wrp
Wettbewerb in Recht und Praxis
www.wrp.de

11
November 2015
D 7303 E
61. Jahrg. | Seite 1281–1416

Editorial: Dr. Alexander Dröge
Alle Angaben ohne Gewähr

1281 **Prof. Dr. Rolf Sack**
Grenzüberschreitende Werbung in audiovisuellen Medien – ihre Rechtskontrolle im Herkunftsland

1288 **Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**
Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern

1296 **Dr. Martin Schmidhuber und Dr. Anno Haberer**
Zwischen „Natur-Aktien-Index“ und „myschwiegermutterkäse“ – Überlegungen zur Vereinheitlichung der Prüfungspraxis absoluter Schutzhindernisse von Marken

1303 **Dr. Hans-Peter Roth, LL.M.**
Eine unendliche Geschichte: Der Handel mit gebrauchter Software

1311 **Prof. Dr. Helmut Köhler**
Alternativentwurf (UWG-AE) zum Regierungsentwurf (UWG-E) eines 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

1319 **Schrems / Data Protection Commissioner (Safe Harbor)**
EuGH, Urteil vom 06.10.2015 – C-362/14

1326 **Hotelbewertungsportal**
BGH, Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 94/13
1331 Kommentar von **Dr. Franz Hofmann**

1341 **Schufa-Hinweis**
BGH, Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 157/13

1343 **Springender Pudel**
BGH, Urteil vom 02.04.2015 – I ZR 59/13
1349 Kommentar von **Dr. Simon Apel und Dr. Anke Fuchs**

1396 **Hersteller- und Typenbezeichnungen bei Elektrogeräten in Prospektwerbung für Komplettküchen**
OLG Celle, Urteil vom 16.07.2015 – 13 U 71/15
1399 Kommentar von **Dr. Klaus Schollmeyer**

1401 **Bestellkarte**
LG Wuppertal, Urteil vom 21.07.2015 – 11 O 40/15
1402 Kommentar von **Dr. Martin Schirmbacher**

1407 **Notarielle Unterlassungserklärung**
LG Berlin, Urteil vom 04.08.2015 – 15 O 56/15
1411 Kommentar von **Pascal Tavanti**

Herausgeber
Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Wolfgang Büscher
Prof. Dr. Franz Hacker
Dr. Gangolf Hess
Prof. Dr. Stefan Leible
Dr. Reiner Münker

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

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

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

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern

Inhalt

I. Einleitung
II. Faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen
1. Rechtliche Ausgangslage
2. § 11 RegE-AntiDopG
3. Stellungnahme
a) Keine Anordnung wettbewerbswidrigen Verhaltens durch § 11 RegE-AntiDopG
b) Keine „Klarstellung" zur rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen
c) Keine kartellrechtliche Rechtfertigung faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen aufgrund „sportspezifischer Besonderheiten"
d) Praktische Auswirkungen
III. Faktisch aufgezwungene Einwilligung in Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung
1. Rechtliche Ausgangslage
2. §§ 9, 10 RegE-AntiDopG
3. Stellungnahme
IV. Faktisch aufgezwungene Vermarktungsklauseln für Individualsportler(innen)
1. Rechtliche Ausgangslage
2. Beispiele
3. Stellungnahme
V. Faktisch aufgezwungene Vermarktungsklauseln für Mannschaftssportler(innen)
1. Rechtliche Ausgangslage
2. Beispiel
3. Stellungnahme

I. Einleitung

1 In den letzten Jahren sind Maßnahmen, Praktiken oder Statuten verschiedener nationaler oder internationaler Sportverbände, die sich auf deren unmittelbare Mitglieder, vielfach aber auch nur auf deren mittelbare Mitglieder auswirken, in den kartellrechtlichen Fokus gerückt. Einige Konstellationen werden nachfolgend aufgegriffen. Dabei stehen nicht detaillierte (kartell-)rechtliche Fallanalysen im Vordergrund, zumal diese von den konkreten Einzelfallumständen abhängen würden. Vielmehr sollen jeweils zunächst die (kartell-)rechtliche Ausgangslage skizziert sowie sodann die Gegenmaßnahmen zur (kartell-)rechtlichen Absicherung des möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens dargestellt und abschließend bewertet werden.

II. Faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen

1. Rechtliche Ausgangslage

2 Insbesondere professionell tätige Athleten unterwerfen sich regelmäßig über Schiedsklauseln in Verbandsstatuten, Lizenzanträgen, Athletenvereinbarungen etc. für den Fall rechtlicher Streitigkeiten mit dem jeweiligen Sportverband der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit. Damit verzichten die Athleten zugleich darauf, bei solchen Rechtsstreitigkeiten den ihnen etwa nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantierten gesetzlichen Richter, d. h. ein staatliches Gericht, anzurufen.

3 Üblicherweise sind Athleten, die die Sportausübung berufsmäßig betreiben wollen, faktisch zur Anerkennung von Schiedsklauseln oder zum Abschluss entsprechender Schiedsvereinbarungen gezwungen. Denn eine Wahlmöglichkeit zwischen der Anrufung der Verbandsgerichtsbarkeit oder der staatlichen Gerichtsbarkeit wird Athleten regelmäßig nicht eingeräumt. Streichen sie einseitig Schiedsklauseln aus Athletenvereinbarungen, würden die Sportverbände deren Abschluss verweigern und der Zugang zu Sportveranstaltungen bliebe verschlossen. Trotz vieler überzeugender Gründe, die im Sportbereich für eine flächendeckende Bindung von Athleten an die Verbandsschiedsgerichtsbarkeit sprechen,[1] ist insbesondere im wissenschaftlichen Schrifttum, aber auch in der Judikatur durchaus umstritten, ob die beschriebene Praxis der faktisch aufgezwungenen Bindung von Athleten an die Verbandsgerichtsbarkeit noch als freiwilliger Verzicht auf die Anrufung staatlicher Gerichte eingestuft werden kann.[2]

4 Schon frühzeitig deutete sich an, dass die EU-Kommission im Falle der Bindung von Athleten an die Sportschiedsgerichtsbarkeit deren gleichzeitigem Verzicht auf den gesetzlichen Richter kartellrechtliches Konfliktpotential beimisst. So heißt es in dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007:[3]

„The following rules represent a higher likelihood of problems concerning compliance with Articles 81 EC and/or 82 EC, although some of them could be justified under certain conditions under Article 81(3) or Article 82 EC:

- (…)
- Rules excluding legal challenges of decisions by sports associations before national courts if the denial of access to ordinary courts facilitates anti-competitive agreements or conduct;
- (…)."

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, wissenschaftlicher Leiter des Weiterbildungsstudiengangs „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)". Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1415 f.

1) Siehe hierzu stellvertretend *Adolphsen*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, (Hrsg.), Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 1030 ff.; *Oschütz*, Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2005, S. 33 ff.; *Schleiter*, Globalisierung im Sport, 2009, S. 108 ff.

2) Vgl. stellvertretend mit umfassender Darstellung des Meinungsstands *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66 ff.; *ders.*, SchiedsVZ 2015, 78, 80-83 im Lichte des Urteils des OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 ff. – Pechstein. Zuletzt die Freiwilligkeit faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen ablehnend *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1355 f.

3) Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying Document to the White Paper on Sport, COM(2007) 391 final, S. 39, 77.

5 Vier Jahre später ergänzte die Kommission in dieser für den Sportsektor wichtigen Problematik einen weiteren Aspekt:[4)]

„Recht auf einen fairen Prozess (…) Jede Einschränkung der Ausübung dieser Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten."

6 Von anderer Seite ist in den letzten Jahren gleichfalls angeregt worden,[5)] von der rechtlich zulässigen Möglichkeit[6)] Gebrauch zu machen, auch für den Sportsektor – wie schon in anderen Bereichen[7)] – unter bestimmten Voraussetzungen die Durchführung privater Streitschlichtungsmechanismen durch Gesetz verbindlich anzuordnen.

