Fall, dass ein Sportverband eine solche Wettbewerbsbeschränkung verursacht, hat der EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* einen auf den ersten Blick dreistufigen Test eingeführt (im Folgenden: *Meca-Medina*-Test). Dieser führt, soweit die streitgegenständliche, faktisch wettbewerbsbeschränkende Verbandsvorschrift oder -maßnahme die entsprechenden, den Besonderheiten des Sports Rechnung tragenden Voraussetzungen erfüllt, dazu, dass die zunächst angenommene Wettbewerbsbeschränkung nach einer Ansicht nicht länger als Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden oder nach anderer Ansicht doch zumindest als gerechtfertigt gelten kann. In beiden Fällen würde die betreffende Verbandsvorschrift oder -maßnahme also letztlich nicht gegen europäisches Kartellrecht verstoßen.[25]

18 Der die Besonderheiten des Sports, die über den durch Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GRCh geschützten Bereich der Verbandsautonomie hinausgehen können, berücksichtigende *Meca-Medina*-Test hat seine Wurzeln einerseits in den Urteilen des EuGH zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auf sportbezogene Sachverhalte, insbesondere aber im *Wouters*-Urteil des Gerichtshofs aus dem Jahr 2002.[26] Dieses betraf die Untersagung des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten mit Wirtschaftsprüfern zu einer Sozietät durch eine private Organisation, die jedoch – anders als regelmäßig Sportverbände – vom Staat mit bestimmten Aufgaben betraut worden war.

19 Das deutsche kartellrechtliche (weit weniger jedoch des sportkartellrechtliche) Schrifttum steht der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte wie etwa der besonderen Merkmale des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts seit jeher skeptisch, wenn nicht sogar offen ablehnend gegenüber.[27] Die Kritik an dieser zentralen kartellrechtlichen Weichenstellung ist vorliegend sehr ernst genommen und ausführlich gewürdigt worden.[28] Letztlich wird hier – im Anschluss an den EuGH, das EuG, verschiedene staatliche Instanzgerichte und Sportschiedsgerichte in Deutschland sowie an die EU-Kommission und zuletzt auch das BKartA – eine grundsätzliche Anwendbarkeit des *Meca-Medina*-Tests bei bestimmten sportbezogenen Sachverhalten,[29] die zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, befürwortet.

20 In den berühmten und vielzitierten letzten beiden Sätzen des 42. Erwägungsgrundes in dem Urteil *Meca-Medina und Majcen* – dies ist gleichsam die Wiege des

25 → VI. Rn. 40–53 und VI. 9. Rn. 184.
26 → VI. Rn. 139–145.
27 → VI. Rn. 146–156.
28 → VI. Rn. 157–159.
29 → VI. Rn. 172–174 und XIV. Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sportkartellrechtlichen *Meca-Medina*-Tests – hat der EuGH drei Prüfungsstufen in folgender Weise beschrieben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):[30]

> „42. […] Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sind nämlich der **Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet**, und **insbesondere seine Zielsetzung** [Anmerkung: Erste Prüfungsstufe; legitime Zielsetzung[31]] zu würdigen. Weiter ist dann zu prüfen, **ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen** (Urteil Wouters u. a., Randnr. 97) [Anmerkung: Zweite Prüfungsstufe; sog. Inhärenz[32]] und **ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind**. [Anmerkung: Dritte Prüfungsstufe; Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit[33]]"

Dieser Prüfungsdreiklang lässt wichtige Fragen offen, die zum einen die Dogmatik, zum anderen aber auch die praktische Anwendung des *Meca-Medina*-Tests betreffen. Deshalb ist der Dreiklang vorliegend in folgender Weise ergänzt worden, wobei sich die in der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion zumeist vernachlässigten Modifikationen aus dem Kontext der Entscheidungsgründe sowie aus weiteren Entscheidungen des EuGH zu den Grundfreiheiten und zum europäischen Kartellrecht ableiten lassen: 21

– Der *Meca-Medina*-Test ist nur auf solche sportbezogenen Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die „mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden [sind] und gerade dazu [dienen], einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten."[34] Bei dieser den Anwendungsbereich betreffenden und damit gleichsam vorgezogenen Prüfung ist im Zweifel ein großzügiger Maßstab anzulegen.[35] 22

– Die auf der ersten Prüfungsstufe ermittelten legitimen Zielsetzungen[36] der Sportverbände[37] müssen in stringenter und kohärenter, d.h. insbesondere in widerspruchsfreier und nicht diskriminierender, Weise verfolgt werden.[38] Wenn diese Voraussetzungen evident nicht vorliegen sollten, scheidet nach hier vertretener Auffassung das Vorliegen einer *legitimen* Zielsetzung aus. Ohne zu abweichenden Ergebnissen zu gelangen, wird dieser Aspekt von 23

30 EuGH Slg. 2006, I-6991 Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
31 → VI. Rn. 176–284.
32 → VI. Rn. 285–287.
33 → VI. Rn. 288–315.
34 EuGH Slg. 2006, I-6991 Rn. 45 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen.
35 → VI. Rn. 172–174.
36 → VI. Rn. 185–258.
37 Die legitimen Zielsetzungen müssen tatsächlich von den Sportverbänden selbst definiert und festgelegt werden, was letztlich Ausdruck der Verbandsautonomie ist. Anders als in der wissenschaftlichen Diskussion vielfach geschehen, dürfen von dritter Seite Sportverbänden also grundsätzlich keine Zielsetzungen gleichsam untergeschoben werden, die mit der streitgegenständlichen Verbandsvorschrift oder -maßnahme – angeblich – verfolgt werden (sollten).
38 → VI. Rn. 269–284.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderen entweder erst auf der zweiten Prüfungsstufe bei der Inhärenz der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme oder auf der dritten Prüfungsstufe bei der Geeignetheit berücksichtigt.

24 – Entgegen einer verbreiteten Rechtsauffassung steht Sportverbänden hinsichtlich der einzelnen Merkmale des *Meca-Medina*-Tests keine abschließende, d.h. gerichtsfeste, Einschätzungsprärogative zu. Natürlich verfügen Sportverbände aber über einen gewissen Ermessensspielraum, dessen Ausübung im Streitfall anhand objektiver Maßstäbe von Kartellbehörden und Gerichten überprüft wird.[39]

25 – Je größer der Sportbezug und je geringer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto größer ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto geringer ist die gerichtliche Kontrolldichte, die im Extremfall bei null liegen kann.[40]

26 – Je geringer der Sportbezug und je größer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verbandsregelung und ihrer Umsetzung sind, desto kleiner ist der Sportverbänden einzuräumende Ermessensspielraum und desto intensiver ist die gerichtliche Kontrolldichte.[41]

27 – Wenn Verbandsstatuten oder -maßnahmen primär oder ausschließlich eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen, ist die Annahme der Verfolgung legitimer Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests grundsätzlich ausgeschlossen.[42]

28 – In entsprechender Anwendung der in Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 vorgesehenen Beweislastverteilung obliegt grundsätzlich dem Sportverband die abstrakte Behauptungs- und Beweisführungslast sowie die objektive Beweislast für die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests.[43] Eine Ausnahme gilt für die dritte Prüfungsstufe zur Verhältnismäßigkeit. Hier reicht die Beweislast nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsste, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen, aber mit einem geringeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erreicht werden könnten. Insoweit greift eine Art sekundäre Darlegungslast, d.h. die im Wettbewerb beschränkte Partei muss zunächst vermeintlich weniger intensive Eingriffe in den Wettbewerb substantiiert vortragen, die hinsichtlich der Zielverfolgung zumindest gleich effektiv wie die streitgegenständliche Verbandsvorschrift oder -maßnahme sein sollen.

39 → VI. Rn. 317–324.
40 → VI. Rn. 325–333.
41 → VI. Rn. 325–333.
42 → VI. Rn. 243–254.
43 → VI. Rn. 334–336.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Der *Meca-Medina*-Test steht nicht in einem Spezialitätsverhältnis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern ist im Hinblick auf sportorganisatorische Verbandsregelungen vorab zu prüfen. Art. 101 Abs. 3 AEUV wird also in keiner Weise verdrängt.[44] 29

Die aufgelisteten Ergänzungen und Modifikationen des *Meca-Medina*-Tests wirken sich teilweise in erheblichem Maße auf den bisherigen Stand der kontroversen Diskussionen zu den in Abschnitt XIII. analysierten Problemfeldern aus. 30

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

Die wesentlichen sportkartellrechtlichen Besonderheiten, die sich bei der Anwendung von Art. 102 AEUV ergeben, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: 31

Auch wenn Sportverbände, anknüpfend an das Ein-Verband-Prinzip, in den Medien, aber insbesondere auch im sportrechtlichen Schrifttum vielfach pauschal als „Monopolverbände" bezeichnet werden, so bedeutet dies keineswegs, dass Sportverbände auf sämtlichen relevanten Märkten, auf denen sie tätig werden, über eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV verfügen. Eine solche Stellung kann im Ausgangspunkt grundsätzlich nur für die Märkte für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen angenommen werden.[45] 32

Sportverbände können indes sogar auf Märkten, auf denen sie selbst gar nicht unternehmerisch tätig werden, über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Dies ist der Fall, wenn sie sich über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung das missbräuchliche Verhalten ihrer (un)mittelbaren Mitglieder zurechnen lassen müssen,[46] was sodann beim Merkmal des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung geringfügige Anpassungen erfordert.[47] 33

Da Sportverbände grundsätzlich auf Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportveranstaltungen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, werden sie regelmäßig als Verwalter und zugleich als Vermarkter von Sportveranstaltungen tätig. Daraus können Interessenkonflikte sowie die damit verbundene Gefahr des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung resultieren.[48] Gleichwohl sind Sportverbände nicht zu einer organisatorischen und rechtlichen Trennung dieser beiden Bereiche (sog. *unbund-* 34

44 → VI. Rn. 362–373.
45 → VII. Rn. 4–15.
46 → VII. Rn. 16–37.
47 → VII. Rn. 38–51.
48 → VII. Rn. 52–66.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ling) verpflichtet, stattdessen wird etwaigen Missständen durch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle entgegengewirkt.

35 Letztlich kann der *Meca-Medina*-Test auch bei Art. 102 AEUV als tatbestandsimmanenter Rechtfertigungstatbestand angewendet werden.[49]

Abschnitt VIII.: Auswirkungen von Art. 165 AEUV auf die Verbandsautonomie im Sport und die Rechtsanwendung

36 Die Auswirkungen von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV auf die Entwicklung der sich nach wie vor im Fluss befindlichen Diskussion zu den Grenzen, welche der Verbandsautonomie im Sport durch die europäischen Grundfreiheiten und das Kartellrecht gesetzt werden, sind gering.[50] So begründet die Vorschrift eine klare Zuständigkeit der EU im Bereich des Sports. Darüber hinaus kann sie als Auslegungshilfe eingestuft werden und verankert die schon vor Einführung von Art. 165 AEUV praktizierte Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten des Sports insbesondere bei der Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor gleichsam deklaratorisch im AEUV. Anders als vor der Einführung von Art. 165 AEUV seitens der Sportverbände und ihrer Interessenvertreter erhofft, gewährt die Regelung aber weder eine Bereichsausnahme zugunsten des Sportsektors von der Anwendung der erwähnten unionsrechtlichen Vorschriften noch eine grundsätzliche Vorrangigkeit der Besonderheiten des Sports gegenüber anderen Aspekten bei der Rechtsanwendung.

Abschnitt IX.: Flucht des Ligasports aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts mithilfe der *single entity doctrine* – Theorie und Praxis

37 Die Idee, eine Sportliga als ein einziges Unternehmen (*single entity*) oder aber als Konzernmutter in der Rechtsform eines Vereins oder einer Kapitalgesellschaft mit jeweils mehrheitlich beherrschten Ligamitgliedern als Tochterunternehmen einzustufen, hat Sportjuristen in den Vereinigten Staaten von Amerika, aber auch in Europa schon seit Jahrzehnten elektrisiert. Wenn eine Sportliga als ein einheitliches Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne eingestuft werden könnte, würden aufgrund des sodann anwendbaren Konzernprivilegs von der Liga und ihren Mitgliedern gefasste Beschlüsse nicht dem Kartellverbot unterfallen. Indes

49 → VII. Rn. 67–71.
50 → VIII. Rn. 9–12.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbleibt im U.S.-amerikanischen Ligasport, der durch rechtlich voneinander unabhängige und zugleich wirtschaftlich selbstständig agierende Ligamitglieder geprägt ist, kein Anwendungsbereich für die *single entity doctrine*.[51] Dies muss sodann erst recht für die europäischen Sportligen gelten, die regelmäßig in deutlich geringerem Ausmaß als die nordamerikanischen Major Leagues zentralistisch organisiert sind.

Abschnitt X.: Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch die Judikatur

38 Anhand ausgewählter Entscheidungen des EuGH,[52] des EFTA-Gerichtshofs,[53] des EGMR[54] sowie des BGH[55] ist dargelegt worden, wie die genannten Gerichte die Autonomie der Sportverbände einerseits absichern, andererseits aber auch begrenzen. Wenig rechtliches Ungemach haben die deutschen Fußballverbände hingegen bislang vom Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen zu fürchten gehabt.[56] Denn dieses ließ in zwei wichtigen Schiedssprüchen infolge einer Überdehnung des Anwendungsbereichs der Verbandsautonomie i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK sowie einer daraus angeblich ableitbaren, nahezu gerichtsfesten Einschätzungsprärogative zugunsten der beteiligten Fußballverbände die umstrittenen Verbandsregelungen jeweils rechtlich im Wesentlichen unbeanstandet. Damit zog das Schiedsgericht die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie im Vergleich zu supranationalen und deutschen staatlichen Gerichten deutlich weiter.

Abschnitt XI.: Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport durch Kartellbehörden

39 Die rechtlichen Analysen haben gezeigt, dass die EU-Kommission[57] und das BKartA[58] in ihren Entscheidungen die Verbandsautonomie der Sportverbände mit inhaltlich vergleichbaren Ansätzen und ähnlicher Intensität absichern und begrenzen. Bemerkenswert ist der Umstand, dass die EU-Kommission mit ihrem im Jahr 2007 veröffentlichten „Weißbuch Sport“ sowie mit dem gleichzeitig, wenn-

51 → IX. Rn. 25–30.
52 → X. Rn. 2–5.
53 → X. Rn. 6 f.
54 → X. Rn. 8–11.
55 → X. Rn. 19–28.
56 → X. Rn. 29–42.
57 → XI. Rn. 1–5.
58 → XI. Rn. 19–31.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gleich allein in englischer Sprache veröffentlichten „Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context – Accompanying document to the White Paper on Sport" den Sportverbänden, aber auch allen anderen Akteuren im Sportsektor fast durchweg bis zum heutigen Tag gültige, gleichwohl in der wissenschaftlichen Diskussion und Judikatur zumeist vernachlässigte (oder gar missverstandene[59]) Orientierungshilfen an die Hand gegeben hat.[60]

Abschnitt XII.: Grenzen der Verbandsautonomie im Sport im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten

40 Nach der überzeugenden ständigen Rechtsprechung des BVerfG werden Aktivitäten eines Sportverbandes gegenüber verbandsunabhängigen Dritten, also ohne einen spezifischen Bezug zu seiner korporativen Organisation durch Art. 2 Abs. 1 GG oder bei Unternehmensträgern durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG (berufliche bzw. eigentumsbezogene Vertragsfreiheit) geschützt, nicht jedoch durch Art. 9 Abs. 1 GG.[61] Inzwischen hat sich in der Entscheidungspraxis von EuG, EU-Kommission und BKartA,[62] aber auch im Schrifttum[63] die Auffassung durchgesetzt, dass insoweit eine Inhalts- und Ausübungskontrolle am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV unter Anwendung des *Meca-Medina*-Tests zu erfolgen hat.[64] Im Rahmen dieser rechtlichen Überprüfung von Verbandsmaßnahmen mit Außenwirkung bildet indes nicht die Verbandsautonomie, die innerhalb der EU-Mitgliedstaaten ohnehin unterschiedlich weit ausgelegt wird, das maßgebliche Kriterium. Stattdessen wird insoweit den inzwischen auch in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV verankerten Besonderheiten des Sports, die vom EuGH und der EU-Kommission europaweit einheitlich definiert werden sowie zudem Ausfluss und Anerkennung der Autonomie der Sportverbände sind, bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts[65] und der europäischen Grundfreiheiten[66] in angemessenem Umfang Rechnung getragen.

59 LG Frankfurt/Main BeckRS 2019, 40640, Rn. 99; ausf. hierzu → VI. Rn. 367–370.
60 → XI. Rn. 9–18.
61 → XII. Rn. 20 f., 32 f.
62 → XII. Rn. 24.
63 → XII. Rn. 25.
64 → XII. Rn. 44–51.
65 → insb. VI. Rn. 164–385 und VII. Rn. 67–71.
66 → V. Rn. 8–56.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschnitt XIII.: Auswirkungen der rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie auf die Sports Governance

Wie wirken sich nunmehr die in den Abschnitten II. bis XII. ermittelten Grenzen, die der Verbandsautonomie aus rechtlichen, aber auch faktischen Gründen gesetzt sind, auf verschiedene Fallgruppen der Sports Governance aus? Natürlich wäre es unbefriedigend gewesen, die in den genannten Abschnitten ermittelten Erkenntnisse nicht noch einem Praxistest zu unterziehen. 41

Zu diesem Zweck ist in Abschnitt XIII. zunächst im Detail dargelegt worden, weshalb es nicht möglich ist, dem vielfach seitens der Praxis geäußerten Wunsch nach Einführung einer Weißen Liste (mit kartellrechtlich zulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen der Sportverbände) und einer Schwarzen Liste (mit kartellrechtlich unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen der Sportverbände) nachzukommen.[67] 42

Sodann sind aus den in den Abschnitten II. bis XII. gewonnenen rechtlichen Erkenntnissen verschiedene Prüfungsaspekte herausdestilliert worden, die bei Anwendung auf einzelne, potentiell wettbewerbsbeschränkende Verbandsvorschriften sowie darauf gestützte Verbandsmaßnahmen zwangsläufig zu kartellrechtlichen Vorfragen mit weichenstellender Funktion führen.[68] Nachdem aufgrund dieser Vorfragen sodann etwa feststeht, 43

- ob der Schwerpunkt der zu untersuchenden Fallkonstellation bei Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV liegt,
- ob der Anwendungsbereich des *Meca-Medina*-Tests (wie zumeist) eröffnet ist sowie
- in welchem Umfang den Sportverbänden hinsichtlich der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests ein Ermessensspielraum zukommt und – korrespondierend hiermit – wie intensiv insoweit die gerichtliche Kontrolldichte ist,

wendet sich die Prüfung insbesondere den in der konkreten Fallkonstellation problematischen Voraussetzungen der kartellrechtlichen Tatbestände sowie des *Meca-Medina*-Tests zu. Hierbei werden – soweit erforderlich unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast – die besonders kritischen, vielfach hochumstrittenen und entscheidungserheblichen Aspekte in den Vordergrund gestellt. Chancen und Risiken der jeweiligen Rechtsauffassungen werden herausgearbeitet. Zu den jeweiligen Meinungsstreitigkeiten habe ich stets kritisch Stellung genommen und eine Rechtsposition bezogen. Sofern man meine Rechtsansicht nicht teilen sollte (was ich natürlich – anders als insbesondere manche Verbandsfunktionäre oder die ihre Interessen vertretenden Juristen – durchweg

67 → XIII. Rn. 6–12.
68 → XIII. Rn. 13–31.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sportlich nehme), bietet die rechtliche Analyse in jedem Fall ausreichend Argumente, auf die sich die jeweilige Gegenauffassung stützen könnte, oder verdeutlicht etwaige argumentative Schwachstellen.

44 Schließlich wird bezüglich jeder Fallgruppe eine Einschätzung zur Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit der wettbewerbsbeschränkenden Verbandsvorschrift oder -maßnahme mit Art. 101, 102 AEUV vorgenommen. Dabei kann natürlich keine absolute Rechtssicherheit vermittelt werden. Denn letztlich hängt zu viel von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die sich – ebenso wie die Rahmenbedingungen des betroffenen relevanten Marktes – unter Umständen schnell ändern können, was sodann die zuvor ermittelte kartellrechtliche Bewertung im Extremfall auf den Kopf stellen und hinfällig machen könnte. Letztlich ermöglichen die Analysen zu den über 20 Problemkonstellationen eine wissenschaftlich fundierte und zuverlässige (kartell)rechtliche Beurteilung der jeweiligen Fallkonstellation.

45 Auf die (kartell)rechtlichen Analysen zu den einzelnen Problemkonstellationen, die in sieben Komplexe mit einer unterschiedlichen Anzahl an Unterfallgruppen eingeteilt wurden (Europäisches Sportmodell[69]; Monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen[70]; Zugangsbeschränkungen zu Sportveranstaltungen oder zum Markt für bestimmte Sportveranstaltungen[71]; Organisation einer Sportliga[72]; Überlassung von Spielern[73]; Vermarktungsbeschränkungen[74]; Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS[75]; Schiedsvereinbarungen zum CAS[76]), wird an dieser Stelle nicht nochmals eingegangen.

Abschließende Bewertung der Verbandsautonomie im Sport

46 In der Einleitung[77] ist – noch weitgehend unkommentiert – eine Überschrift aus einer überregionalen Tageszeitung zu einem von *Thomas Kistner* verfassten Artikel zitiert worden:[78]

> „Die Autonomie des Sports ist ein absurdes Sonderrecht – und gehört abgeschafft"

69 → XIII. Rn. 33–61.
70 → XIII. Rn. 62–72.
71 → XIII. Rn. 73–170.
72 → XIII. Rn. 171–493.
73 → XIII. Rn. 494–617.
74 → XIII. Rn. 618–880.
75 → XIII. Rn. 881–913.
76 → XIII. Rn. 914–944.
77 → I. Rn. 3.
78 *Kistner* SZ v. 10.12.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fast 950 Seiten mit umfangreichen rechtlichen Analysen später wird dieses Zitat als Ansatzpunkt für eine abschließende Bewertung der Ausgangsproblematik nochmals aufgegriffen:

Zäumen wir das Pferd zunächst gleichsam von hinten auf und beginnen mit der zweiten Feststellung in dem Zitat. Nein, die Autonomie des Sports gehört keinesfalls abgeschafft. Die Verbandsautonomie i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK bildet nach wie vor die unentbehrliche verfassungsrechtliche Absicherung der zahllosen und insgesamt überaus wertvollen, ja vielfach unverzichtbaren Aktivitäten, die von privat gegründeten, vom Staat unabhängigen Verbänden und ihren Mitgliedern nicht nur, aber insbesondere auch im Sportsektor erbracht werden. Allerdings hat sich gezeigt, dass der Verbandsautonomie bei der rechtlichen Beurteilung sportbezogener Sachverhalte, die zu (Wettbewerbs-)Beschränkungen führen, eine deutlich geringere Bedeutung zukommt, als bislang vielfach angenommen worden ist. Dies beruht insbesondere auf drei Umständen: 47

– Erstens genießt in Deutschland in ständiger Rechtsprechung des BVerfG allein der „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit" den besonderen Schutz nach Art. 9 Abs. 1 GG,[79] wobei dieser Kernbereich, wie die Bezeichnung bereits vermuten lässt, deutlich enger gefasst ist, als viele im Sportbereich tätige Juristen vermuten (wie mir zahlreiche Diskussionen bei Tagungen und Konferenzen, aber auch sehr viele Publikationen zum Sportrecht gezeigt haben). Die Verbandsautonomie verbietet Sportverbänden natürlich nicht, sich – infolge der zunehmenden Kommerzialisierung des Sports ohnehin unvermeidlich – unternehmerisch zu betätigen. Denn zweifelsohne dürfen sie über die Mitgliedsbeiträge hinaus zusätzlich Einnahmen erzielen, um ihre Verbandsziele möglichst effektiv verfolgen und umsetzen zu können. Dabei kommen unweigerlich verbandsunabhängige Dritte (z.B. Sponsoren, Investoren, Spielervermittler) mit ins Spiel, zugleich werden manche Verbandsmitglieder in ihren eigenen gewinnorientierten unternehmerischen Tätigkeiten (z.B. hinsichtlich individueller Vermarktungsaktivitäten) eingeschränkt. All dies unterfällt sodann aber nicht dem von Art. 9 Abs. 1 GG allein geschützten „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit". 48

– Zweitens sind der Verbandsautonomie seit jeher rechtliche Grenzen gesetzt. Denn selbst im „Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit", aber erst recht bei den darüber hinausreichenden Aktivitäten der Sportverbände sind diejenigen Grenzen einzuhalten, die durch nationales staatliches sowie supranationales Recht gesetzt werden. Sportverbände agieren also seit 49

79 → III. Rn. 26–32 und XII. Rn. 20–43, jew. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jeher in keinem rechtsfreien, der Kontrolle durch staatliche Gerichte vollständig entzogenen Raum.

50 – Drittens wird die regelmäßig verfassungsrechtlich geschützte Verbandsautonomie in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU höchst unterschiedlich interpretiert und umgesetzt. Daher ist diese Rechtsfigur insbesondere bei Verbandsstatuten und -maßnahmen, die zu Beschränkungen im zwischenstaatlichen Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten führen (können), bei der Lösung von Rechtsstreitigkeiten von vornherein nur von allenfalls begrenztem Nutzen. Dementsprechend haben etwa der EuGH (*Meca-Medina und Majcen*, *MOTOE*), das EuG (*ISU's Eligibility Rules*), die EU-Kommission (*ISU's Eligibility Rules*) und auch das BKartA (*Rule 40 Bye-Law 3 OC*) in den erwähnten (sport)kartellrechtlichen Entscheidungen die Verbandsautonomie mit keinem Wort erwähnt. An die Stelle der Verbandsautonomie sind bei der Rechtsanwendung insoweit die besonderen Merkmale des Sports getreten, die in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten und zunächst in Entscheidungen des EuGH und der EU-Kommission zu den europäischen Grundfreiheiten und zum europäischen Kartellrecht entwickelt worden waren, bevor sie schließlich im Jahr 2009 auch in Art. 149 EG – heute Art. 165 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Spiegelstrich 7 AEUV – verankert worden sind.

51 Wenden wir uns nunmehr dem ersten Teil des Zitats zu. *Kistners* Aussage „Die Verbandsautonomie ist ein absurdes Sonderrecht" knüpfte seinerzeit an das nachweislich jahrelange systematische Staatsdoping im russischen Sport an, das nach seiner Aufdeckung mit vielfach als zu milde kritisierten Sanktionen durch die WADA[80] belegt worden war. In diesem Kontext, der – soweit ersichtlich – nicht den Regelfall des weltweit auftretenden Dopingmissbrauchs widerspiegelt, kann man im Hinblick auf die Verbandsautonomie in der Tat mit etwas Übertreibung von einem „absurden Sonderrecht" sprechen. Denn in Russland war die Verbandsautonomie in kollusivem Zusammenwirken von Sportverbänden und Staat in einem dann gleichsam (natürlich nur auf nationaler Ebene) rechtsfreien Raum zu rein manipulativen Zwecken missbraucht worden, wobei dieses Verhalten hernach in einer für die Täter kaum spürbaren Weise sanktioniert wurde. Wie in den vorangehenden Abschnitten dargestellt worden ist, wird das hohe Rechtsgut der Verbandsautonomie im Allgemeinen aber nicht in vergleichbarer Weise pervertiert, auch wenn zu konzedieren ist, dass manche Interpretation und Instrumentalisierung der Verbandsautonomie die Grenzen des rechtlich Tolerierbaren überschreitet.[81]

80 Diese sind in der Folge noch weiter aufgeweicht worden durch CAS 17.12.2020 – 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency, → IV. Rn. 303–310.

