

Der kartellrechtliche Prüfungsmaßstab im Sport

Von Rechtsanwältin Dr. habil. Martin Stopper, München*

Der Sport sucht noch immer eine verlässliche Orientierung bei der Anwendung des Kartellrechts auf seinen besonderen Wirtschaftszweig. Der Beitrag soll dabei helfen einen Prüfungsmaßstab zu entwickeln, der den „3-Stufen-Test“ nach Meca-Medina, den Begriff der „sportlichen Regel“ und die Besonderheit des „wirtschaftlichen Interesses“ in einen plausiblen Kontext stellt und der Einheitlichkeit der Rechtsfindung dient.

I. Einleitung

Die Anwendung des Kartellrechts im Sport ist ein Dauerbrenner und ist so unvorhersehbar wie je zuvor. Unvorhersehbar bleiben die richtige Anwendung der Gesetze und – was der Natur des Rechtsgebiets schon näherkommt – die korrekte Subsumtion unter die richtig angewendeten Gesetze. Ganz aktuell wurden zwei Themen aus dem sportkartellrechtlichen Kosmos öffentlich diskutiert: Die Monopolkommission hat die Entscheidung des Bundeskartellamts, dass die DFL ihre Medienrechte für die Live-Spiele der Bundesliga im Bezahlfernsehen nur an mehrere Medienanbieter vergeben darf, heftig kritisiert und erklärt, dass die No-Single-Buyer-Rule, die das Bundeskartellamt seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, die (End-)Verbraucher-Interessen nicht ausreichend berücksichtigt habe, da diese sich nun an mehrere Pay-TV-Anbieter wenden müssen, um alle Spiele empfangen zu können.¹ Die Komplexität dieser Interessenabwägung ist tatsächlich beispielhaft dafür, dass die „rechtmäßige“ zentrale Vermarktung der Bundesliga-Rechte für jede Rechteperiode in wesentlichen Teilen unberechenbar bleibt.

Außerdem hat der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages zwei Ausarbeitungen vorgelegt, die sich unter anderem mit der Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im europäischen Profifußball mit dem Unionsrecht auseinandersetzen.² Wie in mehreren anderen Sachverhalten und Urteilen wurde als sportkartellrechtlicher Prüfungsmaßstab die Verhältnismäßigkeitsprüfung aus dem EuGH-Urteil *Meca-Medina*³ für die Subsumtion eines sportbezogenen Sachverhalts unter die europäischen Grundfreiheiten, hier insbesondere die Wettbewerbsfreiheit, herangezogen.

Um diesen kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab soll es in dieser Abhandlung gehen. Es ist von besonderer praktischer Relevanz für die Organisation und Durchführung von Sportwettbewerben durch marktmächtige Verbände und vergleichbare Institutionen im Sport, die originär fremde Rechte auf sich vereinigen, gestalten und auch wirtschaftlich verwerten

wollen. Wenn etwa im Fußball darüber verhandelt werden soll neue Grenzen für Gehälter, Transfersummen oder Spielerberaterhonorare zu bestimmen, müssen bei Rechtsanwendung verlässlich die richtigen Prüfungsmaßstäbe für gerechtfertigte Beschränkungen der Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs- und letztlich der Wettbewerbsfreiheit bekannt sein. Nachfolgend wird der Versuch unternommen, den richtigen kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab im Sport festzulegen und die richtigen Parameter für die Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs, insbesondere des Merkmals der „sportlichen Regel“, zu bestimmen.

II. Prüfungsmaßstab

Es geht um den richtigen Prüfungsmaßstab bei der Anwendung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV. Vereinfacht formuliert legt Art. 101 Abs. 1 AEUV fest, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten sind. Jedoch sind nicht alle wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten. Vor allem können sie unter sehr spezifischen Bedingungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV für nicht anwendbar erklärt werden. Ob diese Ausnahme vorliegt, kann überprüft werden, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV tatbestandlich vorliegt. Wann dieser Tatbestand im Bereich des Sports vorliegt, darüber haben sich Rechtsprechung und Literatur schon viele Gedanken gemacht.⁴ Und da es im Sport keine kartellrechtliche Bereichsausnahme gibt, von deren Schaffung der Europäische Rat im Sinne des Art. 103 AEUV bis heute keinen Gebrauch gemacht hat, sind die Leitentscheidungen des EuGH⁵ das Maß, das über die kartellrechtliche Ausnahme von Wettbewerbsbeschränkungen bestimmen soll.

