



# STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

## Symposium in Wien am 18.01.2024

Panel: „Die Berücksichtigung des „European Sports Model“ bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Sportverbände “

Moderation: Dr. Axel Reidlinger, LL.M., Rechtsanwalt, Wien

Diskussionsbeiträge: Mag. Christian Ebenbauer, Vorstandsvorsitzender,  
Österreichische Fußball-Bundesliga

Dr. Alexander Hiersche, LL.M., Rechtsanwalt, Wien

Dr. Heinrich Kühnert, MJur, Rechtsanwalt, Wien

# 1. Standortbestimmung

- Keine Anwendung des Unionsrechts auf Regelungen, die „ausschließlich von sportlichem Interesse“ sind (EuGH Rs *Walrave und Koch* [1974])
- Sukzessive (negative) Definition des „rein sportlichen Interesses“ (EuGH Rs *Dona* [1976], Rs *Bosman* [1995])
- Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts nach „3-Stufen-Test“ (EuGH Rs *Meca Medina* [2006])
  - legitimes Ziel – Inhärenz - Verhältnismäßigkeit
- Europäische Kommission: Weißbuch Sport [2007]

## 2. Bisherige Fallpraxis (Auszug)

- Organisation von Sportveranstaltungen (EKom Rs *FIA* [2001], EuGH Rs *MOTOE* [2008])
- Vertrieb von Tickets (EKom Rs *FIFA* [1992], BKartA Rs *DFB* [2017])
- Verkauf von TV-Rechten (EKom Rs *UEFA* [2003], BKartA Rs *DFB* und *DFL*)
- Werbeverträge und Eigenvermarktung (Bundeskartellamt Rs *DOSB / IOC* [2019])
- Zulassung von Athlet:innen (EuGH Rs *Meca Medina* [2006], LG Dortmund Rs *gedoptes Pferd* [2013])
- Zulassung von Sportgerät (dKG, Rs *offizieller Volleyball* [1991])
- Konfliktlösung (BGH KZR 6/15 *Pechstein*)

### 3. EuGH Rs *ESL*, *ISU* und *Royal Antwerp*

- *European Superleague Company* (C-333/21)
  - Vorabentscheidungsverfahren betreffend Regeln über die vorherige Genehmigung von Wettbewerben, über die Teilnahme von Fußballvereinen und Spielern an diesen Wettbewerben sowie über die Verwertung der medialen Rechte
- *Ice Skating Union* (C-124/21 P)
  - Rechtsmittel betreffend Regeln für die vorherige Genehmigung von Wettbewerben, die Teilnahme von Athlet:innen an diesen Wettkämpfen und die Schlichtungsregeln für Konflikte
- *Royal Antwerp* (C-680/21)
  - Vorabentscheidungsverfahren betreffend „Eigenbauspieler“

## 4. Rechtlich relevante Aspekte der Rs *ESL / ISU / RA*

- Marginalisierung von Art 165 AEUV („europäisches Sportmodell“)
- Beschränkung der *Meca Medina*-Kriterien
- Neues zur Dichotomie „bezwecker“ und „bewirkter“ Beschränkungen
- Neues zur „Gleichbehandlung“ durch Marktbeherrscher?
- Auslegung des Art 102 AEUV im Lichte des Art 106 (1) AEUV
- Neues zu Ausnahmen und Freistellungen vom Marktmachtmissbrauch

## 4.1 Marginalisierung von Art 165 AEUV

- Art 165 AEUV als „institutionelle Garantie“ des „europäischen Sportmodells“ (GA *Rantos*)?
- EuGH: Eine Maßnahme, keine Politik – und keine Querschnittsmaterie

[...] as is also apparent from the context of which Article 165 TFEU forms a part, in particular from its insertion in Part Three of the FEU Treaty, devoted to ‘Union policies and internal actions’, and not in Part One of that treaty, which contains provisions of principle, including, under Title II, ‘provisions having general application’, [...] that article is **not a cross-cutting provision having general application.**

[...] More broadly, nor must Article 165 TFEU be regarded as being a special rule exempting sport from all or some of the other provisions of primary EU law liable to be applied to it **or requiring special treatment for sport in the context of that application.**

[...] *Royal Antwerp*, Rn 68 f

## 4.2 Beschränkung der *Meca Medina*-Kriterien

- 3-Stufen-Test ist kein „Einstiegstest“ für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts
- Keine Anwendung bei „bezweckten“ Beschränkungen