81 Stellvertr. → X. Rn. 29–42.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In diesem Werk sind die Rolle der Verbandsautonomie sowie der besonderen Merkmale des Sports bei der Bewertung vielfältiger rechtlicher Problemfelder und Streitigkeiten im Sportsektor aus vielerlei Perspektiven be- und ausgeleuchtet sowie anschließend analysiert worden. Zugleich ist in Anlehnung an den vom EuGH in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen* entwickelten dreistufigen Test ein rechtliches Prüfungsschema entwickelt worden, welches – zumindest nach hier vertretener Auffassung – zum einen den besonderen Bedürfnissen des Sports und zum anderen den Zielen, die insbesondere durch die europäischen Grundfreiheiten und das europäische Kartellrecht verfolgt werden, in angemessener Weise Rechnung trägt und zudem praktikabel ist. Diesem Prüfungsmodell, das an die im Wesentlichen überzeugende Entscheidungspraxis des EuGH, des EuG, der EU-Kommission, des BKartA und auch diverser staatlicher Gerichte anknüpft, wird man kaum vorwerfen können, ein wissenschaftliches Glasperlenspiel bar jeglichen Praxisbezugs zu sein. Es ist derzeit nicht zu erwarten, dass die beschriebene rechtliche Entwicklung in absehbarer Zukunft eine grundlegend abweichende Richtung nehmen wird. 52

Einstweilen bietet der hier entwickelte Prüfungsmaßstab rechtliche Orientierungspunkte für alle Interessengruppen im Sportbereich, seien es Sportverbände, deren den Verbandsstatuten unterworfenen (un)mittelbaren Mitglieder oder Dritte, auf die sich Verbandsstatuten und -maßnahmen beschränkend auswirken. Dies gilt zunächst in Situationen, in denen das Kind gleichsam schon in den Brunnen gefallen ist und die Parteien über die rechtliche Wirksamkeit eventuell (wettbewerbs)beschränkender Verbandsstatuten oder -maßnahmen vor Verbandsgerichten, Sportschiedsgerichten oder staatlichen Gerichten streiten. Zu den vornehmsten Aufgaben der Juristen gehört es indes, das Auftreten gerade solcher Verfahren durch rechtzeitige und umsichtige Beratung zu vermeiden. Hierzu kommt es jedoch aus verschiedenen Gründen (zu) oft nicht: So interpretieren Sportverbände bei der Verabschiedung und praktischen Umsetzung potentiell wettbewerbsbeschränkender Verbandsstatuten den ihnen durch die Verbandsautonomie gewährten juristischen Spielraum oft zu großzügig; die juristischen Berater (inter)nationaler Sportverbände sind mitunter für die komplexe rechtliche Ausgangsproblematik nicht in ausreichendem Maße sensibilisiert oder nehmen eine erkannte offene rechtliche Flanke billigend in Kauf; oder es fehlt an Interessenvertretern der durch die zu verabschiedenden Verbandsstatuten in potentiell wettbewerbsbeschränkender Weise Betroffenen, die versuchen könnten, bereits vor der Verabschiedung der betreffenden Verbandsregelungen zu intervenieren. Dies alles führt dazu, dass Sportverbände (wie z.B. die ISU hinsichtlich ihrer Zulassungsbeschränkungen oder der DOSB und das IOC hinsichtlich der früheren Fassung der Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer) im Zweifel dazu neigen, juristisch „*all-in*“ zu gehen, obgleich sie nicht über das 53

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bessere Blatt als der/die Gegenspieler verfügen. Umgekehrt sind es mitunter aber auch die Gegenspieler (z.B. die Langstreckenschwimmer *David Meca-Medina* und *Igor Majcen* oder die Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*), die mit zu großer Zuversicht „*all-in*" gehen, um den juristischen Wettkampf schließlich doch zu verlieren.

54 Das hier präsentierte Prüfungsmodell bietet allen Beteiligten die Gelegenheit, bereits frühzeitig, d.h. möglichst auch schon vor der Verabschiedung potentiell (wettbewerbs)beschränkender Verbandsstatuten und/oder deren Umsetzung, die „richtigen" Fragen zu stellen, um eine erste Einschätzung hinsichtlich etwaiger juristischer Risiken oder Chancen vornehmen zu können. Jeder Rechtsstreit, der auf diese Weise vermieden werden kann, wäre aus der Perspektive des Sportrechts zwar zu bedauern, weil es weniger diskussions- und möglicherweise kritikwürdige Entscheidungen gäbe. Diese Beeinträchtigung des wissenschaftlichen Diskurses im Sportrecht würde freilich durch die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten weit mehr als kompensiert, zumal letztere erfahrungsgemäß für alle Beteiligten mit zeitlichem und finanziellem Aufwand einhergehen, der im Sport sicherlich sinnvoller genutzt werden könnte.

Zu guter Letzt

55 Die mit dem Ziel angetretene Reise durch das Sportrecht, die rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts auszuloten, ist beendet. An dieser Stelle sei all denjenigen gedankt, die mich auf einzelnen Etappen lesend begleitet haben. Ich gebe mich nicht der Illusion hin, dass viele am Sportrecht Interessierte dieses Werk von der ersten bis zur letzten Seite lesen oder gar durcharbeiten werden. Denn dies war und ist auch nicht das erklärte Ziel dieser Abhandlung, die sich den typischen juristischen Buchkategorien (wissenschaftliche Monographie, Kommentar, Handbuch, Lehrbuch) nicht eindeutig zuordnen lässt.

56 Sollte der wissenschaftlich interessierte Sportrechtler hier geistige Nahrung und argumentative Anregungen gefunden haben, ja vielleicht sogar auf ein lohnenswertes Promotionsprojekt oder ein geeignetes Thema für eine Masterarbeit gestoßen sein, um sich sodann kritisch (natürlich nicht ausschließlich) mit meinen Thesen auseinanderzusetzen, würde mich dies sehr freuen. Sollte sich ein Nutzer von Kommentaren zum Kartellrecht hier über die Feinheiten und Details der weithin praktizierten Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Besonderheiten den Sports, d.h. außerwettbewerblicher Aspekte, bei der Anwendung des Kartellrechts auf den Sportsektor informieren, so wird er vermutlich feststellen, wie lückenhaft die Ausführungen zum tatsächlich gelebten und in der Praxis

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weitgehend bewährten Sportkartellrecht in den gängigen Kommentaren zum europäischen Kartellrecht sind. Sollte der vielbeschäftigte und erfahrene Praktiker im Sportrecht hier trotz des abschreckenden Seitenumfangs seine Kenntnisse etwa im Sportkartellrecht vertiefen oder schärfen oder Lösungshinweise für ein konkretes Rechtsproblem suchen wollen, sei darauf hingewiesen, dass man den Einstieg zeitschonend über das umfassende Stichwortverzeichnis oder direkt über die Fallkonstellationen in Abschnitt XIII. wählen und dann bei Bedarf die Ausführungen aus den Grundlagenteilen (Abschnitte II. bis XII.) punktuell zu Rate ziehen kann. Sollten sich schließlich Studierende der Rechtswissenschaften oder etwa auch der Sportökonomie unter Zuhilfenahme dieses Werkes erstmals intensiv mit einzelnen Aspekten des Sportrechts beschäftigen (etwa zur Vorbereitung einer Seminararbeit oder einer Prüfung, zur Vor- oder Nachbereitung einer Vorlesung oder schlicht aus juristischer Neugierde), wodurch sodann ihr Interesse an dem überaus spannenden Rechtsgebiet geweckt würde, so würde dies mein Herz höher schlagen lassen lassen.

Wer auch immer erstmals oder zum wiederholten Male in diesem Werk liest, 57
hier stöbert, vielleicht sogar tief in eine bestimmte Rechtsproblematik eintaucht, dem wünsche ich hierbei viel Spaß. Indes wage ich zu bezweifeln, dass dieser Spaß diejenige Freude übertreffen wird, die mir von Weihnachten 2019 bis zum 7.2.2022 folgende Tätigkeiten bereitet haben: die Konzeption dieses Werkes; das Ordnen und die Verschriftlichung meiner zahllosen Ideen und Gedankensplitter zu einzelnen sportrechtlichen Fragestellungen; das regelmäßige Sichten sportrechtlicher Publikationen mit anschließendem Durchdenken der vertretenen Rechtsauffassungen, aber auch aktueller Berichte in verschiedenen Medien zu sportrechtlich interessanten Entwicklungen sowie deren allmähliche Einfügung in das Gesamtwerk; die inhaltliche Überprüfung und Einarbeitung meiner in den letzten 25 Jahren jeweils zu Teilproblemen veröffentlichten sportrechtlichen Ausführungen; die gleichzeitige Berücksichtigung meiner Erfahrungen aus der vielfältigen Lehrtätigkeit im Bereich des Sportrechts, aus meiner fünfjährigen Tätigkeit als Richter im Nebenamt in einem u.a. auf das Wettbewerbsrecht spezialisierten Senat am OLG Nürnberg, aus meiner nun schon langjährigen Tätigkeit als Schiedsrichter in zahlreichen sportbezogenen Schiedsverfahren, aus dem Anfertigen von Rechtsgutachten zu vielen verschiedenen sportrechtlichen Fragen sowie aus diversen beratenden Tätigkeiten im Sportbereich.

Der nun folgende Schlusspunkt ist nur ein vorläufiger. Denn die Entwicklung 58
des Sportrechts wird unaufhaltsam weitergehen. Ich bin schon neugierig und fest entschlossen, auch die weiteren, zu erheblichen Teilen noch unbekannten Etappen dieses Prozesses kritisch zu begleiten und meine Reiseberichterstattung fortzusetzen. Zum Abschluss rufe ich den Freunden des Sportrechts an dieser Stelle bewusst nicht „Lebe wohl", „Goodbye", „Adieu", „Gehab dich wohl/Gehaben

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sie sich wohl“, „Servus“ oder „Ciao“ zu, sondern schlicht „Auf Wiedersehen“ oder „See you again“ – sei es beim nächsten Lesen in diesem Werk, in einer Vorlesung oder in einem Seminar, anlässlich einer Tagung oder aber bei anderer Gelegenheit.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Das europäische Wettbewerbsrecht als Kollateralschaden des PSPP-Urteils des Bundesverfassungsgerichts?, NZKart 2020, 281–283

Ackermann, Thomas/Blaschczok, Johannes: Grenzen der Verpflichtungszusage als Instrument zur Beendigung europäischer Kartellverfahren – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 9.12.2020 – C-132/19 P – Groupe Canal+/Kommission, ZUM 2021, 243–245

Adinolfi, Fabio/Rübben, Tillmann: Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, ZJS 2016, 382–385

Adolphsen, Jens: Internationale Dopingstrafen, Tübingen 2003

ders.: Grundfragen und Perspektiven der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, 169–175

ders.: Sportschiedsgerichtsbarkeit Anfang 2016, SpuRt 2016, 46–51

Adolphsen, Jens/Nolte, Martin/Lehner, Michael/Gerlinger, Michael (Hrsg.): Sportrecht in der Praxis, Stuttgart 2011

Zitiert: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/*Bearbeiter* Rn. …

Agafonova, Rusa: International Skating Union versus European Commission: is the European sports model under threat?, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2019, 87–101

Zitiert: *Agafonova* ISLJ 2019, 87 (…)

Andexer, Frank: Die nationale Sportgerichtsbarkeit und ihre internationale Dimension, Hamburg 2009

Arroyo, Manuel (Hrsg.): Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, 2. Aufl., Haywards Heath 2018

Zitiert: Arroyo/*Bearbeiter* Art. … CAS-Code Rn. …

Ashelm, Michael: Bosman-Entscheidung – Die Fußball-Revolution, FAZ v. 15.12.2015, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/menschen-wirtschaft/die-folgen-des-bosman-urteils-im-fussball-transfergeschaeft-13966870.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Sportindustrie ohne Wettbewerb – Angriff auf die Sportkartelle, FAZ v. 3.2.2018, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/die-macht-der-sportkartelle-sollte-verringert-werden-15429456.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Kartellamt überprüft „50+1" – Kippt das Übernahme-Verbot für Fußballvereine?, FAZ v. 24.8.2018, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kippt-das-uebernahme-verbot-fuer-fussballvereine-15752748.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Aubut, Mélanie: When Negotiations Fail: An Analysis of Salary Arbitration and Salary Cap Systems, 190 Sports Law J. 2003, 189–236

Zitiert: *Aubut* 190 Sports Law J. 2003, 189 (…)

Aumüller, Johannes: Beckenbauer behält sein Geheimnis, SZ v. 27.4.2020, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/wm-2006-sommermaerchen-prozess-1.4890260 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Financial Fair Play im Fußball – Sanktionen nur auf dem Papier, SZ v. 14.9.2021, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/financial-fair-play-uefa-champions-league-sanktionen-system-1.5409400 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aumüller, Johannes/Kistner, Thomas: Sportpolitik – Neuer Steuer-Ärger für den DFB, SZ v. 17.11.2021, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/sportpolitik-dfb-adidas-ermittlungen-1.5467034 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Axer, Leonie Franziska: Beweisanforderungen in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS) – Unter besonderer Beachtung des Nachweises von Doping, Baden-Baden 2021

Bach, Dwayne: Professioneller American Football für Europa – Die nächste Super League?, SpoPrax 2022, 46–52

Bachmann, Gregor: Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006

Baddeley, Margareta: L'association sportive face au droit, Genf 1994

dies.: Thoughts on Swiss Federal Tribunal decision 129 III 445, CaS 2004, 91–93

dies.: The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2020, 3–17

Zitiert: *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (…)

Baecker, Wolfgang: Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen, Berlin 1985

Bagger, Tim: Die kartellrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Bundesligaübertragungsrechten, Baden-Baden 2010

Bahners, Frank: Einführung von Gehaltsobergrenzen im deutschen Berufsfußball aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, SpuRt 2003, 142–144

ders.: Die Rechtmäßigkeit von Verbandsstrafen gegenüber Fussballvereinen bei Zuschauerausschreitungen, CaS 2009, 25–28

Ballasch, Alexander: Die Verpflichtungszusage des Ligaverbandes gegenüber der EU-Kommission, Frankfurt am Main u.a. 2009

Bareuther, Marie-Christin Ruth Dorothea: Transparenz in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit – Zur Öffentlichkeit von Verfahren und Entscheidungen des Court of Arbitration for Sport, Berlin u.a. 2021

Basedow, Jürgen: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 712–715

Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim/Schnyder, Anton/Berti, Stephen (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2013

Zitiert: Basler Kommentar-IPRG/*Bearbeiter* Art. … IPRG Rn. …

Battis, Ulrich/Ingold, Albert/Kuhnert, Kathrin: Zur Vereinbarkeit der „6+5"-Spielregel der FIFA mit dem Unionsrecht, EuR 2010, 3–29

Batzoglou, Ferry: Der Prozess und die schwerwiegenden Fragen, FAZ v. 29.5.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/champions-league/manchester-city-fragen-zum-cas-prozess-gegen-die-uefa-17361885.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Bauers, Sebastian Björn: Die Zukunft der 50+1-Regel – Lösungsansätze einer stakeholderorientierten Perspektive, SpoPrax 2021, 192–197

Baumgart, Niklas: Wie ein Salary Cap in Europa funktionieren würde, Kicker v. 26.3.2021, abrufbar unter https://www.kicker.de/wie-ein-salary-cap-in-europa-funktionieren-wuerde-799908/artikel (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Becker, Christoph/Hecker, Anno/Reinsch, Michael: Sieg über das System, FAS v. 18.1.2015, 11, abrufbar unter https://www.genios.de/presse-archiv/artikel/FAS/20150118/sieg-ueber-das-system/SD1201501184477683.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Becker, Michael/Ulmer, Ludwig: Fragen um das neue DFB-Reglement für Spielervermittler, CaS 2016, 140–142

Beck'scher Online-Kommentar GG: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), München, 49. Edition (Stand: 15.11.2021)

Zitiert: BeckOK-GG/*Bearbeiter* § … GG Rn. …

Beck'scher Online-Kommentar ZPO: Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), 43. Edition (1.12.2021) München 2021

Zitiert: BeckOK-ZPO/*Bearbeiter* § … ZPO Rn. …

Behrens, Peter: Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2017

Beisenherz, Maja: Der professionelle Sport und das europäische Kartellrecht – zwischen ökonomischem Wettbewerb und sportlichem Wettkampf, Köln 2011

dies.: #Tokio2020 Böiger Wind zur Stärkung der Athletenrechte – Die Verpflichtungszusagenentscheidung des BKartA gegenüber dem IOC/DOSB, NJOZ 2019, 1137–1142

dies.: Die kartellrechtskonforme Nominierung zu internationalen Sportwettbewerben – Der kartellrechtliche Anspruch der Athleten auf Durchführung eines transparenten Verfahrens zur diskriminierungsfreien Nominierung durch den Spitzensportverband am Beispiel der Olympischen Spiele, NJOZ 2020, 801–808

Berger, Bernhard/Kellerhals, Franz: Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

Zitiert: *Berger/Kellerhals* Rn. …

Bergermann, Michael: Doping und Zivilrecht – Rechtmäßigkeit von Doping-Sanktionen sowie durch Doping begründete Schadensersatzansprüche, Frankfurt am Main 2002

Bergmann, Simon: Rechtliche Problemstellungen um die Athletenvereinbarung aus Athletensicht, in: Steinle, Franz (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, Stuttgart 2013, 59–70

Zitiert: *Bergmann* in Steinle, 2013, 59 (…)

Bersagel, Annie: Is there a Stare Decisis Doctrine in the Court of Arbitration for Sport? An Analysis of Published Awards for Anti-Doping Disputes in Track and Field, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal (Pepperdine Disp. Res. L.J.) 2012, 189–213

Zitiert: *Bersagel* Pepperdine Disp. Res. L.J. 2012, 189 (…)

Besson, Sébastien: Arbitration and Human Rights, ASA Bulletin 2006, 395–416

Bien, Florian/Becker, Björn Christian: Regelungsautonomie der Sportverbände vs. Kartellverbot – Zum Anwendungsbereich der *Meca-Medina*-Ausnahme, ZWeR 2021, 565–600

Bindels, Alfred: Das Anti-Doping-Gesetz – Entstehung und Überblick, in: Pfister, Bernhard (Hrsg.), Das Anti-Doping-Gesetz, Stuttgart 2016, 9–24

Zitiert: *Bindels* in Pfister, 2016, 9 (…)

Blackshaw, Ian S.: The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively „Within the Family of Sport", The Entertainment and Sports Law Journal (Ent. & Sports L. J.) 2003, 61–83

Zitiert: *Blackshaw* Ent. & Sports L. J. 2003, 61 (…)

ders.: International Sports Law: An Introductory Guide, Den Haag 2017

Zitiert: *Blackshaw* Seite(n)

Blandfort, Fabian: Rechtsstaatliche Bindungen der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit: Das Urteil des EGMR in der Rechtssache Mutu und Pechstein v. Schweiz, SchiedsVZ 2019, 120–126

Blasius, Helga: Sport- und arzneimittelrechtliche Dopingverbote, DRiZ 2010, 240–244

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blask, Holger: Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, Köln 2005

ders.: Entscheidung des U.S. Supreme Courts in der Sache American Needle, Inc. v. National Football League et al. und mögliche Implikationen für das europäische und deutsche Sportkartellrecht, KSzW 2011, 25–31

Bleistein, Romana/Degenhart, Christoph: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht – Schiedsvereinbarungen und Anti-Doping-Gesetzgebung auf dem Prüfstand, NJW 2015, 1353–1357

Bliesze, Lucas: Der neue Financial Fairplay Fördertopf der 3. Liga im Lichte von Sportökonomie und EU-Kartellrecht, SpuRt 2022, 23–27

Blum, Vera/Ebeling, Stephan: Dynamische Verweisungen im Arbeits- und Verbandsrecht, in: Bepler, Klaus (Hrsg.), Sportler, Arbeit und Statuten – Herbert Fenn zum 65. Geburtstag, Berlin 2000, 85–120

Zitiert: *Blum/Ebeling* in Bepler, 2000, 85 (…)

Bodansky, Brian: Kicking the Penalty – Why the European Court of Justice should Allow Salary CAPS in UEFA, 36 Fordham International Law Journal (Fordham Int'l L.J.) 2013, 163–197

Zitiert: *Bodansky* 36 Fordham Int'l L.J. 2013, 163 (…)

Bode, Thilo: Die Diktatur der Konzerne, Frankfurt am Main 2018

Bodmer, Hans: Vereinsstrafe und Verbandsgerichtsbarkeit: dargestellt am Beispiel des Schweizerischen Fussballverbandes, Bern 1989

Bohn, Clarissa: Regel und Recht, Baden-Baden 2008

Breuer, Christoph: Mit Risiken und Nebenwirkungen, FAZ v. 11.5.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/christoph-breuer-zur-fussball-bundesliga-in-corona-zeiten-16764073.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Breuer, Ludger: Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele – Die finale Programmierung der Unionstätigkeit durch die Querschnittsklauseln am Beispiel des Art. 101 AEUV, Baden-Baden 2013

Brinkmann, Kyra: Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, Baden-Baden 2018

Brost, Stefan: Die „Besonderheiten des Sports" im neuen Artikel 165 des Lissabonner Vertrages, SpuRt 2010, 178–182

ders.: Ein Leistungsschutzrecht sui generis für Sportveranstalter – Grundrechtliche Handlungsverpflichtungen und Gestaltungsoptionen des Gesetzgebers, Köln 2017

Bruhn, Manfred/Mehlinger, Rudolf: Rechtliche Gestaltung des Sponsoring – Sport-, Kultur-, Sozial-, Umwelt- und Programmsponsoring, Band II, Spezieller Teil, München 1994

Brüning, Christoph: Sportgerichtsbarkeit zwischen justiziellen Garantien und Privatautonomie, ZG 2019, 386–396

Brunk, Axel: Der Sportler und die institutionelle Sportschiedsgerichtsbarkeit: Zur Wirksamkeit erzwungener Schiedsvereinbarungen im Sport und dem Gebot unabhängiger und überparteilicher Rechtspflege am Beispiel des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) und des deutschen Sportschiedsgerichts (DSS), Baden-Baden 2016

Buchberger, Markus: Die Überprüfbarkeit sportverbandsrechtlicher Entscheidungen durch die ordentliche Gerichtsbarkeit – Ein Vergleich der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1999

Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas: Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bunte, Hermann-Josef: Zum durch einen Monopolverband im Bereich des Leistungssports auf Sportler ausgeübten Zwang, sich einer Schiedsvereinbarung zu unterwerfen, WuW 2016, 366–369

Burianski, Markus/Pogrzeba, Gero: BGH: Doch kein Ende der Sportschiedsgerichtsbarkeit – Pechstein/International Skating Union, LMK 2016, 381217

Burkhart, Felix: Der Sport im Recht der EU vor und nach dem Vertrag von Lissabon, Frankfurt am Main 2018

Buschmann, Rafael/Winterbach, Christoph: CAS-Urteil zu Manchester City – Interne Mails stellen Zeugenaussagen infrage, Spiegel Online v. 30.7.2020, abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/cas-urteil-zu-manchester-city-interne-mails-stellen-zeugenaussagen-in-frage-a-9ce67020-5f9e-4c3b-b307-cc855f04c0c7 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Butte, Freyja, C.: Das selbstgeschaffene Recht des Sports im Konflikt mit dem Geltungsanspruch des nationalen Rechts, Baden-Baden 2010

Cattaneo, Andrea/Parrish, Richard: Sports Law in the European Union, Alphen aan den Rijn, 2020

Zitiert: *Cattaneo/Parrish* Rn. …

Catuogno, Claudio/Kistner, Thomas: In der Hand von Gianni Infantino, SZ v. 17.4.2020, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/fifa-infantino-lauber-prozess-bundesanwaltschaft-1.4880320 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Chappellet, Jean-Loup: Autonomy and governance: necessary bedfellows in the fight against corruption in sport, 2016, Online-Veröffentlichung, abrufbar unter https://www.transparency.org/files/content/feature/1.3_AutonomyAndGovernance_Chappelet_GCRSport.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Chappellet* Seite(n)

Cherkeh, Rainer T.: Grundlagenvertrag DFB und DFL – Abstellungsverpflichtung und Nutzung der Persönlichkeitsrechte gegen Vergütung?, SpuRt 2018, 19–22

Cherkeh, Rainer T./Daumann, Frank/Renz, Michael: The national league principle as a restraint of competition in European football, CaS 2021, 174–184

Cherkeh, Rainer T./Momsen, Carsten/Orth, Jan F. (Hrsg.): Handbuch Sportstrafrecht, München 2021

Zitiert: Cherkeh/Momsen/Orth/*Bearbeiter* … Kap. … Rn. …

Cherkeh, Rainer T./Vieweg, Klaus: CAS-Appeal-Verfahren: Kostentragung und das Gebot effektiven Rechtsschutzes, SpuRt 2021, 250–254

Cisneros, Ben: Challanging the call: Should sports governing bodies be subject to judicial review?, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2020, 18–36

Zitiert: *Cisneros* ISLJ 2020, 18 (…)

Classen, Christian: Rechtsschutz gegen Verbandsmaßnahmen im Profisport, Hamburg 2014

Clossé, Pirmin: Wieso war nur Wimbledon gegen Corona versichert?, FAZ v. 9.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/wieso-war-nur-wimbledon-gegen-corona-versichert-16717872.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Männer und Frauen im Tennis – Federer bringt den Stein ins Rollen, FAZ v. 27.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/tennis-star-roger-federer-will-atp-und-wta-fusionieren-16742867.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Cotsonika, Nicholas J.: COVID-19-Verbreitung Grund für NHL-Entscheidung auf Olympia-Verzicht, NHL-News v. 22.12.2021, abrufbar unter https://www.nhl.com/de/news/nhl-entscheidung-nicht-an-olympischen-spielen-teilzunehmen-basiert-auf-covid-19-verbreitung/c-329207810 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Cukurov, Dennis: Kartellrechtliche Zulässigkeit von Superligen im Fußball – Der europäische Ligasport vor dem Umbruch, Baden-Baden 2021

Daigfuß, Rainer: Verhältnis von Vereinsmitgliedern und Nichtvereinsmitgliedern gegenüber Verbänden – dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Sportbereichs, Diss. Bayreuth, 1995

Daspin, Albert D.: Of Hoops, Labor Dupes and Antitrust Ally-Oops: Fouling Out the Salary Cap, 62 Indiana Law Journal (Ind. L.J.) 1986, 95–125

Zitiert: *Daspin* 62 Ind. L.J. 1986, 95 (…)

Del Fabro, Marco: Drei Jahre TPO-Verbot – die Verbände sind (weiterhin) gefordert, CaS 2018, 161–169

Deutscher, Jörg: 50+1-Regelung in der Fußball-Bundesliga – Zur Mehrheitsbeteiligung von Investoren an Fußballklubs, SpuRt 2009, 97–102

Downie, Rachelle: Improving the performance of sport's ultimate umpire: Reforming the governance of the court of arbitration for sport, Melbourne Journal of International Law (Melb. J. Int. L.) 2011, 67–96

Zitiert: *Downie* Melb. J. Int. L. 2011, 67 (…)

Dreher, Meinrad/Kulka, Michael: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2018

Zitiert: *Dreher/Kulka* Rn. …

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 3., 3. Aufl., Tübingen 2018

Zitiert: Dreier/*Bearbeiter* Art. … GG Rn. …

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.): Grundgesetz, 95. Ergänzungslieferung, München Juli 2021

Zitiert: Dürig/Herzog/Scholz/*Bearbeiter* Art. … GG Rn. …

Duttig, Andreas: Comfortably satisfied?, Lausanne 2019

Duval, Antoine: The Court of the Arbitration for Sport and the EU Law: Chronicle of an Encounter, Maastricht Journal of European and Comparative Law (Maastricht J. of Europ. & Comp. L.) 2015, 224–255

Zitiert: *Duval* Maastricht J. of Europ. & Comp. L., 2015, 224 (…)

Duval, Antoine/van Rompuy, Ben: Introduction, in: van Rompuy, Ben/Duval, Antoine (Hrsg.): The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship Between EU Law and Sport, The Hague 2016, 1–12

Zitiert: *Duval/van Rompuy*, in Duval/van Rompuy, 2016, 1 (…)

Duve, Christian/Rösch, Karl Ömer: Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 216–227

dies.: Ist das deutsche Kartellrecht mehr wert als alle Olympiasiege?, SchiedsVZ 2015, 69–77

Ebbing, Frank: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3.4.2000 – II ZR 373/98 = NZG 2000, 897 f., NZG 2000, 898–899

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eberhardt, Henning: DKB Handball Bundesliga im Clinch mit Europa-Verband EFH, manager magazin v. 4.3.2018, abrufbar unter http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/handball-machtkampf-in-der-dkb-handball-bundesliga-a-1188503.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Eckel, Philipp/Richter, Heiko: Die kartellrechtliche Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, WuW 2015, 1078–1092

Edenfeld, Stefan: Die Rechtsbeziehungen des bürgerlich-rechtlichen Vereins zu Nichtmitgliedern, Berlin 1996

Egger, Sebastian: Verbandsregeln und europäisches Kartellrecht – Eine Untersuchung am Beispiel des TPO-Verbots, in: Lorz, Sigrid/Regenfus, Thomas/Röthel, Anne/Spengler, Hans-Dieter (Hrsg.), Recht, Sport, Technik und Wirtschaft in mehrdimensionalen Perspektiven – Liber amicorum für Klaus Vieweg zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, 74–88

Zitiert: *Egger*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 74 (…)

Eichel, Benjamin: Transferentschädigungen für Berufsfußballspieler – Neue Erkenntnisse für die Behandlung des Sports im Europarecht durch „Bosman II"?, EuR 2010, 685–694

ders.: Der Sport im Recht der Europäischen Union, Baden-Baden 2013

Eichel, Florian: AGB-Inhaltskontrolle von Schiedsklauseln in Athletenvereinbarungen, ZZP 2016, 327–342

ders.: Der Athlet als Betrachter der Sportgerichtsbarkeit, zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs im Fall „Claudia Pechstein" vom 7. Juni 2016, KZR 6/15, SpuRt 2017, 68–70

