

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

**Prof. Dr. Christian Alexander**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

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: Prof. Dr. Franz Hofmann

Die „Rückrechtsprechung“ des BGH: Ein Fall für den EuGH?

**1** **Herzlich willkommen: Prof. Dr. Christian Alexander ist Mitherausgeber der WRP!**

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

Zur Frage der Beteiligung von Teilnehmern an Sportwettkämpfen an den Vermarktungserlösen der Sportverbände

**10** **Prof. Dr. Joachim Gruber D. E. A.**

Kostenerstattung bei Doppelvertretung in Kennzeichensachen

**12** **Dr. Urs Verweyen**

Von Angelegenheiten und Gegenständen: Zur kostenrechtlich „selben Angelegenheit“ i. S. v. § 15 Abs. 2 RVG

**16** **Benjamin Hiller**

Ein Schritt in die richtige Richtung: Zur Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO und zu offenen Fragen

**18** **Prof. Dr. Peter Ruess LL.M. IP und Dr. Loni Bredies LL.M.**

Millionäre dank Millionen Follower: Rechtliche Bewertung der Entscheidungspraxis zum Influencer-Marketing

**24** **Tristan Radtke und Fabian-Philipp Camen**

Des Wortlauts letzter Schluss? Für mehr Rechtssicherheit bei der Kennzeichnung kommerzieller Influencer-Beiträge

**29** **Günter Barth und Dr. Christoph Corzelius**

Geheimnisverrat im Zuge eines Arbeitnehmerrücktritts – Eine Case Study nach der Reform des Datenschutz- und Geschäftsgeheimnisrechts

**37** **Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena/Balema**

EuGH, Urteil vom 04.12.2019 – C-432/18

**39** **Recht auf Vergessen I**

BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13

**57** **Recht auf Vergessen II**

BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 276/17

**110** **Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I**

OLG Naumburg, Urteil vom 07.11.2019 – 9 U 6/19

**114** **Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace II**

OLG Naumburg, Urteil vom 07.11.2019 – 9 U 39/18

**118** Kommentar von **Günter Barth**

## Herzlich willkommen: Prof. Dr. Christian Alexander ist Mitherausgeber der WRP!

Das Team der WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis – freut sich sehr, seinen Lesern mit dieser Ausgabe 1/2020 Herrn Prof. Dr. Christian Alexander als Mitherausgeber der Zeitschrift vorstellen zu dürfen.

Herr Prof. Dr. Christian Alexander hat seit 2011 den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena inne. Nach seinem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald promovierte er im Jahre 2001 bei Prof. Dr. Axel Beater in Greifswald. Dem Referendariat im Bezirk des KG Berlin folgte eine Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hel-

mut Köhler an der Ludwig-Maximilians-Universität München, die er 2009 mit der Habilitation abschloss.

Der WRP ist Herr Prof. Dr. Christian Alexander langjährig als hoch geschätzter Referent und Teilnehmer unserer Jahrestagung, den Heidelberger Wettbewerbstagen, und anderen Veranstaltungen der Verlagsgruppe sowie als hervorragender Autor verbunden.

Wir freuen uns, dass wir Herrn Prof. Dr. Christian Alexander für die WRP gewinnen konnten, und auf die gemeinsame Zusammenarbeit.

Helmut Köhler

Torsten Kutschke

Uta Wichering

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

## Zur Frage der Beteiligung von Teilnehmern an Sportwettkämpfen an den Vermarktungserlösen der Sportverbände

### INHALT

#### I. Einleitung

#### II. Tatsächliche und rechtliche Ausgangssituation

##### 1. Beispielfälle

##### 2. Faktische Ausgangslage

- Werbebeschränkungen und Erlaubnisvorbehalte
- Ausnahme: individuelle Sportgeräte der Athleten

##### 3. Rechtliche Ausgangslage

- Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (i. S. v. Art. 36 EWR-Abkommen sowie Art. 56 AEUV)
- Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV
- Zwischenfazit

#### III. Voraussetzungen für eine tatbestandsimmanente Rechtfertigung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und/oder des Wettbewerbs

##### 1. Immanente Schranken bei der Anwendung von Art. 36 EWR-Abkommen und Art. 56 AEUV

##### 2. Drei-Stufen-Test („Meca Medina und Majcen“) bei Art. 101 Abs. 1 AEUV

#### IV. Prüfungsschema für verbandsseitige Werbebeschränkungen von Sportlern

##### 1. Ziel eines verbandsseitigen Werbeverbots oder Erlaubnisvorbehalts

- Legitimität der vom Sportverband verfolgten Ziele
- Kohärente und systematische Zielverfolgung

- Beweislast hinsichtlich einer kohärenten und systematischen Verfolgung legitimer Zielsetzungen
- Zwischenfazit

##### 2. Untrennbare Verbindung zwischen Verfolgung legitimer Zielsetzungen und Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bzw. Wettbewerbsbeschränkung

##### 3. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

- Ausgangspunkt: gegenseitige Abhängigkeit von Sportverband und Athleten
- Ermittlung der Vermarktungserlöse des Sportverbandes und des/der betroffenen Athleten
- Ermittlung der Beiträge des Sportverbandes sowie der Athleten zur kohärenten Verfolgung der legitimen Verbandsziele
- Angewiesenheit der Sportverbände und der Athleten auf die bei den Sportverbänden anfallenden Vermarktungserlöse
- Auswirkungen des Konkurrenzverhältnisses zwischen Verbands- und Individualsponsoren
- Angemessene Beteiligung der Athleten an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes
- Beweislast hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkung

##### 4. Zeitnahe Möglichkeit zur rechtlichen Überprüfung der Entscheidung des Sportverbandes durch eine verbandsunabhängige Instanz

#### V. Fazit

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 137.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

## I. Einleitung

1 In einem Kartellverfahren, welches die den deutschen Olympiateilnehmern vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) und vom Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) auferlegten Werbebeschränkungen betraf,<sup>1)</sup> hat das Bundeskartellamt (BKartA) jüngst im Rahmen eines Verpflichtungszusagenbeschlusses eine Feststellung getroffen, die angesichts der zunehmenden Kommerzialisierung des olympischen Sports letztlich unausweichlich war:<sup>2)</sup>

„Die deutschen Athleten üben, soweit sie ihre sportliche Leistung – z. B. durch ein Sponsoring – vermarkten, eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind somit Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne.“

2 Schon lange haben nicht nur deutsche Olympiateilnehmer, sondern sämtliche Spitzensportler, die über ein erhebliches Vermarktungspotential verfügen, sich bemüht, über den sportlichen Erfolg hinaus eigene wirtschaftliche Vorteile aus ihrer Sportbetätigung zu ziehen. Dabei hatten insbesondere bei Mannschaftssportlern in populären Sportarten zunächst regelmäßige Gehaltszahlungen durch einen Arbeitgeber (z. B. durch einen Fußballclub) im Vordergrund gestanden. Demgegenüber strebten Einzelsportler anfangs insbesondere nach Antritts- und Siegprämien und eventuell nach finanziellen Zuwendungen aus der Sportförderung. Als in den letzten Jahrzehnten Sportler ihr Vermarktungspotenzial erkannten, gingen sie allmählich dazu über, neben der reinen Sportausübung auch selbst unternehmerisch tätig zu werden. Diverse Varianten der individuellen Vermarktung, etwa durch den Abschluss von Ausrüster- und Sponsoringverträgen, haben Spitzenathleten im Einzel-, aber auch im Mannschaftssport im Laufe der Zeit in zuvor ungeahnte Gehaltssphären vordringen lassen. In den letzten Jahren haben die erfolgreichsten Sportler nun auch noch die vielfach bestens sprudelnden Einnahmequellen der Sportverbände ins Visier genommen. Athleten geben sich nicht länger damit zufrieden, dass die zuständigen Sportverbände ihnen durch fachliche Ausbildung den Weg zu den ebenso hoch hängenden wie lukrativen sportlichen Lorbeeren ebneten. Nein, zunehmend wollen insbesondere Individualsportler an den Erlösen der Sportverbände, die in den letzten Jahren aufgrund der Vermarktung der teilweise höchst attraktiven und werthaltigen Medienrechte an Sportveranstaltungen und des Abschlusses einträglicher Sponsoringverträge mitunter rasant angestiegen sind, unmittelbar oder zumindest mittelbar (etwa durch erweiterte Möglichkeiten der Individualvermarktung) partizipieren.

3 Die angegedeutete Ausgangsproblematik<sup>3)</sup> ist im deutschsprachigen wissenschaftlichen Schrifttum zwar schon wiederholt, allerdings zumeist eher beiläufig thematisiert worden.<sup>4)</sup> Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die sich insbesondere aus dem deutschen und europäischen Kartellrecht sowie den europäischen Grundfreiheiten ergeben, sind dabei aber jeweils sehr vage geblieben. Der nachfolgende Beitrag verfolgt das Ziel, diese Defizite zu beseitigen. Zugleich sollen den Beteiligten, also Sport-

verbänden einerseits sowie Individualathleten bzw. Ligaclubs andererseits, rechtliche Orientierungspunkte zur Verfügung gestellt werden, mit deren Hilfe das *Ob* und *Wie* der angemessenen Beteiligung der Letzteren an den Vermarktungserlösen der Sportverbände bestimmt werden kann.

