

Verteilung der Einnahmen oder die Teilnahme an Konkurrenzwettkämpfen wie der *Super League*, die in den Aufgabenbereich der britischen Aufsichtsbehörde fallen sollen, der DFL und den ihr angeschlossenen Klubs zu überlassen, auf deren Wirken die Fans Einfluss nehmen.

V. Fazit

Die Pläne der britischen Regierung eine Aufsichtsbehörde speziell für den Fußball zu installieren und diese in ihrer Entscheidungsgewalt den Sportverbänden zu überstellen, ist ein Novum in der europäischen Sportpolitik. Geschuldet ist das vor allem dem mangelnden Vertrauen in die bestehenden Strukturen. Es bleibt zwar noch abzuwarten, inwiefern die Verbände noch auf die Umsetzung einwirken können, bzw. mit welcher Konsequenz die britische Regierung ihre Vor-

schläge tatsächlich umsetzen wird, die Regierungsverlautbarung aus September 2023 deutet jedoch eine konsequente Umsetzung an.⁷³

Eine Adaption der Pläne auf den deutschen Fußball ist erstmal nicht zu erwarten. Hierfür sprechen der schwer zu rechtfertigende Eingriff in die Verbandsautonomie, sowie die besseren Grundlagen des historisch gewachsenen Vereinsfußballs und dessen Teilhabemöglichkeiten, die auf den Fußball einwirken. Es ist daher geboten zunächst eine Entwicklung des Fußballs aus sich heraus abzuwarten, als von außen einzugreifen. Sollte dies nicht gelingen und zukünftige Entwicklungen gegen eine nachhaltige und finanziell stabile Fußballstruktur sprechen, ist auch in Deutschland ein umfassender staatlicher Eingriff nicht auszuschließen.

73 Vgl. Policy paper CP 922.

Der Abschied von den drei Streifen: Verrat am Standortpatriotismus oder kartellrechtliche Prinzipientreue?

Von Rechtsanwältin Dr. Malte Frank, Berlin*

Am 21. März 2024 verkündete der Deutsche Fußball Bund (DFB) das Ende seiner siebzig Jahre währenden Partnerschaft mit adidas. adidas unterlag in einem Auswahlverfahren über die Ausrüstung der Fußballnationalmannschaften dem US-amerikanischen Konkurrenten Nike, der das Doppelte geboten haben soll. Obwohl es „[i]m Grunde genommen [...] wurscht [ist], ob die Nationalspieler mit Streifen, Pünktchen oder Strichen auf dem Trikot durch die Landschaft laufen“,¹ entwickelte sich der „Trikottausch“² zu einer „Staatskrise“.³ Über Parteigrenzen hinweg wurde der Ausrüsterwechsel scharf kritisiert. Der Wirtschaftsminister warf dem DFB mangelnden „Standortpatriotismus“ vor und der Oppositionsführer prangerte die Entscheidung, aus „rein ökonomischen Gründen“ den Ausrüster zu wechseln, als „unpatriotisch“ und „völlig unverständlich“ an.⁴ Der folgende Beitrag untersucht, ob der DFB überhaupt eine andere Wahl gehabt hätte oder ob nicht vielmehr das Kartellrecht zum Ausrüsterwechsel zwang. Dazu wird zunächst die „Dauerpartner[schaft]“⁵ zwischen dem DFB und adidas aufgearbeitet (siehe I.). Sodann wer-

den die wettbewerbsrechtlichen Prinzipien für Ausrüsterverträge dargelegt (siehe II.), bevor abschließend die Kritik vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Anforderungen bewertet wird (siehe III.).

I. Die Vorgeschichte

Nach dem mythischen Erfolg der deutschen Nationalmannschaft im Jahr 1954, der auch dem Schuhwerk von adidas zugeschrieben wird, wurde adidas Partner des DFB. Nach zwanzig Jahren der unangefochtenen Partnerschaft versuchte PUMA den DFB abzuwerben. Nachdem sich PUMA zunächst einen exklusiven Ausrüstervertrag mit dem Österreichischen Fußball-Bund (ÖFB) gesichert hatte, versuchte man gegen eine Lizenzgebühr von 250.000 DM pro Jahr den DFB zu binden und – als dieser ablehnte – die deutschen Nationalspieler abzuwerben.⁶ Der DFB und adidas reagierten und formalisierten ihre Partnerschaft nach dem Vorbild des zwischen PUMA und dem ÖFB bestehenden Ausrüstervertrags. Gegen eine „Spende“ in Höhe von 175.000 DM pro Jahr wurde adidas der exklusive Ausrüster der Schuhe der Nationalspieler.⁷

PUMA, das durch den Vertrag mit dem ÖFB erst die Geister der Exklusivität geweckt hatte, beschwerte sich ob der Ausschließlichkeit des Ausrüstervertrags des DFB beim Bundeskartellamt, das dem DFB eine marktbeherrschende Stellung bescheinigte und die Exklusivität für missbräuchlich erachtete.⁸ Das Kammergericht hob die Verfügung des Bundeskartellamts auf. Es erach-

* Verf. ist Counsel im Berliner Büro der Kanzlei Hengeler Mueller. Der Beitrag gibt allein die Meinung des Verf. wieder. – Vgl. zum Thema auch den Beitrag von Feldt/Groß, SpuRt 2024, 183 (in diesem Heft).