However, the case-law referred to in paragraph 113 [ESL: 183; ISU: 110] of the present judgment **does not apply in situations involving conduct which**, far from merely having the inherent ‘effect’ of restricting competition, at least potentially, by limiting the freedom of action of certain undertakings, reveals a degree of harm in relation to that competition that justifies a finding that it **has as its very ‘object’ the prevention, restriction or distortion of competition.**

As regards conduct having as its object the prevention, restriction or distortion of competition, it is thus **only if Article 101(3) TFEU applies [...]** that it **may be granted the benefit of an exemption from the prohibition laid down in Article 101(1).**

*Royal Antwerp, Rn 115; European Superleague, Rn 185; ISU, Rn 113*

## 4.3 Bezweckte / bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- Rechtliche Ausführungen (*ESL* Rn 161-167; *ISU* Rn 101-108; *Royal Antwerp* Rn 88-98) entsprechen der stRsp
  - Eng auszulegen
  - Entscheidend ist, ob Vereinbarung nach ihrem Inhalt, ihren Zielen und ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang für sich genommen den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt
  - Umstand, dass auch legitime Ziele verfolgt werden, schließt bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht aus (vgl. C-209/07 *Beef Industry*, Rn 21; C-551/03 P *General Motors*, Rn 64 u 77)



## 4.3 Bezweckte / bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- Genehmigung von Teilnahme an verbandsfremden Wettbewerben
  - Bezweckt, außer an objektive, nicht-diskriminierende, verhältnismäßige und klare & transparente Kriterien geknüpft

[...] Those rules thus make it possible, by their nature, if not to exclude from that market any competing undertaking, even an equally efficient one, at least to **restrict the creation and marketing of alternative or new competitions in terms of their format or content**. In so doing, they also completely deprive professional football clubs and players of the opportunity to participate in those competitions, **even though they could, for example, offer an innovative format** whilst observing all the principles, values and rules of the game underpinning the sport. Ultimately, they **completely deprive spectators and television viewers of the opportunity to attend those competitions or to watch the broadcast thereof**.

*Super League*, Rn 176; *ISU*, Rn 145f

## 4.3 Bezweckte / bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- Genehmigung von Teilnahme an verbandsfremden Wettbewerben
  - Aber: wettbewerbsfördernde Wirkungen sind bei der Einordnung als bezweckt/bewirkt zu berücksichtigen (C-211/22 *Super Bock*, Rn 36; C-307/18 *Generics (UK)*, 103ff)
  - Bei zweiseitigen Märkten ist Interaktion mit der zweiten Marktseite als Teil des wirtschaftlichen Zusammenhangs zu berücksichtigen (C-67/13 P *Cartes bancaires*, Rn 79)
  - Negative Auswirkungen verbandsfremder Wettbewerbe auf Publikumsinteresse unplausibel?  
Wesentliche Treiber:
    - wettbewerbliche Ausgewogenheit (*competitive balance*);
    - Superstar-Effekt
  - Exklusivitäten sind grds keine bezweckten Beschränkungen (C-234/89 *Delimitis*, Rn 13); auch bei Marktbeherrschung Nachweis fehlender Auswirkungen zulässig (C-680/20 *Unilever Italia*, Rn 60)

## 4.3 Bezweckte / bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- Home-grown player Regel (*Royal Antwerp*)
  - Beurteilung dem nationalen Gericht überlassen (Rn 108)

106 [...] the real conditions which characterise the functioning of the ‘market’ [of] professional football competitions explain that the rules [...], **may continue to refer, on certain points and to a certain extent, to a national requirement or criterion.** [Verweis auf Länderspiele in C-415/93 *Bosman*, Rn 127f]

107 [...] those rules [...] limit or control one of the essential parameters of the competition in which professional football clubs may engage, namely the recruitment of talented players [...]  
109 [...] to the detriment of cross-border competition in which they could normally engage by recruiting players trained within other national football associations. The **proportion of players concerned** is, from that point of view, particularly relevant.

## 4.3 Bezweckte / bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- Home-grown player Regel (*Royal Antwerp*)
  - Ausführungen zu Art 101 Abs 3 AEUV relevant?

130 [...] it cannot be excluded a priori that the **interest that some [spectators] have** in interclub competitions depends, among other factors, on the **place of establishment** of the clubs participating in those competitions and the **presence in the teams** fielded by those clubs of **home-grown players**.