Insbesondere der 3-Stufen-Test, der aus der EuGH-Entscheidung *„Meca-Medina“* hervorgeht und der die Prüfungsschritte für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung enthält, wird in der deutschen Rechtspre-

* Verf. ist Partner der auf Sportrecht spezialisierten Kanzlei Lentze Stopper mit Sitz in München.

1 Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis XXIII. Hauptgutachten gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 GWB vom 29. Juli 2020.

2 Ausarbeitung PE 6 – 3000 -060/20 vom 24. Juli 2020.

3 EuGH NJW 2007, 2097 (Ls.) – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

4 *Heermann*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport, WRP 9/2015, 1047; 10/2015, 1172; dazu auch *Lorenz*, Rückzug des Kartellrechts aus dem Sport? Der Fall Hustenzeichen bei Bridge-Turnier, SpuRt 2018, 103; *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport, 2001; *Kuczera*, Die Vermarktung von Übertragungsrechten nach deutschem Recht und europäischem Kartellrecht, 2004; *Blask*, Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, 2005; *Körber*, Großereignisse und Übertragungsrechte – Sportberichterstattung im Vergleich mit Großbritannien und Spanien, 2007; *Bagger*, Die kartellrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Bundesligaübertragungsrechten, 2010; *Ballasch*, Die Verpflichtungszusage des Ligaverbandes gegenüber der EU-Kommission. Die Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte im Lichte des europäischen Kartellrechts, unter besonderer Betrachtung der Inhaberschaft an den Übertragungsrechten, 2010; *Esposito*, Private Sportordnung und EU Kartellrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der 50+1 Regel und der Break-even Rule im Profi-Fußball, 2015; *Stopper*, Ligasport und Kartellrecht: Die Bündelung von Fernsehübertragungsrechten durch den deutschen Fußball-Bund im Konflikt mit deutschem und europäischem Kartellrecht unter besonderer Heranziehung des amerikanischen Antitrust-Rechts, 1996, Berlin; zur Rechtsprechungspraxis näher unten unter 3. a) b).

5 EuGH NJW 1975, 1093 – *Walrave und Koch*; NJW 1996, 505 – *Bosman*; NJW 2002, 877 – *Wouters*; NJW 2007, 2097 (Ls.) – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

chung regelmäßig und zuverlässig vollzogen⁶, auch wenn bisher noch keine Entscheidung erkennbar ist, in der ein Gericht nach Durchführung des 3-Stufen-Tests und der Feststellung, dass die sportbezogenen Maßnahmen unverhältnismäßig sind, die Rechtsprüfung fortgesetzt und sich dann damit auseinandergesetzt hat, ob denn die unverhältnismäßige sportbezogene Maßnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig sei.

Es gibt Abweichungen in der Rechtsprechung⁷, nach welchem Prüfungsmaßstab man zu dem Punkt der Rechtsprüfung gelangt, der den Anwendungsbereich der tatbestandsimmanenten Rechtsprüfung über den 3-Stufen-Test überhaupt erst eröffnet. In dem Zusammenhang hat insbesondere die Entscheidung der Kommission in der Causa ISU⁸ für Verwirrung gesorgt und falsche Schlüsse hervorgebracht (mehr dazu unten bei 4. d) im Folgenden).

