

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Dr. Bernhard von Linstow

Otto Teplitzky 85 Jahre

1035 **Wir gratulieren:**

Alles Gute! Prof. Dr. Otto Teplitzky zum 85. Geburtstag

1036 **Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**

Otto Teplitzky – ein Großmeister des Wettbewerbs-
verfahrensrechts

1036 **Prof. Dr. Walter F. Lindacher**

In Freundschaft verbunden

1037 **Prof. Dr. Helmut Köhler**

UWG-Reform 2015: Im Regierungsentwurf nicht angesprochene
Defizite bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie

1040 **Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**

Kollektivschadensersatz wegen Wettbewerbsbeschränkungen
oder unlauteren Wettbewerbs? – Über Mythen und Problem-
ignoranz

1047 **Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

1053 **Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. und Oliver Kreutz**

Native Advertising – Alter Wein in neuen Schläuchen? (Teil 1)

1060 **Marianne Grabrucker**

Die Bären sind los ... · Offene Fragen zur bekannten Marke bei
Überkreuzkollision

1068 **Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak**

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich (Teil 2)

1072 **Dr. Constanze A. Scheuerl**

Unzulässiges Keyword-Advertising durch Anlegerschutz-Kanzleien

1078 **Coty Germany/Stadtparkasse Magdeburg**

EuGH, Urteil vom 16.07.2015 – C-580/13

1080 **Huawei Technologies/ZTE u. a.**

EuGH, Urteil vom 16.07.2015 – C-170/13

1085 **TV-Wartezimmer**

BGH, Urteil vom 12.03.2015 – I ZR 84/14

1087 **Neue Personenkraftwagen II**

BGH, Urteil vom 05.03.2015 – I ZR 164/13

1090 **Exzenterzähne**

BGH, Urteil vom 22.01.2015 – I ZR 107/13

1155 **Voraussetzungen der unmittelbaren Kaufaufforderung an Kinder**

LG Berlin, Urteil vom 21.04.2015 – 16 O 648/13

1157 **Kommentar von Dr. Simon Apel**

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (Univ. of Wisconsin), Bayreuth*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

Ist eine Neubewertung nach dem Urteil des OLG München im Pechstein-Verfahren erforderlich?

INHALT

Teil 1

I. Einleitung

1. Problemstellung
2. Weiteres Vorgehen

II. Grundlagen der Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands im Sport

1. Sportlicher Wettbewerb versus wirtschaftlicher Wettbewerb
2. Differenzierung nach verschiedenen relevanten Märkten
3. Monopol von Sportverbänden regelmäßig auf dem Sportveranstaltungsmarkt
4. Kollektive Marktbeherrschung auf weiteren benachbarten Märkten?
 - a) Ausgangslage
 - b) Europäisches Kartellrecht
 - c) Deutsches Kartellrecht
5. Drittmarktproblematik
 - a) Ausgangslage
 - b) Europäisches Kartellrecht
 - c) Deutsches Kartellrecht

Teil 2

III. Rechtfertigungsgründe oder Tatbestandsrestriktionen

1. Keine gesetzliche Regelung
2. Effizienzeinwand
3. Drei-Stufen-Test
 - a) Grundlagen
 - b) 1. Stufe: Legitime Zielsetzung
 - c) 2. Stufe: Untrennbare Verbindung zwischen Verfolgung legitimer Zwecksetzung und Wettbewerbsbeschränkung
 - d) 3. Stufe: Verhältnismäßigkeit der Maßnahme
4. Unzureichende argumentative Ansätze

IV. Auswege aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts

1. Vermeiden der missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung
2. Anordnung wettbewerbswidrigen Verhaltens durch nationale Rechtsvorschriften
3. Abschluss eines Tarifvertrags
4. Sonstige Ansätze
 - a) Ungeschriebene Bereichsausnahme für den Sport
 - b) Ausnahme für Regelungen rein sportlichen Charakters
 - c) Auf das Kartellverbot beschränkte Ausnahme für den Ligasport
 - d) Vorrang schiedsrechtlicher Überprüfungsmechanismen?

V. Fazit

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

I. Einleitung

1. Problemstellung

Das Urteil des OLG München vom 15.01.2015 im Pechstein-Verfahren¹⁾ hat in vielerlei Hinsicht die rechtliche Diskussion insbesondere zur Sportschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und zu entsprechenden Schiedsvereinbarungen im Besonderen belebt.²⁾ Völlig neuartig – zumindest im Hinblick auf diese rechtliche Teilproblematik des Sportsektors – war jedoch die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften, insbesondere der Rückgriff auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.³⁾

Kurz zusammengefasst sieht der Kartellsenat den beklagten internationalen Eisschnelllaufverband als beherrschend auf dem Markt für die Zulassung zu offiziellen (internationalen oder nationalen) Sportwettkämpfen an.⁴⁾ Auf diesem sei es marktbeherrschenden Unternehmen verboten, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.⁵⁾ Zu den sonstigen Geschäftsbedingungen zählt der Kartellsenat auch Schiedsvereinbarungen.⁶⁾ Den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung leitet er sodann aus dem Umstand ab, dass Claudia Pechstein sich mittels Schiedsvereinbarung dem Court of Arbitration for Sport (CAS) faktisch unterwerfen musste, obgleich dort die Praxis zur Besetzung der Schiedsrichterstellen nicht strukturell neutral sei.⁷⁾

Die Feststellung eines solchen (oder auch eines anderen) kartellrechtlichen Verstoßes durch einen Sportverband seitens eines staatlichen Gerichts kann weitreichende Auswirkungen haben, insbesondere wenn die vorgeschaltete Sportschiedsgerichtsbarkeit den betreffenden kartellrechtlichen Verstoß überhaupt nicht geprüft und thematisiert hat – so im Pechstein-Verfahren – oder wenn er dort anders beurteilt worden sein sollte. Denn die Einhaltung der grundlegenden Bestimmungen des Kartellrechts gehört nach allgemeiner Rechtsauffassung zum *ordre public*.⁸⁾ Deshalb widerspreche, so die Rechtsauffassung des Kartellsenats im Pechstein-Verfahren,⁹⁾ die Anerkennung des vorgeschalteten Schiedsspruchs des CAS der öffentlichen Ordnung, weil es sich beim CAS – selbst wenn man von dessen Charakter als echtem

1) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 ff. – Pechstein; vgl. hierzu auch die Anmerkung von Heermann, JZ 2015, 362–365.

2) Siehe zuletzt stellvertretend Heermann, SchiedsVZ 2015, 78 ff. m. w. N.

3) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 38 ff. – Pechstein.

4) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 43–47 – Pechstein.

5) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 48 – Pechstein.

6) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 50 – Pechstein.

7) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 60 ff. – Pechstein.

8) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 95 – Pechstein m. w. N.

9) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 93–99 – Pechstein; a. A. LG München I, 26.02.2014 – 37 O 28331/12, SchiedsVZ 2014, 100, 110 f. = CaS 2014, 154 – Pechstein, Niedermaier, SchiedsVZ 2014, 280, 285 und auch Pfeiffer, SchiedsVZ 2014, 161, 164, die ihren rechtlichen Erwägungen jeweils jedoch keine kartellrechtliche Bewertung der Schiedsvereinbarung zugrunde gelegt hatten.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, wissenschaftlicher Leiter des Weiterbildungsstudiengangs „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)“. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1166.

Heermann – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

Schiedsgericht ausginge – nicht um ein strukturell neutral besetztes Schiedsgericht handele. Dies bedeutet zugleich, dass entsprechende Entscheidungen echter Schiedsgerichte wegen eines ordre public-Verstoßes von staatlichen Gerichten im Aufhebungsverfahren aufgehoben bzw. angefochten werden könnten.¹⁰⁾

- 4 Es ist leicht nachvollziehbar, dass Sportverbände, die aufgrund des sog. Ein-Verband-Prinzips über eine natürliche Monopolstellung auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von nationalen oder internationalen Sportwettkämpfen sowie die Zulassung zu diesen verfügen, nunmehr zumindest verunsichert sind. Denn sie müssen im Rahmen ihrer organisatorischen Tätigkeiten nahezu zwangsläufig durch Verbandsstatuten in geschützte Rechtspositionen ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Mitglieder eingreifen. Der Schritt der Sportverbände zum Marktmissbrauch und den damit verbundenen, vorangehend angedeuteten Konsequenzen scheint damit nur noch ein kleiner zu sein. Dies gilt umso mehr, als zum einen in der Berichterstattung im Rahmen des Pechstein-Verfahrens die nunmehr angeblich bestehenden kartellrechtlichen Gefahren mitunter einseitig und undifferenziert in den Vordergrund gerückt worden sind. Zum anderen kann indes nicht geleugnet werden, dass die Grenzlinie, deren Überschreiten für Sportverbände zu einem Kartellrechtsverstoß, insbesondere zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung führt oder führen kann, trotz bestehender Vorarbeiten im wissenschaftlichen Schrifttum¹¹⁾ im Vorhinein nur annäherungsweise bestimmt werden kann.

2. Weiteres Vorgehen

- 5 Die nachfolgende zweiteilige Abhandlung will bei dieser derzeit unübersichtlichen rechtlichen Ausgangslage Orientierung bieten. Dazu wird analysiert, ob und – wenn ja – inwieweit die Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs auf die Tatbestandsmerkmale der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände gem. §§ 19 f. GWB und Art. 102 AEUV (II.) und insbesondere die gesetzlich nicht explizit geregelten Rechtfertigungsmöglichkeiten ausstrahlen (III.). Dabei geht es nicht darum, ein besonderes Sportkartellrecht zu fordern oder gar zu schaffen, sondern herauszuarbeiten, inwieweit Kartellbehörden und Judikatur in der Lage sind, den Eigenheiten des sportlichen Wettbewerbs Rechnung zu tragen. In einem weiteren Schritt wird beleuchtet, auf welche Weise Sportverbände ihr Handeln ganz oder zumindest teilweise dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entziehen können (IV.), bevor abschließend ein Fazit gezogen wird (V.).
- 6 Im Rahmen der weiteren Erwägungen werden insbesondere drei Aspekte herausgearbeitet:
- Der vom OLG München im Pechstein-Verfahren verfolgte kartellrechtliche Ansatz ist keineswegs neu oder gar revolutionär.
 - Die Gefahr des tatsächlichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände ist deutlich geringer als das durchaus aufsehenerregende Urteil des OLG München vermuten lässt.
 - Wenn jedoch ein Marktmissbrauch durch einen Sportverband festgestellt worden ist, sind die Möglichkeiten einer Rechtfertigung an strenge Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere Hinweise auf die „Besonderheiten des Sports“, die „Unverzichtbarkeit“ oder „Alternativlosigkeit“

der betreffenden Verbandsmaßnahme sind insoweit nicht zielführend.

Vorab sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in späteren Ausgaben der WRP in zwei gesonderten Fachaufsätzen, die inhaltlich an diesen zweiteiligen Beitrag anknüpfen, anhand konkreter, überwiegend hochaktueller Problemkonstellationen folgende Fragestellungen beleuchtet werden:

- Können Verbandsstatuten, die sich auf die (un)mittelbaren Verbandsmitglieder, d. h. Athleten, Clubs und unter Umständen auch nationale Sportverbände, auswirken, dem Verdacht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ausgesetzt sein? Wenn ja, in welchem Umfang?
- Unter welchen Voraussetzungen können Verbandsstatuten, die bei unternehmerisch tätigen Dritten, d. h. etwa konkurrierenden und verbandsunabhängigen Sportveranstaltern, Sponsoren, Medien, Spielervermittlern oder Investoren, deren wirtschaftliche Handlungsmöglichkeiten einschränken, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft werden?

II. Grundlagen der Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands im Sport

1. Sportlicher Wettbewerb versus wirtschaftlicher Wettbewerb

Die zentralen sportökonomischen Besonderheiten des Ligasports hatte von juristischer Seite¹²⁾ bereits Mitte der 1990er Jahre Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Bosman herausgearbeitet.¹³⁾ So hätten die in einer Profiligen tätigen Vereine nicht das Ziel, ihre Konkurrenten auf dem Markt auszuschalten.¹⁴⁾ Darin liege ein bedeutsamer Unterschied zu dem Wettbewerbsverhältnis, wie es zwischen Unternehmen auf anderen Märkten vorherrsche. Zudem hänge der wirtschaftliche Erfolg einer Liga nicht zuletzt davon ab, dass zwischen ihren Clubs ein gewisses Gleichgewicht herrsche. Unter diesen Umständen könne es kaum einen Zweifel daran geben, dass eine Umverteilung der Einnahmen in wirtschaftlicher Hinsicht als sinnvoll und legitim erscheine. Auch mit der Frage, wie die erforderliche Ausgeglichenheit im Einklang mit den Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht herbeizuführen sei, setzte sich der Generalanwalt im Detail auseinander. So könne nicht davon ausgegangen werden, das erforderliche Gleichgewicht ergebe sich gleichsam automatisch, da kein Verein daran interessiert sein könne, in seiner Liga eine drückende Überlegenheit zu erlangen. Die Erfahrung zeige jedoch, dass die Vereinsführungen nicht immer so kalkulieren, sondern sich mitunter von anderen als rein sportlichen oder wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen könnten. Es sei daher notwendig, durch bestimmte Maßnahmen dafür zu sorgen, dass ein gewisses Gleichgewicht unter den Mannschaften gewahrt werde. Gestützt auf wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen gelangte der Generalanwalt zu der Überzeugung, die Verteilung der Einnahmen stelle ein geeignetes Mittel zur Förderung des gewünschten Gleichgewichts

10) Nach deutschem Recht ist insoweit § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO einschlägig. Eine vergleichbare Regelung enthält das schweizerische Recht in Art. 190 Abs. 2 Buchst. e) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG).