Elsing, Siegfried: Schiedsrichterliche Unabhängigkeit – Vorurteile und Wirklichkeit, SchiedsVZ 2019, 16–23

Emmerich, Volker: Europarecht – Kartellrecht, JuS 2006, 1123–1125

Engelsing, Felix/Buhl, Monika: Ist Dabeisein wirklich alles? – Vermarktungsverbote für Teilnehmer der Olympischen Spiele, ZWeR 2020, 107–130

Erman, Handkommentar zum BGB, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Band I, 15. Aufl., Köln 2017

Zitiert: Erman/*Bearbeiter* § … BGB Rn. …

Esposito, Vito: Private Sportordnung und EU-Kartellrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der „50+1"-Regel und der „break even"-Rule im Profi-Fußball, Baden-Baden 2014

Fenn, Herbert: Erfassung der Sportler durch die Disziplinargewalt der Sportverbände, SpuRt 1997, 77–86

Fikentscher, Adrian: Der Salary Cap im Sport im Schnittpunkt zwischen Arbeits- und Kartellrecht, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.), Spektrum des Sportrechts, Berlin 2003, 187–206

Zitiert: *A. Fikentscher* in Vieweg, 2003, 187 (…)

Fikentscher, Wolfgang: Die Freiheit und ihr Paradox – Über Irrtümer unserer Zeit, Gräfeling 1997

Fischer, Paul: Die Rolle des Ein-Platz-Prinzips in der Autonomie der Sportfachverbände, Frankfurt am Main 2018

Fischinger, Philipp S./Kainer, Friedemann: Gehaltsobergrenzen für Profifußballspieler? (Teil 2), SpoPrax 2021, 56–63

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fischinger, Philipp S./Orth, Jan F. (Hrsg.): COVID-19 und Sport – Verträge und Regelwerke krisenfest gestalten, München 2021

Zitiert: Fischinger/Orth/*Bearbeiter* Teil … Rn. …

Flanagan, Christopher A.: The corridor of uncertainty: part two, why attempts to regulate the financial aspects of football are met with legal challenges, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2018, 29–38

Zitiert: *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (…)

Foraker, Scott J.: The National Basketball Association Salary Cap: An Antitrust Violation?, 59 Southern California Law Review (S. Cal. L. Rev.) 1985, 157–182

Zitiert: *Foraker* 59 S. Cal. L. Rev. 1985, 157 (…)

Foster, Ken: How Can Sport be regulated?, in: Greenfield, Steven/Osborn, Guy (Hrsg.), Law and Sport in Contemporary Society, London 2000, 267–282

Zitiert: *Foster* in Greenfield/Osborn, 2000, 267 (…)

Franck, Egon: „Zombierennen" und „Patenonkel" – Warum deutsche Fußballklubs in der Champions League regelmäßig den Kürzeren ziehen, zfbf Sonderheft 62/10, 2010, 3–26

Franke, Martin: Das Milliardengeschäft mit der Spielsucht, FAZ v. 4.1.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/schneller-schlau/sportwetten-in-deutschland-das-milliardengeschaeft-mit-spielsucht-17125985.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Fritsch, Oliver: Fußball im Pay-TV – Das Kreuz mit den Fußball-Abos, Zeit Online v. 20.10.2021, abrufbar unter https://www.zeit.de/sport/2021-10/fussball-pay-tv-abos-kosten-dazn-amazon-prime-sky (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: DAZN – Fußball könnte billiger sein, Zeit Online v. 26.1.2022, abrufbar unter https://www.zeit.de/sport/2022-01/dazn-preiserhoehung-streaming-fussball-bundesliga (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Fuchs, Andreas: Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG, ZWeR 2007, 369–393

Fuller, Russell: World Cup of Tennis: Rival ITF and ATP plans in ‚race against time', BBC.com v. 14.3.2018, abrufbar unter http://www.bbc.com/sport/tennis/43409616 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Galanter, Marc: Why the „Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law & Society Review (Law & Soc'y Rev.) 1974, 95–160

Zitiert: *Galanter* Law & Soc'y Rev. 1974, 95 (…)

Galli, Albert: Profifußball – (K)ein Geschäft wie jedes andere?, SpuRt 2020, 19–22

Garcia-Garcia, Borja/James, Mark/Koller, Dionne/Lindholm, Johan/Mavromati, Despina/Parrish, Richard/Rodenberg, Ryan: The impact of Covid-19 on sports: a midway assessment, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2020, 115–119

Zitiert: *Garcia-Garcia/James/Koller/Lindholm/Mavromati/Parrish/Rodenberg* ISLJ 2020, 115 (…)

Gerlach, Jens/Manzke, Simon: Verschuldensunabhängige Verbandsstrafen im Profifußball und ihre Verlagerung auf Störer und Zuschauer, SpuRt 2020, 282–289 und SpuRt 2021, 2–5

Girsberger, Daniel/Voser, Nathalie: International Arbitration, 3. Aufl., Zürich 2016

Göksu, Tarkan: Das „Pechstein-Urteil" des Landgerichts München: Falsche Anwendung schweizerischen Rechts, CaS 2014, 356–363

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Goldman, Lee: Sports, Antitrust, and the Single Entity Theory, Tulane Law Review (Tul. L. Rev.) 1989, 751–797

Zitiert: *Goldman* Tul. L. Rev. 1989, 751 (…)

Golz, Robert: Ist die Meinungsfreiheit in deutschen Fußballstadien nach der Causa Hopp in Gefahr?, K&R 2020, 245–247

Görtz, Reinhard J.: Anti Doping Maßnahmen im Hochleistungssport aus rechtlicher Sicht, Remscheid 2012

Gotlib, Zachary: Athletes have rights too, right: Investigating the Extreme Unfairness in Sports' Purported Supreme Authority – Why the International Court of Arbitration for Sport Fails to Reign Supreme, 24 Cardozo Journal of International & Comparative Law (Cardozo J. of Int'L & Comp. Law) 2016, 389–422

Zitiert: *Gotlib* 24 Cardozo J. of Int'L & Comp. Law 2016, 389 (…)

Gotta, Hanna: Zulässigkeit und Wirksamkeit dynamischer Verweisungen in Vereinssatzungen, Berlin u.a. 2020

Grätz, Daniel: Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, Tübingen 2009

Grauer, Myron C.: The use and misuse of the term „Consumer Welfare", Tulane Law Review (Tul. L. Rev.) 1989, 71–116

Zitiert: *Grauer* Tul. L. Rev. 1989, 71 (…)

Grothe, Helmut: Verjährung im europäischen Fußball-Financial-Fairplay – ManCity ./. UEFA, SpuRt 2021, 67–70

Grünberger, Michael: Transnationales Recht als responsiver Rechtspluralismus?, Der Staat 55 (2016), 117–133

ders.: Anmerkung zu LG Memmingen, Urt. v. 28.7.2021, Az. 13 S 1372/20, SpuRt 2021, 290–292

Grüneberg, Christian (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022

Zitiert: Grüneberg/*Bearbeiter* § … BGB Rn. …

Gundel, Jörg: Der Rechtsschutz für vertragliche Rechte Dritter bei wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 – zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen *Groupe Canal+/Kommission*, NZKart 2021, 105–108

Haas, Ulrich: Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen, ZGR 2001, 325–332

ders.: Die Vereinbarung von „Rechtsregeln" in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport, CaS 2007, 271–279

ders.: Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, SchiedsVZ 2009, 73–84

ders.: Der Court of Arbitration for Sport im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, ZVglRWiss 2015, 516–544

Haas, Ulrich/Adolphsen, Jens: Verbandsmaßnahmen gegenüber Sportlern, NJW 1995, 2146–2148

Haas, Ulrich/Jansen, Julia: Verbandsstrafen zur Bekämpfung von Zuschauerausschreitungen im Fussball, CaS 2007, 316–322

Haas, Ulrich/Prokop, Clemens: Zu den formellen Grenzen der vereinsrechtlichen Disziplinargewalt im Rahmen von Unterwerfungsvereinbarungen, SpuRt 1998, 15–18

Hail, Jonas: Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts – Eine Untersuchung der Berücksichtigungsfähigkeit spitzensportlicher Besonderheiten in der kartellrechtlichen Prüfung, Baden-Baden 2014

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hammer, Gottfried: Präklusion von Einwendungen bei strukturellem Ungleichgewicht der Schiedsparteien, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2015, 141–150

Zitiert: *Hammer*, FS Schütze, 2015, 141 (…)

Handschin, Lukas/Schütz, Tony M.: Bemerkungen zum Fall „Pechstein", SpuRt 2014, 179–181

Hannamann, Isolde: Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, Berlin 2001

Hannamann, Isolde/Vieweg, Klaus: Soziale und wirtschaftliche Machtpositionen im Sport – Rechtstatsächliche Situation und (kartell)rechtliche Grenzen, in: Württembergischer Fußballverband (Hrsg.), Sport, Kommerz und Wettbewerb, Stuttgart 1998, 49–83

Zitiert: *Hannamann/Vieweg* in Württembergischer Fußballverband, 1998, 49 (…)

Hans, Armin/Nilgen, Oliver: Kommerzielle Teilhabeoptionen an Olympia – Zur Reichweite des Schutzes olympischer Bezeichnungen und Embleme, MarkenR 2016, 440–445

Hantke, Dietmar: Brauchen wir eine Sport-Schiedsgerichtsbarkeit?, SpuRt 1998, 186–191

Hartlieb, Johannes: Verpflichtungszusagen im europäischen Kartellrecht und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2020

Haslinger, Bastian: Zuschauerausschreitungen und Verbandssanktionen im Fußball, Baden-Baden 2011

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): BeckOK BGB, Band 1, §§ 1–480, 60. Edition (Stand: 1.11.2021), München 2021

Zitiert: Hau/Poseck/*Bearbeiter* § … BGB Rn. …

Haubner, Nadine: Formularmäßige Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, Eine Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts, Berlin 2017

Haug, Niko: Sanktionen gegen Super League-Clubs – was darf die UEFA?, SpoPrax 2021, 138–144

Haus, Florian C.: Das Urteil des BGH in Pechstein/International Skating Union – Ein Schritt vor, zwei Schritt zurück für das Kartellrecht in der Sportschiedsgerichtsbarkeit?, NZKart 2016, 366–369

Haus, Florian C./Heitzer, Isabelle: Kartellrecht gegen (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit – 1:0 – Zum Urteil des OLG München in der Sache Claudia Pechstein, NZKart 2015, 181–186

Hecker, Arno/Theile, Gustav: Der DFB und die Steuern – Ein bewusster Akt?, FAZ v. 7.10.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/im-visier-der-justiz-der-dfb-und-die-steuern-16991197.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Heermann, Peter W.: Handelsüblichkeit von Zugaben: eine Untersuchung des Begriffs der Handelsüblichkeit nach § 1 Abs. 2 lit. d) ZugabeVO, Pfaffenweiler 1989

Zitiert: *Heermann*, Handelsüblichkeit von Zugaben, 1989, Seite(n)

ders.: Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht – dargestellt anhand der Verwertung der Fernsehübertragungsrechte für Spiele des UEFA-Pokal- und des Pokalsieger-Wettbewerbs sowie der Bundesliga durch den DFB, ZHR 161 (1997), 665–714

ders.: Die Geltung von Verbandssatzungen gegenüber mittelbaren Mitgliedern und Nichtmitgliedern, NZG 1999, 325–333

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders.: Unentziehbare Mitwirkungsrechte der Kommanditaktionäre bei außergewöhnlichen Geschäften in der GmbH & Co. KGaA – Ein Beitrag zum Anlegerschutz und zur richterlichen Inhaltskontrolle, ZGR 2000, 61–85

ders.: Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht – Rechtsvergleichende Beobachtungen zum Umspielen unliebsamer Rechtsvorschriften, RabelsZ 2003, 106–139

ders.: Mehrheitsbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften im Lichte des Europarechts, WRP 2003, 724–735

ders.: Salary Cap – Kartellrechtliche Grenzen, in: Zieschang, Klaus/Klimmer, Christian (Hrsg.), Unternehmensführung im Profifußball – Symbiose von Sport, Wirtschaft und Recht, Berlin 2004, 123–139

Zitiert: *Heermann* in Zieschang/Klimmer, 2004, 123 (…)

ders.: Sport und Kartellrecht, in: Arter, Oliver (Hrsg.), Sport und Recht, 2. Tagungsband, Bern 2005, 197–223

Zitiert: *Heermann* in Arter, 2005, 197 (…)

ders.: Anmerkung zu LG Darmstadt, Urt. v. 25.10.2005 – 14 O 744/04 (zum OlympSchG), CaS 2006, 282

ders.: Verbandsautonomie versus Kartellrecht – Zu Voraussetzungen und Reichweite der Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EG auf Statuten von Sportverbänden, CaS 2006, 345–364

ders.: Kennzeichenschutz von sportlichen Großveranstaltungen im deutschen und europäischen Recht, ZEuP 2007, 535–585

ders.: Haftung im Sport, Stuttgart u.a. 2008

Zitiert: *Heermann*, Haftung im Sport, 2008, Rn. …

ders.: Voraussetzungen und Grenzen der Inhaltskontrolle autonomen Vereinsrechts – Eine kritische Bestandsaufnahme insbesondere für den Bereich des Sports, in: Hüttemann, Rainer/Rawert, Peter/Schmidt, Karsten/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2007, 2008, 91–111

Zitiert: *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (…)

ders.: „Status sportivus" und „status extra-sportivus" – Eine Standortbestimmung, CaS 2009, 90–94

ders.: Ausschliesslichkeitsbindungen in Sponsoringverträgen aus kartellrechtlicher Sicht, CaS 2009, 226–237

ders.: Sportsponsoring und Kartellrecht, WRP 2009, 285–299

ders.: Schutz von Spielplänen im Licht einer Entscheidung des High Court of Justice, CaS 2010, 227–236

ders.: Bindung an die Satzung übergeordneter Verbände durch dynamische Verweisungsklauseln, ZHR 174 (2010), 250–292

ders.: Typische Fallstricke bei Verhängung von Sanktionen durch Sportverbände, in: Bernreuther, Jörn/Freitag, Robert/Leible, Stefan/Sippel, Harald/Wanitzek, Ulrike (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag, München 2010, 11–26

Zitiert: *Heermann*, FS Spellenberg, 2010, 11 (…)

ders.: Ambush Marketing bei Sportveranstaltungen – Erscheinungsformen, Abwehrmöglichkeiten gegen und verbleibender Freiraum für assoziative Werbemaßnahmen, Auswirkungen auf den Wettbewerb und Erwägungen *de lege ferenda*, Stuttgart u.a. 2011

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, Seite(n)

ders.: Anmerkung zum Schiedsspruch des Ständigen Schiedsgerichts für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen vom 30. August 2011 („Fast alle Fragen der rechtlichen Zulässigkeit der 50+1-Regelung bleiben offen"), CaS 2011, 339–343

ders.: Keine kartellrechtliche Ausnahme für die Zentralvermarktung durch Sportligen aufgrund der *Single Entity Defense*, WRP 2011, 36–44

ders.: Territorial begrenzte Lizenzierung von Fernsehrechten im Lichte der Dienstleistungs- und Wettbewerbsfreiheit, WRP 2012, 371–381

ders.: Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter *de lege ferenda*?, GRUR 2012, 791–799

ders.: Stellung und Stellenwert des Hausrechts bei der audiovisuellen Verwertung von Sportveranstaltungen, Teil 1, WRP 2012, 17–22

ders.: Stellung und Stellenwert des Hausrechts bei der audiovisuellen Verwertung von Sportveranstaltungen, Teil 2, WRP 2012, 132–138

ders.: Praktische Konsequenzen aus der FAPL/Karen Murphy-Entscheidung des EuGH für die rechtliche Gestaltung der medialen Vermarktung von Sportveranstaltungen, WRP 2012, 650–659

ders.: Rechtsgrundlagen der Nominierung, in: Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.), Nominierungsfragen im Sport, Stuttgart u.a. 2013, 9–41

Zitiert: *Heermann* in Walker, 2013, 9 (…)

ders.: Rechtliche Bewertung der geplanten Untersagung von Third-Party-Ownerships, CaS 2013, 21–29

ders.: Related Parties nach den UEFA Financial Fair Play-Regulations, CaS 2013, 131–145

ders.: UEFA Financial Fair Play im Lichte des Europarechts, CaS 2013, 263–276

ders.: Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz i.S. von § 4 Nr. 9 UWG zugunsten von Sportveranstaltern?, SpuRt 2013, 56–59

ders.: Wann verstößt die Verwendung olympischer Bezeichnungen gegen § 3 Abs. 2 OlympSchG?, GRUR 2014, 233–240

ders.: Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 66–79

ders.: Grenzen einer verbandsfreundlichen Auslegung des Merkmals der Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen, in: Arnold, Stefan/Lorenz, Stephan/Cziupka, Johannes (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, 159–177

Zitiert: *Heermann*, GS Unberath, 2015, 159 (…)

ders.: „Related Parties" gemäss Financial Fair Play: Erste Erfahrungen, CaS 2015, 3–9

ders.: Abstellung von Nationalspielern aus kartellrechtlicher Sicht, CaS 2015, 384–391

ders.: Neues zum Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter, GRUR 2015, 232–240

ders.: Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 15.01.2015, U 1110/14 Kart – Pechstein, JZ 2015, 362–365

ders.: Kartellrechtliche Bewertung von Salary Caps i.S. des UEFA Financial Fair Play Reglements, NZKart 2015, 128–135

ders.: Einführung einer gesetzlich vorgeschriebenen Sportschiedsgerichtsbarkeit durch die Hintertür?, SpuRt 2015, 4–10

ders.: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1), WRP 2015, 1047–1053

ders.: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 2), WRP 2015, 1172–1179

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders.: Editorial: Sportlich ausgeglichene Wettbewerbe durch Kartellrecht?, WuW 2015 Heft 12

ders.: Auswirkungen von § 11 AntiDopG auf die deutsche Sportschiedsgerichtsbarkeit, CaS 2016, 108–117

ders.: Chance für Fortschritte vertan – Das Internationale Sportschiedsgericht CAS muss reformiert werden, DRiZ 2016, 242–243

ders.: Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Urteil des BGH im Pechstein-Verfahren, Iurratio – Die Zeitschrift für junge Juristen 2016, 94–97

ders.: Haftung des Vereinsvorstands bei Ressortaufteilung sowie für unternehmerische Entscheidungen, NJW 2016, 1687–1692

ders.: Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Pechstein-Urteil des BGH, NJW 2016, 2224–2227

ders.: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis eines Sportverbandes gegenüber Nichtmitgliedern, WRP 2016, 147–154

ders.: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 07.06.2016 – KZR 6/15 – Pechstein, WRP 2016, 1022–1024

ders.: Kein Ende nationaler Urheberrechtslizenzen nach der „FAPL/Karen Murphy"-Entscheidung des EuGH – Erwiderung und Ergänzungen zu Brost (ZUM 2016, 689–699), ZUM 2016, 835–840

ders.: Fußball-Bundesliga und U.S.-amerikanische Major Leagues – Ein Vergleich aus kartellrechtlicher Perspektive, CaS 2017, 191–207

ders.: Perspektiven für eine kartellrechtskonforme Gestaltung der Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga – Bewertung der entsprechenden kartellrechtlichen Ansätze der Monopolkommission im XXI. Hauptgutachten vom 20.09.2016, WuW 2017, 312–319

ders.: Bindung von Vereinsmitgliedern und Nichtmitgliedern an die Sanktionsvorschriften übergeordneter (Sport-)Verbände, ZIP 2017, 253–258

ders.: Verbandsautonomie im Verhältnis gegenüber Dritten – Kein Spiel ohne (kartell-)rechtliche Grenzen!, ZWeR 2017, 24–49

ders.: Aktuelle Thesen zur zentralen Vermarktung der Medienrechte an der Fußball-Bundesliga im Lichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV, WRP 2018, 7–17

ders.: Wettbewerb zwischen Sportverbänden und kommerziellen, privaten Sportveranstaltern – Legitime Zielsetzungen für Genehmigungsbestimmungen (inter)nationaler Sportfachverbände, WuW 2018, 241–247

ders.: Genehmigungs- und Teilnahmebestimmungen (inter)nationaler Sportfachverbände im Lichte der ISU-Entscheidung der Europäischen Kommission, WuW 2018, 550–556

ders.: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.3.2019 – I ZR 225/17 – Olympiareif, GRUR 2019, 652–654

ders.: Sportschiedsgerichtsbarkeit 2019 – Eine Standortbestimmung, NJW 2019, 1560–1565

ders.: Monopolistische pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen aus der Perspektive des europäischen und deutschen Kartellrechts, WRP 2019, 145–152

ders.: Werbung mit Bezug zu Olympischen Spielen im Fokus des Kartellrechts und des sog. Olympiaschutzgesetzes – Zu den kartellrechtlichen Grenzen der von Sportverbänden aufgestellten wettbewerbsbeschränkenden Verbandsstatuten, WRP 2019, 834–842

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders.: Rechtfertigung einer Zentralvermarktung der Fußballübertragungsrechte nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Wandel der Zeit, in: Ahrens, Hans-Jürgen/Büscher, Wolfgang/Goldmann, Michael/McGuire, Mary-Rose (Hrsg.), Praxis des Geistigen Eigentums – Festschrift für Henning Harte-Bavendamm, München 2020, 303–317

Zitiert: *Heermann*, FS Harte-Bavendamm, 2020, 303 (…)

ders.: Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier" – Zum Regress der vom DFB mit Verbandsstrafen belegten Fußballclubs bei störenden Zuschauern, in: Danzl, Karl-Heinz/Dauner-Lieb, Barbara/Wittwer, Alexander (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht – Festschrift für Christian Huber, München 2020, 157–168

Zitiert: *Heermann*, FS Chr. Huber, 2020, 157 (…)

ders.: Langjährige Wettbewerbsverbote in Sponsoring- oder Ausrüsterverträgen im Sport, in: Omlor, Sebastian (Hrsg.): Weltbürgerliches Recht – Festschrift für Michael Martinek zum 70. Geburtstag, München 2020, 299–311

Zitiert: *Heermann*, FS Martinek, 2020, 299 (…)

ders.: Kartellrechtskonforme Gestaltung der Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga und UEFA Champions League: Sportökonomische Erkenntnisse dringend erwünscht!, in: Roth, Stefan/Horbel, Chris/Popp, Bastian (Hrsg.): Perspektiven des Dienstleistungsmanagements – Aus Sicht von Forschung Praxis – Festschrift für Herbert Woratschek zum 65. Geburtstag, Berlin u.a. 2020, 719–738

Zitiert: *Heermann*, FS Woratschek, 2020, 719 (…)

ders.: Zur Frage der Beteiligung der Teilnehmer an Sportwettkämpfen an den Vermarktungserlösen der Sportverbände, WRP 2020, 1–9

ders.: Debatte in der Corona Krise – Wie realistisch ist eine Impfpflicht für Fußballprofis?, FAZ v. 24.11.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/corona-wie-realistisch-ist-eine-impfpflicht-fuer-fussballprofis-17648557.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Heermann, Peter W./John, Martin: Lizenzierbarkeit von Spielplänen im deutschen Ligasport, K&R 2011, 753–760

Heinemann, Andreas: Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW 2020, 371–382

Heinrich, Jens: Vereinigungsfreiheit und Vereinigungsverbot – Dogmatik und Praxis des Art. 9 Abs. 2 GG, Baden-Baden 2005

Hellenthal, Christian: Zulässigkeit einer supranationalen Fußball-Europaliga nach den Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts, Frankfurt am Main 2000

Heller, C.-Philipp: Ökonomische Aspekte der „50+1-Regel" im deutschen Fußball, SpoPrax 2021, 186–191

Heller, C.-Philipp/Sudaric, Slobodan: Das Alleinerwerbsverbot bei der Zentralvermarktung der Fußballmedienrechte: ein wettbewerbliches Eigentor?, NZKart 2020, 164–170

Hellmann, Hans-Joachim/Cetintas, Gökhan: Die Zentralvermarktung der Bundesliga und gebietsabhängige Exklusivitätslizenzen in Verwertungsverträgen mit Rechteerwerbern, SpuRt 2018, 10–15

Henneberg, Carsten: Gehaltsobergrenzen im Sport – Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit einer Einführung von Gehaltsobergrenzen im professionellen Mannschaftssport – insbesondere im Hinblick auf den europäischen Profifußball und im Vergleich zu den US-amerikanischen Profiligen, Berlin 2018

Hess, Burkhard: Sportschiedsgerichte im Lichte der New Yorker Konvention, ZZPInt 1998, 457–475

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hilpert, Horst: Die Geschichte des Sportrechts, Stuttgart u.a. 2011

Hilty, Reto/Henning-Bodewig, Frauke: Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, Stuttgart, 2007

Hoffmann, Jochen: Amateursport und Kartellrecht, in: Lorz, Sigrid/Regenfus, Thomas/Röthel, Anne/Spengler, Hans-Dieter (Hrsg.), Recht, Sport, Technik und Wirtschaft in mehrdimensionalen Perspektiven – Liber amicorum für Klaus Vieweg zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, 257–274

Zitiert: *Hoffmann*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 257 (…)

Hohl, Michael: Rechtliche Probleme der Nominierung von Leistungssportlern – Ein rechtstatsächlicher und -dogmatischer Beitrag zur rechtlichen Behandlung der deutschen Sportverbände, Bayreuth 1992

Holzhäuser, Felix: Die Vereinslizenzierung in den deutschen Profisportligen – Rechtsfragen und Rechtsgrundlagen der Vereinslizenzierung nach der Ausgliederung der Profiligen aus den Bundesdachsportverbänden, Marburg 2006

Horeni, Michael/Kamp, Christian: Neue Rolle des Fußballs: Vom König zum Bittsteller, FAZ v. 24.4.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/neue-rolle-des-fussballs-vom-koenig-zum-bittsteller-16740642.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Horn, Nico: Euroleague – Wo eine Superliga längst den Sport verändert hat, Zeit Online v. 28.4.2021, abrufbar unter https://www.zeit.de/sport/2021-04/super-league-fussball-basketball-euroleague-fiba-topspieler-em-wm (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Horn, Stefan: Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, Berlin 2016

*Hülsk*ö*tter, Tim*: Anmerkung zu EGMR, 3. Sektion, Urt. v. 4.10.2018, Individualbeschwerden Nr. 40575/10 und 67474/10 (Mutu ./. Schweiz und Pechstein ./. Schweiz), SpuRt 2018, 261–263

ders.: Die (Un-)Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport, Berlin 2020

Ianc, Sînziana/Bach, Dwayne: Die unionsrechtliche Vereinbarkeit von Gehaltsobergrenzen (Salary Caps) im Fußball, NZKart 2021, 333–337

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.); Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019

Zitiert: Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*, Bd. 1, Art. … AEUV Rn. …

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.); Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2020

Zitiert: Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*, Bd. 2, § … GWB Rn. …

Infantino, Gianni: Meca-Medina: Ein Schritt zurück für das europäische Sportmodell und die Spezifität des Sports?, SpuRt 2007, 12–16

Jacobs, Michael S.: Professional Sports Leagues, Antitrust and the Single Entity Theory: a Defense of the Status Quo, Indiana Law Journal (Ind. L. J.) 1991, 25–58

Zitiert: *Jacobs* Ind. L. J. 1991, 25 (…)

Jakob, Anne: Das Geschlecht als sportliche Zugangsregelung – Intersexuelle im internationalen und deutschen Wettkampfsport, SpuRt 2018, 143–148

Jentsch, Gregor: Beteiligungsmöglichkeiten im Sport unter Berücksichtigung verbandsrechtlicher Beschränkungen – Eine Analyse der aktuellen rechtlichen Strukturen im Profifußball, Hamburg 2019

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jickeli, Joachim: Kartellrechtliche Grenzen des Einplatzprinzips im Verbandsrecht, in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010, 1027–1041

Zitiert: *Jickeli*, FS Reuter, 2010, 1027 (…)

Jung, Florian: Die Sportschiedsgerichtsbarkeit im Lichte des Art. 6 EMRK, ZEuS 2014, 173–209

ders.: Das internationale Sportverbandsrecht im Geltungsbereich des europäischen Unions- und Assoziierungsrechts, Berlin 2017

Jungheim, Stephanie: Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, Berlin 2002

Kahlert, Heiner/Zagklis, Andreas: Anmerkung zum SchweizBG, 14.12.2012 – 4 A 198/2012: Zivilrechtliche Beschwerde gegen Schiedsspruch ohne Begründung, SpuRt 2013, 117–118

Kainer, Isabel: Sportveranstalterrecht – Ein neues Immaterialgüterrecht?, Tübingen 2014

Kalwa, Jürgen: Werbedeals in Millionenhöhe – Die überraschende College-Revolution, FAZ v. 16.7.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/college-athleten-in-den-usa-duerfen-sich-jetzt-selbst-vermarkten-17439567.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Kasolowsky, Boris/Steup, Magdalena: Ordre public-Widrigkeit kartellrechtlicher Schiedssprüche – ein Schritt in Richtung einheitlicher Entscheidungen innerhalb der Europäischen Union (Cour d'appel de Bruxelles, 22.6.2009 – 2007/AR/1742), IPrax 2011, 96–99