1 Kerner, ZDF Sport, 7.2.2007; abrufbar unter: www.youtube.com/watch?v=SCH_VFYtB44, Minute 0:00 (alle Onlinequellen zuletzt am 19.4.2024 abgerufen).

2 Aumüller/Kistner, DFB-Deal mit Nike; Adidas und der DFB, SZ, 22.3.2024; abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/sport/dfb-adidas-nike-ausruesterwechsel-e059906/?reduced=true.

3 Athletic Interest, Why Adidas Lost Germany; abrufbar unter: www.youtube.com/watch?v=fiL2R7OaaU0, Minute: 0:17.

4 Bzgl. dieser Reaktionen siehe tagesschau, „Unpatriotisch“, „unverständlich“, „Fehlentscheidung“, 22.3.2024; abrufbar unter: www.tagesschau.de/inland/dfb-adidas-ausruestung-100.html.

5 Ashelm/Köbn, DFB pokert um den Ausrüstervertrag, FAZ, 9.5.2016; abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/rechtliche-zweifel-am-sponsoring-vertrag-des-dfb-teams-14221807.html.

6 Siehe BKartA, Beschl. v. 26.11.1972, BM625150-TV-106/71, DFB, WuW/E BKartA 1433 (1436) und Smit, Drei Streifen gegen Puma, 2005, S. 107-108.

7 Bzgl. der Vereinbarung und der in § 5 als „Spende“ deklarierten Lizenzgebühr siehe BKartA, Fn. 6, WuW/E BKartA 1433 (1434-1435).

8 BKartA, Fn. 6, WuW/E BKartA 1433 (1436).

tete die Exklusivität zur Sicherstellung von „Ruhe und Frieden“ innerhalb der Mannschaft sowie zur Aufrechterhaltung eines „einheitlichen Bilds“ für gerechtfertigt.⁹

adidas hatte den ersten Angriff auf seine „heilige Beziehung“¹⁰ mit dem DFB abgewehrt und verfestigte die Partnerschaft. Ab 1982 liefen die Nationalspieler auch in adidas Trikots auf und irgendwann in dieser Zeit sicherte man sich ein sogenanntes matching right. Dieses Konstrukt gewährte adidas das Recht, vom DFB über Angebote von Konkurrenten informiert zu werden und diese überbieten zu können. Heute mögen sich bei derartigen Anwartschaften „Kartellwächtern die Nackenhaare [sträuben]“,¹¹ waren sie jedoch bis weit in die neunziger Jahre hinein keinerlei kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt war.¹² Abgesichert durch das matching right wurde adidas zum ewigen und unangreifbaren Partner des DFB. Während weltweit die Schuhbindung für Nationalspieler fiel,¹³ hielt der DFB, als einer der wenigen Fachverbände an der Schuhbindung fest.¹⁴ Nach einem Aufstand der Nationalspieler verkündete der DFB 2006 die freie Schuhwahl und stellte zugleich klar, dass man beschlossen habe, „den bestehenden Vertrag [mit adidas] zu verlängern“.¹⁵ Eine Ausschreibung des Ausrüstervertrags war nicht erfolgt, man verhandelte „nur mit adidas“.¹⁶ Nach Veröffentlichung der Pressemitteilung übermittelte Nike ein Angebot, das sich auf 50 Mio. EUR pro Jahr belaufen haben soll. Der DFB fühlte sich „ungerecht behandelt“,¹⁷ da adidas eine Lizenz von 10 Mio. EUR pro Jahr als marktgerecht ausgegeben hatte, das „Kind [war allerdings] schon in den Brunnen gefallen“.¹⁸ DFB und adidas stritten über die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen war.¹⁹ Am Ende einigte man sich auf eine weitere Zusammenarbeit bis in das Jahr 2016 und adidas erhöhte seine Lizenzzahlung zunächst auf 20 Mio. EUR und ab 2011 auf 25 Mio. EUR pro Jahr.²⁰

adidas hatte damit auch den zweiten Angriff auf sein „Revier“²¹ abgewehrt. Als der Vertrag im Jahr 2016 erneut verlängert wurde, redete der DFB wie zuvor „[z]uerst [...] mit [d]em alten Partner [a]didas“²² und schrieb den Ausrüstervertrag nicht aus.²³ Die Partnerschaft wurde bei einer Erhöhung der Lizenzzahlungen auf 50 Mio. EUR bis 2022 und nur zwei Jahre später vorzeitig bis 2026 verlängert.²⁴ Auch bei der Verlängerung sah der DFB von einer Ausschreibung ab und

informierte lediglich einen „Konkurrenten“,²⁵ der aber kein Angebot abgab. Die „drei Streifen blieben unantastbar“,²⁶ allerdings gab adidas vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich geweckten kartellrechtlichen Bedenken das matching right auf.²⁷

Den dritten Angriff überstand die Partnerschaft nicht. Im Januar 2024 schrieb der DFB erstmals den Ausrüstervertrag aus. An dem Vermarktungsverfahren sollen sich „rund zehn Firmen“²⁸ beteiligt haben. adidas soll bis zu 55 Mio. EUR pro Jahr geboten haben, während das Gebot von Nike 100 Mio. EUR pro Jahr umfasst haben soll.²⁹ Auf dieser Grundlage beendete der DFB seine Partnerschaft mit adidas und erteilte Nike den Zuschlag für den Ausrüstervertrag.