11) Vgl. insbesondere Grütz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Missbrauchsverbots, 2009; siehe auch Heermann, WuW 2009, 489 ff.

12) Aus sportökonomischer Perspektive vgl. stellvertretend Szymanski, The Economic Design of Sporting Contests, Journal of Economic Literature 2003, 1137, 1155 ff. m. w. N. zum umstrittenen Meinungsstand.

13) GA Lenz, 20.09.1995 – C-415/93, Slg. 1995, 4921 Nr. 227 f., 270 – Bosman; vgl. hierzu auch Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying Document to the White Paper on Sport, COM(2007) 391 final, S. 35 f.; Mitteilung der Kommission vom 18.01.2011 zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports – Komm(2011) 12 endgültig, S. 13 („Sonderstellung des Sports“); Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Syst. IV Sport Rn. 2 ff.; Blask, Die Anwendung der Single-Entity-Theorie im professionellen Fußball, 2006, S. 71 f.; Hannamann, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2001, S. 228 ff.; Heermann, ZHR 161 (1997), 665, 671 ff.

14) So auch BT-Drucks. 13/10633 vom 06.05.1998.

dar. Die konkrete Ausgestaltung eines solchen Systems werde natürlich von den Gegebenheiten der betroffenen Liga und anderen Erwägungen abhängig sein. Insbesondere könne eine solche Umverteilung aber nur dann sinnvoll und angemessen sein, wenn sie auf einen kleineren Teil der Einnahmen beschränkt bleibe.

- 9 Diese grundlegenden Erwägungen des Generalanwalts zu den Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs im Vergleich zum rein wirtschaftlichen Wettbewerb sind im rechtswissenschaftlichen Schrifttum grundsätzlich auf Zustimmung gestoßen.¹⁵⁾ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass man natürlich trefflich darüber streiten kann, ob das derzeitige Ausmaß der Einnahmeverteilung etwa innerhalb der 1. Fußball-Bundesliga ausreicht, um mittel- und langfristig eine gewisse sportliche Ausgeglichenheit innerhalb der Liga zu gewährleisten und damit zugleich zu sichern, dass die Schere zwischen finanzschwachen und teilweise überaus finanzstarken Clubs sich auf nationaler Ebene nicht weiter öffnet.¹⁶⁾ Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die bisherigen Umverteilungsmaßnahmen mit den TV-Einnahmen (TV- und Rundfunkverträge sowohl von nationalen als auch internationalen Wettbewerben) nur einen von vier Einnahmetöpfen der Bundesligisten betreffen. Der sportliche Erfolg und das wirtschaftliche Umfeld der jeweiligen Ligamitglieder spiegeln sich noch deutlicher in der enormen Spreizung der erzielten Einnahmen in den drei anderen Kategorien wider, bei denen es zu keiner Umverteilung kommt: Spieltag (im Wesentlichen Kartenverkäufe inklusive Dauerkarten und Mitgliedschaften); Sponsoring (im Wesentlichen Trikot-, Logo- und Bandenwerbung); sonstige Einnahmen (insbesondere Merchandising, Catering und Konferenzen).
- 10 Diese Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs, zu denen letztlich auch die vielfach enge Verknüpfung zwischen dem Profisport und dem durch weitreichendes ehrenamtliches Engagement und wenig professionalisierte Strukturen geprägten Amateursport gehört, stellen nunmehr im Hinblick auf die kartellrechtliche Bewertung des wirtschaftlichen Handelns von Sportverbänden keinen Freibrief dar. Vielmehr fallen Sportverbände, soweit sie wirtschaftlich tätig werden, in den Anwendungsbereich des Kartellrechts.¹⁷⁾ Indes sind die Sportverbände durch das Kartellrecht nicht verpflichtet, für ein gewisses Mindestmaß an sportlicher Ausgeglichenheit zwischen den Mitgliedern einer Liga zu sorgen. Entsprechende Umverteilungsmaßnahmen werden verbandsautonom festgelegt, wobei sodann die kartellrechtlichen Vorgaben zu beachten sind. Bei der Anwendung des Kartellrechts im Sportsektor kann es damit nur darum gehen, ob und inwieweit die insoweit bestehenden Abweichungen vom typischen wirtschaftlichen Wettbewerb Tatbestandsrestriktionen zu rechtfertigen vermögen oder bei Interessenabwägungen auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden können. Zugleich folgt daraus auch, dass bei Aktivitäten der Sportverbände, die unmittelbar die sportlichen Aktivitäten als solche und damit den – ursprünglichen – Kernbereich der Sportverbandstätigkeit betreffen und keine wirtschaftlichen Zwecksetzungen verfolgen (z. B. das Aufstellen rein sportlicher Regelwerke, deren Anwendung und Durchsetzung), den Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs in stärkerem Maße Rechnung getragen werden kann. Zugleich ist aber der Anwendungsbereich des Kartellrechts weiterhin prinzipiell, wenngleich in eingeschränktem Umfang

eröffnet.¹⁸⁾ So sollen nationale Sportverbände möglichst unabhängig von kartellrechtlichen Wertungen auch durch Absprachen mit anderen nationalen Sportverbänden beispielsweise darüber entscheiden können, wie eine Abseitsregel auszugestalten und anzuwenden ist, wie groß und schwer der Spielball zu sein hat, welche Abmessungen das Spielfeld oder das Tor aufweisen muss. Nur auf diesem Weg kann sichergestellt werden, dass eine Sportart weltweit unter weitgehend gleichen sportlichen Rahmenbedingungen ausgeübt werden kann. Allerdings sind dabei die Übergänge zu einem wirtschaftlichen Handeln der Sportverbände fließend. Dies gilt etwa, wenn Verbandsstatuten Regelungen zur Wettkampfkleidung der Athleten treffen und dabei deren Vermarktungsmöglichkeiten einschränken oder gar weitgehend ausschließen.

2. Differenzierung nach verschiedenen relevanten Märkten

Für die Anwendung der Vorschriften zum kartellrechtlichen Missbrauchsverbot ist die Erkenntnis von zentraler Bedeutung, dass Sportverbände – wie andere Unternehmen übrigens oftmals auch – typischerweise auf unterschiedlichen sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig werden. Insoweit kann zwischen folgenden Märkten differenziert werden:

- Beschaffungsmärkte (z. B. Märkte für Arbeits- und Dienstleistungen von Spielern, für Dienstleistungen von Spielervermittlern, für Sportgeräte und Sportkleidung);¹⁹⁾
- 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 Sportveranstalter²⁰⁾);²¹⁾
- Absatzmärkte (z. B. Märkte für die mediale Verwertung, für Sponsoring,²²⁾ für Eintrittskarten zu Sportveranstaltungen);²³⁾
- Märkte für die Beteiligung an Sportclubs.²⁴⁾

Der jeweils relevante Markt ist sodann in sachlicher und räumlicher Hinsicht nach den allgemeinen Kriterien abzugrenzen. Den Ausgangspunkt bildet insoweit üblicherweise das Bedarfsmarktkonzept.²⁵⁾ Danach erfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszwecks und des Preises als austauschbar angesehen werden können. Diesen Ansatz hat der EuGH auch in der Rechtssache MOTOE verfolgt, in der der Gerichtshof erstmalig ex-Art. 82 EG (nunmehr Art. 102 AEUV) auf das unternehmerische Handeln eines Sportverbandes angewendet hat.²⁶⁾ Nach ständiger Rechtsprechung umfasse der relevante Produkt- oder Dienstleistungsmarkt für die Zwecke der Anwendung von ex-Art. 82 EG (nunmehr Art. 102 AEUV) diejenigen Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die mit dem fraglichen Erzeugnis oder der fraglichen Dienstleistung substituierbar oder hinreichend mit diesen austauschbar seien, und zwar nicht nur wegen ihrer objektiven Merkmale,

15) Grätz (Fn. 11), S. 249-252; Heermann, ZWeR 2009, 472, 474-477, jeweils m. w. N.