1. Sport als Teil des Wirtschaftslebens

In der Entscheidung *Walrave und Koch* wurde im Jahr 1974 festgestellt, dass der Sport dem Gemeinschaftsrecht unterfällt, wenn er Teil des Wirtschaftslebens ist: „Angesichts der Ziele der Gemeinschaft unterfallen sportliche Betätigungen nur insoweit unter das Gemeinschaftsrecht, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Artikel 2 des Vertrages ausmachen.“⁹ Man kann den Sport als Teil des Wirtschaftslebens definieren, wenn er in organisierter Form stattfindet, also immer dann, wenn seine Durchführung über die selbstlose Ausübung des Sports hinausgeht und die Organisation ihrerseits als eine vom Sport abstrahierbare vergütungsfähige Leistung zu erkennen ist. Sport unterfällt also nur als Teil des Wirtschaftslebens unter das Gemeinschaftsrecht, mithin unter die Regeln der Wettbewerbs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs-¹⁰ und Kapitalverkehrsfreiheit.

2. Sportliche Regel als Gegenstand des Gemeinschaftsrechts

Sport ist als Teil des Wirtschaftslebens nicht per se Gegenstand einer Rechtsprüfung, sondern lediglich die Regelungen, die im Zusammenhang mit der Organisation und Durchführung des Sports aufgestellt werden. Die betreffenden Regelungen müssen dabei nicht unmittelbar wirtschaftliche Verhältnisse regulieren. Es genügt eine Regelung, die sich mittelbar wirtschaftlich auswirkt: „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“, sagt der EuGH¹¹. Das bedeutet, dass eine Regelung, die selbst nur die Ausübung des Sports betrifft, wie etwa eine Anti-Doping-Vorschrift, wirtschaftliche Auswirkungen hat und deshalb unter das Gemeinschaftsrecht fällt.

Mit einem direkteren Sachbezug konnte der EuGH in der Rechtssache *Bosman* feststellen, dass sportliche Regeln dem Gemeinschaftsrecht unterfallen. In diesem Urteil bestätigte der EuGH, dass die Praxis, Ablösungen bei Vertragsende von Profifußballern zu verlangen, nach Gemeinschaftsrecht zu prüfen sei. Auch hier wurde die Verhältnismäßigkeit der sportlichen Regel geprüft: „Regelungen oder Praktiken, die aus nicht-wirtschaftlichen Gründen, die mit dem spezifischen Charakter und Rahmen bestimmter Begegnungen zusammenhängen, seien nur gerechtfertigt, wenn die Beschränkung des Geltungsbereichs der fraglichen Bestimmungen nicht weiter geht als ihr Zweck es erfordert.“¹² Zuvor wurde in der Rechtssache *Walrave*¹³ über Nationalitätenregeln bei internationalen Radrennen oder in der Sache *Doná*¹⁴ über Nationalitätenregelungen eines Sportverbandes im professionellen und semi-professionellen Fußballsport geurteilt.

Die Kommission hatte sich in Freistellungsverfahren mit der zentralen Vermarktung der Champions League, der Premier League und der Bundesliga gemeinschaftsrechtlich auseinandergesetzt. Zuletzt hat die Kommission in einer Entscheidung zu Sanktionsregeln der Internationalen Skating Union (ISU) für besondere Aufmerksamkeit gesorgt (s. hier unter 4. d), als dort festgestellt wurde, dass der Verband nur unter strengen Bedingungen seine Sportler sanktionieren kann, wenn diese an Veranstaltungen außerhalb der Verbandsstruktur teilnehmen.

In dieser Lesart haben auch schon verschiedene deutsche Gerichte sportliche Regeln als Teil des Gemeinschaftsrechts, also in der Form, dass die Regel dem Wirtschaftsleben unterfällt, eingeordnet (s. hier unter 3.).