II. Die wettbewerbsrechtlichen Grundlagen

Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen von Ausrüsterverträgen und deren Exklusivität werden zuweilen „unterschätzt“.³⁰ So wird die Exklusivität jüngst als „rein hypothetisch[es] und nicht praxisrelevant [es]“³¹ Problem ausgegeben, dabei aber unberücksichtigt gelassen, dass sie eine wettbewerbsrechtlich relevante „Monogamie“³² begründet (siehe 1.), rechtfertigungsbedürftig ist (siehe 2.) und die Anforderungen an die Rechtfertigungen die Gestaltungsfreiheit beschränken können (siehe 3.).

1. Wettbewerbsbeschränkung

Ausrüsterverträge können im Hinblick auf die Exklusivität sowohl unter dem Missbrauchstatbestand des Art. 102 AEUV (siehe a.) als auch dem Kartellverbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV (siehe b.) beziehungsweise der respektiven nationalen Vorschriften relevant werden.

a) Missbrauchstatbestand

Bei Ausrüsterverträgen wird auf Bestreben der Sponsoren üblicherweise eine Exklusivität vereinbart. Durch diese wird ein Wettbewerbsverbot begründet, das den Gesponsorten daran hindert, einen weiteren Ausrüster zu wählen. Konkurrierende Ausrüster werden mithin vom Markt ausgeschlossen.³³ Während die Standpunkte im Schrifttum „uneinheitlich“³⁴ sind und teilweise davon ausgegangen wird, dass die Marktabschottung „grundsätzlich“³⁵ keinen Missbrauch begründet, ist die Entscheidungspraxis eindeutig.³⁶ So

9 KG, Beschl. v. 20.11.1973, Kart 3/73, DFB, WuW/E OLG 1429.

10 Athletic Interest, Fn. 3, Minute: 4:15.

11 Kreuzer, Verstößt der DFB gegen Kartellrecht?, Deutschlandfunk, 30.1.2016; abrufbar unter: www.deutschlandfunk.de/ausruestervertrag-mit-adidas-verstoess-der-dfb-gegen-100.html.

12 Insoweit siehe Röhrborn, Der Sponsoringvertrag als Innengesellschaft, 1997, S. 54 und Weiland, Der Sponsoringvertrag, 2. Aufl. 1999, S. 11.

13 Bzgl. der im Vergleich zu Deutschland gegensätzlichen Entwicklung in den Niederlanden siehe beispielhaft Boon, Entertainment en recht 7/1995, 11 (13) und Buys, Revista Ars Aequi 1996, 147 (154-155).

14 Zwanziger, ZDF Sport, Fn. 1, Minute 5:20.

15 Die damalige Presseerklärung vom 31. August 2023 ist in ihrer englischen Fassung weiterhin unter www.dfb.de/news/detail/contract-with-adidas-extended-agreement-about-free-choice-of-boots-8500/ abrufbar.

16 Zwanziger, ZDF Sport, Fn. 1, Minute 4:23 und 5:46.

17 Zwanziger, ZDF Sport, Fn. 1, Minute 6:22.

18 Bzgl. dieser Aussage von Holzhäuser siehe Kreuzer, Fn. 12.

19 Bzgl. der vertraglichen Auseinandersetzung siehe Zwanziger, Da war schon immer Heuchelei im Spiel, 26.3.2024, abrufbar unter: www.zeit.de/2024/14/da-war-schon-immer-heuchelei-im-spiel und ZDF Sport Fn. 1.

20 Kreuzer, Fn. 12.

21 Athletic Interest, Fn. 3, Minute: 4:12.

22 Bzgl. dieser Aussage von Niersbach siehe Kreuzer, Fn. 12.

23 Curtius, SPONSOR's 10/2018, 10 (11)

24 Eberhardt/Klewenhagen, SPONSOR's 10/2018, 10 (12).

25 Curtius, SPONSOR's 10/2018, 10 (11).

26 Athletic Interest, Fn. 3, Minute: 4:24.

27 Fritsch, Endlich stimmt der Preis, Die Zeit, 20.6.2016; abrufbar unter: www.zeit.de/sport/2016-06/dfb-adidas-vertragnike-sponsorvertrag-reinhard-grindel.

28 Altschäfel/Falk/Bossmann/Nieddere, Welche Top-Nation Adidas jetzt angreift!, Bild, 27. März 2024, abrufbar unter: www.bild.de/sport/fussball/fussball-international/nach-geplatzt-dfb-deal-welche-top-nation-adidas-jetzt-angreift-87657210.bild.html.

29 Altschäfel/Falk/Bossmann/Nieddere, Fn. 28.

30 Lange, EWS 1998, 189 (192).

31 Heermann, Verbandsautonomie im Sport, 2022, Rn. 647.

32 Röhrborn, Fn. 11, S. 169.

33 Bzgl. einer möglichen Diskriminierung des Verbands weiterführend Seyb, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 154.

