



# **DER SPORT ALS KATALYSATOR FÜR EINEN GESTÄRKTEN WETTBEWERBSSCHUTZ?**

Neue Maßstäbe zur Anwendung von Art. 101, 102 AEUV nach den Urteilen zu ESL und ISU?

Dr. Alexander Fritzsche, Frankfurt | Dr. Max Schulz, Düsseldorf

# Übersicht



**1. Einführung und Überblick**

---

**2. Weiterentwicklung und Dogmatik der Tatbestandsausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV**

---

**3. Abgrenzung bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen sowie Art. 101 Abs. 3 AEUV**

---

**4. Weitere Konvergenz von Art. 101 und 102 AEUV?**

---

**5. Bewertung: Einheitliche Standards für geborene, gekorene und gewordene Gatekeeper!?**

---

**6. Ausblick auf weitere Fälle**



# 1. EINFÜHRUNG UND ÜBERBLICK

# 1. Einführung und Überblick

- Am 21. Dezember 2023 urteilt der EuGH in der Besetzung als Große Kammer in drei Verfahren:
  - European Superleague Company (C-333/21)
  - International Skating Union (C-124/21 P)
  - SA Royal Antwerp Football Club (C-680/21)
- Alle drei Entscheidungen betreffen die Anwendung des Kartellrechts im Sport, die Urteile ESL und ISU stecken die Grenzen der Regelungsmacht von Sportverbänden ganz grundsätzlich ab
- Anlass der Urteile sind Sportregelwerke; Bedeutung reicht aber über "Nische" Sportkartellrecht hinaus; die Urteile enthalten wichtige Aussagen zur Auslegung von und zum Zusammenspiel zwischen Art. 101 und Art. 102 AEUV
- Der EuGH greift die Urteile ESL und ISU im Januar 2024 bereits auf:
  - Litauische Notare (C-128/21)
  - Bulgarische Rechtsanwälte (C-438/22)

# 1. Einführung und Überblick – ESL

## Verbandsregelwerke

- Regelwerke der FIFA und UEFA sehen eine Vorabautorisierung konkurrierender Drittwettbewerbe vor; Vereinen und Spielern ist es untersagt, an nicht autorisierten Drittwettbewerben teilzunehmen (Doppelrolle der Verbände: Organisator und Regulator)
- Konkret niedergelegtes Verfahren bzw. materielle Kriterien, nach denen Drittwettbewerbe genehmigt werden, existieren zu diesem Zeitpunkt nicht
- FIFA bzw. UEFA halten sämtliche (Medien-)Rechte betreffend Vermarktung der Wettbewerbe innerhalb ihrer Verbandsgewalt (potenziell auch Drittwettbewerbe?)

## EuGH Urteil

- EuGH positioniert sich in seinem Urteil streng und zieht Grenzen für Verbände
- Im Mittelpunkt steht die Aussage, dass Doppelrolle der Verbände angesichts des sportlichen Organisationsbedürfnisses als solche zulässig sein kann, nicht aber eine daraus folgende unbeschränkte Verfügungsmacht über Wettbewerber
- Mangels Niederlegung konkreter verfahrensrechtlicher und materieller Anforderungen sieht EuGH eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 AEUV) und zugleich Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV)
- Tatbestandsrestriktion scheidet in dieser Konstellation aus; an das Vorliegen einer Effizienzrechtfertigung werden strenge Anforderungen gestellt

# 1. Einführung und Überblick – ISU

## Verbandsregelwerke

- Regelwerke der ISU sehen – wie Regelwerke von FIFA und UEFA – eine Vorabautorisierung konkurrierender Wettbewerbe vor; Mitgliedern ist es untersagt, an nicht autorisierten Drittwettbewerben teilzunehmen (Doppelrolle)
- Konkret niedergelegtes Verfahren bzw. materielle Kriterien, nach denen Drittwettbewerbe genehmigt werden, existieren nicht
- Rechtsschutz gegen Entscheidung der ISU ist nur vor dem CAS möglich, eine Kontrolle durch staatliche Gerichte erfolgt nur in der Schweiz (= außerhalb der Europäischen Union)