## II. Tatsächliche und rechtliche Ausgangssituation

## 1. Beispielfälle

Verteilungskämpfe um die Vermarktungserlöse von Sportverbänden treten immer häufiger auf und werden oft verbissen, teils sogar unter Einschaltung der Medien geführt. Denn wenn Sportverbände sich ständig steigender Einnahmen erfreuen, wachsen zwangsläufig die Begehrlichkeiten derjenigen Sportler und Sportclubs, ohne die der wirtschaftliche Erfolg der Sportverbände undenkbar wäre. Vier Beispiele:

- Im Herbst 2018 richtete die DOSB-Athletenkommission in einem offenen Brief an das IOC die Forderung, dass künftig die an den Spielen teilnehmenden Athleten an den Vermarktungsgewinnen des IOC direkt beteiligt werden. Sie verlangten konkret eine Ausschüttung von 25% des Gesamtgewinns, der in der Olympiade von 2013 bis 2016 mit Erlösen von 5,7 Milliarden Dollar beziffert wurde.<sup>5)</sup> Anlässlich des IOC Athletenforums am 13.04.–15.04.2019<sup>6)</sup> wurde über diese Forderung letztlich kein Beschluss gefasst, zumal der Präsident des IOC, *Dr. Thomas Bach*, ihr nach wie vor reserviert gegenübersteht.<sup>7)</sup> Zumindest Athletensprecher *Jonathan Koch* hat sich von der ursprünglichen Forderung nach einer 25%igen Beteiligung der Olympiateilnehmer an den Vermarktungserlösen des IOC inzwischen distanziert.<sup>8)</sup> Die generelle Forderung nach einer unmittelbaren oder zumindest verstärkten Beteiligung der Olympiateilnehmer an den Vermarktungserlösen des IOC steht aber noch immer im Raum.
- Bei derartigen Verteilungskämpfen zwischen Sportverbänden und ihren Athleten werden zur Streitbeilegung regelmäßig nicht Sportschiedsgerichte oder gar staatliche Gerichte bemüht, vereinzelt ermitteln und entscheiden aber Kartellbehörden.<sup>9)</sup> Eine Ausnahme bildete jüngst die vom norwegischen Alpinskirennfahrer *Henrik Kristoffersen* gegen den Norges Skiforbund (NSF) vor einem Zivilgericht in Oslo geltend gemachte Forderung, bei offiziellen Skirennen auf seinem Helm sowie seiner Kopfbedeckung für seinen individuellen Sponsor Red Bull werben zu dürfen. Eine entsprechende Erlaubnis war ihm zuvor vom NSF u. a. unter Hinweis darauf verweigert worden, dass Red Bull nicht dem Sponsorenpool des Skiverbands angehöre.<sup>10)</sup> Im Hinblick auf die vom Kläger geltend

1) BKartA, 25.02.2019 – B 2 – 26/17, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B2\\_26\\_17.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B2_26_17.pdf?__blob=publicationFile&v=3); vgl. hierzu *Heermann*, WRP 2019, 834 ff.; *Beisenherz*, NJOZ 2019, 1137.

2) BKartA, 25.02.2019 – B 2 – 26/17 (Fn. 1), Rn. 81; hierzu *Heermann*, WRP 2019, 834 Rn. 16.

3) Die Frage, ob und – wenn ja – in welcher Höhe Sportverbände an den Vermarktungserlösen der Sportler aus individuellen Vereinbarungen zu beteiligen sind, wird ausgeklammert, da es sich hierbei um Ausnahmefälle handeln dürfte.

4) Vgl. etwa *Heermann*, in: Walker (Hrsg.), Nominierungsfragen im Sport, 2013, S. 9, 27–30 m. w. N.; *Kreißig*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Hrsg.), Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 231, 235; *Morand*, Persönlichkeitsrechtliche Schranken im Sportsponsoring, 2016, S. 289–297 Rn. 456–465 m. w. N.; *Nagel*, CaS 2012, 55, 61–63; intensiver hingegen die rechtliche Analyse im Hinblick auf Individualsportarten bei *Kretschmer*, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport – Eine rechtliche Analyse sogenannter Vermarktungsklauseln, 2016, S. 261 ff.

5) Zur Entwicklung sowie den Hintergründen stellvertretend *Reinsch*, Gegen das Monopol des IOC, faz.net vom 23.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/athleten-fordern-transparenz-gegen-das-monopol-des-ioc-15604008.html>.

6) Hierzu *Simeoni*, IOC-Athletenforum – Alle eingenordet, faz.net vom 16.04.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/beim-ioc-athletenforum-wurden-die-athleten-eingenordet-16142699.html>.

7) Welt.de vom 12.04.2019 („Bach reagiert auf Sportlerforderung“), abrufbar unter [https://www.welt.de/print/welt\\_kompakt/print\\_sport/article191793711/Bach-reagiert-auf-Sportlerforderung.html](https://www.welt.de/print/welt_kompakt/print_sport/article191793711/Bach-reagiert-auf-Sportlerforderung.html); faz.net vom 25.06.2019 („Absage ‚zum Wohle der Athleten‘“), abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/IOC-Präsident-Bach-erteilt-direkten-Zahlungen-an-Athleten-eine-Absage-16253306.html>; Deutschlandfunk.de vom 15.09.2019 („IOC-Präsident Bach zu Athleten-Forderungen: ‚Athleten sind keine Angestellten des IOC‘“), abrufbar unter [https://www.deutschlandfunk.de/IOC-Präsident-Bach-zu-Athleten-Forderungen-Athleten-sind-892.de.html?dram:article\\_id=458551](https://www.deutschlandfunk.de/IOC-Präsident-Bach-zu-Athleten-Forderungen-Athleten-sind-892.de.html?dram:article_id=458551).

8) Mdr.de vom 16.04.2019 („Olympischer Sport – Mehr Rechte für deutsche Olympioniken – Streit ums Geld“), abrufbar unter [https://www.mdr.de/sport/andere\\_sportarten/mehr-rechte-fuer-deutsche-olympioniken-streit-ums-geld-100.html](https://www.mdr.de/sport/andere_sportarten/mehr-rechte-fuer-deutsche-olympioniken-streit-ums-geld-100.html).

9) BKartA, 25.02.2019 – B 2 – 26/17 (Fn. 1); zu einer ersten Einschätzung der hieraus für die Ausgangsproblematik ableitbaren kartellrechtlichen Erkenntnisse *Heermann*, WRP 2019, 834 ff.

10) Zu einem vergleichbaren Sachverhalt in der Schweiz vgl. *Morand* (Fn. 4), S. 295 f. Rn. 463.

gemachte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit legte das Zivilgericht dem EFTA-Gerichtshof verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vor. Über dessen Urteil vom 16.11.2018<sup>11)</sup> sowie den Fortgang des Verfahrens vor dem Zivilgericht in Oslo ist im deutschsprachigen Schrifttum – soweit ersichtlich – in der Folge nicht berichtet worden.<sup>12)</sup> Indes ist eine rechtliche Analyse der Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs im Hinblick auf die Ausgangsproblematik, wie nachfolgend zu zeigen sein wird,<sup>13)</sup> überaus lohnenswert, ja durchaus wegweisend.

- 7 – Verteilungskämpfe treten freilich nicht nur im Verhältnis von Individualsportlern zum Sportverband auf. Freunde des Fußballsports können hierzulande im vierjährigen Rhythmus verfolgen, wie die 36 Fußballbundesligisten hartnäckig und eher im Eigen- als im Ligainteresse um die Verteilung der bislang stets gestiegenen Erlöse aus der zentralen Vermarktung der Medienrechte durch die Deutsche Fußball Liga (DFL) streiten. Die DFL muss aber nicht nur an dieser Front die unterschiedlichen Einschätzungen umsichtig moderieren, sondern auch im Verhältnis zum Deutschen Fußball Bund (DFB), der den Amateurfußball repräsentiert und neben den Fußballbundesligisten an den Vermarktungserlösen im Profifußball über einen Grundlagenvertrag zwischen DFB und DFL<sup>14)</sup> partizipiert.
- 8 – In leicht abgewandelter Form können ähnliche Probleme bei der Bestimmung der rechtlichen Grenzen für die Vermarktungsaktivitäten von Sportclubs als Mitgliedern einer nationalen Sportliga, von den bei den Ligamitgliedern angestellten Sportlern und von nationalen Sportverbänden auftreten, die nach Berufung von Ligaspielern Länderwettkämpfe durchführen. Insoweit ist man etwa im deutschen Bundesligafußball schon einen Schritt weiter und hat in den Musterarbeitsverträgen der DFL bereits im Vorfeld, d. h. vor dem Auftreten von Konflikten zwischen den Beteiligten, entsprechende Vermarktungsregelungen aufgestellt, die allerdings ihrerseits einer rechtlichen Kontrolle standhalten müssen.<sup>15)</sup> Dieser arbeitsrechtliche Ansatz soll für die folgenden rechtlichen Analysen ausgeklammert werden.

## 2. Faktische Ausgangslage

### a) Werbebeschränkungen und Erlaubnisvorbehalte

- 9 Den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Erwägungen bilden verbandsseitige Werbeverbote und Erlaubnisvorbehalte für Athleten ohne einen sportbezogenen Arbeitnehmerstatus, die als selbstständig tätige Unternehmer individuelle Vermarktungsaktivitäten entfalten (wollen). Diese Vermarktungsbeschränkungen für Sportler ergeben sich zumeist aus den von ihnen zu unterzeichnenden Nominierungsverträgen, wobei die entsprechenden Klauseln mit korrespondierenden Verbandsstatuten abgestimmt sein können.

11) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 – Kristoffersen/NSF, in englischer Sprache abrufbar unter <https://eftacourt.int/download/8-17-judgment-2/?wpdmdl=3370>.