16) Instruktiv sind insoweit die verschiedenen, unter <http://fussball-geld.de/> abrufbaren Übersichten.

17) Vgl. stellvertretend Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., 2012, Art. 101 Abs. 1 Rn. 23 m. w. N.

18) Grätz (Fn. 11), S. 249.

19) Grätz (Fn. 11), S. 175 ff. m. w. N.

20) Diese Differenzierung zwischen den beiden letztgenannten Märkten betonend Kretschmer, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport – Eine rechtliche Analyse sogenannter Vermarktungsklauseln, 2015, 4. Kap. C. II. 1. b. 1) (im Erscheinen).

21) Grätz (Fn. 11), S. 201 ff. m. w. N.

22) Speziell hierzu Heermann, WRP 2009, 285, 291 f.

23) Grätz (Fn. 11), S. 206 ff. m. w. N.

24) Grätz (Fn. 11), S. 241 ff. m. w. N.

25) Vgl. hierzu stellvertretend Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 17), Art. 101 Abs. 1 Rn. 156 ff. m. w. N.

26) EuGH, 01.07.2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 Rn. 32 – MOTOE m. w. N. der früheren Judikatur.

Heermann – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

aufgrund deren sie sich zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs der Verbraucher besonders eignen, sondern auch im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem betreffenden Markt.

3. Monopol von Sportverbänden regelmäßig auf dem Sportveranstaltungsmarkt

- 13 Eine Besonderheit des Sports, die sich unmittelbar auf die kartellrechtliche Bewertung auswirkt, ist in dem sog. Ein-Verband-Prinzip – auch Ein-Platz-Prinzip genannt – zu erblicken. Danach wird regelmäßig jedem Sportfachverband das Recht zur Durchführung von Sportwettkämpfen auf demjenigen Gebiet zugesprochen, für das er verbandsrechtlich zuständig ist.²⁷⁾ Üblicherweise nehmen internationale Sportfachverbände jeweils nur einen nationalen Sportfachverband als Mitglied auf, um auf diese Weise insbesondere die weltweite Durchführung von Sportwettkämpfen nach einheitlichen Regeln zu gewährleisten. Dadurch werden das Entstehen und die Gründung von konkurrierenden Sportfachverbänden zwar faktisch erschwert, sie bleiben aber gleichwohl möglich und dürfen durch die Monopolverbände nicht in kartellrechtswidriger Weise behindert werden.²⁸⁾
- 14 Festzuhalten bleibt jedoch, dass solch monopolartige Strukturen von Sportverbänden im Ausgangspunkt zunächst nur die Sportveranstaltungsmärkte betreffen.²⁹⁾ Wird beispielsweise in einer bestimmten Sportart eine Europameisterschaft durchgeführt, so ist hierfür allein der vom jeweiligen Weltfachverband eingesetzte Kontinentalverband zuständig. Dieser ist dann Monopolist auf dem Markt für die Organisation und Durchführung einer entsprechenden Europameisterschaft und entscheidet als solcher über die nähere Ausgestaltung der sportlichen Qualifikation und Zulassung von Nationalverbänden zum Wettbewerb. Denn für die Marktgegenseite, d. h. Athleten, National- oder Clubmannschaften, existieren zumindest im professionell betriebenen Sport bei derart herausgehobenen Sportevents regelmäßig keine angemessenen Ausweichmöglichkeiten.
- 15 Dies bedeutet indes nicht, dass dieser Kontinentalverband zugleich Monopolist auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Produktmärkten ist. Dies sei exemplarisch anhand der Absatzmärkte, insbesondere anhand des Marktes für das Sponsoring von Sportveranstaltungen veranschaulicht.³⁰⁾ So wird der Kontinentalverband auf dem Markt für die Vergabe von Sponsoringverträgen anlässlich Europameisterschaften 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 vielfach nicht als Monopolist wahrgenommen werden. Maßgeblich ist, ob das angestrebte, europaweit sichtbare Sponsoringengagement aus der Perspektive des potentiellen Sponsors etwa durch die entsprechende Unterstützung der Europameisterschaft in einer anderen Sportart, durch das Sponsoring eines einzelnen National- oder gar Clubteams oder einzelner Sportler oder vielleicht sogar durch die Förderung eines sonstigen europaweit wahrgenommenen Kulturereignisses angemessen ersetzt werden kann.
- 16 Zwischenfazit: Sportverbände verfügen regelmäßig allein auf dem Sportveranstaltungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung. Auf den benachbarten Märkten bedarf es jedoch stets einer genauen Prüfung der Gesamtumstände des konkreten Ein-

zelfalls, um Gewissheit über den Zuschnitt des jeweils relevanten Marktes in sachlicher, räumlich und auch zeitlicher Hinsicht zu erhalten. Auf solchen Nachbarmärkten hat der betreffende Sportverband sodann nicht gleichfalls zwingend eine marktbeherrschende Stellung. Eine solche kann sich jedoch – wie im nachfolgenden Abschnitt dazulegen sein wird – unter bestimmten Voraussetzungen ergeben, selbst wenn der Sportfachverband auf dem benachbarten Markt gar nicht selbst unternehmerisch auftritt.