7 Inzwischen hat das OLG München im Pechstein-Verfahren festgestellt, die streitgegenständliche und der Eisschnellläuferin faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarung stelle einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB dar. In dem Urteil wurde der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorrangig auf das strukturelle Ungleichgewicht bei der Schiedsrichterbesetzung gestützt.[8)] Allerdings ist nicht auszuschließen, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch im Falle einer Gewährleistung struktureller Neutralität der Schiedsrichterbesetzung allein aus dem Umstand abgeleitet wird, dass Athleten eine Schiedsvereinbarung und damit einhergehend der Verzicht auf die Anrufung staatlicher Gerichte faktisch aufgezwungen wird.[9)]

2. § 11 RegE-AntiDopG

8 Nunmehr hat der Gesetzgeber reagiert. So ordnet § 11 des Entwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport (RegE-AntiDopG; Stand: 12.03.2015) – im Wortlaut übereinstimmend mit § 11 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport (RefE-AntiDopG; Stand: 10.11.2014)[10)] – Folgendes an:

Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler können als Voraussetzung der Teilnahme von Sportlerinnen und Sportlern an der organisierten Sportausübung Schiedsvereinbarungen über die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf diese Teilnahme schließen, wenn die Schiedsvereinbarungen die Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler in die nationalen oder internationalen Sportorganisationen einbinden und die organisierte Sportausübung insgesamt ermöglichen, fördern oder sichern. Das ist insbesondere der Fall, wenn mit den Schiedsvereinbarungen die Vorgaben des Welt Anti-Doping Codes der Welt Anti-Doping Agentur umgesetzt werden sollen.

9 Aber vermag diese Vorschrift eine weitgehende (kartell)rechtliche Immunität von faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen zu bewirken?

3. Stellungnahme

10 Verschiedene Gründe legen die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber mit § 11 RegE-AntiDopG die kontroverse Diskussion um die (kartell-)rechtliche Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen[11)] nicht beenden wird.

a) Keine Anordnung wettbewerbswidrigen Verhaltens durch § 11 RegE-AntiDopG

11 Nach § 11 S. 1 RegE-AntiDopG „können" Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler als Voraussetzung der Teilnahme von Sportlerinnen und Sportlern an der organisierten Sportausübung Schiedsvereinbarungen über die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf diese Teilnahme schließen. Die Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren wird also in den beschriebenen Konstellationen gerade nicht verbindlich vorgeschrieben, vielmehr wird lediglich der rechtliche Status quo beschrieben. Die Durchführung der genannten Streitigkeiten allein vor Sportschiedsgerichten wird also nicht verbindlich angeordnet, es wird insoweit nicht zu Lasten der Sportverbände und Athleten jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ausgeschlossen. Unter diesen Umständen bleiben die kartellrechtlichen Vorschriften weiterhin anwendbar.[12)]

b) Keine „Klarstellung" zur rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen

12 Nachdem in der Begründung zu § 11 RefE-AntiDopG[13)] noch abschließend festgestellt worden war, die Klarstellung in der Vorschrift diene dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen,[14)] ist diese Aussage in der Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG nunmehr deutlich relativiert worden:[15)]

„Die Klarstellung in der Vorschrift dient insgesamt lediglich dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit des Abschlusses von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen. Ob diese Schiedsvereinbarungen einer umfassenden Inhaltskontrolle standhalten und damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen, soll durch diese Vorschrift nicht entschieden werden. Eine funktionierende Sportschiedsgerichtsbarkeit, die den allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht und damit solche Verstöße ausschließt, wird vielmehr vorausgesetzt."

13 Vor diesem Hintergrund stellt sich auch weiterhin und nunmehr erst recht die Frage, welchen Zweck § 11 RegE-AntiDopG über die Beschreibung des rechtlichen Status quo hinaus überhaupt erfüllt.

c) Keine kartellrechtliche Rechtfertigung faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen aufgrund „sportspezifischer Besonderheiten"

14 Die Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG verweist darauf,[16)] dass eine Beeinträchtigung der Rechte der Athleten durch den Abschluss von Schiedsvereinbarungen jedenfalls aufgrund der

4) Mitteilung der Kommission vom 18.01.2011 zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports – Komm(2011) 12 endgültig, S. 5.
5) *Seitz*, NJW 2002, 2838, 2839 f.; *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66, 78; kritisch *Monheim*, Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, 2006, S. 167.
6) Siehe stellvertretend *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl., 2010, Art. 92 Rn. 41. Dieser Ansatz klingt auch wiederholt an bei LG München I, 26.02.2014 – 37 O 28331/12, SchiedsVZ 2014, 100, 106 („mangels gesetzlicher Grundlage") und 107 („auch im schweizerischen Recht gesetzlich nicht vorgesehen").
7) Z. B. Einigungsstellenverfahren i. S. v. § 76 BetrVG; Schiedsstellenverfahren nach § 37 ArbNErfG als Voraussetzung für die Erhebung einer Klage; Gütestellenverfahren nach § 15 a EG ZPO i. V. m. entsprechenden Landesgesetzen als Voraussetzung für die Erhebung einer Klage; Anordnung der Teilnahme an einem Mediationsverfahren nach § 135 FamFG; im Sportbereich findet man entsprechende Regelungen etwa in Österreich (§§ 4, 15, 17 Abs. 2 und 6 Anti-Doping-Bundesgesetz) oder in den USA (Ted Stevens Olympic and Amateur Sport Act).
8) OLG München, 15.01.2015 – U 1110/14 Kart, WRP 2015, 379 Rn. 60 ff. – Pechstein.
9) Ausführlich hierzu *Heermann*, SchiedsVZ 2015, 78, 82 f m. w. N. A. A. zuletzt *Haus/Heitzer*, NZKart 2015, 181, 184 und 186, unter Bezugnahme LG Düsseldorf, 10.05.2006 – 12 O 255/05, Rn. 49 f – Lkw-Maut (zitiert nach juris), wonach nicht schon die Androhung einer Kündigung im Falle einer Ablehnung geänderter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGBen) missbräuchlich sein soll. Dieser Ansatz vermag nicht zu überzeugen, weil der Verzicht auf den gesetzlichen Richter aufgrund faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen in verfassungsrechtlich explizit geschützte Positionen der Athleten eingreift (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) und daher mit dem Fall, dass AGBen nicht akzeptiert werden, nicht vergleichbar ist.
10) Kritisch hierzu *Heermann*, SpuRt 2015, 4 ff.; *ders.*, Bremst der Gesetzgeber Pechstein noch aus?, FAZ.NET vom 15.01.2015, abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/gastbeitrag-zum-sportrecht-bremst-der-gesetzgeber-pechstein-noch-aus-13371260.html.
11) Zu verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich § 11 RegE-AntiDopG siehe zuletzt *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1356.
12) Ausführlich hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 33.
13) RefE-AntiDopG vom 10.11.2014, S. 43.
14) Kritisch hierzu *Heermann*, SpuRt 2015, 4, 6-8.
15) RegE-AntiDopG vom 12.03.2015, S. 45.
16) RegE-AntiDopG vom 12.03.2015, S. 45.

„sportspezifischen Besonderheiten, die eine interessengerechte Organisation von Sport erst ermöglichen, gerechtfertigt" sei.[17] Indes reichen ebenso pauschale wie apodiktische Hinweise auf „sportspezifische Besonderheiten" nicht aus, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu rechtfertigen.[18]

d) Praktische Auswirkungen

15 Damit schwebt auch weiterhin über sämtlichen faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen zwischen Sportverbänden und Athleten das Damoklesschwert der rechtlichen Unwirksamkeit und des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestandes. Dies gilt insbesondere auch für die Überprüfung von Entscheidungen deutscher oder internationaler echter Sportschiedsgerichte durch die ordentliche Gerichtsbarkeit.[19] Im Pechstein-Verfahren haben die Instanzgerichte mit nicht unumstrittener Begründung[20] den an sich nahe liegenden Gedanken nicht weiter verfolgt, dass die Eisschnellläuferin die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung erstmals vor dem LG München I, d. h. nach Abschluss des Verfahrens vor dem CAS einschließlich des nachfolgenden Aufhebungsverfahrens vor dem Schweizerischen Bundesgericht, und damit möglicherweise verspätet gerügt haben könnte. Aber selbst, wenn das LG München I und das OLG München im Pechstein-Verfahren eine Präklusion der Rüge der Athletin hinsichtlich der Wirksamkeit der zugrundeliegenden Schiedsvereinbarung und der Neutralität des CAS hätten annehmen müssen,[21] so würde allein dieser Umstand in anderen, vergleichbaren Verfahren die zuvor beschriebene kartellrechtliche Problematik keineswegs entschärfen.