3. Sportliche Regel als Gegenstand des Kartellrechts

Teil des Gemeinschaftsrechts ist das Wettbewerbsrecht, auf dessen Grundlage die tatbestandsimmanente Verhältnismäßigkeitsprüfung des 3-Stufen-Tests in die Verbindung von Sport und Kartellrecht eingeführt worden ist.¹⁵ Der 3-Stufen-Test ist ursprünglich nicht für das Sportkartellrecht geschaffen worden, wie es oft landläufig den Eindruck macht. In seiner bestehenden Form hat der EuGH diese Verhältnismäßigkeitsprüfung in einem Fall über die Rechtmäßigkeit von Zulassungsregeln gemischter Sozietäten von Anwälten und Wirtschaftsprüfern angewendet.¹⁶ Berühmt wurde die tatbestandsimmanente Rechtsprüfung jedoch erst mit der Rechtssache *Meca-Medina*. Jedoch hat der EuGH in der Sache nicht ausgeführt, dass eine tatbestandsimmanente Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade für den Sport etwa zwingend oder angebracht sei.

6 Beispielhaft OLG München GRUR-RR 2017, 355; OLG Frankfurt/Main, 2. 2. 2016 – 11 U 70/15 (Kart) = BeckRs 2016, 3310; siehe hierzu auch *Heermann*, Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports – Rechtfertigen die Besonderheiten des Sports eine Sonderbehandlung?, WuW 2009, 374; 489.

7 Zur Rechtsprechungspraxis näher unten unter 3. a) b).

8 Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules.

9 vgl. EuGH NJW 1975, 1093, 1094 Rn. 4 – *Walrave und Koch*; NJW 1976, 2068 Rn. 12 – *Doná*; NJW 1996, 505, 508 Rn. 73 – *Bosman*; NJW 2000, 2011, 2012 Rn. 41 – *Deliege*; NJW 2000, 2015 (Ls.) Rn. 32 – *Lehtonen und Castors Braine*; NJW 2007, 2097 (Ls.) Rn. 22 – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

10 EuGH NJW 2007, 2097 (Ls.) Rn. 28 – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

11 EuGH NJW 2007, 2097 (Ls.) Rn. 27 – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

12 EuGH NJW 1996, 505, 509 Rn. 76 – *Bosman*.

13 EuGH NJW 1975, 1093 – *Walrave und Koch*.

14 EuGH NJW 1976, 2068 (Ls.) Rn. 12 – *Doná*.

15 EuGH NJW 2007, 2097 (Ls.) – *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

16 EuGH NJW 2002, 877 – *Wouters*.

Eine sportliche Regel war eben nur der spezifische Gegenstand dieses Verfahrens. Hätte der EuGH das getan, hätte er dem 3-Stufen-Test für den Sport womöglich den Charakter einer tatbestandsimmanenten Bereichsausnahme verliehen, was wohl nicht passieren sollte.

Auch fehlte dem EuGH zum Zeitpunkt dieses Urteils der Verweis auf die europäische Dimension des Sports, die erst im Vertrag von Lissabon zum 1. Dezember 2009 in Art. 149 EG-Vertrag (jetzt Art. 165 AEUV) in den EG-Vertrag aufgenommen wurde, der unter anderem besagt:

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.

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.

Auf dieser Grundlage ist auch das Weißbuch Sport¹⁷ entstanden, dass die herausragende Rolle des Sports für die Gesellschaft innerhalb der Union beschreibt und schützen soll.

Dass der 3-Stufen-Test besonders zweckmäßig für sportliche Regeln sei, hat sich erst in vielen Folgeentscheidungen etabliert. Auf Ebene des EuGH wurde der 3-Stufen-Test über das Kartellrecht hinaus im Sport auch Art. 45 AEUV¹⁸ oder im Zusammenhang mit einer Inländerdiskriminierung im Sport¹⁹ angewendet, da es sich bei diesem eben um ein typisches Schema einer Verhältnismäßigkeitsprüfung handelt.