## EuGH Urteil

- In den Schwerpunkten unterscheiden sich Urteile ESL und ISU, Positionierung des EuGH ist in der Sache identisch
- Verbandliche Doppelrolle und daraus entstehende Macht, über das Wohl und Wehe von Wettbewerbern zu entscheiden, begründet ohne Niederlegung konkreter verfahrensrechtlicher und materieller Schranken bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 AEUV)
- Besonderheit des ISU-Urteils sind Ausführungen zum Zusammenspiel aus Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit
- Schiedsgerichtliche Regelungen, die kartellrechtswidrige Maßnahmen der Kontrolle der EU-Gerichte (weitgehend) entziehen (wie im Fall des CAS), sind kartellrechtswidrig



## **2. WEITERENTWICKLUNG UND DOGMATIK DER TATBESTANDSAUSNAHME VON ART. 101 ABS. 1 AEUV**

## 2. Tatbestandsausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV

### a) Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung

- Relevanz bezweckter/bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen ist neu

### b) Begründung der Tatbestandsausnahme

- Rspr.: Selektiver Vertrieb, Franchising, Markterschließungsdoktrin, Nebenabreden,
- (keine) Rule of Reason/ EU style Rule of Reason
- Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele in Art. 101 AEUV – Albany

### Voraussetzungen der Tatbestandsausnahme

Wenn **keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** vorliegt:

„Die Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs [...] kann nämlich zu der Feststellung führen, dass diese

- erstens durch die **Verfolgung** eines oder mehrerer **legitimer Ziele des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sind, die als solche keinen wettbewerbswidrigen Charakter haben, dass
- zweitens die konkreten **Mittel**, die zur Verfolgung dieser Ziele eingesetzt werden, zu diesem Zweck **tatsächlich erforderlich** sind und dass
- drittens, selbst wenn sich herausstellt, dass diese Mittel eine – zumindest potenzielle – Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken, diese **Wirkung nicht über das Erforderliche hinausgeht**, insbesondere indem sie jeglichen Wettbewerb ausschaltet.“

EuGH, Litauische Notare, Rn. 97.

## 2. Tatbestandsausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV

### c) Rechtfertigung bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen

- Was sind legitime Ziele?
- „Genuinely necessary“?
- „Inherent“?
- Kohärenz der Zielverfolgung?
- Kontrolldichte/Ermessen
- Darlegung und Beweis

“...the examination of the economic and legal context of which certain of those agreements and certain of those decisions form a part may lead to a finding,

- first, that they are justified by the pursuit of one or more **legitimate objectives in the public interest** which are not per se anticompetitive in nature;
- second, that the specific **means** used to pursue those objectives are, **genuinely necessary** for that purpose; and,
- third, that, even if those means prove to have an **inherent effect** of, at the very least potentially, restricting or distorting competition,
- [4] that **inherent effect does not go beyond what is necessary**, in particular by eliminating all competition.”

EuGH, ESL, Rn. 183.



**3. ABGRENZUNG BEZWECKTER UND BEWIRKTER  
WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN  
SOWIE ART. 101 ABS. 3 AEUV**

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## **Bezwecken Nr. 1 – Es muss nicht immer der Preis ein**

- "Bezwecken" liegt nicht nur bei Preis-, Kunden- oder Gebietsabsprachen vor
- Eine ausreichende Schädlichkeit soll auch "Ausschluss von Wettbewerbern" und "Koordination von Verbandsmitgliedern" haben (ESL, Rn. 167; ISU, Rn. 104)
- EuGH bereitet Argumentation zur Doppelrolle der Verbände vor: Fähigkeit über Marktzugang und Wettbewerbsbedingungen zu entscheiden (nicht nur Beschränkung des Wettbewerbsprozesses) ist kritisch

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## Bezwecken Nr. 2 – Keine allgemeinen Ziele?