Kaufmann-Kohler, Gabrielle: Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse, Arbitration International (Arbitr. Int.) 2007, 357–378

Zitiert: *Kaufmann-Kohler* Arbitr. Int. 2007, 357 (…)

Kielbassa, Moritz: Macht ohne Mandat, SZ v. 4.1.2011, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/bundesliga-tsg-hoffenheim-macht-ohne-mandat-1.1042484 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Kirchhof, Ferdinand: Private Rechtsetzung, Berlin 1987

Kirchhoff, Wolfgang: Außerwettbewerbliche Aspekte bei Entscheidungen nach Art. 101 AEUV, insbesondere im Licht der Querschnittsklauseln des AEUV, in: Monopolkommission (Hrsg.), Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, 11–14

Zitiert: *Kirchhoff*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 11 (…)

Kistner, Thomas: Sinkewitz will Gerichtskosten nicht zahlen, Deutschlandfunk v. 8.5.2015, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/radsport-sinkewitz-will-gerichtskosten-nichtzahlen.890.de.html?dram:article_id=319341 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Den Schlamassel haben die Amateurklubs, SZ v. 3.5.2017, abrufbar unter http://www.sueddeutsche.de/sport/grundlagenvertrag-den-schlamassel-haben-die-amateurklubs-1.3487427 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Die Autonomie des Sports gehört abgeschafft, SZ v. 10.12.2019, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/wada-russland-sperre-athleten-olympia-1.4718220 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Klees, Andreas: Die so genannte „50+1"-Regel im deutschen Profifußball im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2008, 391–394

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klein, Maximilian: Milliarden des IOC – Faire Entlohnung für Athletenarbeit!, FAZ v. 12.8.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/warum-das-ioc-sportler-an-den-milliarden-direkt-beteiligen-muss-17480776.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Kleinschmidt, Jens: Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen 2014

Kliesch, Jonas: Der Status des Profifußballers im Europäischen Recht – Eine Untersuchung unter Darstellung von Ausländerklauseln, Transferregelungen, Salary Caps und dem Financial Fair Play, Baden-Baden 2017

Kling, Michael/Thomas, Stefan: Kartellrecht, 2. Aufl., München 2016

Zitiert: *Kling/Thomas* § … Rn. …

Kluth, David: Schiedsklauseln unterliegen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle – Anmerkung zum Urteil des OLG München v. 15.01.2015, GWR 2015, 83

Knittel, Michael: Gemeinnütziger Sportverein und Tax Compliance, SpuRt 2019, 71–75

Knöfel, Oliver: Anforderungen an Schiedsklauseln, SpuRt 2002, 49–53

Kober, Sebastian Alexander: Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien – eine zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Würdigung, Baden-Baden 2015

Koch, Stefan: Besser als die NBA – Was die Euroleague dem Star-Spektakel voraushat, FAZ v. 29.10.2020, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/basketball-was-die-euroleague-der-nba-voraushat-17024166.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Kohler, Stefan: Mitgliedschaftliche Regelungen in Vereinsordnungen, Heidelberg 1992

Kokott, Juliane/Dittert, Daniel: Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, in: Monopolkommission (Hrsg.), Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, 15–20

Zitiert: *Kokott/Dittert*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 15 (…)

Kolb, Stefan: Mindestlohnanspruch von Amateurfußballspielern, CaS 2015, 23–27

Körber, Torsten: Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120–133

Kornbeck, Jacob: „Le geste sportif": ein alternatives Unterscheidungsmerkmal zu den „besonderen Merkmalen" des Sports nach Art. 165 AEUV?, EuZW 2017, 603–606

ders.: Der ISU-Fall der Europäischen Kommission (Az. 40208 International Skating Union's Eligibility rules) und die Zukunft des „Ein-Platz-Prinzips", JKU Europe Working Paper Nr. 8, Februar 2018, abrufbar unter https://www.jku.at/fileadmin/gruppen/144/Working_Papers/WP8_Kornbeck.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: ISU-Fall entschieden: Loyalitätsklauseln als Kartellrechtsverstoß, SpuRt 2018, 22–24

ders.: Tagungsbericht: Seminar „Specificity of sport within the EU", Brüssel, 16.12.2019, SpuRt 2020, 103–104

ders.: Die Urteile „Biffi" und „UB" des EuGH und der Bumerang-Effekt der „besonderen Merkmale" des Sports, EuZW 2020, 603–609

ders.: Entflechtung, Rücknahme oder Sanktionsverzicht? – Ansätze einer (möglicherweise) kartellrechtskonformen Anwendung des „Ein-Platz-Prinzips" durch Sportverbände, EuZW 2020, 1072–1078

Kornblum, Udo: Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968

Kotzenberg, Jochen: Die Bindung des Sportlers an private Dopingregeln und private Schiedsgerichte, Baden-Baden 2007

Kretschmer, Marc Alexander: Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport, Tübingen 2016

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krogmann, Mario: Grundrechte im Sport, Berlin 1998

Kröll, Stefan: Das neue Schiedsrecht vor staatlichen Gerichten – Entwicklungslinien und Tendenzen 1998–2000, NJW 2001, 1173–1184

ders.: Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche, IPRax 2007, 430–437

ders.: Entscheidungsbesprechung zu BGH, Urteil vom 7.6.2016 – KZR 6/15, npoR 2016, 275–277

Kruse, Johannes/Maturana, Simón: Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, NZKart 2021, 449–455

Kummer, Max: Spielregel und Rechtsregel, Bern 1973

Kupka, Engelbert: Wird der Grundlagenvertrag korrekt umgesetzt? – Ein Interview zur Kontroverse zwischen Fußball-Amateurvereinen und DFB/DFL, SpuRt 2017, 101–104

Küting, Peter: Quo vadis, Königsgrau? – Update zu „Herne-West: Schicht im Schacht? – oder: Wo Kohle nix mehr wert is …", SpuRt 2021, 259–262

Lachmann, Jens-Peter: Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2008

Zitiert: *Lachmann* Rn. …

Laier, Matthias: Die Berichterstattung über Sportereignisse – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Existenz und Vermarktung von medialen Verwertungsrechten für den Hörfunk und die Neuen Medien, Tübingen 2007

Lambertz, Paul: Die Nominierung im Sport, Hamburg 2012

ders.: Anmerkung zu LG München I, 25.4.2018 – 37 O 7111/17, SpuRt 2018, 168–169

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018

Zitiert: Langen/Bunte/*Bearbeiter*, Bd. 1, § … GWB Rn. …

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018

Zitiert: Langen/Bunte/*Bearbeiter*, Bd. 2, Art. … AEUV Rn. …

Lehner, Michael: Fehlende Verfassungskonformität des geplanten Anti-Doping-Gesetzes, CaS 2015, 130–135

Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke, Holm (Hrsg.): Anti-Doping-Gesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2017

Zitiert: Lehner/Nolte/Putzke/*Bearbeiter* § 11 AntiDopG Rn. …

Leonhardt, Louisa: Rechtliche Grenzen der Spielervermittlung im Lizenzfußball, Frankfurt am Main 2015

Lettl, Tobias: Das Wertrecht der Mitgliedschaft im Ideal-Verein, München 1999

Leuschner, Lars: Der Zweck heiligt doch die Mittel! – Vereinsklassenabgrenzung nach dem Kita-Beschluss des BGH, NJW 2017, 1919–1924

Leyendecker, Hans/Mascolo, Georg/Ott, Klaus: Beckenbauer: „Ich habe immer alles einfach unterschrieben", SZ v. 20.11.2015, abrufbar unter http://www.sueddeutsche.de/sport/wm-affaere-beckenbauer-im-sz-interview-ich-habe-immer-alles-einfach-unterschrieben-1.2747950 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Lindemann, Hansjörg: Sportgerichtsbarkeit – Aufbau, Zugang, Verfahren, SpuRt 1994, 17–23

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lindholm, Johan: The Problem with Salary Caps Under European Law: The Case Against Financial Fair Play, 12 Texas Review of Entertainment & Sports Law (Tex. Rev. Ent. & Sports L.) 2011, 189–213

Zitiert: *Lindholm* 12 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 2011, 189 (…)

ders.: Can I please have a Slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2016, 137–148

Zitiert: *Lindholm* ISLJ 2016, 137 (…)

ders.: The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence, Den Haag 2019

ders.: The Netflix-ication of sports broadcasting, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2019, 99–101

Zitiert: *Lindholm* ISLJ 2019, 99 (…)

ders.: A legit supreme court of world sports? The CAS(e) for reform, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2021, 1–5

Zitiert: *Lindholm* ISLJ 2021, 1 (…)

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Jürgen (Hrsg.): Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020

Zitiert: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Berarbeiter* Art. … AEUV Rn. …

Löhr, Marcel C.: Rechtsschutz im Schiedsverfahrensrecht, Frankfurt am Main u.a. 2017

Ludwig, Kai: Veranstaltungsbericht, 6. Stuttgarter Sportgespräch am 3.2.2020 „Ausverkauf der Werte – funktioniert Spitzensport nur noch als Event?", CaS 2020, 135–137

Lukes, Rudolf: Erstreckung der Vereinsgewalt auf Nichtmitglieder durch Rechtsgeschäft, in: Hefermehl, Wolfgang/Gmür, Rudolf/Brox, Hans (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 325–345

Zitiert: *Lukes*, FS H. Westermann, 1974, 325 (…)

Lungstras, Richard: Das Berufungsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS) im Lichte der Verfahrensgarantien gemäß Art. 6 EMRK, Baden-Baden 2019

Magg, Clint: Das Spielervermittlerreglement der FIFA – Seine nationale Umsetzung durch den SFV und den DFB und seine Vereinbarkeit mit schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2012

Makowski, Gösta Christian: Kartellrechtliche Grenzen der Selbstregulierung, Baden-Baden 2007

Mankowski, Peter: Rechtskultur, Tübingen 2016

Manssen, Gerrit: Der Host-City-Vertrag des IOC und das deutsche Kommunalrecht – Kann sich eine deutsche Kommune zur Durchführung olympischer Spiele verpflichten?, SpuRt 2011, 178–180

Martens, Dirk-Reiner: FIBA Arbitral Tribunal – Ein innovatives System zur Streitbeilegung im Sport (nur im Sport?), SchiedsVZ 2010, 317–322

Martens, Sebastian A. E.: Verbandsstrafen für Fußballfans, NJW 2016, 3691–3694

Marwedel, Jörg: Nur regionale Marke – Martin Kind zieht seinen ruhenden Antrag auf eine Ausnahmegenehmigung von der 50+1-Regel für Hannover 96 zurück, SZ v. 29.7.2019, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/hannover-96-nur-regionale-marke-1.4544787 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mataija, Mislav: Private Regulation and the Internal Market, New York 2016

Mavromati, Despina/Reeb, Matthieu: The Code of the Court of Arbitration for Sport, Commentary, Cases and Materials, Alphen aan den Rijn 2015

Zitiert: *Mavromati/Reeb* Art. …CAS-Code …

McChesney, Brad: Professional Sports Leagues and the Single Entity Defense, Sports Lawyers Journal (Sports Lawyers J.) 1999, 125–145

Mehrabi, Kaveh: „Die Athleten profitieren vom Solidarmodell des IOC", FAZ v. 16.11.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/ioc-direktor-fuer-athletenfragen-ueber-geld-aus-olympia-vermarktung-17633744.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Meier, Markus: Anmerkung zu LG Bonn, Urt. v. 13.10.2020 – 5 S 56/20, SpuRt 2021, 36–38

Meier, Patrick: Dopingsanktion durch Zahlungsversprechen: Das Beispiel der Ehrenerklärungen des Weltradsportverbands UCI, Berlin 2015

ders.: Die Veränderung von Durchführungskriterien im Sport, SpuRt 2021, 71–79

Memeti, Rinon: Third Party Ownership (TPO) – Das FIFA-Verbot von Dritteigentum an wirtschaftlichen Spielerrechten im Lichte des EU-Rechts, Zürich u.a. 2020

Mentzel, Tobias: Solidarität im professionellen Fussballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, Bern 2007

Mertens, Karsten: Das Deutsche Sportschiedsgericht (Teil 1) – Ein Vergleich mit den allgemeinen Regeln der DIS und dem CAS, SpuRt 2008, 140–144

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014

Zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer* § … Rn. …

Meyhoff, Andreas/Montazeri, Danial: Drastisch gesunkene Zahlen – So viel weniger geben Fußballklubs für Transfers aus, Spiegel Online v. 1.2.2022, abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/fussball-transfers-so-viel-weniger-geben-klubs-fuer-neuzugaenge-aus-a-2c4b4757-6938-4fed-b8a3-a9f9c1028e01 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Miettinen, Samuli: Policing the Boundaries between Regulation and Commercial Exploitation: lessons from the MOTOE Case, in: Gardiner, Simon/Parrish, Richard/Siekmann, Robert C. R. (Hrsg.), EU, Sport, Law and Policy – Regulation, Re-regulation and Representation, Berlin 2009, 137–149

Zitiert: *Miettinen* in Gardiner/Parrish/Siekmann, 2009, 137 (…)

Mitten, Matthew J.: Sports Law in the United States, Alphen aan den Rijn 2011

Mitten, Matthew J./Hernandez, Aaron: The Sports Broadcasting Act of 1961: A Comparative Analysis of its Effects on Competitive Balance in the NFL and the NCAA Division I FBS Football, Marquette University Law School Legal Studies Paper No. 14–22, 2014, 1–19, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458433 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Mohr, Jochen: Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, Tübingen 2015

Monheim, Dirk: Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, München 2006

ders.: Die Vereinbarkeit von Schiedsabreden und Schiedsgerichten im Sport mit dem Rechtsstaatsprinzip, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.), Facetten des Sportrechts, Berlin 2009, 93–118

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Mohnheim* in Vieweg, 2009, 93 (…)

ders.: Das Ende des Schiedszwangs im Sport – Der Fall Pechstein, SpuRt 2014, 90–94

Monnier, Philippe: Ausländisches Kartellrecht als Eingriffsnorm, Basel 2016

Morand, Anne-Sophie: Persönlichkeitsrechtliche Schranken im Sportsponsoring, Zürich 2016

Morgenroth, Carsten: Entscheidungsanmerkung zum Urteil des BGH vom 20.9.2016 – II ZR 25/15 über die Umsetzung angeordneter Sanktionen von der FIFA Kommission, ZStV 2017, 71–72

Mortsiefer, Lars/Hofmann, Karsten: Verfahrenskostenhilfe in Anti-Doping-Streitigkeiten nach der neuen DIS-Sportschiedsgerichtsordnung, CaS 2016, 125–130

Motyka-Mojkowski, Mariusz/Kleiner, Krystyna: The Pechstein Case in Germany: A Review of Sports Arbitration Clauses in Light of Competition Law, Journal of European Competition Law & Practice (J. Eur. Comp. L. & Prac.) 2017, 457–462

Zitiert: *Motyka-Mojkowski/Kleiner* J. Eur. Comp. L. & Prac. 2017, 457 (…)

Mournianakis, Ioannis: Die Gewährung ausschließlicher Rechte an nationale Sportverbände (Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG), WRP 2009, 562–565

Müller, Jan Christian: Dauerzwist mit der DFL – DFB gibt Bremen eine Abfuhr, Frankfurter Rundschau v. 2.7.2020, abrufbar unter https://www.fr.de/sport/fussball/gibt-bremen-eine-abfuhr-13819305.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Müller-Eiselt, Peter Gerrit: Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen – Eine rechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung des DFL-Sicherheitskonzepts „Stadionerlebnis", Baden-Baden 2015

v. Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl., München 2012

Zitiert: v. Münch/Kunig/*Bearbeiter* Art. … GG Rn. …

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.)

- Band 1, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2015
- Band 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2021
- Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019
- Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Aufl., München 2019

Zitiert: MüKo-BGB/*Bearbeiter* § … BGB Rn. … oder (bei Vorauflage) MüKo-BGB/*Bearbeiter*, 7. Aufl., 2015, § … BGB Rn. …

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Heermann, Peter W./Hirsch, Günter (Hrsg.), Band 1, §§ 1–4 UWG, 1. Aufl., München 2006

Zitiert: MüKo-Lauterkeitsrecht/*Bearbeiter*, 1. Aufl., 2006, § … UWG Rn. …

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Band 1, §§ 1–7 UWG, 3. Aufl., München 2020

Zitiert: MüKo-Lauterkeitsrecht/*Bearbeiter* § … UWG Rn. …

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Säcker, Franz Jürgen/Bien, Florian/Meier-Beck, Peter/Montag, Frank (Hrsg.), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2020

Zitiert.: MüKo-Europäisches Wettbewerbsrecht/*Bearbeiter* Art. … AEUV Rn. …

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Band 3, 6. Aufl., München 2022

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: MüKo-ZPO/*Bearbeiter* § … ZPO Rn. …

Muresan, Remus: Die neue Zuständigkeit der Europäischen Union im Bereich des Sports, CaS 2010, 99–105

Muresan, Remus/Korff, Niklas: Sportschiedsgerichtsbarkeit: Wie weiter nach dem „Pechstein-Urteil" des Landgerichts München?, CaS 2014, 199–211

Murray, Peter L.: Die Flucht aus der Ziviljustiz, ZZPInt 2006, 295–313

Mürtz, Tassilo: Meca-Medina-Test des EuGH – Berücksichtigung sportspezifischer außerwettbewerblicher Faktoren im europäischen Kartellrecht, Dissertation Bayreuth (Veröffentlichung voraussichtlich 2022)

Zitiert: *Mürtz* Abschn. …

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., München 2021

Zitiert: Musielak/Voit/*Bearbeiter* § … ZPO Rn. …

Nafziger, James A. R.: Lex Sportiva, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2004, 3–8

Zitiert: *Nafziger* ISLJ 2004, 3 (…)

Nafziger, James A. R.: A comparison of the European and North American models of sports organisation, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2008, 100–108

Zitiert: *Nafziger* ISLJ 2008, 100 (…)

Nafziger, James A. R.: European and North American models of sports organisation, in: Nafziger, James A. R./Ross, Stephen F. (Hrsg.), Handbook on International Sports Law, Cheltenham u.a. 2011, 88–111

Zitiert: *Nafziger* in Nafziger/Ross, 2011, 88 (…)

Nagel, Sven: Rechtliche Fallstricke bei der Umsetzung des NADA-Codes, CaS 2009, 29–37

ders.: Sponsoring und Vermarktungsrechte der Sportler und der Verbände, CaS 2012, 55–63

Nahar, Chaled: UEFA-Pläne: Gehaltsobergrenze soll Financial Fairplay ersetzen, sportschau.de v. 12.8.2021, abrufbar unter https://www.sportschau.de/fussball/championsleague/fussball-uefa-financial-fairplay-neue-regeln-100.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Nam, Ki-Yeon: Persönlichkeitsrechtsschutz in Ungleichgewichtslagen – am Beispiel des Sports, Frankfurt am Main u.a. 2007

Nees, Thorsten: Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten – Eine kritische Überprüfung der Inregressnahme des störenden Zuschauers durch den mit einer verbandsgerichtlichen Geldstrafe belegten Fußballverein, Baden-Baden 2019

Nestler, Franz: Neue Anleihen – Für Werder Bremen ist die Fan-Anleihe die „letzte Option", FAZ v. 25.2.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/finanzen/fuer-werder-bremen-ist-die-fan-anleihe-die-letzte-option-17214649.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Netzle, Stephan: Sponsoring von Sportverbänden: vertrags-, persönlichkeits- und vereinsrechtliche Aspekte des Sport-Sponsorings, Zürich 1988

Nicklisch, Fritz: Selbstordnung des Sports durch Verbände aus der Sicht des Zivilrechts, in: Deutscher Sportbund (Hrsg.), Verbandsautonomie und Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1979, 4–15

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Nicklisch* in Deutscher Sportbund, 1979, 4 (…)

Niedermaier, Tilman: Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, Tübingen 2013

ders.: Schiedsvereinbarungen im Bereich des organisierten Sports: Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 26.02.2014 – 37 O 28331/12, SchiedsVZ 2014, 280–287

Niersbach, Wolfgang: Wie ich es sehe: Wolfgang Niersbach zur Hausdurchsuchung des Bundeskartellamts – 175 Tage in einem falschen Film, DFB-Journal 3/2008, 40–42, abrufbar unter https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/DFB-Journal_3_08.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich (Hrsg.) [vormals *Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*]: GmbHG Kommentar, 23. Aufl., München 2022

Zitiert: Noack/Servatius/Haas/*Bearbeiter* § … GmbHG Rn. …

Nolte, Martin: Sport und Recht – Ein Lehrbuch zum internationalen, europäischen und deutschen Sportrecht, Schorndorf 2004

Oberholz, Stephan: Verbandsstrafen bei Zuschauerausschreitungen am Beispiel des Fußballs, in: Kauerhof, Rico/Nagel, Sven/Zebisch, Mirko (Hrsg.), Zuschauer als Störer, Leipzig 2010, 85–103

Zitiert: *Oberholz* in Kauerhof/Nagel/Zebisch, 2010, 85 (…)

Oberthür, Nathalie: Das Transfersystem im Lizenzfußball – Untersuchung der Zulässigkeit internationaler Transfer- und Entschädigungsregelungen nach arbeits-, verfassungs- und europarechtlichen Aspekten und deren Umsetzbarkeit im deutschen Lizenzfußball, Frankfurt 2002

Ogger, Günter: Nieten in Nadelstreifen – Deutschlands Manager im Zwielicht, München 1992

Opfermann, Gregor: Schiedsvereinbarungen zum CAS – Eine Untersuchung aus der Perspektive des Kartellrechts, Tübingen 2021

O'Leary, Leanne: Employment and Labour Relations Law in the Premier League, NBA and International Rugby Union, ASSER International Sports Law Series, The Hague, Netherlands 2017

Orth, Jan F.: Vereins- und Verbandsstrafen am Beispiel des Fußballsports, Frankfurt/Main u.a. 2009

ders.: Von der Strafe zur Maßnahme – ein kurzer Weg! – Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des Ständigen Schiedsgerichts in Sachen Dynamo Dresden, SpuRt 2013, 186–190

ders.: Zur Zukunft der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Sport – auch in Deutschland, SpuRt 2015, 230–234

ders.: Die Fußballwelt nach Wilhelmshaven – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 20.9.2016, Az. II ZR 25/15, SpuRt 2017, 9–14

ders.: Editorial: Übergriffige Justiz?, SpuRt 2020, 281

ders.: Präventive Sanktionen als zivilrechtliche Strafen? – Qualität von Sportstrafen und Auswirkungen im Schiedsverfahren, NJW 2022, 220–224

Orth, Jan F./Pommerening, Patrick: Zulässigkeit und Wirksamkeit dynamischer Verweisungen im Sportrecht (Teil 1), SpuRt 2010, 222–224

dies.: Zulässigkeit und Wirksamkeit dynamischer Verweisungen im Sportrecht (Teil 2), SpuRt 2011, 10–12

Orth, Jan F./Stopper, Martin: Entscheidungsvollzug in der Verbandspyramide und Ausbildungsentschädigung, SpuRt 2015, 51–56

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Orth, Mark-E.: Zur Überprüfung von Schiedssprüchen des TAS/CAS durch das Schweizerische Bundesgericht, SpuRt 2007, 177–181

ders.: Verstoßen exklusive Sportschiedsklauseln mit Schiedsort Schweiz gegen europäisches Kartellrecht?, ZWeR 2018, 382–391

Oschütz, Frank: Sportschiedsgerichtsbarkeit – Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts, Berlin 2005

Ouart, Peter E.: „50+1"-Regelung: Wie geht es im Profifußball weiter?, WRP 2010, 85–92

Paal, Boris P.: Leistungs- und Investitionsschutz für Sportveranstalter – Bestandsaufnahme, Analyse und Folgerungen, Baden-Baden 2014

Parrish, Richard/Miettinen, Samuli: The Sporting Exception in European Union Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands 2008

Patel, Seema: Gaps in the protection of athletes gender rights in sport – a regulatory riddle, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2021, 257–275

Zitiert: *Patel* ISLJ 2021, 257 (…)

Paulsson, Jan: Arbitration of International Sports Disputes, Arbitration International (Arb. Int.) 1993, 359–370

Zitiert: *Paulsson* Arb. Int. 1993, 359 (…)

ders.: Assessing the Usefulness and Legitimacy of CAS, SchiedsVZ 2015, 263–269

Persch, Sven: Sportförderung in Europa: Der neue Art. 165 AEUV, NJW 2010, 1917–1920

Pfeiffer, Thomas: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2014, 161–166

Pfister, Bernhard: Autonomie des Sports, sport-typisches Verhalten und staatliches Recht, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.): Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, 171–192

Zitiert: *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (…)

ders.: Anmerkung zu BGH NJW 1995, 583, JZ 1995, 464–467

ders.: Der rechtsfreie Raum des Sports, in: Hadding, Walther (Hrsg.): Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin 1999, 457–473

Zitiert: *Pfister*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, 457 (…)

ders.: Meca-Medina, kein Schritt zurück!, SpuRt 2007, 58–59

Philipp, Peter: Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport – unter Berücksichtigung der Monopolstellung der Verbände, Zürich 2004

Philippsen, Cai: Cottbus kickt rumänisch, FAZ v. 8.4.2001, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/analyse-cottbus-kickt-rumaenisch-120132.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Picht, Peter Georg/Leitz, Anna-Katharina: Vertikal-dual-digital: Der Entwurf der neuen Vertikal-GVO und -Leitlinien, NZKart 2021, 480–485

Pijetlovic, Katarina: EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football, ASSER International Sports Law Series, The Hague, Netherlands 2015

dies.: European model of sport: alternative structures, in: Anderson, Jack/Parrish, Richard/García, Borja (Hrsg.), Research Handbook on EU Sports Law and Policy, Cheltenham/Northampton 2018, 326–359

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Pijetlovic* in Anderson/Parrish/García, 2018, 326 (…)

Pipoh, Kay Eric: Die Struktur der Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen im Spannungsfeld zwischen Schiedsverfahrensrecht, Kartellrecht und allgemeinem Zivilrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zur Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen, Berlin 2021

Podszun, Rupprecht: Entscheidungsbesprechung zu BGH, Urteil vom 07.06.2016 – KZR 6/15, JZ 2017, 208–212

ders.: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Regulierung von Spielervermittlern durch Sportverbände, NZKart 2021, 138–147

Podszun, Rupprecht/Franz, Benjamin: Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, NZKart 2015, 121–127

Polk, Andreas: Ist die Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga kartellrechtlich gerechtfertigt?, WuW 2021, 502–508

ders.: Teure Bundesliga, FAZ v. 8.11.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mehr-wirtschaft/welche-folgen-die-vermarktung-der-bundesligarechte-hat-17622263.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Poth, Axel: Die Umsetzung von Compliance-Richtlinien in internationalen Sportverbänden und die rechtliche Wirkung für deren nationale Mitglieder, Baden-Baden 2021

Praxishandbuch Sportrecht, Fritzweiler, Jochen/Pfister, Bernhard/Summerer, Thomas, 3. Aufl., München 2014

Zitiert: PHB SportR/*Bearbeiter*, 3. Aufl., Kap. … Rn. …

Praxishandbuch Sportrecht, Fritzweiler, Jochen/Pfister, Bernhard/Summerer, Thomas, 4. Aufl., München 2020

Zitiert: PHB SportR/*Bearbeiter* Kap. … Rn. …

Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, Jakob, Anne/Orth, Jan F./Stopper, Martin, München 2021

Zitiert: PHB VereinsR/*Bearbeiter* § … Rn. …

Prazeller, Markus: Die Reform der FIFA-Bestimmungen zur Arbeit mit Vermittlern: Wettbewerbsrechtliche Schranken der Begrenzung von Spielervermittlerprovisionen, Zürich 2021

Zitiert: *Prazeller* Rn. …

Prokop, Clemens: Die Athletenvereinbarung am Beispiel des Deutschen Leichtathletikverbandes (DLV), in: Führungs- und Verwaltungsakademie Berlin des Deutschen Sportbundes (Hrsg.), Rechte der Athleten, Frankfurt a.M. 1997, 19–42

Zitiert: *Prokop* in Führungs- und Verwaltungsakademie Berlin des DSB, 1997,19 (…)

Prütting, Hanns: Das Pechstein-Urteil des BGH und die Krise der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SpuRt 2016, 143–148

Prütting, Jens/Kniepert, Cornelius: Transformation einer Verbandsstrafe in einen Schadensersatz – Unzulässige Verbindung zweier Haftungssysteme, ZfPW, 2017, 458–474

Punte, Jan-Henric: Die Kapitalgesellschaft als Rechtsform professioneller Fußballklubs im Spannungsfeld von Verbandsautonomie und Europarecht, Oldenburg 2012

ders.: Die verbandsrechtliche Beschränkung von Mehrfachbeteiligungen an Fußballklubs durch die UEFA – am Beispiel von RasenBallsport Leipzig und Red Bull Salzburg, SpuRt 2017, 94–97