Auch in der Literatur wurde die tatbestandsimmanente Prüfung begrüßt.²⁰ So hat etwa Heermann²¹ insoweit überzeugend dargelegt, dass die Anwendung der Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG (jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV) im Sportsektor nicht passgenau sei:

Allerdings bestehen aus verschiedenen Gründen Zweifel daran, dass einerseits Art. 81 Abs. 3 EG der allein geeignete Ort hierfür ist und dass andererseits Kommission und Rechtsprechung einen solchen Ansatz weiter verfolgen werden: Die Voraussetzungen der Legalausnahme sind nicht passgenau auf den Sportsektor, sondern auf den Wirtschaftsverkehr im Allgemeinen zugeschnitten. Daher fällt es schwer, den ökonomischen Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs bei der Gesetzesanwendung angemessene Rechnung zu tragen. Beispielhaft hierfür genannt sei die Freistellungsentscheidung der Kommission zur Zentralvermarktung der UEFA Champions League. Die Erwägungen in den Entscheidungsgründen zu den Freistellungs Voraussetzungen i. S. des

Art. 81 Abs. 3 sind zumindest teilweise wenig überzeugend, weil der an sich eng auszulegende Wortlaut der Ausnahmenvorschrift entweder überdehnt wird oder man sich inhaltlich hiervon gar löst. Mag das erzielte Ergebnis wettbewerbspolitisch auch vertretbar sein, was hier nicht abschließend beurteilt werden soll, so mindert die beschriebene Vorgehensweise doch die Überzeugungskraft der rechtlichen Argumente.

a) Tatbestandsimmanente Regel-Ausnahme-Prüfung
Die tatbestandsimmanente Regel-Ausnahme-Prüfung im Sport hat sich in den verschiedensten sportbezogenen Facetten in der Rechtsprechung durchgesetzt.

Das OLG München hat Regelungen über die exklusive Vermarktung von Medienrechten durch Verband und Vereine als sportliche Regel nach den Maßstäben des 3-Stufen-Tests bewertet.²² Das OLG Frankfurt/Main hat Bestimmungen des Reglements für Spielervermittlung im Fußball nach denselben Maßstäben bewertet.²³

Auch das OLG Düsseldorf bezieht sich bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Vorschriften, wonach Handballvereine ausländische Spieler für Maßnahmen der jeweiligen Nationalmannschaften freizustellen haben, auf denselben Prüfungsmaßstab.²⁴

Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Disziplinarmaßnahmen gegen einen professionellen Reiter war der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV bereits nicht eröffnet. Für den Fall der Eröffnung des Anwendungsbereichs führte das OLG Düsseldorf jedenfalls aus, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt wäre.²⁵

Erst jüngst folgte dem auch das LG Dortmund²⁶ bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Weisung eines Dachverbands von Hundezucht- und Hundesportvereinen gegenüber einem seiner Mitgliedsvereinen, ihre Richter nicht bei verbandsfremden Veranstaltungen einzusetzen.

b) Regel-Ausnahme-Prüfung über Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV

Das LG Frankfurt/Main²⁷ hat die Rechtmäßigkeit des Reglements für Spielerberater über die Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft. Zur Begründung hat sich das Landgericht auf Auszüge aus der Rechtsache Meca-Medina bezogen und die Anwendung der tatbestandsimmanenten Ausnahme vom Kartellrecht auf Regeln beschränkt, die für den ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind und gerade dazu dienen, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten. Das Landgericht stellte dazu fest, dass nur bei solchen „Regelwerken des Sports eine Tatbestandsrestriktion durchzuführen sei“.

Diese durch das Landgericht festgestellte Beschränkung der Anwendung von Tatbestandsrestriktionen auf „solche Regelwerke“ war bis zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsprechung ohne Beispiel. Eine solche Kausalität zwischen der sportlichen Regel und der Anwen-

17 Weißbuch Sport P6_TA(2008)0198 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Mai 2008 zum Weißbuch Sport (2009/C 271).

18 EuGH NJW 2010, 1733 – *Olympique Lyonnais*.

19 EuGH, 13. 6. 2019 – Rs. C-22/18 – *TopFit e. V. u. a./Deutscher Leichtathletikverband e. V.* (Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV).