- EuGH stellt Art und Inhalt berücksichtigungsfähiger (objektiver) Ziele/Zwecke klar
  - "[...], a determination must be made of the **objective aims which that conduct seeks to achieve from a competition standpoint**. Nevertheless, the fact that the undertakings involved acted without having a subjective intention to prevent, restrict or distort competition and **the fact that they pursued certain legitimate objectives are not decisive for the purposes of the application of Article 101(1) TFEU [...]**" (ISU, Rn. 107, auch Rn 147; ESL, Rn. 167))
- Relevant sind objektive, wettbewerbliche Ziele; die Verfolgung (möglicherweise) legitimer politischer oder gesellschaftlicher Ziele (oder Absichten) ist nicht entscheidend
- Einschränkung der Tatbestandsausnahme auf bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen soll nicht durch allgemeine Abwägung im Tatbestand unterlaufen werden

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## Bezwecken Nr. 3 – *Equality of Opportunity* (MOTOE und OTOC)

- EuGH greift maßgeblich auf Rechtsprechungslinie OTOC (C-1/12) zu Art 101 AEUV und MOTOE (C-49/07) zu Art. 102, 106 AEUV zurück
- Im Mittelpunkt steht wettbewerbliche Chancengleichheit (*equality of opportunity*)
  - *"It follows from the case-law of the Court of Justice that the maintenance or development of **undistorted competition in the internal market can be guaranteed only if equality of opportunity is ensured as between undertakings.**" (ISU, Rn. 125; ESL Rn. 133; OTOC, Rn. 88 und MOTOE, Rn. 51, sowie DIE, Rn. 43, GB-Inno, Rn. 25)*
- Chancengleichheit ist eine (strukturelle) Funktionsvoraussetzung des Wettbewerbs; ist sie nicht gewährleistet (z.B. wenn ein Marktteilnehmer über den Marktzugang und die Wettbewerbsbedingungen entscheiden kann), droht eine wohlfahrtsschädliche Einschränkung des Wettbewerbs (ISU, Rn. 125; ESL, Rn. 133)

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## Bezwecken Nr. 3 – *Equality of Opportunity* (MOTOE und OTOC)

- Auf dieser Grundlage folgert EuGH, dass die Macht über Wettbewerber – wie sie im konkreten Fall die Verbände ausüben – nur dann nicht kritisch ist, wenn sie angemessen eingehegt wird
  - *"Consequently, such a power may be conferred on a given undertaking only on condition that it is **subject to restrictions, obligations and review** [...]" (ISU, Rn. 126; ESL 134; auch MOTOE, Rn. 49 ff.)*
- Dies gilt im Rahmen von Art. 102 (106) AEUV und Art. 101 AEUV
  - *"[...], **such a power**, where it is conferred on an undertaking in a dominant position, **infringes, by its very existence, Article 102 TFEU**, read, as appropriate, in combination with Article 106 TFEU [...]" (ISU, Rn. 127)*
  - *"In the same way, [...] **it must be held that such a power may be regarded as having as its 'object' the prevention, restriction or distortion of competition, within the meaning of Article 101(1) TFEU.**" (ISU, Rn. 128)*

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## Bezwecken Nr. 3 – *Equality of Opportunity* (MOTOE und OTOC)

- Der EuGH argumentiert nicht mit (wahrscheinlichen) Wirkzusammenhängen einzelner Maßnahmen im Wettbewerbsprozess oder einer konkreten Ausnutzung wettbewerblicher Macht
- Ganz allgemein wird chancengleiche Interaktion zur wettbewerblichen Funktionsvoraussetzungen erhoben (zu Art. 106 AEUV MOTOE, Rn. 49 und DEI Rn. 41 f., 46)
- Dies stellt der EuGH – auf den Einwand der ISU, dass hierin ein Rechtsfehler des EuG läge (Rn. 143 ff.) – ausdrücklich klar