III. Faktisch aufgezwungene Einwilligung in Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung

1. Rechtliche Ausgangslage

16 Üblicherweise werden insbesondere Athleten, die eine bestimmte Sportart berufsmäßig und damit zur Erzielung von Einkommen ausüben, durch Satzung, Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag und/oder Lizenzvereinbarung an die einschlägigen nationalen und internationalen Dopingvorschriften gebunden. Natürlich gehen die betreffenden Dopingregelungen davon aus, dass Dopingproben genommen und diesbezüglich verschiedene personen- und gesundheitsbezogene Daten der von ihnen betroffenen Athleten erhoben werden. Dies setzt im Lichte des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung[22] und der bestehenden datenschutzrechtlichen Gesetzesvorschriften regelmäßig eine entsprechende – auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhende – Einwilligung voraus. Für die deutsche Rechtslage folgt dies aus § 4 a Abs. 1 S. 1 BDSG. Ist aber die Grundvoraussetzung der Freiwilligkeit der Einwilligung des Athleten noch gegeben, wenn die Verweigerung der Einwilligung zum Ausschluss des Betroffenen von der Teilnahme am organisierten (Spitzen-)Sport führen kann?

17 An diesem Punkt zeigen sich deutliche Parallelen zu der zuvor[23] angesprochenen Rechtsfrage, ob trotz faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen noch ein freiwilliger Verzicht des betroffenen Athleten auf den gesetzlichen Richter und damit den Zugang zu staatlichen Gerichten angenommen werden kann. Ähnlich umstritten ist auch die Frage, ob der faktische Zwang eine Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ausschließt.[24] Bejaht man die Frage, liegt die Annahme des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Forderung von Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, nicht fern. Dabei kämen als marktbeherrschende Unternehmen vorrangig die zur Dopingverfolgung ermächtigten Instanzen – hierzulande die Nationale Anti Doping Agentur (NADA) – in Betracht, soweit deren Verhalten nicht den Sportverbänden zugerechnet werden kann.

18 Allerdings stuft die EU-Kommission das kartellrechtliche Konfliktpotential von Anti-Doping-Regeln tendenziell als gering ein, wie sich aus dem Begleitdokument zum Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 ergibt:[25]

„The following types of rules constitute examples of organizational sporting rules that – based on their legitimate objectives – are likely not to breach Articles 81 EC and/or 82 EC provided the restrictions contained in such rules are inherent and proportionate to the objectives pursued:

- (…)
- Anti-doping rules;
- (…)."

19 Vier Jahre später ergänzte die Kommission in dieser für den Sportsektor wichtigen Problematik einen weiteren Aspekt:[26]

„Datenschutz (…) Jede Einschränkung der Ausübung dieser Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten."

20 Sofern man die Maßnahmen der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung bei Dopingkontrollen einerseits als von den Anti-Doping-Regeln umfasst betrachtet und sie andererseits den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests[27] genügen sollten (was hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall – etwa Dopingkontrollen zur Nachtzeit – sehr umstritten ist), wäre letztlich das davon ausgehende kartellrechtliche Konfliktpotential gering.

2. §§ 9, 10 RegE-AntiDopG

21 Inzwischen hat der Gesetzgeber reagiert. So ordnen §§ 9 und 10 des Entwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport (RegE-AntiDopG; Stand: 12.03.2015) an, dass die Stiftung Nationale Anti Doping Agentur Deutschland berechtigt ist, bestimmte und näher definierte personenbezogene Daten sowie Gesundheitsdaten zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen, soweit dies zur Durchführung ihres Dopingkontrollsystems erforderlich ist. Der Gesetzgeber stellt in diesem Zusammenhang fest,[28] dass aufgrund der Bedeutung der Dopingbekämpfung die dazu erforderliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die NADA nach diesem Gesetz künftig unabhängig von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen zulässig sein solle. Durch die Einführung einer bereichsspezifischen Rechtsgrundlage werde der Rechtsunsi-

17) Kritisch hierzu *Heermann*, SpuRt 2015, 4, 8 f.
18) Siehe hierzu bereits *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 24 f.
19) *Monheim* (Fn. 5), S. 358 ff.; *Adolphsen*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 1), Rn. 1075 ff.; *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 3. Aufl., 2014, 6. Teil 4. Kap. Rn. 164 ff.
20) Siehe zur Präklusionsproblematik in Bezug auf das Pechstein-Verfahren *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 220 f.; *dies.*, SchiedsVZ 2015, 69, 71 ff.; *Niedermaier*, SchiedsVZ 2014, 280, 285 f.; *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161, 162 f.
21) Davon gehen insbesondere *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2015, 69, 71 ff. aus.
22) Grundlegend BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1, 41 ff. = NJW 1984, 419 – Volkszählung, Mikrozensus.
23) Siehe oben II. 1., Rn. 2 ff.
24) In diesem Sinne etwa zuletzt *Neuendorf*, Datenschutzrechtliche Konflikte im Anti-Doping-System – Am Beispiel des Anti-Doping Administration and Management Systems ADAMS, 2015, S. 109 ff. m. w. N. zum Meinungsstand; a. A. LG Hamburg, 29.05.2009 – 324 O 1002/08, SpuRt 2009, 205, 206; *Mortsiefer*, Datenschutz im Anti-Doping-Kampf, 2010, S. 131 ff., 137 f.; *Nolte*, CaS 2010, 309, 312.
25) Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying Document to the White Paper on Sport, COM(2007) 391 final, S. 39, 77.
26) Mitteilung der Kommission vom 18.01.2011 zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports – Komm(2011) 12 endgültig, S. 5.
27) Hierzu ausführlich *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 6 ff.
28) RegE-AntiDopG vom 12.03.2015, S. 41.

cherheit aufgrund von vereinzelt geltend gemachten datenschutzrechtlichen Zweifeln an der Wirksamkeit der Einwilligung begegnet.

3. Stellungnahme

22 Auch wenn in §§ 9, 10 RegE-AntiDopG der NADA lediglich eine Berechtigung zur näher beschriebenen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zugesprochen wird, so wird der nationalen Dopingkontrollinstanz doch faktisch jede Möglichkeit für ein abweichendes Verhalten genommen. Unter diesen Umständen sind die kartellrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die Ausgangsproblematik faktisch aufgezwungener Einwilligungen der Athleten in die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung von vornherein nicht anwendbar,[29] so dass es auf die Möglichkeiten der Rechtfertigung etwaiger Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr ankommt.

IV. Faktisch aufgezwungene Vermarktungsklauseln für Individualsportler(innen)

1. Rechtliche Ausgangslage

23 In Athletenvereinbarungen insbesondere mit Sportlern, die als Profis eine Individualsportart ausüben und für einen Sportwettkampf zu nominieren sind (z. B. Olympische Spiele, Weltmeisterschaften), wird zunehmend den Kommerzialisierungsinteressen der Sportverbände in besonderer Weise Rechnung getragen. Weit verbreitet sind insoweit Klauseln, in denen sich Athleten für den Fall ihrer Nominierung vorab den vom nominierenden Verband bereits abgeschlossenen, regelmäßig exklusiven Sponsorenvereinbarungen unterwerfen sollen. Zugleich müssen die Athleten dabei während des Sportereignisses, mitunter auch in einem gewissen Zeitraum davor und danach in unterschiedlichem Umfang auf Maßnahmen der Individualvermarktung verzichten. Verschiedentlich, wenngleich in deutlich variierender Form und Höhe, werden die Athleten an Vermarktungserlösen des Sportverbandes beteiligt. Üblicherweise haben die Athleten keine Möglichkeit, derartige Klauseln im Verhandlungsweg auszuschließen oder einseitig zu streichen, weil andernfalls die Nichtnominierung droht. Regelmäßig gehen mit in dieser Weise faktisch aufgezwungenen Vermarktungsklauseln auch faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen einher.

24 Vor diesem Hintergrund liegt die Vermutung nahe, dass derart vereinbarte Vermarktungsklauseln aufgrund ihrer für den betroffenen Athleten wettbewerbsbeschränkenden Wirkung gleichfalls ein nicht unerhebliches kartellrechtliches Konfliktpotential bergen, wobei insbesondere der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den nominierenden Sportverband in Betracht kommen kann.[30] Inzwischen hat sich die Rechtsauffassung durchgesetzt, dass Sportvereine und -verbände ungeachtet ihrer Rechtsform sowie Sportler hinsichtlich der Vermarktung ihrer sportlichen Leistung als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne einzustufen sind.[31] Die einander gegenüberstehenden wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Sportverbände und Athleten lassen sich im Hinblick auf die angedeutete Vermarktungsproblematik folgendermaßen skizzieren:[32]

25 Ein Sportverband verfolgt regelmäßig eine möglichst umfassende und exklusive Einbeziehung der nominierten Athleten in die eigenen Vermarktungsaktivitäten,

- um mit den generierten Erlösen die mit dem Sportwettkampf verbundenen Kosten sowie die eigenen Verbandsaktivitäten zu (re)finanzieren, insbesondere auch die Ausbildungskosten der nominierten sowie aller übrigen Athleten,[33]
- um selbst zum Zweck der Einnahmenmaximierung exklusive Sponsoringvereinbarungen abschließen und erfüllen zu können, die ihrerseits individuelle Vermarktungsaktivitäten der nominierten Athleten während des Sportwettkampfes in einem näher definierten Umfang ausschließen,
- um einen möglichst einheitlichen Auftritt des gesamten Teams innerhalb, aber eventuell sogar auch außerhalb der Sportarena zu gewährleisten,
- um im Vergleich zu einer Eigenvermarktung der Athleten während des Wettkampfes die Transaktionskosten zu senken,[34]
- um den Umfang der eigenen Vermarktungsaktivitäten sowie den Kommerzialisierungsgrad einer Sportveranstaltung und den damit möglicherweise verbundenen Verzicht auf eigene Werbemaßnahmen festlegen zu können und
- um gegebenenfalls bestehenden statutarischen Verpflichtungen gegenüber einem in der Verbandshierarchie übergeordneten Sportverband nachzukommen.