Putzier, Konstantin Richard: Kartellrechtliche Anforderungen an private Rechtssysteme im Sport, Berlin 2021

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Radke, Hubert: Basketball Arbitral Tribunal (BAT) as a ‚lawmaker': the creation of global standards of basketball contracts through consistent arbitral decision-making, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2019, 59–86

Zitiert: *Radke* ISLJ 2019, 59 (…)

Räker, Jan: Grundrechtliche Beziehungen juristischer Personen im Berufssport, Berlin 2008

ders.: Die Haftung der Clubs für Zuschauerausschreitungen bei fehlendem Verschulden – der § 9a DFB-RuVO stößt an seine Grenzen, SpuRt 2013, 46–49

Reichert, Bernhard (Begr.); Schimke, Martin/Dauernheim, Jörg (Hrsg.): Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl., Köln 2018

Zitiert: Reichert/*Bearbeiter* Rn. …

Reilly, Louise: An Introduction of the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes, Journal of Dispute Resolution (J. Disp. Resol.) 2012, 63–81

Zitiert: *Reilly* J. Disp. Resol. 2012, 63 (…)

Reimann, Christoph: Lizenz- und Athletenvereinbarungen zwischen Sportverband und Sportler, Berlin 2002

Reinsch, Michael: Der Preis des Rechtsstaats, FAZ v. 16.4.2014, https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dosb-direktor-vesper-ignoriert-urteil-von-muenchen-12897350.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Athleten Deutschland e.V. – Ein weiterer Schritt zur Emanzipation, FAZ v. 16.10.2017, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dosb-kritisiert-neuen-verein-der-deutschen-athletenvertreter-15247793.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Gegen das Monopol des IOC, FAZ v. 23.5.2019, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/athleten-fordern-transparenz-gegen-das-monopol-des-ioc-15604008.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Reiter, Heiko/Fischinger, Philipp S.: Arbeitsrechtliche Fragen der vorzeitigen Bekanntmachung eines Clubwechsels, SpuRt 2021, 310–316

Renz, Michael: Internationaler Wettbewerb europäischer Profifußballligen – Ökonomisch-rechtliche Analyse der Wettbewerbskonzentration und Ligenstrukturen, Wiesbaden 2020

Rieken, Christoph: Der Schutz olympischer Symbole – Schutzrechte an den Olympischen Ringen und den olympischen Bezeichnungen in Deutschland, Tübingen 2008

Riemer, Hans Michael: Sportrechts-Weltmacht Schweiz, CaS 2004, 106–107

Rigozzi, Antonio: L'arbitrage international en matèrie de sport, Basel 2005

Zitiert: *Rigozzi* Rn. …

ders.: L'importance du droit Suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 132 (2013), 301–325

Zitiert: *Rigozzi* ZSR 132 (2013), 301 (…)

Röhl, Christoph: Schutzrechte im Sport – Zum Schutz der Sportbeteiligten vor einer kommerziellen Ausbeutung in elektronischen Datenbanken, Berlin 2012

Röhricht, Alla/Wuschka, Sebastian: Dabei sein ist alles? Einblicke in die Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2015, 247–249

Röhricht, Volker: Probleme des Beweisrechts im Sport – Verbandssanktionen bei Doping und Zuschauerausschreitungen, in: Württembergischer Fußballverband e.V. (Hrsg.), Sportrecht damals und heute, Stuttgart 2001, 15–48

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *V. Röhricht* in Württembergischer Fußballverband, 2001, 15 (…)

Rombach, Annett: Pechstein vs. CAS: Game, Set and Match for Sports Arbitration?, SchiedsVZ 2016, 276–279

Rösch, Karl Ömer: Intraeuropäisches Investitionsrecht, Frankfurt am Main 2017

Ross, Stephen F.: The misunderstood Alliance between Sports Fans Players, and the Antitrust Laws, University of Illinois Law Review (Univ. Ill. L. Rev.)1997, 519–581

Zitiert: *Ross* Univ. Ill. L. Rev. 1997, 517 (…)

ders.: Competition law and labor markets, in: Nafziger, James A. R./Ross, Ross (Hrsg.), Handbook on International Sports Law, Cheltenham 2011, 311–338

Zitiert: *Ross* in Nafziger/Ross, 2011, 311 (…)

Rothammer, Matthias: Die „50+1"-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, Hamburg, 2013

Ruf, Christoph: Aktion gegen Europacup-Reform – Was hinter dem Protestplakat von Dortmund steckt, Spiegel Online v. 12.3.2021, abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/fussball/protest-gegen-europacup-reformwas-hinter-dem-protestplakat-von-dortmund-steckt-a-20ae65dc-2ead-4f1c-9178-e4e33083bd1b (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Ruhmöller, Gregor: Irrer Plan – Deutscher plant Tor-Revolution, Bild am Sonntag v. 11.3.2008, abrufbar unter https://www.bild.de/sport/fussball/deutscher-plant-tor-revolution-3971650.bild.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Rüth, Holger: Tarifvertragliche Gehaltsobergrenze („Salary Cap") bei Gehältern von Lizenzsportlern?, SpuRt 2003, 137–141

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021

Zitiert: Sachs/*Bearbeiter* Art. … GG Rn. …

Sauer, Andreas: Kartellrechtliche Fragen der Zentralvermarktung von Fernsehrechten an der Fußball-Bundesliga, SpuRt 2004, 93–98

Schade, Roman: Gesellschaftsform, Good Governance und Regulierung für internationale Sportdachverbände, Zürich/St. Gallen 2020

Schaefer, Philipp: Die Vereinbarkeit der 50+1-Regel mit dem Europarecht, Baden-Baden 2012

Schäffer, Johannes: Embargorechtliches Compliance Management im Sport – ein Überblick, SpuRt 2019, 62–67

Schaub, Renate: Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke, Tübingen 2008

Scheffler, Wolfgang: Eine neue Super League für Golf-Stars, FAZ v. 10.6.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/saudi-arabien-lockt-beste-golfspieler-mit-turnierserie-17380523.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Scherrer, Urs: Zur Schiedsgerichtsbarkeit im Sport, SpuRt 2003, 127–128

ders.: Amateure und Profis im Sport(recht), CaS 2009, 95–98

ders.: „Causa FC Sion": Gerichte weisen Klagen in Hauptverfahren ab, CaS 2012, 249–260

ders.: Was es mit der Gerechtigkeit in Rechtsprechungsverfahren auf sich hat: Zum juristischen Scheitern von Claudia Pechstein aus etwas anderer Sicht, CaS 2016, 297–299

Scherzinger, Johannes: Die Beschränkungen von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, Baden-Baden 2012

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders.: 50+1-Regel, Kooperationen und Informationsaustausch – mehr Kartellrecht für die Bundesliga?, NZKart 2020, 496–502

ders.: Bundeskartellamt setzt DFL unter Druck: Quo vadis 50+1?, SpoPrax 2021, 178–185

Scheuch, Alexander: Haftungsrechtliche Problemkreise beim Abwälzen von Verbandsstrafen auf störende Stadionbesucher, RW 2015, 439–465

ders.: Grundlegende Probleme mit dem Grundlagenvertrag? – Eine zivilrechtliche Analyse, SpuRt 2017, 222–229

Schiera, Thomas M.: Balancing Act: Will the European Commission Allow European Football to Reestablish the Competitive Balance That It Helped Destroy?, 32 Brooklyn Journal of International Law (Brook. J. Int'l L.) 2007, 709–740

Zitiert: *Schiera* 32 Brook. J. Int'l L. 2007, 709 (…)

Schimke, Martin: Erwägungen des Court of Arbitration for Sport (CAS) in seinem Schiedsspruch zum Verfahren zwischen der UEFA und dem holländischen Ehrendivisionär Feyenoord Rotterdam, in; Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.), Hooliganismus – Verantwortlichkeit und Haftung für Zuschauerausschreitungen, Stuttgart 2009, 23–33

Zitiert: *Schimke* in Walker, 2009, 23 (…)

Schlammerl, Elisabeth: Die Amateure begehren auf, FAZ v. 5.1.2017, abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/amateurvereine-machen-front-gegen-den-dfb-14604808.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Schleiter, Pieter: Globalisierung im Sport, Realisierungswege einer harmonisierten internationalen Sportrechtsordnung, Stuttgart 2009

Schlosser, Peter: Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972

ders.: Kompetenzfragen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2015, 257–263

Schmieder, Jürgen: Collegesport – Ein Gesetz, das an den Grundfesten des US-Sports rüttelt, SZ v. 30.12.2019, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/us-sport-college-football-gesetz-2023-1.4739402 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Schmidt, Hubert (Hrsg.): COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl., München 2020

Zitiert: H. Schmidt/*Bearbeiter*, 1. Aufl. 2020, § … Sport Rn. …

Schmidt, Judith Amelie: Internationale Dopingbekämpfung: Grundlagen und nationalstaatliche Umsetzung, Stuttgart 2009

Schneider, Marc Patrick/Bischoff, David: Eilrechtsschutz im Sport – ein Leitfaden für die Nachprüfung von wettkampforganisatorischen Entscheidungen unter Berücksichtigung der Verbandsautonomie, SpuRt 2021, 54–59

Schneider, Marc Patrick/Karlin, Simon: Clubfinanzierung vs. Third Party Ownership 2.0, SpuRt 2021, 21–26

Schockenhoff, Martin: Compliance im Verein, NZG 2019, 281–291

Scholz, Rupert/Aulehner, Josef: Die 3+2-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, SpuRt 1996, 44–47

Schönhagen, Jakob: Streit im Beachvolleyball – Aufschlag ins Ungewisse, Spiegel Online v. 12.8.2020, abrufbar unter https://www.spiegel.de/sport/beachvolleyball-streit-um-cinja-tillmann-und-kim-behrens-aufschlag-ins-ungewisse-a-7b45345c-b1c6-45c7-9e8f-625eb59375e3 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Schopf, Daniel: Salary Caps vs. Kartellrecht – kartellrechtliche Zulässigkeit von Gehaltsbeschränkungssystemen im europäischen Profisport am Beispiel des G-14-Konzepts zur Kostenkontrolle, Bayreuth 2003

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schöpflin, Martin: Der nichtrechtsfähige Verein, Köln u.a. 2003

Schroeder, Werner: Berufsfußball und Freizügigkeit – Anmerkung zu EuGH v. 15.12.1995 – C-415/93 ASBL u.a./Bosman, JZ 1996, 254–257

ders.: Monopol von Sportverbänden und Veranstalterkonkurrenz bei Wettkämpfen, WRP 2006, 1327–1333

Schuhmacher, Florian: Klublizenzierung und Financial Fair Play nach dem UEFA-Reglement – Eine juristische Untersuchung unter Vergleich mit der Bundesliga-Lizenzierungsordnung sowie BGB, HGB und PublG, Baden-Baden 2019

Schulze, Götz: Fortentwicklung des Schweizer Vertragsrechts und Präklusion bei der inzidenten Anerkennung eines CAS-Entscheids, SpuRt 2014, 139–143

Schumacher, Tim/Schumacher, Kai: Compliance-Management-Systeme im Sport (Teil 1), SpuRt 2018, 51–53

dies.: Compliance-Management-Systeme im Sport (Teil 2), SpuRt 2018, 99–103

Schürnbrand, Jan: Die Anwendung des Kartellrechts im Bereich des Sports, ZWeR 2005, 396–415

Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard: Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., München 2005

Schwarze, Jürgen/Hetzel, Philipp: Der Sport im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuR 2005, 581–604

Schweitzer, Heike: Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsklauseln, in: Monopolkommission (Hrsg.), Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, 21–38

Zitiert: *Schweitzer*, 40 Jahre Monopolkommission, 2015, 21 (…)

Segna, Ulrich: Aufsicht und Kontrolle bei komplexen Strukturen, in: Kötz, Hein/Rawert, Peter/Schmidt, Karsten/Walz, Rainer (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2003, 2004, 17–42

Zitiert: *Segna* Non Profit Law Yearbook 2003, 17 (…)

Seibert, Ulrich: „Gesetzesmaterialien" in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien", Tübingen 2013, 111–126

Zitiert: *Seibert* in Fleischer, 2013, 111 (…)

Seitz, Natalie: Common Ownership im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2020

Selldorf, Philipp: Schalke plant Gehaltsobergrenze, SZ v. 28.6.2020, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/sport/schalke-obergrenze-gehalt-1.4950432 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Sethe, Rolf: Wider die Entrechtung der Kommanditaktionäre, AG 2021, 78–88

Seyb, Alexander: Autonomie der Sportverbände – Eine Untersuchung zu wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Sportverbandsautonomie insbesondere im Verhältnis gegenüber Dritten, Tübingen 2020

Simeoni, Evi: IOC-Athletenforum – Alle eingenordet, FAZ v. 16.4.2019, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/beim-ioc-athletenforumwurden-die-athleten-eingenordet-16142699.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

dies.: IOC kritisiert FIFA-Pläne – Ein heftiger Angriff auf Infantino, FAZ v. 3.2.2022, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/ioc-session-greift-fifa-chef-gianni-infantino-fuer-wm-plaene-an-17777164.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Sippel, Stefanie: Sexismus im Sport – Meine Haut, meine Entscheidung?, FAZ v. 2.11.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/was-frauen-gegen-den-alltaeglichen-sexismus-im-sport-tun-koennen-17614823.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Snyder, Christine: Perfect Pitch: How U.S. Sports Financing and Recruiting Models Can Restore Harmony between FIFA and the EU, 42 Case Western Reserve Journal of International Law (Case W. Res. J. Int'l.) 2009, 499–529

Zitiert: *Snyder* 42 Case W. Res. J. Int'l. 2009, 499 (…)

Soldner, André/Gastell, Michael: Regulierung verbandsexterner Spielervermittler durch Verbandsregelwerke?, SpoPrax 2022, 74–81

Stancke, Fabian: Die sportkartellrechtliche Bedeutung der „Pechstein"-Entscheidung des BGH, SpuRt 2016, 230–234

Stark, Florian: Potentielle Tarifvertragsparteien im deutschen Profisport, Berlin 2020

ders.: Potentielle Tarifvertragsparteien im deutschen Profisport, SpuRt 2021, 267–272

v. Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 21–79, Neubearbeitung, Berlin 2019

Zitiert: Staudinger/*Bearbeiter* § … BGB Rn. …

Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.), Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10, 23. Aufl., Tübingen 2014

Zitiert: Stein/Jonas/*Bearbeiter* § … ZPO Rn. …

Stein, Holger: Haftungsrechtliche Folgen von Zuschauerausschreitungen bei Massensportveranstaltungen, Köln 1992

Steinbeck, Anja: Vereinsautonomie und Dritteinfluß, Berlin 1999

Steiner, Udo: Staat, Sport und Verfassung, DÖV 1983, 173–180

ders.: Die Autonomie des Sports, in: Tettinger, Peter J./Vieweg, Klaus (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Sportrechts, Berlin 2004, 222–254

Zitiert: *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (…)

ders.: Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Sport in Deutschland, in: Crezelius, Georg/Hirte, Heribert/Vieweg, Klaus (Hrsg.): Festschrift für Volker Röhricht zum 65. Geburtstag, Köln 2005, 1225–1238

Zitiert: *Steiner*, FS Röhricht, 2005, 1225 (…)

ders.: Quo Vadis Sportrecht?, CaS 2009, 14–24

ders.: Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 15–19

ders.: Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SpuRt 2014, 2–5

ders.: Wangener Sportrechtsseminare – Zugleich zur Erinnerung an Alfred Sengle, SpuRt 2016, 2

ders.: Autonomieprobleme des Sports – Versuch einer Bilanz, SpuRt 2018, 186–189

Steinforth, Alexander: Gegenwart und Zukunft von Eigentumsstrukturen im deutschen und englischen Fußball unter Berücksichtigung der europäischen Komponente, Hamburg 2015

Steinitz, Svenja: Die Notwendigkeit der Umgestaltung Deutscher Sportschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2020

Steinle, Franz: Rechtliche Problemstellungen um die Athletenvereinbarungen aus der Verbandspraxis, in: Steinle, Franz (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, Stuttgart u.a. 2013, 9–30

Zitiert: *Steinle* in Steinle, 2013, 9 (…)

Stöber, Kurt/Otto, Dirk-Ulrich: Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl., Köln 2016

Zitiert: *Stöber/Otto* Rn. …

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stopper, Martin: Ligasport und Kartellrecht, Berlin 1997

ders.: Mehr sportlicher Wettbewerb durch begrenzte Umverteilung, in: Zieschang, Klaus/Klimmer, Christian (Hrsg.), Unternehmensführung im Profifußball – Symbiose von Sport, Wirtschaft und Recht, Berlin 2004, 141–162

Zitiert: *Stopper* in Zieschang/Klimmer, 2004, 141 (…)

ders.: Ligasportvermarktung: Verhaltenskoordination oder Gemeinschaftsproduktion?, ZWeR 2008, 412–426

ders.: Financial Fairplay und Verträge mit verbundenen Unternehmen, SpuRt 2013, 2–7

ders.: Sonderrecht Olympiaschutzgesetz – ein Privileg zur Gleichbehandlung, SpuRt 2013, 243–247

ders.: „Ihr werdet nie Deutscher Meister!", SPONSOR^S Heft 4/2016, 12–13

ders.: Sportkartellrecht im Wirtschaftskartellrecht, SpuRt 2018, 190–192

ders.: Der kartellrechtliche Prüfungsmaßstab im Sport, SpuRt 2020, 216–220

ders.: Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. v. 9.12.2020 – 14 O 207/20 Kart, SpuRt 2021, 104

Stopper, Martin/Karlin, Simon: FIFPro's challenge to FIFA's football transfer system, World Sports Law Report, October 2015, 12–14

Stopper, Martin/Lentze, Gregor (Hrsg.): Handbuch Fußball-Recht: Rechte – Vermarktung – Organisation, 2. Aufl., Berlin 2018

Zitiert: Stopper/Lentze/*Bearbeiter* Kap. … Rn. …

Straubel, Michael: Enhancing the Performance of the Doping Court: How the CAS Can Its Job Better, Loyola University Chicago Law Journal (Loy. Univ. Chic. L. J.) 2005, 1203–1233

Zitiert: *Straubel* Loy. Univ. Chic. L. J. 2005, 1203 (…)

Streinz, Rudolf: Die Rechtsprechung des EuGH nach dem Bosman-Urteil, in: Tettinger, Peter J. (Hrsg.): Sport im Schnittfeld von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, Stuttgart u.a. 2001, 27–52

Zitiert: *Streinz* in Tettinger, 2001, 27 (…)

ders. (Hrsg.): EUV, AEUV, 3. Aufl., München 2018

Zitiert: Streinz/*Bearbeiter* Art. … AEUV Rn. …

ders.: Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht?, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.), Erlanger Sportrechtstagungen 2018 und 2019, Berlin 2021, 9–27

Zitiert: *Streinz* in Vieweg, 2021, 9 (…)

ders.: Europarecht: Verstoß eines Weltsportverbands gegen das EU-Wettbewerbsrecht, JuS 2021, 276–278

ders.: EGMR und Sport – Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Rechtsfragen aus dem Bereich des Sports, in: Lorz, Sigrid/Regenfus, Thomas/Röthel, Anne/Spengler, Hans-Dieter (Hrsg.), Recht, Sport, Technik und Wirtschaft in mehrdimensionalen Perspektiven – Liber amicorum für Klaus Vieweg zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, 655–668

Zitiert: *Streinz*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 655 (…)

Strub, Yeal: Anmerkung zum Schweizerischen Bundesgericht, 20.2.2018 – 144 III 120 (4A 260/2017): Ein Tor für den CAS und die FIFA, SchiedsVZ 2018, 316–318

Sullivan, Heike K.: Fraser v. Major League Soccer: The MLS's Single Entity Structure is a „Sham ", Temple L. Rev. 2000, 865–904

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Sullivan* Temple L. Rev. 2000, 865 (…)

Summerer, Thomas: Investoren für die Bundesliga? – Zur Zulässigkeit des Gebots der Mehrheitsbeteiligung des Muttervereins an einer Kapitalgesellschaft («50+1»-Regelung), SpuRt 2008, 234–241

ders.: Editorial: Die Zentralvermarktung der Fußballbundesliga geht in die Verlängerung, SpuRt 2009, 89–90

ders.: Die Zukunft der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport – Reformvorschläge für den CAS, SpuRt 2018, 197–200

Szymanski, Stefan: The Economic Design of Sporting Contests, Journal of Economic Literature (JEL) 2003, 1137–1187

Zitiert: *Szymanski* JEL 2003, 1137 (…)

Tenbusch, Ronald: Warum RB Leipzig doch Champions League spielen darf, Welt v. 14.7.2017, abrufbar unter https://www.welt.de/sport/fussball/article166650856/Warum-RB-Leipzig-doch-Champions-League-spielen-darf.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Terraz, Thomas: Is UCI the new ISU? Analysing Velon's Competition Law Complaint to the European Commission, 2.12.2019, abrufbar unter https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/is-uci-the-new-isu-analysing-velon-s-competition-law-complaint-to-the-european-commission-by-thomas-terraz (zuletzt besucht am 25.4.2020; inzwischen ist der Beitrag nicht mehr abrufbar)

Zitiert: *Terraz* sub …

Teuffel, Friedhard: IOC-Präsident Thomas Bach gibt sich als schlechter Verlierer, Tagesspiegel v. 4.2.2018, abrufbar unter https://www.tagesspiegel.de/sport/kritik-am-sportgerichtshof-cas-ioc-praesident-thomas-bach-gibt-sich-als-schlechter-verlierer/20926000.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Thaler, Daniel: Athletenvereinbarung und Athletenerklärung, in: Arter, Oliver/Baddeley, Margareta (Hrsg.), Sport und Recht, 4. Tagungsband, Bern 2007, 17–77

Zitiert: *Thaler* in Arter, 2007, 17 (…)

Theus Simoni, Fabiana/Lang, Achim/Conrad, Nicole/Fuchs, Sandro: Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, School of Management and Law, Zentrum für Unternehmens- und Steuerrecht, Institut für Verwaltungsmanagement, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Eine Markt- und Regulierungskostenanalyse, Zürich 2017, abrufbar unter https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-10-24/schlussber-zhaw-d.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Theweleit, Daniel: Bundesliga-Krisenklub – Schalke ergreift drastische Maßnahmen in der Krise, FAZ v. 6.4.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/fc-schalke-04-steckt-auch-durch-corona-in-finanzieller-krise-17280510.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Schalke steigt ab – Die Folgen der Geldverbrennung, FAZ v. 21.4.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/schalke-04-und-die-konsequenzen-der-geldverbrennung-17305108.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ders.: Zukunft des Fußballs – Der harte Kampf um die Reform des „Financial Fairplay", FAZ v. 24.12.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/uefa-und-das-financial-fairplay-kampf-um-fussball-zukunft-17699342.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Thomasser, Andreas: Staat und Sportverband – Das Vereinsmitglied als Staatsbürger oder Verbandsuntertan, Graz 2015

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Thöne, Meik: Von (Un-)Freiwilligkeit und (Un-)Parteilichkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit – ein Appell an das Bundesverfassungsgericht, SchiedsVZ 2020, 176–182

Thorn, Karsten/Lasthaus, Caroline: Das Pechstein-Urteil des BGH – ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?, IPRax 2016, 426–431

Thuma, Thomas: Die neue Macht der Virologen, Handelsblatt v. 26.3.2020, abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-die-neue-macht-der-virologen/25684390.html?ticket=ST-464718-cgccpbkpRek5UbH2lJEd-ap6 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Tinç, Timur: Ränkespiele unterm Korb, FR v. 13.2.2020, abrufbar unter https://www.fr.de/sport/sport-mix/raenkespiele-unterm-korb-13537649.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Tyrolt, Jochen: Sportschiedsgerichtsbarkeit und zwingendes staatliches Recht, Baden-Baden 2007

Vaitiekunas, Andrew: The Court of Arbitration for Sport: Law-making and the Question of Independence, Bern 2014

Valloni, Lucien W./Pachmann, Thilo: Sports Law in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2018

van Rompuy, Ben: The Role of EU Competition Law in Tackling Abuse of Regulatory Power by Sports Associations, Maastricht Journal of European and Comparative Law (Maastricht J. Eur. Comp. Law) 2015, 179–208

Zitiert: *van Rompuy* Maastricht J. Eur. Comp. Law 2015, 179 (…)

Varens, Viktoria: Das „olympische" Werbeverbot – Eine rechtliche Untersuchung des Werbeverbots nach Bye-law 3 to Rule 40 of the Olympic Charter hinsichtlich dessen Vereinbarkeit mit dem EU-Recht, Stuttgart u.a. 2017

Verdonk, Tom: Rivalry among sports associations: the compatibility of sports associations' exclusivity clauses with EU competition law, European Competition Law Review (ECLR) 2017, 80–88

Zitiert: *Verdonk* ECLR 2017, 80 (…)

Verse, Dirk: Die „50+1"-Regel zwischen Verbandsautonomie und Wettbewerbsfreiheit, CaS 2010, 28–39

Vieweg, Klaus: Zur Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln 1989, 811–826

Zitiert: *Vieweg*, FS Lukes, 1989, 811 (…)

ders.: Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, Berlin 1990

Zitiert: *Vieweg*, Normsetzung, 1990, Seite(n)

ders.: Sponsoring und internationale Sportverbände, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.), Sponsoring im Sport, Stuttgart/München/Hannover u.a. 1996, 53–90

Zitiert: *Vieweg* in Vieweg, 1996, 53 (…)

ders.: Faszination Sportrecht, 3. Aufl. 2015, 1–79, Online-Veröffentlichung, abrufbar unter http://www.irut.de/Forschung/Veroeffentlichungen/OnlineVersionFaszinationSportrecht/FaszinationSportrecht.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Vieweg*, Faszination Sportrecht, 2015, Seite(n)

ders.: Editorial: Legal Aid für CAS-Verfahren – eine zweifelhafte Hilfe, SpuRt 2021, 185

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders.: Ausschluss und Suspendierung im internationalen Verbandswesen, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hennrichs, Joachim/Henssler, Martin/Liebscher, Thomas/Morell, Alexander/Müller, Hans-Friedrich/Schlitt, Michael (Hrsg.), Festschrift für Barbara Grunewald zum 70. Geburtstag, Köln 2021, 1225–1238

Zitiert: *Vieweg*, FS Grunewald, 2021, 1225 (…)

Vieweg, Klaus/Röthel, Anne: Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 166 (2002), 6–34

Vieweg, Klaus/Staschik, Paul: The Lex Sportiva – The Phenomenon and its Meaning in the International Sporting Arena, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.), Lex sportiva, Berlin 2015, 18–59

Zitiert: *Vieweg/Staschik* in Vieweg, 2015, 18 (…)

Vocke, Julius Conrad: Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen, Tübingen 2021

Voigt, Benedikt: DOSB bittet Claudia Pechstein um Entschuldigung, Tagesspiegel v. 29.1.2015, abrufbar unter https://www.tagesspiegel.de/sport/experten-sehen-keinen-nachweis-fuer-doping-dosb-bittet-claudia-pechstein-um-entschuldigung/11297578.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Wächter, Vincent: Kollisionsrechtliche Aspekte der Schiedsvereinbarung am Beispiel der „Husten-Affäre" – zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.11.2017 – VI-U (Kart) 8/17, SchiedsVZ 2018, 294–299

Wackerbeck, Philipp: Das Aus der Spielervermittlerlizenz und das „Dritteigentum an Spielerrechten" – Eine erste, kritische Bestandsaufnahme, SpuRt 2015, 56–61

Wagner, Gabriel: Mehr als nur Durchschnitt (Die größten Sportligen der Welt), SPONSOR^{S} Heft 7/2018, 42–43

Walesch, Benedikt: Marktverhältnisse bei Intermediären im elektronischen Warenvertrieb – Zur Methodik der Ermittlung von Marktmacht auf verbundenen (zwei- oder mehrseitigen) Märkten, Tübingen 2020

Walker, Wolf-Dietrich: Der Anspruch auf Nominierung, in: Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.), Nominierungsfragen im Sport, Stuttgart u.a. 2013, 43–58

Zitiert: *Walker* in Walker, 2013, 43 (…)

ders.: Verschuldensunabhängige Verbandssanktionen gegen Sportvereine für Zuschauerausschreitungen, NJW 2014, 119–124

ders.: Mindestlohn im Amateurfußball, SpuRt 2015, 94–98

ders.: Zur Einordnung verschuldensunabhängiger Geldstrafen des DFB als präventive Maßnahmen durch den BGH, SpuRt 2022, 10–13

Wallsten, Magnus/Sher, Brian: International Skating Union General Court Hearing: points of interest for the application of EU competition law to sport, European Competition Law Review (ECLR) 2020, 514–516

Zitiert: *Wallsten/Sher* ECLR 2020, 514 (…)

Watson, Chris/Graham, Christine: European regulation of media rights, in: Nafziger, James A. R./Ross, Stephen F. (Hrsg.), Handbook on International Sports Law, Cheltenham 2011, 398–428