# 3. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

## Bezwecken Nr. 4 – Erforderliche Eingrenzung

- Zentral: Wann ist wettbewerbliche Macht hinreichend eingeeht?
  - Grundvoraussetzung ist, dass die Machtstellung durch "**substantive criteria which are transparent, clear and precise**" begrenzt wird (ISU, Rn. 131; ESL 135, 151)
  - Die Regeln müssen "**in an accessible form, prior to any implementation**" niedergelegt sein (ISU, Rn. 131; ESL, Rn. 151)
  - Inhaltlich müssen die Kriterien sicherstellen, dass "**such a power is exercised without discrimination and that any sanctions that may be imposed are objective and proportionate**" (ISU, Rn. 133; ESL, Rn. 135, 151)
  - Erforderlich sind überdies "**transparent and non-discriminatory detailed procedural rules**" (ISU, Rn. 135; ESL, Rn. 135) und eine "**effective [EU-law] review**" (ISU, Rn. 134; ESL, Rn. 136, 151)
- Fehlen eines Elements begründet bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, sofern nicht Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen (ESL, Rn. 178; anders AG Rantos, ESL, Rn. 73)

# 3. Art. 101 Abs. 3 AEUV

## Effizienz Nr. 1 – Kein Platzhalter der Tatbestandsausnahme

- Durch Beschränkung der Möglichkeit zur Tatbestandsrestriktion steht Art. 101 Abs. 3 AEUV im Fokus
- Ausführungen liegen auf der Linie der Rechtsprechung, EuGH verdeutlicht aber – noch einmal – den Inhalt und die (hohen) Nachweisanforderungen
- Bewusste Abgrenzung zur Tatbestandsausnahme: Die Eingrenzung der Tatbestandsausnahme soll nicht durch "großzügige" Interpretation der Freistellung unterlaufen werden

# 3. Art. 101 Abs. 3 AEUV

## **Effizienz Nr. 2 – (Auch) keine allgemeinen Ziele und individuellen Vorteile**

- Art. 101 Abs. 3 AEUV erlaubt keine freie Abwägung positiver Effekte, sondern allein quantifizierbare Effizienzvorteile (ESL, Rn. 192)
- Diese sind nicht mit wirtschaftlichen Vorteilen der Beteiligten gleichzusetzen, es bedarf objektiver Vorteile auf den relevanten Märkten oder Sektoren (ESL, Rn. 192)
- In der Praxis dürfte sich der Nachweis als ausgesprochen schwierig erweisen (anders ggf. Medienrechte); Art. 101 Abs. 3 AEUV ist für Unternehmen (und nationale Gerichte) auch hier kein "easy way out"



**4. WEITERE KONVERGENZ VON  
ART. 101 UND 102 AEUV?**

## 4. Weitere Konvergenz von Art. 101 und 102 AEUV?

### a) Effizienzeinwand nach Art. 102 AEUV

Post Danmark I, Rn. 42	ESL Rn. 204
It is for the dominant undertaking to show	It is for the dominant undertaking to demonstrate
that the efficiency gains <u>likely to result</u> from the conduct under consideration ...	that its conduct can allow efficiency gains to be achieved by <u>establishing the actual existence and extent of those gains</u> ...
that those gains have been, or are <u>likely to be</u> , brought about as a result of that conduct...	

### b) By its very nature = by object?

SL185 f. Meca-Medina does “not apply in situations involving conduct which [...] **by its very nature infringes Article 102 TFEU**”.

“Given that the absence of a subjective intention to [restrict competition] and the pursuit of potentially legitimate objectives are not decisive either for the purposes of application of Article 101(1) TFEU and that, moreover, **Articles 101 and 102 TFEU must be interpreted consistently**, the Court finds that [Meca-Medina] does not apply either in situations involving conduct which, [...] has **as its very ‘object’” the restriction of competition.**

EuGH, ESL, Rn. 183.