26 Athleten sind demgegenüber an der Entfaltung von Vermarktungsaktivitäten für ihre Individualsponsoren gerade auch während Sportgroßevents interessiert,

- um auf diese Weise und/oder durch eine Teilhabe an den Vermarktungserlösen des nominierenden Verbandes – die objektive Überprüfbarkeit der Angemessenheit dieser finanziellen Beteiligung vorausgesetzt – Einnahmen zum Bestreiten des eigenen Lebensunterhalts zu erzielen[35] und
- um die Erfüllung zum Zeitpunkt ihrer Nominierung bereits bestehender, individueller und exklusiver Sponsoringvereinbarungen ohne vertraglich festgelegte Vorbehalte zugunsten der Verbandssponsoren für den Fall der Nominierung möglichst nicht zu beeinträchtigen.

27 Die aus den beschriebenen Vermarktungsklauseln resultierende Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten der betroffenen Athleten ist offensichtlich. Daher kann es im Falle der generellen Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands, d. h. insbesondere bei einer unternehmerischen Vermarktungstätigkeit des Athleten, nur darum gehen, ob im Hinblick auf die beschriebenen Vermarktungsklauseln, die Individualsportlern durch einen Sportverband faktisch aufgezwungen werden, ein kartellrechtlicher Rechtfertigungstatbestand greift.

2. Beispiele

28 Ein anschauliches Beispiel der zuvor beschriebenen Vermarktungsbeschränkungen bietet Bye-law 6. zu Rule 44 IOC Charter (Stand: 08.12.2014):

29) Ausführlich hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 33.
30) Siehe hierzu ausführlich *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Missbrauchsverbots, 2009, S. 376 ff.; *Hannamann*, Athletenvereinbarungen aus kartellrechtlicher Sicht, in: Steinle (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, 2013, S. 43, 54-56; *Kretschmer*, Die Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Profisport – Eine rechtliche Analyse sogenannter Vermarktungsklauseln, 2015, 6. Kap. C.; *Reimann*, Lizenz- und Athletenvereinbarungen zwischen Sportverband und Sportler, 2003, S. 214-246; zuletzt die kartellrechtliche Relevanz derartiger Fallgestaltungen gleichfalls andeutend *Haus/Heitzer*, NZKart 2015, 181, 184.
31) Siehe stellvertretend *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Syst. IV Sport Rn. 30; *Hellmann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 70. Lieferung, 2010, Sonderbereich Sport, Rn. 17-19 m. w. N.
32) Ausführlich hierzu *Heermann*, Rechtsgrundlagen der Nominierung, in: Steinle (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, 2013, S. 9, 15-17.
33) So auch *Steinle*, Rechtliche Problemstellungen um die Athletenvereinbarung aus der Verbandspraxis, in: Steinle (Hrsg.), Rechtliche Problemstellungen um Athletenvereinbarungen, 2013, S. 9, 19.
34) *Franck*, Die ökonomischen Institutionen der Teamsportindustrie: eine Organisationsbetrachtung, 1995, S. 164 f.
35) Eine solche Teilhabe an Vermarktungserlösen des Sportverbandes ablehnend *Steinle* (Fn. 33), S. 9, 19.

All participants in the Olympic Games in whatever capacity must sign an entry form as prescribed by the IOC Executive Board.

29 Die Entry Form des IOC für die Olympischen Winterspiele 2014 in Sotchi[36] enthielt in § 2 eine entsprechende Regelung:[37]

I declare that I have read and that I have full knowledge of the provisions of the Olympic Charter currently in force and I agree to comply with all such provisions and, in particular, with the provision of the Olympic Charter regarding eligibility for the Olympic Games (including Rule 40 and its Bye-law), the mass media (Rule 48 and its Bye-law) and the prohibition on forms of publicity or propaganda on persons or on clothing and equipment worn or used at the Olympic Games (…). (…)

30 Aus Bye-law 3. zu Rule 40 IOC-Charta (Stand: 08.12.2014) ergeben sich die deutlich eingeschränkten Werbemöglichkeiten der Olympioniken für ihre Individualsponsoren während der Olympischen Spiele:

3. Except as permitted by the IOC Executive Board, no competitor, coach, trainer or official who participates in the Olympic Games may allow his person, name, picture or sports performances to be used for advertising purposes during the Olympic Games.

31 Und durch Bye-law 1. zu Rule 50 IOC-Charta (Stand: 08.12. 2014) – die nachfolgend wiedergegebene Vorschrift wird noch anhand weiterer detaillierter Regelungen konkretisiert – werden insbesondere die Werbemöglichkeiten, die den Ausstattern der Olympioniken während des Sportevents verbleiben, definiert:

1. No form of publicity or propaganda, commercial or otherwise, may appear on persons, on sportswear, accessories or, more generally, on any article of clothing or equipment whatsoever worn or used by the athletes or other participants in the Olympic Games, except for the identification – as defined in paragraph 8 below – of the manufacturer of the article or equipment concerned, provided that such identification shall not be marked conspicuously for advertising purposes. (…)

32 In ähnlicher, wenn auch nicht stets in so detaillierter Weise machen zahlreiche Sportveranstalter die Teilnahme der Athleten[38] (oder auch Clubs[39]) von einem unterschiedlich weit reichenden Verzicht auf Individualsponsoring abhängig.[40] Je größer der mediale Erfolg der Veranstaltungen ist, desto stärker werden tendenziell die individuellen Vermarktungsrechte der teilnehmenden Athleten beschnitten.

3. Stellungnahme

33 Das im Hinblick auf die Vermarktungsproblematik bestehende, eingangs skizzierte Interessengeflecht verdeutlicht, dass im Zusammenhang mit Vermarktungsklauseln in Athleten- oder Nominierungsvereinbarungen pauschale Aussagen zur Gewichtung der vielfach widerstreitenden Beteiligteninteressen nicht zielführend sein können. Vielmehr kann eine Interessenabwägung nur im Einzelfall in Kenntnis aller relevanten Umstände erfolgen.[41] Die insoweit berücksichtigungsfähigen Aspekte sind vielfältig[42] und variieren von Fall zu Fall, so dass eine allgemeingültige kartellrechtliche Bewertung nicht möglich ist. Allerdings lassen sich folgende Aussagen treffen:

- Sportverbände verfügen regelmäßig auf dem Sportveranstaltungsmarkt über eine Monopolstellung.[43] Damit sind sie zumindest für die Dauer der Sportevents zugleich auch marktbeherrschend für den Zugang zum nachgelagerten Markt für die Vermarktung der Athleten.[44]
- Sofern die Vermarktungserlöse des Verbandes die Kosten der von ihm durchgeführten Veranstaltung, für die Athleten nominiert werden, oder die für den nominierenden Verband insoweit unmittelbar entstehenden Kosten (z. B. Reise- und Unterbringungskosten) übersteigen, sind die Athleten im Grundsatz an den Mehrerlösen angemessen zu beteiligen.[45] Die weiteren Details zur Höhe der Ausschüttung sind umstritten.[46]
- Ein Sportverband kann auf Vermarktungsmöglichkeiten unmittelbar bei der Veranstaltung (z. B. Werbebanden bei Olympischen Spielen) verzichten oder auch die Zahl potentieller Veranstaltersponsorships nicht ausschöpfen, um dadurch den Charakter der Sportveranstaltung als nicht-kommerzielles Ereignis zumindest in gewissem Umfang zu erhalten.[47] Ein derartiger bewusster Verzicht auf potentiell erzielbare Vermarktungserlöse aus nicht kommerziellen Gründen rechtfertigt im Gegenzug auch die Beschränkung der individuellen Vermarktungsmöglichkeiten der Athleten im zeitlichen Umfeld der Sportveranstaltung.[48]
- Sofern der nominierende Verband die Individualvermarktung der Athleten in gewissem Umfang zugunsten eines Zentralvermarktungsprozesses untersagt, muss dieser diskriminierungsfrei, nach objektiven Kriterien und transparent erfolgen. Daraus folgt insbesondere, dass die nominierten und in ihren Vermarktungsaktivitäten beschränkten Athleten hinreichende Informationsrechte haben müssen.[49]
- Im Rahmen der Rechtfertigung von Vermarktungsklauseln sind bei Anwendung des Drei-Stufen-Tests[50] folgende Aspekte als legitime Zielsetzungen anzuerkennen: Einheitlichkeit der Sportausübung mit Blick auf Ausrüstung und Erscheinungsbild; Prinzip der Kostendeckung; Sicherung und Wahrung des Ansehens des Sports; Erzielung weiterer Einnahmen in angemessenem Umfang zur Förderung der ideellen Zwecke des Sportverbandes.[51] Nicht zu den legitimen Zielsetzungen gehört hingegen die Erzielung von Einnahmen allein zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Verbandes.[52]