34 Poser/Backes, Sponsoringvertrag, 4. Aufl. 2010, S. 200.

35 Heermann, WRP 2009, 285 (293-296), ders., CaS 2009, 226 (236), der allerdings jüngst in ders., Fn. 31, Rn. 622 einen gegenläufigen Standpunkt einzunehmen scheint. Siehe auch Seyb, Fn. 33, S. 154.

36 Der Entscheidungspraxis folgend Lange, EWS 1998, 189 (192-193); Schwarze/Hetzl, EuR 2005, 581 (601); Buch, WuW 2005, 266 (268, 272, 274); Bergmann, SpuRt 2009, 102 (106); zustimmend aber zurückhaltender Schaub, Sponsoring und andere Verträge zur Förderung individueller Zwecke, 2008, S. 450.

wohl die Europäische Kommission³⁷ als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden³⁸ erachten die Exklusivität in Ausrüstungsverträgen als „überaus problematisch“³⁹ und stufen sie dem Grunde nach als Behinderungsmisbrauch ein. Relevant wird diese Eignung zur Marktabschottung allerdings nur, wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Dies wurde unter Bildung sponsoring- und sportartspezifischer Märkte für Fachverbände angenommen,⁴⁰ wird gleichzeitig aber bezweifelt und ist in Anbetracht der heutigen Marktgegebenheiten wohl überholt.⁴¹

b) Kartellverbotstatbestand

Die zuweilen für „besonders komplex und anspruchsvoll“⁴² erachtete Fragestellung der Markt- abgrenzung und der dadurch bedingten marktbeherrschende Stellung kann allerdings dahinstehen, da die Exklusivität unabhängig von Marktanteilen stets vom Kartellverbotstatbestand erfasst wird.⁴³ Durch die Exklusivität und das dadurch bedingte Wettbewerbsverbot wird nicht nur die Handlungsfreiheit des Fachverbands eingeschränkt, sondern zugleich auch die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit Dritter, nämlich der Wettbewerber des Ausrüsters, beschränkt.⁴⁴

2. Rechtfertigung

Die den Ausrüstern zugestandene Exklusivität folgt einem ökonomischen Bedürfnis. Der Ausrüster kann die von ihm bezweckten kommunikativen Ziele des Sponsoring nur mittels einer Exklusivität erreichen. Ohne eine Exklusivität würde seine Marktkommunikation entweder nicht wahrgenommen, verwässert oder als unglaubwürdig empfunden werden. So ist anerkannt, dass „[e]ine gleichzeitige oder kurzfristig wechselnden Benutzung [unterschiedlicher Ausrüstung] praktisch ohne nachhaltigen Werbewert [wäre]“.⁴⁵ Die Exklusivität ist demnach „unabdingbar“⁴⁶ bzw. „lebensnotwendig“.⁴⁷ Sie ist „untrennbar“⁴⁸ mit dem Sponsoring verbunden und liegt in dessen Eigenart begründet. Erst durch die Exklusivität wird somit

überhaupt das Sponsoring in Form eines Ausrüstervertrags ermöglicht. Die durch sie bedingte Wettbewerbsbeschränkung ist damit „vertragstypisch“⁴⁹ und „vertragsimmanent“.⁵⁰

Unter Berücksichtigung dieses ökonomischen Zwangs ist nach der unter anderem durch den Europäischen Gerichtshof⁵¹ anerkannten Markterschließungstheorie der Kartellverbotstatbestand teleologisch zu reduzieren. Die von der Exklusivität ausgehende Wettbewerbsbeschränkung ist damit, wie die deutsche Rechtsprechung⁵² bestätigt, dem Grundsatz nach vom Tatbestand ausgenommen.⁵³ Die Erwägungen entfalten im Fall einer marktbeherrschenden Stellung in gleicher Form Relevanz im Rahmen des Missbrauchstatbestands und begründen auch insoweit die Wettbewerbskonformität der Verhaltensweise.

Sollte eine solche Tatbestandsrestriktion im Einzelfall nicht durchgreifen, bleibt zur Rechtfertigung der Exklusivität eine Freistellung. Insoweit wird zuweilen die pauschale Freistellung von Wettbewerbsverboten in Art. 5 Abs. 1 lit. a der Vertikal-GVO bemüht,⁵⁴ dabei aber übersehen, dass es sich bei einem Ausrüstervertrag um einen gesetzlich nicht geregelten, atypischen synallagmatischen Vertrag handelt, dessen „rechtliche[...] Grundlagen [...] weit verzweigt [sind]“⁵⁵ und dienst-, werk-, miet- und pachtvertragliche, aber allenfalls ergänzend kaufvertragliche Elemente umfasst.⁵⁶ Ein primärer kaufrechtlicher Bezug wäre jedoch erforderlich, um die Anwendung der Vertikal-GVO zu begründen.⁵⁷ Es verbleibt dementsprechend nur ein Rückgriff auf den Einzelfreistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV.⁵⁸ Anknüpfend an die bereits im Hinblick auf eine Tatbestandsrestriktion bemühten Erwägungen sind der Exklusivität für Verbraucher vorteilhafte Effizienzen zuzusprechen. So erhält der Sport finanzielle Mittel, die zumindest im Fall der Fachverbände dem Breitensport und damit dem Endverbraucher zugutekommen.⁵⁹ Da die kommunikativen Ziele des Ausrüsters nur im Wege der Exklusivität erreichbar sind und der Mittelzufluss dementsprechend ohne Exklusivität nicht oder nicht in gleichem Umfang dem Sport zufließen würde, ist die Exklusivität darüber hinaus im Grundsatz auch