12) S. aber zur Entscheidung *Demeulemeester/Verborgh*, The Kristoffersen ruling: the EFTA court targets athlete endorsement deals, 11.12.2018, abrufbar unter <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-kristoffersen-ruling-efta-targets-athlete-endorsement-deals-by-sven-demeulemeester-and-niels-verborgh>; zum Fortgang des Verfahrens vor dem Zivilgericht in Oslo vgl. NEWS in ENGLISH vom 06.05.2019 („Skier Kristoffersen loses sponsor fight“, abrufbar unter <https://www.newsinenglish.no/2019/05/06/skier-kristoffersen-loses-sponsor-fight/>; NEW in ENGLISH vom 06.06.2019 („Skier Kristoffersen drops sponsor appeal“), abrufbar unter <https://www.newsinenglish.no/2019/06/06/skier-kristoffersen-drops-sponsor-appeal/>.

13) S. unten II. 2. a), III. 1 und IV., Rn. 9, 14, 16 ff.

14) Abrufbar unter [http://www.dfb.de/fileadmin/\\_dfbdam/125714;15\\_DFB\\_Liga\\_Grundlagenvertrag.pdf](http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/125714;15_DFB_Liga_Grundlagenvertrag.pdf) und abgedruckt in SpuRt 2017, 104–106. Hierzu *Kupka* (Sprecher der im Januar 2017 gegründeten Initiative „Rettet die Amateurevereine“), SpuRt 2017, 101 ff.; *Scheuch*, SpuRt 2017, 222 ff.; offizielle DFB-Verlautbarung „Grundlagenvertrag: Fragen und Antworten“, abrufbar unter [http://www.dfb.de/news/detail/fragen-und-antworten-zum-grundlagenvertrag-166816/?no\\_cache=1&Hash=6bf9ba92e5dc5288cf37b62f2c71d512](http://www.dfb.de/news/detail/fragen-und-antworten-zum-grundlagenvertrag-166816/?no_cache=1&Hash=6bf9ba92e5dc5288cf37b62f2c71d512).

15) Hierzu ausführlich *Kretschmer* (Fn. 4), S. 115 ff.

### b) Ausnahme: individuelle Sportgeräte der Athleten

Es entspricht inzwischen einer weit verbreiteten Praxis, dass sich die verbandsseitig vorgegebenen Beschränkungen für individuelle Vermarktungsaktivitäten von Athleten nicht auf die von diesen verwendeten Sportgeräte beziehen.<sup>16)</sup> Sofern die aus Gründen der Chancengleichheit für die einzelnen Sportgeräte erlassenen verbandsrechtlichen Voraussetzungen eingehalten werden,<sup>17)</sup> betrifft dies insbesondere folgende Sportgeräte: Fußball- und Laufschuhe; Skier, Schlittschuhe, Rodelschlitzen und Bobs im Wintersport; Stab, Speer und Diskus in der Leichtathletik; Golf-, Tennis- oder Tischtennisschläger; Segel- und Ruderboote, Kanus, Kajaks und Surfbretter; Rennräder; während des Wettkampfes verwendete Brillen. Freilich lassen sich Abgrenzungsschwierigkeiten nicht vermeiden, wie etwa das Beispiel der Schwimmanzüge zeigt. Sofern Athleten nach den Vorgaben des Sportverbands von dessen Ausrüstern zur Verfügung gestellte individuelle Sportgeräte in offiziellen Wettkämpfen zwingend zu verwenden haben, bemühen sich die Ausrüster regelmäßig darum, dass dadurch die Chancengleichheit der betroffenen, über andere Individualausrüster verfügenden Athleten im Verhältnis zu ihren Konkurrenten objektiv nicht beeinträchtigt wird. Bezüglich sonstiger Sportgeräte, die – wie insbesondere im Mannschaftssport – von den Athleten bei der Sportausübung nicht individuell genutzt werden können, schließen die Sportverbände exklusive Ausrüster- und Sponsoringverträge ab. Dies betrifft insbesondere: die sonstige Mannschaftskleidung; Spielgeräte im Mannschaftssport wie z. B. Tennisbälle, die Spielbälle etwa im Fußball oder American Football, die wiederum jeweils die statutarischen Voraussetzungen erfüllen müssen.<sup>18)</sup>

## 3. Rechtliche Ausgangslage

### a) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (i. S. v. Art. 36 EWR-Abkommen sowie Art. 56 AEUV)

Der EFTA-Gerichtshof hat in dem vorangehend beschriebenen Rechtsstreit zwischen dem norwegischen Alpinskirennfahrer *Kristoffersen* und dem NSF<sup>19)</sup> mit kurzer Begründung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit i. S. v. Art. 36 EWR-Abkommen – im Wesentlichen vergleichbar mit Art. 56 AEUV – angenommen. So falle der Sport in den Anwendungsbereich des EWR-Abkommens, soweit wirtschaftliche Tätigkeiten wie Vermarktungsaktivitäten eines Sportlers zu beurteilen seien.<sup>20)</sup> In Anlehnung an die Judikatur des EuGH<sup>21)</sup> geht der EFTA-Gerichtshof davon aus, dass dies auch für Sportverbände gelte.<sup>22)</sup> Der Erlaubnisvorbehalt des Skiverbandes hinsichtlich individueller Marketingaktivitäten des Skifahrers betreffe vorrangig die Dienstleistungsfreiheit und nur entfernte die Niederlassungsfreiheit.<sup>23)</sup> Es sei ständige Rechtsprechung des EFTA-Gerichts-

16) *Morand* (Fn. 4), S. 287 f. Rn. 453.

17) Vgl. hierzu zuletzt *Spiegel-online* vom 23.10.2019 („Nach Marathon-Rekord – Weltverband will Laufschuh überprüfen“), abrufbar unter <https://www.spiegel.de/sport/sonst/laufschuh-von-nike-sorgt-fuer-debatten-und-pruefung-durch-iaaf-a-1292876.html>.

18) Verwiesen sei hierzu stellvertretend auf die Deflategate-Affäre im 49. Super Bowl 2015; vgl. *Spiegel-online* vom 01.02.2015 („Weiche Bälle im Super Bowl – Da ist noch Luft nach oben“), abrufbar unter <https://www.spiegel.de/sport/sonst/super-bowl-die-nfl-und-das-deflate-gate-um-die-weichen-baelle-a-1016065.html>.

19) S. oben II. 1., Rn. 6.

20) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 66.

21) EuGH, 11.04.2000 – C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, 2549, Rn. 47 f. – *Deliège*.

22) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 68.

23) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 69. Regelungen rein sportlichen Charakters können spätestens seit der klaren Stellungnahme in EuGH, 18.07.2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991 Rn. 27 f. – *Meca-Medina und Majcen* nicht mehr als vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags – jetzt: des AEUV – ausgenommen angesehen werden.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

hofs, dass ein Erlaubnisvorbehalt hinsichtlich der Erbringung einer Dienstleistung zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führe,<sup>24)</sup> was auch für die Verweigerung der beantragten Erlaubnis im konkreten Fall gelte,<sup>25)</sup> zumal es sich bei einem solchen Erlaubnisvorbehalt nicht um eine Regelung rein sportlichen Charakters handele.<sup>26)</sup>

## b) Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV

- 12 Beschränkungen der individuellen Vermarktungsmöglichkeiten von Sportlern durch Sportverbände insbesondere in der Form von generellen Werbeverböten oder von Erlaubnisvorbehalten beruhen regelmäßig auf einem Beschluss eines Sportverbandes in seiner Funktion als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne<sup>27)</sup> und stellen im Grundsatz zugleich eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, sofern insoweit nicht tatbestandsimmanente Schranken eingreifen.<sup>28)</sup>

## c) Zwischenfazit

- 13 Sofern Athleten, die neben der reinen Sportausübung darauf gestützte wirtschaftliche Aktivitäten wie etwa den Abschluss von privaten Ausrüster- und Sponsoringverträgen verfolgen, in ihren individuellen Vermarktungsaktivitäten durch Werbeverbote oder den Erlaubnisvorbehalt eines Sportverbandes beschränkt werden, können sie hiergegen rechtliche Schritte einleiten. Dabei können sie sich gleichermaßen auf einen Verstoß gegen das Kartellrecht sowie eine Beschränkung ihrer Dienstleistungsfreiheit stützen.<sup>29)</sup>

### III. Voraussetzungen für eine tatbestandsimmanente Rechtfertigung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und/oder des Wettbewerbs

#### 1. Immanente Schranken bei der Anwendung von Art. 36 EWR-Abkommen und Art. 56 AEUV

- 14 In der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ hat der EFTA-Gerichtshof im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung (und auch an die des EuGH<sup>30)</sup>) festgestellt, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit könne u. a. durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt sein, sofern die Beschränkung geeignet zur Erreichung des verfolgten Ziels sei und in erforderlicher und verhältnismäßiger Weise umgesetzt werde.<sup>31)</sup> Dieser Ansatz weist deutliche Parallelen zu einer vom EuGH entwickelten Tatbestandsrestriktion im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerbsbeschränkung“ i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV auf.<sup>32)</sup>

#### 2. Drei-Stufen-Test („Meca Medina und Majcen“) bei Art. 101 Abs. 1 AEUV

- 15 In der Rechtssache „Meca-Medina und Majcen“ hat der EuGH im Jahr 2006 nicht nur erstmalig den Kartellverbotstatbestand auf den Sportsektor angewendet, sondern zugleich festgelegt, unter welchen Voraussetzungen Statuten von Sportverbänden mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung letztlich doch nicht als Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV einzu-

stufen seien.<sup>33)</sup> Danach seien bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen sei oder seine Wirkungen entfalte, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen (1. Stufe). Weiter sei dann zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen (2. Stufe) und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig seien (3. Stufe).