36) Hierzu ausführlich *Jakob-Milicia*, SpuRt 2013, 236 ff.
37) Zitiert nach *Jakob-Milicia*, SpuRt 2013, 236, 237.
38) Vgl. z. B. zu Werbebeschränkungen für Sportartikelhersteller auf Sportkleidung bei Tennisturnieren, High Court, 07.06.2006, [2006] EWHC 1318 (Ch) – adidas-Salomon AG v. Draper et al.
39) Vgl. exemplarisch zum Verbot von Hosenwerbung im Fußball LG Hannover, 08.04. 2008 – 18 O 23/06, CaS 2008, 291 – Kanzlerstadt.
40) Siehe zu diesen und weiteren Fällen ausführlich *Heermann*, WRP 2009, 285, 286, 293 f., 295; vgl. zuletzt auch *Hannamann* (Fn. 30), S. 43 ff.
41) So bereits *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 17. Anders *Lambertz*, Die Nominierung im Sport, 2012, S. 56-58, der insoweit den Interessen der Athleten grundsätzlich Vorrang einräumt, sowie – freilich mit einem diametral entgegengesetzten Ergebnis – *Niese*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 1), Rn. 297 ff., kritisch hierzu *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 23-27. Im Hinblick auf die oben unter Rn. 29 dargestellte Entry Form des IOC für die Olympischen Winterspiele 2014 in Sotchi von deren kartellrechtlicher Zulässigkeit ausgehend *Jakob-Milicia*, SpuRt 2013, 236, 240 f.
42) Vgl. hierzu *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 27-30 m. w. N.
43) Siehe *Heermann*, WRP 2015, 1047, Rn. 13-16.
44) *Grätz* (Fn. 30), S. 233; *Hannamann* (Fn. 30), S. 43, 47 f., 54; *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 27; *Kretschmer* (Fn. 30), 6. Kap. C. I. 1. b.; *Reimann* (Fn. 30), S. 185 f.
45) *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 31), Syst. IV Sport Rn. 65 a. E.; *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 19), 2. Teil Rn. 273; *Heermann*, WRP 2009, 285, 299; *Vieweg/Hannamann*, Athleteninteresse und mögliche Konflikte in Verein und Verband – Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion sogenannter Athletenvereinbarungen, in: Führungs- und Verwaltungsakademie Berlin des Deutschen Sportbundes (Hrsg.), Rechte der Athleten, 1997, S. 43, 53; *Wüterich/Breucker*, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, Rn. 334; im Grundsatz auch *Grätz* (Fn. 30), S. 379 f.; *Thaler*, Athletenvereinbarungen und Athletenerklärungen, in: Arter/Baddely (Hrsg.), Sport und Recht, Band 4, 2007, S. 19, 56; einschränkend *Steinle* (Fn. 33), S. 9, 24, u. a. unter Hinweis auf den Anspruch auf Aufwandsentschädigung.
46) Vgl. etwa *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2000, S. 218, die für eine zumindest anteilige Ausschüttung plädiert; einschränkend *Steinle* (Fn. 33), S. 9, 29 f.; *Thaler* (Fn. 45), S. 19, 56, der die Höhe der Gewinnbeteiligung der Athleten davon abhängig macht, inwieweit ein Sportveranstalter oder Verband ein Event ausschließlich vermarktet und inwieweit dadurch die Eigenvermarktung der Athleten eingeschränkt wird.
47) *Grätz* (Fn. 30), S. 385; *Thaler* (Fn. 45), S. 19, 54.
48) *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 30.
49) *Grätz* (Fn. 30), S. 380 f.; *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 30. Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, wie weit diese Informationsrechte gehen, vgl. stellvertretend einerseits *Cherkeh*, SpuRt 2004, 89, 91, der ein Einsichtsrecht in die Verträge mit Hauptsponsoren fordert, und andererseits *Steinle* (Fn. 33), S. 9, 25, der ein „Einsichtsrecht in die einschlägigen Haushaltspläne/Bilanzen des Spitzenverbandes [als] ausreichend und genügend“ erachtet.
50) Siehe hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 6 ff.
51) *Heermann*, WRP 2009, 285, 288; im Anschluss daran *Kretschmer* (Fn. 30), 6. Kap. C. I. 1. c. 1).
52) *Kretschmer* (Fn. 30), 6. Kap. C. I. 1. c. 1). Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 12-15.

- Vermarktungsklauseln können über den Effizienzeinwand[53] allenfalls unter besonderen Voraussetzungen gerechtfertigt werden.[54]
- Sofern im Rahmen von Athletenvereinbarungen die zwingend vorgeschriebene Unterwerfung der Athleten unter die Sponsorenvereinbarungen des Sportverbandes durch entsprechende Statuten und Vorgaben eines übergeordneten internationalen oder nationalen Sport(dach)verbandes veranlasst wird, vermag allein dieser Umstand die von entsprechenden Vermarktungsklauseln ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu rechtfertigen.[55]

V. Faktisch aufgezwungene Vermarktungsklauseln für Mannschaftssportler(innen)

1. Rechtliche Ausgangslage

34 Während sich bei Individualsportlern – wie im vorangehenden Abschnitt im Detail dargelegt – hinsichtlich der Vermarktungsmodalitäten typischerweise nur die Interessen des ein Event veranstaltenden Sportverbandes auf der einen sowie der Athleten auf der anderen Seite gegenüberstehen, gestaltet sich die Interessenlage im Mannschaftssport deutlich komplexer und komplizierter. Denn nunmehr sind zusätzlich die Interessen einer dritten Partei, d. h. des Arbeitgebers der Mannschaftsspieler (im Folgenden: Club), und vielfach auch noch weiterer Parteien, insbesondere einer Sportliga und der Nationalmannschaft sowie des für diese verantwortlichen Sportverbandes, zu berücksichtigen. Wie Individualsportler (z. B. professionelle Tennisspieler) können auch überdurchschnittlich gute Mannschaftsspieler zumindest in einigen Sportarten (z. B. Fußball) ein erhebliches Kommerzialisierungspotential aufweisen. An diesem wollen aber nunmehr neben etwaigen Individualsponsoren des Mannschaftsspielers auch die Sponsoren des Clubs und der Sportliga sowie gegebenenfalls die Sponsoren der Nationalmannschaft, d. h. des nationalen Sportverbandes, und vielleicht sogar eines internationalen Sportveranstalters (z. B. eines internationalen Sportdachverbandes, der eine Kontinental- oder Weltmeisterschaft durchführt) partizipieren. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch typische Individualsportler (z. B. Weitspringer), die zur Erzielung von Einnahmen selbständig an verschiedenen nationalen oder internationalen Sportwettkämpfen teilnehmen, zu Mannschaftssportlern mutieren können, sofern sie in eine Nationalmannschaft oder ein Olympiateam berufen werden.

35 Aus Gründen der Vereinfachung soll im weiteren Verlauf von folgender Fallkonstellation ausgegangen werden:

36 Einem besonders erfolgreichen Mannschaftssportler und seinen persönlichen Sponsoren steht zunächst ein Club als Arbeitgeber mit seinen eigenen Sponsoren gegenüber. Dabei sind die Vermarktungsklauseln, die hinsichtlich der Individualvermarktung des Mannschaftssportlers zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können, im Arbeitsvertrag zwischen dem Athleten und seinem Club enthalten. Zentrale Inhalte dieses (Muster-)Arbeitsvertrags – insbesondere auch eine Vermarktungsklausel – sind von der Sportliga dem Club und den bei ihm angestellten Mannschaftssportlern verbindlich vorgegeben. In der Folge muss der Mannschaftssportler noch eine Spielerlizenz bei der Sportliga beantragen, deren Erteilung scheitern kann, sofern der verwendete Arbeitsvertrag nicht den Vorgaben der Sportliga entspricht. Sollte der Club den Musterarbeitsvertag ohne die Vermarktungsklausel verwenden, kann er die seitens der Sportliga vorgegebenen Lizenzierungsbedingungen nicht erfüllen.