132 [...] the determining factor is the level at which the minimum proportions of ‘home-grown players’ to be included on the match sheet have been set, compared with the total number of players on that sheet. The Commission has, more particularly, indicated that, compared with similar rules which it has had to consider, those minimum proportions do not appear to it to be disproportionate, [...] professional football clubs may in actual fact have to or wish to recruit a greater number of ‘home-grown players’ in order to address risks such as accidents or illnesses

## 4.4 Auslegung des Art 102 im Lichte des Art 106 (1)

- Grunddefinition missbräuchlichen Verhaltens entspricht stRsp
  - Verwendung von Mitteln abseits des Leistungswettbewerbs zur Verhinderung oder Erschwerung von Markteintritt und -wachstum
    - ebenso effizienter Wettbewerber (*ESL*, Rn 129f)
    - potenzieller Wettbewerber in einem früheren Stadium (*ESL*, Rn 131)
- EuGH wendet auf die Nicht-Autorisierung aber nicht die *Bronner*-Kriterien an (anders *GA Rantos*, Schlussanträge *ESL*, Rn 137ff)...
- ... sondern schafft einen neuen Missbrauchstyp

## 4.4 Auslegung des Art 102 im Lichte des Art 106 (1)

- Art 106(1) als (ursprünglich) „staatsgerichtete“ Norm für öffentliche und privilegierte Unternehmen

Consequently, the grant of exclusive or special rights conferring such a power on the undertaking concerned, or the **existence of a similar situation in the relevant markets, must be subject to restrictions, obligations and review** that are capable of eliminating the risk of abuse of its dominant position by that undertaking, so as not to give rise to an infringement of **Article 102 TFEU, read in conjunction with Article 106 TFEU.**

*European Superleague*, Rn 134

Consequently, such a power may be conferred on a given undertaking only on condition that it is subject to restrictions, obligations and review, **irrespective of whether that power originates from the grant, by a Member State, of exclusive or special rights [...], from the autonomous behaviour of an undertaking in a dominant position [] or even from a decision by an association of undertakings [...].**

*ISU*, Rn 126

## 4.4 Auslegung des Art 102 im Lichte des Art 106 (1)

### ➤ Weitreichende Folgen der Analogie zu Art 105 AEUV

conditions in which potentially competing undertakings may access the market [...], that power must, in order not to infringe, by its very existence, Article 102 TFEU, read in conjunction with Article 106 TFEU, be placed within a framework of substantive criteria which are transparent, clear and precise [...], so that it may not be used in an arbitrary manner. Those criteria must be suitable for ensuring that such a power is exercised in a non-discriminatory manner and enabling effective review.

136 The power in question must also be placed within a framework of transparent, non-discriminatory detailed procedural rules relating, inter alia, to the time limits applicable to the submission of an application for prior

- ### ➤ *ESL*: Umstand, dass FIFA und UEFA kein rechtliches Monopol haben, ist irrelevant, da die Schaffung eines lebensfähigen Wettbewerbs außerhalb ihrer Strukturen unmöglich ist (Rn 149)

## 4.5 Freistellungen vom Missbrauchsverbot

- *ESL*: Einschränkung der regulatorischen Nebenabreden-Doktrin nach *Wouters* und *Meca Medina* (legitimes Ziel des öff Interesses, Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit)

185 [...] does not apply in situations involving conduct which [...] by its very nature infringes Art 102 TFEU

186 [...] does not apply either in situations involving conduct which [...] reveals a degree of harm [...] that justifies a finding that it has as its very "object" the prevention, restriction or distortion of competition

- Vgl C-331/21 *EDP*, wo der EuGH die Anwendbarkeit der Rsp zu kommerziellen Nebenabreden auf horizontale Wettbewerbsverbote (bezweckt) bestätigt
  - strengere Voraussetzungen für regulatorische Nebenabreden als für kommerzielle



## 4.5 Freistellungen vom Missbrauchsverbot

### ➤ *ESL*: Voraussetzungen von "Art 102 (3)" AEUV

204 **first**, that its conduct can allow **efficiency gains** to be achieved by establishing the actual existence and extent of those gains; **second**, that such efficiency gains **counteract the likely harmful effects of that conduct on competition and consumer welfare** on the market(s) concerned; **third**, that that **conduct is necessary** for the achievement of those gains in efficiency; and, **fourth**, that it **does not eliminate effective competition**, by removing all or most existing sources of actual or potential competition