### IV. Prüfungsschema für verbandsseitige Werbebeschränkungen von Sportlern

#### 1. Ziel eines verbandsseitigen Werbeverbots oder Erlaubnisvorbehalts

##### a) Legitimität der vom Sportverband verfolgten Ziele

Im Jahr 2007 hat die Europäische Kommission in den Begleitdokumenten zum Weißbuch Sport eine erste, bis heute maßgebliche, freilich nicht abschließende Auflistung legitimer Zielsetzungen von Sportverbandsstatuten entwickelt:<sup>34)</sup>

„Legitimate objectives of sporting rules will normally relate to the ‚organization and proper conduct of competitive sport‘ and may include, e. g., the ensuring of fair sport competitions with equal chances for all athletes, the ensuring of uncertainty of results, the protection of the athletes’ health, the protection of the safety of spectators, the encouragement of training of young athletes, the ensuring of financial stability of sport clubs/teams or the ensuring of a uniform and consistent exercise of a given sport (the ‚rules of the game‘). The specificity of sport, i. e. the distinctive features setting sport apart from other economic activities, such as the interdependence between competing adversaries, will be taken into consideration when assessing the existence of a legitimate objective.“

Auf zwei dieser Ziele hat der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ zur Rechtfertigung des Erlaubnisvorbehalts für individuelle Vermarktungsaktivitäten der Athleten – wenn auch nicht ausdrücklich, so aber doch der Sache nach – Bezug genommen. Hierdurch werden im Hinblick auf die Ausgangsproblematik wichtige Orientierungspunkte geschaffen, die nachfolgend gewürdigt werden sollen:

Zunächst hebt der EFTA-Gerichtshof hervor, dass die Verfolgung rein wirtschaftlicher Eigeninteressen durch einen Sportverband wie das alleinige Bestreben nach Gewinnsteigerungen keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von Sportlern rechtfertigen könne.<sup>35)</sup> Diesem auch im Kartellrecht bereits anerkannten Ansatz<sup>36)</sup> ist zuzustimmen. Reines Gewinnstreben um seiner selbst willen kann Beschränkungen des Wettbewerbs und der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen und ist mit Non-Profit-Organisationen, als welche Sportverbände üblicherweise auftreten, unvereinbar. Das bedeutet freilich nicht, dass Sportverbände keinerlei Einnahmen generieren dürfen. Vielmehr stellt, wie schon die Europäische Kommission<sup>37)</sup> eingeräumt hat und

24) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 76 m. w. N.

25) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 78.

26) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 77.

27) Das gilt auch, wenn sich die Vermarktungsbeschränkung auf einem Drittmarkt (Athlet-Ausrüster/Sponsor) auswirkt, auf dem der Sportverband selbst gar nicht tätig wird; vgl. hierzu zuletzt Heermann, WRP 2015, 1047 Rn. 23-29; ders., WRP 2019, 834 Rn. 16-19, jeweils m. w. N.

28) S. hierzu sogleich III., Rn. 14 ff.

29) So auch Demeulemeester/Verborgh (Fn. 12).

30) S. stellvertretend EuGH, 30.11.1995 – C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – Gebhard.

31) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 114, 126 m. w. N.

32) Allerdings hat EuGH, 18.07.2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Rn. 31 – Meca-Medina und Majcen der Konvergenzthese eine Absage erteilt.

33) Zum Folgenden s. EuGH, 18.07.2006 – C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 – Meca-Medina und Majcen in Anlehnung an EuGH, 19.02.2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Rn. 97 – Wouters; vgl. hierzu im englischsprachigen Schrifttum Parrish/Mietinen, The Sporting Exception in European Union Law, 2008, S. 120-123 m. w. N.; im deutschsprachigen Schrifttum s. stellvertretend Esposito, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der „50+1“-Regel und der „break even“-Rule im Profi-Fußball, 2014, S. 217 ff.; Kretschmer (Fn. 4), S. 173 ff.; Heermann, WRP 2015, 1172 Rn. 6-23, jeweils m. w. N.

34) Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying Document to the White Paper on Sport, COM(2007) 391 final, Abschnitt 2.1.5.

35) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 115.

36) EU Komm., 08.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 340 – International Skating Union’s Eligibility rules; Heermann, WuW 2018, 241, 245; Kretschmer (Fn. 4), S. 273.

37) Commission Staff Working Document (Fn. 34), Abschnitt 2.1.5. („the ensuring of financial stability“).

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

auch der EFTA-Gerichtshof<sup>38)</sup> anerkennt, die finanzielle Absicherung des Bestands eines Sportverbandes eine legitime Zielsetzung dar.

- 19 Der vom EFTA-Gerichtshof<sup>39)</sup> gleichfalls betonte Aspekt der Solidarität zwischen dem Profi- und Amateursport, den die Europäische Kommission schon im Weißbuch Sport<sup>40)</sup> hervorgehoben hatte, kann in verschiedener Weise umgesetzt werden. Insofern ist das Bestreben eines Sportverbandes, das Anwerben sowie die Ausbildung junger Athleten zu unterstützen, allgemein als legitime Zielsetzung anerkannt, durch die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit oder auch Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden können.<sup>41)</sup>

#### b) Kohärente und systematische Zielverfolgung

- 20 Ausführlich setzt sich der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ sodann mit der Frage auseinander, ob der Verband die zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Skirennfahrers vorgetragene legitimen Zielsetzungen mittels des Erlaubnisvorbehalts tatsächlich auch in kohärenter und systematischer Weise verfolgt (hat).<sup>42)</sup> Dieser Ansatz knüpft – wie darzulegen sein wird – einerseits an die ständige Rechtsprechung zu immanenten Schranken für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an und bietet insoweit nichts Neues. Andererseits hat der Ansatz jedoch sowohl die Europäische Kommission als auch das BKartA zu einer überzeugenden Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests („Meca-Medina und Majcen“) veranlasst.
- 21 Eingangs weist der EFTA-Gerichtshof<sup>43)</sup> darauf hin, es sei für einen Sportverband nicht ausreichend, abstrakt auf eine legitime Zielsetzung Bezug zu nehmen. Vielmehr müsse im Einzelfall ermittelt werden, ob die beschränkende Vermarktungsregelung, d. h. der Erlaubnisvorbehalt, die behauptete Zielsetzung tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolge oder anstrebe.
- 22 Dieses Kohärenzkriterium ist bei der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV im Rahmen der Prüfung immanenter Schranken, die der Grundfreiheit aus zwingenden Allgemeininteressen gesetzt werden können, als Voraussetzung sowohl vom EuGH als auch im Schrifttum allgemein anerkannt.<sup>44)</sup> Dabei müsse die Frage der Eignung einer Maßnahme jeweils im Hinblick auf das zu verwirklichende zwingende Allgemeininteresse beurteilt werden. Die Eignung liege nur dann vor, wenn durch die Maßnahme das geltend gemachte zwingende Allgemeininteresse in kohärenter und systematischer Weise erreicht werde.

Dieser Ansatz überzeugt bei der Prüfung immanenter Schranken hinsichtlich einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil die zunächst nur behaupteten zwingenden Allgemeininteressen allein im Falle ihrer kohärenten und systematischen Verfolgung tatsächlich umgesetzt werden. Es liegt nunmehr nahe, zwingende Allgemeininteressen im vorgenannten Sinne in Beziehung zu den legitimen Zielsetzungen i. S. d. 1. Stufe des Drei-Stufen-Tests („Meca-Medina und Majcen“) zu setzen. Diese legitimen Zielsetzungen bilden gegenüber zwingenden Allgemeinwohlinteressen zwar ein wesensgleiches Minus, was auf dem engeren Anwendungsbereich beruht, welcher Verbandsregelungen im Vergleich zu staatlichen Gesetzen innewohnt. Sodann ist es aber konsequent, auch im Rahmen des Drei-Stufen-Tests („Meca-Medina und Majcen“) zu prüfen, ob eine als legitim identifizierte Zielsetzung vom Sportverband in kohärenter Weise verfolgt wird. Diesen Weg haben – soweit ersichtlich – erstmals die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung zu Teilnahmeerlaubnisvorbehalten für professionelle Eisschnellläufer und danach das BKartA in seiner Entscheidung zu den Werberegulungen des DOSB und IOC für Olympiateilnehmer eingeschlagen, ohne dabei jedoch das Kohärenzkriterium ausdrücklich anzusprechen.<sup>45)</sup>

Nunmehr drängt sich im Hinblick auf die Ausgangsproblematik die Frage auf, wann eine aus einem Werbeverbot oder einem Erlaubnisvorbehalt resultierende Vermarktungsbeschränkung zu Lasten von Sportlern in systematischer und kohärenter Weise die zuvor identifizierten<sup>46)</sup> legitimen Zielsetzungen verfolgt. Hier liefert der EFTA-Gerichtshof erste Anhaltspunkte.<sup>47)</sup> Danach sei es angemessen, einen gewissen Teil der Vermarktungserlöse des Verbandes für die professionellen Sportler aufzuwenden, solange der wesentliche Teil („*substantial part*“) der Vermarktungserlöse für die Verfolgung als legitim anerkannter Zielsetzungen zur Verfügung gestellt werde. Unter diesen Voraussetzungen strebe der streitgegenständliche, die Dienstleistungsfreiheit der Athleten sowie den Wettbewerb beschränkende Erlaubnisvorbehalt des Sportverbandes dessen legitime Zielsetzungen in kohärenter und systematischer Weise an.