37 Tatsächlich werden vielfach – so etwa im deutschen Profifußball – auf Veranlassung der Sportliga einheitliche Musterarbeitsverträge verwendet, so dass die darin enthaltenen Vermarktungsklauseln nicht nur an kartellrechtlichen Vorschriften und zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 134, 138, 242 BGB) gemessen, sondern unter Umständen auch einer AGB-Kontrolle unterzogen werden können. Im vorliegenden Kontext soll aber allein der Frage nachgegangen werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit solche Vermarktungsklauseln im Hinblick auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung Bestand haben können. Dabei rücken insbesondere vier rechtliche Fragenkomplexe in den Fokus:

a) Fallen die Beteiligten in den Anwendungsbereich des Kartellrechts?

38 Bei der Verwendung von Vermarktungsklauseln durch Clubs liegt die Vermutung nahe, dass hiermit eine wirtschaftliche Betätigung einhergeht. Besonders erfolgreiche Mannschaftssportler, die sich neben ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag mit dem Club noch individuell vermarkten (können), sind gleichfalls wirtschaftlich tätig. Gilt dies aber etwa auch – unabhängig von der Rechtsform – für eine Sportliga, die ihre Mitglieder, d. h. die Clubs, zur Verwendung dieser Vermarktungsklauseln verpflichtet? Denn immerhin könnte die Sportliga versucht sein, den Standpunkt zu vertreten, sie selbst verfolge mit den Vermarktungsklauseln keine wirtschaftlichen Interessen (was freilich kaum vorstellbar ist), verwende selbst diese Klauseln nicht, erhalte insoweit keine Gegenleistung von den Clubs und werde insbesondere nicht an den Vermarktungserlösen der Clubs und Spieler beteiligt.

39 In derartigen Konstellationen ist zunächst zu berücksichtigen, dass gem. Art. 102 AEUV und §§ 18 Abs. 5, 19 Abs. 1 GWB auch mehrere Unternehmen, etwa die Ligamitglieder zusammen mit dem Ligaverband, eine marktbeherrschende Stellung halten können. Zudem werden sich in solchen Fällen vielfach die Voraussetzungen einer kollektiven Marktbeherrschung[56] nachweisen lassen, so dass die Sportliga und ihre Mitglieder jeweils als marktbeherrschend einzustufen sind.

b) Welcher relevante Markt ist von den potentiell wettbewerbsbeschränkenden Vermarktungsklauseln betroffen? Hat der Verwender dieser Vermarktungsklauseln auf dem betroffenen relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung?

40 Es ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden,[57] dass im Sportbereich zwischen verschiedenen relevanten Produktmärkten zu unterscheiden ist, wobei Sportverbänden regelmäßig auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Im Hinblick auf den Ausgangsfall stellt sich die Frage, ob zwischen dem Markt für Arbeits- und Dienstleistungen von Mannschaftssportlern sowie dem Markt für Spielerlizenzen im Mannschaftssport zu differenzieren ist.[58] Die Antwort auf diese Frage hat weitreichende Folgen: Wenn man, anknüpfend an das Bedarfsmarktkonzept, den relevanten Markt aus der Perspektive der Marktgegenseite, d. h. vorliegend des Mannschaftssportlers, bestimmt, so wird man hinsichtlich des relevanten Marktes für Arbeits- und Dienstleistungen von Mannschaftssportlern in räumlicher Hinsicht mitunter von einem internationalen Markt ausgehen müssen, der die Sportligen vergleichbarer Spielstärke umfasst. Denn die Praxis zeigt, dass zumindest viele Top-Spieler etwa im Fußballsport zwischen den stärksten europäischen Fußballligen wechseln und gegen Karriereende auch Engagements in den USA, in den Golfstaaten oder Japan in Betracht ziehen. Das

53) Siehe hierzu stellvertretend *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 3-5.
54) Ausführlich *Kretschmer* (Fn. 30), 6. Kap. C. I. 1. d.
55) Dazu *Heermann* (Fn. 32), S. 9, 30.
56) Siehe hierzu stellvertretend *Heermann*, WRP 2015, 1047, Rn. 17-22 m. w. N.
57) Siehe oben *Heermann*, WRP 2015, 1047, Rn. 11 f. m. w. N.
58) So zuletzt *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. b.; a. A. *Grätz* (Fn. 30), S. 203-205.

bedeutet, dass im Ausgangsfall für den Mannschaftssportler auf dem Markt für Arbeits- und Dienstleistungen durchaus Substitute und Ausweichmöglichkeiten bestehen und deshalb die nationale Sportliga auf diesem Markt vermutlich keine marktbeherrschende Stellung innehat. Anders stellt sich dies jedoch dar, wenn man zusätzlich einen gesonderten Markt für Spielerlizenzen annimmt. Nunmehr besteht die Marktgegenseite nur noch aus denjenigen Mannschaftssportlern, die bereits vertraglich an einen Club einer bestimmten Sportliga gebunden sind, so dass für diese Spieler auch keine Ausweichmöglichkeiten auf ausländische Sportligen mehr zu bestehen scheinen.

c) Stellt die Verwendung von Vermarktungsklauseln den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar?

41 Wenn man im Ausgangsfall die Verwendung der Vermarktungsklauseln allein dem Markt für Spielerlizenzen zuordnet, weil die Anerkennung der Vermarktungsklauseln eine Lizenzierungsvoraussetzung bildet, so hat die Sportliga als Lizenzgeber auf diesem aufgrund des Ein-Verband-Prinzips rein nationalen Markt sicherlich eine marktbeherrschende Stellung. In einem nächsten Schritt wäre zu prüfen, ob die verwendeten Vermarktungsklauseln Geschäftsbedingungen darstellen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, um darauf sodann den Missbrauchsvorwurf zu stützen. Zu einem deutlich abweichenden Ergebnis gelangt man hingegen, wenn man insoweit auf den oftmals internationalen Markt für Arbeits- und Dienstleistungen abstellt, indem man die Vermarktungsklauseln vorrangig als Bestandteil der Spielerarbeitsverträge betrachtet. Denn auf diesem Markt verfügt eine nationale Sportliga tendenziell eher nicht über eine marktbeherrschende Stellung, so dass die Anwendung des Missbrauchstatbestandes schon aus diesem Grund von vornherein ausschiede.

d) Unter welchen Voraussetzungen können Vermarktungsklauseln, die sich als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, gerechtfertigt werden?

42 Nur wenn man auf den vorgelagerten Prüfungsstufen im Hinblick auf die Verwendung von Vermarktungsklauseln zur Annahme des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Sportliga gelangt ist (was keinesfalls selbstverständlich ist), kann sich die Folgefrage stellen, ob bezüglich der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme die strengen Voraussetzungen etwaiger Rechtfertigungsgründe – insbesondere Drei-Stufen-Test und Effizienzeinwand[59] – erfüllt sind. Da mit Vermarktungsklauseln primär wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, ist bereits zweifelhaft, ob damit überhaupt legitime Zielsetzungen im Sinne der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests verfolgt werden können.[60] Im Hinblick auf den Effizienzeinwand wird insbesondere genau zu prüfen sein, ob und inwieweit der Mannschaftssportler von den Vorteilen, die Vermarktungsklauseln für seinen Arbeitgeber mit sich bringen (z. B. eingesparte Transaktionskosten, Sicherheit hinsichtlich der den Clubs eingeräumten Rechte), profitiert.