20 So etwa Heermann, WuW 2009, 394; 489.

21 Heermann WuW 2009, 394, 407.

22 OLG München GRUR-RR 2017, 355.

23 OLG Frankfurt/Main, 2. 2. 2016 – 11 U 70/15 (Kart) = BeckRs 2016, 3310.

24 OLG Düsseldorf, 15. 7. 2015 – VI-U (Kart) 13/14.

25 OLG Düsseldorf NJOZ 2015, 858.

26 LG Dortmund, 4. 3. 2020 – 8 O 2/20 (Kart) = BeckRS 2020, 5413.

27 LG Frankfurt/Main, 24. 10. 2019 – 2-03 O 517/18 = BeckRS 2019, 40640.

derung der Tatbestandsrestriktion hat bisher nur das Landgericht Frankfurt/Main festgestellt. Dieses Verständnis ist nicht nachvollziehbar. Tatbestandsrestriktive Prüfungen sind nämlich schon auf verschiedenste andere „Regelwerke“ in verschiedenen Verfahren europäischer und nationaler Gerichte angewendet worden (s. hier oben unter a)). Und an keiner Stelle der Leitentscheidung *Meca-Medina* gibt es einen Hinweis darauf, aus welchen Gründen der EuGH eine tatbestandsimmanente Rechtsprüfung durchführt – sie findet eben nur statt. Das Bestehen einer kausalen Verknüpfung zwischen „Regelwerk“ und kartellrechtlichem Prüfungsmaßstab als Bestandteil der *Meca-Medina*-Entscheidung hat das Landgericht ganz neu und einzigartig festgestellt. Die Entscheidung ist jedoch noch nicht rechtskräftig.

4. Sportliche Regel als Anknüpfungspunkt über den Bewertungsmaßstab

Der Begriff der sportlichen Regel kann im Sinne der herrschenden Rechtsprechung und Literatur als Anknüpfungspunkt für den kartellrechtlichen Bewertungsmaßstab genutzt werden. Der Begriff der sportlichen Regel sollte insoweit interpretiert werden, dass sie geeignet sein muss, unmittelbar oder mittelbar sportlichen Zwecken zu dienen. Diesen Zweck können auch Regeln erfüllen, die vordergründig nichts mit Sport oder nichts mit Wirtschaft zu tun haben.

a) Wirtschaftliche Regel mit Sportbezug

Von einer positiven Interpretation der sportlichen Regel soll hier begrifflich die Rede sein, wenn die fragliche Regel prima facie wirtschaftlichen Charakters ist, wie etwa Regeln über exklusive Vermarktung von Medienrechten. Sind diese Regeln etwa geeignet, auch sportlichen Zielen zu dienen, wie z.B. der Wettbewerbsgleichheit oder der Finanzierung des Sportbetriebs, handelt es sich trotz der vordergründig wirtschaftlichen Regel um eine sportliche Regel, da sie darauf gerichtet ist, sportlichen Zwecken zu dienen.

b) Sportliche Regel mit Wirtschaftsbezug

Von einer negativen Interpretation der sportlichen Regel soll hier begrifflich die Rede sein, wenn die fragliche Regel prima facie sportlichen Charakters ist, wie etwa Regeln über Anti-Doping. Sind diese Regeln geeignet, auch wirtschaftliche Auswirkungen für Betroffene oder Verbände zu haben, handelt es sich trotz der vordergründig sportlichen Regel um eine wirtschaftliche Regel, die zwar darauf gerichtet ist, sportlichen Zwecken zu dienen, aber wirtschaftliche Auswirkungen hat.

c) Keine sportliche Regel

Es handelt sich um keine sportliche Regel, wenn sie nicht sportlichen Zwecken dient. Ihr ist zwar der Weg einer tatbestandsimmanenten Kartellverbotsprüfung nicht verschlossen, aber sie kann nicht den Weg als sportliche Regel nehmen, die tatbestandsrestriktiv nach den hier beschriebenen Grundsätzen wirken soll.

d) Unzulässigkeit der Verfolgung wirtschaftlicher (Eigen-)Interessen?