**5. BEWERTUNG:  
EINHEITLICHE STANDARDS FÜR GEBORENE,  
GEKORENE UND GEWORDENE GATEKEEPER!?**

# 5. Einheitliche Standards für Gatekeeper

## Gatekeeper Nr. 1 – Es geht nicht um Sport

- Kern: Begrenzung (privater) wettbewerblicher Macht und Sicherung Voraussetzungen für eine gleichberechtigte Wettbewerbsteilnahme (ISU, Rn. 125; ESL, Rn. 133); gefährdet, wenn Marktteilnehmer über Wohl und Wehe von Wettbewerbern entscheiden können (ISU, Rn. 125; ESL, Rn. 133, 137)
- Kein "Sonderkartellrecht für Sportmonopolverbände" oder Übertragung von Rechtsprechung aus Art. 106 AEUV auf Sportverbände
- Argumentation ist im Kern nicht verbandsspezifisch oder sportspezifisch, Sport lediglich ein (spezifischer) Anwendungsfall – EuGH adressiert allgemein Gatekeeper-Stellungen

# 5. Einheitliche Standards für Gatekeeper

## Gatekeeper Nr. 2 – Der Ursprung ist irrelevant

- EuGH definiert allgemeingültige kartellrechtliche Mindestanforderungen an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit einer Gatekeeper-Stellung – unabhängig von deren Ursprung
- Kein Unterschied zwischen den Risiken privater und staatlicher Macht im Wettbewerb – Art. 101, 102, 106 AEUV (anders AG Rantos, ESL, Rn. 75)
- *In ISU heißt es im Kontext von Art. 101 AEUV*
  - *"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***  
*[a] from the grant, by a Member State, of exclusive or special rights [...]*  
*[b] from the autonomous behaviour of an undertaking in a dominant position, [...],*  
*[c] or even from a decision by an association of undertakings [...]" (ISU, Rn. 126)*
- *So auch ESL, Rn. 137 zu Art. 102 AEUV*

# 5. Einheitliche Standards für Gatekeeper

## Gatekeeper Nr. 3 – Verfahren und Regeln

- Lösung liegt – in den Augen des EuGH – in transparenten und vorhersehbaren Verfahren sowie klaren und diskriminierungsfreien Regelwerken, innerhalb derer sich Machtpositionen vollziehen sollen
- "Entflechtung" der den Interessenwiderstreit auslösenden Doppelstellung verlangt der EuGH – in diesem Fall – nicht
- Potenzielle Anwendungsfälle finden sich in der Digitalwirtschaft und darüber hinaus (wenngleich die Kriterien nicht klar sind):
  - Hybride Handelsplattformen
  - Wettbewerbsrelevante Schnittstellen oder Softwareportale
  - Betriebssysteme
  - Traditionelle Essential-Facilities (Häfen etc.)
  - Regulierte Netze (Energie, Telekommunikation etc.)

# 5. Einheitliche Standards für Gatekeeper

## Gatekeeper Nr. 3 – Verfahren und Regeln

- Ein Gatekeeper, der nicht die Mindestvoraussetzungen erfüllt, geht das Risiko eines Kartellrechtsverstoßes ein (insb. Art. 102 AEUV); die Innehabung einer Gatekeeper-Stellung ohne ein sie zugleich begrenzendes Verfahren und Regelwerk ist kartellrechtswidrig (?)
- Eine Analyse wettbewerblicher Wirkmechanismen und Kausalverläufe oder eine konkrete Ausnutzung der mit der Gatekeeper-Stellung verbundenen wettbewerblichen Macht ist (wohl) nicht vorgesehen
- Es scheint, als ob EuGH mit den Entscheidungen ISU und ESL den Weg zu einem "Gatekeeper-Recht" beschritten hat – auf Basis der Rechtsprechung zu Art. 106 AEUV



## **6. AUSBLICK AUF WEITERE FÄLLE**