2. Beispiel

43 In ähnlicher Weise wie in der Fallkonstellation, die den vorangehenden rechtlichen Erwägungen zugrunde liegt, sind Vermarktungsklauseln im deutschen Fußball innerhalb der 1. und 2. Bundesliga verankert worden. So wird in der Lizenzierungsordnung für Clubs (LO) festgelegt, in welcher Weise die Lizenznehmer, d. h. die Bundesligaclubs, in den Arbeitsverträgen die Vermarktung der Persönlichkeitsrechte ihrer Spieler zu regeln haben:

§ 5 LO (Stand: 27.03.2015)[61]

Personelle und administrative Kriterien

Für die Erfüllung der personellen und administrativen Kriterien ist es erforderlich, dass der Bewerber

1.-4. (…)

5. versichert, dass seine Spieler ihm die Verwertung ihrer Persönlichkeitsrechte, insbesondere das Recht am eigenen Bild, gemäß § 6 Nr. 3 Lizenzordnung Spieler und § 3 des Musterarbeitsvertrages des Ligaverbandes übertragen, um die im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit erforderlichen Nutzungen zu ermöglichen. Dieses Recht wird dem Ligaverband und dem DFB zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen eingeräumt, soweit dies rechtlich zulässig ist. Ebenso versichert der Bewerber, dass der Ligaverband zur satzungsgemäßen Nutzung der in §§ 12 bis 16 OVR[62] näher bezeichneten Rechte berechtigt ist.

6.-11. (…)

44 Die betroffenen Spieler müssen ihrerseits auch eine Lizenz beim Ligaverband e. V. bzw. der Deutschen Fußball Liga GmbH (DFL) beantragen. Dementsprechend wird in der Lizenzordnung Spieler (LOS) festgelegt, dass Spielerlizenzen nur erteilt werden, wenn die Arbeitsverträge die beschriebenen Vermarktungsklauseln enthalten:

§ 6 LOS (Stand: 28.04.2015)[63]

1.-2. (…)

3. Die Verträge müssen eine Vereinbarung enthalten, wonach der Spieler dem Club oder ihm von ihr beherrschter Gesellschaften die Verwertung seiner Persönlichkeitsrechte überträgt und erklärt, diese keinem anderen übertragen zu haben. Die Übertragung der Verwertungsrechte bezieht sich auch auf den Bereich aller gegenwärtigen und künftigen technischen Medien und Einrichtungen einschließlich der Multimedia-Anwendungen (Internet, Online-Dienste etc.) und Softwaredienste, insbesondere interaktive Computerspiele. Dies gilt insbesondere für die vom Club veranlasste oder gestattete Verbreitung von Bildnissen des Spielers als Mannschafts- oder Einzelaufnahmen in jeder Abbildungsform, auch der virtuellen Darstellung, besonders auch hinsichtlich der Verbreitung solcher Bildnisse in Form von Spielszenen und/oder ganzer Spiele der Lizenzligamannschaft, um somit durch öffentlich- und/oder privatrechtliche Fernsehanstalten und/oder anderen audiovisuellen Medien und/oder weiteren Interessenten die erforderlichen Nutzungen zu ermöglichen und sie dem Ligaverband, der DFL und dem DFB zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen einzuräumen.

4.-6. (…)

45 Schließlich enthält § 3 Musterarbeitsvertrag des Ligaverbandes e. V. (MuAV; Stand: 7/12)[64] detaillierte Regelungen, die einerseits die vorgenannten Vorgaben, die insbesondere die Vermarktungsbefugnisse des Ligaverbandes und des Deutschen Fußball Bundes betreffen, umsetzen und andererseits bezüglich der Vermarktungsbefugnisse im Verhältnis des Lizenzspieler zu seinem Club ergänzende Regelungen aufstellen.

59) Siehe hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 3 ff. und Rn. 6 ff., jeweils m. w. N.
60) Vgl. hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 12-15.
61) Die LO ist abrufbar unter http://s.bundesliga.de/assets/doc/656428_original.pdf.
62) Ordnung für die Verwertung kommerzieller Rechte (Stand: 08.08.2013), abrufbar unter http://s.bundesliga.de/assets/doc/658723_original.pdf.
63) Die LOS ist abrufbar unter http://s.bundesliga.de/assets/doc/684971_original.pdf.
64) Abgedr. in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 19), Anhang C., S. 1010 ff.

3. Stellungnahme

46 An dieser Stelle sollen nicht Vermarktungsklauseln im Mannschaftssport am Beispiel des Musterarbeitsvertrags des Ligaverbandes e. V. umfassend (vertrags-, AGB- und kartell-)rechtlich gewürdigt werden. Denn zum einen wird hierzu demnächst eine detaillierte Analyse erscheinen[65] und zum anderen würde selbst eine Beschränkung auf den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Stattdessen soll auch mit Blick auf die rechtliche Ausgangslage im deutschen Profifußball zu den eingangs aufgeworfenen, für den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand weichenstellenden Fragestellungen Bezug genommen werden:

a) Fallen die Beteiligten in den Anwendungsbereich des Kartellrechts?

47 Selbst wenn der Ligaverband e. V. mit der Lizenzierung der Clubs und Spieler an sich keine Gewinnerzielung beabsichtigen und hierfür keine unmittelbare finanzielle Gegenleistung erhalten sollte, so vermarktet er doch zumindest mittelbar seine Ligen umfassend und betätigt sich insoweit wirtschaftlich. Dabei muss sich der Ligaverband e. V. das wirtschaftliche Handeln der Clubs als seinen Lizenznehmern über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung zurechnen lassen.[66] Denn die Mitglieder des beherrschenden Oligopols – insbesondere aber der Ligaverband e. V. als Lizenzgeber – können das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Aufgrund des Lizenzierungssystems, das sich auf die Clubs und die Spieler erstreckt, kann diese Koordinierung vom Ligaverband e. V. auf Dauer aufrechterhalten werden. Die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher kann nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen.

b) Welcher relevante Markt ist von den potentiell wettbewerbsbeschränkenden Vermarktungsklauseln betroffen? Hat der Verwender dieser Vermarktungsklauseln auf dem betroffenen relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung?

48 Hierfür ist – wie eingangs dargelegt – die Antwort auf die Vorfrage entscheidend, ob zwischen dem Markt für Arbeits- und Dienstleistungen von Mannschaftssportlern sowie dem Markt für Spielerlizenzen im Mannschaftssport zu differenzieren ist.[67] Verschiedene Gründe sprechen dafür, dass man – zumindest im deutschen Profifußball – hinsichtlich des betroffenen relevanten Produktmarkts schwerlich zwischen dem Abschluss des Arbeitsvertrags und der nachfolgenden Lizenzerteilung unterscheiden kann:

49 Nach § 2 Nr. 2 LOS (Stand: 28.04.2015) ist die Vorlage eines unter dem Vorbehalt der Lizenzerteilung abgeschlossenen Arbeitsvertrags mit einem lizenzierten Club zwingende Voraussetzung zur Erteilung einer Lizenz für den betreffenden Spieler durch den Ligaverband e. V. Der Vorbehalt im Arbeitsvertrag kann als Bedingung dahingehend verstanden werden, dass ohne nachfolgende Lizenzerteilung an den Spieler auch der Arbeitsvertrag nicht wirksam zustande kommen soll.[68] Unter dieser Voraussetzung spricht diese Anbindung der nachfolgenden Lizenzerteilung an den zuvor abgeschlossenen Arbeitsvertrag dafür, im Hinblick auf die Bestimmung des relevanten Marktes die Spielerlizenz und die vertragliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung einheitlich zu bewerten.[69]

50 Der Einwand, bei einer Vermengung der Märkte für Arbeitsleistungen und Zulassung zur Sportveranstaltung könnte der Sportverband „einseitig unangemessene Lizenzbedingungen diktieren“,[70] greift zu kurz. Mag aufgrund der daraus resultierenden Marktabgrenzung mangels marktbeherrschender Stellung des Sportverbandes auch eine Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestandes ausscheiden, so kann die Wirksamkeit der Vermarktungsklausel doch immer noch an dem Kartellverbot als solchem, d. h. an dem Verbot horizontaler Kartellabsprachen, gemessen werden; zudem kommt insoweit eine AGB-Kontrolle in Betracht.[71]

51 Diese rechtlichen Bewertungen, die sich allein auf die im deutschen Profifußball bislang gebräuchlichen Vermarktungsklauseln beziehen, die die individuellen Vermarktungsmöglichkeiten der Fußballspieler beschränken, lassen sich nicht verallgemeinern. Vielmehr zeigt gerade dieser Fall eindrucksvoll, wie sehr die Abgrenzung des relevanten Marktes von den konkreten Umständen des Einzelfalls – hier Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck von § 2 Nr. 2 LOS (Stand: 28.04.2015) – abhängen kann.

c) Stellt die Verwendung von Vermarktungsklauseln den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar?