4. Kollektive Marktbeherrschung auf weiteren benachbarten Märkten?

a) Ausgangslage

Im Zuge der Kommerzialisierung des Sports sehen sich internationale und nationale Sport(fach)verbände zunehmend veranlasst, über die Verbandsstatuten unmittelbar oder mittelbar unternehmerische Tätigkeiten Dritter zu regulieren, die ihrerseits nicht zu den (un)mittelbaren Mitgliedern des Sportverbandes gehören. So können Verbandsregelungen, die sich unmittelbar an die Mitglieder (insbesondere Athleten und Clubs) richten, deren Sponsoren oder die sie ausstattenden Sportartikelhersteller hinsichtlich ihrer Aktivitäten beschränken. So greift der Weltfußballverband FIFA bereits seit Jahren auf dem Markt der Spielervermittler und -berater regulierend ein.³¹⁾ Demgegenüber schränken insbesondere über die Lizenzierungsbedingungen etwa der europäische Fußballverband UEFA mit seinem Financial Fair Play Reglement³²⁾ sowie der Deutsche Fußball Bund (DFB) und der Ligaverband e.V. mit der sog. 50+1-Klausel³³⁾ und jüngst mit neuen Regelungen zu Mehrfachbeteiligungen an Fußballclubs der Bundesligen³⁴⁾ die Möglichkeiten des finanziellen Engagements von Investoren ein. Diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass die Sportverbände auf den Drittmärkten zumeist nicht unmittelbar selbst als Anbieter oder Nachfrager auftreten. Anders stellt sich insoweit die Situation aber vielfach auf dem Drittmarkt für die Vermarktung von Medienrechten an Sportveranstaltungen dar. So sehen beispielsweise die aktuellen Lizenzierungsbedingungen für Viert- bis Sechsligisten innerhalb des Bayerischen Fußball Verbandes (BFV) vor, dass die Lizenznehmer ihr Hausrecht dahingehend durchsetzen, dass Medien für die Aufnahme von Videos zahlen, um diese exklusiv auf einem

17

27) Siehe hierzu stellvertretend Pfister, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 3. Aufl., 2014, Einführung Rn. 15 ff. m. w. N.; zur Monopolstellung von Sportverbänden vgl. auch Schroeder, WRP 2006, 1327 ff.

28) Zur kartellrechtlichen Bewertung entsprechender Konkurrenzverbote vgl. Schroeder, WRP 2006, 1327, 1328 ff.

29) So im Ansatz zuletzt auch Haus/Heitzer, NZKart 2015, 181, 184.

30) Ausführlich hierzu Heermann, WRP 2009, 285, 291 ff. m. w. N und Beispielen.

31) Siehe zuletzt FIFA-Reglement zur Arbeit mit Vermittlern, das am 01.04.2015 in Kraft getreten ist, abrufbar unter http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/55184-FIFA-Reglement_zur_Arbeit_mit_Vermittlern.pdf; hierzu Wachter, CaS 2014, 312 ff.; Wackerbeck, SpuRt 2015, 56, 57–59.

32) Die Ausgabe 2015 ist abrufbar unter http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/26/28/41/2262841_DOWNLOAD.pdf; zum UEFA Financial Fair Play Reglement vgl. auch Heermann, CaS 2013, 131 ff.; ders., CaS 2013, 263 ff.; ders., CaS 2015, 3 ff.; zu den jüngsten Änderungen, die am 01.07.2015 in Kraft getreten sind, vgl. Schnitzler, UEFA-FFP und Kartellrecht: Break-even wird investorenfreundlicher, LTO vom 08.07.2015, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/uefa-financial-fairplay-regelung-vereine-break-even/>.

33) Vgl. § 8 Abs. 3 Satzung Die Liga – Fußballverband e. V. (Stand. 16.03.2015). Siehe zur Problematik auch Ständiges Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen, Schiedsurteil vom 25.08.2011, CaS 2011, 334 ff. mit Anmerkung Heermann, CaS 2011, 339 ff.; zur sog. 50+1-Klausel vgl. zudem Punte, Die Kapitalgesellschaft als Rechtsform professioneller Fußballclubs im Spannungsfeld von Verbandsautonomie und Europarecht, 2012; Rothammer, Die „50+1“-Klausel des DFB und des Ligaverbandes aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, 2013; Ph. Schaefer, Die Vereinbarkeit der „50+1“-Regel mit dem Europarecht, 2012; Scherzinger, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport – Eine europarechtliche Untersuchung von Beteiligungsbeschränkungen in Sportverbandsregelwerken am Beispiel der „50+1-Regel“ im deutschen Profifußball, 2012.

34) Vgl. zuletzt Meldung der DFL vom 26.03.2015 („Ligaverband beschließt Beschränkung von Mehrfachbeteiligungen“), abrufbar unter <http://www.bundesliga.de/de/liga/news2014/ligaverband-beschliesst-beschaenkung-von-mehrfachbeteiligungen-mit-gliederversammlung.php>. Siehe zur Problematik zuvor bereits Kommission, 25.06.2002 – Nr. 37806; hierzu auch Weiler, Mehrfachbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften – Verbote von „Multi-Club Shareholding“ und deren Grenzen aus der Sicht europäischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Profifußballs in Deutschland, 2006; Heermann, WRP 2003, 724, 726–728.

Heermann – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

Portal abrufbar ins Internet stellen zu können, oder aber statt einer Zahlung das Filmmaterial auch dem Verband kostenlos zur Verfügung zu stellen, damit dieser es sodann auf seinem eigenen Internetportal nutzen kann.³⁵⁾

- 18 Kann ein Sportveranstalter indes einen Drittmarkt, auf dem er zwar regulierend, jedoch nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager tätig wird, überhaupt im kartellrechtlichen Sinne beherrschen? Eine solche Konstellation ist unter bestimmten Voraussetzungen auf der Basis europäischen und deutschen Kartellrechts nicht nur theoretisch vorstellbar, sondern dürfte in der Praxis öfter als vielleicht bislang vermutet vorliegen.

b) Europäisches Kartellrecht

- 19 Den Ausgangspunkt bildet der regelmäßig hierarchisch-pyramidenförmige Aufbau des Sportverbandswesens, mithin das sog. Ein-Verband-Prinzip.³⁶⁾ Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass solche monopolartigen Strukturen letztlich aufgrund der Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs von den (un)mittelbaren Verbandsmitgliedern geschaffen worden sind bzw. von diesen weiterhin aufrechterhalten werden. Angesichts derartiger Strukturen ist die Vorstellung nicht ungewöhnlich, dass ein Sportdachverband sich das Handeln seiner auf einem Drittmarkt tätigen (un)mittelbaren Mitglieder zurechnen lassen muss.³⁷⁾ Dabei sei für die nachfolgenden Erwägungen unterstellt, dass diese (un)mittelbaren Mitglieder des Sportdachverbands in ihrer Gesamtheit auf dem Drittmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Zum Zweck der Zurechnung sind im europäischen Kartellrecht seitens der Rechtsprechung – zunächst abseits des Sportsektors und beschränkt auf den Bereich der Fusionskontrolle – Voraussetzungen für das Vorliegen einer sog. kollektiven Marktbeherrschung entwickelt worden.³⁸⁾ Diese sind in der Folge auf die Fallgruppe des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen³⁹⁾ sowie schließlich auf den Marktmachtmissbrauch im Sportsektor⁴⁰⁾ übertragen worden. Die maßgebliche Passage des Urteils in der Rechtssache Piau, die eine frühere Fassung des Spielervermittler-Reglements der FIFA betraf, soll hier wörtlich wiedergegeben werden,⁴¹⁾ zumal sich die rechtliche Bewertung durchaus verallgemeinern lässt:

111. 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 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 (...).

112. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei dem von der fraglichen Regelung betroffenen Markt um einen Dienstleistungsmarkt, bei dem Dienstleistungsempfänger die Spieler und die Vereine und Dienstleistungserbringer die Spielervermittler sind. Auf diesem Markt kann jedoch die FIFA als für die Fußballvereine handelnd angesehen werden, da sie, wie bereits festgestellt worden ist (...), eine von den Unternehmen, die die Vereine darstellen, geschaffene Struktur in der Form einer Vereinigung zweiten Grades ist.

113. Die Durchführung eines Beschlusses wie des Spielervermittler-Reglements der FIFA kann dazu führen, dass sich auf dem relevanten Markt tätige Unternehmen, hier die Fußballvereine, hinsichtlich ihres Verhaltens auf einem bestimmten Markt so gebunden haben, dass sie auf diesem ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern gegenüber als kollektive Einheit auftreten (...).

Bei Vorliegen der in Randnummer 111 aufgelisteten Voraussetzungen für das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung sind sodann jedes Mitglied der kollektiven Einheit und damit – wie sich aus Randnummer 112 ergibt – insbesondere auch der Sportverband selbst als für seine Mitglieder handelnder Marktbeherrscher einzustufen. In diesem Zusammenhang spricht *Grätz*⁴²⁾ anschaulich von einem „Transparenzkriterium“, einem „Abschreckungskriterium“ sowie einem „Steuerungskriterium“.

Bezüglich des „Transparenzkriteriums“ sichern Sportverbände die einheitliche Vorgehensweise der Verbandsmitglieder auf verschiedene Weise: Im Rahmen der zumeist in jährlichen Abständen erfolgenden Lizenzierungsverfahren müssen die Antragsteller vielerlei Informationen tatsächlicher und wirtschaftlicher Natur offenlegen und sich zudem den jeweils gültigen Verbandsregelwerken unterwerfen. Um ein einheitliches Vorgehen zu erreichen, versuchen Sportdachverbände auch innerhalb der Verbandspyramide einen Vollzug der von ihnen getroffenen Entscheidungen möglichst ohne materielles Prüfrecht der Mitgliedsverbände anzuordnen.⁴³⁾ Zudem sollte schließlich die Kontrollfunktion der im sportlichen und wirtschaftlichen Wettbewerb stehenden Clubs oder Athleten sowie insbesondere der Medien nicht unterschätzt werden. Ob im Einzelfall das „Abschreckungskriterium“ greift, hängt in erheblichem Maße davon ab, ob und wie effektiv ein Sport(dach)verband gegen die Nichteinhaltung der Verbandsstatuten durch Mitglieder einschreitet. Im Hinblick auf das „Steuerungskriterium“ ist entscheidend, inwieweit die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher das vom marktbeherrschenden Verband und seinen (un)mittelbaren Mitgliedern beabsichtigte Marktverhalten zu untergraben vermag. Damit steht die Frage im Zentrum, ob und inwieweit auf dem betroffenen Drittmarkt den dort tätigen Sponsoren, Sportartikelherstellern, Spielervermittlern und -beratern oder aber auch Investoren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um die Verbandsstatuten zumindest teilweise ins Leere laufen zu lassen. Die Antwort wird sicherlich in erheblichem Maße auch von der Popularität einer Sportart, ihrem wirtschaftlichen Stellenwert und dem damit einhergehenden Vermarktungspotential abhängen. Maßgeblich sind wie so oft die Umstände des konkreten Einzelfalls. So

35) Siehe hierzu *Ahrens*, Streit um Amateurfußball-Videos: Nicht mehr ganz im Bilde, Spiegel-Online vom 24.04.2015, <http://www.spiegel.de/sport/fussball/amateurfussball-streit-um-videos-entzweit-bfv-und-bayerische-verlage-a-1030198.html>; *Hägler*, Streit am Spielfeldrand, Süddeutsche.de vom 22.04.2015, <http://www.sueddeutsche.de/medien/fussball-streit-am-spielfeldrand-1.2446905>; vgl. auch *Kress* – Der Mediendienst vom 21.04.2015, <https://kress.de/tagesdienst/detail/beitrag/131134-zeitung-ziehen-gegen-fussball-verband-vor-gericht-wer-darf-beim-amateurfussball-filmen.html>.

36) Oben II. 3., Rn. 13-16.

37) Siehe zu dieser Zurechnungsproblematik bereits *Grätz* (Fn. 11), S. 166-169; *Heermann*, WuW 2009, 489, 494 f.

38) EuG, 25.03.1999 – T-102/96, Slg. 1999, II-753 Rn. 276 – *Gencor*; EuG, 06.06.2002 – T-342/99, Slg. 2002, II-2585 Rn. 62 – *Airtours*.

39) EuG, 30.09.2003 – T-191/98, Slg. 2003, II-3275 Rn. 652 – *Atlantic Container Line AB*.

40) EuG, 26.01.2005 – T-193/02, Slg. 2005, II-209 Rn. 111 f. – *Piau*; vgl. hierzu auch *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 13), Syst. IV Sport Rn. 42.

41) EuG, 26.01.2005 – T-193/02, Slg. 2005, II-209 Rn. 111-113 – *Piau*. Siehe zur rechtlichen Bewertung dieser Entscheidung auch *Vetter*, SpuRt 2005, 233 ff.; *Heermann*, Aktuelle kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Spielertransfers – dargestellt anhand der Voraussetzungen für die Tätigkeit als Spielervermittler und der Bedingungen für die Aufnahme von Verhandlungen mit wechselwilligen Spielern, in: *Arter/Baddeley* (Hrsg.), Sport und Recht, 4. Tagungsband, 2007, S. 263, 267 ff.

42) *Grätz* (Fn. 11), S. 167 f.

43) Zu den damit verbundenen, durchaus umstrittenen Rechtsfragen hinsichtlich einer etwaigen Prüfungskompetenz der Mitgliedsverbände vgl. einerseits im konkreten Fall bejahend OLG Bremen, 30.12.2014 – 2 U 67/14, SpuRt 2015, 74, 76; insoweit zustimmend *P. Meier*, CaS 2015, 62, 66, überaus kritisch hingegen *J. F. Orth/Stopper*, SpuRt 2015, 51, 53 f.