37 Komm., IV/F-1/33.055, ABl. 1996 Nr. C 138/6, *Dänischer Tennisbund*, Rn. 5; insoweit siehe ergänzend *Giuffrida*, Competition Policy Newsletter, 2/1998, 54 (54-55); siehe auch Helsinki Bericht zum Sport, KOM (1999) 644, Ziff. 4.2.1.2.

38 BKartA, Fn. 6, WuW/E BKartA 1433 (1437); siehe auch die auf die Einschätzung eines Missbrauchs gestützten Verfahren im Badminton, Football, Ski und Tischtennis BKartA, Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drs. V/4236, 56; Tätigkeitsbericht 1985/86, BT-Drs. 11/554, S. 63-66; Tätigkeitsbericht 1995/96, BT-Drs. 13/7900, S. 116 und Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, S. 129.

39 BWB, Tätigkeitsbericht 2004/2005, BWB/GD-309, S. 27-29 – *Kart- und Motorradrennsport*.

40 Komm., Entsch. v. 19. März 2004, COMP/E-2/38.316, *Vega/CIK-FIA*, Rn. 38; BKartA, Fn. 6, WuW/E BKartA 1433 (1437).

41 Weiterführend siehe *Heermann*, Fn. 31, Rn. 638 und 640; *Heermann*, WRP 2009, 285 (292, 294-295); *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 151-153, *Varens*, Das »olympische« Werbeverbot, 2017, S. 97, die unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Marktgegebenheiten weite Märkte bilden, sich aber in Nuancen unterscheiden. Zustimmend *Schneider*, in *Bunte*, Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Sonderb. IX Rn. 54.

42 *Heermann*, Fn. 31, Rn. 633.

43 *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, 2009, S. 296; *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2001, S. 324 und 347; *Heermann*, Fn. 31, Rn. 619, 641; *ders.*, WRP 2009, 285 (286); *ders.*, CaS 2009, 226 (226); *Schaub*, Fn. 36, S. 446-448; *Lentze*, in: *Stopper/ders.* (Hrsg.), Handbuch Fußballrecht, 2. Aufl. 2018, Kapitel 2 Rn. 7 und 9; siehe auch *Schwarzel/Hetzel*, EuR 2005, 581 (600); aA *Seyb*, Fn. 33, S. 149, der einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV für „fernliegen[d]“ erachtet.

44 Komm., Fn. 37, Rn. 5; siehe ergänzend *Giuffrida*, Competition Policy Newsletter, 2/1998, 54 (55).

45 KG, Fn. 9, WuW/E OLG 1429 (1435-1436).

46 *Lentze*, in: *Stopper/ders.*, Fn. 43, Kapitel 2 Rn. 7

47 *Röhrborn*, Fn. 11, S. 169.

48 *Heermann*, CaS 2009, 226 (231).

49 *Schneider*, in *Bunte*, Fn. 41, Sonderb. IX Rn. 54.

50 *Heermann*, Fn. 31, Rn. 641; *Poser/Backes*, Fn. 34, S. 200.

51 EuGH Rs. 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 281 (304).

52 OLG Frankfurt Urt. v. 28.11.1985, 6 U 75/83, *Berufstennispieler*, NJW-RR 1986, 716 (716).

53 *Heermann*, Fn. 31, Rn. 653; *ders.*, CaS 2009, 226 (229-233); *Wollmann*, ÖBl. 2003, 104 (105) wohl auch *Hannamann*, Fn. 43, S. 414 und 494, der allerdings auf den organisationstechnischen Aspekt des einheitlichen Auftritts abstellt; zurückhaltend hingegen *Schaub*, Fn. 36, S. 447-449, die nur im Einzelfall eine Tatbestandsrestriktion zulassen will; aA wohl *Lange*, EWS 1998, 189 (193), der allein eine Freistellung für denkbar erachtet.

54 So *Heermann*, Fn. 31, Rn. 653-654 und *ders.*, WRP 2009, 285 (290), der damit seine zutreffenden früheren Zweifel in *ders.*, CaS 2009, 226 (228-229) aufgegeben zu haben scheint.

55 *Mehlinger*, SpuRt 1996, 54 (55).

56 Weiterführend bzgl. der Rechtsnatur *Reich*; in *Grützmaier/Rieder/Schütze/Weipert* (Hrsg.), Münchner Vertragshandbuch, Band 3.II, XI.1.3; *Weiland*, NJW 1994, 227 (230); *Nagel*, CaS 2012, 55 (57); aA wohl nur *Röhrborn*, Der Sponsoringvertrag als Innengesellschaft, 1997, 121-137, der den Sponsoringvertrag eine gesellschaftsrechtliche Rechtsnatur beimisst.