52 Ein solcher Missbrauch wäre anzunehmen, wenn die verwendeten Vermarktungsklauseln als unangemessene Geschäftsbedingungen einzustufen sind. Diese müssten also von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, um sodann darauf den Missbrauchsvorwurf zu stützen. Zu klären ist also, ob eine Sportliga und die Clubs, deren Handeln der Liga über die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung zuzurechnen ist, durch die faktische Erzwingung der Vermarktungsklausel die Wettbewerbsfreiheit insbesondere der Mannschaftsspieler unverhältnismäßig einschränken oder sie unverhältnismäßig benachteiligen.[72] Zu diesem Zweck sind die Interessen der Beteiligten, d. h. des Clubs, des Ligaverbandes, eventuell des nationalen und internationalen Sportverbandes sowie natürlich auch des betroffenen Mannschaftssportlers, im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung einander gegenüberzustellen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der denkbaren Fallkonstellationen verbieten sich pauschale rechtliche Bewertungen, so dass selbst im Falle der Eröffnung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs Vermarktungsklauseln, die die individuellen Vermarktungsmöglichkeiten von Mannschaftssportlern einschränken, nicht *per se* als missbräuchlich eingestuft werden können.

d) Unter welchen Voraussetzungen können Vermarktungsklauseln, die sich als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, gerechtfertigt werden?

53 Die Abwägung der Interessen der Beteiligten, die der Feststellung eines mit der Verwendung von Vermarktungsklauseln ein-

65) *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap.
66) Siehe hierzu *Heermann*, WRP 2015, 1047, Rn. 17-22 m. w. N.
67) In diesem Sinne *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. b.; a. A. *Grätz* (Fn. 30), S. 203-205.
68) Diesen Aspekt vernachlässigt *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. b.
69) So *Grätz* (Fn. 30), S. 205.
70) *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. b. 2).
71) So dann auch im Ergebnis im Hinblick auf die Vermarktungsklausel im Musterarbeitsvertrag des Ligaverband e. V. *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 2. und 5. Kap. B.
72) Im Hinblick auf die Vermarktungsklausel im Musterarbeitsvertrag des Ligaverband e. V. einen solchen Missbrauch annehmend *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. c. 2), wobei zur Begründung insbesondere auf die intransparenten und unangemessen restriktiven Vermarktungsklauseln, die die Clubs und die Liga begünstigen, die zentrale Vermarktung der Persönlichkeitsrechte durch den Ligaverband e. V., die Unangemessenheit der Zustimmungsvorbehalte gegenüber den eine Individualvermarktung beabsichtigenden Spielern und deren übermäßig eingeschränkte individuelle Vermarktungsmöglichkeiten verwiesen wird.

hergehenden Missbrauchs vorausgeht, ist eng mit den bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellten[73] Rechtfertigungsmöglichkeiten – insbesondere Effizienzeinwand und Drei-Stufen-Test – verknüpft:

54 Dabei kommt etwa der Frage, ob die Beschränkungen der individuellen Vermarktungsmöglichkeiten der Mannschaftssportler letztlich verhältnismäßig sind, eine erhebliche Bedeutung zu. So führen die im deutschen Profifußball in den Musterarbeitsverträgen enthaltenen Vermarktungsklauseln[74] sicherlich zu tatsächlichen Effizienzvorteilen auf Seiten der Clubs und des Ligaverband e. V. Allerdings scheinen die konkreten Klauseln, wonach die Mannschaftssportler zunächst nahezu sämtliche Verwertungsmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Persönlichkeitsrechte auf ihren Arbeitgeber zu übertragen haben und dann nachfolgend bei geplanten Maßnahmen der Individualvermarktung von dessen Zustimmung abhängig sind, über das zur Erzielung der Effizienzvorteile unerlässliche Maß hinauszugehen.[75] Insbesondere stößt der Umstand auf Bedenken, dass die Spieler bislang nicht an den Effizienzvorteilen der Clubs und des Ligaverband e. V. angemessen beteiligt werden.

55 Mit den Vermarktungsklauseln verfolgen die Clubs und der Ligaverband e. V. vorrangig eigene wirtschaftliche Ziele, so dass allein dieser Umstand dagegen spricht, dass entsprechende Klauseln von legitimen Zielsetzungen im Sinne der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests gedeckt sind.[76] Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund ökonomischer Vorteile sind neben dem Effizienzeinwand etwa auf europäischer Ebene in Art. 101 Abs. 3 AEUV, der an strenge Voraussetzungen insbesondere auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme anknüpft, abschließend geregelt. Selbst wenn dieser Rechtfertigungsgrund auf den Missbrauchstatbestand übertragbar sein sollte, müsste eine Rechtfertigung an der Unverhältnismäßigkeit der derzeit im deutschen Profifußball verwendeten Vermarktungsklauseln scheitern.

73) Siehe hierzu einerseits *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 3 ff. und Rn. 6 ff. m. w. N.
74) Vgl. zu den Details oben V. 2., Rn. 43 ff.
75) So i. E. aufgrund einer umfassenden rechtlichen Analyse *Kretschmer* (Fn. 30), 5. Kap. C. II. 1. d.
76) Vgl. zu den Details *Heermann*, WRP 2015, 1172, Rn. 12-15.

RA Dr. Martin Schmidhuber und RA Dr. Anno Haberer, Mannheim*

Zwischen „Natur-Aktien-Index“ und „myschwiegermutterkäse“ – Überlegungen zur Vereinheitlichung der Prüfungspraxis absoluter Schutzhindernisse von Marken

Inhalt

I. Einleitung
II. Fallgruppen
1. Wort-/Bildmarken mit beschreibenden Wortelementen
2. Wortkombinationen aus beschreibenden Zeichen
3. Kombination von Akronymen mit beschreibenden Wortelementen
III. Rechtliche Analyse der Fallgruppen
IV. Praktische Auswirkungen
V. Fazit

I. Einleitung

1 Die vielfach als restriktiv angesehene Eintragungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) und die diese bestätigende Rechtsprechung des Bundespatentgerichts waren in der juristischen Literatur bereits wiederholt Anlass von Kritik.[1] Allerdings wird in der Literatur auch vor einer zu großzügigen Eintragungspraxis gewarnt.[2] Gerade in den letzten Jahren entsteht in der beratenden Praxis der Eindruck, dass das DPMA seine Maßstäbe im Hinblick auf die Beurteilung absoluter Schutzhindernisse nochmals verschärft hat. Diesen Eindruck bestätigen die veröffentlichten Statistiken. Während im Jahr 2001 noch ca. 7% der Markenanmeldungen wegen absoluter Schutzhindernisse zurückgewiesen wurden,[3] lag die Quote der Zurückweisungen in den Jahren 2009 bis 2013 im Durchschnitt bei über 10%. Den Höchststand bildet das Jahr 2012 mit einer Zurückweisungsquote von 12%.[4]

2 Der Löwenanteil der Fälle dürfte dabei auf die Eintragungshindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sowie der rein beschreibenden Angaben nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entfallen. Ob dieser Anstieg maßgeblich durch verschärfte Prüfungsmaßstäbe, etwa in Folge der *Libertel*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs,[5] die stetig steigenden Anmeldezahlen und das damit einhergehende Wachstum des Registerbestandes oder risikofreudigere Markenanmelder zurückzuführen ist, lässt sich naturgemäß nicht beurteilen. Eine Studie der Markenregister zeigt, dass die Zurückweisungen in vielen Fällen durchaus zu Recht erfolgt sind. Eine grundsätzliche Forderung, die Anforderungen an die Eintragung einer Marke zu senken, ist deshalb nicht angebracht und wird von

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1415 f.
1) Vgl. *Fezer*, GRUR 1999, 859 „Rechtsverweigerung“; *ders.*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 8 Rn. 21.
2) Vgl. *Ströbele*, GRUR 2005, 93, 94, *ders.*, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl. 2012 § 8 Rn. 10 f., allerdings unter Ablehnung einer „Alternative“ zwischen anmelderfreundlicher und restriktiver Eintragungspraxis.
3) Vgl. *Ströbele*, GRUR 2001, 658, 659.
4) Vgl. Jahresbericht des DPMA 2013, S. 30.
5) Vgl. EuGH, 06.05.2003 – C-104/01, WRP 2003, 735, 740, Rn. 59, der zur Vermeidung der Eintragung ungerechtfertigter Marken eine „strenge und vollständige“ Prüfung verlangt. Ob sich diese Aussage entsprechend der Auslegung in BGH, 22.01.2009 – I ZB 34/08, WRP 2009, 963, 964 – My World nur auf den Prüfungsumfang und nicht auf den Prüfungsmaßstab bezieht, ist in der Literatur umstritten; vgl. auch *Rohnke*, MarkenR 2006, 480, 482, dagegen *Ströbele*, GRUR 2005, 93, 96 f.