Die ISU – Entscheidung der Kommission²⁸ hat ein besonderes Missverständnis im Zusammenhang mit

der kartellrechtlichen Rechtfertigungsprüfung hervor gebracht. Die Kommission, die einen Beschluss zu der auf den Verbandsregelwerken beruhenden Sanktionspraxis des internationalen Eisschnelllauf-Verbandes ISU im Zusammenhang mit der Teilnahme von Athleten bei Veranstaltungen Dritter getroffen hatte, hatte unter Anwendung auf den konkreten Einzelfall und in diesem Zusammenhang festgestellt und vielleicht etwas zu apodiktisch in der vielzitierten Rn. 220 ausgeführt:

*Second, the protection of economic interest and/or financial interests does not, however, constitute a legitimate objective that can justify a restriction of competition.*²⁹

Daraus wurde dann auch in der Literatur übernommen, dass Genehmigungsbestimmungen, durch die ein Sportfachverband wirtschaftliche Eigeninteressen verfolge, per se unzulässig seien.³⁰

Was zwei Worte („per se“) anrichten können, konnte man dann in einer Entscheidung des LG Nürnberg/Fürth³¹ nachlesen, in der es um die Rechtmäßigkeit von Sportlersperren im Ringen ging. Im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung trieb man es dann auf die Spitze, indem man dort feststellte, es sei zwischen „legitimen Zwecken einerseits und wirtschaftlichen Interessen“ andererseits zu unterscheiden.

Diese Schlüsse sind an der Schnittstelle von Sport und Kartellrecht völlig sachfremd. Wirtschaftliche Interessen oder wirtschaftliche Zielsetzungen – zumindest als Nebenzweck – eröffnen überhaupt erst das Tor zu kartellrechtlichen Prüfungsmaßstäben. Sport ist als Teil des Wirtschaftslebens Gegenstand des Gemeinschaftsrechts und mithin des Kartellrechts. Alle sportlichen Regeln, die Gegenstand des kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab waren, hatten mit der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen zu tun. Man denke nur an die Eigentümerschaft von Medienrechten³², die Zahlung von Ablösesummen³³ oder die Regeln für die Spielervermittlung³⁴, deren Rechtfertigungsfähigkeit gerichtlich überprüft worden sind.

So war auch in der ISU-Entscheidung in ihren Zusammenhang hineinzulesen und schon der weiteren Lektüre der Rn. 220 zu entnehmen, dass nur die gezielt verfolgten wirtschaftlichen Eigeninteressen bzw. prioritär dem wirtschaftlichen Vorteil des Verbandes und seiner Mitglieder dienenden Effekte der Sanktionierung gemeint waren, soweit sie keinem sportlichen Zweck dienen konnten. So führte die Kommission weiter aus:

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 (as indicated in recital

28 Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules, siehe dazu Kornbeck, ISU-Fall entschieden: Loyalitätsklauseln als Kartellrechtsverstoß, SpuRt 2018, 22.

29 Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules Rn. 220.

30 Heermann, Wettbewerb zwischen Sportverbänden und kommerziellen, privaten Sportveranstaltern, WuW 2018, 241, 242.

31 LG Nürnberg/Fürth, 28. 2. 2019 – 19 O 1079/18, S. 14.

32 OLG München GRUR-RR 2017, 355.

33 EuGH NJW 1996, 505 – Bosman.

34 OLG Frankfurt/Main, 2. 2. 2016 – 11 U 70/15 (Kart) = BeckRs 2016, 3310.

(164)), thus putting third party event organisers at competitive disadvantage.³⁵

Der Vorwurf richtete sich – was in diesem konkreten Fall auch zutreffend zur Wertung des Handelns der ISU als „not proportionate“ führen musste – also ausdrücklich gegen die Mittelverwendung für den kommerziell ausgerichteten Leistungssport. In diesem Kontext betonte die Kommission mehrfach in ihrer Entscheidung, dass die ISU selbst zugegeben habe, wirtschaftliche Interessen mit der Sanktionsmaßnahme verfolgt und dies mit ihren Regularien auch unverhohlen zum Ausdruck gebracht zu haben. Diese Situation ist als Beispiel und Blaupause für den Sport untauglich, zumal den Feststellungen der Kommission klar zu entnehmen ist, dass die Bewertung bereits dann anders ausgefallen wäre, wenn der Breiten- bzw. Amateursport Empfänger der Sanktionsmittel gewesen wäre.