Im Allgemeinen wird man bei Sportverbänden über die angemessene und sachgerechte Verwendung der erzielten Erlöse in Ermangelung eines klaren objektiven Maßstabs selten Einigkeit unter allen Beteiligten erzielen können. Zu berücksichtigen ist zudem, dass im Lichte der Verbandsautonomie einem Sportverband hinsichtlich der Mittelverwendung ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleiben muss. Daher sollte bezüglich der geltend gemachten legitimen Zielsetzungen eine systematische und kohärente Mittelverwendung durch den Sportverband nur in Fällen offensichtlich mangelnder Plausibilität in Zweifel gezogen werden. Orientierung bietet insoweit die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf die kohärente und systematische Verfolgung zwingender Allgemeininteressen.<sup>48)</sup> Danach sei dieser Aspekt insbesondere anhand von Erfahrungswerten und Prognosen zu beurteilen, wobei dem Mitgliedstaat ein weiter Beurteilungsspielraum unter Berücksichtigung sittlicher, religiöser oder kultureller Besonderheiten zugestehen sei, dessen Ausübung indes gerichtlicher Nachprüfbarkeit anhand der allgemeinen Regeln der Logik und des Missbrauchs unterliege. Dieser Ansatz lässt sich auf Sportverbände übertragen, die im Rahmen der Mittelverwendung so-

38) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 115 („ensuring a stable basis for NSF's activities, as a non-profit sports association“).

39) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 115 („solidarity policy involving cooperation between the elite and popular level of skiing“).

40) Commission Staff Working Document (Fn. 34), Abschnitt 3.4. a) („redistribution of financial resources from professional to amateur levels of sport (principle of solidarity)“).

41) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 116; EuGH, 16.03.2010 – C-325/08, Slg. 2010, I-2177, Rn. 39 – Olympique Lyonnais m. w. N.; Commission Staff Working Document (Fn. 34), Abschnitt 2.1.5. („the encouragement of training of young athletes“).

42) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 118-120; der Abschnitt ist überschrieben mit „Suitability/consistency“.

43) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 117 f.

44) St. Rspr., EuGH, 06.11.2003 – C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 67, 69 – Gambelli; 06.03.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 – Placanica; 06.03.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 – Placanica; 17.07.2008 – C-500/06, Slg. 2008, I-5785, Rn. 39 f. – Corporación Dermoeástica; 10.03.2009 – C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 – Hartlauer; 19.05.2009 – C-531/06, Slg. 2009, I-4103, Rn. 66 – Kommission/Italien; 19.05.2009 – C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171, Rn. 42 – Apothekerkammer des Saarlandes; 08.09.2009 – C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Rn. 61 – Liga Portuguesa; 12.06.2014 – C-156/13, WRP 2014, 1172, Rn. 64 – Berlington Hungary; aus der Kommentarliteratur vgl. stellvertretend Streinz/Müller-Graff, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 56 AEUV Rn. 110.

45) EU Komm., 08.12.2017 – Case AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 224, 232 – International Skating Union's Eligibility rules; BKartA, 25.02.2019 – B 2 – 26/17 (Fn. 1), Rn. 105; hierzu auch Heermann, WRP 2019, 834, 840 Rn. 31 f.

46) S. Abschnitt IV. 1. a), Rn. 16-19.

47) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 119 f.

48) S. die Nachweise in Fn. 44.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

dann ihren legitimen Verbandszielen sowie den Besonderheiten des Sports i. S. v. Art. 165 AEUV angemessen Rechnung zu tragen haben.

**c) Beweislast hinsichtlich einer kohärenten und systematischen Verfolgung legitimer Zielsetzungen**

- 26 Nach Auffassung des EFTA-Gerichtshofs obliegt es dem Sportverband, der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Sportler bewirkt, die kohärente und systematische Verfolgung legitimer Zielsetzungen nachzuweisen.<sup>49)</sup> Eine solche Beweislastverteilung deutet darauf hin, dass es sich insoweit um Voraussetzungen eines grundsätzlich vom Sportverband zu beweisenden Rechtfertigungsgrundes handelt. Denkbar ist insoweit aber auch eine Einstufung als immanente Schranke des jeweiligen Tatbestandes, für die im Grundsatz die eine Beschränkung behauptende Partei die Beweislast tragen würde.<sup>50)</sup> Selbst wenn man letztgenannter Rechtsauffassung folgt, könnte dies – zumindest nach deutschem Zivilprozessrecht – auf der Basis der Grundsätze zur abgestuften Beweislastverteilung i. S. e. sekundären Darlegungslast<sup>51)</sup> letztlich doch dazu führen, dass der beklagte Sportverband den Nachweis über eine kohärente und systematische Verfolgung seiner legitimer Zielsetzungen erbringen müsste, soweit dieser allein über alle relevanten Informationen insbesondere hinsichtlich der Mittelverwendung im Verband verfügen sollte.<sup>52)</sup> Die Judikatur<sup>53)</sup> legt dem Gegner (bei Annahme einer immanenten Schranke vorliegend: Sportverband) der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei (bei Annahme einer immanenten Schranke vorliegend: Athlet) dann eine gewisse sekundäre Behauptungslast auf, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht (vorliegend: der Athlet), keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, sich diese auch nicht verschaffen kann<sup>54)</sup> und daher pauschal behaupten darf, während der Prozessgegner (vorliegend: Sportverband) die Kenntnis hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.

**d) Zwischenfazit**

- 27 Die von einem Sportverband mit einem statutarischen Werbeverbot oder Erlaubnisvorbehalt bewirkte Beschränkung der individuellen Vermarktungsaktivitäten der Sportler führt unter bestimmten Voraussetzungen weder zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der unternehmerisch tätigen Sportler noch des Wettbewerbs. Voraussetzung hierfür ist zunächst,<sup>55)</sup> dass der Sportverband mit dem Werbeverbot oder Erlaubnisvorbehalt legitime Zielsetzungen in systematischer und kohärenter Weise verfolgt. Insoweit steht dem Sportverband keine gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zu.<sup>56)</sup>
- 28 Da sich die legitimen Verbandsziele, die für ihre Umsetzung erforderlichen Kosten und auch die Erlössituation beim Sportverband sowie bei den Athleten von Fall zu Fall erheblich unter-

scheiden können,<sup>57)</sup> ist die Festlegung eines pauschalen prozentualen (Mindest-)Satzes, zu dem Sportler an den Vermarktungserlösen des Verbandes zu beteiligen sind, nicht möglich. Dies wäre letztlich eine zu starke Eingrenzung der Verbandsautonomie.

**2. Untrennbare Verbindung zwischen Verfolgung legitimer Zielsetzungen und Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bzw. Wettbewerbsbeschränkung**

Im Hinblick auf die Ausgangsproblematik vermag allein die Verfolgung legitimer Zielsetzungen in systematischer und kohärenter Weise die verbandsseitigen Beschränkungen der Sportler hinsichtlich ihrer individuellen Vermarktungsmöglichkeiten nicht zu rechtfertigen. In einem zweiten Schritt muss die Erforderlichkeit der beschränkenden Maßnahmen geprüft werden, nachfolgend noch deren Verhältnismäßigkeit.<sup>58)</sup>

Wenn ein Sportverband in wirtschaftlicher Hinsicht nicht die Beschränkungen der Vermarktungsmöglichkeiten der Sportler und die daraus resultierenden, erhöhten Verbandserlöse benötigt, um seine legitimen Zielsetzungen zu verfolgen (weil hierfür z. B. bereits die Einnahmen aus der Vermarktung der lukrativen Medienrechte an Sportevents des Verbandes ausreichen<sup>59)</sup>), mangelt es an der Geeignetheit und Erforderlichkeit der beschränkenden Verbandsmaßnahmen. Diese können sodann nicht über den Drei-Stufen-Test gerechtfertigt werden.

An diesem Merkmal werden Werbeverbote oder Erlaubnisvorbehalte aber vermutlich nur selten etwa in Fällen scheitern, in denen ein Sportverband mit diesen Maßnahmen primär eigenwirtschaftliche Ziele verfolgen will, ohne dass ein Bezug zu den legitimen Verbandszielen erkennbar wäre. Eine gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative steht dem Sportverband auch insoweit nicht zu. Zur Verteilung der Beweislast gelten die vorangehenden Ausführungen<sup>60)</sup> entsprechend.

**3. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme**

In einem dritten Schritt ist im Hinblick auf die Ausgangsproblematik schließlich zu prüfen, ob die Werbeverbote oder Erlaubnisvorbehalte, mittels derer die legitimen Verbandsziele in systematischer und kohärenter Weise verfolgt werden, in einem angemessenen Verhältnis zur damit verbundenen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie des Wettbewerbs stehen.<sup>61)</sup> Davon ist auszugehen, wenn die legitimen Verbandsziele nicht gleich effektiv mit mildereren, d. h. die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb weniger intensiv beschränkenden Mitteln erreicht werden können. Dies gilt nicht nur für die Vermarktungsbeschränkungen des Sportverbandes im Allgemeinen, sondern auch für jede darauf gestützte Einzelfallentscheidung.<sup>62)</sup>

**a) Ausgangspunkt: gegenseitige Abhängigkeit von Sportverband und Athleten**

Zu Beginn seiner Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit des streitgegenständlichen Erlaubnisvorbehalts stellt der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ fest, dass der Sportverband und seine Athleten aufeinander angewiesen seien.<sup>63)</sup> Aus diesem kaum bestreitbaren Umstand lassen sich so-

49) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 118.