Heermann – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)

wie Spielervermittler oder Sponsoren auf dem deutschen und vermutlich auch europäischen Markt bei Verbandsstatuten, die ihre Tätigkeit beschränken, nicht ohne weiteres vom Profifußball auf Feldhockey umsatteln werden, dürfte die Attraktivität der genannten Sportarten etwa auf dem indischen oder pakistanischen Markt von Spielervermittlern und Sponsoren vermutlich genau entgegengesetzt eingestuft werden.

c) Deutsches Kartellrecht

- 22 In den Vorschriften des GWB wird die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung zwar nicht ausdrücklich erwähnt, gleichwohl ist das Phänomen dem deutschen Kartellrecht nicht unbekannt. So legt § 18 Abs. 5 GWB⁴⁴⁾ fest, dass zwei oder mehr Unternehmen marktbeherrschend sind, soweit – erstens – zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerbliche Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und – zweitens – sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen von § 18 Abs. 1 GWB erfüllen. Danach ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Mag der deutsche Ansatz damit vorrangig an Marktstrukturkriterien anknüpfen, so hat doch der deutlich stärker ökonomisch fundierte Ansatz insbesondere der Rechtsprechung des EuG in jüngster Zeit in der deutschen Judikatur zur Fusionskontrolle Spuren hinterlassen.⁴⁵⁾ Wie im europäischen Kartellrecht ist auch bei einer kollektiven Marktbeherrschung i. S. v. § 18 Abs. 5 GWB jedes einzelne Unternehmen, das zur Gruppe gehört, als Marktbeherrscher zu behandeln.⁴⁶⁾ Da die wesentliche praktische Bedeutung der Vorschrift bislang in der Fusionskontrolle lag,⁴⁷⁾ lässt sich derzeit nicht absehen, wann und inwieweit die zu § 18 Abs. 5 GWB entwickelten Kriterien zur Bestimmung einer kollektiven Marktbeherrschung in die Missbrauchskontrolle übernommen werden. Festzuhalten ist jedoch, dass – theoretisch – auch nach dem deutschen Kartellrecht Sportverbände auf bestimmten relevanten Drittmärkten, auf denen sie nicht unmittelbar selbst aktiv auftreten, als für ihre Mitglieder handelnd und damit als marktbeherrschend eingestuft werden können.

5. Drittmarktproblematik

a) Ausgangslage

- 23 Sollte ein Sportverband mit einem Monopol auf dem Sportveranstaltungsmarkt Verbandsstatuten erlassen, die sich auf einen Drittmarkt auswirken, auf dem der Sportverband entweder nicht selbst als Anbieter bzw. Nachfrager auftritt oder auf dem er zumindest nicht als Marktbeherrscher (auch nicht im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung) eingestuft werden kann, ergibt sich eine Konstellation, die unter verschiedenen Schlagworten diskutiert wird: „Missbrauchstransfer“⁴⁸⁾ „Machtstransfer auf Verbundmärkten“⁴⁹⁾ „Machtstransfer auf benachbarte Mär-

te“⁵⁰⁾ „Drittmarktproblematik“⁵¹⁾ „Drittmarktbehinderung“⁵²⁾ oder „kartellrechtlicher Missbrauch in Fällen mit Drittmarktbezug“.⁵³⁾ Dabei kann zwischen drei Konstellationen unterschieden werden:⁵⁴⁾

- Ein marktbeherrschendes Unternehmen nimmt das wettbewerbsbeschränkende Verhalten auf einem nicht beherrschten Drittmarkt vor, wo sodann auch die maßgeblichen wettbewerblichen Wirkungen eintreten (Drittmarktfälle).
- Ein marktbeherrschendes Unternehmen nimmt auf dem beherrschten Markt das wettbewerbsbeschränkende Verhalten vor, das sich in der Folge ganz oder zumindest schwerpunktmäßig auf dem nicht beherrschten Drittmarkt auswirkt (Fälle mit Drittmarktwirkungen). Hierzu gehören auch Fälle der Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (essential facilities; siehe hierzu im deutschen Kartellrecht § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB).
- Ein marktbeherrschendes Unternehmen nimmt das wettbewerbsbeschränkende Verhalten auf einem nicht beherrschten Drittmarkt vor, während die maßgeblichen wettbewerblichen Wirkungen auf dem beherrschten Markt eintreten (unechte Drittmarktfälle).

Die letzte Konstellation kommt eher selten vor, die beiden erstgenannten Konstellationen, d. h. Drittmarktfälle und Fälle mit Drittmarktwirkungen, können durchaus auch im Sportsektor auftreten. Hierbei ist jedoch das Verhalten des Marktbeherrschers nicht automatisch als missbräuchlich i. S. d. kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften (insbesondere §§ 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV) einzustufen. Eine solche Annahme liegt insbesondere fern, wenn auf dem von dem Sportverband nicht beherrschten Markt bereits ein marktstarker Wettbewerber vorhanden ist oder gar mehrere tätig sind. 24

Bei der kartellrechtlichen Bewertung solcher Konstellationen kann man zwar versuchen, sich an einigen bereits ergangenen Entscheidungen zum europäischen und deutschen Kartellrecht zu orientieren. Allerdings sind diese zunächst durch unterschiedliche Ansätze hinsichtlich der systematischen Einordnung der Rechtsproblematik geprägt. Im europäischen Kartellrecht wird die Drittmarktthematik tendenziell bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens problematisiert,⁵⁵⁾ während im deutschen Kartellrecht der Machttransfer auf benachbarte Märkte eher beim Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs geprüft wird.⁵⁶⁾ Darüber hinaus weisen die seitens der Judikatur entwickelten Ansätze zu den Voraussetzungen, unter denen letztlich ein missbräuchlicher Machttransfer auf benachbarte Märkte angenommen werden kann, ein überaus breites Spektrum auf, so dass sich kaum allgemein anerkannte Begründungsansätze abzeichnen. 25

Diese Unsicherheiten beim Umgang mit der Ausgangsproblematik können letztlich nicht verwundern, da die kartellrechtliche Bewertung doch stets von den konkreten Einzelfallumständen abhängt und auch allgemein die marktübergreifenden ökonomischen Effekte in Drittmarktfällen und Fällen mit Drittmarktwirkungen nicht als gesichert angesehen werden können. Dies muss sodann umso mehr für Fälle des Machttransfers von Sport-

44) Diese durch die 8. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift hat gegenüber ihrer Vorgängervorgängerin § 19 Abs. 2 S. 2 GWB a. F. keine sachliche Änderung gebracht.

45) BGH, 20.04.2010 – KVR 1/09, WRP 2010, 937 Rn. 72 = WuW 2010, 673 – Phonak/GN Store; BGH, 11.11.2008 – KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 39 ff. = WRP 2009, 85 = WuW 2009, 49 – E.ON/Stadtwerke Eschwege; BGH, 06.12.2011 – KVR 95/10, BGHZ 192, 18 Rn. 48 ff. = WuW 2012, 721 – Total/OMV.

46) Vgl. stellvertretend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2 Teil 1, 5. Aufl., 2014, § 18 GWB Rn. 134, 143 m. w. N.

47) Vgl. stellvertretend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 46), § 18 GWB Rn. 134, 143 m. w. N.

48) Vgl. hierzu *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl., 2014, § 27 Rn. 8.

49) *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2014, § 19 Rn. 35 ff.

50) *Grätz* (Fn. 11), S. 169–172; im Anschluss daran *Heermann*, WuW 2009, 489, 495.

51) Vgl. hierzu BGH, 14.07.1998 – KZR 1/97, NJW 1998, 3778, 3779 – Schilderpräger im Landratsamt.

52) Vgl. *Stoll*, Drittmarktbehinderungen im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2002; *Emmerich* (Fn. 48), § 27 Rn. 8.

53) *Lagemann*, Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften auf Fälle mit Drittmarktbezug – Eine Untersuchung zu §§ 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV, 2013.