57 Komm., Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2022/C 248/01, Rn. 61.

58 So auch *Schaub*, Fn. 36, S. 449; *Lange*, EWS 1998, 189 (193) und *Bergmann*, SpuRt 2009, 102 (105); wohl auch zustimmend *Schneider*, in *Bunte*, Fn. 41, Sonderb. IX Rn. 54, der lediglich die Wertungen von Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO heranziehen will.

59 *Bergmann*, SpuRt 2009, 102 (105).

unerlässlich.⁶⁰ Scheitern würde die Freistellung nur, wenn man entgegen der zwischenzeitlich geltenden Marktbedingungen von einer Monopolstellung der Fachverbände ausginge und damit annehmen müsste, dass durch die Exklusivität kein wesentlicher Restwettbewerb aufrechterhalten würde.⁶¹

3. Anforderungen an die Rechtfertigung

Unabhängig davon, ob allein der Kartellverbotstatbestand oder auch der Missbrauchstatbestand für einschlägig erachtet wird und sowohl im Fall einer Tatbestandsrestriktion als auch einer Freistellung, ist nach dem Übermaßverbots bzw. dem Unerlässlichkeitskriterium des Art. 101 Abs. 3 lit. a AEUV zunächst jegliche überschießende Wettbewerbsbeschränkung der Exklusivität auszuschließen. Das Schrifttum beschränkt sich insoweit darauf, zu fordern, den Ausrüstervertrag in „gegenständlicher, zeitlicher und [...] räumlicher Hinsicht“ zu beschränken.⁶² Übersehen wird, dass darüber hinaus die verbliebene unerlässliche Wettbewerbsbeschränkung in ihrer Wirkung abzumildern ist. So ist im Fall einer Marktabschottung, bei der kein Wettbewerb im Markt möglich ist, zumindest ein Wettbewerb um den Markt aufrechtzuerhalten und dadurch neuen Marktteilnehmern der Weg zum Markteintritt zu ebnen. Dem ist durch eine Ausschreibung und ein „transparentes, nichtdiskriminierendes und offenes“⁶³ Vermarktungsverfahren zu entsprechen.⁶⁴

III. Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an den Gebotzuschlag

Die zur Erreichung dieser Maßgabe erforderliche Ausgestaltung des Verfahrens ist grundsätzlich dem Adressaten der wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestände überlassen.⁶⁵ Der durch die Privatautonomie gesicherte Gestaltungsspielraum erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Bewertung der Gebote und die Gewichtung der zugrunde liegenden Kriterien, solange die Kriterien keine diskriminierende Wirkung entfalten oder gegen übergeordnete wettbewerbsrechtliche Grundsätze verstoßen und damit die erstrebte Marktöffnung einschränken.

1. Bevorzugung inländischer Ausrüster

Die in der deutschen Politik vorgeschlagene bevorzugte Berücksichtigung inländischer Ausrüster würde den

60 *Lentze*, in: Stopper/ders., Fn. 43, Kapitel 2 Rn. 7; *Bergmann*, SpuRt 2009, 102 (105).

61 Insoweit siehe die differenzierende Betrachtung in KG, Fn. 9, WuW/E OLG 1429 (1432); aA *Buch*, WuW 2005, 266 (273) und möglicherweise *Bergmann*, SpuRt 2009, 102 (105), die von einer Alleinstellung des Fachverbands ausgeht, den Prüfungsschritt des Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV aber ausklammert.

62 Bzgl. der Tatbestandsrestriktion siehe *Schaub*, Fn. 36, S. 450; *Schneider*, in Bunte, Fn. 41, Sonderb. IX Rn. 54; *Heermann*, CaS 2009, 226 (233). Hinsichtlich des Freistellungstatbestands siehe *Bergmann*, SpuRt 2009, 102 (105).

63 Grundlegend Komm., Fn. 37; ergänzend siehe Komm., The Commission conditionally approves sponsorship contracts between the Danish Tennis Federation and its tennis ball suppliers, IP/98/355, 15.4.1998. Siehe auch Conseil de la Concurrence Entsch. v. 7.10.1997, n° 97-D-71, *parrainage sportif* sowie Entsch. v. 13.5.1998, n° 98-D-31, *Fédération Française d'Escrime*.

64 Weiterführend bzgl. der Anforderungen an das Vermarktungsverfahren bei Exklusivrechten *Frank*, Die zweite Halbzeit, 2022, Rn. 664-753.

65 Klarstellend OLG Düsseldorf Beschl. v. 24.5.2017, VI-Kart 6/16 (V), *Sky/BKartA*, Rn. 64.

Wettbewerb zwischen deutschen und in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Ausrüstern beschränken und damit die Integration des Binnenmarkts verhindern. In dieser Wirkung würde den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Vermarktungsverfahren nicht entsprochen. Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen der Exklusivität würden nicht ausgeräumt werden. Über die Exklusivität hinaus würde durch die Verhinderung der Marktintegration das Regelbeispiel des Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV erfüllt und damit eine Kernbeschränkung begründet. Dass Nike eine „amerikanische Fantasie-Marke“⁶⁶ ist, führt zu keiner anderen Wertung.