Zitiert: *Watson/Graham* in Nafziger/Ross, 2011, 398 (…)

Weatherill, Stephen: Fairplay Please! Recent Developments in the Application of EC Law to Sport, 40 Common Market Law Review (Common Mkt. L. Rev.) 2003, 51–93

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Weatherill* 40 Common Mkt. L. Rev. 2003, 51 (…)

ders.: Anti-doping revisited – the demise of the rule of „purely sporting interest"?, European Competition Law Review (ECLR) 2006, 645–657

Zitiert: *Weatherill* ECLR 2006, 645 (…)

ders.: Article 82 EC and Sporting „Conflict of Interest": The Judgment in *MOTOE*, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2009, 3–7

Zitiert: *Weatherill* ISLJ 2009, 3 (…)

ders.: EU Sports Law: The Effect of the Lisbon Treaty (25.1.2011), Oxford Legal Studies Research Paper No. 3/2011, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747916 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Weatherill*, Research Paper No. 3/2011

ders.: European Sports Law, 2. Aufl., Den Haag 2014

Zitiert: *Weatherill*, European Sports Law, 2014, Seite(n)

ders.: Principles and Practice in EU Sports Law, Oxford 2017

Zitiert: *Weatherill*, Principles, 2017, Seite(n)

ders.: Never let a good fiasco go to waste: why and how the governance of European football should be reformed after the demise of the ‚SuperLeague' (21.4.2021), abrufbar unter http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/never-let-good-fiasco-go-to-waste-why.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Weatherill,* Blogbeitrag v. 21.4.2021

Weiler, Simon: Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften, Verbote von Multi-Club Shareholding und deren Grenzen aus der Sicht europäischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Profifußballs in Deutschland, Berlin 2006

ders.: Multi-Club Ownership-Regelungen im deutschen Profifußball – Eine kritische Bestandsaufnahme, SpuRt 2007, 133–139

v. Weizsäcker, C. Christian: Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach", WuW 2017, 1078–1084

Wekesa, Moni: The Court of Arbitration for Sport (CAS): its relevance to Kenya after Pechstein?, The International Sports Law Journal (ISLJ) 2018, 46–60

Zitiert: *Wekesa* ISLJ 2018, 46 (…)

Weller, Marc-Philippe/Benz, Nina/Wolf, Roman: Vereinshaftung, Verbandsstrafen und Regress bei Zuschauerfehlverhalten, JZ 2017, 237–245

Welter, Patrick: Olympische Spiele in Tokio – Toyota zieht die Bremse, FAZ v. 19.7.2021, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/sport/olympia/olympische-spiele-in-tokio-toyota-zieht-die-bremse-17444755.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Wernicke, Stephan: Perspektiven des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen, NJW 2017, 3038–3043

Westermann, Harm Peter: Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, Bielefeld 1972

ders.: Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit. Bemerkungen zu den Urteilen des Deutschen Fußballbundes, JZ 1972, 537–543

Widdascheck, Mirko: Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders, Berlin 2018

Wild, Alexander: Rechtsprobleme des Dopings im deutschen Lizenzfußball, Baden-Baden 2018

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wilkening, Michael: Posse um Handball-Terminstreit – Nur Verlierer, Spiegel Online v. 9.3.2018, abrufbar unter http://www.spiegel.de/sport/sonst/rhein-neckar-loewen-und-der-terminstreit-spielball-statt-handball-a-1197358.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Wilkmann, Johannes: Die Überführung des Sportlers im Dopingverfahren, Berlin u.a. 2014

Wirsing, Helena Sophia: Rechtsetzung im Bereich der Wettbewerbsregeln der Europäischen Union und des organisierten Fußballs, Frankfurt am Main 2012

Wittmann, Johannes: Schiedssprüche des Court of Arbitration for Sport vor schweizerischen und deutschen ordentlichen Gerichten, München 2015

Wizemann, Simon: Verpflichtungszusagen und Art. 101 Abs. 3 AEUV – Verfahren vs. Wohlfahrt, WuW 2021, 5–9

Wolff, Reinmar: Die Schiedsvereinbarung als unvollkommener Vertrag? Zum Rügeerfordernis des § 1032 ZPO, SchiedsVZ 2015, 280–286

ders. (Hrsg.): Kommentar zur New York Convention, 2. Aufl., München 2019

Zitiert: Wolff/*Bearbeiter* Art. … UNÜ Rn. …

Wright, Phillip Lawrence: Major League Soccer: Antitrust, the Single Entity, and the heightened demand for a labor movement in the new Professional Soccer League, Seton Hall Journal of Sport Law (Set. Hall J. of. Sport L.) 2000, 357–387

Zitiert: *Wright* Set. Hall J. of Sport L. 2000, 357 (…)

Zen-Ruffinen, Piermarco: Droit du Sport, Zürich/Basel/Genf 2002

Zimmermann, Martin: Das Verhältnis von Kartellrecht und Sportschiedsgerichtsbarkeit, ZWeR 2016, 66–81

Zinger, Susanne: Diskriminierungsverbote und Sportautonomie – eine rechtsvergleichende Untersuchung im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht, Berlin 2003

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2022

Zitiert: Zöller/*Bearbeiter* § …ZPO Rn. …

Zuck, Rüdiger: Die DOSB-Athletenvereinbarung Sotschi 2014, verfassungsrechtlich betrachtet, SpuRt 2014, 5–10

Sonstige Materialien:

Bundeskartellamt, B6-113/15: Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Seite(n)

Bundeskartellamt: Hintergrundpapier – Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Virtuelle Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 1.10.2020, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *BKartA*, Hintergrundpapier – Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften, Seite(n)

https://doi.org/10.5771/9783748933298 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundeskartellamt: Pressemitteilung v. 31.5.2021 („Vorläufige Einschätzung des Bundeskartellamtes zur 50+1-Regel der DFL"), abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/31_05_2021_50plus1.html (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *BKartA*, Pressemitteilung v. 31.5.2021

Clearingstelle Urheberrecht im Internet (CUII): Pressemitteilung v. 11.3.2021, abrufbar unter https://cuii.info/fileadmin/files/20210311_PM_Gruendung_CUII.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context – Accompanying document to the White Paper on Sport, COM(2007) 391 final, abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007SC0935&from=EN (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: Commission Staff Working Document, Abschnitt …

Deutscher Bundestag, Unterabteilung Europa – Fachbereich Europa: Ausarbeitung PE 6 – 3000 – 060/20, Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im europäischen Profifußball mit dem Unionsrecht, 24.7.2020; abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/707916/df542d2244ccca08269bea3775ac79e1/PE-6-060-20-pdf-data.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Deutscher Bundestag Unterabteilung Europa*, Gehaltsobergrenzen, Seite(n)

DFL: Pressemitteilung v. 26.3.2020, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/20-millionen-euro-solidaritaetsaktion-der-champions-league-teilnehmer/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL: Pressemitteilung v. 22.6.2020, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/medienrechte-vergabe-ergebnisse-2020/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL: Pressemitteilung v. 7.12.2020, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/dfl-praesidium-fasst-beschluss-zur-verteilung-der-medienerloese-fuer-die-spielzeiten-2021-22-bis-2024-25/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL: Pressemitteilung v. 19.5.2021, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/gespraeche-ueber-investoren-beteiligung-an-dfl-tochtergesellschaft-werden-vorerst-nicht-fortgesetzt/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL Wirtschaftsreport 2019, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/dfl-wirtschaftsreport-2019-rekordumsatz-und-weitere-bestmarken-bestaetigen-positive-wirtschaftliche-entwicklung-des-deutschen-profifussballs/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL Wirtschaftsreport 2020, abrufbar unter https://www.dfl.de/de/aktuelles/dfl-wirtschaftsreport-2020/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

DFL Wirtschaftsreport 2021, abrufbar unter https://media.dfl.de/sites/2/2021/03/D_DFL_Wirtschaftsreport_2021_M.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

EOC EU-Büro: Monatsbericht Dezember 2019, EU-Kommission organisiert Seminar zum spezifischen Charakter des Sports (gem. Art. 165 Lissabon-Vertrag), 3–5

Europäische Kommission: Weißbuch Sport, C(2007), 391 final, abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=EN (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *EU-Komm.*, Weißbuch Sport, KOM(2007) 391 final, Seite(n)

Europäische Kommission: Pressemitteilung v. 5.3.2001, IP/01/314, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_314 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_314 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 5.3.2001

Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 30.10.2001, IP/01/1523, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1523_en.htm (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 30.10.2001

Europäische Kommission: Pressemitteilung v. 5.10.2015, IP/15/5771, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5771_en.htm (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 5.10.2015

Europäische Kommission: Pressemitteilung v. 8.12.2017, IP/17/5184, abrufbar unter http://hbfm.link/3227 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *EU-Komm.*, Pressemitteilung v. 8.12.2017

European Commission, Directorate-General for Education and Culture, Directorate C – Youth and Sport Unit C.3 – Sport policy and programme: Mapping and Analysis of the Specificity of Sport – A Final Report to the DG Education & Culture of the European Commission (June 2016), abrufbar unter https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/studies/mapping-analysis-specificity-sport_en.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *European Commission*, Mapping and Analysis of the Specificity of Sport

FIFA: Pressemitteilung vom 6.11.2017, abrufbar unter https://de.fifa.com/who-we-are/news/fifa-und-fifpro-unterzeichnen-wegweisende-vereinbarung-und-prasentiere-2918751https://de.fifa.com/who-we-are/news/fifa-und-fifpro-unterzeichnen-wegweisende-vereinbarung-und-prasentiere-2918751 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

FIFA: Pressemitteilung v. 22.1.2020, abrufbar unter https://www.fifa.com/legal/football-regulatory/stakeholders/fifa-fund-for-players/news/reform-proposals-concerning-football-agents-regulations (zuletzt besucht am 7.2.2022)

FIFA: Pressemitteilung v. 17.12.2021, abrufbar unter https://www.fifa.com/de/football-development/the-future-of-football/media-releases/future-of-football-fans-survey-webinar-release (zuletzt besucht am 7.2.2022)

FIFA: Pressemitteilung v. 20.12.2021, abrufbar unter https://www.fifa.com/de/football-development/the-future-of-football/media-releases/austragung-der-fifa-weltmeisterschaften-alle-zwei-jahre-achbarkeitsstudien-belegen-grossen-wirtschaftlichen-nutzen (zuletzt besucht am 7.2.2022)

ISU (International Skating Union): Pressemitteilung v. 8.12.2017, abrufbar unter https://www.isu.org/media-centre/press-releases/2017/15634-eu-decision-isu-statement/file (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Monopolkommission: XXI. Hauptgutachten vom 20. September 2016, Abschnitt: Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga, 80–118 (Rn. 350–502), abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Kap1_Zentralvermarktung.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Monopolkommission*, XXI. Hauptgutachten, Rn. …

Monopolkommission: XXII. Hauptgutachten vom 3. Juli 2018, Abschnitt 3.5: Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League, 301–309 (Rn. 845–866), abrufbar unter https://monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zitiert: *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. …

Monopolkommission: XXIII. Hauptgutachten vom 29. Juli 2020, Abschnitt 2.4: Einheitliche Wettbewerbsbedingungen im Leistungssport schaffen, 199–205 (Rn. 425–444) und Abschnitt 2.6: Kartellrechtliche Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung wirksamer gestalten, 210–217 (Rn. 465–485), abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/HG23/HGXXIII_Gesamt.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Monopolkommission*, XXIII. Hauptgutachten, Rn. …

T.M.C. Asser Instituut/Asser International Sports Law Centre und Institute for Information Law – University of Amsterdam: Study on sports organisers' rights in the European Union, Final Report (Februar 2014), abrufbar unter https://www.asser.nl/sportslaw/research/past-research-projects/sports-organisers-rights-in-the-eu/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *T.M.C Asser Instituut u.a.*, Final Report, Seite(n)

T.M.C. Asser Instituut/Asser International Sports Law Centre und Institute for Information Law – University of Amsterdam: Study on sports organisers' rights in the European Union, Executive Summary (Februar 2014), abrufbar unter https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/138eb928-2981-11e7-ab65-01aa75ed71a1 (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *T.M.C Asser Instituut u.a.*, Executive Summary, Seite(n)

UEFA: Pressemitteilung v. 12.2.2020, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/about-uefa/news/025a-0f8e75148b99-cd9df09bd7ec-1000--uefa-und-conmebol-erneuern-grundsatzvereinbarung-und-setzen-auf/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 20.4.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/uefachampionsleague/news/0268-121595334c02-9effd6533519-1000--neues-ucl-format-ab-2024-die-wichtigsten-infos/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 7.5.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-12388ef2ce53-5085cb9844d5-1000--uefa-genehmigt-wiedereingliederungsmassnahmen-fur-neun-der-an-d/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 21.5.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-125418c380f3-1398ffe96c25-1000--uefa-bringt-konvention-zur-zukunft-des-europaischen-fussballs-a/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 10.6.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026a-127c13baa20c-425fb1a6b64e-1000--disziplinarverfahren-gegen-den-fc-barcelona-juventus-turin-und-/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 23.11.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026f-13cac5cf64ff-ac69928706b5-1000--uefa-begruesst-entschliessung-des-europaischen-parlaments-zur-eu/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 30.11.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026f-13d8e103bef7-d00aa19533c6-1000--starkung-des-uefa-governance-modells-durch-die-eu-sportminister/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 15.12.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0270-13f6fd6bc7e6-831edac7b7a6-1000--uefa-und-conmebol-erneuern-und-erweitern-grundsatzvereinbarung/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UEFA: Pressemitteilung v. 17.12.2021, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0270-13fa790a954a-7dc1a6062433-1000--unabhangige-studie-zu-einer-alle-zwei-jahre-stattfindenden-welt/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

UEFA: Pressemitteilung v. 26.1.2022, abrufbar unter https://de.uefa.com/insideuefa/news/0271-144ba6720adc-412c32965350-1000--uefa-begrusst-unterstutzung-des-europarats-fur-modell-des-europ/ (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Fachbereich: WD 10, Kultur, Medien und Sport: Ausarbeitung WD 10 – 3000 – 031/20, Möglichkeit von Gehaltsobergrenzen im Fußball für Spieler und Berater sowie der Deckelung von Ablösesummen, 21.7.2020; abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/707918/dd648d95bc3f3a0f092e289243ad3ae7/WD-10-031-20-pdf-data.pdf (zuletzt besucht am 7.2.2022)

Zitiert: *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Gehaltsobergrenzen, Seite(n)

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stichwortverzeichnis

Römische Zahlen bezeichnen die Kapitel, arabische Zahlen die Randnummern.

50+1-Regel XIII. 268–310
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 296, 301, 309
– Ausgangsproblematik XIII. 268–272
– Ausnahme XII. 31; XIII. 241, 270, 302–303
– BKartA XIII. 272, 281, 287, 304
– competitive balance VI. 228–234; XIII. 281, 283, 287, 305, 588
– Einschätzungsprärogative von DFL/DFB X. 32, 36–37; XIII. 307
– Ermessensspielraum von DFL/DFB XIII. 274, 276
– Gleichbehandlungsgrundsatz, vereinsrechtlicher XIII. 270
– Inhärenz XIII. 306
– Kohärenz XIII. 291–305
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 274, 276
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 278–290
– *Meca-Medina*-Test X. 32–36; XIII. 274, 277–308
– Meinungsstand XIII. 270–272
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 273
– Rechtsfragen XIII. 277–308
– Sicherstellung der Organisation eines vereinsgeprägten Fußballs XIII. 292–304
– Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen X. 30–39; XIII. 279–280, 307
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 274–275
– Verbandsautonomie X. 31, 36–37; XII. 29–31; XIII. 275, 307
– Verhältnismäßigkeit XIII. 307–308
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 309–310
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 277

Abstellungsgebühren/-bedingungen für Nationalspieler XIII. 530–547
– Ausgangsproblematik XIII. 530–535
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 539
– Inhärenz XIII. 544
– Kohärenz XIII. 541–543
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 539
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 541–543
– *Meca-Medina*-Test XIII. 537, 540–546
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB/Art. 101 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV XIII. 536
– Rechtsfragen XIII. 540–546

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 538
– Verbandsautonomie XIII. 533, 538
– Verhältnismäßigkeit XIII. 545
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 547
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 540

AGB-Kontrolle III. 38–43

Ambush Marketing
– Anti-Ambushing-Gesetze IV. 111–118
– Bedeutung IV. 111
– Begriff IV. 111
– Notwendigkeit legislativer Maßnahmen in Deutschland IV. 112–118
– Würdigung, rechtliche IV. 130–136; XIII. 580

Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren
– allgemein IV. 224, 268, 314, 319, 327, 329, 348
– Verbandsautonomie X. 17–18

AntiDopG (Gesetz gegen Doping im Sport)
– Schiedsvereinbarungen, rechtliche Wirksamkeit IV. 335–347

Art. 101 Abs. 1 AEUV, allgemein
– EuGH (*Bosman*) V. 26
– EuGH (*Meca-Medina und Majcen*) → *Meca-Medina und Majcen* (EuGH)
– *Meca-Medina*-Test → ebd.
– relevanter Markt → Markt, relevanter
– Spürbarkeit VI. 90
– Unternehmen und Unternehmensvereinigung VI. 114–118
– unternehmerisches Handeln eines Sportlers → Sportler - unternehmerisches Handeln
– unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes → Sportverband - unternehmerisches Handeln
– Verbandsautonomie VI. 344
– Wettbewerbsbeschränkung VI. 18–19, 21–23, 46–47, 55, 90, 140–142, 170
– Zwischenstaatlichkeitsklausel VI. 90

Art. 101 Abs. 3 AEUV, allgemein
– competitive balance VI. 236
– Verhältnis zum *Meca-Medina*-Test VI. 362–372

Art. 102 AEUV, allgemein
– Drittmarktbehinderung VII. 48–49
– EuGH (*Bosman*) V. 26
– EuGH (*MOTOE*) → *MOTOE* (EuGH)
– Marktbeherrschung IV. 77-82; VII. 4–15
– Marktbeherrschung, kollektive VII. 16–37, 46–47
– *Meca-Medina*-Test VII. 66–71
– Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung VII. 37–51, 64–67
– relevanter Markt → Markt, relevanter
– Sportverbände als Verwalter und Vermarkter VII. 52–66
– *unbundling* VII. 5, 60, 62; XIII. 83
– Verbandsautonomie VI. 344
– Verhalten auf angrenzenden Märkten VII. 42–45

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV
VI. 158–161; VIII. 1–12
– EuGH VIII. 6–8
– Funktion VIII. 10–12
– kein Rechtfertigungsgrund VIII. 5
– keine Bereichsausnahme zugunsten der Sportverbände von der Anwendung des Unionsrechts VIII. 4
– *Meca-Medina*-Test VI. 174
– Offenheit der Sportligen für neue Mitglieder XIII. 44–48

Athlet(en)
– Beteiligung an Vermarktungserlösen des Verbandes XIII. 693–705
– unternehmerisches Handeln → Sportler - unternehmerisches Handeln

Athleten Deutschland e.V. IV. 165

Athletenvereinbarung
– dynamische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52–65
– Rechtslage in der Schweiz bezüglich dynamischer Verweisungen IV. 63–65
– statische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52, 60
– Unterwerfung unter Verbandsstatuten IV. 6, 46–65

Aufhebungsverfahren
– allgemein IV. 217, 224, 268, 318, 320, 325–326, 348
– Verbandsautonomie X. 17–18

Bach, Thomas IV. 332; VI. 70; XIII. 704

Beendigung einer Spielzeit/Saison → vorzeitige Beendigung einer Spielzeit

besondere Merkmale des Sports
– Art. 165 AEUV II. 1–2; VI. 174; VIII. 1–12

Besonderheiten des Sports
– allgemein II. 1–15; III. 25; V. 20, 33, 37–40; VI. 44, 52–53, 55, 72–73, 78, 88, 91, 174
– Verhältnis zur Verbandsautonomie XII. 38–43

BGH (Bundesgerichtshof)

BGH Entscheidungen
– *Charles Friedek* XIII. 896
– *Europapokalheimspiele* XIII. 735
– *Pechstein* IV. 148, 176–177, 190, 229–231, 253–254, 321, 331; X. 20–24
– *Reiterliche Vereinigung* III. 1, 42–44; IV. 47–50, 53–54
– *SV Wilhelmshaven* IV. 8–10, 13–19, 23–26, 40–42, 58, 60; X. 25–28

BKartA (Bundeskartellamt)

BKartA Entscheidungen
– Regel 40 Olympische Charta (Werbebeschränkungen für Olympiateilnehmer) → Regel 40 Olympische Charta (BKartA)
– Zentralvermarktung XI. 19–27

Bosman, Jean-Marc V. 42–44

Bundesgerichtshof → BGH

Bundeskartellamt → BKartA

Bundesliga/2. Bundesliga → Ligaspielbetrieb der DFL

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

CAS (Court of Arbitration für Sport) IV. 147–354
– aktuelle Stellung IV. 147, 161
– Anerkennung von Schiedssprüchen durch das SchweizBG IV. 148, 213–214, 251–252, 316–325
– Berufungskammer IV. 190–191
– „Dispute Resolution Without Alternative" IV. 354
– Dreierschiedsgericht IV. 188–194
– Einfluss von EuGH, EU-Kommission, EFTA-Gerichtshof und BKartA IV. 247–248
– Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung IV. 217–219; XIII. 917–919, 925–927
– Einzelschiedsrichter IV. 188–189
– Entstehungsgeschichte IV. 161
– Finanzierung IV. 154–155
– Generaldirektor IV. 185–187
– Grundfreiheiten, europäische IV. 276–283
– ICAS (International Council of Arbitration für Sport) → ICAS
– Kammern IV. 188
– Kammerpräsident IV. 188–192
– Kartellrecht, europäisches IV. 88, 284–310, 313–314, 325
– Kosten eines Verfahrens IV. 149, 153
– Lex sportiva II. 18, 21; IV. 43, 94, 270, 320, 350
– Nachteile IV. 150–160
– Organisation IV. 161–202
– Rechtsschutzdefizite → Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS
– Reformbedarf IV. 195, 245–248, 323–325, 333
– *repeat player*-Problematik IV. 183–184, 200–202, 325; XIII. 927
– Schiedsgericht, echtes IV. 196, 210, 251–265, 349
– Schiedsklausel → ebd.
– Schiedsrichter IV. 173–175, 196–202, 242, 314; XIII. 925–927
– Schiedsrichterliste, geschlossene → ICAS - Erstellung geschlossener Schiedsrichterliste
– Schiedssprüche, Absicherung durch (inter)nationale Sportverbände IV. 326–334
– Schiedssprüche, allgemein IV. 266–274
– Schiedsvereinbarung → Schiedsvereinbarung zum CAS
– Sitz IV. 161
– Startvorteile für Sportverbände IV. 348
– strukturelles Ungleichgewicht IV. 237–250
– Unparteilichkeit (der Schiedsrichter) IV. 172–177, 237–250
– Verbandsautonomie X. 9–11
– Verhandlung, (nicht) öffentliche IV. 152
– Vorlageberechtigung (an EuGH) IV. 311–312, 324
– Vorteile IV. 148–149, 322, 348
– Wettbewerb, fehlender IV. 243–244
– Wiederaufnahme des Verfahrens X. 21

CAS Schiedssprüche
– *AEK Athens and Slavia Prague/ UEFA* IV. 285
– *Azpeleta* IV. 295–301
– *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.* IV. 290

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA* IV. 288–289
– *Galatasaray/UEFA* IV. 302; XIII. 175
– *Manchester City FC/UEFA* IV. 190; XIII. 176, 192
– *Pechstein* X. 21
– *RFC Seraing/FIFA* IV. 280–283; XIII. 603, 607, 609, 613
– *Semenya/IAAF* XIII. 154–170
– *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas* IV. 38–45, 276–279
– *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate* IV. 278
– *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)* IV. 293–294
– *UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA* IV. 286–287
– *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.* IV. 291–292
– *World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency* IV. 177, 303–310; XIII. 17

Commission Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context"
– certain degree of equality in competitions XIII. 368–369
– European Sport Model XIII. 34, 58
– gemeinwohlbezogene Funktionen des Sports VI. 8
– Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit erhöhtem kartellrechtlichem Konfliktpotential XI. 14–16
– Gruppe der sportorganisatorischen Verbandsregelungen mit geringem kartellrechtlichem Konfliktpotential XI. 11–13
– inherent in the pursuit of the objective of a sporting rule VI. 285–287
– interdependence between competing adversaries II. 7
– kollektive Marktbeherrschung VII. 22–23
– Konvergenzthese VI. 160
– legitimate objectives of sporting rules VI. 184
– licensing systems for clubs XIII. 200, 203–204
– *Meca-Medina*-Test VI. 338–340; VII. 68; XI. 17
– multiple ownership XIII. 325
– purely sporting rules VI. 76, 338–339
– monopolistic pyramid structure II. 12; IV. 69
– Offenheit der Sportligen für neue Mitglieder (Relegationssystem) XIII. 47
– organisational sporting rules im europäischen Kartellrecht II. 2–15; VI. 370–372
– players' agents XIII. 548
– principle of solidarity II. 13; V. 55; VI. 8
– rules concerning the composition of national teams XIII. 547, 591
– rules excluding legal challenges of decisions by sports associations before national courts XIII. 921, 932
– rules protecting sports associations from competition XIII. 100

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– specificity of sport im europäischen Kartellrecht II. 2–15
– transfer system of players XIII. 496–497, 529
– UEFA club licensing system XIII. 171
– uncertainty of result II. 8–11
– Verbandsautonomie XI. 17; XII. 40–42
– Verhältnis des *Meca-Medina*-Tests zu Art. 101 Abs. 3 AEUV VI. 363
– Zentralvermarktung im Fußball XIII. 727, 738, 748, 751, 758, 766, 772–782, 799–800, 803–804, 808, 819, 845, 855–857, 870–872, 879

competitive balance
– Begriff und Bedeutung VI. 213–217
– Bestimmtheit der Zielsetzung VI. 216, 229, 232–233, 235
– Bewertungszeitraum VI. 215
– BKartA VI. 228–232
– Bundesliga und 2. Bundesliga II. 11; VI. 228–234
– Chancengleichheit für alle Athleten VI. 199
– Darlegungs- und Beweislast VI. 217, 229
– Erforderlichkeit der Verbandsregelung VI. 217
– Ermessensspielraum der Sportliga VI. 187, 216, 225, 235
– EuGH (*Bosman*) VI. 222; XIII. 388–389, 510
– EU-Kommission, Weißbuch Sport VI. 222–223
– Geeignetheit der Verbandsregelung VI. 230–233
– Gehaltsobergrenzen XIII. 366–375, 386–390, 420–425
– Gewährleistung einer finanziellen Stabilität von Sportclubs VI. 211
– Kohärenz VI. 225, 229, 233, 235–236
– legitime Zielsetzung i.S.d. *Meca-Medina*-Tests VI. 199, 211, 213–236
– Major Leagues, nordamerikanische II. 10; VI. 227, 233; XIII. 370–372
– *Meca-Medina*-Test VI. 235–236
– Meinungsstand II. 9; VI. 218–225
– Unsicherheitenhypothese VI. 221
– U.S.-amerikanisches Kartellrecht IX. 23–24

Coronavirus → COVID-19-Pandemie

Court of Arbitration for Sport → CAS

COVID-19-Pandemie
– allgemein II. 5; III. 4, 16, 18–19, 35; IV. 95–98, 136, 223; VI. 186, 210, 291–292
– Gehaltsobergrenzen XIII. 355–365, 378, 385, 401, 415
– Gesundheitsschutz VI. 205, 207
– Saisonabbruch → vorzeitige Beendigung einer Spielzeit
– Schutz der Zuschauer VI. 207
– Sondergesetze IV. 2
– UEFA-Regulierung zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay XIII. 189
– Versicherungsschutz VI. 189
– vorzeitige Beendigung einer Spielzeit → ebd.
– Zentralvermarktung von (Live-)Fernsehrechten XIII. 709

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deutsche Fußball Liga (DFL)
– Grundlagenvertrag XIII. 51, 534, 806
– Konzernprivileg IX. 25, 28
– Musterarbeitsvertrag/Muster-Lizenzspielervertrag XIII. 660–661, 667, 678, 680, 686–689, 691, 695–696
– Sportwettenanbieter XIII. 579
– Unterschiede zur Major League Soccer (MLS) IX. 7

Deutscher Fußball Bund (DFB)
– Grundlagenvertrag XIII. 51, 534, 806

Deutscher Olympischer Sportbund (DOSB) IV. 331, 333, 335

Deutsches Sportschiedsgericht IV. 179, 244

Dopingverfahren
– Beweisanforderungen IV. 157–158; X. 21
– Interessengleichlauf Sportverband/Athlet („Lagertheorie") IV. 176–177

Drei-Stufen-Test → *Meca-Medina*-Test

EFTA (European Free Trade Association)

EFTA-Gerichtshof
– *Henrik Kristoffersen/NSF* V. 51–56; VI. 272–274, 298; X. 6–7; XIII. 659, 683, 697–703

EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte)

EGMR Entscheidungen
– *Caster Semenya* XIII. 160
– *Mutu und Pechstein/Schweiz* IV. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251, 255–265, 349; X. 8
– *Mutu und Pechstein/Schweiz*, Sondervotum IV. 237–242

Eigenvermarktung von Sportlern → Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern

Ein-Platz-Prinzip → monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen

Ein-Verband-Prinzip → monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen

***ENIC/UEFA* (EU-Kommission)**
– Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte VI. 144; XI. 4
– Besonderheiten des Sports VI. 23–24, 144, 200; XI. 4
– Entscheidungsgründe VI. 15–24; XI. 2–5; XIII. 313
– EuGH (*Wouters*) VI. 19–21
– Inhärenz VI. 17–18
– Rechtfertigung, tatbestandsimmanente VI. 20–23
– Verbandsautonomie XI. 5
– Wettbewerbsbeschränkung VI. 17–18
– Würdigung VI. 23–24
– Zielsetzung(en) der Verbandsregelung VI. 17–18

Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen XIII. 73–100
– Ausgangsproblematik XIII. 73–83
– Durchführungsvorbehalt XIII. 78, 89–90

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 86
– Innovationswettbewerb XIII. 88
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 86
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 52–54, 91–99
– *Meca-Medina*-Test XIII. 85
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 84
– Rechtsfragen XIII. 87–99
– Teilnahmeerlaubnisvorbehalt XIII. 79, 89–90
– Teilnahmeverbot XIII. 79, 89–90
– Umsetzung XIII. 89–90
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 77–78, 80
– Verbandsautonomie XIII. 86
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 100
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 77, 80, 88
– Zulassungsverfahren, objektiv, transparent und diskriminierungsfrei XIII. 89–90

EuG (Gericht der Europäischen Union

EuG Entscheidungen
– *ISU's Eligibility Rules* → *ISU's Eligibility Rules* (EU-Kommission und EuG)
– *Meca-Medina und Majcen* VI. 27–38
– *Piau* VII. 23–25; XII. 1; XIII. 559, 572

EuGH (Gerichtshof der Europäischen Union)

EuGH Entscheidungen
– *Bosman* V. 22–44; VI. 222, 262; X. 2; XIII. 510
– *Cassis de Dijon* VI. 169, 178–179; XIII. 422
– *Deliège* V. 45–50
– *Donà* V. 21
– *Football Association Premier League (FAPL)/Karen Murphy* IV. 121–122; VIII. 8; XIII. 766–767
– *Lehtonen* VI. 262
– *Meca-Medina und Majcen* → *Meca-Medina und Majcen* (EuGH)
– *MOTOE* → *MOTOE* (EuGH)
– *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* VIII. 6–8, 11
– *Striani/UEFA* XIII. 174
– *Walrave und Koch* V. 8–21
– *Wouters* (EuGH) → ebd.