54) Zur nachfolgenden Abgrenzung siehe zuletzt *Lagemann* (Fn. 53), S. 27–37 m. w. N.; ähnlich *Riziotti*, Marktbeherrschung und Drittmarkt, 2010, S. 179 ff., 343 ff., 349 ff.

55) Vgl. stellvertretend EuG, 06.10.1994 – T-83/91, Slg. 1994, II-755 Rn. 100 f. – Tetra Pak/Kommission.

56) Vgl. stellvertretend BGH, 04.11.2003 – KZR 16/02, BGHZ 156, 379 Rn. 21 = WRP 2004, 376 – Strom und Telefon I.

verbänden auf benachbarte Märkte gelten, weil sich – wie bereits dargelegt⁵⁷⁾ – der sportliche Wettbewerb vom typischen wirtschaftlichen Wettbewerb in einigen Punkten deutlich unterscheidet und – soweit ersichtlich – Entscheidungen zur Drittmarktproblematik im Sportsektor nicht vorliegen.

- 27) Nachfolgend kann die rechtlich, vor allem aber auch ökonomisch komplexe Drittmarktproblematik nicht umfassend dargestellt und analysiert werden. Vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf zentrale argumentative Strömungen im europäischen und deutschen Kartellrecht.⁵⁸⁾ Diese vermitteln einen Eindruck, von welchen Voraussetzungen im konkreten Einzelfall die Annahme eines missbräuchlichen Machttransfers von Sportverbänden auf benachbarte Märkte möglicherweise abhängig gemacht würde.

b) Europäisches Kartellrecht

- 28) Bereits frühzeitig stellte das EuG in der Rechtssache Tetra Pak grundlegend fest, dass der für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens in Drittmarktfällen zu fordernde Zusammenhang zwischen missbräuchlicher Verhaltensweise und beherrschender Stellung regelmäßig nicht gegeben sei, wenn ein Verhalten in einem vom beherrschten Markt zu trennenden Bereich vorgenommen werde. Eine Anwendung von Art. 102 AEUV sei jedoch möglich, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten. Solche lägen insbesondere vor, wenn der beherrschte und der nicht beherrschte Markt benachbart und untereinander verbunden seien.⁵⁹⁾

c) Deutsches Kartellrecht

- 29) Bereits seit den 1960er Jahren vertritt der BGH die Auffassung, dass § 20 GWB bei Fällen mit Drittmarktbezug eingreife, wenn sich die für einen Markt festgestellte marktbeherrschende Stellung auf dem Drittmarkt auswirke.⁶⁰⁾ Konkretisierend hat der BGH später gefordert, dass die Beeinträchtigung auf dem nicht beherrschten Drittmarkt eintreten könne, sofern nur der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben sei.⁶¹⁾ Für Fälle mit

Drittmarktwirkungen hat die Judikatur mit einander teilweise widersprechenden Ansätzen die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht vom Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen abhängig gemacht. So müsse der Marktbeherrscher nach Ansicht des Kammergerichts für das Eingreifen von § 20 GWB jedenfalls auch auf dem nicht beherrschten Markt tätig sein.⁶²⁾ Demgegenüber forderte der BGH insoweit, dass das auf dem Drittmarkt beeinträchtigte Unternehmen gleichzeitig auf dem beherrschten Markt tätig sein müsse.⁶³⁾ Allerdings ist auch wiederholt die Auffassung vertreten worden, dass §§ 19, 20 GWB nicht bei Drittmarktfällen eingreifen würden.⁶⁴⁾

Anm. der Redaktion:

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

57) Siehe oben II. 1., Rn. 8-10.

58) Zu einer ausführlichen Analyse von Judikatur und Schrifttum zur Drittmarktproblematik im deutschen und europäischen Kartellrecht vgl. zuletzt *Lagemann* (Fn. 53), S. 39 ff., 84 ff., 122 ff. und 141 ff., jeweils m. w. N.

59) EuG, 06.10.1994 – T-83/91, Slg. 1994, II-755 Rn. 102-120 – Tetra Pak II; EuGH, 14.11.1996 – C-333/94, Slg. 1996, I-5951 Rn. 27 f. – Tetra Pak II; kritisch gegenüber dieser einschränkenden Auslegung *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 17), Art. 102 Rn. 141 f.

60) BGH, 07.11.1960 – KZR 1/60, BGHZ 33, 259, 10 = NJW 1961, 172 – Molkereigenossenschaft.

61) BGH, 04.11.2003 – KZR 16/02, BGHZ 156, 379, 21 = GRUR 2004, 255 – Strom und Telefon I.

62) KG, 21.03.198 – Kart.U 3017/83, WuW 1984, 815, 816 – Versicherung von Fernsehreparaturkosten.

63) BGH, 23.02.1988 – KZR 17/86, WRP 1988, 594, 598 – Sonderungsverfahren; im Anschluss daran KG, 15.03.1991 – Kart 15/90, WuW 1991, 841, 847 ff. – VW-Leasing; diese Frage zuletzt offen lassend BGH, 30.03.2004 – KZR 1/03, BGHZ 158, 334, 10 = GRUR 2004, 706 – Der Oberhammer.

64) OLG Düsseldorf, 19.05.1965 – WuW 1965, 709, 714 – Marktfreie Milcherzeugnisse; OLG Frankfurt, 09.05.1995 – 11 VA (Kart) 1/94 und 11 VA (Kart) 2/94, WuW 1995, 760, 775 – Konzessionsvertrag Niederhausen; OLG Frankfurt, 22.02.2005 – 11 U 47/04 (Kart), GRUR 2005, 611, 611 – Fernsehzeitschrift; so im Grundsatz zuletzt bezüglich §§ 19, 20 GWB, aber auch Art. 102 AEUV *Lagemann* (Fn. 53), S. 159 ff., 206 ff., 311 ff., auf der Basis einer umfassenden ökonomischen Analyse der Drittmarktproblematik.

Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. und Wiss. Mit. Oliver Kreutz, Göttingen*

Native Advertising – Alter Wein in neuen Schläuchen? (Teil 1)

INHALT

I. Einleitung

II. Native Advertising

1. Allgemein

2. Wichtigste Erscheinungsformen

3. Abgrenzung zu sog. Advertorials

4. Beispiel: „25 Places That Look Not Normal, But Are Actually Real“

III. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Native Advertising

1. Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellen Inhalten

- Hintergrund des Trennungsgrundsatzes
- Einordnung des Native Advertising
- Anwendung des Trennungsgrundsatzes im Internet

2. Native Advertising als „geschäftliche Handlung“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

3. Verstoß gegen § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs

- Beitrag als „redaktioneller Inhalt“
 - Äußeres Erscheinungsbild
 - Urheberschaft einer Redaktion
 - Streitentscheid
- Zweck der Verkaufsförderung
- Keine eindeutige Erkennbarkeit des werblichen Charakters

* Der Autor *Wiebe* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Medien- und Informationsrecht an der Universität Göttingen. Der Autor *Kreutz* ist Dipl.-Jur. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1166.