2. Bevorzugung von Ausrüstern aufgrund nicht-monetärer Kriterien

Selbst wenn man der deutschen Politik zugutehält, dass sie keinen Protektionismus forderte, sondern unter Erwartung der seit sieben Jahrzehnten entstandenen Effizienzen davon ausging, dass „[d]ie drei Streifen [...] zu den vier Sternen gehören“⁶⁷ hätte ein Zuschlag zugunsten von adidas kartellrechtliche Prinzipien verletzt.

Es besteht grundsätzlich keine Pflicht, in Ausschreibungen das Höchstgebot anzunehmen. Neben der Gebotshöhe können weitere Kriterien, wie die im Laufe der Zusammenarbeit entstandenen Effizienzen, der Gebotsbewertung zugrunde gelegt werden.⁶⁸ Dieses Dogma der Irrelevanz des Höchstgebots steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Kriterien in ihrer Wirkung nicht zu einer Diskriminierung erwachsen und die erstrebte Marktöffnung unterlaufen. Um dem entgegenzuwirken, ist der Nutzwert nicht-monetärer Kriterien, wie der Effizienzen, zu bestimmen. Über die Bestimmung eines Nutzwerts kann wiederum der Grad bestimmt werden, ab dem ohne Effizienzen ein Zuschlag erlangt werden kann. Der Wettbewerber kann abschätzen, welche Gebotshöhe die fehlenden Effizienzen ausgleichen wird und ob er den gegenwärtigen Vertragspartner überbieten kann. Dies setzt allerdings voraus, dass nicht-monetäre Kriterien, wie die Effizienzen, die durch die fortbestehenden Zusammenarbeit mit einem der Bieter bedingt sind, nicht generell stärker als die Gebotshöhe gewichtet werden können. Da kein anderer Bieter diesen Kriterien genügen kann, würde anderenfalls der Markt von vornherein abgeschottet bleiben. Es würde vergleichbar zu dem von DFB und adidas im Jahr 2016 aufgegebenen matching right ein unüberwindbares Hindernis für Wettbewerber des gegenwärtigen Vertragspartners begründet. Abseits der deutschen Entscheidungspraxis ist vor diesem Hintergrund anerkannt, dass für nicht-monetäre Parameter der Nutzwert im Verhältnis zu der Gebotshöhe maximal zu einem Prozentsatz von 40 % gewichtet werden kann.⁶⁹ Übersteigt das Gebot des Wettbewerbers um 40 % das Gebot des gegenwärtigen

66 Bzgl. dieser Aussage von Rhein siehe tagesschau, Fn. 4.

67 Bzgl. dieser Reaktionen von Rhein siehe tagesschau, Fn. 4.

68 Klarstellend KG, Fn. 9, WuW/E OLG 1429 (1437). Bzgl. der Irrelevanz des Höchstgebots siehe auch BKartA Beschl. v. 12.1.2012, B6-114/10, *Fußballbundesliga*, Rn. 105.

69 Insoweit siehe im Zusammenhang mit der exklusiven Vermarktung von Medienrechten Konkurrenz- und Forbrugerstyren Entsch. v. 31.10.2007, *Superligae*, Verpflichtungszusage Rn. 3.7. Ergänzend siehe auch Comisión Nacional de la Competencia Stellungnahme v. 30.3.2022, INF/DC/029/22, Rn. 160.

tigen Vertragspartners ist demgemäß dem Wettbewerber der Zuschlag zu erteilen.⁷⁰

Übertragen auf den Ausrüstervertrag, konnte der DFB, wie von der Politik gefordert, zwar die in der Zusammenarbeit mit adidas entstandenen Effizienzen berücksichtigen. Die Effizienzen rechtfertigten jedoch vor dem Hintergrund, dass das Gebot von Nike 80 % über dem von adidas gelegen haben soll, keinen Zuschlag zugunsten von adidas. Vielmehr hätte ein Zuschlag zugunsten von adidas im Lichte der kolportierten Höhe der Gebote eine Diskriminierung begründet⁷¹, durch die der DFB den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen nicht entsprochen hätte.

IV. Fazit

Im Fall des Ausrüsterwechsels ist die Kritik am DFB nicht nur ungerechtfertigt, sondern soweit sie vom

Wirtschaftsminister erhoben wurde, in dessen Ressort die Verantwortung für das Kartellrecht fällt, sogar zynisch. Es ist das Kartellrecht, das dem DFB keine andere Wahl ließ als den Ausrüster zu wechseln. Die Differenz zwischen den Geboten von adidas und Nike war „so gigantisch groß“,⁷² dass sie „nicht ansatzweise vergleichbar“⁷³ waren und es „keine andere Lösung [gab]“.⁷⁴ Dass sich der DFB vor diesem Hintergrund wundert, „dass Politiker [...] sich populistisch so weit aus dem Fenster lehnen“ und insbesondere dem Wirtschaftsminister rät „vielleicht doch das ein oder andere Mal besser [zu] [...]schwe[i]gen“,⁷⁵ ist keinesfalls unangebracht, sondern eine durch das Kartellrecht gestützte Kritik.