50) Zur dogmatischen Einstufung des Drei-Stufen-Tests („Meca-Medina und Majcen“) und zu den Auswirkungen auf die Beweislast s. stellvertretend Heermann, ZWR 2017, 24, 43 m. w. N. Horn, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, 2016, S. 121 f. m. w. N. spricht sich insoweit für eine analoge Anwendung von Art. 2 S. 2 VO (EG) 1/2003 aus, so dass den Sportverband stets die materielle Beweislast treffen würde.

51) Stellvertretend hierzu Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 138 Rn. 21–23 m. w. N.

52) A. A. zum Nachweis einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Lichte des Kohärenzgebots jedoch VG Regensburg, 24.01.2019 – RN 5 K 17.1858, BeckRS 2019, 1507 Rn. 41. Zur sekundären Darlegungslast eines Kartellgeschädigten vgl. BGH, 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 71 = WRP 2012, 209 – ORWI.

53) BGH, 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151, 3151 f.; 24.11.1998 – VI ZR 388/97, NJW 1999, 714 f. m. w. N.; 14.06.2005 – VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614, 2615.

54) Im Einzelfall ist indes denkbar, dass aufgrund der Veröffentlichungspflichten des Sportverbandes auch Athleten Zugang zu den relevanten Daten haben.

55) Zu den weiteren Prüfungsstufen s. unten IV. 2. und 3., Rn. 29 ff., 33 ff.

56) So bereits Heermann, WRP 2019, 834 Rn. 30–32 m. w. N. zum Meinungsstand.

57) Diesen Aspekt vernachlässigend Morand (Fn. 4), S. 285 Rn. 451 und S. 296 Rn. 464.

58) So im Ansatz auch EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 121 ff.

59) Zu der nach deutschem Recht umstrittenen Frage, ob Sportverbände überhaupt originäre Inhaber der Fernsehrechte an den von ihnen durchgeführten Veranstaltungen sind, s. stellvertretend Heermann, WRP 2018, 7 Rn. 4–6 m. w. N.

60) S. oben IV. 1. c), Rn. 26.

61) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 122.

62) So auch EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 127.

63) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 124.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

dann gegenseitige Rücksichtnahmepflichten ableiten, deren Reichweite im Allgemeinen nur ansatzweise bestimmt werden kann.<sup>64)</sup> Diese gegenseitige Abhängigkeit ist für den gesamten Sportsektor charakteristisch, weil Sportverbände zumindest auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen regelmäßig eine Monopolstellung innehaben, aufgrund derer teilnehmende Athleten faktisch zum Abschluss von Vermarktungsvereinbarungen, die die individuellen Vermarktungsmöglichkeiten einschränken, gezwungen sind.

**b) Ermittlung der Vermarktungserlöse des Sportverbandes und des/der betroffenen Athleten**

**34** Um die Verhältnismäßigkeit der verbandsseitig auferlegten Vermarktungsbeschränkungen sowie der praktizierten Erlösverteilung bestimmen zu können, ist es sinnvoll, zunächst die gesamten Vermarktungserlöse des Verbandes zu ermitteln, um den Anteil, den die betroffenen Athleten aufgrund der Vermarktungsbeschränkungen hierzu beigetragen haben, zumindest ansatzweise einordnen zu können.<sup>65)</sup> Im Gegenzug sind auch die gesamten Vermarktungserlöse des/der betroffenen Athleten zu bestimmen und in Relation zu den geschätzten Einnahmeeinbußen zu stellen, die aus den Vermarktungsbeschränkungen des Verbandes resultieren. Die Ermittlung der entsprechenden Werte wird insbesondere hinsichtlich des Individualsponsorings nur annäherungsweise möglich sein, weil Athleten in geringerem Maße als ein Sportverband bei ihren Sponsoringaktivitäten von der Durchführung konkreter Sportveranstaltungen abhängig sind (so erzielt auch ein verletzter und damit an Sportevents gar nicht teilnehmender Athlet für eine Übergangszeit Sponsoringserlöse, dies gilt in manchen Fällen sogar für ehemalige Athleten, die ihre sportliche Karriere bereits beendet haben).

**c) Ermittlung der Beiträge des Sportverbandes sowie der Athleten zur kohärenten Verfolgung der legitimen Verbandsziele**

**35** Neben der Ermittlung der Vermarktungserlöse des Sportverbandes und der betroffenen Athleten spielt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Vermarktungsbeschränkungen auch eine Rolle, in welchem Umfang und in welcher Form die Beteiligten zur Verfolgung der legitimen Verbandsziele beitragen.<sup>66)</sup> Dies geschieht auf Sportverbandsseite naturgemäß durch den Einsatz der nicht nur aus der Vermarktung erzielten Einnahmen, auf Seiten der Spitzenathleten durch die Teilnahme an den zu vermarktenden Veranstaltungen des Sportverbandes, aber etwa auch durch den verbandsseitig erzwungenen Verzicht auf individuelle Vermarktungsmöglichkeiten. Zudem ist zu berücksichtigen, in welchem Umfang der Verband speziell den von den Vermarktungsbeschränkungen betroffenen Athleten unmittelbar Leistungen kostenfrei zur Verfügung gestellt hat oder noch zur Verfügung stellt. In diesem Zusammenhang hat der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ die Umstände als berücksichtigungsfähig eingestuft, dass der Skiverband

für rund 200 Tage im Jahr sämtliche Ausgaben des norwegischen Alpinskierteams trägt, die Athleten hinsichtlich der Ausstattung ihrer Skikleidung mit Werbebotschaften aus dem Sponsorenpool des Verbandes wählen und mit Erlaubnis des Verbandes private Sponsorenverträge abschließen können.<sup>67)</sup>

Dürften vom Sportverband damit aber etwa auch die Ausbildungskosten in Ansatz gebracht werden, die von ihm für einen Sportler auf dessen langem Weg zum Spitzenathleten aufgebracht worden sind? Dies kommt grundsätzlich nicht in Betracht, solange diese Ausbildungskosten des Sportverbandes der Verfolgung der Satzungszwecke, insbesondere der Nachwuchsförderung von Amateursportlern dienen, um diese gegebenenfalls an das Leistungsniveau der Profisportler heranzuführen.<sup>68)</sup> Allerdings können zugunsten der Athleten bei diesem Punkt im konkreten Einzelfall ersparte Aufwendungen (z. B. Eigenfinanzierung des Trainings o. Ä.) als eigene, indirekt wirkende Beiträge zur Verfolgung der legitimen Verbandsziele (es handelt sich insoweit um ersparte Aufwendungen des Sportverbandes) zumindest in gewissem Umfang berücksichtigt werden. Denn wenn schon die gezielten Aufwendungen eines Sportverbandes für seine Kaderathleten berücksichtigungsfähig sind, muss dies im Lichte der *gegenseitigen* Rücksichtnahmepflichten auch für den Fall gelten, dass dem Verband Aufwendungen erspart wurden. Schließlich können Athleten, die aufgrund ihres sportlichen Erfolges und/oder ihrer Bekanntheit öfter als andere an Sportveranstaltungen teilnehmen und damit zur Erzielung von Vermarktungserlösen eines Sportverbandes beitragen, an diesen auch in höherem Maße als die anderen beteiligt werden.

**d) Angewiesenheit der Sportverbände und der Athleten auf die bei den Sportverbänden anfallenden Vermarktungserlöse**

Der EFTA-Gerichtshof hat in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ angedeutet, dass die Angewiesenheit des Sportverbandes sowie der Athleten auf die Vermarktungserlöse ein bei der Gesamtabwägung zur angemessenen Beteiligung der Sportler an den Einnahmen des Verbandes berücksichtigungsfähiger Faktor sein könne. Darauf deuten die Feststellungen des Gerichtshofs hin, dass die Vermarktungserlöse bei weitem die wichtigste Einnahmequelle des Skiverbandes NSF, aber auch der Athleten seien<sup>69)</sup> und dass der Alpinskifahrer Kristoffersen bereits über eine Vielzahl individueller Sponsoringverträge verfüge.<sup>70)</sup>

Bei der Angewiesenheit der Sportverbände und Athleten auf eine Partizipation an den bei Sportverbänden anfallenden Vermarktungserlösen handelt es sich indes um einen ambivalenten Ansatz: Zum einen könnte man hieraus ableiten, dass „reiche“, über diverse lukrative Einnahmemöglichkeiten verfügende Sportverbände eine in Relation zu den Gesamtvermarktungserlösen höhere Erlösbeteiligung der Athleten zulassen müssten als Sportverbände mit geringer wirtschaftlicher Potenz, während Athleten mit höheren individuellen Vermarktungserlösen als andere zugunsten letzterer in geringerem Maße an den verteilungsfähigen Vermarktungserlösen der Sportveranstalter zu beteiligen wären. Zum anderen würde ein solches Vorgehen aber dem Leistungsprinzip widersprechen, sofern gerade die sportlich und damit zumeist auch wirtschaftlich überdurchschnittlich erfolgreichen Sportverbände zur Ausschüttung eines erheblichen Teils der Erlöse an die teilnehmenden Athleten verpflichtet werden könnten und es im Kreise der Athleten sodann zu einer Umverteilung zugunsten derjenigen mit relativ geringen individuellen Vermarktungserlösen käme.