Soweit die Kommission in Rn. 220 weiter feststellt, *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.*³⁶

untermauert dies eindrücklich den Fehlschluss des LG Nürnberg-Fürth. Richtig ist vielmehr, dass wirtschaftliche Eigenzwecke keine legitimen Zielsetzungen im Sinne des EuGH sind, die „per se“ eine Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen vermögen. Der Rückschluss, das Vorliegen von – im Sport sogar oftmals vitalen – wirtschaftlichen Interessen öffne zwar das Tor zum Kartellrecht, verbiete aber im gleichen Atemzug jedwede Verteidigung, ist widersinnig und verweigert dem Kern der sportkartellrechtlichen Rechtfertigungsprüfung seine Existenzberechtigung.

Ein Umstand, der im verbandsorganisierten Sport von immenser Bedeutung ist, von der Kommission in der Rechtssache ISU aber aufgrund des spezifischen Sachverhalts nicht zu bewerten war, ist der Grundsatz der Schutzbedürftigkeit und -fähigkeit erbrachter (sportlicher) Ausbildungs- und Förderleistungen. Ist nämlich das wirtschaftliche Interesse darin begründet, dass man für eigene Leistungen angemessene Gegenleistungen einwerben will, um den Sportbetrieb aufrecht zu erhalten, können wirtschaftliche Zwecke sportlichen Zwecken dienen und damit legitime Zwecke sein. Beispiel dafür sind insofern Regeln, die die eigenen Organisations- und Ausbildungskosten refinanzieren können oder die gewährleisten, dass Vermarktungsrechte auch von den rich-

tigen Rechteinhabern vermarktet werden können. Nicht *Meca-Medina* und schon gar nicht ISU enthaltenen Feststellungen oder lassen Rückschlüsse und Wertungen zu, die dieser notwendigen Logik entgegenstehen.

III. Prüfungsschema

In Zusammenfassung der obigen Ausführungen kommt für den kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab im Sport das folgende Prüfungsschema in Betracht:

1. Wettbewerbsbeschränkung / Missbrauch von Marktmacht

Es ist an den Tatbeständen zu subsumieren, ob ein Sachverhalt den Wettbewerb beschränkt (Art. 101 AEUV) oder einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) darstellt.

2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Lässt sich feststellen, dass ein kartellrechtlicher Tatbestand dem Grunde nach vorliegt, kann nach den folgenden Voraussetzungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden. Im Kartellrecht ist die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur im Zusammenhang mit Art. 101 AEUV anerkannt, sondern auch mit Bezug zu Art. 102 AEUV.³⁷

a) Sportliche Regel

Anknüpfungspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die sportliche Regel. Der Begriff der sportlichen Regel ist weit auszulegen. Es kann sich dabei um eine sportliche Regel mit Wirtschaftsbezug oder um eine wirtschaftliche Regel mit Sportbezug handeln. Beiden Formen der sportlichen Regel muss gemeinsam sein, dass sie unmittelbar oder mittelbar sportlichen Zwecken dienen.

b) 3-Stufen-Test

1. Stufe: Es ist der Gesamtzusammenhang im jeweiligen Einzelfall, in dem die Vereinbarung oder der Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet hat, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen.
2. Stufe: Dann ist zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit den Zielen zusammenhängen.
3. Stufe: Zuletzt ist festzustellen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.

³⁵ Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules Rn. 220.

³⁶ Kommission, Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules Rn. 220.

³⁷ Vgl. ausführlich dazu mit weiteren Nachweisen *Heermann*, WuW 2009, 489, 497.