### ➤ Beweislast bei marktbeherrschendem Unternehmen

### ➤ Voraussetzungen nicht erfüllt: Genehmigungsregeln ermöglichen den Ausschluss sämtlichen Wettbewerbs (Rn 207f)

## 5. Ausblick

- Konsequenzen für das „europäische Sportmodell“
- Fragen zur künftigen Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit
- Anhängige Verfahren

## 5.1 Konsequenzen für das europäische Sportmodell

- Welche Konsequenzen haben die Entscheidungen für das europäische Sportmodell
  - Ein-Platz-Prinzip adé?
  - Strukturelle Maßnahmen zur Vorbeugung von Interessenskonflikten erforderlich?
- Wie ist eine rechtskonforme Gestaltung von Sportverbandsregeln möglich?
  - Umfang und Grenzen der Gleichbehandlungspflicht – Veranstaltungen, Kalender uvm

## 5.2 Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit

- EuGH beurteilt ausschließliche Zuständigkeit des CAS als unionsrechtswidrig

193 [...] while [...] the requirements relating to the effectiveness of the arbitration proceedings may justify the judicial review of arbitral awards being limited, [...] **judicial review must [...] be able to cover the question whether those awards comply with the fundamental provisions that are a matter of EU public policy, which include Articles 101 and 102 TFEU.**

198 That requirement of effective judicial review means that [...] the court having jurisdiction to review the awards [...] **may confirm that those awards comply with Articles 101 and 102 TFEU.** In addition, it entails that court's satisfying all the requirements under Article 267 TFEU, so that it is entitled, or, as the case may be, required, to **refer a question to the Court of Justice**

- Aufhebungsverfahren vor Bundesgericht (CH) erfüllt Anforderungen nicht
- Rechtsschutz in Anerkennungsverfahren und Schadenersatzansprüche reichen nicht aus

## 5.2 Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit

- Beschränkung des Prüfungsumfangs im Aufhebungsverfahren jedoch zulässig (*ISU* Rn 193 unter Verweis auf C-126/97 *Eco Swiss*, Rn 35)
  - Anders als in *Achmea*-Rsp zu BIT (dort unzulässig)
- Uneingeschränkte Kontrolle des Schiedsspruchs hinsichtlich grundlegender kartellrechtlicher Normen wie in DE (BGH KZB 75/21 *Basaltsteinbruch*) daher nicht erforderlich
- Eingeschränkte österreichische *ordre public*-Prüfung (OGH 2 Ob 22/14w *Mengenreduktionsklausel*) ausreichend?

## 5.3 Anhängige Verfahren

- Vermittlungsprovisionen
- FIFA-Reglement für Spielervermittler löste Vielzahl an Verfahren aus, zwei anhängige VE-Ersuchen
  - C-209/23 *FT und RRC Sports* (LG Mainz): ua Deckelung von Provisionen (fee cap)
  - C-428/23 *Rogon* (BGH): ua Provisionsverbot für Folgetransfers, Provisionsverbot bei Vermittlung Minderjähriger
- Nationale Entscheidungen sehen wichtige Teile als kartellrechtswidrig an
  - OLG Frankfurt 11 U 172/19 (Vorinstanz zu *Rogon*): Provisionsverbot für Folgetransfers
  - LG Dortmund 8 O 1/23 (Kart): fee cap (EV-Verfahren)
  - FA Tribunal (UK): *CAA et al v The Football Association*: fee cap, pro rata Zahlung bei vorzeitigem Weitertransfer

## 5.3 Anhängige Verfahren

- Vermittlungsprovisionen
- Nationale Entscheidungen legen Fokus auf *Meca Medina*-Kriterien; eigentliche kartellrechtliche Prüfung eher cursorisch
  - LG Dortmund, FA Tribunal: *fee cap* ist Einkaufskartell → bezweckte Wettbewerbsbeschränkung
    - aber: Einkaufsvereinbarungen sind nicht immer bezweckt: C-250/02 *Gøttrup-Klim*; Horizontal-LL Rn 278ff
  - FA Tribunal: *fee cap* würde auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, (insb) weil sie zu einer Reduktion des Investments von Vermittlern in weniger profitablen Bereichen führen würde
    - aber: Grenznutzen geringerer fees in weniger profitablen Bereich würde steigen;
    - führte massiver Anstieg der Vermittlerprovisionen seit 2011 (399% zwischen 2011 und 2019, 38,8% YOY 2022-2023) zu einer Verbesserung des Angebots im weniger profitablen Bereich?

## 6. Abschließende Thesen