64) So vertritt *Prokop*, in: Führungs- und Verwaltungsakademie Berlin des Deutschen Sportbundes (Hrsg.), Rechte der Athleten, 1997, S. 19, 23, allgemein die Auffassung, dem Athleten obliege eine Pflicht, dem Verband bei der Beschaffung finanzieller Mittel behilflich zu sein. *Thaler*, in: Arter/Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht, 2007, S. 19, 53, 63, betont, es müssten „stets berechnete Interessen des Sportverbandes an der Vermarktungsregulierung vorliegen, mithin sachliche Gründe, welche direkt oder indirekt dem ideellen Verbandszweck dienen bzw. sich als sportnotwendig (sportimmanent oder sporttypisch) erweisen“, wobei er den „Solidaritätsgedanken“ im Grundsatz anerkennt. *Steinle*, in: Steinle (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, 2013, S. 9, 18, verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „Solidarsystem“, wonach innerhalb des Athletenbereichs ein Interessenausgleich zwischen angemessener Förderung des Nachwuchses und der Wahrung der Interessen von Spitzenathleten stattzufinden habe. Kritisch zu diesem Modell *Bergmann*, in: Steinle (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, 2013, S. 59, 65; ablehnend *Kreifitz*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 4), Rn. 231.

65) So auch *Morand* (Fn. 4), S. 305 Rn. 479.

66) Ähnlich EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 124.

67) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 125.

68) Diesen Aspekt vernachlässigend *Morand* (Fn. 4), S. 285 Rn. 449.

69) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 115, 124.

70) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 125.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

39 Verschiedene Gesichtspunkte lassen vermuten, dass sich die vorangehend beschriebene Problematik allenfalls in abgeschwächter Form stellen kann: Zunächst ist mit der vorherrschenden Auffassung<sup>71)</sup> davon auszugehen, dass ein Sportverband seine Erlöse in jedem Fall für seine Aufgaben, die der Verfolgung der Verbandsziele dienen, zu verwenden hat. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass Sportverbände autonom den für die Verfolgung der Verbandsziele erforderlichen Kostenaufwand festsetzen und dadurch ihre Angewiesenheit auf einen substantiellen Teil der Vermarktungserlöse zumindest in erheblichem Umfang steuern können. Im Extremfall wäre zwar vorstellbar, dass überhaupt keine an die Profisportler zu verteilenden Vermarktungserlöse eines Sportverbandes mehr zur Verfügung ständen. Hier müsste dann aber über die Aspekte der kohärenten Verfolgung der Verbandsziele<sup>72)</sup> sowie der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten<sup>73)</sup> sichergestellt werden, dass auch für die professionellen Spitzenathleten eine angemessene Beteiligung zur Verfügung steht.

40 Soweit neben der Verfolgung der Verbandsziele ein Teil der Verbandseinnahmen für eine gezielte Beteiligung der Spitzenathleten hieran verbleibt, kann sich der Verband von folgenden Maximen leiten lassen:

41 – Bei Athleten, die vom Sportverband eine regelmäßige finanzielle Zuwendung erhalten, kann die Angewiesenheit auf die Beteiligung an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes als geringer eingestuft werden als bei Sportlern ohne eine solche finanzielle Absicherung.<sup>74)</sup>

42 – Je mehr für den Sportverband antretende Spitzenathleten mangels kostendeckender finanzieller Unterstützung durch den nationalen Verband, mangels hoher (inter)nationaler Sieg- oder Antrittsprämien sowie mangels lukrativer individueller Sponsoring- oder Ausrüsterverträge reinen Amateuren angenähert sind, desto weniger darf der Sportverband Möglichkeiten der betroffenen Athleten beschneiden, sich selbst zu vermarkten. Dies gilt insbesondere für Sportevents, die für solche Athleten – wie z. B. Olympische Spiele<sup>75)</sup> – nur alle paar Jahre eine internationale Wettkampfform mit hohem Aufmerksamkeitswert und damit eine einträgliche Vermarktungsmöglichkeit bieten.<sup>76)</sup>

#### e) Auswirkungen des Konkurrenzverhältnisses zwischen Verbands- und Individualsponsoren

43 Erfreulicherweise spricht der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“ einen Aspekt an, der im Hinblick auf die Ausgangsproblematik in Judikatur und Schrifttum bislang weitgehend vernachlässigt worden ist: die zeitliche Reihenfolge, in der die Vertragsabschlüsse mit den Verbandssponsoren und den individuellen Sponsoren erfolgt sind, sowie die daraus ableitbaren Rechtsfolgen.<sup>77)</sup> Allerdings bleiben gerade die Ausführungen zu den rechtlichen Konsequenzen vage. Der verbandsseitige Erlaubnisvorbehalt für individuelle Vermarktungsaktivitäten der Athleten müsse zu einem angemessenen Interessenausgleich

führen. Ein bereits bestehender Vertrag mit einem Verbandsponsor könne für die Verweigerung der Erlaubnis relevant sein. Dabei könne auch berücksichtigungsfähig sein, ob der Sportverband beim Vertragsabschluss mit seinem Sponsor bereits Kenntnis von der Absicht eines Athleten hatte, einen individuellen Sponsoringvertrag abzuschließen. Maßgeblich könne auch sein, wie individuelle Vermarktungsaktivitäten die Verfolgung legitimer Ziele durch den Sportverband beeinflussen würden.

Im Folgenden wird der Versuch einer Konkretisierung dieser Ansätze unternommen. Ein angemessener Ausgleich der Beteiligteninteressen kann durch Berücksichtigung folgender Orientierungspunkte angestrebt werden:

– Wenn der Sportverband bereits einen branchenexklusiven Sponsoringvertrag für einen bestimmten Waren-/Dienstleistungsbereich abgeschlossen hat, gebietet die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme,<sup>78)</sup> dass Athleten aus dem erweiterten Kreis der Nationalmannschaft bei zeitlich nachfolgenden individuellen Vertragsabschlüssen mit konkurrierenden Sponsoren einen vertraglichen Vorbehalt vereinbaren, um im Fall der Berufung in die Mannschaft des Sportverbandes allein dessen Sponsoren zur Verfügung stehen zu können.<sup>79)</sup>

– Umgekehrt wird man von Sportverbänden nicht erwarten können, dass sie sich bei der Auswahl ihrer branchenexklusiven Sponsoren daran orientieren, nicht in Konkurrenz zu den bereits zugunsten bestimmter Athleten bestehenden individuellen Sponsoringverträgen zu treten. Denn andernfalls könnte der Kreis der für den Sportverband noch verfügbaren Sponsoren (zu) stark schrumpfen.

– Sofern bereits individuelle Sponsoringverträge einzelner Athleten aus dem erweiterten Kreis der Nationalmannschaft bestehen, muss der Sportverband aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht beim Abschluss eines eigenen, branchenexklusiven Sponsoringvertrags sicherstellen, dass – soweit möglich und sachgerecht – die bereits bestehenden individuellen Sponsoringverträge der Athleten nicht beeinträchtigt werden. Andernfalls muss der Sportverband eine etwaige Erlösminderung der Sportler im Hinblick auf ihre bestehenden Individualvermarktungsverträge ausgleichen, die eintreten könnte, wenn die betroffenen Athleten etwa während der Berufung in die Nationalmannschaft nicht als Testimonial für ihren individuellen Sponsor zur Verfügung stehen und dessen Zahlungen entsprechend gekürzt werden.

– Nach Ablauf eines von Beginn an mit Verbandssponsoren konkurrierenden individuellen Sponsoringvertrags sind die jeweiligen Athleten aufgrund der auch für sie geltenden Rücksichtnahmepflicht gehalten, ihre Verträge im Fall der Verlängerung inhaltlich zu modifizieren (insbesondere mit vertraglichen Freistellungen für den Fall der Nominierung für die Nationalmannschaft).

– Athleten können ihre individuellen Sponsoringaktivitäten jederzeit auf Bereiche erstrecken, für die keine Branchenexklusivität zugunsten des Sportverbandes besteht. Eine Ausnahme gilt, wenn die Athleten bereits zuvor Kenntnis von der konkreten Absicht des Sportverbandes erlangt haben, mit einem Sponsor aus einer bestimmten Branche einen Vertrag abzuschließen.

#### f) Angemessene Beteiligung der Athleten an den Vermarktungserlösen des Sportverbandes

Unter Würdigung der gesamten vorgenannten Umstände hat ein Sportverband im jeweiligen Einzelfall festzulegen, inwieweit Spitzenathleten, die an Sportwettkämpfen des Verbandes teil-

71) S. oben IV. 1. a), Rn. 18 m. w. N.; ähnlich *Morand* (Fn. 4), S. 285 Rn. 450 sowie S. 292 Rn. 459 zur Angewiesenheit von Sportverbänden auf den Abschluss von Sponsoringverträgen; *Kretschmer* (Fn. 4), S. 273; *Philipp*, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport – Unter besonderer Berücksichtigung der Monopolstellung der Verbände, 2004, S. 130; *Thaler* (Fn. 64), S. 19, 57.

72) S. oben IV. 1. b), Rn. 20–25.

73) S. oben IV. 3. a), Rn. 33.

74) So bereits *Bruhn/Mehlinger*, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring – Sport-, Kultur-, Sozial-, Umwelt- und Programmsponsoring, 1994, S. 50 f.; *Vieweg*, in: *Vieweg* (Hrsg.), *Sponsoring im Sport*, 1996, S. 53, 84; *Nam*, Persönlichkeitsrechte in Ungleichgewichtslagen – am Beispiel des Sports, 2007, S. 155.; zuletzt im Anschluss hieran auch *Morand* (Fn. 4), S. 305 Rn. 479.