EU-Kommission
– Commission Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context" → ebd.
– *ENIC/UEFA* → *ENIC/UEFA* (EU-Kommission)
– *ISU's Eligibility Rules* → *ISU's Eligibility Rules* (EU-Kommission)
– *UEFA* XIII. 722, 734–735, 748, 799–800, 815, 827
– Weißbuch Sport 2007 → ebd.

Euroleague (Basketball) XIII. 46, 75–76

Europäische Kommission → EU-Kommission

Europäischer Gerichtshof → EuGH

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte → EGMR

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Europäisches Sportmodell XIII. 33–61
– Autonomie des Sports XIII. 37
– Bestandsschutz, kein XIII. 57–61
– ehrenamtliche Verbandstrukturen XIII. 38
– EU-Kommission XIII. 33–34, 47, 58
– horizontale Solidarität zwischen Ligamitgliedern XIII. 56
– monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen XIII. 36
– Offenheit der Sportligen für neue Mitglieder (Relegationssystem) XIII. 42, 44–48
– Verbindung zwischen Amateur- und Profisport XIII. 40–41, 49
– vertikale Solidarität zwischen Athleten und Sportverband XIII. 55
– vertikale Solidarität zwischen privatem Sportveranstalter und Sportverband XIII. 52–54
– vertikale Solidarität zwischen verschiedenen Verbandsebenen XIII. 49–51

europäische Super League/Super Liga im Fußball → Gründung einer neuen Sportliga

Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster XIII. 618–654
– Ausgangsproblematik XIII. 618–621
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 632
– Kohärenz XIII. 629
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 632
– marktbeherrschende Stellung eines Sportverbandes XIII. 645–646
– *Meca-Medina*-Test XIII. 623–630, 652
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 647–652
– Rechtfertigungsmöglichkeiten XIII. 652–653
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 622
– Rechtsfragen XIII. 633–653
– relevanter Markt XIII. 633–640
– Spürbarkeit XIII. 644
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 631
– Verbandsautonomie XIII. 631
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 654
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 619, 630, 641–643

Fédération Internationale de Basketball (FIBA) → FIBA

FIBA
– Terminkollisionen XIII. 341
– Zulassungsbeschränkungen XIII. 75–76

Fédération Internationale de Football Association (FIFA) → FIFA

FIFA
– europäische Super League XIII. 82, 101–103, 105, 131

Financial Fairplay → UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga XIII. 355–427
– Arbeitnehmerfreizügigkeit XIII. 420–425
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 409–415
– Art. 102 AEUV XIII. 416–419
– Arten von Gehaltsobergrenzen XIII. 362–365
– Ausgangsproblematik XIII. 355–375
– Auslöser der aktuellen Diskussion XIII. 355–361
– competitive balance XIII. 366–375, 386–390, 420–425
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 380
– EU-Kommission XIII. 368–369
– Geeignetheit XIII. 400–406
– Inhärenz XIII. 400–406
– Kohärenz XIII. 397–406
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 380
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 384–395
– Luxussteuer XIII. 408
– Marktbeherrschung XIII. 417
– *Meca-Medina*-Test XIII. 378, 384–408
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 418–419
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 377
– Rechtsfragen XIII. 381–425
– Spürbarkeit XIII. 383
– Tarifvertrag XIII. 376, 382
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 379
– Verbandsautonomie XIII. 379
– Verhältnismäßigkeit XIII. 407–408
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 426–427
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 383
– zwingende Allgemeininteressen XIII. 422–423, 425

Gemeinschaftsunternehmen IX. 10, 17–19, 25–26

Gericht der Europäischen Union (EuG) → EuG

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) → EuGH

Gesetz gegen Doping im Sport → AntiDopG

Gesetz zum Schutz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen → OlympSchG

Grenzen der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten
– allgemein I. 4; III. 31–32; XII. 1–54
– Ausgangsproblematik XII. 1–8
– „Element der Autonomie", keine Berücksichtigungsfähigkeit XII. 26–31, 34–37, 43
– Inhalts- und Ausübungskontrolle XII. 44–51
– Kartellrecht als Prüfungsmaßstab XII. 44, 49–54
– Normsetzungsgewalt von Sportverbänden gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XII. 19
– Reichweite der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten XII. 20–43

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Verbandsstatuten mit absichtlich unmittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XII. 18
– Verbandsstatuten mit (un)absichtlich mittelbar beschränkender Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XII. 10–17

Grundfreiheiten, europäische
– 3+2-Regel V. 23, 25
– Anwendbarkeit auf den Sport V. 10–11, 14–20, 28, 31–33, 46, 53
– Arbeitnehmerfreizügigkeit V. 26–41; VIII. 6
– Auswirkungsprinzip V. 19–20
– Beschränkung(sverbot) V. 34–36, 46, 48, 53
– Besonderheiten des Sports V. 37–40, 57–59; VI. 161; VIII. 7
– Diskriminierungsverbot V. 9, 12–13, 19–20, 34
– Dienstleistungsfreiheit V. 34–36, 45–49, 51–56; VI. 272–274
– Inhärenz der Beschränkung V. 46–48
– Kapitalverkehrsfreiheit IV. 280–282; XIII. 309, 319, 603, 607
– Kohärenz der Verfolgung legitimer Zielsetzungen V. 56
– Konvergenz von Grundfreiheiten und Art. 101 und 102 AEUV V. 54; VI. 18, 160–163
– Rechtfertigung einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Dienstleistungsfreiheit V. 37–41, 46–49, 55–56, 58
– Verhältnis zum europäischen Kartellrecht V. 1–7, 45, 50–51, 54–55, 59; VI. 7
– Verhältnis zur Verbandsautonomie V. 29–30, 49
– Verhältnismäßigkeitsprinzip V. 15
– zwingende Allgemeininteressen V. 54; VI. 178–179, 274; XIII. 422–423

Gründung einer neuen Sportliga XIII. 101–131
– Art. 101 Abs. 1 AEUV XIII. 110, 116, 119, 122, 126, 128
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 119, 122, 126
– Art. 102 AEUV XIII. 82, 110, 116, 119, 122, 126, 128
– Art. 165 AEUV XIII. 109, 122, 126, 128
– Art. 49 UEFA-Statuten XIII. 123
– Ausgangsproblematik XIII. 82, 101–107
– Differenzierung offene/geschlossene Sportliga XIII. 101, 113–128
– essential facilities-Doktrin XIII. 82, 110, 116, 119, 122, 126, 128
– europäisches Sportmodell XIII. 104
– europäische Super League im Fußball XIII. 101–103, 105–107
– Genehmigungsvorbehalt, Kartellrechtskonformität XIII. 110
– geschlossene Sportliga XIII. 114–123
– Konzernprivileg XIII. 116
– Marktbeherrschung XIII. 110, 112, 119, 122, 126, 128
– *Meca-Medina*-Test XIII. 119, 122, 126, 128
– Offenheit einer Sportliga für neue Mitglieder (Relegationssystem) XIII. 109, 124–128

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Rechtsfragen XIII. 109–112
– single entity XIII. 112, 114–116
– Szenarien, verschiedene XIII. 113–131
– Teilnahmeerlaubnisvorbehalt XIII. 110
– Teilnahmeverbot XIII. 110
– transnationale Sportligen XIII. 107
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 113–131
– Zentralvermarktung XIII. 110, 116, 119, 122, 126, 128
– Zulassungsverfahren, objektiv, transparent und diskriminierungsfrei XIII. 123

ICAS (International Council of Arbitration für Sport)
– Entstehungsgeschichte IV. 161
– Erstellung geschlossener Schiedsrichterliste IV. 170–179
– Finanzierung IV. 154–155
– Good Governance-Diskussion IV. 180–184
– Kompetenzen IV. 168–179, 185, 188, 198
– Zusammensetzung IV. 162–168

Infantino, Gianni VI. 57–60; XIII. 131

Informationsaustausch oder Kooperationen zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportgeschehen Beteiligten XIII. 446–470
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 469
– Ausgangsproblematik XIII. 446
– Beispielsfall XIII. 451
– Besonderheiten des Sports XIII. 468
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 450
– Inhärenz XIII. 468
– Kohärenz XIII. 468
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 450
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 468–469
– Marktinformationssysteme XIII. 460–466
– *Meca-Medina*-Test XIII. 448, 468–469
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB/Art. 101 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV XIII. 447
– Rechtsfragen XIII. 452–469
– relevanter Markt XIII. 466
– Spürbarkeit XIII. 466
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 449
– unternehmerisches Handeln XIII. 465
– Verbandsautonomie XIII. 449
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/Art. 101, 102 AEUV XIII. 470
– Wettbewerb zwischen DFB und DFL XIII. 452–458
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 466–467
– zwischenstaatlicher Handel XIII. 466

Inhalts- und Ausübungskontrolle → Überprüfung (gerichtliche) von Verbandsregelungen und -maßnahmen

Investoren → 50+1-Regel

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

***ISU's Eligibility Rules* (EU-Kommission und EuG)**
– Anknüpfung an Art. 101 AEUV XIII. 15
– Entscheidungsgründe VI. 62–67; XIII. 73, 89–90, 98, 885–893, 934
– Interventionsbemühungen des Sports VI. 68–74
– *Meca-Medina*-Test VI. 65, 67; XI. 7–8
– Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS → ebd.
– Sachverhalt VI. 61; XI. 6; XIII. 73
– Streitbeilegungsregelungen IV. 298
– Verbandsautonomie XI. 7–8
– Verfolgung wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen VI. 244, 246–254
– Verhalten auf angrenzendem Markt VII. 42–44
– Wettbewerbsbeschränkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten VI. 67

Joint Venture → Gemeinschaftsunternehmen

Kartellrecht, europäisches und deutsches
– Anwendung von Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV? XIII. 13–17
– Angstgegner der Sportverbände III. 61; IV. 92, 250; V. 50; VI. 35, 358; IX. 10; X. 10, 37; XI. 18; XIII. 8, 12, 728
– Anwendung auf den Sport VI. 1–14, 41
– Besonderheiten des Sports, Berücksichtigungsfähigkeit III. 25; VI. 13–14, 150, 154, 158–159; VII. 69
– Gemeinschaftsunternehmen IX. 19
– Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV → Art. 101 AEUV, allgemein
– Konvergenz von Grundfreiheiten und Art. 101 und 102 AEUV VI. 160–163
– Konzernprivileg IX. 4, 25
– Leitlinien zum Sportkartellrecht VI. 88–89; VII. 51
– Regelungen rein sportlichen Charakters VI. 75–89
– Sportausübung als Teil des Wirtschaftslebens VI. 87
– Sportkartellrecht, allgemein III. 61–63; VI. 1–15, 40, 45, 48, 64, 96, 140, 157, 361, 379; VII. 50; XI. 28, 33; XIII. 2, 8, 482, 668, 911; XIV. 15
– Spürbarkeitserfordernis XII. 11
– Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV → Art. 102 AEUV, allgemein
– Wettbewerbsbeschränkung, bezweckte oder bewirkte XII. 11; XIII. 669–674
– wettbewerbsfremde Aspekte VI. 146–159, 180

Kartellrecht, U.S.-amerikanisches
– *American Needle, Inc. v. NFL Properties* IX. 12–19, 21–24
– Anwendung auf den Sport VI. 1; IX. 3–24, 26
– competitive balance IX. 23–24

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– single entity doctrine IX. 4–19, 26–27
– joint ventures IX. 10, 17–19, 25–26
– rule of reason IX. 20–24
– Sports Broadcasting Act XIII. 794–798, 823, 841
– XFL als single entity IX. 29–30

Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV → Art. 101 AEUV, allgemein

Kistner, Thomas I. 3; XIV. 46–51

Konkurrenzveranstaltungen → Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen

Konzernprivileg IX. 4, 25, 28; XIII. 116

Legalitätspflicht, vereins-/verbandsrechtliche III. 47, 60–61, 63; X. 37, 42

legitime Zielsetzung(en) (***Meca-Medina*-Test**)
– Art. 165 AEUV VI. 181, 208
– Aufrechterhaltung des Ligaspielbetriebs VI. 189–192
– Besonderheiten des Sports VI. 177–183, 186–195, 237
– Bestimmtheit der Zielsetzung(en) VI. 254, 257, 260–262
– competitive balance → ebd.
– Darlegungs- und Beweislast VI. 179, 255, 267
– Ermessensspielraum der Sportverbände VI. 200, 204, 261, 263, 266
– EU-Kommission VI. 184, 196–212
– Festlegung des Schutzniveaus VI. 259–265
– Funktionsnotwendigkeit und Wettbewerbseröffnung VI. 180
– Gesamtzusammenhang VI. 46, 49, 263
– keine legitime(n) Zielsetzung(en) VI. 255–258
– kohärente und stringente Zielverfolgung VI. 179, 183, 254, 269–284
– Risikobewertung VI. 266–268
– Schutz der Integrität von Sportwettkämpfen bezüglich Sportwetten XIII. 93
– Schutz vor Terminkollisionen XIII. 96
– „the encouragement of training of young athletes“ VI. 208–209
– „the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (‚the rules of the game‘)“ VI. 212
– „the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes“ I. 6; VI. 196–199
– „the ensuring of financial stability of sport clubs/teams“ VI. 210–211, 333
– „the ensuring of uncertainty of results“ VI. 200–202
– „the protection of the athletes' health“ VI. 203–205
– „the protection of the safety of spectators“ VI. 206–207
– ungeschriebene legitime Zielsetzungen VI. 190–192
– Verbandsautonomie VI. 182, 263
– weitere denkbare legitime Zielsetzungen VI. 203, 237–242
– wirtschaftliche (Eigen-)Interessen VI. 243–254, 333

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter IV. 119–136

Lex sportiva II. 16–22, 32, 45, 270, 320, 350; V. 20; VI. 55, 326, 328; VIII. 11; X. 39

Ligaspielbetrieb der DFL XIII. 214–247
– competitive balance XIII. 225–229, 242, 258
– Eigenkapital XIII. 239–240, 265
– Erlösquellen der Ligamitglieder XIII. 216
– Fremdkapital XIII. 239–240, 265
– Interessen der Liga XIII. 242–243, 247
– Interessen der Ligamitglieder XIII. 242, 244–247
– Nachhaltigkeit XIII. 237, 263
– Produkt Ligasport XIII. 215
– „Rattenrennen" zwischen Ligamitgliedern XIII. 230–235, 260
– Regulierung, nationale/internationale XIII. 248–251, 267
– Relegationssystem XIII. 230
– Rücklagenbildung XIII. 238, 264
– sportlicher Erfolg XIII. 228, 235–237, 259, 262
– Überinvestitionen XIII. 235–236, 261
– (Um-)Verteilung der Erlöse VI. 193–195, 230, 232; XIII. 217–224, 258, 818, 841

Ligasport
– assoziative Konkurrenz VI. 187

Lizenzierungsverfahren im deutschen Fußball XIII. 203–267
– Art. 165 AEUV XIII. 204
– Ausgangsproblematik XIII. 203–211
– competitive balance XIII. 207, 255, 258
– COVID-19-Pandemie XIII. 206, 208, 213
– DFL-Lizenzierungsordnung XIII. 205–210
– Ermessensspielraum der DFL XIII. 204, 212
– EU-Kommission XIII. 203–204
– Kohärenz XIII. 213
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 212
– Lizenzierungsvoraussetzungen aus sportökonomischer Perspektive XIII. 213–267
– *Meca-Medina*-Test XIII. 211, 212, 256
– Offenheit von Sportwettkämpfen XIII. 203–204, 254
– rechtlicher Prüfungsmaßstab XIII. 211–212
– Rechtsfragen XIII. 212
– Reform, Gestaltungsoptionen XIII. 252–267
– sportökonomische Perspektive → Ligaspielbetrieb der DFL
– Verbandsautonomie XIII. 212
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 212

Lizenzvertrag
– dynamische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52–65
– Rechtslage in der Schweiz bezüglich dynamischer Verweisungen IV. 63–65
– statische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52, 60
– Unterwerfung unter Verbandsstatuten IV. 6, 46–65

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Major Leagues, nordamerikanische
– allgemein II. 10; VI. 209; XIII. 103
– collective bargaining agreements XIII. 382
– competitive balance II. 10; VI. 227, 233; XIII. 225–227, 369, 370–372, 408, 524
– „Rattenrennen" zwischen Ligamitgliedern XIII. 233
– salary caps XIII. 357, 365, 374, 382, 404

Major League Baseball (MLB) VI. 15

Major League Soccer (MLS) IX. 5–7
– Unterschiede zur DFL IX. 7

Markt, relevanter
– Absatzmarkt IV. 80–81; VI. 91; VII. 1
– Bedarfsmarktkonzept VI. 90; VII. 2
– Bedeutung, praktische VI. 90
– Beschaffungsmarkt VI. 91; VII. 1
– Drittmarkt/benachbarter Markt IV. 80–81; VII. 12–15, 28
– Markt für die Beteiligung an Sportclubs VI. 91; VII. 1
– Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen III. 50; IV. 77–81; VI. 91–92; VII. 2, 8–11
– Markt für die Organisation und Vermarktung einer Sportveranstaltung IV. 81; VI. 91–93, 113
– Markt für die Zulassung zu Sportveranstaltungen III. 50; VI. 91; VII. 2, 8–11
– räumlich relevanter Markt VI. 94; VII. 2
– sachlich relevanter Markt VI. 91–93; VII. 2
– Sportveranstaltung als Plattform im Sinne der Kartellrechtsökonomik → ebd.
– Sportveranstaltungsmarkt VI. 91; VII. 1
– zeitlich relevanter Markt VI. 95

***Meca-Medina und Majcen* (EuG)** VI. 27–38, 160

***Meca-Medina und Majcen* (EuGH)**
– Bedeutung VI. 25–26
– Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte VI. 144, 180
– Besonderheiten des Sports VI. 44, 52, 144, 152, 161, 177–183
– Drei-Stufen-Test → *Meca-Medina*-Test
– Einzelfallentscheidungen VI. 88–89, 373; XIII. 6–7
– Erwägungsgründe VI. 40–53, 263, 267, 296, 311, 362
– Konvergenzthese VI. 160
– Kritik VI. 57–60, 145
– Leitlinien zum Sportkartellrecht VI. 88–89
– *Meca-Medina*-Test → ebd.
– Nachwirkungen VI. 57–60
– Rechtsfragen, offene VI. 56
– Regelungen rein sportlichen Charakters VI. 29–30, 37–38, 42–45, 54
– Sachverhalt VI. 27–28
– Schlussanträge VI. 39
– Würdigung VI. 54–55

***Meca-Medina*-Test**
– 1. Stufe VI. 176–284
– 2. Stufe VI. 285–287
– 3. Stufe VI. 288–315
– Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) VI. 310–313

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Anwendbarkeit bei der kartellrechtlichen Prüfung von Praxisbeispielen XIII. 24–31
– Anwendung im Verfahren *Meca-Medina und Majcen* VI. 49–53
– Anwendungsbereich VI. 172–174, 362–363; VII. 67–71; XIII. 18–19
– Art. 102 AEUV VII. 67–71
– Besonderheiten des Sports, Berücksichtigungsfähigkeit VI. 52, 75–89, 174, 179, 276, 309, 322, 329, 355–356, 362; XIII. 22
– Darlegungs- und Beweislast VI. 168–169, 179, 297–301, 334–336, 378, 383; XIII. 26, 31
– Einschätzungsprärogative der Sportverbände VI. 313, 317–324; XI. 32; XIII. 25, 684
– Einzelfallentscheidungen VI. 373
– Entstehungsgeschichte VI. 139–159
– Erforderlichkeit VI. 295–309
– Ermessensspielraum der Sportverbände VI. 291, 294, 297, 313, 317–324; XIII. 25
– Ermessensspielraum der Sportverbände, Reichweite VI. 325–333; XIII. 23
– Erwägungsgründe des EuGH VI. 46–48
– Folgenabschätzung VI. 314–315
– Geeignetheit VI. 289–294
– Gesamtzusammenhang VI. 46, 49, 263, 279
– Inhärenz (notwendiger Zusammenhang mit der Verfolgung der legitimen Ziele) VI. 285–287
– Kohärenz (= kohärente und stringente Zielverfolgung) VI. 179, 195, 269–284, 288, 309–310
– legitime Zielsetzung(en) → ebd.
– Maßstab, objektiver VI. 294, 313, 321, 329
– Maßstab, subjektiver VI. 322
– praktische Hinweise VI. 175–176, 255, 265, 281–282, 287, 334–336, 356–361, 374–385; XIII. 4, 8–12, 13; XIV. 53–54
– Prüfungsreihenfolge VI. 176, 255, 264–265, 279–282, 287, 362–363; XIII. 27–31
– Rechtsnatur VI. 167–170
– Rechts(un)sicherheit VI. 347–354, 358
– Schrifttum VI. 164–166
– symbiotischer Charakter VI. 355
– Terminologie VI. 171
– Überprüfung, gerichtliche VI. 294, 296, 309, 313, 321, 324, 329, 331, 333; XIII. 25
– Unmöglichkeit der Anfertigung einer Weißen Liste, Schwarzen Liste und Grauen Liste VI. 373; XIII. 6–7
– Verbandsautonomie VI. 182, 276, 291 308–309, 313, 320–322, 330, 333, 356; X. 3–5; XIII. 22
– Verhältnis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV VI. 362–372
– Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) VI. 310–313
– Verhältnismäßigkeitsprüfung, vorgezogene und verkürzte VI. 278–279, 281, 284, 288, 309–310; IX. 22
– *Wouters* (EuGH) → ebd.
– Würdigung VI. 337–361
– zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses VI. 178–179, 274; XIII. 422–423

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs (Multi-Ownership) XIII. 311–326
– Art. 165 AEUV XIII. 320
– Ausgangsproblematik XIII. 311–313
– Ermessensspielraum von DFL/DFB XIII. 317
– EU-Kommission (*ENIC/UEFA*) VI. 15–24; XI. 2–5; XIII. 313
– Inhärenz XIII. 323
– Kohärenz XIII. 321–322
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 317
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 320
– *Meca-Medina*-Test XIII. 315, 319–324
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 314
– Rechtsfragen XIII. 318–324
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 316, 320
– Verbandsautonomie VI. 174; XIII. 316, 320
– Verhältnismäßigkeit XIII. 323–324
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 325–326
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 315, 319

Mitglied, unmittelbares/mittelbares → Sportverband/-verein

monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen XIII. 62–72
– Ausgangsproblematik XIII. 62–64
– Ausnahmen IV. 74
– Ein-Platz-Prinzip/Ein-Verband-Prinzip III. 5, 50; IV. 69–76; VII. 8
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 68
– Inhärenz XIII. 70
– Kohärenz XIII. 69
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 68
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 69
– *Meca-Medina*-Test XIII. 66, 69–71
– Nachteile IV. 75–76
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 65
– Rechtsfragen XIII. 69–71
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 67, 71
– Verbandsautonomie XIII. 67
– Verhältnismäßigkeit XIII. 70
– Vorteile IV. 69–73
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 72

***MOTOE* (EuGH)**
– Entscheidungsgründe VII. 52–53, 62
– Verbandsautonomie X. 3–5

Multi-Ownership → Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs

National Basketball Association (NBA)
– competitive balance XIII. 227
– Spielregeln VI. 212; VII. 10
– Terminkollisionen XIII. 341

National Football League (NFL)
– (Um-)Verteilung der Erlöse XIII. 797

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– unbalanced scheduling VI. 197
– Zentralvermarktung, modifizierte XIII. 841

Nominierungsverfahren für einen Sportwettbewerb XIII. 132–153
– Ausgangsproblematik XIII. 132–133
– Darlegungslast XIII. 151
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 136, 138, 141–142, 144, 152–153
– EuGH (*Deliège*) V. 45–50
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 136, 138, 141, 152
– Marktbeherrschung XIII. 137, 141
– *Meca-Medina*-Test XIII. 133, 135, 141, 148, 150, 153
– Nominierungsanspruch XIII. 137
– Nominierungskriterien, objektive XIII. 143
– Nominierungskriterien, sonstige XIII. 149–150
– Nominierungskriterien, sportliche XIII. 142
– Nominierungskriterien, subjektive XIII. 144–148
– Nominierungsrichtlinien XIII. 139
– Nominierungsverfahren, objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes XIII. 138–139
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB und/oder § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB XIII. 134
– Rechtmäßigkeitskontrolle von Nominierungskriterien XIII. 140–141
– Rechtsfragen XIII. 137–152
– Verbandsautonomie XIII. 136, 138
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 153

Nominierungsvertrag
– dynamische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52–65
– Rechtslage in der Schweiz bezüglich dynamischer Verweisungen IV. 63–65
– statische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52, 60
– Unterwerfung unter Verbandsstatuten IV. 6, 46–65

OlympSchG IV. 2, 106–110

ordre public
– allgemein II. 22; IV. 88, 93, 216, 224, 270, 300–301, 327, 329, 348; X. 39
– Kartellrecht, europäisches IV. 300, 313–314
– Kartellrecht, schweizerisches IV. 300–301, 313–314, 318–319, 325

Pechstein, Claudia → BGH Entscheidungen und EGMR Entscheidungen

Privatautonomie
– Grundlage der Normsetzungsgewalt von Sportverbänden III. 22–24

Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS XIII. 881–913
– Ausgangslage XIII. 881

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Beurteilung durch BKartA im Verfahren *Rule 40 Bye-Law 3 OC* XIII. 898–907
– Beurteilung durch EU-Kommission und EuG im Verfahren *ISU's Eligibility Rules* XIII. 882–897
– Schadensersatzansprüche XIII. 892–896
– Würdigung XIII. 908–912

***Regel 40 Olympische Charta* (BKartA)**
– Art. 102 AEUV XIII. 16, 680
– Drittmarktbehinderung VII. 48–49
– Inhärenz XIII. 691
– Kohärenz XIII. 684
– kollektive Marktbeherrschung IV. 309; VII. 30–36; XIII. 677
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 684
– relevanter Markt IV. 81; XIII. 666
– Sportler als Unternehmen XIII. 656
– Verfahren XI. 19, 28–31; XIII. 16, 659
– Verhältnismäßigkeit XIII. 691

Regelanerkennungsvertrag
– dynamische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52–65
– Rechtslage in der Schweiz bezüglich dynamischer Verweisungen IV. 63–65
– statische Verweisungen auf Verbandsstatuten IV. 52, 60
– Unterwerfung unter Verbandsstatuten IV. 6, 46–65

***Reiterliche Vereinigung* → BGH Entscheidungen**

relevanter Markt → Markt, relevanter

Saisonabbruch → vorzeitige Beendigung einer Spielzeit

salary caps → Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga

Satzung
– AGB-Kontrolle III. 38–43
– Gestaltungsspielraum III. 29
– Grundentscheidungen IV. 9–11, 13–19, 29, 34
– Sanktionsregelungen IV. 9–11, 13–19

Satzungsverweisung, dynamische
– Meinungsstand IV. 20–26
– praktische Hinweise IV. 27–35
– Rechtslage in der Schweiz IV. 36–39

Satzungsverweisung, statische IV. 20, 22, 26, 34–35

Schiedsgericht
– Begriff und Bedeutung IV. 145–146
– CAS → ebd.
– Deutsches Sportschiedsgericht → ebd.
– echtes IV. 145–146
– Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen → ebd.
– unechtes IV. 145

Schiedsgerichtsverfahren
– Rechtsschutzdefizite → Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS
– repeat player-Problematik → CAS - repeat player-Problematik

Schiedsrichterliste
– allgemein IV. 146
– CAS → CAS - Schiedsrichterliste

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schiedsspruch
– Aufhebungsverfahren → ebd.
– Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren → ebd.