70 Zustimmend wohl Grätz, Fn. 43, S. 302; aA möglicherweise Buch, WuW 2005, 266 (274).

71 Bzgl der insoweit zutreffenden Annahme von Grunewald siehe Das Angebot von Adidas war am Ende nicht wettbewerbsfähig, Capital, 22.3.2024, abrufbar unter: www.capital.de/wirtschaft-politik/dfb-schatzmeister-zu-nike-deal-adidas-angebot-nicht-wettbewerbsfaehig-34568384.html

72 Bzgl. dieser Aussage von Watzke siehe Die Zeit, Watzke: Differenz der Ausrüster-Angebote „gigantisch groß“, 23.3.2024; abrufbar unter: www.zeit.de/news/2024-03/23/watzke-differenz-der-ausruester-angebote-gigantisch-gross.

73 Bzgl. dieser Aussage von Rettig siehe FAZ, Kenntnisfrei und ohne Faktenlage, 23.3.2024; abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/sport/fussball-em/deutsches-team/rettig-ueber-kritik-an-dfb-wegen-adidas-und-nike-kennntisfrei-19607459.html.

74 Bzgl. dieser Aussage von Watzke siehe Die Zeit, Fn. 72.

75 Bzgl. dieser Aussage von Rettig siehe FAZ, Fn. 73.

Zwischen Wertetreue und Wirtschaftlichkeit – Eine gesellschafts- und strafrechtliche Begutachtung der Ausrüsterentscheidung des DFB

Von Leo Feldt, LL. B. und Noah Groß, LL. B., Bonn*

Knapp drei Monate vor der Heim-EM 2024 verkündete der DFB das Ende seiner Partnerschaft mit Adidas. Die Entscheidung zugunsten von Nike stieß in Politik und Gesellschaft auf breite Ablehnung. Dieser Beitrag widmet sich zunächst der komplexen rechtlichen Struktur des DFB. Sodann wird der Frage nachgegangen, ob die Kritik an der Ausrüsterentscheidung aus gesellschafts- und strafrechtlicher Perspektive gerechtfertigt ist.

A. Hintergrund und Einführung

„Was für eine gnadenlose Fehlentscheidung!“¹. So lautet das Statement von Dorothee Bär, stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, zur neuen Ausrüstungspartnerschaft des Deutschen Fußball Bundes (DFB) mit der im US-Bundesstaat Oregon beheimateten Nike Inc. (Nike). Der DFB wird ab dem Jahr 2027 von Nike ausgestattet. Damit endet eine jahrzehntelange, von sportlichen Erfolgen geprägte Partnerschaft mit der Adidas AG (Adidas). Die Entschei-

dung überrascht – insbesondere angesichts der kurz bevorstehenden Heim-Europameisterschaft im Sommer. Doch der US-Konkurrent Nike habe das bei weitem wirtschaftlich bessere Angebot vorgelegt, durch welches neben dem Profisport auch der Amateur- und Breitensport sowie der Frauenfußball in Deutschland nachhaltig gefördert werden sollen.² Adidas zahlt dem DFB derzeit etwa 50 Mio. Euro pro Jahr, das Angebot von Nike soll bei über 100 Mio. Euro pro Jahr liegen³ – eine Steigerung von 100 Prozent und summierte Einnahmen in Höhe von insgesamt 800 Mio. Euro während der achtjährigen Vertragslaufzeit.

Das klingt nach keinem schlechten Deal für den deutschen Fußball und den derzeit als finanziell schwach geltenden DFB⁴, der im Rahmen der weltweit zunehmenden Kommerzialisierung des Profifußballs wettbewerbsfähig bleiben muss, ohne jedoch seine besondere gesellschaftliche Bedeutung und Funktion⁵ zu

* Verf. Feldt ist Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Zivilprozessrecht von Professor Dr. Alexander Scheuch an der Universität Bonn. Verf. Groß ist Wiss. Mit. der Kanzlei Simpliant in Berlin. Ihre juristische Ausbildung setzen sie an der Universität Bonn fort. Verf. danken Herrn Prof. Scheuch für seine Unterstützung bei der Anfertigung des Manuskripts. – Vgl. zum Thema auch den Beitrag von Frank, SpuRt 2024, 179 (in diesem Heft).

1 Dorothee Bär auf der Plattform X (ehemals Twitter), <https://twitter.com/DoroBaer/status/1770870370028892648> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2024).

2 Pressemitteilung des DFB, https://www.dfb.de/news/detail/nike-wird-neuer-dfb-ausruester-ab-2027-259898/?no_cache=1&cHash=7ade3a50eed334f95fb7999e93447e60 (zuletzt aufgerufen am 26.3.2024).

3 Die genaue Vertragssumme wurde nicht genannt, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/800-millionen-euro-deal-nike-loest-adidas-als-dfb-ausruester-ab-01/100026402.html> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2024).

4 <https://www.zdf.de/nachrichten/sport/dfb-campus-adidas-nike-volkswagen-gemeinnuetzigkeit-millionenspiel-em-2024-100.html> (zuletzt aufgerufen am 29.3.2024).

5 Zur gesellschaftlichen Bedeutung des Fußballs als legitimer Zweck der Rechtfertigung von Beschränkungen von Grundfreiheiten EuGH NJW 1996, 505 Rn. 106 ff. (Bosman).