75) Zur Lockerung der bisherigen Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer auf Druck des BKartA s. oben die Nachweise in Fn. 1.

76) *Morand* (Fn. 4), S. 306 Rn. 480.

77) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E-8/17 (Fn. 11), Rn. 128.

78) S. oben IV. 3. a), Rn. 33.

79) *Morand* (Fn. 4), S. 291 Rn. 457.

## Heermann, Beteiligung v. Sportwettkampf-Teilnehmern an Vermarktungserlösen

nehmen, an dessen Gesamterlösen zu beteiligen sind. Hierbei steht Sportverbänden ein Ermessenspielraum zu, dessen Einhaltung gerichtlich überprüft werden kann.<sup>80)</sup> Dem Sportverband steht also kein gerichtsfester Beurteilungsspielraum oder gar eine gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zu.<sup>81)</sup>

- 51 Da die Angemessenheitsprüfung von vielerlei Bewertungskriterien<sup>82)</sup> und deren Gesamtwürdigung abhängt, ist die Festlegung pauschaler, allgemeingültiger Beteiligungsquoten nicht möglich.<sup>83)</sup> Dies gilt auch im Hinblick auf die Aufteilung der Werbeflächen auf der Sportkleidung der Athleten.<sup>84)</sup> Kritisch zu betrachten ist die Auffassung, dass Mitspracherechte der Athleten bei der Aufteilung von Verbands- und Individualwerbung in Regelwerken oder Athletenvereinbarungen für die Zulässigkeit entsprechender Vermarktungsbeschränkungen sprechen könnten.<sup>85)</sup> Diese Vermutung kann nur gelten, wenn die Sportler die entsprechenden Punkte auf Augenhöhe verhandeln (z. B. durch Athleten Deutschland e.V.), d. h. tatsächlich mitbestimmen können. Hierfür reicht eine Möglichkeit zur – rechtlich regelmäßig unverbindlichen – Stellungnahme durch die Athleten nicht aus.

g) **Beweislast hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkung**

- 52 Nach Auffassung des EFTA-Gerichtshofs obliegt es dem Sportverband, der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Sportler bewirkt, im konkreten Einzelfall die Verhältnismäßigkeit der Vermarktungsbeschränkung nachzuweisen.<sup>86)</sup> Die Beweislast reiche aber nicht so weit, dass der Sportverband positiv nachweisen müsse, dass durch keine andere denkbare Maßnahme die angestrebten Ziele unter den gleichen Voraussetzungen erreicht werden könnten. Zur Beweislastverteilung gelten zunächst die vorangehenden Ausführungen<sup>87)</sup> entsprechend. Die vom EFTA-Gerichtshof vorgenommene Einschränkung der Beweislast entspricht der Sache nach den für das deutsche Zivilprozessrecht anerkannten Grundsätzen zur abgestuften Beweislastverteilung i. S. e. sekundären Darlegungslast.<sup>88)</sup> Damit muss sich der Sportverband nur zu den von den Athleten vorgetragenen, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb angeblich weniger stark beeinträchtigenden, zur Erreichung der Verbandsziele aber gleich geeigneten Alternativmaßnahmen einlassen.

**4. Zeitnahe Möglichkeit zur rechtlichen Überprüfung der Entscheidung des Sportverbandes durch eine verbandsunabhängige Instanz**

- 53 Die Wirksamkeit der verbandsseitigen Vermarktungsbeschränkungen, insbesondere des Erlaubnisvorbehalts, hat der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache „Kristoffersen/NSF“<sup>89)</sup> schließlich in begrüßenswerter Weise noch davon abhängig gemacht, dass jede Einzelentscheidung begründet<sup>90)</sup> und dem betroffenen Athleten binnen eines angemessenen Zeitraums mitgeteilt wer-

de. Zudem müsse die Möglichkeit eröffnet werden, die Entscheidung des Sportverbandes von einer vom Sportverband unabhängigen Instanz, beispielsweise von einem staatlichen Gericht,<sup>91)</sup> überprüfen zu lassen. Diesen Ansatz hat das BKartA nur wenige Monate später in seinem Verfahren zu den Werbebeschränkungen für deutsche Olympiateilnehmer übernommen.<sup>92)</sup>

**V. Fazit**

Soweit Sportverbände ihren Athleten in den Verbandsstatuten und/oder Athletenvereinbarungen bzw. Nominierungsverträgen Werbeverbote oder Erlaubnisvorbehalte bezüglich des Abschlusses individueller Sponsoring- oder Ausrüsterverträge auferlegen, beschränken sie selbständige, unternehmerisch tätige Sportler in ihrer Dienstleistungsfreiheit, zugleich aber auch den Wettbewerb. Die verschiedenen Ansätze, nach denen derartige Beschränkungen tatbestandsimmanent gerechtfertigt werden können, weisen deutliche Parallelen auf.<sup>93)</sup> Danach müssen durch die erwähnten Vermarktungsbeschränkungen im Allgemeinen sowie bei ihrer Anwendung im Einzelfall legitime Verbandsziele in systematischer und kohärenter Weise verfolgt werden.<sup>94)</sup> Darüber hinaus muss eine untrennbare Verbindung im Sinne einer Erforderlichkeit zwischen der Verfolgung der legitimen Zielsetzungen und der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sowie des Wettbewerbs bestehen.<sup>95)</sup> Des Weiteren müssen die Vermarktungsbeschränkung und die damit verbundene Beteiligung der Athleten an den Erlösen des Verbandes verhältnismäßig sein, was in einer Gesamtschau verschiedener Aspekte, die aus der Pflicht des Sportverbandes und der Athleten zur gegenseitigen Rücksichtnahme abgeleitet werden können, zu bewerten ist.<sup>96)</sup> Schließlich muss für die betroffenen Athleten eine Möglichkeit zur rechtlichen Überprüfung der Verbandsentscheidung durch eine verbandsunabhängige Instanz bestehen.<sup>97)</sup>

55 Das *Ob* einer Beteiligung der den Sportverband in (inter-)nationalen Wettkämpfen vertretenden Athleten an den Vermarktungserlösen des Verbandes ist unstrittig. Hinsichtlich des *Wie*, d. h. der Art und insbesondere der Höhe einer angemessenen Beteiligung, lassen sich keine pauschalen Aussagen treffen. Es bedarf insoweit einer – von einer unabhängigen Instanz überprüfbaren – Ermessensentscheidung des Sportverbandes im Einzelfall, die die berechtigten Interessen der Beteiligten zu einem angemessenen Ausgleich bringt. Dieser Ansatz lässt sich im Wesentlichen auf vergleichbare Verteilungsstreitigkeiten (etwa zwischen einer Liga und ihren Ligamitgliedern oder zwischen einem Sportverband und den für ihn als Arbeitnehmer tätigen Athleten) übertragen.

56 Sowohl Sportverbände als auch die an ihren Sportwettkämpfen teilnehmenden Athleten haben beim Abschluss von Sponsoring- und Ausrüsterverträgen den gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten angemessen Rechnung zu tragen. Dies wird bei den Beteiligten gegenüber der bisherigen Praxis mitunter ein Umdenken erfordern. Sportverbände können und dürfen insbesondere mit Werbeverboten und Erlaubnisvorbehalten diesen Prozess steuern. Damit diese Vermarktungsbeschränkungen nicht zu unzulässigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und des Wettbewerbs zu Lasten der Athleten führen, sollten die Sportverbände transparent darlegen, wie und in welcher Höhe sie mit ihren Einnahmen und insbesondere auch Vermarktungserlösen ihre Verbandsziele im Allgemeinen und den Amateursport im Besonderen systematisch und kohärent fördern.

80) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 132.

81) So bereits im Hinblick auf die 3. Stufe des Drei-Stufen-Tests („Meca-Medina und Majcen“) Heermann, WRP 2019, 834 Rn. 35.

82) S. oben IV. 3. a)-e), Rn. 33-49.

83) S. hierzu auch schon oben IV. 1. c), Rn. 26.

84) A. A. Bergmann, in: Göting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2. Aufl., 2019, § 36 Rn. 20 („hälftige Aufteilung der zur Verfügung stehenden Werbeflächen“); im Anschluss an diese schon in der Voraufgabe vertretene Auffassung Morand (Fn. 4), S. 296 Rn. 464; ebenso Nagel, CaS 2012, 55, 62.

85) So Morand (Fn. 4), S. 305 Rn. 479.

86) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 123.

87) S. oben IV. 1. c), Rn. 26.

88) S. Fn. 51.

89) EFTA-Gerichtshof, 16.11.2018 – E.8/17 (Fn. 11), Rn. 131.

90) So im Ansatz auch schon Heermann (Fn. 4), S. 9, 30.

91) Denkbar wäre auch ein organisatorisch beim Sportverband angesiedeltes In-camera-Verfahren, eventuell kombiniert mit einem Wirtschaftsprüfervorbehalt; vgl. hierzu Kretschmer (Fn. 4), S. 236-241.

92) BKartA, 25.02.2019 – B 2 – 26/17 (Fn. 1), Rn. 124 f.; hierzu Heermann, WRP 2019, 834 Rn. 38-41.

93) S. oben III., Rn. 14 f.

94) S. oben IV. 1., Rn. 16-28.

95) S. oben IV. 2., Rn. 29-31.

96) S. oben IV. 3., Rn. 32-52.

97) S. oben IV. 4., Rn. 53.