Schiedsvereinbarung
– CAS → Schiedsvereinbarungen zum CAS
– Einrede der Unwirksamkeit IV. 215–219
– Freiwilligkeit IV. 220–236
– faktischer Zwang IV. 220–236, 354
– Form IV. 203–214
– Unwirksamkeit IV. 203; XIII. 914–944

Schiedsvereinbarungen zum CAS XIII. 914–944
– Art. 101 AEUV XIII. 934–936
– Art. 102 AEUV XIII. 937–939
– Ausgangsproblematik XIII. 914–927
– „Beipackzettel" IV. 352–354
– Beurteilung durch BKartA XIII. 923–924
– Beurteilung durch EU-Kommission XIII. 920–922
– Einrede der Unwirksamkeit → CAS - Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 930, 942–943
– faktischer Zwang → Schiedsvereinbarung - faktischer Zwang
– Form → Schiedsvereinbarung - Form
– Freiwilligkeit → Schiedsvereinbarung - Freiwilligkeit
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 930, 943
– Marktbeherrschung XIII. 937
– *Meca-Medina*-Test XIII. 929, 941–942
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 938–939
– Rechtfertigungsmöglichkeiten XIII. 940–943
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 928
– Rechtsfragen XIII. 931–943
– relevanter Markt XIII. 933
– Schiedsvereinbarungsstatut XIII. 915–919
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten
– unternehmerisches Handeln eines Sportverbandes XIII. 931–932
– Verbandsautonomie XIII. 930
– Vor- und Nachteile IV. 352–354
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 944
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 934–936

SchweizBG (Schweizerisches Bundesgericht)
– Anerkennung von Schiedssprüchen des CAS IV. 43, 316–326
– Kartellrecht und ordre public IV. 300–301, 313, 318–319

Schweizerisches Bundesgericht → SchweizBG

Semenya, Caster → Zugangsbeschränkungen zu einem Wettbewerb, geschlechtsbezogene

Sondergesetze zugunsten Sportverbänden
– § 31 GWB a.F. IV. 2
– allgemein IV. 2,

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Anti-Ambushing-Gesetze IV. 111–118
– OlympSchG → ebd.
– Würdigung, rechtliche IV. 130–136

Sonderrechte zugunsten Sportverbänden
– Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter → ebd.
– Mindestlohngesetz IV. 99

Spielertransfers XIII. 494–529
– Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV XIII. 495
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 501, 527
– Art. 102 AEUV XIII. 528
– Ausgangsproblematik XIII. 494–500
– competitive balance XIII. 501, 511–512, 520–525, 527
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 508
– EU-Kommission XIII. 496–497, 506
– FIFPro XIII. 498–499
– Inhärenz XIII. 519–526
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 508
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 510–518, 526
– *Meca-Medina*-Test XIII. 501, 506, 508–526
– Nachwuchsförderung XIII. 501, 513–518, 526
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB/Art. 101 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV XIII. 505
– Rechtsfragen XIII. 509–526
– Solidarfonds XIII. 522–525
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 507
– Verbandsautonomie XIII. 507
– Verhältnismäßigkeit XIII. 526
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 529
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 495, 505, 509

Spielervermittler → Spielervermittlerreglement

Spielervermittlerreglement XIII. 548–591
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 584–589
– Art. 102 AEUV XIII. 590
– Ausgangsproblematik XIII. 548–552
– competitive balance XIII. 586–588
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 558, 567
– EuG (*Piau*) XIII. 559, 572
– EU-Kommission XIII. 548
– Inhärenz XIII. 582–583
– Kohärenz XIII. 573, 587
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 558, 567
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 551, 570–576
– *Meca-Medina*-Test XIII. 554–556
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 553
– Rechtsfragen XIII. 559–590
– Regelungsbefugnis der Fußballverbände XIII. 559–568
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 557

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Verbandsautonomie XIII. 557, 570
– Vergütungspflicht der Spielervermittler für Vorleistungen der Sportverbände XIII. 577–581
– Verhältnismäßigkeit XIII. 573, 575, 582–583
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 591
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 569

Spielpläne
– Lizenzierbarkeit XIII. 579

Spielregeln I. 4

Sportler
– Beteiligung an Vermarktungserlösen des Verbandes XIII. 693–705
– unternehmerisches Handeln VI. 114, 118

Sportmodell
– europäisches → Europäisches Sportmodell
– U.S.-amerikanisches → U.S.-amerikanisches Sportmodell

Sportrecht I. 11; II. 22; III. 25; IV. 92; V. 24, 41, 46; VI. 1, 26; VIII. 12; XIV. 2–4

Sports Broadcasting Act XIII. 794–798, 823, 841

Sportschiedsgericht → Schiedsgericht

Sportschiedsgerichtsbarkeit
– Absicherung durch AntiDopG IV. 335–347
– Kritik IV. 349
– Überprüfung durch staatliche Gerichte II. 22

Sports Governance I. 4, 11; XIII. 33–944
– 50+1-Regel → ebd.
– Abstellungsgebühren/-bedingungen für Nationalspieler → ebd.
– Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen → ebd.
– Europäisches Sportmodell → ebd.
– Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster → ebd.
– Gehaltsobergrenzen innerhalb einer Sportliga → ebd.
– Gründung einer neuen Sportliga → ebd.
– Informationsaustausch oder Kooperationen zwischen Ligamitgliedern/Sportverbänden, zwischen Sportverbänden oder zwischen sonstigen am Sportgeschehen Beteiligten → ebd.
– Lizenzierungsverfahren im deutschen Fußball → ebd.
– Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs (Multi-Ownership) → ebd.
– monopolistische und pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen → ebd.
– Nominierungsverfahren für einen Sportwettbewerb → ebd.
– rechtliche Prüfungsaspekte XIII. 1–31
– Rechtsschutzdefizite bei Sportschiedsgerichtsverfahren am Beispiel des CAS → ebd.
– „richtige" Fragen XIII. 2–5, 10, 13–31
– Schiedsvereinbarungen zum CAS → ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Spielertransfers →ebd.
– Spielervermittlerreglement → ebd.
– Terminkollisionen → ebd.
– Third-Party-Ownerships → ebd.
– UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay → ebd.
– Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern → ebd.
– verschuldensunabhängige Haftung für Zuschauerausschreitungen ohne/mit Regressmodell → ebd.
– vorzeitige Beendigung einer Spielzeit → ebd.
– Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen → ebd.
– Zugangsbeschränkungen zu einem Wettbewerb, geschlechtsbezogene → ebd.

Sportveranstaltung
– Aufmerksamkeitsplattform VI. 99, 113
– Netzwerkeffekte VI. 98–112
– Nicht-Transaktionsplattform VI. 99
– Plattform i.S.d. Kartellrechtsökonomik VI. 96–113
– Werbeplattform VI. 99

Sportverband/-verein
– Absicherung von Schiedssprüchen des CAS durch internationale Sportverbände IV. 326–334
– Aufnahmepflicht/Aufnahmezwang → Überprüfung (gerichtliche) von Verbandsregelungen und -maßnahmen - Sportverbände mit/ohne Aufnahmezwang
– Druckpotential gegenüber nationalen Gesetzgebern IV. 100–104
– Lobbyismus IV. 95–99
– Mitglied, mittelbares I. 4; III. 22, 44, 49, 64; IV. 1, 4, 10, 20, 42, 46, 49, 144, 208
– Mitglied, unmittelbares I. 4; III. 22, 44, 49–51, 54, 56, 64; IV. 1, 4, 10–11, 15, 17–20, 42, 46, 49, 144, 207
– Monopolstellung IV. 77–82
– Normsetzung III. 1–19
– Normsetzungsgewalt, Grundlage III. 20–25
– rechtliche Rahmenbedingungen bei Sitz in der Schweiz IV. 83–89
– Regeldurchsetzung I. 5–7
– Regelsetzung I. 5–8
– Selbstvollstreckung von Schiedssprüchen IV. 326–334
– Sitz internationaler Sportverbände IV. 83–89
– unternehmerisches Handeln VI. 114–139

Sportwettenanbieter XIII. 579, 628

Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen
– 50+1-Regel X. 30–39; XIII. 270, 279–280
– Verschuldensunabhängige Haftung von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen gem. § 9a DFB-RuVO X. 40–42

Steiner, Udo II. 16; III. 23, 33–36; IV. 142–143, 226; VI. 4, 75, 124, 288; X. 29, 38–39; XII. 26–31, 34–37, 43

Streaming, illegales
– Gegenmaßnahmen IV. 140–141

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter IV. 123, 127

strict liability → verschuldensunabhängige Haftung für Zuschauerausschreitungen ohne/mit Regressmodell

Super League/Super Liga im Fußball → Gründung einer neuen Sportliga

SV Wilhelmshaven → BGH Entscheidungen und CAS Schiedssprüche

Taskforce „Zukunft Profifußball" VI. 193; XIII. 208–209, 251, 269

Terminkollisionen XIII. 327–354
– Ausgangsproblematik XIII. 327–342
– Besonderheiten des Sports XIII. 344, 352
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 345
– Inhärenz XIII. 353
– Interessenkonflikte XIII. 332–338
– Kohärenz XIII. 353
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 345
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 352
– Marktbeherrschung XIII. 348
– *Meca-Medina*-Test XIII. 344, 352–353
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 348–351
– Rahmenterminkalender XIII. 339–340
– (Rahmen-)Terminkalender, Nichtbeachtung XIII. 341–342
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 343
– Rechtsfragen XIII. 346–353
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 345
– Verbandsautonomie XIII. 345
– Verhältnismäßigkeit XIII. 353
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV
– Wettbewerb zwischen Monopolisten XIII. 329–331
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 346–347

Third-Party-Ownerships (TPO) XIII. 592–617
– Ausgangsproblematik XIII. 592–597
– CAS (*RFC Seraing/FIFA*) IV. 280–283; XIII. 603, 607, 609, 613, 616
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 601
– EU-Kommission XIII. 604, 616
– Inhärenz XIII. 615
– Kapitalverkehrsfreiheit XIII. 603, 607
– Kohärenz XIII. 611–614
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 601
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 608–610
– *Meca-Medina*-Test XIII. 599
– Meinungsstand XIII. 602–605
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 598
– Rechtsfragen XIII. 602–616
– Umgehungen des TPO-Verbots XIII. 597, 612–613
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 600

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Verbandsautonomie XIII. 600
– Verhältnismäßigkeit XIII. 616
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 617
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 599, XIII. 606–607

Trainerwechsel XIII. 502–504

Transfer → Spielertransfer

Überprüfung (gerichtliche) von Verbandsregelungen und -maßnahmen III. 33–65; XII. 44–51
– AGB-Kontrolle III. 38–43
– Grundfreiheiten III. 60
– Kartellrecht III. 61–63; XII. 44
– Notwendigkeit III. 33–36
– Prüfungsmaßstab und -umfang III. 37–63
– Sportverbände mit/ohne Aufnahmezwang III. 49–59
– Treu und Glauben (§ 242 BGB) III. 44–59
– Verbandsautonomie X. 12–15
– Verhältnis von Verbandsgerichtsbarkeit zu staatlicher Gerichtsbarkeit III. 33–36

UEFA
– europäische Super League XIII. 82, 101–103, 105, 130–131

UEFA-Reglement zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay XIII. 171–202
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 186
– Art. 102 AEUV XIII. 199
– Ausgangsproblematik XIII. 171–176
– Break-even-rule XIII. 172, 192
– CAS (*Galatasaray/UEFA*) IV. 302; XIII. 175
– CAS (*Manchester City FC/UEFA*) XIII. 176, 192
– competitive balance XIII. 190, 193
– Ermessensspielraum des Sportverbandes XIII. 180
– EuGH (*Striani/UEFA*) XIII. 174
– EU-Kommission XIII. 171, 200
– Inhärenz XIII. 194
– Kohärenz XIII. 191–193
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 180
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 181, 187–190
– *Meca-Medina*-Test XIII. 178, 186–197
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 177
– Rechtsfragen XIII. 181–197
– Reform XIII. 173
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 179
– Verbandsautonomie XIII. 179
– Verhältnismäßigkeit XIII. 195–197
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 186, 198–202
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 181–185

UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport IV. 234–235

Union des Associations Européennes de Football (UEFA) → UEFA

U.S.-amerikanisches Sportmodell VI. 197, 209; XIII. 34–35

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbandsautonomie im Sport
– Absicherung, drei Vorgehensweisen IV. 1–3
– Absicherung durch Abschreckung V. 44
– Absicherung durch Einführung staatlicher Sondergesetze IV. 2, 95–141
– Absicherung durch Ein-Platz-Prinzip IV. 69–76
– Absicherung durch pyramidenförmig-hierarchische Verbandsstruktur IV. 69–92
– Absicherung durch Sanktionen IV. 90–92
– Absicherung durch vertragliche Bindung der Mitglieder IV. 4–65 → Verbandsregelungen - Unterwerfung …
– Absicherung und Begrenzung durch Judikatur X. 1–52
– Absicherung und Begrenzung durch Kartellbehörden XI. 1–31
– Absicherung und Begrenzung durch Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit IV. 142–354 → CAS, Schiedsgericht, Verbandsgericht
– Arbeitnehmerfreizügigkeit V. 29–30
– Argumentationsinstrument, rechtliches IV. 9, 19, 22, 50, 222, 227; V. 29–30; VI. 3, 121, 179, 322, 329; X. 26–27, 29, 37; XIII. 9, 609; XIV. 3
– Auswirkungen von Art. 165 AEUV VIII. 1–12
– Bedeutung für das Sportkartellrecht XIV. 46–50, 52
– Begrenzung durch Art. 101 AEUV VI. 344
– Begrenzung durch Art. 102 AEUV VI. 344
– Begrenzung durch europäische Grundfreiheiten V. 1–59; VI. 344
– Begriff → Terminus
– CAS X. 9–11
– „conditional autonomy“ III. 66; VI. 313, 327, 329, 343, 356; VIII. 11; X. 7, 27, 45
– „Element der Autonomie“, keine Berücksichtigungsfähigkeit XII. 26–31, 34–37, 43
– Freiheitsparadoxon III. 13; XII. 7
– Grenzen der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten → ebd.
– Grundfreiheiten, europäische V. 29–30
– Inhalts- und Ausübungskontrolle → ebd.
– „Kerngehalt“/„Kernbereich“ III. 28; XII. 20–21, 32–33, 38–41
– Kritik I. 11; XIV. 46–51
– *Meca-Medina*-Test VI. 174, 182
– Mitgliedstaaten der EU III. 27; XII. 40–42; XIII. 22; XIV. 50
– Normsetzung III. 1–19
– Normsetzungsgewalt, Grundlage III. 20–25
– *Pechstein* (BGH) X. 20–24
– Privatautonomie III. 22–24
– rechtliche Grenzen, allgemein I. 1
– Reichweite, allgemein I. 4; III. 26–32; XIV. 3, 5
– Sonderstellung des Sports I. 9–10; II. 23–28, 33

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Spannungsverhältnis zu staatlichem und supranationalem Recht II. 23–33
– Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen X. 31, 36–37,
– *SV Wilhelmshaven* (BGH) X. 25–28
– Terminus I. 2
– verbandsunabhängige Dritte → Grenzen der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten
– Verhältnis zu den Besonderheiten des Sports XII. 38–43

Verbandsautonomie, Grenzen im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten → Grenzen der Verbandsautonomie im Verhältnis zu verbandsunabhängigen Dritten

Verbandsgericht
– Begriff und Bedeutung IV. 144–146
– Kritik IV. 349
– Überprüfung durch staatliche Gerichte II. 22; IV. 144
– Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit III. 33–36

Verbandsregelungen
– gerichtliche Überprüfung III. 31–66
– modifizierte Normentheorie IV. 5
– Normentheorie IV. 5
– Sanktionen bei Verstößen IV. 90–92
– Unterwerfung der Mitglieder unter Vereins-/Verbandssatzung IV. 8–45
– Unterwerfung durch Sportausübung IV. 48–51, 212
– vertragliche Bindung der Mitglieder IV. 1, 4–68
– Vertragstheorie IV. 5

Verbandssatzung → Satzung

Verbandsstatuten → Verbandsregelungen

Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV → Art. 102 AEUV

Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern XIII. 655–708
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XIII. 692
– Ausgangsproblematik XIII. 655–660
– Beteiligung der Sportler/Athleten an Vermarktungserlösen des Verbandes XIII. 693–705
– *Regel 40 Olympische Charta* (Werbebeschränkungen für Olympiateilnehmer) → *Regel 40 Olympische Charta* (BKartA)
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 664
– Inhärenz XIII. 689–691
– Kohärenz XIII. 683–684
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 664
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 681–685, 689
– marktbeherrschende Stellung des Sportverbandes XIII. 676–678
– *Meca-Medina*-Test XIII. 662, 681–691
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 679–680
– Musterarbeitsvertrag der DFL → DFL – Musterarbeitsvertrag/Muster-Lizenzspielervertrag

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Rechtfertigungsmöglichkeiten XIII. 692
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 661
– Rechtsfragen XIII. 665–705
– *Regel 40 Olympische Charta* (Werbebeschränkungen für Olympiateilnehmer) → *Regel 40 Olympische Charta* (BKartA)
– relevanter Markt XIII. 665–668
– Spürbarkeit XIII. 675
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 663
– Verbandsautonomie XIII. 663
– Verhältnismäßigkeit XIII. 689, 690–691
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 706–708
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 669–674

Vereinssatzung → Satzung

Vermarktungsbeschränkungen
– Exklusivverträge für Sponsoren und Ausrüster → ebd.
– Verbot oder Beschränkung der Eigenvermarktung von Sportlern → ebd.
– Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen → ebd.

verschuldensunabhängige Haftung für Zuschauerausschreitungen ohne/mit Regressmodell XIII. 428–445
– „9-Punkte-Papier“ XIII. 431–432
– § 9a DFB-RuVO XIII. 429–430
– Ausgangsproblematik XIII. 428–434
– Einschätzungsprärogative des DFB X. 40–42; XIII. 439
– Ermessensspielraum des DFB XIII. 438–439
– Inhärenz XIII. 441–442
– Kohärenz XIII. 440
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 438–439
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 428–432, 440
– *Meca-Medina*-Test XIII. 436, 439–443
– Meinungsstand XIII. 433–434
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB/Art. 101 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV XIII. 435
– rechtlicher Prüfungsmaßstab XIII. 439
– Rechtsfragen XIII. 439–443
– Regress des Fußballclubs beim störenden Zuschauer XIII. 430–432, 434–435, 441–443
– Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen X. 40–42
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 437
– Verbandsautonomie X. 40–41; XII. 29; XIII. 437
– Verhältnismäßigkeit XIII. 442–443
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit §§ 1, 19 GWB/Art. 101, 102 AEUV XIII. 444–445
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 435, 439

Vorgehensweise I. 12

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorzeitige Beendigung einer Spielzeit XIII. 471–493
– Ausgangsproblematik VI. 189; XIII. 471
– Darlegungs- und Beweislast XIII. 491
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 474, 484, 489
– Inhaltskontrolle (§ 242 BGB) oder Billigkeitskontrolle (§ 315 BGB) XIII. 475–481, 492
– Inhärenz XIII. 490
– Kohärenz XIII. 486
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 474
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 485
– *Meca-Medina*-Test XIII. 473–474, 485–492
– Prüfungsmaßstab, kartellrechtlicher XIII. 482–484
– rechtlicher Maßstab – § 1 GWB/Art. 101 AEUV und/oder § 19 GWB/Art. 102 AEUV XIII. 472
– Rechtsfragen XIII. 475–492
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 474
– Verbandsautonomie XIII. 474
– Verhältnismäßigkeit XIII. 490
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 493
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 472–473

Weatherill, Stephen II. 8, 20; III. 66; IV. 102, 266, 320, 350; V. 44; VI. 35, 313, 326–328, 341–343, 345–346; VIII. 11; XI. 2; XIII. 113, 181, 188, 193, 196, 199, 333, 336, 338, 511–518, 532, 616–617, 718, 724, 728, 766, 783–786, 811–813, 827, 846, 848–849

Weißbuch Sport 2007 II. 2; XI. 9
– Begleitdokument → Commission Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context“
– Besonderheiten des Sports VI. 222
– Verbandsregelungen für Spielervermittler VI. 370
– Zentralvermarktung XIII. 801–802

***Wouters* (EuGH)**
– Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte VI. 143–144
– Erwägungsgründe VI. 139–142, 263, 321
– rechtliche Grundlage für *Meca-Medina*-Test VI. 143–145
– Sachverhalt VI. 139
– Wettbewerbsbeschränkung VI. 139–142
– *Wouters*-Doktrin VI. 140–145, 268

Zentralvermarktung von (Live-)Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen XIII. 709–880
– Art. 101 Abs. 3 AEUV XI. 20; XIII. 731, 733, 771–789, 810–814, 819–854
– Art. 102 AEUV XIII. 731, 765, 870–878

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Ausgangsproblematik XIII. 709–729
– Ausschreibungsmodalitäten/-verfahren XI. 26; XIII. 765, 775–776, 840, 851, 853, 875
– BKartA XIII. 722, 782, 791, 825, 828, 846, 866–869, 876–878, 880
– co-exklusive modifizierte Zentralvermarktung bzw. co-exklusive Zentral- und Individualvermarktung XIII. 760, 762–764, 777, 779, 785, 791–798, 809, 814, 823, 849, 851, 859
– Commission Staff Working Document „The EU and Sport: Background and Context" XIII. 727, 738, 748, 751, 758, 766, 772–782, 799–800, 803–804, 808, 819, 845, 855–857, 870–872, 879
– competitive balance XIII. 728, 799–800, 804–805, 815–818
– Deregulierung im Medienbereich XIII. 716–722
– Effizienzvorteile/-nachteile, allgemein XIII. 715, 733, 773, 777, 779–780, 783–789, 819–826
– Effizienzvorteile/-nachteile einer Bündelung von Medienrechten auf Rechtemarkt und Übertragungsmarkt beim derzeitigen Zentralvermarktungsmodell XIII. 830–836
– Effizienzvorteile/-nachteile einer Bündelung von Medienrechten auf Rechtemarkt und Übertragungsmarkt beim modifizierten Zentralvermarktungsmodell XIII. 837–843
– Effizienzvorteile/-nachteile einer exklusiven Veräußerung von Medienrechten auf Rechtemarkt und Übertragungsmarkt beim derzeitigen Zentralvermarktungsmodell XIII. 850–852
– Effizienzvorteile/-nachteile einer exklusiven Veräußerung von Medienrechten auf Rechtemarkt und Übertragungsmarkt beim modifizierten Zentralvermarktungsmodell XIII. 853–854
– Effizienzvorteile/-nachteile, Prüfungsmaßstab für XIII. 823
– Effizienzvorteile/-nachteile, Prüfungsumfang XIII. 824–826
– Einzelfallentscheidung XIII. 781
– empirische Erkenntnisse, vorhandene und fehlende XIII. 729, 737, 747, 763, 823, 836, 863, 865, 877
– Entwicklung des Fußballligasports XIII. 723–726
– Erlösmaximierung der Rechteinhaber XI. 26; XIII. 709, 714, 728, 762, 767, 775, 785, 788, 790, 822, 825, 850
– Ermessensspielraum der Sportverbände XIII. 733
– EU-Kommission XIII. 727, 801–802
– EU-Kommission (*UEFA*) XIII. 722, 734–735, 748, 782, 799–800, 815, 827
– Exklusivität(sklauseln) XI. 24–25; XIII. 711–713, 719, 758, 760–763, 766, 774, 780, 783–785, 844–854
– Freistellungsentscheidung der EU-Kommission XI. 21–22, 27
– Geoblocking XIII. 768–769

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Individualvermarktung XIII. 763, 777, 792, 808–809, 823
– Inhaber der Übertragungsrechte XIII. 734–735
– Kontrolldichte, gerichtliche XIII. 733
– Leitlinien zur Vermarktung von Medienrechten XI. 26; XIII. 781, 869
– Marktbeherrschung XIII. 730, 765, 871–877
– *Meca-Medina*-Test XI. 20; XIII. 731, 815
– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung XIII. 765
– modifiziertes Zentralvermarktungsmodell XIII. 829, 837–843, 849
– Monopolkommission XI. 23, 26; XIII. 727, 765, 823, 850, 864–865, 867, 869, 874–875
– No-Single-Buyer-Rule XI. 24; XIII. 760, 780
– Preisbündelung XIII. 836
– Premier League Football XIII. 723–725, 852
– Rechtemarkt (upstream market) XIII. 713, 729, 738–741, 748, 778, 780, 785, 788–789, 813, 826, 863, 877
– Rechtepakete XIII. 710–713, 719, 732, 759–760, 763, 765, 774, 778, 787, 822, 834, 850, 873
– rechtliche Entwicklung XIII. 727–728
– rechtlicher Maßstab – Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV XIII. 730
– Rechtsfragen XIII. 734–878
– relevante Märkte XIII. 736–748
– Sehgewohnheiten der TV-Zuschauer XI. 25; XIII. 720–721, 744, 822, 828–829
– Solidarfonds XIII. 522–525
– Solidarität, finanzielle XIII. 799–814
– sportökonomische Besonderheiten XIII. 855
– Sports Broadcasting Act XIII. 794–798, 823, 841
– technischer Fortschritt im Medienbereich XIII. 717–719
– Übertragungsmarkt (downstream transmission market) XIII. 713, 729, 738–739, 742–748, 774, 778, 780, 786–789, 813, 826, 863, 877
– (un)mittelbar beschränkende Wirkung gegenüber verbandsunabhängigen Dritten XIII. 732, 813
– Verbandsautonomie XI. 26; XIII. 728, 732, 805, 879
– Verbraucherbeteiligung, angemessene XIII. 787–788
– Verpflichtungszusagen XI. 19–22, 26; XIII. 727, 731, 750, 796, 825, 848, 867–869, 880
– Vorbehalts-/Reservationspreis XIII. 765, 775
– Wahrscheinlichkeit einer Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV XIII. 879–880
– Wettbewerbsbelebung/-intensivierung XI. 24, 26; XIII. 729, 760, 777, 780, 855–869, 880
– Wettbewerbsbeschränkung, allgemein XIII. 710–713, 715, 749–770
– Wettbewerbsbeschränkung, horizontal XIII. 749–757, 766–770

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Wettbewerbsbeschränkung, vertikal XIII. 758–765
– wirtschaftliche Ziele XIII. 709–715
– Zuschauerpräferenzen XI. 25; XIII. 720–721, 744, 822, 828–829

Zugangsbeschränkungen zu einem Wettbewerb, geschlechtsbezogene XIII. 154–170
– Angemessenheit XIII. 168
– Ausgangsproblematik VI. 198; XIII. 154
– Beweislage XIII. 165–170
– CAS (*Semenya/IAAF*) XIII. 157–159, 162–170
– Erforderlichkeit XIII. 168
– Geeignetheit XIII. 164
– Inhärenz XIII. 164
– Kohärenz XIII. 164, 168
– legitime Zielsetzung(en) XIII. 163, 168
– *Meca-Medina*-Test XIII. 161–170
– Verfahrensablauf im Fall Caster Semenya XIII. 155–161
– Verhältnismäßigkeit(sprüfung) XIII. 161–170
– Wettbewerbsbeschränkung XIII. 161

Zulassungsbeschränkungen
– Erlaubnisvorbehalte bezüglich Durchführung von und Teilnahme an Konkurrenzveranstaltungen → ebd.

Zusammenfassung der Ergebnisse XIV. 6–45

https://doi.org/10.5771/9783748933296 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -