

## IV. Verbandsseitige Maßnahmen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie im Sport

### 1. Drei taktische Varianten

Sportverbände können in verschiedener Weise dafür sorgen, dass der relativ weite Handlungsspielraum, der ihnen durch die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK eingeräumt worden ist,<sup>1</sup> vor Beschränkungen von außen, d.h. durch den Gesetzgeber und staatliche Gerichte, möglichst vollständig abgesichert wird. Naheliegend ist es,<sup>2</sup> die unmittelbaren Vereinsmitglieder sowie auf höheren Stufen innerhalb der pyramidenförmigen Verbandshierarchie neben den unmittelbaren auch die mittelbaren Mitglieder auf den unteren Hierarchiestufen möglichst kollektiv an die gesamten einschlägigen Verbandsstatuten zu binden. Am einfachsten geschieht dies durch Beitritt zu einem Verein, wobei das Vereinsmitglied nicht nur an die Statuten des Vereins selbst, sondern praktischerweise auch an die Statuten der übergeordneten Verbände möglichst in ihrer jeweils gültigen Fassung, d.h. an alle zukünftigen Änderungen der gesamten Verbandsstatuten, gebunden wird. Wie zu zeigen sein wird,<sup>3</sup> birgt der beschriebene Weg zur Bindung der gesamten unmittelbaren und mittelbaren Mitglieder an alle einschlägigen Verbandsstatuten rechtliche Hürden, die in der Vergangenheit wiederholt dazu geführt haben, dass Ordnungsmaßnahmen des Verbandes gegenüber einem Mitglied mangels dessen wirksamer Bindung nicht durchgesetzt werden konnten. Diese rechtlichen Unsicherheiten können durch einzelvertragliche Vereinbarungen mit Vereinsmitgliedern, aber auch mit Dritten (z.B. an Sportwettkämpfen teilnehmenden Athleten) reduziert werden.<sup>4</sup> Bei beiden Verfahren erleichtert der pyramidenförmig-hierarchische Aufbau der Verbandsstrukturen die Unterwerfung der gesamten Verbandsmitglieder unter die ausgewählten Verbandsstatuten.<sup>5</sup>

Eine weitere Strategie der Sportverbände zur Bewahrung eines von staatlichem oder supranationalem Recht möglichst nicht eingegrenzten Autonomiebereichs ist dadurch geprägt, mit Hilfe effektiven Lobbyismus den jeweils zuständigen Gesetzgeber zu veranlassen, durch die Einführung von Sondergesetzen zugunsten der Sportverbände die Verbandsautonomie abzusichern.<sup>6</sup> Dies kann zunächst dadurch geschehen, dass Sportverbänden über die bereits bestehenden staatlichen

1 → III. Rn. 26–65.

2 So auch *Weatherill*, Principles, 2017, 10–37 m.w.N.

3 → IV. Rn. 8–45.

4 → IV. Rn. 46–65.

5 → IV. Rn. 69–94.

6 → IV. Rn. 95–141.

Gesetze hinaus Sonderrechte gewährt werden, wie dies etwa hierzulande im Jahr 2004 durch die Einführung des Gesetzes zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (OlympSchG)<sup>7</sup> geschehen ist. Während solche Bestrebungen der Sportverbände zumindest in seltenen Fällen erfolgreich sind, sind Forderungen nach Einführung einer Ausnahme von der Anwendung bestimmter Gesetzesvorschriften zugunsten der Sportverbände fast ausnahmslos zum Scheitern verurteilt. So konnten zwar insbesondere die deutschen Fußballverbände den nationalen Gesetzgeber davon überzeugen, im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1998 ins deutsche Kartellrecht einen neuen § 31 GWB aufzunehmen. Danach sollte unter bestimmten Voraussetzungen das Kartellverbot auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe keine Anwendung finden.<sup>8</sup> Diese seinerzeit auch als „Lex DFB“ bezeichnete Vorschrift kam hernach jedoch in der Praxis wegen des Vorrangs europäischen Kartellrechts in den tatbestandlich erfassten Sachverhalten niemals zur Anwendung, wurde im Rahmen der nächsten GWB-Novelle wieder aufgehoben und geriet zu einem – wie auch zumeist auf dem Spielfeld – vermeidbaren Eigentor. Es ist ungewiss, ob die beschriebene Taktik, die von Sportverbänden seit April 2020 – wie in fast allen anderen Unternehmensbereichen auch – zur Bewältigung der kaum übersehbaren ökonomischen Folgen der COVID-19-Pandemie eingesetzt worden ist, eine nur vorübergehende Sonderkonjunktur erfahren wird.

- 3 Ein dritter Ansatz der Sportverbände besteht darin, die Verbandsjustiz, nachfolgend staatliche Gerichte und unter Umständen gar europäische Gerichte (EuG und EuGH) oder aber ermittelnde Behörden (insbesondere nationale Kartellbehörden, aber auch die EU-Kommission) in Verfahren, die unerwünschte Auswirkungen auf die Verbandsautonomie befürchten lassen, davon zu überzeugen, dass bei der Anwendung staatlichen oder supranationalen Rechts den Besonderheiten des Sports insbesondere durch eine mehr oder weniger modifizierte Norminterpretation und -anwendung angemessene Rechnung zu tragen sei. Entsprechende Bestrebungen der Sportverbände sind innerhalb der Verbandsjustiz aus verschiedenen, im Detail noch zu analysierenden Gründen oftmals erfolgreicher als vor staatlichen Gerichten oder etwa Kartellbehörden.<sup>9</sup>

7 → IV. Rn. 106–110.

8 Hierzu stellvert. *Heermann* RabelsZ 67 (2003), 106 (126–130) m.w.N.

9 S. hierzu insb. → IV. Rn. 142–354, X. Rn. 1 ff. und XI. Rn. 1 ff.

## 2. Vertragliche Bindung der Mitglieder an die Statuten der Sportverbände

### a) Rechtliche Ausgangslage

Sportvereine und -verbände legen zunächst durch die Aufnahme von Mitgliedern fest, gegenüber welchen natürlichen oder auch juristischen Personen die Verbandsstatuten Geltung beanspruchen (satzungsrechtliches Modell).<sup>10</sup> Wenn eine Person durch Vereinsbeitritt unmittelbares Mitglied (M) eines Vereins (V) auf der untersten Hierarchiestufe der Verbandspyramide wird, wird M damit regelmäßig zugleich mittelbares Mitglied im Landesverband (L), bei dem V unmittelbares Mitglied ist.<sup>11</sup> Unterstellt, L sei seinerseits unmittelbares Mitglied im nationalen Sportdachverband (N) und N wiederum unmittelbares Mitglied im europäischen Sportdachverband (E), dann wäre M zugleich auch mittelbares Mitglied von L, N und E. Diese mitgliedschaftlichen Zusammenhänge waren – wie der *Verfasser* als früherer Vorsitzender eines ständigen Sportschiedsgerichts erfahren musste – vereinzelt sämtlichen Verfahrensbeteiligten, teilweise auch solchen mit juristischer Ausbildung unbekannt. Zumindest verwirrend ist es, wenn bis hin zum BGH in zivilgerichtlichen Entscheidungen zum Vereinsrecht mitunter nur von „(Vereins-)Mitgliedern“ gesprochen wird, ohne zwischen unmittelbaren und mittelbaren Mitgliedern zu differenzieren. Wenn sich in solchen Konstellationen aus dem Kontext nicht eindeutig ergibt, dass mit dem Begriff „Mitglieder“ entweder nur unmittelbare oder allein mittelbare Mitglieder erfasst werden sollen, wird sich der Terminus im Zweifel sowohl auf unmittelbare als auch mittelbare Mitglieder erstrecken. Im Folgenden soll stets – soweit erforderlich – sprachlich zwischen *unmittelbaren* und *mittelbaren* Mitgliedern unterschieden werden, andernfalls sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Mitglieder gemeint.

Wie ist nun der Akt der Unterwerfung in einen Verein aufzunehmender Personen unter die Vereinssatzung rechtsdogmatisch einzuordnen? Die Normentheorie betrachtet die Satzung als von staatlicher Gesetzgebung und rechtsgeschäftlicher Privatautonomie zu unterscheidende objektive Rechtsetzung, die ihrerseits Ausfluss der Verbandsautonomie sei.<sup>12</sup> Nach der Vertragstheorie, ihrerseits Ausfluss der Privatautonomie, verliert die Satzung auch nach der Gründung des Vereins nicht ihren vertraglichen Charakter. In den Verein später eintretende Mitglieder würden sich aufgrund eigener, privatautonom getroffener Entscheidung dem Verein in einem „Beitrittsvertrag“ anschließen, seien dabei mit den Regeln des Vereins einverstanden, so dass die Satzung auch insoweit den Charakter als Vertrag

<sup>10</sup> → IV. Rn. 8–45.

<sup>11</sup> S. stellvertr. zur mittelbaren Mitgliedschaft in einem Sportverband PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 227–229.

<sup>12</sup> S. stellvertr. MüKo-BGB/*Reuter*, 7. Aufl., 2015, § 25 BGB Rn. 19 f.

nicht einbüße.<sup>13</sup> Die Judikatur sowie Teile des Schrifttums favorisieren hingegen die modifizierte Normentheorie, die Elemente der Normen- sowie der Vertragstheorie zusammenführt. Danach sei die Vereinssatzung als ein von den Gründern abgeschlossener Vertrag einzustufen. Nach Entstehung des Vereins bestehe die Satzung jedoch nicht mehr als Vertrag fort, nehme auch nicht den Charakter von Rechtsnormen an, sondern werde zu einem eigenständigen Normenkatalog des Vereinslebens, dem sich die Mitglieder unterworfen hätten.<sup>14</sup> In diesem Meinungsstreit muss hier nicht abschließend Stellung bezogen werden. Denn es besteht zumindest insoweit Einigkeit, dass zunächst eine die Bindungswirkung vermittelnde Legitimation – sei es durch Beitrittsvertrag, sei es durch tatsächliche Unterwerfung – im Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Mitglied und dem Verein erforderlich ist und dass darüber hinaus die Wirkung der Legitimation durch gerichtliche Kontrollmöglichkeiten abgesichert ist.

- 6 Neben dem satzungsrechtlichen Modell können durch Abschluss einer Athletenvereinbarung sowie eines Regelanerkennungs-, Nominierungs- oder Lizenzvertrages die Vertragspartner des Sportverbandes, die sodann nicht notwendigerweise Verbandsmitglieder sein müssen,<sup>15</sup> an die Verbandsstatuten gebunden werden (individualvertragliches Modell).<sup>16</sup> Mittelbare Mitglieder sind den verbandsexternen Dritten nicht gleichzustellen.<sup>17</sup>
- 7 Abschließend ist festzuhalten, dass sowohl beim satzungsrechtlichen als auch beim individualvertraglichen Modell die beitragswillige, eine Mitgliedschaft anstrebende Person oder der einzelne Sportler oder das einzelne Individuum sich rechtswirksam den Verbandsstatuten unterwerfen oder sich mit ihrer Geltung einverstanden erklären müssen. Auf zwei damit verbundene, rechtliche Problemfelder ist nunmehr einzugehen.

13 S. stellvertr. MüKo-BGB/*Leuschner* § 25 BGB Rn. 15; den Streit zwischen Normen- und Vertragstheorie offenlassend, wenngleich zu letzterer tendierend *Staudinger/Schwemcke* § 25 BGB Rn. 33 f.

14 BGHZ 105, 306 (316) = NJW 1989, 1724 (1726); BGHZ 47, 172 (180 f.) = NJW 1967, 1268 (1271); BGHZ 21, 370 (374 f.) = NJW 1956, 1793 (1793) – Vereinsstrafe; *Erman/H. P. Westermann* § 25 Rn. 2; *Grüneberg/Ellenberger* § 25 Rn. 3; *Stöber/Otto* Rn. 55.

15 Zum Schutzbedarf verbandsungebundener Dritter *Seyb* 47–51.

16 → IV. Rn. 46–65.

17 *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/Adolphsen/Hoefer/Nolte* Rn. 131.

b) Unterwerfung (un)mittelbarer Mitglieder unter die Vereins- und  
Verbandssatzung

aa) Sanktionsregelungen und sonstige Verbandsregelungen

(1) Rechtsauffassung des BGH

Die Frage, wie unmittelbare und möglicherweise auch mittelbare Mitglieder eines Sportvereins oder -verbandes rechtswirksam an Sanktionsregelungen und sonsti- 8  
ge Verbandsstatuten gebunden werden können, ist im Zusammenhang mit der SV *Wilhelmshaven*-Entscheidung des BGH<sup>18</sup> bereits an anderer Stelle ausführlich diskutiert worden.<sup>19</sup> Hieran wird nachfolgend in aktualisierter Form angeknüpft.

Es ist allgemein anerkannt, dass Grundentscheidungen, die das Vereinsleben be- 9  
stimmen, zwingend in der Satzung zu regeln sind. Hinsichtlich der genauen Abgrenzung dieser Fälle besteht freilich Uneinigkeit.<sup>20</sup> Die Judikatur ist indes bislang einhellig davon ausgegangen, dass es für Vereins- oder Verbandsvorschriften, die Sanktionen aussprechen, einer Grundlage in der Vereinssatzung bedürfe, weil insoweit der vereinspezifische „Kernbereich“ betroffen sei.<sup>21</sup> Nur vereinzelt ist vertreten worden, dass für Disziplinarmaßnahmen eines Vereins eine Grundlage in der Satzung des übergeordneten Verbandes ausreiche, sofern eine lückenlose Verweisungskette vorliege.<sup>22</sup> Im Schrifttum herrscht gleichfalls die Meinung vor, in Ermangelung einer anderen (z.B. vertraglichen) Zurechnung sei eine ausdrückliche Verankerung von Disziplinarmaßnahmen in der Satzung eines Vereins erforderlich, um dessen unmittelbare Mitglieder rechtlich zu binden.<sup>23</sup> Dem ist vereinzelt im Hinblick auf Sanktionsnormen entgegengehalten worden, ein solcher Rechtszustand sei letztlich unhaltbar, weil er das verfassungsrechtlich garantierte Selbstorganisationsrecht der Sportverbände nicht ausreichend berücksichtige und Art. 9 Abs. 1 GG hinter den anderen Interessen, die für die dargestellten

18 BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven, sehr krit. und nicht frei von Polemik J. F. Orth SpuRt 2017, 9–14.

19 Heermann ZIP 2017, 253 (254–256).

20 Zum Meinungsstand s. stellvertr. MünchKomm-BGB/Leuschner § 25 BGB Rn. 3, 16–18; MünchKomm-BGB/Reuter, 7. Aufl., 2015, § 25 BGB Rn. 5; Heermann, ZHR 174 (2010), 250 (260–262).

21 So etwa zum Ausschluss von Vereinsmitgliedern sowie zu Vereinsstrafen BGHZ 21, 370 (370 f.) = NJW 1956, 1793 (1793); BGHZ 28, 131 (134) = NJW 1958, 1867 (1867); BGHZ 29, 352 (355) = NJW 1959, 982 (982); BGHZ 36, 105 (109) = NJW 1962, 247 (247); BGHZ 47, 172 (177) = NJW 1967, 1268 (1270); BGHZ 88, 314 (316) = NJW 1984, 1355 (1355); BGHZ 105, 306 (313) = NJW 1989, 1724 (1725); BGHZ 128, 93 (106) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung. Zuletzt hat LG Bonn SpuRt 2021, 33 (34 f.) die Belastung mit Kosten aus der Durchführung oder auch nur Einleitung eines vereinsinternen Rechtsstreits dem vereinspezifischen Kernbereich zugerechnet (zweifelhafte); krit. hierzu M. Meier SpuRt 2021, 36 (36 f.).

22 So etwa OLG Karlsruhe OLGZ 1970, 300 (303 f.); LG Heilbronn NZG 1998, 783.

23 Staudinger/Schwennicke § 25 BGB Rn. 18; MünchKomm-BGB/Reuter, 7. Aufl., 2015, vor § 21 Rn. 133; PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 307 f.; Steinbeck 177; Vieweg, Normsetzung, 1990, 336 ff.; Heermann NZG 1999, 325 (325 f.); Heermann ZHR 174 (2010), 250 (262).

rechtlichen Beschränkungen sprechen mögen, zu weit in den Hintergrund treten lasse.<sup>24</sup> Derartige apodiktische Hinweise auf aus der Perspektive der Sportverbände zu starke Eingriffe in die Verbandsautonomie stellen übrigens ein häufig bemühtes Argumentationsmuster dar, das freilich eine genaue Abwägung der Interessen *aller* Beteiligten nicht entbehrlich macht.

- 10 Zuletzt hat der BGH in dem Verfahren *SV Wilhelmshaven* mit überzeugenden Argumenten sowie auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung an seiner bisherigen Linie festgehalten.<sup>25</sup> So bedürften Beschlüsse, die in Ausübung der aus der Vereinsautonomie gem. Art. 9 GG hergeleiteten Sanktionsgewalt Disziplinarmaßnahmen zum Gegenstand hätten, einer hinreichend bestimmten Grundlage, damit der Regelunterworfenen einen eventuell drohenden Rechtsnachteil erkennen und entscheiden könne, ob er diesen hinnehmen und ob er sein Verhalten danach einrichten wolle. Dies gelte unabhängig davon, ob die Unterwerfung unter die Disziplinargewalt kraft Vereinsmitgliedschaft unmittelbar aus der Satzung des Vereins oder – etwa bei Maßnahmen gegenüber Nichtmitgliedern – aus einer Unterwerfung durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt folge. Nicht minder deutlich ist die Feststellung des BGH,<sup>26</sup> Regeln eines übergeordneten Verbandes würden grundsätzlich nur für dessen Mitglieder – gemeint sind hier offensichtlich die unmittelbaren Verbandsmitglieder – gelten und sich nicht allein aufgrund der Mitgliedschaft eines nachgeordneten Vereins in dem übergeordneten Verband auf die unmittelbaren Mitglieder des nachgeordneten Vereins erstrecken. Schließlich hat der II. Zivilsenat<sup>27</sup> den vom OLG Karlsruhe,<sup>28</sup> aber etwa auch von Verbandsseite<sup>29</sup> geltend gemachten Einwand der fehlenden Praktikabilität nicht gelten lassen.

## (2) Würdigung

- 11 Im Anschluss an bereits wesentlich früher veröffentlichte Ausführungen<sup>30</sup> wird hier an der seitens der Judikatur verfolgten und nunmehr vom BGH nochmals bestätigten Linie festgehalten. Wer einem Verein beitrifft und sich dadurch dessen

24 J. F. Orth/*Pommerning* SpuRt 2010, 222 (223); ähnl. mit Bezug zum Urteil des BGH in der Rechtssache *SV Wilhelmshaven* J. F. Orth SpuRt 2017, 9 (14); PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 299 spricht insoweit gar von einem „Fehlurteil“ und argumentiert folgendermaßen: „Hier überspannt der BGH die Anforderungen und verkennet sportreale Bedürfnisse im internationalen Kontext.“ Der Hinweis auf „sportreale Bedürfnisse“ vermag freilich eine juristisch tragfähige Kritik an der st. Rspr. des BGH nicht zu ersetzen.

25 BGHZ 212, 70, Rn. 37 = NJW 2017, 402 – *SV Wilhelmshaven*.

26 BGHZ 212, 70, Rn. 41 = NJW 2017, 402 – *SV Wilhelmshaven*.

27 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – *SV Wilhelmshaven*.

28 OLG Karlsruhe OLGZ 1970, 300 (303 f.).

29 So in einem Interview *Rainer Koch*, seinerzeit 1. Vizepräsident des DFB, FAZ v. 19.9.2016 („Dann ist alles aus den Fugen“), abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dfb-fuerchtet-im-strait-von-wilhelmshaven-und-fifa-weitreichende-folgen-14442800.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

30 *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (262, 282, 286, 288–290).

Satzung und Nebenordnungen unterwirft, soll sich durch einen Blick in die Vereinssatzung einen ebenso einfachen wie zuverlässigen Überblick über seine wesentlichen Rechte und Pflichten verschaffen können. Dies gilt erst recht für drohende Disziplinarmaßnahmen im Falle einer Verletzung von Verbandsstatuten. Es fehlen zwar belastbare Belege dafür, wie viele Vereinsmitglieder *vor* ihrem Beitritt die Satzung des Vereins tatsächlich im Detail studieren, ganz zu schweigen von den Statuten übergeordneter Sportverbände, auf die in der Vereinssatzung Bezug genommen wird. Es ist insoweit – ebenso wie bei der genauen Lektüre von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss – eine verbreitete Zurückhaltung zu befürchten. Dieser Umstand sowie Praktikabilitätsabwägungen bieten aber auch im Lichte der Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK keine pauschale Rechtfertigung dafür, den Regelunterworfenen durch Verweise in der Vereinssatzung auf Statuten übergeordneter Verbände die Möglichkeit zu erschweren, sich in einfacher Weise einen umfassenden Überblick über ihre Rechte, Pflichten sowie etwaige Sanktionsregelungen zu verschaffen.

Sportverbände haben entweder unter Verdrängung oder (insbesondere bei kleineren Vereinen) in Unkenntnis dieser Rechtslage, die sich in der Vergangenheit bereits deutlich abzeichnete, an einer vielfach intransparenten Technik der Verweisung auf Statuten übergeordneter Verbände – mitunter sogar durch mehrere Verbandsebenen umfassende Verweisungen (sog. Kaskadenverweisung) – festgehalten.<sup>31</sup>

### (3) Praktische Auswirkungen

Der Ansatz des II. Zivilsenats ist letztlich praktikabel und stellt, wie die zwischenzeitliche Entwicklung belegt, Sportvereine und -verbände auch nicht vor unlösbare Aufgaben:<sup>32</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil des BGH unmittelbar allein solche Grundentscheidungen des Vereinslebens betrifft, die zwingend in einer Vereinssatzung bestimmt und transparent zu regeln sind. Der II. Zivilsenat hat damit keine expliziten Aussagen dazu getroffen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Vereinssatzung wirksam auf sonstige Satzungsbestandteile und

31 Sehr offen insoweit Koch FAZ 19.9.2016 („Das Problem der dynamischen Satzungsverweisungen ist in der Rechtswissenschaft seit Langem ein Thema, aber in der Praxis wurde es noch nie in Frage gestellt, weil alle von der Sinnhaftigkeit überzeugt sind.“), abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/dfb-fuerchtet-im-streit-von-wilhelmshaven-und-fifa-weitreichende-folgen-14442800.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

32 Zu in den letzten Jahren verstärkt eingesetzten alternativen Gestaltungsmöglichkeiten, insb. Regelanerkennungsverträgen oder jährlich zu erneuernden Lizenzverträgen → IV. Rn. 46–65.

insbesondere auch Nebenordnungen eines übergeordneten Sportverbandes verweisen und so seine Vereinsmitglieder daran binden kann.<sup>33</sup>

- 15 Zudem hat der BGH nunmehr klargestellt, dass selbst bei zwingend in der Vereinssatzung zu regelnden Grundentscheidungen Verweisungen auf die Statuten eines übergeordneten Verbandes unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und rechtswirksam sind. Nach Auffassung des II. Zivilsenats<sup>34</sup> sei es durchaus möglich, entsprechende Klauseln in die Satzung des jeweiligen Vereins aufzunehmen, nach denen bestimmte Regeln aus der Satzung des übergeordneten Verbandes auch für und gegen die Mitglieder des nachgeordneten Vereins gelten sollen. Dies müsse aber – jedenfalls wenn die Vereinsdisziplinargewalt betroffen sei – ausdrücklich geschehen, weil nur so die nötige Transparenz hergestellt werden könne.<sup>35</sup> Es sei Sache des unter Berufung auf die Vereinsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG Vereinsgewalt ausübenden Vereins, seinen insoweit unterworfenen Mitgliedern zu verdeutlichen, welche Rechte und gegebenenfalls Verpflichtungen er im Zusammenhang mit Regeln eines (internationalen) Dachverbandes und bei Regelverstößen gegen seine Mitglieder habe.<sup>36</sup>
- 16 Aus diesen überzeugenden Ausführungen des BGH lassen sich zwei Rückschlüsse ziehen:
  - Wenn schon eine Verweisung auf Statuten übergeordneter Verbände, die auf Vereinsebene Grundentscheidungen betreffen, im Grundsatz zulässig ist, so muss das erst recht für die übrigen Teile der Verbandssatzung oder Nebenordnungen des Verbandes gelten.
  - In jedem Fall sind – insbesondere bei zwingend in der Vereinssatzung zu regelnden Grundentscheidungen – derartige Verweise nur rechtswirksam, wenn insoweit Mindeststandards hinsichtlich Bestimmtheit und Publizität beachtet werden.<sup>37</sup>

33 S. hierzu → IV. Rn. 20–39.

34 BGHZ 212, 70, Rn. 42, 46 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven; zuvor bereits in diesem Sinne *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (262, 264–268) m.w.N.

35 A.A. J. F. *Orth* SpuRt 2017, 9 (13) mit der apodiktischen Feststellung, es gebe „nichts transparenteres und eindeutigeres als die Verweisung auf ein ganzes Rechtssystem eines übergeordneten Verbandes“.

36 A.A. J. F. *Orth* SpuRt 2017, 9 (13), nach dessen Auffassung „für eine hinreichende Strafgrundlage die Konkretisierung durch eine Verweisung auf eine Satzung eines übergeordneten Verbandes ausreicht – wie im Übrigen alle am Sportbetrieb beteiligten Vereine und Verbände dies auch wollen.“ Bemerkenswert ist der Umstand, wie nonchalant hier die Interessen der potentiell zu sanktionierenden Vereinsmitglieder vollständig ausgeblendet werden. Nach einem durchaus verbreiteten Grundverständnis sollten Vereine und Verbände doch eigentlich primär im Interesse ihrer Mitglieder eingerichtet werden und ihnen die Teilnahme am Vereinsleben nicht unnötig erschweren. Damit lässt sich das „Verstecken“ von Disziplinarmaßnahmen gegen Vereinsmitglieder in Satzungen übergeordneter Verbände mittels Verweisungstechnik nicht vereinbaren.

37 Zu einem hins. der Wirksamkeitsvoraussetzungen abgestuften System für die Bindung von Vereinsmitgliedern, aber auch Nichtmitgliedern an die Statuten übergeordneter Verbände s. ausf. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 ff.; gleichfalls differenzierend *Staudinger/Schwennicke* § 25 BGB Rn. 22; im Grundsatz zust., wenngleich in einigen Punkten einen teils deutlich mildernden Wirksamkeitsmaßstab für



Zu der Frage, in welchem Umfang und in welcher Weise die Unterworfenen bei Satzungsverweisungen in deutlicher und bestimmter Weise auf die in Bezug genommen Verbandsstatuten hingewiesen werden müssen, hat sich die Rechtsprechung noch nicht abschließend geäußert. Insoweit ist das Meinungsspektrum im Schrifttum weit gefächert.<sup>38</sup> Eine extreme Rechtsposition geht sogar so weit, dass ein Vereinsmitglied als Regelunterwerfener bei Globalverweisungen in Zweifelsfällen durch Auslegung selbst zu ermitteln habe, welchen konkreten Regelungen es unterworfen sei und welche in Bezug genommenen Vorschriften für seine rechtliche Stellung unerheblich seien.<sup>39</sup> Vereinen sei es „ohne weiteres zumutbar, sich über die anwendbaren Regeln zu informieren.“<sup>40</sup> Was für Sportverbände und große Sportvereine mit einer eigenen Abteilung hochspezialisierter Juristen und einige hochbezahlte Athleten mit einem (allerdings nicht durchweg) juristisch qualifizierten Management vielleicht zutreffen mag, lässt sich auf Sportvereine unterer Hierarchiestufen (wie seinerzeit den SV Wilhelmshaven) und sonstige als Sportler aktive Vereinsmitglieder, die gleichfalls Adressaten der Disziplinarmaßnahmen des Sportvereins oder -verbandes sein können (und oft genug auch sind), nicht übertragen. Die zuvor geschilderte Rechtsauffassung scheint die sportliche Basis und die dort vorherrschenden Rahmenbedingungen insbesondere hinsichtlich (im Regelfall fehlender) juristischer Vorkenntnisse aus dem Blick verloren zu haben ...

In der Sportverbandspraxis macht man sich diesen auf unspezifische Globalverweisungen aufbauenden und zugegebenermaßen praktischen Ansatz noch immer verbreitet mehr oder weniger umfassend sowie stillschweigend zu eigen. Der damit verbundenen Gefahr, dass der Grundsatz der Informationsverschaffungspflicht des Vereins durch eine umfangreiche Informationsbeschaffungsobliegenheit der Regelunterworfenen ausgehöhlt wird,<sup>41</sup> ist der II. Zivilsenat<sup>42</sup> nunmehr mit deutlichen Worten entgegengetreten. Einem Vereinsmitglied könne – jedenfalls soweit die Vereinsdisziplinargewalt betroffen ist – nicht angesonnen werden, nicht nur die Satzung seines Vereins zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich auch noch die Satzung des übergeordneten Verbandes – möglicherweise auch einer dritten Ebene – zu beschaffen und zu lesen.<sup>43</sup> Hier verleiht der BGH Tendenzen, berechnete Informationsinteressen der Vereinsmitglieder hinter die Praktikabilitätsabwägungen der Sportverbände und -vereine in erheblichem Umfang zurück-

Verweisungsklauseln fordernd, J. F. Orth/Pommereening SpuRt 2010, 222 ff. und J. F. Orth/Pommereening SpuRt 2011, 10 ff.

38 S. stellvert. den Überblick bei Heermann ZHR 174 (2010), 250 (264–268) m.w.N.

39 J. F. Orth 174; wesentlich restriktiver Steinbeck 174.

40 J. F. Orth SpuRt 2017, 9 (13).

41 S. hierzu bereits Heermann ZHR 174 (2010), 250 (273 f., 276).

42 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

43 A.A. Orth/Pommereening SpuRt 2010, 222 (224).

treten zu lassen, eine deutliche Absage und stellt zugleich einen Standard für die künftige rechtliche Beurteilung von Satzungsverweisungen auf.

- 19 Unter dem Deckmantel der Verbandsautonomie kann man allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze wie etwa *nulla poena sine lege certa* nicht fast vollständig verschwinden lassen.<sup>44</sup> Wer innerhalb der Sportverbandsstrukturen sanktioniert werden soll, muss von vornherein, d.h. vor dem Vereinsbeitritt, und bei späteren Änderungen der Vereinssatzung unverzüglich und ohne Umwege zumindest ermitteln können, welche Verbandsstatuten für ihn gelten und welche Sanktionen bei Pflichtverstößen drohen. Die Vorstellung, innerhalb von Sportverbandsstrukturen müsse ein Regelunterwerfener insoweit im Zweifel selbst Statuten übergeordneter Verbände, auf die in einer Vereinssatzung pauschal verwiesen wird, durchsuchen, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

#### *bb) Wirksamkeit statischer und dynamischer Satzungsverweisungen*

##### *(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum*

- 20 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Gründen, die für und gegen eine Wirksamkeit dynamischer Verweisungen in Vereins- und Verbandsatzungen sprechen, ist bereits an anderer Stelle erfolgt.<sup>45</sup> Von dynamischen Satzungsverweisungen spricht man, wenn in der Satzung eines Vereins oder Verbandes (V) festgelegt wird, dass die Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) oder zumindest ein Teil der Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) eines übergeordneten Verbandes (ÜV) in ihrer jeweils gültigen Fassung auch für die unmittelbaren Mitglieder des V gelten soll, auch wenn es sich bei diesen lediglich um mittelbare Mitglieder des ÜV handelt. Wenn also die Satzung (Vereins- oder Nebenordnung) des ÜV durch die dortige Mitgliederversammlung (oder das ansonsten zuständige Organ) geändert wird, ändert sich dadurch faktisch automatisch bei V der Satzungsinhalt, ohne dass in der Praxis die Mitgliederversammlung des V darüber noch entscheidet. Bei einer statischen Satzungsverweisung<sup>46</sup> wird in einer Vereinssatzung hingegen auf die Satzung oder die Vereins- oder Nebenordnung eines übergeordneten Verbandes in einer bestimmten Fassung Bezug genommen, so dass sich Änderungen der Verbandsstatuten nicht automatisch auf die Vereinssatzung auswirken.

44 S. indes J. F. Orth SpuRt 2017, 9 (13), der in seiner Kritik an dem Urteil des BGH in dem Verfahren *SV Wilhelmshaven* wenig überraschend auch die aus Verbandssicht beliebte juristische Keule der Verbandsautonomie schwingt: „Indem der Senat den Rahmen für diese Anforderungen [für die Verankerung von Disziplinarmaßnahmen in Vereinssatzungen] überspannt, verkennt er erneut die Verbandsautonomie, [...]“.

45 Heermann ZHR 174 (2010), 250 (253–278) m.w.N.; s. auch Buck-Heeb/Dieckmann 71 f.; Gotta 67 ff.; J. F. Orth 152 ff.; Oschütz 225 ff.

46 S. hierzu stellvertr. PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 309 f.

Die Judikatur hat über die Frage, ob eine Bindung an die Statuten übergeordneter Sportverbände durch Verwendung entsprechender dynamischer Verweisungen in den Satzungen untergeordneter Sportvereine wirksam ist, noch nicht abschließend entschieden. Allerdings hat der BGH<sup>47</sup> bereits Zweifel an der Wirksamkeit anklingen lassen.<sup>48</sup> Argumente gegen die Wirksamkeit entsprechender dynamischer Satzungsverweisungen können aus verschiedenen Umständen abgeleitet werden. Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB bedürfen Änderungen der Satzung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister. Wenn sich nach einer Änderung der mittels dynamischer Satzungsverweisung in Bezug genommenen Verbandssatzung zugleich der Inhalt der Vereinssatzung ändert, unterbleiben regelmäßig entsprechende Einträge im Vereinsregister. Auch stimmt das auf Vereins-ebene zuständige Organ über diese faktischen Satzungsänderungen nicht noch einmal ab.

Die verbreitete Annahme, dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen auf Verbandsstatuten seien bereits wegen Verstoßes gegen § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB *unzulässig*,<sup>49</sup> geht in dieser Allgemeinheit fehl. Vernachlässigt wird dabei der Umstand, dass die genannte Norm lediglich ein konstitutives Formerfordernis für die *Wirksamkeit* (und gerade nicht für die *Zulässigkeit*) von solchen Satzungsänderungen darstellt, die zwingend einer Beschlussfassung durch die Mitgliederversammlung bedürfen. Dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen auf Verbandsstatuten sind ebenso wie statische Verweisungen vielmehr grundsätzlich zulässig, müssen jedoch – wie nachfolgend darzulegen sein wird – bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllen.<sup>50</sup> Bedenklich ist aber auch die Gegenauffassung, die § 71 BGB mehr oder weniger ausblendet.<sup>51</sup> Danach erscheine die enge Auslegung des § 71 BGB, die eine dynamische Verweisung hindere, „als ungeeignete, jedenfalls nicht erforderliche und mithin unverhältnismäßige Einschränkung der Vereinigungsfreiheit, die im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG zu korrigieren“ sei. Sicherlich ist diskussionswürdig, ob § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB angesichts der bereits verbreiteten Digitalisierung und ständigen Online-Verfügbarkeit von Verbandsstatuten noch zeitgemäß ist. Jedoch hat der Gesetzgeber trotz der jahrzehntelangen Diskussion zur rechtlichen Wirksamkeit dynamischer Satzungsverweisungen die Gesetzesvorschrift unverändert gelassen, ja nicht einmal eine ent-

47 BGH NJW-RR 1989, 376 (378); BGHZ 128, 93 (100) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

48 S. sogleich → IV. Rn. 23–26; a.A. Gotta 75 f., 79; J. F. Orth 157 ff.; Stopper/Lentzel/Koch Kap. 28 Rn. 4 f.

49 Vgl. stellvertr. PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 311; insoweit gleichfalls Bedenken äußernd PHB VereinsR/Schneider § 2 Rn. 161.

50 Grundl. zu dieser Differenzierung Heermann ZHR 174 (2010), 250 (259 ff.); ebenso zuletzt Gotta 73 ff., 139 ff.

51 S. stellvertr. Bachmann 311; J. F. Orth 173; für eine teleologische Reduktion der Vorschrift Adolphsen 85; Gotta 147 ff.

sprechende inhaltliche Anpassung in Erwägung gezogen. Vor diesem Hintergrund vermag auch der allgemeine Verweis auf die Beeinträchtigung der Verbandsautonomie die Gesetzesvorschrift § 71 Abs. 1 BGB nicht faktisch außer Kraft zu setzen, zumal dann auf diese Weise mit leichter Hand auch weitere – von Sportverbänden als ungeeignet und unverhältnismäßig empfundene – gesetzliche Einschränkungen „korrigiert“ werden könnten.

- 23 Gewisse Orientierungspunkte für die rechtliche Bewertung dynamischer Satzungsverweisungen hat zuletzt der BGH in seinem *SV Wilhelmshaven*-Urteil geliefert. Auf die Rechtsfrage ihrer rechtlichen Wirksamkeit brauchte der II. Zivilsenat aber nicht einzugehen, weil es im konkreten Fall hinsichtlich der durch Verweisung in Bezug genommenen Disziplinarmaßnahmen des übergeordneten Sportverbandes in jedem Fall an einem insoweit erforderlichen, ausdrücklichen, bestimmten und transparenten Hinweis in der Vereinssatzung gefehlt hatte.<sup>52</sup> So konnte sich der Senat auf die Feststellung beschränken,<sup>53</sup> auf die Frage, ob eine sog. dynamische Verweisung auf die Satzung des in der Verbandspyramide übergeordneten Verbandes wirksam wäre, komme es nach alledem für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.
- 24 Auch wenn der BGH damit die erwähnte Rechtsfrage nicht beantwortete, so lassen sich aus seiner Stellungnahme doch zwei für die weitere wissenschaftliche Diskussion sowie für die Praxis der Sportverbände hinsichtlich Satzungsverweisungen bedeutsame Rückschlüsse ziehen:
- 25 – Durch die Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung macht der II. Zivilsenat deutlich, dass er Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit (nicht jedoch an der Zulässigkeit) der Verwendung von dynamischen Satzungsverweisungen sowohl in Vereinssatzungen<sup>54</sup> als auch in rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen<sup>55</sup> zwischen Athleten und Vereinen/Verbänden (z.B. in Regelanerkennungs- und Lizenzverträgen) hegt.<sup>56</sup>
- 26 – Wenn damit bereits bei statischen Verweisen zwischen deren Verwendung einerseits und deren Rechtswirksamkeit im konkreten Fall andererseits unterschieden wird, muss diese Zweiteilung im Grundsatz erst recht für dynamische Satzungsverweisungen gelten. Denn bei einem Verweis auf die jeweilige Fassung der Statuten übergeordneter Verbände ist das Schutzbedürfnis der

52 → IV. Rn. 8–19 m.w.N. Für Zulässigkeit zumindest bei Dopingregeln *Kotzenberg* 39 ff.; ähnl. *Adolphsen* 72 ff.; für generelle Zulässigkeit *Bachmann* 308–313.

53 BGHZ 212, 70, Rn. 4 = NJW 2017, 402 – *SV Wilhelmshaven*.

54 Eine solche Konstellation betraf BGH NJW-RR 1989, 376 (378).

55 Ein solcher Fall lag BGHZ 128, 93 (100) = NJW 1995, 583 (585) – *Reiterliche Vereinigung* zugrunde.

56 In diesem Sinne die genannten BGH-Entscheidungen deutend *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (254–256); a.A. *J. F. Orth* 158 f.; *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (14); *J. F. Orth/Pommerening* SpuRt 2011, 10.

Regelunterworfenen keineswegs geringer als bei der Verwendung statischer Verweisungsklauseln.

## (2) Praktische Hinweise

Was bedeutet dies nun für die praktische Gestaltung von Vereins- und Verbandsstatuten, bei der man auf Verweisungen auf die Statuten übergeordneter Sportverbände kaum vollständig verzichten können? Hier sei ein bereits an anderer Stelle entwickelter Vorschlag<sup>57</sup> zum praktischen Umgang mit dieser komplizierten Rechtsproblematik unterbreitet. Dabei ist in zwei Schritten vorzugehen:

### 1. Schritt:

Bei der rechtlichen Bewertung dynamischer Verweisungsklauseln in Vereinssatzungen ist zunächst in folgender Weise zu differenzieren, wobei zwischen der Vereinssatzung auf der unteren Hierarchieebene und der Verbandssatzung auf der übergeordneten Hierarchieebene zu unterscheiden ist:

- Wenn sich die dynamische Verweisung auf Vorschriften der Verbandssatzung bezieht, die auf der Ebene des Vereins unabdingbar dessen Regelungsgewalt unterliegen (z.B. Grundlagenentscheidungen des Vereins<sup>58</sup>), bedarf es zwingend einer Mitwirkung und Zustimmung der Mitgliederversammlung des Vereins.
- Soweit sich die dynamische Verweisung auf Regelungen der Verbandsstatuten, die auf der Ebene des Vereins zum Gegenstand einer Vereins- oder Nebenordnung gemacht werden können (z.B. Spielregeln), oder auf Regelungen bezieht, für die der Verein aus rechtlichen oder faktischen Gründen keine Regelungsgewalt hat (z.B. Gesetzesvorschriften), bedarf es keiner Mitwirkung der Mitgliederversammlung des Vereins.

### 2. Schritt:

Nach erforderlicher Mitwirkung der Mitgliederversammlung des Vereins in der erstgenannten Konstellation und im Falle des Fehlens eines solchen Mitwirkungserfordernisses ist sodann zu prüfen, ob die dynamische Verweisung in der Vereinssatzung gegenüber den Vereinsmitgliedern *rechtswirksam* ist. Hierzu müssen in beiden Konstellationen zwingend und kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

<sup>57</sup> Heermann ZHR 174 (2010), 250 (277 f.).

<sup>58</sup> A.A. Gotta 122–128. Gegen eine solche Differenzierung Poth 196 f., da nicht immer klar abgrenzbar sei, ob Grundsatzentscheidungen betroffen seien, was in einigen Fällen zu einer Rechtsunsicherheit führe. Letztgenannte Auffassung ist zweifelhaft; zum weitgehend unumstrittenen Meinungsstand hins. vereinsrechtlicher Grundlagenentscheidungen s. stellvertr. MüKo-BGB/Leuschner § 32 BGB Rn. 3 m.w.N.

- 32 – Die in die Vereinssatzung inkorporierten Verbandsregelungen müssen bestimmt sein.<sup>59</sup> Danach darf für unmittelbare Vereinsmitglieder die Ermittlung der Verbandsregelung, auf die letztlich mittels einer dynamischen Verweisung in einer Vereinssatzung Bezug genommen werden soll, nicht in unzumutbarer Weise (etwa durch nicht nachvollziehbare Verweisungskonstellationen oder unübersichtliche Globalverweisungen) unangemessen erschwert werden. Zudem müssen die inkorporierten Regelungen für die Adressaten verständlich sein, andernfalls kann bei Sanktionsnormen ein das Verschulden ausschließender Verbotsirrtum vorliegen.
- 33 – Darüber hinaus bedürfen die mittels dynamischer Verweisungsklauseln in Vereinssatzungen inkorporierten Verbandsregelungen der Publizität.<sup>60</sup> Hierbei ist in folgender Weise zu differenzieren:
- 34 – Sofern Grundentscheidungen betroffen sind, die mittels Satzungsänderung zwingend in der Vereinssatzung geregelt werden müssen, ist das konstitutive und nicht zur Disposition der Vereinsmitglieder stehende Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten. Andernfalls entfaltet die dynamische Verweisung in der Vereinssatzung grundsätzlich keine Rechtswirkung. Indes kommt eine Umdeutung in eine an sich zulässige statische, auf den Zeitpunkt der Schaffung der Klausel bezogene Verweisung in Betracht, sofern seinerzeit das Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB eingehalten wurde.
- 35 – In den übrigen Fällen – also bei Regelungen, die in rechtlich zulässiger Weise zum Gegenstand einer Vereins- oder Nebenordnung gemacht worden sind, oder bei Regelungen, für die der Verein keine Regelungsgewalt hat – kann die für die Wirksamkeit der betreffenden Regelungen erforderliche Publizität in weniger strenger und formalisierter Form hergestellt werden. Ausreichend ist die Bereitstellung der betreffenden Regelungen durch den Verein in schriftlicher Form oder zum Download im Internet. Im Falle der Unwirksamkeit der dynamischen Verweisung in der Vereinssatzung wegen unzureichender Publizität ist die dynamische Verweisung in eine statische Verweisung umzudeuten. Maßgeblich ist sodann der Zeitpunkt, in dem letztmalig mittels dynamischer Verweisung Verbandsregelungen in rechtswirksamer Weise zum Gegenstand der Vereinssatzung gemacht wurden.

<sup>59</sup> Zu den Details s. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (264–268); vgl. auch *Gotta* 139 ff., die teils einen großzügigeren Maßstab anlegt.

<sup>60</sup> Zu den Details s. *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (268).

(3) *Rechtslage in der Schweiz*

Das schweizerische Zivilrecht stellt für Satzungsänderungen keine gesetzlichen 36  
Wirksamkeitserfordernisse auf, die mit denjenigen des § 71 Abs. 1 BGB ver-  
gleichbar wären. Nach Art. 61 ZGB sind einer Anmeldung des Vereins zum Han-  
delsregister die Statuten und das Verzeichnis der Vorstandsmitglieder beizufügen.  
Satzungsänderungen werden dem Handelsregister nicht mitgeteilt. Somit bedürfen  
in der Schweiz Satzungsänderungen – seien sie durch einen formalen Be-  
schluss der Mitgliederversammlung oder durch dynamische Verweisungen in der  
Vereinssatzung veranlasst – zu ihrer Wirksamkeit keiner Eintragung in ein Ver-  
eins- oder Handelsregister.

Im Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass bei dynamischen Satzungsver- 37  
weisungen die Mitgliedschaft des Vereins im Dachverband und die Geltung der  
Statuten des Dachverbandes für die Vereinsmitglieder in den Vereinsstatuten fest-  
gehalten werden müssten.<sup>61</sup> Diesen Ansatz hat *Philipp* konkretisiert.<sup>62</sup> So spreche  
nichts gegen einen globalen Verweis auf die jeweils aktuellen Satzungen des Ver-  
bandes, sofern diese für die einzelnen Sektionsmitglieder jederzeit einsehbar sei-  
en; etwas anderes gelte erst, wenn sich ein Vereinsmitglied über den Inhalt der  
Verbandssatzung nicht mit vernünftigen Aufwand Kenntnis verschaffen könne.<sup>63</sup>  
Zum Ausgleich für die eingeschränkten Mitwirkungsmöglichkeiten eines Athle-  
ten bei dynamischen Satzungsverweisungen sei seinem individuellem Schutz mit  
Hilfe der Persönlichkeitsrechte Rechnung zu tragen; zögen Änderungen der Ver-  
bandsstatuten einen widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit nach sich, so  
könne sich der Betroffene über Art. 28 ZGB (Schutz der Persönlichkeit gegen  
Verletzungen) bzw. Art. 75 ZGB (Schutz der Mitgliedschaft) zur Wehr setzen.<sup>64</sup>

Die staatliche Judikatur hat sich in der Schweiz – soweit ersichtlich – noch 38  
nicht ausdrücklich mit der Wirksamkeit dynamischer Satzungsverweisungen be-  
fasst, sondern ist in Streitfällen, denen diese Verweisungstechnik im Hinblick  
auf die streitgegenständliche Sanktionsnorm zugrunde lag, stillschweigend von  
deren Wirksamkeit ausgegangen.<sup>65</sup> Im Jahr 2013 hat sich jedoch der CAS im  
Verfahren *SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas* mit der Frage der  
Zulässigkeit und Wirksamkeit von mehrgliedrigen Satzungsverweisungen, sog.  
Kaskadenverweisungen, und dynamischen Satzungsverweisungen befassen müs-  
sen. Hinsichtlich beider Konstellationen wurde im konkreten Fall die Wirksam-

61 *Netzele* 212; ähnl. *Baddeley* 106; *Bodmer* 105; *Zen-Ruffinen* 133.

62 *Philipp* 112 f.

63 So auch SchweizBG BGE 77 II, 154 (156) hins. der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedin-  
gungen bei einem Speditionsvertrag.

64 Ausf. zu diesem persönlichkeitsrechtlichen Ansatz *Philipp* 38 ff.

65 S. etwa SchweizBG 4A\_60/2008 hins. des Verweises auf Statuten der FIFA in der Satzung der Swiss  
Football League (SFL).

keit bejaht. Die insoweit relevanten Entscheidungsgründe des Schiedsspruchs<sup>66</sup> seien hier im Wortlaut wiedergegeben, da sie eine rechtliche Grundeinstellung des CAS spiegeln. Zudem belegen sie eindrucksvoll, wie sehr sich die Rechtslage von derjenigen in Deutschland unterscheiden kann, wenn man – wie im konkreten Schiedsverfahren – den Rechtsstreit primär auf der Basis der einschlägigen FIFA-Regelungen und ergänzend des schweizerischen Rechts<sup>67</sup> entscheidet:

- „54. The Sole Arbitrator first deals with the argument of the Appellant, according to which there is no relation between the Appellant and FIFA, since the Appellant is not a member of FIFA and did not submit to the latter’s sanctioning power. The Sole Arbitrator also notes that the Appellant argues that even if there is a reference to FIFA’s regulations, this would constitute an illegal *‘dynamic reference’* to FIFA’s rules and regulations.
55. In this respect, the Sole Arbitrator notes that the Appellant is, as a member of the NFV, affiliated to the DFB and bound by the latter’s rules and regulations (*cf.* para. 3 of the Statutes of the NFV). The DFB, in turn, is a member of FIFA and therefore bound by FIFA’s rules and regulations (art. 13 para. 1 lit. a of the FIFA Statutes). In addition, as a member of FIFA, the DFB has the obligation to ensure that its own (direct or indirect) members, *i.e.*, *inter alia*, the Appellant, comply with the Statutes, regulations, directives and decisions of FIFA bodies (art. 13 para. 1 lit. d of the FIFA Statutes). Accordingly, pursuant to § 3 para. 1 of the Statutes of the DFB, the latter’s members are bound by the regulatory provisions enacted by FIFA. This concept is generally known, on the one hand, as an *‘indirect reference’* to the rules and regulations of an international federation: a club is a member of its national (or regional) federation and therefore bound by the applicable national regulations, while these regulations, *inter alia*, refer to the applicable international regulations and declare these regulations equally binding on a club at national level. As a result, the club is, on the basis of its (direct or indirect) membership with the national federation, also bound to the applicable international regulations (see HAAS/MARTENS, Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis, p. 67 *et seq.*<sup>68</sup>).
56. On the other hand, another aspect of this concept is generally known as a *‘dynamic reference’*: the applicable regulations generally refer to higher-ranking (or international) regulations in their currently applicable version, so that all athletes and clubs are always and equally bound to the most current version of the respective regulations (*cf.* CAS 2009/A/1931, para. 8.8).
57. The Sole Arbitrator is of the view that these concepts constitute one of the main pillars of sport in a structure based on the pyramid structure of regional, national and international sports federations, and that both the indirect and dynamic reference are necessary to ensure that all participants to national and international

66 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 54–58 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

67 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 38 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

68 Bei dem einzigen Verweis auf das Schrifttum zu den umstrittenen Rechtsfragen nimmt der Einzelschiedsrichter am CAS auf zwei dort tätige langjährige Kollegen Bezug. Bei dem zitierten Werk aus dem Jahr 2012, dessen Autoren zu den prominentesten Schiedsrichtern mit überdurchschnittlich vielen Verfahren am CAS zählen bzw. zählten (Dirk-Reiner Martens verstarb am 12.11.2019), handelt es sich, wie der Titel verspricht, um eine Einführung in die Praxis des Sportrechts – nicht mehr und nicht weniger. Eine krit. Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand im wissenschaftlichen Schrifttum zu konkreten, umstrittenen Rechtsfragen sucht man dort vergeblich.



sports are bound to the same set of rules. As a consequence, these principles, not least, safeguard the equal regulatory treatment of all participants in sporting competitions (cf. CAS 2007/A/1370 & 1376; CAS 2008/A/1575 & 1627; CAS 2009/A/1817 & 1844; see also Circular n°1080 issued by FIFA on 13 February 2007).

58. Therefore, and in view of the fact that the Appellant did not bring forward convincing arguments as to why these fundamental principles should be put into question, the Sole Arbitrator concludes that the Appellant is validly bound to the rules and regulations of FIFA. As a consequence, the Sole Arbitrator holds that, at least in principle, there has been a valid regulatory basis to impose a sanction on the Appellant, *i.e.* the FIFA Disciplinary Code.“

Diese rechtliche Einschätzung des CAS, die den praktischen Interessen der Sportverbände sehr weit entgegenkommt, ist durchaus stringent und schlüssig. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem wissenschaftlichen Schrifttum fehlt, was aber auch einem insoweit unzureichenden Klägervortrag geschuldet gewesen sein kann. Dass nach deutschem Recht dynamische Satzungsverweisungen als unwirksam einzustufen sein könnten,<sup>69</sup> konnte ausgeblendet werden, weil ergänzend zu den FIFA-Statuten eben nicht deutsches, sondern schweizerisches Zivilrecht zur Anwendung kam.

#### cc) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht

Das Verfahren *SV Wilhelmshaven* ist aus rechtsvergleichender Perspektive bemerkenswert, weil auf der einen Seite der BGH<sup>70</sup> und auf der anderen Seite der CAS<sup>71</sup> über einen nahezu identischen Sachverhalt, wenngleich über unterschiedliche Streitgegenstände auf der Grundlage zum einen des deutschen und zum anderen – zumindest ergänzend – des schweizerischen Rechts zu entscheiden hatten. Eine solche Konstellation ist überaus selten. Sie führt vorliegend deutlich vor Augen, wie unterschiedlich nicht nur die zwar am konkreten Streitgegenstand orientierte, letztlich aber eher dogmatisch geprägte Herangehensweise des BGH und der primär praxisorientierte, auf eine zügige Einzelfallentscheidung gerichtete Zugriff des CAS sowie die daraus resultierenden rechtlichen Ergebnisse sein können. Der Umstand, dass der CAS seine Entscheidung im Gegensatz zum BGH nicht auf deutsches Recht stützen konnte, folgt daraus, dass in einem Verfahren vor einem echten (Sport-)Schiedsgericht die Parteien das im konkreten Verfahren anwendbare Recht festlegen können. So heißt es in der Entscheidung:<sup>72</sup>

„38. Pursuant to Article 66 para. 2 of the FIFA Statutes, ‘CAS shall primarily apply the various regulations of FIFA and, additionally, Swiss law’. As a consequence, the

69 → IV. Rn. 8–35.

70 BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

71 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas. Der deutsche Fußballclub hatte darauf verzichtet, ein Rechtsmittelverfahren vor dem SchweizBG durchzuführen.

72 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 38 – SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas.

FIFA regulations will be applied primarily, and Swiss Law shall apply complementarily (cf. CAS 2011/A/2484, paras. 20 *et seqq.*).“

- 41 Da es im schweizerischen Zivilrecht kein Äquivalent für die Wirksamkeitsvoraussetzung gem. § 71 Abs. 1 BGB gibt, liegt es nahe, dass der CAS letztlich der Wirksamkeit von mehrstufigen Satzungsverweisungen im Allgemeinen und dynamischen Satzungsverweisungen im Besonderen wesentlich offener als der BGH gegenüberstehen konnte. Indes hält der CAS – wie auch das in diesem Kontext im Schiedsspruch nicht erwähnte, einschlägige Schrifttum<sup>73</sup> – mehrgliedrige Satzungsverweisungen nicht *per se* für rechtswirksam. Vielmehr verbleibt nach schweizerischem Recht denjenigen, die sich auf die Unwirksamkeit der Satzungsverweisung berufen, die Möglichkeit, überzeugende, gegen die Rechtswirksamkeit sprechende Gründe vorzubringen (Rn. 58: „convincing arguments as to why these fundamental principles should be put into question“) und im Zweifel nachzuweisen. Gerade dies dürfte jedoch insbesondere bei einer lückenlosen Kette von Satzungsverweisungen schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein, weil die durch Verweisung jeweils in Bezug genommenen Statuten eines übergeordneten Sportverbandes regelmäßig problemlos zur Kenntnis genommen werden können. Insoweit dürfte für Regelungsunterworfenen aus Europa, Nordamerika, Australien und zumindest aus weiten Teilen Asiens und Süd- und Mittelamerikas sowie schließlich aus einzelnen Ländern Afrikas (z.B. Südafrika) eine englische Sprachfassung ausreichen.
- 42 Deutlich schwerer wiegt ein weiterer Unterschied zwischen den von BGH und CAS verfolgten Ansätzen. Nach deutschem Recht sind die das Vereinsleben bestimmenden Grundlagenentscheidungen, zu denen auch Disziplinarmaßnahmen zählen, unmittelbar in der Satzung desjenigen Vereins oder Verbandes zu regeln, in dem das zu sanktionierende Vereinsmitglied unmittelbares Mitglied ist, oder aber es muss ein klarer und verständlicher Verweis auf die konkreten Sanktionsnormen in den Statuten des übergeordneten Verbandes erfolgen. Hier verwirklicht sich ein nach deutschem Rechtsverständnis unabdingbares Mindestmaß an Schutzvorkehrungen zugunsten der unmittelbaren und mittelbaren Vereins- und Verbandsmitglieder.<sup>74</sup> Diesen gegenüber stuft der CAS die praktischen Bedürfnisse der Sportverbände als höherwertig ein (Rn. 57: „necessary to ensure that all participants to national and international sports are bound to the same set of rules“).
- 43 Die für alle Rechtsstreitigkeiten zwischen Vereinen oder Verbänden und ihren regelungsunterworfenen (un)mittelbaren Mitgliedern vorentscheidende Frage, ob letztere wirksam an die Verbandsstatuten gebunden worden sind, wird vom CAS

73 → IV. Rn. 36–39, 63 f., jew. m.w.N.

74 → IV. Rn. 8–19 m.w.N.

tendenziell also sehr verbandsfreundlich entschieden. Nicht nur dieser überaus praxisrelevante rechtliche Aspekt, sondern etwa auch die höhere Bereitschaft des CAS, Entscheidungen auf der Basis der vergleichsweise flexibel auslegbaren *lex sportiva*<sup>75</sup> zu fällen, sowie die geringe Neigung des SchweizBG, Entscheidungen des CAS im Rechtsmittelverfahren aufzuheben, tragen zur hohen Attraktivität der Schweiz als Sitz internationaler Sportverbände und des internationalen Sportschiedsgerichts CAS bei.<sup>76</sup>

Bereits an dieser Stelle sei, wie auch noch wiederholt in späteren Abschnitten,<sup>77</sup> 44 festgestellt, dass der nach deutschem Recht gewährte Schutz von Mitgliedern in Sportvereinen und -verbänden im internationalen Vergleich nicht das Maß aller Dinge darstellt. Natürlich kann man das Schutzniveau in einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestalten, d.h. entweder tendenziell eher verbandsfreundlich oder aber weniger verbandsfreundlich und dafür mit einem relativ hohen Schutzniveau für die Mitglieder. Etwas anderes gilt, soweit auf supranationaler Ebene gewisse rechtliche Mindeststandards festgelegt sind (was im Hinblick auf die vorliegende Rechtsproblematik nicht der Fall ist). Zu denken ist hierbei etwa an die EMRK oder EU-Richtlinien,<sup>78</sup> die jedoch nur für die Unterzeichnerstaaten oder die Mitgliedstaaten oder sonstige, auf vertraglicher Grundlage hieran gebundene Staaten gelten und damit im Zweifel nicht weltweit. Das unterschiedliche Schutzniveau von Vereins- und Verbandsmitgliedern kann man je nach persönlicher Betroffenheit und Überzeugung entweder eher beklagen oder begrüßen. In einem gewissen Umfang wird es letztlich aber unvermeidbar bleiben.

An dieser Stelle bereits kann allenfalls ein anderes, kurz- und mittelfristig kaum 45 behebbares faktisches Defizit angedeutet werden: Sportverbände können erfahrungsgemäß wesentlich besser die mit Verfahren vor dem CAS, die nicht zwingend, aber zumeist nach Grundsätzen der *lex sportiva* und ergänzend nach schweizerischem Zivilrecht entschieden werden, für sie verbundenen rechtlichen Vorteile einschätzen als zumindest die Athleten die sich für sie daraus möglicherweise ergebenden rechtlichen Nachteile.

75 → II. Rn. 16–22 m.w.N.

76 → IV. Rn. 83–89, 316–325, jew. m.w.N.

77 → IV. Rn. 220–250.

78 Eine mehrstufige Verweisungstechnik in Verbraucherkreditverträgen im Sinne der EU-RiLi 2008/48 als Verletzung des EU-Rechts einstufend zuletzt EuGH ECLI:EU:C:2020:242, Rn. 44 = NJW 2020, 1423 – JC/Kreissparkasse Saarlouis: „Verweist aber ein Verbrauchervertrag hinsichtlich der Informationen, die nach Art. 10 der Richtlinie 2008/48 anzugeben sind, auf bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts, so kann der Verbraucher auf der Grundlage des Vertrages weder den Umfang seiner vertraglichen Verpflichtung bestimmen noch überprüfen, ob der von ihm abgeschlossene Vertrag alle nach dieser Bestimmung erforderlichen Angaben enthält, und erst recht nicht, ob die Widerrufsfrist, über die er verfügen kann, für ihn zu laufen begonnen hat.“

- c) Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag, Nominierungsvertrag, Lizenzvertrag

aa) Allgemeines

- 46 Durch eine Unterwerfung unter die Vereins- und Verbandsatzung können allein (un)mittelbare Mitglieder an die Verbandsstatuten gebunden werden.<sup>79</sup> Vielfach besteht aber insbesondere im Hinblick auf die Durchführung von einzelnen oder einer Serie von Sportveranstaltungen ein Bedürfnis, dass ein Sportverein oder -verband als Eventveranstalter Dritte oder aber die (un)mittelbaren Mitglieder über die mitgliedschaftliche Unterwerfung hinaus durch individuell abzuschließende Verträge an die Verbandsstatuten bindet. Die dabei abzuschließenden Verträge werden als Athletenvereinbarung, Regelanerkennungsvertrag, Nominierungsvertrag oder Lizenzvertrag bezeichnet, teilweise werden sie auch Teilnahmevertrag, Athletenpass, Aktivenerklärung o.Ä. genannt.<sup>80</sup> Umstritten ist, ob es sich bei einem solchen Vertrag jeweils um ein mitgliedschaftsähnliches Verhältnis oder ein Schuldverhältnis eigener Art handelt,<sup>81</sup> was hier nicht vertieft zu werden braucht.
- 47 Der BGH ist in seinem Urteil *Reiterliche Vereinigung* von der Notwendigkeit und Zulässigkeit solcher Verträge ausgegangen. Nach dem Herausarbeiten der zentralen Bedeutung einer einheitlichen Anwendung einschlägiger Sport- und Wettkampfordnungen für den Sport, die auch die Androhung von Sanktionen und deren Vollzug im Falle der Regelverletzung umfassen, hat der II. Zivilsenat festgestellt, dass das Aufstellen und Durchsetzen derartiger Statuten nur von den übergeordneten Verbänden, insbesondere Landes- und Spitzenverbänden bewältigt werden könne.<sup>82</sup> Zwar fehlten bei nicht vereinsgebundenen Sportlern mittelbare Mitbestimmungsmöglichkeiten, aber ebenso wie bei vereinsgebundenen Sportlern werde das Interesse an einem sachlich angemessenen Inhalt der auch ihnen gegenüber Verbindlichkeit beanspruchenden Verbandsordnungen dadurch ausreichend geschützt, dass die Rechtsprechung vereinsrechtliche Regelwerke „sozialmächtiger“ Verbände auf ihre inhaltliche Angemessenheit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB)<sup>83</sup> sowohl im Hinblick auf die Beziehungen zu Mitgliedern als auch zu Nichtmitgliedern überprüfe.<sup>84</sup> Eine Beeinträchtigung der Nichtmitglieder sei mit einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB nicht verbunden, weil an die Angemessenheit sportlicher Verbandsnormen, wel-

79 → IV. Rn. 8–45.

80 Ausf. hierzu *Reimann* 40 ff.; s. zuletzt Cherkel/Momsen/Orth/J. F. Orth 2. Kap. Rn. 172 ff.

81 *Andexer* 101 ff.; *Görtz* 159; J. F. Orth 185 f.; *Steinle* in *Steinle*, 2013, 9 (29).

82 BGHZ 128, 93 (96, 99) = NJW 1995, 583 (584 f.) – *Reiterliche Vereinigung*.

83 → III. Rn. 44–59.

84 BGHZ 128, 93 (101) = NJW 1995, 583 (585) – *Reiterliche Vereinigung*.

che die Beziehungen zu externen Sporttreibenden regelten, kein weniger strenger Maßstab anzulegen sei als bei Anwendung des AGB-Gesetzes (heute: §§ 305 ff. BGB) oder bei der Inhaltskontrolle von Normen, durch die der Verband die Beziehungen zu seinen Mitgliedern ordne.<sup>85</sup> Aus rechtlicher Sicht beständen damit keine Bedenken grundsätzlicher Art gegen Regelunterwerfungsverträge zwischen Sportverbänden und Nichtmitgliedern.<sup>86</sup>

*bb) Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung*

Folgendes *obiter dictum* des BGH in der Entscheidung *Reiterliche Vereinigung*<sup>87</sup> 48 hat Anlass zu der Frage<sup>88</sup> gegeben, ob Nichtmitglieder oder mittelbare Mitglieder angesichts des Massensports sich anstelle eines ausdrücklichen Vertragsabschlusses auch durch die bloße Sportausübung und Nutzung von Einrichtungen des Verbandes dessen Regelwerk unterwerfen können (Hervorhebungen durch Verfasser):

„Die den übergeordneten Sportverbänden damit zufallenden Aufgaben sind mit verbandsinternen rechtlichen Mitteln allein nicht zu lösen. Wollten sich die Fachverbände des Sports darauf beschränken, die Anerkennung ihrer Regelwerke einschließlich der darin enthaltenen Sanktionenkataloge für Regelverstöße und der sie ergänzenden Verfahrensordnungen nur von ihren Mitgliedern zu fordern, so müßten alle aktiven Sportler Mitglieder dieser Verbände sein. Eine solche Lösung liegt für die betroffenen Sportverbände schon angesichts der großen Zahl der in ihnen zusammengeschlossenen aktiven Sportler – allein im Bereich des Dachverbandes des Beklagten sind dies ca. 620.000 Pferdesportler – äußerst fern. Jedenfalls widerspricht sie der historisch gewachsenen Organisationsform des deutschen Sports, dessen Verbände nahezu ausnahmslos keine Einzelmitgliedschaften gewähren. [...] Die Existenzberechtigung der von den Landes- und Spitzenverbänden entwickelten Sportordnungen und ihr allgemeiner Geltungsanspruch auch und gerade gegenüber diesen Sport betreibenden Nichtmitgliedern der betreffenden Verbände einschließlich der in den maßgebenden Sportordnungen enthaltenen Sanktionskataloge für Regelverletzungen und der zu ihrer Durchsetzung unabdingbar erforderlichen internen Disziplinargerichtsbarkeit folgt [sic] damit, soweit die sportliche Aktivität des einzelnen über den Rahmen rein privater sportlicher Betätigung hinausgeht, unmittelbar aus der Sportausübung unter den sie heute prägenden Gegebenheiten.“

Wenn etwa weder eine schriftliche Anmeldung zu einem Wettkampf noch eine 49 wirksame Lizenz vorliegen, könnte allein in einer bloßen Teilnahme an einer Veranstaltung oder in einer Nutzung von Einrichtungen eine konkludente Unterwerfung unter das Verbandsregelwerk während und auch außerhalb des Wett-

85 BGHZ 128, 93 (101) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

86 BGHZ 128, 93 (103) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

87 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung unter Bezugnahme auf *Lindemann* SpuRt 1994, 17 (21).

88 Ausf. hierzu bereits *Heermann* NZG 1999, 325 (330 f.) m.w.N. zum damaligen Meinungsstand.

kampfs zu sehen sein.<sup>89</sup> Allerdings bedarf eine daraus resultierende Bindung der Nichtmitglieder oder (un)mittelbaren Mitglieder an Verbandsregeln einer rechtlichen Verankerung in der Rechtsgeschäftslehre. Nur auf diese Weise können Vorhersehbarkeit und zuverlässige Bestimmbarkeit der Eingriffsbefugnisse des Verbandes gewährleistet werden. So ist nicht ausgeschlossen, dass es aufgrund der bloßen Teilnahme an einem Sportwettkampf zum konkludenten Abschluss eines individuellen Teilnahmevertrages kommt.<sup>90</sup> Es darf indes bezweifelt werden, dass ein Sportler in solchen Konstellationen regelmäßig ausdrücklich oder auch nur konkludent auf die Verbandsstatuten hingewiesen wird und – falls doch – derart sensibilisiert diese sodann in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen kann. Zudem wird derjenige, der ohne Mitgliedschaft in einem Sportverband sowie ohne ausdrücklichen Abschluss eines Teilnahme- oder gar Regelanerkennungsvertrages an einem Sportwettkampf teilnimmt, kaum einen Rechtsbindungswillen hinsichtlich bestimmter satzungsrechtlicher Verpflichtungen besitzen.<sup>91</sup>

- 50 Damit ist eine Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung durch Abschluss eines konkludenten Teilnahmevertrages zwar theoretisch denkbar. Ein solcher stillschweigender Vertragsabschluss wird aber zumeist am Fehlen eines entsprechenden und im Zweifel auch nachweisbaren Rechtsbindungswillens hinsichtlich bestimmter statutarischer Verpflichtungen scheitern. Eine solche konkludente Unterwerfung durch Sportausübung mag in einer extremen Ausnahmesituation einmal vorliegen. Indes sollte das oben zitierte *obiter dictum* des BGH im Urteil *Reiterliche Vereinigung* (dem ausdrücklich abgeschlossene Lizenzverträge zugrunde lagen, so dass es für die Entscheidung auf die Rechtsfigur der konkludenten Unterwerfung durch Sportausübung nicht ankam) nicht überinterpretiert und zu einem allgemeinen Auffangtatbestand aufgewertet werden,<sup>92</sup> der im Falle ausdrücklich abgeschlossener, aber (teilweise) rechtlich unwirksamer Regelanerkennungsverträge o.Ä. generell zwecks Füllung der entstandenen Rechtslücke angenommen werden kann.<sup>93</sup> Die Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre können auch nicht kurzerhand mit den Bezugnahmen des BGH<sup>94</sup> auf die „historisch gewachsene Organisationsform des deutschen Sports, dessen

89 So Haas/Adolphsen NJW 1995, 2146 (2147 f.) unter Beschränkung auf eine leistungsorientierte Sportausübung; Lindemann SpuRt 1994, 17 (21 f.); Lukes, FS H. Westermann, 1974, 325 (333).

90 S. stellvertr. Heermann ZIP 2017, 253 (257); so zuletzt auch Opfermann 62 f.

91 Seyb 47.

92 In der Grundtendenz a.A. J. F. Orth 181 ff.; i.Erg. wie hier PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 308, 317 f.

93 S. auch PHB SportR/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 34. Danach sei zu überlegen, ob nicht das von den (inter)nationalen Sportverbänden gesetzte Regelwerk für alle im Rahmen des Verbandes aktiven Sportler unabhängig von ihrer rechtsgeschäftlichen Zustimmung verbindlich sei und der wesentliche Schutz der berechtigten Interessen der Sportler durch eine inhaltliche Kontrolle zu gewährleisten sei. Dabei schwebt Pfister/Fritzweiler allerdings eine *gesetzlich angeordnete Bindung an Verbandsstatuten* vor, wie sie zwar teilweise im Ausland bestehe. Eine solche existiert aber gerade in Deutschland nicht und ist hierzulande bislang auch nicht diskutiert worden.

94 BGHZ 128, 93 (101 f.) = NJW 1995, 583 (585) – Reiterliche Vereinigung.

Verbände nahezu ausnahmslos keine Einzelmitgliedschaften gewähren“ und die „Sportausübung unter den sie heute prägenden Gegebenheiten“ sowie angedeutete praktische Umsetzungsschwierigkeiten gleichsam außer Kraft gesetzt werden. *Bachmann*<sup>95</sup> spricht insoweit von einer

„Leerformel [...], die nichts anderes als eine Kapitulation vor den vorgefundenen Fakten ist“.

Zudem zeigt die Praxis der vergangenen Jahrzehnte, dass Sportverbände durch- 51  
aus dazu in der Lage sind, im Hinblick auf eine gebotene einheitliche Regel-  
bindung und -durchsetzung mittelbare Mitglieder oder Nichtmitglieder durch  
Satzungsverweisungsketten und/oder schriftliche Unterwerfungsverträge (z.B. Li-  
zenzverträge, Regelanerkennungsverträge, Athletenvereinbarungen) rechtswirk-  
sam an Verbandsstatuten zu binden.

### *cc) Wirksamkeit statischer und dynamischer Verweisungen auf Verbandsstatuten*

Gerade bei längerfristigen vertraglichen Vereinbarungen können sich die mittels 52  
Verweisung in Bezug genommenen Verbandsstatuten ändern, denen der Dritte  
unterworfen werden soll. Damit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Vor-  
aussetzungen auch bei derartigen rechtsgeschäftlichen Unterwerfungserklärungen  
der Einsatz statischer und dynamischer Verweisungsklauseln zulässig ist. Inso-  
weit kann an eigene Vorarbeiten angeknüpft werden.<sup>96</sup>

#### *(1) Vorgaben der Judikatur und Meinungsstand im Schrifttum*

Mit der vertraglichen Unterwerfung von nicht vereinsgebundenen Sportlern un- 53  
ter die Disziplinargewalt eines Sportverbandes hat sich der BGH in seinem Urteil  
*Reiterliche Vereinigung* grundlegend auseinandergesetzt.<sup>97</sup> Reitsportler hatten in  
einem Formular für den ersten Antrag auf Erteilung eines Reiterausweises die  
Leistungs-Prüfungsordnung des Deutsche Reiterliche Vereinigung e.V. in ihrer je-  
weils gültigen Fassung als verbindlich anerkannt. In den jährlichen Anträgen auf  
Wiederausstellung eines Reiterausweises hatten die Antragsteller versichert, dass  
die früheren Angaben und Erklärungen weiterhin zuträfen. Die Anmeldung zu  
Reitturnieren erfolgte über zu dem Reiterausweis gehörende sog. Nennungs-  
schecks, die ebenfalls einen Hinweis auf die Anerkennung der Leistungs-Prü-  
fungsordnung enthielten. Zudem war in den Nennungsschecks darauf hingewie-  
sen worden, dass mit der Meldung die Leistungs-Prüfungsordnung, deren Text

<sup>95</sup> *Bachmann* 303 f.

<sup>96</sup> *Heermann* ZHR 174 (2010), 250 (278–291).

<sup>97</sup> BGHZ 128, 93 = NJW 1995, 583 – Reiterliche Vereinigung.

nach deren § 42 bei jeder Veranstaltung an der Meldestelle aushänge, anerkannt werde.<sup>98</sup>

- 54 Auf die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der dynamischen Verweisung in dem Formular für den ersten Antrag auf Erteilung eines Reiterausweises brauchte der II. Zivilsenat nicht einzugehen, weil die Kläger mindestens die jederzeitige Möglichkeit gehabt hätten, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der Leistungs-Prüfungsordnung Kenntnis zu nehmen und sie bei ihrer durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt erklärten Unterwerfung unter die Verbandsordnung der Reiterlichen Vereinigung nicht schlechter gestellt gewesen seien als bei einer Unterwerfung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft.<sup>99</sup>
- 55 Im Schrifttum wird die rechtliche Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in rechtsgeschäftlichen Regelanerkennungsverträgen zwischen Verbänden und vereinsfremden Dritten überwiegend ohne Vorbehalte bejaht.<sup>100</sup> Eine Anwendung der Vorschriften zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) wird in Anlehnung an die rechtliche Auffassung des BGH verbreitet im Grundsatz abgelehnt, stattdessen wird eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB befürwortet.<sup>101</sup> Ausführlich hat sich *Reimann*<sup>102</sup> im Lichte der BGH-Entscheidung *Reiterliche Vereinigung* mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen für dynamische Verweisungen in vertraglichen Regelunterwerfungsvereinbarungen auseinandergesetzt. Seien danach Nichtmitglieder hinsichtlich der Regelbindung den Vereinsmitgliedern gleichzustellen, so seien sie auch genauso schutzbedürftig wie die Vereinsmitglieder; der Schutz der Nichtmitglieder dürfe deshalb im mitgliedschaftsähnlichen Verhältnis nicht hinter dem Schutz der Mitglieder zurückbleiben;<sup>103</sup> die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Regelanerkennungsverträgen bestimme sich daher nach den Kriterien, die für dynamische Verweisungen in Satzungen erarbeitet worden seien. Sodann ermittelt *Reimann* anhand des vereinsrechtlichen Informationsschutzes einen Zulässigkeitsmaßstab für derartige dynamische Verweisungen.<sup>104</sup> Da die Nichtmitglieder vergleichbar den Vereinsmitgliedern den Vereinsbestimmungen unterworfen seien, müssten sie genauso wie die Vereinsmitglieder die Möglichkeit haben, von den für sie verbindlichen Bestimmungen in der jeweils aktuellen Fassung Kenntnis zu nehmen.<sup>105</sup> Vor die-

98 BGHZ 128, 93 (95, 106) = NJW 1995, 583 (583 f., 586) – Reiterliche Vereinigung.

99 BGHZ 128, 93 (105) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.

100 S. etwa PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 315; *Daigfuß* 99 f.; *Edenfeld* 212 ff.; *Fenn* SpuRt 1997, 77 (78 f.); *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15; *Pfister*, FS W. Lorenz, 1991, 171 (185 f.); *Pfister* JZ 1995, 464 (467); einschränkend indes *Heermann* NZG 1999, 325 (331–333).

101 S. etwa J. F. Orth 185; *Steinbeck* 211; *Vieweg*, Normsetzung, 1990, 231; *Vieweg*, FS Lukes, 1989, 811 (813); differenzierend *Heermann* NZG 1999, 325 (328–330); *Heermann* Non Profit Law Yearbook 2007, 91 (102 ff.); *Nagel* CaS 2009, 29 (35).

102 *Reimann* 117.

103 So auch *Haas/Adolphsen* NJW 1995, 2146 (2148); *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15 (17).

104 Vgl. zum Folgenden *Reimann* 118 f.

105 So auch *Haas/Prokop* SpuRt 1998, 15 (17); *Pfister* JZ 1995, 464 (467).



sem Hintergrund sei die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der vertraglich in Bezug genommenen Satzungsbestimmungen zwar notwendige, jedoch auch gleichzeitig hinreichende Bedingung, Informationsdefiziten der vertraglich gebundenen Nichtmitglieder vorzubeugen. Deshalb müsse beispielsweise bei Sportwettkämpfen ein Exemplar der maßgeblichen Verbandsbestimmungen zur Einsichtnahme bereit liegen. Eine andere Möglichkeit bestehe darin, den Regelungsunterworfenen die betreffenden Verbandsbestimmungen auf Anfrage beim Verband zu übersenden. Nicht erforderlich sei es demgegenüber, jeder vertraglich gebundenen Person unaufgefordert ein Exemplar der in Bezug genommenen Satzungsbestimmungen auszuhändigen bzw. jede Änderung der Verbandsbestimmungen den einzelnen Personen mitzuteilen.<sup>106</sup> Denn auch der Schutz der Vereinsmitglieder erfordere keine ausdrückliche Bekanntgabe jeder Satzungsänderung gegenüber den einzelnen Vereinsmitgliedern, weil anderenfalls die Vereinfachungswirkung der dynamischen Verweisung auch weitgehend untergraben würde. Allenfalls sei in Erwägung zu ziehen, Änderungen der vertraglich in Bezug genommenen Verbandsbestimmungen beispielsweise in Mitteilungsblättern des Verbandes, durch Übersendung an die Vereine bzw. im Internet bekanntzumachen.

## (2) Praktische Hinweise

Bei Athletenvereinbarungen, Regelanerkennungsverträgen, Nominierungsverträgen, Lizenzverträgen etc. wird man kaum auf Verweisungen auf Statuten übergeordneter Sportverbände verzichten können. Wie können diese aber möglichst rechtssicher gestaltet werden? Hier soll ein bereits an anderer Stelle entwickeltes Konzept<sup>107</sup> zum praktischen Umgang mit dieser komplizierten Rechtsproblematik aufgegriffen werden. 56

In rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen werden dynamische Verweisungen hauptsächlich zu dem Zweck eingesetzt, eine Bindung der Vertragspartner an die jeweils gültigen Verbandsstatuten zu gewährleisten. Insoweit sollen durch ein mitgliedschaftsähnliches Vertragsverhältnis die vertraglich Gebundenen den Vereinsmitgliedern gleichgestellt werden, die bereits durch ihre Mitgliedschaft den Verbandsregeln unterworfen sind.<sup>108</sup> Bei den genannten vertraglichen Vereinbarungen, die durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt begründet werden, sind damit Schlechterstellungen im Vergleich zu einer Unterwerfung unter die Verbandsordnung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft unzulässig. 57

Daher müssen für dynamische Verweisungen in vertraglichen Vereinbarungen im Grundsatz letztlich auch die gleichen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie für dy- 58

106 Insb. hins. des Sportbereichs ebenso zuvor Pfister JZ 1995, 464 (467); Fenn SpuRt 1997, 77 (79).

107 Heermann ZHR 174 (2010), 250 (288–290).

108 BGHZ 128, 93 (105) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.

namische Verweisungen in Vereinssatzungen<sup>109</sup> zur Anwendung gelangen. Abweichende Bewertungen können nur gerechtfertigt sein, soweit sie gerade auf den Besonderheiten der Verwendung dynamischer Verweisungen in Vereinssatzungen beruhen. Zwar braucht für die Satzung, auf die in einer Athletenvereinbarung o.Ä. verwiesen wird, nicht notwendigerweise das konstitutive Formerfordernis gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BGB eingehalten worden zu sein,<sup>110</sup> weil der Vertragspartner des Sportverbandes als Nichtmitglied nicht in den Schutzbereich der genannten Norm fällt. Aber der Vertragspartner wird ebenso wie ein Vereinsmitglied davon ausgehen dürfen, dass Disziplinarmaßnahmen in der Satzung, auf die der Vertrag mit einem entsprechenden konkreten Hinweis verweist, festgelegt sind. Davon ist auch der BGH in der Rechtssache *SV Wilhelmshaven* ausgegangen.<sup>111</sup> So bedürften Beschlüsse, die in Ausübung der aus der Vereinsautonomie gem. Art. 9 GG hergeleiteten Sanktionsgewalt Disziplinarmaßnahmen zum Gegenstand hätten, einer hinreichend bestimmten Grundlage, damit der Regelunterworfenen einen eventuell drohenden Rechtsnachteil erkennen und entscheiden könne, ob er diesen hinnehmen und ob er sein Verhalten danach einrichten wolle. Dies gelte unabhängig davon, ob die Unterwerfung unter die Disziplinargewalt kraft Vereinsmitgliedschaft unmittelbar aus der Satzung des Vereins oder – etwa bei Maßnahmen gegenüber Nichtmitgliedern – aus einer Unterwerfung durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt folge.

- 59 Ausgehend von einer grundsätzlichen Übertragbarkeit der Wirksamkeitserfordernisse für dynamische Verweisungen in Vereinssatzungen, sind verschiedene Stellungnahmen des Schrifttums zur rechtlichen Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Unterwerfungserklärungen durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt zweifelhaft:
- 60 – Voreilig ist zunächst die Einschätzung, dass der BGH in der Entscheidung *Reiterliche Vereinigung* die dynamische Verweisung in Anerkennungsverträgen nicht beanstandet habe.<sup>112</sup> Deren generelle rechtliche Zulässigkeit kann aus dem Urteil gerade nicht abgeleitet werden. Im konkreten Fall brauchte sich der BGH zur rechtlichen Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Unterwerfungserklärungen überhaupt nicht zu äußern, weil bei jeder Meldung zu einem Turnier die Geltung des aktuellen Regelwerks durch die Athleten anerkannt worden war; zudem waren die Athleten nicht schlechter gestellt worden als bei Unterwerfung durch Erwerb einer unmittelbaren Vereinsmitgliedschaft.<sup>113</sup>

109 → IV. Rn. 20–39.

110 J. F. Orth 186; a.A. noch Heermann ZHR 174 (2010), 250 (289).

111 BGHZ 212, 70, Rn. 37 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

112 J. F. Orth 186 unter Bezugnahme auf Haas/Adolphsen NJW 1995, 2146 (2148); J. F. Orth SpuRt 2017, 9 (14).

113 BGHZ 128, 93 (105 f.) = NJW 1995, 583 (586) – Reiterliche Vereinigung.

- Dynamische Verweisungen in vertraglichen Regelanerkennungsverträgen be- 61  
dürfen – entgegen gegenteiliger Forderungen<sup>114</sup> – einer konkret-inhaltlichen  
Beschreibung der Bezugnahme, soweit allein dadurch dem Bestimmtheits-  
grundsatz genügt werden kann.<sup>115</sup>
- Im Hinblick auf die Publizitätserfordernisse und die damit erforderliche Ver- 62  
öffentlichung der Rechtsvorschriften, auf die mittels dynamischer Verweisung  
Bezug genommen wird, ist dem deutschen Fußballsport wegen der unpro-  
blematischen und für jedermann kostenlosen Abrufbarkeit der jeweils gelten-  
den Rechtsvorschriften im Schrifttum ein Freibrief erteilt worden.<sup>116</sup> Dem  
ist zuzustimmen, solange daneben nicht die aus dem Bestimmtheitsgrund-  
satz folgenden Wirksamkeitsanforderungen<sup>117</sup> vernachlässigt werden.<sup>118</sup> Selbst  
wenn also etwa sämtliche Regelwerke im Internet ohne größeren Aufwand  
abrufbar sind, so fehlt es an einer wirksamen Einbeziehung in eine vertragli-  
che Unterwerfungserklärung, wenn die Ermittlung der konkret einschlägigen  
Vorschrift durch eine unübersichtliche Verweisungstechnik erschwert wird  
oder die in Bezug genommene(n) Vorschrift(en) schlichtweg unverständlich  
ist (sind). Bei der Verweisung in einem Teilnahmevertrag hinsichtlich eines  
bestimmten Sportevents (z.B. Weltmeisterschaft) ist auch zu beachten, dass  
die in Bezug genommene statutarisch verankerte Disziplinarmaßnahme zum  
einen verständlich und bestimmt sein muss sowie nur für die Dauer des  
Events, möglicherweise auch für einen kurzen Zeitraum vor und nach der  
Veranstaltung gilt.<sup>119</sup>

### (3) Rechtslage in der Schweiz

In der Judikatur werden nicht nur rechtsgeschäftliche Regelanerkennungsverträge 63  
zwischen Verbänden und vereinsfremden Dritten als rechtlich zulässig ange-  
sehen, sondern grundsätzlich auch darin enthaltene dynamische Verweise auf  
jeweils gültige Fassungen von Statuten und Reglementen der nationalen und  
internationalen Sportverbände. Diese Verweise werden an den Grundsätzen zu  
den Allgemeinen Vertragsbedingungen gemessen. Wenn eine Partei den Inhalt der  
Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht zur Kenntnis nehme, weil sie sich nichts  
überlege oder die Bedingungen nicht verstehe oder nicht lesen wolle, so handele  
es sich gleichwohl um eine Globalübernahme, welche grundsätzlich Wirkung ent-

114 Blum/Ebeling in Bepler, 2000, 85 (116); J. F. Orth 183.

115 I.Erg. ähnl. Steinbeck 153 m.w.N.

116 J. F. Orth 186, nach dessen Auffassung sich insoweit eine Einbeziehungsproblematik unter dem Ge-  
sichtspunkt einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit nicht mehr stellt; ähnl. Gotta 50 f.

117 → IV. Rn. 32.

118 So in der Tendenz auch Nagel CaS 2009, 29 (35).

119 Instruktiv CAS 23.6.2009, 2008/A/1564 – WADA v. F. Busch & IHHF, anschließend aufgehoben  
durch SchweizBG SpuRt 2010, 66 ff.; hierzu Heermann, FS Spellenberg, 2010, 11 (13–15).

falte.<sup>120</sup> Allerdings sollen global übernommene Allgemeine Vertragsbedingungen nicht zur Anwendung gelangen, sofern sich die zustimmende Partei über den Inhalt derselben nicht mit vernünftigen Aufwand Kenntnis verschaffen konnte.<sup>121</sup> Nach der sog. „Ungewöhnlichkeitsregel“ sind Bestimmungen, mit welchen die zustimmende Partei nicht gerechnet habe und objektiv auch nicht hätte rechnen müssen, unverbindlich.<sup>122</sup> Diesem Ansatz der Judikatur hat sich das Schrifttum im Wesentlichen angeschlossen.<sup>123</sup> Als Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisverschaffung der in den Vertrag mittels dynamischen Verweises inkorporierten Verbandsstatuten wird die Einsicht der Reglemente im Internet angesehen, zumal es praktisch sehr aufwändig wäre, jedem Lizenzantragsteller die Reglemente in Papierform zuzustellen.<sup>124</sup> Es ist davon auszugehen, dass der CAS auch bei einer vertraglichen Unterwerfung unter die Verbandsstatuten in einer Athletenvereinbarung o.Ä. an den für mehrstufige oder dynamische Satzungsverweisungen entwickelten Grundsätzen<sup>125</sup> festhalten würde.

- 64 Die schweizerische Rechtslage sei am Beispiel von Schiedsvereinbarungen im Sport veranschaulicht.<sup>126</sup> Wenn eine Schiedsvereinbarung durch einen ausdrücklichen Verweis einbezogen wird, ist die Wirksamkeit unbestritten.<sup>127</sup> Anders ist die Rechtslage bei sog. Globalverweisungen.<sup>128</sup> Je nach den Umständen des Einzelfalls wird die Gültigkeit angenommen, wenn der Vertragspartner mit der Schiedsvereinbarung aufgrund der üblichen Gepflogenheiten rechnen konnte.<sup>129</sup> Im Falle einer zwischen den Vertragsparteien bestehenden Ungleichgewichtslage wird ein globaler Verweis auf einen weiteren Text kritisch beurteilt.<sup>130</sup> Nach Auffassung des SchweizBG sei im Falle von Sportsachverhalten aber ein niedriger Maßstab anzulegen, da die Schiedsgerichtsbarkeit im Interesse beider Parteien liege.<sup>131</sup> Schiedsvereinbarungen werden zudem nicht als unübliche Klauseln eingestuft.<sup>132</sup>

120 SchweizBG BGE 77 II, 156.

121 SchweizBG BGE 77 II, 156.

122 SchweizBG BGE 109 II, 217; BGE 119 II, 446; BGE 122 V, 146.

123 *Philipp* 118 f. m.w.N.

124 *Philipp* 118.

125 → IV. Rn. 36–39 m.w.N.

126 *Opfermann* 63 f.

127 SchweizBG BGE 110 II 54 ff.

128 *Wittmann* 58 ff.

129 Sehr weitgehend SchweizBG SpuRt 2002, 62; strenger SchweizBG SpuRt 2010, 66; Basler Kommentar-IPRG/*Gränicer* Art. 178 IPRG Rn. 60 f.

130 *Berger/Kellerhals* Rn. 440 ff.

131 SchweizBG ASA Bulletin 1/2012, 144 ff.; so auch *Handschin/Schütz* SpuRt 2014, 179 ff., insb. für Dopingstreitigkeiten sei der Schiedszwang gerechtfertigt; krit. *Mankowski* 477.

132 *Girsberger/Voser* Rn. 274a.

*dd) Unterschiede in der Bewertung nach deutschem und schweizerischem Recht*

Insoweit wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Unterwerfung von (un)mittelbaren Mitgliedern unter die Vereins- und Verbandssatzung Bezug genommen.<sup>133</sup>

*d) Fazit*

Sowohl im Wege des Vereinsbeitritts (un)mittelbarer Mitglieder als auch durch den Abschluss einzelner Verträge wie Athletenvereinbarungen, Regelanerkennungsverträgen, Nominierungsverträgen, Lizenzverträgen o.Ä. mit Nichtmitgliedern, aber auch Mitgliedern können Sportverbände effektiv sicherstellen, dass sich Sportler den Vereins- und Verbandsstatuten unterwerfen. Dabei kommt es zu einer Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern, d.h. die Maßstäbe für eine rechtswirksame Unterwerfung sind in beiden Fällen nahezu identisch. Dies gilt insbesondere auch für in Verbandsstatuten verankerte Disziplinarmaßnahmen und Sanktionsregelungen. Unsicher ist in beiden Konstellationen in Deutschland die Rechtslage hinsichtlich der Wirksamkeit mehrstufiger und dynamischer Verweisungen auf Verbandsstatuten unabhängig davon, ob diese Verweisungen ihren Ursprung in der Vereinssatzung oder in einer Athletenvereinbarung etc. haben.

Eine Unterwerfung unter die Verbandsstatuten allein durch Sportausübung ist zwar theoretisch durch Annahme eines konkludent abgeschlossenen Vertrages denkbar, wobei sich jedoch zumeist ein Rechtsbindungswille der Sportler hinsichtlich einzelner, aus den Verbandsstatuten ableitbarer Verpflichtungen kaum nachweisen lassen wird. Diese Rechtsfigur sollte nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht gezogen werden und bildet keinen generellen Auffangtatbestand, falls sich die anderen Formen der Unterwerfung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern unter die Verbandsstatuten als unwirksam erweisen sollten.

Nach schweizerischem Recht werden mehrgliedrige Verweisungsketten ebenso wie dynamische Satzungsverweisungen deutlich verbandsfreundlicher als nach deutschem Recht bewertet. Allerdings gelten mehrstufige Verweisungen nicht *per se* als rechtswirksam. Vielmehr verbleibt denjenigen, die sich auf die Unwirksamkeit einer solchen Verweisung berufen, die Möglichkeit, überzeugende, gegen die Rechtswirksamkeit sprechende Gründe vorzubringen.

---

133 → IV. Rn. 40–45.

### 3. Absicherung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch eine pyramidenförmig-hierarchische Struktur

#### a) Ein-Verband-Prinzip

- 69 Im Begleitdokument zum Weißbuch Sport der EU-Kommission wird das sog. Ein-Verband-Prinzip, auch bekannt als Ein-Platz-Prinzip, naturgemäß beschränkt auf den Raum der EU folgendermaßen beschrieben:<sup>134</sup>

„The organisational level of sport in Europe is characterised by a monopolistic pyramid structure. Traditionally, there is a single national sport association per sport and Member State, which operates under the umbrella of a single European association and a single worldwide association. The pyramid structure results from the fact that the organisation of national championships and the selection of national athletes and national teams for international competitions often require the existence of one umbrella federation. The Community Courts and the Commission have both recognized the importance of the freedom of internal organization of sport associations.“

- 70 Diese zutreffende Beschreibung des Ein-Verband-Prinzips lässt sich zwanglos auf eine weltweite Dimension übertragen. Sodann steht ein Weltsportfachverband an der Spitze der monopolistischen und pyramidenförmigen Sportverbandsstrukturen, während in der betreffenden Sportart der europäische Sportdachverband zusammen mit den übrigen Kontinentalverbänden, die durchaus auch nur Teile eines Kontinents umfassen können,<sup>135</sup> erst auf der zweiten Hierarchiestufe anzusiedeln ist. Da üblicherweise eine Sportart auf der jeweiligen Hierarchiestufe nur durch *einen* Sportfachverband vertreten wird, spricht man vom Ein-Verband-Prinzip. Der betreffende Sportfachverband hat im Hinblick auf die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen regelmäßig eine Monopolstellung inne.<sup>136</sup> Sämtliche Verbände sind üblicherweise in der Rechtsform eines Vereins organisiert.<sup>137</sup> Die Frage, ob eine solche Alleinstellung aus rechtlicher, insbesondere aus kartellrechtlicher Perspektive gerechtfertigt werden kann, wird in einem späteren Abschnitt analysiert werden.<sup>138</sup>
- 71 Durch diese Verbandsstrukturen lässt sich ein Grundbedürfnis aller Athleten, die ihre bevorzugte Sportart organisiert haben wollen und insbesondere in offiziellen, d.h. auch von den übergeordneten Sportverbänden anerkannten, Sportwettkämpfen ausüben wollen, in optimaler Weise befriedigen. Denn auf der Basis solcher Verbandsstrukturen lassen sich äußerst effizient einheitliche Bedingungen

134 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.a). S. zum Ein-Verband-Prinzip auch stellvertr. PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 232–253; Seyb 3, 12 f.

135 Z.B. CONMEDOL = Confederación Sudamericana de Fútbol = Südamerikanische Fußball-Konföderation.

136 → IV. Rn. 77–82.

137 Ausf. zur Frage, ob der Verein die geeignete Rechtsform für einen Sportverband ist, Schade 101 ff.

138 → XIII. Rn. 62–72.

umsetzen, die einen weltweiten Vergleich der sportlichen Leistungen ermöglichen. Dies gilt etwa für die Spielregeln, aber natürlich auch Dopingbestimmungen.

Grundvoraussetzung ist freilich, dass sich alle Teilnehmer an einem Sportwettbewerb einheitlichen Verbandsregelungen in der jeweils aktuellen Fassung unterworfen haben. Dies ist, wie bereits dargelegt,<sup>139</sup> in rechtlicher Hinsicht ein durchaus ambitioniertes Ziel, das mitunter verfehlt wird. Aber selbst wenn es erreicht wird, treten nicht selten bei der Durchsetzung gerade von Dopingbestimmungen praktische Probleme auf. Nach Meinung neutraler Beobachter soll es vorkommen, dass die Einhaltung von Verbandsregelungen – hier bevorzugt Regelungen des Welt Anti-Doping Codes (WADC) – mitunter je nach Landessitte oder dem Gusto politisch einflussreicher Personen durchaus auch zum Vorteil der sportlichen Landsleute eher unterdurchschnittlich scharf überwacht wird. Es soll auch passieren, dass Beweismittel durch einen überprüften Sportler selbst – zumeist unabsichtlich, versehentlich etc. – oder durch Hilfspersonen vernichtet werden.<sup>140</sup> Es dürfte dem vorherrschenden Rechtsempfinden entsprechen, dass derartige Aktionen, sollten sie nachgewiesen werden können, mit dem Fairplay-Gedanken kaum vereinbar sind.

Dem Fairplay-Gedanken laufen indes unterschiedliche tatsächliche Rahmenbedingungen eines sportlichen Wettkampfes nicht zuwider, auch wenn sie wegen des Gewöhnungseffekts die Heimmannschaft bevorteilen sollten. So sind etwa folgende Phänomene mit einheitlichen Spielregeln grundsätzlich vereinbar: die atemberaubende Höhenlage eines Spielorts (z.B. die Fußballarena Estadio La Casa Blanca in der ecuadorianischen Hauptstadt Quito, ca. 2.850 m ü.d.M.); der ohrenbetäubende, mitunter gesundheitsschädliche, von einer Stadiontribüne ausgehende Zuschauerlärm (als lautes Stadion der Welt gilt das Arrowhead Stadium, Heimstätte des NFL-Teams Kansas City Chiefs mit der höchsten gemessenen Lautstärke von 142,2 dB, was etwa einem Flugzeugstart entspricht); orkanartiger Wind (im Rahmen eines Fußballländerspiels auf den Färöern konnte das Ruhen des Balles vor einem Freistoß trotz Fehlens einer entsprechenden

139 → IV. Rn. 4–68.

140 S. stellvertr. zur Zerstörung der Dopingprobe eines chinesischen Schwimmstars und Olympiasiegers durch seine Mutter mittels eines Hammers SZ v. 5.5.2020 („Medien: Sun Yang zieht nach CAS-Sperre vor Bundesgericht“), abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/sport/doping-medien-sun-yang-zieht-nach-cas-sperre-vor-bundesgericht-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200505-99-943017> (zuletzt besucht am 7.2.2022). In der Folge wurde vom SchweizBG SpuRt 2021, 85 ff. das Gesuch des chinesischen Schwimmers Sun Yang um Revision des Entscheides des CAS vom 28.2.2020 (CAS 2019/A/6148) wegen Befangenheit eines Richters des CAS – er sollte Jahre zuvor als italienischer Politiker öffentlich antichinesische Äußerungen getätigt haben – gutgeheißen. Der Entscheid des CAS wurde aufgehoben und das internationale Sportschiedsgericht halbierte am 21.6.2021 in neuer Besetzung die Dopingssperre auf vier Jahre; vgl. CAS, Pressemitteilung v. 22.6.2021, abrufbar unter [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Media\\_Release\\_6148\\_Decision\\_June21.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_6148_Decision_June21.pdf) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

FIFA-Ausnahmeregelung nur durch das Festhalten mit der Hand eines Mitspielers sichergestellt werden).

- 74 Das Ein-Verband-Prinzips hat sich allerdings nicht in allen Sportarten durchhalten lassen, wie auch die EU-Kommission in der eingangs zitierten Passage andeutet („Traditionally“, „often“). Vielmehr existieren einige Ausnahmen oder Aufweichungen dieses Prinzips. Hiervon betroffen sind beispielsweise folgende Sportarten (in alphabetischer Reihenfolge):<sup>141</sup> American Football (American Football Conference, National Football Conference), Basketball (Fédération Internationale de Basket-Ball Europe, Euroleague Commercial Assets S.A.), Boxen (mehrere Weltverbände), Darts (British Darts Association, Professional Darts Corporation), Eishockey (Eissport-Verband Nordrhein-Westfalen e.V., Eishockeyverband Nordrhein-Westfalen), Eisschnelllauf (International Skating Union, kommerzieller Privatveranstalter<sup>142</sup>), Golf (International Golf Federation, The Royal and Ancient Golf Club of St Andrews, United States Golf Association), Ringen (Deutschen Ringer-Bund mit Ringer-Bundesliga, Deutsche Ringerliga), Tanzen (World Dancesport Federation, World Dance Council) und Tennis (International Tennis Federation [ITF], Association of Tennis Professionals [ATP], Women's Tennis Association [WTA])<sup>143</sup>.
- 75 Neben den unbestreitbaren und offensichtlichen Vorteilen, die mit dem Ein-Verband-Prinzip einhergehen, existieren über die vorgenannten Ausnahmen und Abweichungen sowie die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Ein-Verband-Prinzips hinaus noch weitere Herausforderungen. Monopolisten neigen dazu, ihre Position nach Kräften zu verteidigen. Das gilt auch für Sportverbände, die regelmäßig nichts unversucht lassen, die Gründung und Etablierung potentieller Konkurrenzverbände oder die Durchführung von Wettkämpfen in der gleichen Sportart, die von einem verbandsunabhängigen, rein privaten Veranstalter organisiert werden, durch den Erlass zugangsbeschränkender Regelungen zu unterbinden. Dieses Vorgehen wird aus kartellrechtlicher Perspektive zu analysieren sein.<sup>144</sup> Zu Spannungen innerhalb monopolistisch-hierarchischer Verbandsstrukturen kann es des Weiteren kommen, wenn internationale Sportfachverbände nationale Verbände veranlassen, Entscheidungen durchzusetzen, die möglicherweise innerstaatlichen Rechtsvorstellungen widersprechen.<sup>145</sup>

141 Zu weiteren Details s. *Heermann* WRP 2019, 145, Rn. 7–17 m.w.N.; s. zu einer Bestandsaufnahme hins. konkurrierender Sportligen auch *Cukurov* 70–72. Angesichts der Vielzahl der Fälle ist zweifelhaft, ob es sich dabei – wie *Putzier* 51 meint – tatsächlich auch heute noch um „Ausnahmeregelungen“ handelt.

142 → VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8.

143 Ob Planungen für einen Zusammenschluss von der Association of Tennis Professionals (ATP) und der Women's Tennis Association (WTA) – s. zu den Hintergründen *Clossé* FAZ v. 28.4.2020 – umgesetzt werden, ist nach derzeitigem Stand (7.2.2022) ungewiss.

144 → XIII. Rn. 73–131.

145 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (225) sowie → IV. Rn. 90–92.



Zudem sind Kontroversen tatsächlicher, aber auch rechtlicher Natur vorprogrammiert, wenn die auf den verschiedenen Hierarchiestufen bestehenden Autonomieansprüche miteinander kollidieren.<sup>146</sup> Dazu kann es insbesondere kommen, wenn die vielfach durch ein auffälliges Selbstbewusstsein und einen gewissen Machtanspruch ausgezeichneten Verbandsfunktionäre sich bei Meinungsverschiedenheiten unter keinen Umständen an die altbewährte Skatregel „Ober sticht Unter“, deren analoge Anwendung im Ein-Verband-Prinzip eigentlich angelegt ist, halten wollen. In diesem Kontext waren im Frühjahr 2020 bemerkenswerte, weil unter normalen Umständen undenkbbare Entwicklungen zu beobachten. Normalerweise müssen sich nationale Sportligen bei der Durchführung ihrer Sportveranstaltungen am international vom zuständigen Kontinentalverband langfristig festgelegten Rahmenterminkalender orientieren, was durchaus sinnvoll ist. So war etwa im Fußball seitens der UEFA zunächst der Termin für die UEFA EURO 2020 festgelegt worden, hernach erst konnte die DFL die Spielzeit 2019/20 terminieren. Infolge der COVID-19-Pandemie preschten indes die nationalen Fußballligen vor, die nach mehrwöchiger Pause bis in den Frühsommer 2020 hinein ihren Ligabetrieb fortsetzen und die Spielzeit regulär beenden wollten, und veranlassten letztlich die UEFA, den Termin für die UEFA EURO 2020 um ein Jahr zu verschieben.

76

b) Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen

Oft wird im Hinblick auf nationale und internationale Sportfachverbände, die aufgrund des Ein-Platz-Prinzips<sup>147</sup> regelmäßig in einer bestimmten Sportart auf der jeweiligen Hierarchiestufe keiner Konkurrenz ausgesetzt sind, vereinfachend von „Monopol(sport)verbänden“ gesprochen. Diese Terminologie ist in mindestens zweifacher Hinsicht irreführend. Zum einen existieren in manchen Sportarten durchaus Konkurrenzverbände oder aber der „Monopol(sport)verband“ sieht sich privater Konkurrenz ausgesetzt. Zum anderen suggeriert eine solche Terminologie, der betreffende Sportverband würde generell über eine Monopolstellung verfügen, die nach deutschem und europäischem Kartellrecht als solche indes kartellrechtlich unbedenklich ist, solange sie nicht missbraucht wird (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV). Damit würden – so könnte man meinen – Sportverbände bei Entfaltung ihrer Aktivitäten aufgrund einer Monopolstellung stets am Rande eines Kartellrechtsverstoßes stehen. Diese Annahme ist in ihrer Allgemeinheit un-

77

<sup>146</sup> Steiner in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (226).

<sup>147</sup> → IV. Rn. 69–76.

zutreffend, vielmehr ist nach den relevanten Märkten zu differenzieren, auf denen ein Sportverband tätig wird.<sup>148</sup>

- 78 Üblicherweise hat ein (inter)nationaler Sportverband nur auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie für die Zulassung zu Sportwettbewerben eine Monopolstellung inne.<sup>149</sup> Ausnahmen gelten, sofern ein Konkurrenzverband existiert (wie z.B. im professionellen Tanzsport) oder aber – was insbesondere nicht unter der Ägide eines Sportfachverbandes stattfindende Events etwa im Freizeitbereich betrifft – die Athleten ohne Weiteres auf eine andere Veranstaltung ausweichen können (z.B. für jedermann geöffnete Laufveranstaltungen). Ansonsten bedürfen Sportveranstaltungen stets der Genehmigung des zuständigen übergeordneten Verbandes auf der nächsten Hierarchiestufe, um auf diese Weise etwa sicherzustellen, dass die Wettkämpfe nach den offiziellen Spielregeln stattfinden und die erzielten Wettkampfergebnisse innerhalb der Verbandspyramide anerkannt werden.
- 79 Wenn also beispielsweise in einer bestimmten Sportart eine Europameisterschaft durchgeführt werden soll, so ist hierfür zunächst allein der vom jeweiligen Welt-sportfachverband eingesetzte Kontinentalverband zuständig. Zur Durchführung der Veranstaltung wird dann ein ausgewählter nationaler Sportfachverband hinzugezogen. Der Kontinentalverband ist dann Monopolist auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu einer entsprechenden Europameisterschaft in der betreffenden Sportart. Als solcher entscheidet er über die nähere Ausgestaltung der sportlichen Qualifikation und Zulassung von Nationalverbänden oder einzelnen Athleten zum Wettbewerb. Insoweit ist die Annahme einer Monopolstellung zutreffend, weil für die Marktgegenseite, d.h. Athleten, National- oder Clubmannschaften, zumindest im professionell betriebenen Sport bei derart herausgehobenen Sportevents regelmäßig keine angemessenen Ausweichmöglichkeiten bestehen.
- 80 Dies bedeutet freilich nicht, dass dieser Kontinentalverband zugleich Monopolist auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Produktmärkten ist. Dies sei am Beispiel der Absatzmärkte, insbesondere anhand des Marktes für das Sponsoring von Sportveranstaltungen veranschaulicht.<sup>150</sup> So wird der Kontinentalverband auf dem Markt für die Vergabe von Sponsoringverträgen anlässlich der Europameisterschaft in einer bestimmten Sportart aus der maßgeblichen Sicht der Marktgegenseite, d.h. aus der Perspektive potentieller Sponsoren, je nach den Umständen des konkreten Falls wegen bestehender Ausweichmöglichkeiten (z.B. Sponsoring einer teilnehmenden Nationalmannschaft oder eines vergleichbar

148 Ausf. hierzu → VII. Rn. 1–3.

149 So im Ansatz etwa auch *Haus/Heitzer* NZKart 2015, 181 (184).

150 Ausf. hierzu *Heermann* WRP 2009, 285 (291 ff.) m.w.N. und Beispielen.

prestigeträchtigen Events in einer anderen Sportart) vielfach nicht als Monopolist wahrgenommen werden.

Zuletzt hat das BKartA in sachlicher Hinsicht einen Markt für die Organisation *und* Vermarktung der Olympischen Spiele angenommen.<sup>151</sup> Sportveranstalter wenden sich bei der Organisation und Vermarktung aber an völlig unterschiedliche Abnehmergruppen, wobei den Vermarktungspartnern üblicherweise Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dies spricht eher für separate Märkte.<sup>152</sup> Einen Ausnahmefall könnten aber in der Tat die Olympischen Spiele aufgrund ihrer Alleinstellung bilden, sofern hierfür aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Werbetreibenden, nachweisbar keine angemessenen Substitute bestehen sollten.<sup>153</sup> 81

Festzuhalten bleibt, dass den Sportverbänden aufgrund ihrer regelmäßig vorliegenden Monopolstellung zumindest auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen erleichtert wird, die Verbandsautonomie abzusichern. Zunächst wird die Unterwerfung der (un)mittelbaren Mitglieder und Nichtmitglieder an die Verbandsstatuten erleichtert. Sodann kann die Vergleichbarkeit der im sportlichen Wettkampf erzielten Ergebnisse auf einfache Weise gewährleistet werden. 82

#### c) Sitz internationaler Sportverbände

Die Schweiz ist als Sitz internationaler Sportverbände sehr beliebt.<sup>154</sup> Wenn eine „Welthauptstadt des Sports“ allein nach dem Kriterium der dort ansässigen internationalen Sportverbände zu benennen wäre, müsste die Wahl zwangsläufig auf die Stadt Lausanne fallen.<sup>155</sup> Dafür gibt es für Sportverbände neben den allgemein bekannten Vorzügen der Schweiz als ebenso reizvolles wie beliebtes, wenngleich nicht ganz billiges Reiseland sowie begehrter Zweit- oder gar Erstwohnsitz insbesondere auch für vermögende Nicht-Schweizer eine Vielzahl anderer Gründe, die allesamt mit den dortigen rechtlichen Rahmenbedingungen zusammenhängen. Um nicht dem Vorwurf deutscher Voreingenommenheit aus- 83

151 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; in ähnl. Weise bereits zuvor EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 98–104 – ISU's Eligibility Rules; krit. *Heermann* WRP 2019, 834, Rn. 8.

152 So im Hinblick auf die Ausgangsproblematik *Varens* 94–97; einen solchen Ansatz als zumindest denkbar einstufend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 43 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

153 Hiervon ausgehend BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 45 – Rule 40 Bye-Law 3 OC.

154 Zur Sitzbestimmung des CAS in der Schweiz ausf. *Hülskötter* 279 ff.

155 Eine informative Übersicht über die in der Schweiz ansässigen internationalen Sportverbände ist abrufbar unter <https://www.fuw.ch/article/internationale-sportverbände-in-der-schweiz/> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

gesetzt werden zu können,<sup>156</sup> soll in diesem Abschnitt eine Beschränkung auf Stellungnahmen und Einschätzungen schweizerischer und britischer Herkunft erfolgen:

- 84 – Die Steuersätze, denen die mehr oder weniger großen, teils gar gigantischen Gewinne der internationalen Sportverbände unterfallen, sind vergleichsweise günstig. Die Offenlegungspflichten hinsichtlich sensibler Geschäftszahlen sind aus Verbandssicht erfreulich schwach ausgeprägt,<sup>157</sup> wenngleich die Geheimhaltung nicht so weit reicht wie einst das weltweit geschätzte Schweizer Bankgeheimnis.
- 85 – Bis vor wenigen Jahren profitierten die in der Schweiz ansässigen internationalen Sportfachverbände von Unwägbarkeiten hinsichtlich der Fragen, ob und – wenn ja – inwieweit das nationale Korruptionsstrafrecht auf sie angewendet werden könnte.<sup>158</sup> Erhellend sind insoweit Darlegungen aus dem Entwurf einer Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (die schweizerische Rechtschreibung ist beibehalten worden; Hervorhebungen durch *Verfasser*):<sup>159</sup>

„[...] Heute ist die Privatbestechung somit vom Begriff des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des UWG abhängig. Diese Verknüpfung erscheint jedoch als künstlich oder gar inkohärent, da gleichwertige Verhaltensweisen je nach Kontext (Wettbewerbssituation oder nicht) strafbar sind oder nicht.

Ausserdem lassen sich Bestechungshandlungen in Verbindung mit der Vergabe grosser Sportanlässe wie den Olympischen Spielen oder der Fussballweltmeisterschaft aufgrund dieser Verknüpfung mit dem UWG nicht zureichend erfassen. Grundsätzlich stehen Kandidaturstädte nämlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des UWG, so wie auch die internen Wahlverfahren zur Besetzung der leitenden Funktionen in diesen Organisationen nicht zu einem Wettbewerb im Sinne des UWG führen. Die Verknüpfung zwischen dem Straftatbestand der Privatbestechung und dem unlauteren Wettbewerb wird demnach zum Problem, wenn es darum geht, bestimmte Vorfälle in privaten Organisationen, im Besonderen in internationalen Sportverbänden, den Bestechungsstrafnormen zu unterstellen. Angesichts der erheblichen finanziellen Interessen, die beispielsweise hinter der Vergabe der Olympischen Spiele oder der Fussballweltmeisterschaft stehen, muss allerdings geschlossen werden, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse daran besteht, dass solche Verfahren nicht mit dem Mangel der Korruption behaftet sind, zumal sich gezeigt hat, dass sich die internen Kontrollsysteme dieser Organisationen als unzureichend erweisen können.

Daraus folgt, dass der Straftatbestand der Bestechung Privater vom Begriff des unlauteren Wettbewerbs losgelöst und als eigener Straftatbestand in das Strafgesetzbuch

156 Insoweit verfügt der *Verfasser* durchaus über Erfahrung. Auf Nachweise wird hier bewusst verzichtet.

157 *Weatherill*, Principles, 2017, 12 („Reasons for this include matters of tax and transparency (in relative terms there is not much of either) ...“) und 42.

158 S. stellvertr. *Schade* 9 ff. m.w.N.

159 Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) v. 30.4.2014, BBl 2014, 3591 (3602).

aufgenommen werden muss. Dadurch kann auch die Stellung der verschiedenen nicht gewinnorientierten Organisationen, namentlich der internationalen Sportverbände, geklärt werden. [...]“

Dass man sich aber als hochrangiger Sportfunktionär selbst in der Schweiz nicht mehr völlig sicher fühlen kann, sofern gegen die betreffende Person im Ausland wegen Verletzung von dort geltenden Straftatbeständen ermittelt wird, mussten sechs hochrangige Funktionäre der FIFA am 27.5.2015 erfahren. In den frühen Morgenstunden wurden sie auf Ersuchen U.S.-amerikanischer Behörden in einem Züricher Hotel wegen des Verdachts, Bestechungsgelder in Millionenhöhe angenommen oder gezahlt zu haben, festgenommen, vor laufenden Kameras abgeführt und sodann in Auslieferungshaft gesetzt.<sup>160</sup> 86

- *Baddeley* weist aus der eidgenössischen Perspektive auf ein weiteres Motiv internationaler Sportverbände hin, ihren Sitz in der Schweiz zu wählen:<sup>161</sup> 87

„The possibility to create *adequate, legally enforceable regulations* within a very liberal legal framework was probably one of the determining factors in deciding to choose Switzerland as their seats.“

Wie bereits dargelegt,<sup>162</sup> beurteilt das Zivilrecht der Schweiz die Unterwerfung von (un)mittelbaren Mitgliedern und auch Nichtmitgliedern unter die Verbandsstatuten in ihrer jeweils gültigen Fassung vergleichsweise großzügig. Die Wirksamkeit mehrstufiger geschlossener Verweisungsketten und dynamischer Verweisungsklauseln wird in diesem Kontext allenfalls in seltenen Ausnahmefällen beanstandet, was die Rechtssicherheit spürbar erhöht. Wie noch zu zeigen sein wird,<sup>163</sup> wird der CAS trotz eines gewissen strukturellen Ungleichgewichts, das sich in verschiedener Hinsicht zugunsten der Sportverbände auswirkt, als echtes Schiedsgericht allgemein anerkannt. Seine Schiedssprüche werden nach Einlegung von Rechtsmitteln durch das für Aufhebungsverfahren allein zuständige SchweizBG überprüft. Dieses kann – ebenso wie auch in anderen Jurisdiktionen – einen Schiedsspruch des CAS materiellrechtlich in gewissem Umfang am Maßstab des *ordre public* kontrollieren, zu dem in der Schweiz aber – im Gegensatz zu vielen anderen Jurisdiktionen – etwa das nationale und europäische Kartellrecht nicht zählt.<sup>164</sup> Die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs durch das SchweizBG ist überschaubar, ist dies seit Bestehen des CAS doch nur hinsichtlich einer einstelligen Anzahl an CAS-Schiedssprüchen geschehen. Dies ist in gewisser 88

160 NZZ v. 27.5.2015 („Mehrere Fifa-Funktionäre in Zürich verhaftet“), abrufbar unter <https://www.nz.ch/zuerich/aktuell/zuercher-polizei-im-einsatz-gegen-fifa-funktionaere-1.18549652> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

161 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (5).

162 → IV. Rn. 8–65.

163 → IV. Rn. 147–354.

164 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/Pfisterer Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

Weise aktive und rechtlich kaum angreifbare Standortpolitik zugunsten der Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz,<sup>165</sup> was letztlich wiederum zur Rechtssicherheit in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit beiträgt.

- 89 Mögen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportverbände in der Schweiz in den letzten Jahren auch ein wenig verschlechtert haben, ist mit ihrem massenweisen Exodus nicht zu rechnen. Denn ähnlich attraktive Standorte, die zudem in der Sportschiedsgerichtsbarkeit kurze Wege und darüber hinaus ein erhebliches Maß an Unabhängigkeit von der Einflussnahme durch staatliche Gerichte bieten, lassen sich nicht leicht finden. Es ist nicht verwerflich, wenn sich internationale Sportfachverbände oder auch das IOC bei der Standortwahl von ökonomischen und juristischen Aspekten leiten lassen. Derlei ist in anderen Wirtschaftszweigen und Regionen gleichfalls üblich. Aus ähnlichen Motiven hat sich etwa die Mehrzahl großer U.S.-amerikanischer Unternehmen im Bundesstaat Delaware angesiedelt oder unterhalten international operierende Unternehmen Dependancen oder Tochterunternehmen in Steueroasen.

#### d) Sanktionen für Verstöße gegen Verbandsstatuten

- 90 Ein überaus effektives Mittel zur Absicherung der Verbandsautonomie innerhalb einer pyramidenförmig-hierarchischen Verbandsstruktur besteht darin, dass Sportverbände bei Verstößen gegen die Verbandsstatuten zunächst selbst verbandsintern Disziplinarmaßnahmen gegen die Regelverletzer verhängen können. Selbstgeschaffenes Verbandsstrafrecht ist sogar als „höchster Ausdruck von Autonomie“ bewertet worden.<sup>166</sup> Aus dem Kreis der denkbaren Disziplinarmaßnahmen hat sich insbesondere die Verhängung sportlicher Sanktionen bewährt, um den Normbefolgungswillen der Regelungsunterworfenen zu erhöhen.<sup>167</sup> Die statutarische Verankerung der Disziplinarmaßnahmen muss natürlich den gesetzlichen Vorgaben, den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und gegebenenfalls der diese Vorgaben konkretisierenden Judikatur genügen.<sup>168</sup> Mit dieser erheblichen Macht eines Sportverbandes geht zugleich eine enorme Verantwortung einher. Denn Verbandsstrafrecht „kann Machtstrukturen befestigen und zementieren, weil es existenzvernichtend wirken kann.“<sup>169</sup> Dabei sollte man nicht nur professionelle Sportler in den Blick nehmen, bei denen zeitlich beschränkte, im Extremfall gar lebenslange Sperren als Sanktion etwa für die Verletzung von Dopingbe-

165 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (10): „[...] the leniency of Swiss arbitration law is rooted in the circumstances of commercial arbitration and it is reinforced by the firmly established position of Swiss jurisprudence tending to intervene as little as possible in sports litigation, including arbitral proceedings.”

166 *Mankowski* 478.

167 Ausf. hierzu *Opfermann* 387–410.

168 → IV. Rn. 8–19 m.w.N. zur Unterwerfung von Vereinsmitgliedern unter die Verbandsstrafgewalt nach deutschem Recht. Zu Vereins- und Verbandsstrafen im Fußballsport ausf. *J. F. Orth passim*.

169 *Mankowski* 478.

stimmungen letztlich einem Berufsausübungsverbot gleichkommen. Denn auch im Amateursport können sportliche Disziplinarmaßnahmen sehr schmerzen und etwa zu einem Verlust an Ansehen oder zu sozialer Ausgrenzung führen.

In solchen Situationen, in denen die betroffenen Verbandsmitglieder nicht mehr 91  
viel zu verlieren haben, ist die Schwelle zur Einleitung rechtlicher Schritte gegen die als unrechtmäßig eingeschätzte Ausübung der Verbandsstrafgewalt sehr niedrig. Einvernehmliche Lösungen innerhalb der Sportfamilie, die eigentlich stets vorzugswürdig sind, werden illusorisch. Manche Sportler entwickeln vor Verbands- und Sportschiedsgerichten, gegebenenfalls nachfolgend vor staatlichen oder gar supranationalen Gerichten genau das, was sie schon während ihrer sportlichen Laufbahn ausgezeichnet hat: großen sportlichen Ehrgeiz und beeindruckende Kondition. Einige von ihnen schrieben so zwar Sportrechtsgeschichte und obsiegten letztinstanzlich zumindest teilweise oder vollumfänglich, ihre sportlichen Karrieren waren aber vielfach (vorzeitig) beendet oder zumindest befleckt. Nicht verschwiegen werden sollen die vielfältigen persönlichen Belastungen, die mit einem solchen kräftezehrenden Rechtsstreit innerhalb der Sportfamilie zwangsläufig einhergehen. Welcher Kenner des Sportrechts und seiner Leitentscheidungen denkt in diesem Zusammenhang etwa nicht an den Fußballer *Jean Marc Bosman*<sup>170</sup>, die Langstreckenschwimmer *David Meca-Medina* und *Igor Majcen*<sup>171</sup> oder die Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*<sup>172</sup>? Mitunter konnten und können Athleten von ihren juristischen Erfolgen noch während ihrer aktiven Laufbahn profitieren wie die Eisschnellläufer *Mark Tuitert* und *Niels Kerstholt*<sup>173</sup> oder der Alpinskifahrer *Henrik Kristoffersen*<sup>174</sup>. Die genannten, aber auch unzählige andere Athleten haben in solchen Konstellationen das Sportrecht und den Sport große Schritte vorangebracht, auch wenn das Sportverbände mitunter anders beurteilen werden.

In solchen Situationen werden das Verbandsrecht im Allgemeinen und das Verbandsstrafrecht im Besonderen auf den juristischen Prüfstand gestellt und müssen sich bewähren. Hier zeigt sich, ob beim Aufstellen der Verbandsstatuten die Interessen aller hiervon Betroffenen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht worden waren. Aber nicht nur die Athleten, die sich zu einem Zug durch die verschiedenen Instanzen der Gerichtsbarkeit entschlossen haben, können für Sportverbände sehr gefährlich werden. Denn in den letzten rund 25 Jahren greift mit dem Kartellrecht zunehmend der – inzwischen – juristische Angstgegner der Sportverbände in diese Rechtsstreitigkeiten ein. Entsprechende Verfahren bergen – 92

170 → V. Rn. 22–44 m.w.N.

171 → VI. Rn. 25–60, 139–385 m.w.N.

172 → X. Rn. 20–24 m.w.N.

173 → XI. Rn. 6–8 m.w.N.

174 → V. Rn. 51–56. und X. Rn. 6 f. m.w.N.

wie durchaus zu Recht angemerkt worden ist – „erhebliches Sprengpotential“<sup>175</sup>, insbesondere wenn Kartellbehörden und staatliche Gerichte ins Spiel kommen. Dies ist Grund genug, um nachfolgend im Detail herauszuarbeiten,<sup>176</sup> wie frühzeitig verhindert werden kann, dass sich irgendwann einmal dieses Sprengpotential entlädt. Denn dieses ist – so viel sei schon hier angemerkt – durchaus beherrschbar.

#### e) Fazit

- 93 Es ist beeindruckend, wie umsichtig internationale Sportverbände mit wenigen, aber jeweils sehr effektiven, aufeinander abgestimmten und ineinandergreifenden Maßnahmen die ihnen unter dem Dach der Verbandsautonomie gewährten Befugnisse gegen Angriffe (un)mittelbarer Mitglieder, aber auch Nichtmitglieder und teilweise gar gegen die staatliche Justiz abgeschirmt haben. Noch beeindruckender ist hingegen der Umstand, dass die einzelnen Maßnahmen separat, aber auch in der Gesamtschau grundsätzlich aus rechtlicher Perspektive nicht zu beanstanden sind, mag sich für manchen Sportjuristen oder Außenstehenden auch ein Gefühl einstellen, welches auf schwäbisch als „Gschmäcke“ bezeichnet wird. Juristisch lassen sich die Maßnahmen kaum greifen und attackieren.<sup>177</sup> Zuletzt ist zwar etwa versucht worden, insbesondere aus der Ausklammerung des Kartellrechts aus dem schweizerischen *ordre public*<sup>178</sup> die Rechtsfolge einer Unwirksamkeit von Schiedsgerichtsklauseln zum CAS abzuleiten,<sup>179</sup> aber dies kann argumentativ nicht überzeugen.<sup>180</sup>
- 94 Auf der Basis des Ein-Verband-Prinzips können internationale Sportfachverbände, begünstigt durch die *lex sportiva* und das schweizerische Zivilrecht, die in Schiedsgerichtsverfahren vor dem CAS überwiegend zur Anwendung kommen, (un)mittelbare Mitglieder, aber auch Nichtmitglieder durch mehrgliedrige und dynamische Satzungsverweisungen innerhalb der Verbandspyramide umfassend an die Verbandsstatuten binden. Erleichtert wird dieses Unterfangen dadurch, dass Sportfachverbände üblicherweise über eine Monopolstellung auf den Märkten für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung zu Sportveranstaltungen verfügen. Durch die Sportverbänden eröffnete Befugnis, bei Verstößen der (un)mittelbaren Mitglieder gegen die Verbandsstatuten sportliche Sanktionen auszusprechen, wird der Normbefolgungswille innerhalb der Ver-

175 Ausf. hierzu *Opfermann* 388.

176 → insb. VI. Rn. 1 ff., VII. Rn. 1 ff., XII. Rn. 1 ff. und XIII. Rn. 1 ff.

177 → XIII. Rn. 881–913 m.w.N.

178 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/Pfisterer Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 3021, 313, 318 f.

179 S. insb. zunächst *M.-E. Orth ZWeR* 2018, 382 ff. sowie im Anschluss daran *Hülskötter* 245 ff.; i.Erg. auch PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 256, 268 ff.

180 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.



bandspyramide auf allen Ebenen effektiv gestärkt. Wenn es sodann zu einer Auseinandersetzung vor der Verbandsjustiz kommen sollte, steht in letzter Instanz der CAS nicht im Verdacht, übermäßig verbandskritisch zu entscheiden. Interventionen des SchweizBG in etwaigen nachfolgenden Aufhebungsverfahren sind rar, vielmehr stärkt man dort zumindest mittelbar den Schiedsgerichtsstandort Schweiz. Dass in der Alpenrepublik schließlich vergleichsweise niedrige Steuersätze auf die Gewinne der internationalen Sportverbände erhoben werden, wird von diesen billigend in Kauf genommen.

#### 4. Forderungen nach einer möglichst umfassenden Absicherung der Verbandsautonomie durch Einführung staatlicher Sondergesetze

##### a) Lobbyismus der Sportverbände und Politik

Zwischen Sportverbänden und der Politik herrscht eine besondere Beziehung. 95 Wo der Sport Erfolge und erhöhte Aufmerksamkeit erzielt, sind Verbandsfunktionäre und Politiker zumeist nicht fern. Entsprechendes gilt aber auch im entgegengesetzten Fall, wenn der Sport in gefährliches, existenzbedrohendes Fahrwasser gerät, wie für jedermann sichtbar ab März 2020 im Zuge der COVID-19-Pandemie. Wenn die unter dem Schutz der verfassungsrechtlich abgesicherten Verbandsautonomie stehenden Sportverbände mit ihren Aktivitäten in die Grenzbereiche vordringen, wo infolge zu weniger klar sichtbarer Grenzsteine des staatlichen oder supranationalen Rechts der genaue Grenzverlauf des verbandsautonomen Reservats noch unklar ist, schlägt die Stunde der Verbandslobbyisten.<sup>181</sup> Dies gilt gleichermaßen für Fälle, in denen es aus Sicht der Sportverbände zu einer staatlichen Überregulierung, die angeblich die Verbandsautonomie zu stark einschränkt (das ist der Regelfall), oder aber auch zu einer Unterregulierung kommt, bei der überhaupt ein Tätigwerden der Exekutive und erforderlichenfalls der Legislative zum Schutz oder zur Absicherung der Verbandsautonomie gefordert wird. Warum auch sollte es im Sport anders sein als in den übrigen Branchen unternehmerischer Betätigung? Dabei können die gesellschaftliche Stellung und Bedeutung des betreffenden Sportverbandes ebenso hilfreich und nützlich sein wie gute Beziehungen zu politischen Entscheidungsträgern. Wenn etwa der DFB, mit mehr als 7 Mio. Mitgliedern (Stand: 31.12.2021) der größte nationale Sport-Fachverband der Welt, seine Stimme erhebt und ein Einschreiten der Politik zur Diskussion stellt oder fordert, werden Politiker, die instinktiv zumeist auch die eigenen Chancen zur Wiederwahl und die ihrer jeweiligen Partei im

181 Tendenzuell krit. gegenüber der Lobbyarbeit der Sportverbände *Grünberger* Der Staat 55 (2016), 117 (132).

Blick haben, derartigen Anliegen regelmäßig erhebliche Aufmerksamkeit schenken. Die DFL verwaltet demgegenüber zwar *nur* den professionellen Bundesliga-Fußball mit weit weniger Mitgliedern, weiß aber mitunter gleichfalls deren Interessen (so beim Re-Start der Fußball-Bundesliga im Frühjahr 2020) oder die in der Summe enorme Zahlungsbereitschaft von Millionen an Fußballfans (so regelmäßig bei der Versteigerung der Medienrechte an den Spielen der Fußball-Bundesliga) geschickt für die Zwecke des deutschen Profifußballs einzusetzen.

- 96 So wurden etwa im deutschen Fußballsport im Zuge der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen, zuvor in diesem Umfang undenkbar Beschränkungen der gesamten Gesellschaft und damit natürlich auch der Sportler sowohl Überregulierungen als auch Unterregulierungen beklagt:
- 97 – Aus ökonomisch nachvollziehbaren Gründen wollten die unter dem Dach der DFL zusammengefassten Bundesligacclubs im Frühjahr 2020 schnellstmöglich wieder an den Start gehen, um andernfalls allein für die nächsten Monate erwartete Einnahmeausfälle in hoher dreistelliger Millionenhöhe (insbesondere aus der Vermarktung der Medienrechte) noch abzuwenden. Der unermüdliche, von den Sportmedien auch mangels anderer berichtenswerter Ereignisse eifertig begleitete Einsatz der Verbands- und Clubfunktionäre, der in der Öffentlichkeit, insbesondere auch bei ausgewiesenen Fußballfans auf unterschiedliche Resonanz stieß, führte schließlich zu einem ersten Erfolg. Die Politik erlaubte die Öffnung von Sportstadien ab 16.5.2020 für sog. Geisterspiele ohne Stadionzuschauer. Teilweise entstand dabei der Eindruck, dass nach dem Wiedereinstieg ins Mannschaftstraining die strengen Quarantänevorschriften (an die sich die damalige Bundeskanzlerin wenige Wochen zuvor noch nach einem Kontakt mit einem kurz darauf positiv auf das Coronavirus getesteten Arzt genauestens gehalten hatte) auf Profifußballer als Kontaktsportler weniger streng angewendet wurden (was hier nicht bewertet werden kann und soll). Selbst unter Fußballfans war im Frühjahr 2020 die Zustimmung zum Hygienekonzept der DFL und zum von ihr geplanten Re-Start überraschend niedrig, insbesondere auch weil binnen weniger Wochen allein für den professionellen Fußballsport wegen engmaschiger Überprüfungen mehr als 20.000 Corona-Tests zum Einsatz kommen sollten. Denn zugleich war es bis dahin nicht möglich gewesen, das überdurchschnittlich stark gefährdete Personal in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen auf das Coronavirus flächendeckend auch nur einmal, geschweige denn regelmäßig vorsorglich zu testen.
- 98 – Eine Unterregulierung wurde hingegen für den gesamten Amateurfußballsport beklagt. Hier fallen die Erlöse aus der Medienrechtevermarktung weit weniger als im Profifußball ins Gewicht, so dass man – anders als die DFL und ihre Mitglieder, aber im Einklang mit zahllosen kleinen und großen Un-

ternehmen anderer Branchen – gezielte finanzielle Unterstützungsmaßnahmen des Staates zur Abwendung von Vereinsinsolvenzen forderte.

Auch schon in den Jahren zuvor hatten hin und wieder gesetzgeberische Maßnahmen die Lobbyisten des Sports zum Einschreiten veranlasst, weil man eine staatliche Überregulierung fürchtete, die den – natürlich auch in diesem Kontext reflexartig bemühten – Besonderheiten des Sports nicht angemessen Rechnung tragen würde. Exemplarisch sei auf die Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) zum 1.1.2015 mit einem Mindestlohn von seinerzeit 8,50 Euro (brutto) je Zeitstunde hingewiesen, die insbesondere im Amateursport kaum kalkulierbare negative Auswirkungen hätte haben können. Demnach wären zahllose Vertragsspieler mit Amateurstatus, die bis dahin weniger als 250 Euro pro Monat an Vergütungen oder anderen geldwerten Vorteilen erhalten hatten, in den Anwendungsbereich des MiLoG gefallen<sup>182</sup> und hätten damit künftig nur noch 29 Stunden pro Monat arbeiten dürfen. Tatsächlich investieren solche Vertragsspieler regelmäßig mehr Zeit für das Training und die Spiele (einschließlich An- und Rückreise). Zwei hochrangige Verbandsfunktionäre, der seinerzeitige Schatzmeister des DFB *Reinhard Grindel*, als ehemaliges Mitglied des Bundestages bestens vernetzt, und der damalige Präsident des DOSB *Alfons Hörmann*, mindestens 30 Jahre auch kommunalpolitisch tätig und mit zahlreichen Verbindungen in der Sportwelt ausgestattet, nahmen sich der Angelegenheit an. Kurz darauf erfolgte eine „Klarstellung auf Basis des geltenden Mindestlohngesetzes“ der damaligen Bundesarbeits- und Sozialministerin *Andrea Nahles*, dass der Mindestlohn nicht für die Vertragsspieler gelte.<sup>183</sup> Aus dem MiLoG und den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich dieses Ergebnis kaum ableiten. Es sei daran erinnert, dass in Deutschland nach Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Recht und Gesetz gebunden sind. Daran mag auch die „private Meinungsäußerung“ einer Bundesministerin nichts zu ändern, wenngleich sie ein Eingreifen der zuständigen Zollbehörden gegenüber Vertragsspielern – anders hingegen hinsichtlich Jugendtrainern beim deutschen Fußball-Re-

182 Ausf. hierzu *Kolb* CaS 2015, 23 ff.; *Walker* SpuRt 2015, 94 ff., jew. m.w.N.

183 Pressemeldung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales v. 25.2.2015 („Zukunft der Vertragsamateure im Sport gesichert“), Video abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Videos/DE/Arbeitschutz/zukunft-vertragsamateure-gesichert.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

kordmeister<sup>184</sup> – eventuell verhindern konnte.<sup>185</sup> Eine Bindung der Gerichte konnte auf diese Weise aber keineswegs herbeigeführt werden.<sup>186</sup>

b) Druckpotential (inter)nationaler Sportverbände gegenüber nationalen Gesetzgebern

- 100 Die Vergabe großer internationaler Sportevents hat in den letzten Jahren immer wieder für Schlagzeilen gesorgt. Die „Sommermärchen“-Affäre, die hierzulande erst neun Jahre nach der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2006 ins Rollen kam, konnte bis heute (Stand: 7.2.2022) nicht aufgeklärt werden.<sup>187</sup> In diesem Zusammenhang verkündete der DFB im April 2020, nun wolle man die Affäre noch einmal einer „tief gehenden Betrachtung“ unterziehen.<sup>188</sup> Man darf gespannt sein ... In den vergangenen Jahrzehnten sind insbesondere die Vergaben der Olympischen Spiele durch das IOC und der Fußball-Weltmeisterschaften durch die FIFA regelmäßig vom Verdacht dabei verwirklichter Korruptionstatbestände umweht gewesen.<sup>189</sup> Darum soll es in diesem Abschnitt jedoch nicht gehen, dieses Feld sei den verbandsinternen und -externen Untersuchungs- und Ethikkommissionen, Strafermittlern etc. kampflos überlassen. Hier steht eine sich zunehmender Beliebtheit erfreuende taktische Variante der Sportverbände im Vordergrund. Sie versuchen, nationale Gesetzgeber oder die Exekutive zu veranlassen, möglichst passgenaue staatliche Gesetze oder sonstige Maßnahmen zum Schutz der Interessen des Sports, die wenig überraschend zu einem erheblichen Teil mit den kommerziellen Interessen der Sportverbände übereinstimmen, in die Wege zu leiten.

184 FAZ v. 29.12.2021 („Mindestlohngesetz – Kahn reagiert auf Ermittlungen gegen den Bayern-Vorstand“), abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/fc-bayern-muenchen-oliver-kahn-zu-mindestlohn-ermittlungen-17706843.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022). Schon im Februar 2021 hatte der Fußballclub empört zur Kenntnis nehmen müssen, dass auf dem Flughafen BER in der Bundeshauptstadt, auf dem seinerzeit vieles noch nicht richtig funktionierte, zumindest das Nachtflugverbot strikt angewendet wurde und die Anreise zur Klub-WM in Qatar um sieben Stunden verzögerte; vgl. etwa Spiegel Online v. 6.2.2021 („Verspätete Starterlaubnis für den Bayern-Flug – Die Verantwortlichen wissen gar nicht, was sie unserer Mannschaft damit angetan haben“), abrufbar unter <https://www.spiegel.de/sport/fussball/fc-bayern-muenchen-mit-sieben-stunden-verspaetung-zur-klub-wm-rummenigge-ist-empoert-a-dfd2f200-31a1-4f26-8801-919b511427d9> (zuletzt besucht am 7.2.2022). Der deutsche Rekordmeister gewann übrigens wenige Tage später gleichwohl den Klub-WM-Titel.

185 Walker SpuRt 2015, 94 (96 f.).

186 Kolb CaS 2015, 23 (27).

187 So trat im Prozess um die „Sommermärchen“-Affäre vor dem Bundesstrafgericht der Schweiz Ende April 2020 Verjährung ein; s. zu dem Verfahren stellvertr. Aumüller SZ v. 28.4.2020 und Catuogno/Kistner SZ v. 17.4.2020.

188 SZ v. 24.4.2020 („DFB arbeitet ‚Sommermärchen-Affäre‘ erneut auf“), abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-dfb-arbeitet-sommermaerchen-affaere-erneut-auf-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200424-99-825502> (zuletzt abgerufen am 7.2.2022).

189 Hierzu Schade 6 ff.

Die Verfolgung kommerzieller Eigeninteressen gerade im professionell betriebenen Sport wie auch in der Fußball-Bundesliga ist nicht verwerflich, sondern inzwischen systemimmanent, auch wenn uns kleine Gruppen selbsternannter Meinungsführer des Fußballs in den Fankurven der Bundesligastadien insbesondere bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie das Gegenteil zu suggerieren versuchten. Ebenso wie in anderen Bereichen des Wirtschaftsverkehrs müssen auch Veranstalter von Sportevents finanzielle Gewinne erzielen dürfen. Sogar das Streben nach Gewinnmaximierung ist nicht *per se* verboten, insbesondere wenn die Sportverbände mit dem erzielten Gewinn die in den Verbandsstatuten verankerten *sportlich* motivierten Zielsetzungen nachhaltig verfolgen. Zu diesen gehören übrigens nicht etwa persönliche Bereicherungen ebenso einflussreicher wie verdienter Funktionäre oder „finanzielles Doping“ von Entscheidungsträgern im Vorfeld der Vergabe von Sportevents etc. 101

Vielfach wünschen internationale Sportverbände aber noch ergänzende rechtliche Hilfestellungen seitens der nationalen Veranstalter oder, weil diese nur Statuten mit verbandsinterner Wirkung aufstellen können, besser seitens der nationalen Gesetzgeber<sup>190</sup> sowie der Exekutive. Angestrebt wird dabei am Ort der Veranstaltung ein mindestens so verbandsfreundliches rechtliches und tatsächliches Umfeld und Klima, wie die internationalen Sportverbände es an ihrem Verbandssitz in der Schweiz<sup>191</sup> (oder andernorts<sup>192</sup>) schätzen gelernt haben. Den sodann im Vorfeld der Vergabe attraktiver Sportevents durch internationale Sportverbände in den Bewerberländern oder -städten einsetzenden Prozess hat *Weatherill*<sup>193</sup> pointiert mit folgenden Worten beschrieben: 102

„Governing bodies in sport may sometimes appear to ask for the moon, but they have willing suppliers among national politicians. Nor is this lunacy. Given that the commonly expressed claims that hosting tournaments will be commercially lucrative for the host have been exposed as unfounded, it seems plain that political gain from association with the glitter and ‚soft power‘ of top-level sport counts as the true motivation.“

In dieser polemisch anmutenden Einschätzung liegt sicherlich mehr als nur ein Fünkchen Wahrheit. Wer als außenstehender Jurist in früheren Jahren einmal Einblick in die seinerzeit noch höchst vertraulich behandelten *Host City Contracts* (etwa für die Olympischen Winterspiele 2022) nehmen konnte, hätte gestaunt, wozu sich die deutschen Bewerber, die Stadt München zusammen mit weiteren Wintersportregionen, hätten verpflichten müssen.<sup>194</sup> Manche von den 103

190 S. hierzu auch *Weatherill*, Principles, 2017, 37–47 m.w.N., der insoweit von „The Legislative Solution“ spricht.

191 → IV. Rn. 83–89.

192 So hat World Athletics, der Dachverband aller nationalen Sportverbände für Leichtathletik (bis zum Jahr 2019 bekannt unter dem Namen International Association of Athletics Federations), seinen Sitz in Monaco.

193 *Weatherill*, Principles, 2017, 43.

194 Instruktiv *Manssen* SpuRt 2011, 178 ff.

Bewerberstädten zu übernehmenden Verpflichtungen, die üblicherweise nicht verhandelbar waren, wiesen eine gewisse Nähe zur schuldrechtlichen Unmöglichkeit auf. Der Grund war simpel: Wie hätten die Bewerberstädte die geforderten Modifikationen etwa hinsichtlich der steuer-, zoll- oder strafrechtlichen und bundesweit geregelten Rahmenbedingungen ohne eigene entsprechende legislative Kompetenzen zusichern und gewährleisten sollen? Die Bewerbung scheiterte übrigens früh, weil im Jahr 2013 bei allen vier in München und Garmisch-Partenkirchen sowie in den Landkreisen Traunstein und Berchtesgadener Land durchgeführten Bürgerentscheiden die nötige Mehrheit nicht erreicht wurde.

- 104 Über die *Host City Contracts* sowie die regelmäßig viele hundert Seiten umfassenden *Bid Books*, d.h. die bis ins kleinste Detail niedergelegten Ausschreibungsbedingungen, wird indirekt und eher zurückhaltend Druck auf den nationalen Gesetzgeber ausgeübt. Denn dieser möchte nur ungern als Buhmann an den Pranger gestellt werden, sollte die Bewerbung an den rechtlichen Rahmenbedingungen scheitern. Um gerade dies zu vermeiden, ist man mitunter bereit, das Rechtsstaatsprinzip im Hinblick auf seine maximale Belastbarkeit einem Test zu unterziehen, ohne es jedoch gänzlich zu opfern. Das wissen natürlich auch die Sportverbände, die über ein von nationalen Sportverbänden, (Sport-)Politikern, Medien, Sponsoren etc. – mitunter aber eben nicht von der Bevölkerung in den betroffenen Bewerberregionen – überaus begehrtes Produkt verfügen. Sollte der Zuschlag an eine bestimmter Bewerberstadt oder -region erteilt sein, können die ohnehin schon bestehenden engen Kontakte der Sportfunktionäre zu den politischen Entscheidungsträgern durchaus hilfreich sein. Wenn dann gewisse Vorbehalte gegenüber den Wünschen der internationalen Sportverbände auftauchen, können die Regeln der sportpolitischen Diplomatie schon einmal auf der Strecke bleiben, um stattdessen verbal die Muskeln spielen zu lassen. So hatte etwa *Jérôme Valcke*, seinerzeit Generalsekretär der FIFA,<sup>195</sup> rund zwei Jahre vor Beginn der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2014 in Brasilien angesichts des damals geltenden Alkoholverbots in den Fußballarenen im Vertrauen auf die normative Kraft des Faktischen festgestellt:<sup>196</sup>

„Alcoholic drinks are part of the Fifa World Cup, so we're going to have them. Excuse me if I sound a bit arrogant but that's something we won't negotiate. [...] The fact that we have the right to sell beer has to be a part of the law.“

Wer es nicht weiß, ahnt an dieser Stelle, wie die Geschichte seinerzeit ausging ...

195 Zu *Jérôme Valckes* insgesamt abwechslungs-, zuletzt aber wenig ruhmreichen beruflichen Karriere bei der FIFA kann man Informationen abrufen unter [https://de.wikipedia.org/wiki/J%C3%A9r%C3%B4me\\_Valcke](https://de.wikipedia.org/wiki/J%C3%A9r%C3%B4me_Valcke) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

196 BBC News v. 19.1.2012 („Beer ‚must be sold‘ at Brazil World Cup, says Fifa“), abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-16624823> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

## c) Beispiele

Nachfolgend soll exemplarisch auf drei Bereiche eingegangen werden, in denen internationale, aber auch nationale Sportverbände speziellen legislativen Schutz ihrer Vermarktungsaktivitäten teils mit mehr, teils mit weniger Erfolg gefordert haben.

aa) *OlympSchG*

Im Jahr 1972 fanden letztmalig Olympische Spiele in Deutschland statt. Insbesondere infolge der Ausschreibungsbedingungen für eine – letztlich erfolglose – Bewerbung der Stadt Leipzig um die Ausrichtung der Olympischen Sommerspiele 2012 wurde hierzulande im Jahr 2004 das Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (*OlympSchG*) eingeführt.<sup>197</sup> Dieses Gesetz hat in der Folge Begehrlichkeiten anderer Sportverbände geweckt, hieraus ist – in rechtlicher Hinsicht wenig überzeugend – „ein Privileg zur Gleichbehandlung“ insbesondere der FIFA und der UEFA abgeleitet worden.<sup>198</sup> Entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen sind nachfolgend jedoch sogar im Zusammenhang mit der – erfolgreichen – deutschen Bewerbung um die Austragung der UEFA Fußball-Europameisterschaft 2024 unterblieben.

Mit dem *OlympSchG* verband sich die Erwartung des Nationalen Olympischen Komitees Deutschland, das später im Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) aufging, und des IOC als den gesetzlichen Rechteinhabern (§ 2 *OlympSchG*), dass ihnen fortan hierzulande ein gesetzliches Monopol hinsichtlich der Verwendung der olympischen sowie der diesen ähnlichen Bezeichnungen und Embleme zustehen würde. Man ging davon aus, dass *per se* eine Rechtsverletzung vorliegen würde, sobald im geschäftlichen Verkehr ohne Autorisierung durch die Rechteinhaber das olympische Emblem und insbesondere die olympischen Bezeichnungen verwendet würden, obgleich hierzu in sprachlicher Hinsicht kein zwingender Anlass bestanden hätte.

Diese Erwartungen sind in der Folge durch die Judikatur herb enttäuscht worden.<sup>199</sup> Als der BGH sich erstmalig eines Falles mit Bezug zum *OlympSchG* annahm – es ging um die unautorisierte Verwendung des Begriffs „Olympia-Rabatt“ in einer Werbemaßnahme –, verfolgte er insbesondere auch unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien eine restriktive Normanwendung. Unter Orientierung am Gesetzestext, der Entstehungsgeschichte des *OlympSchG*,

197 S. stellvertr. zur Entstehungsgeschichte des *OlympSchG* und zu den seinerzeit diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken *Rieken* 136–144 m.w.N.

198 *Stopper SpuRt* 2013, 243 ff.

199 S. hierzu eine erste Analyse der einschlägigen Judikatur bei *Heermann GRUR* 2014, 233 ff. m.w.N.

seiner systematischen Stellung im Immaterialgüterrecht sowie am Aspekt der Gemeinfreiheit lehnte der BGH eine Verletzung des Verbotstatbestandes § 3 Abs. 2 Nr. 1 Nr. 2 Alt. 2 OlympSchG ab.<sup>200</sup> Im Anschluss an diese Entscheidung des BGH sind Werbemaßnahmen, die Assoziationen zu den Olympischen Spielen oder Olympischen Ringen herstell(t)en, wiederholt von Gerichten nicht untersagt worden.<sup>201</sup>

- 109 Diese für den DOSB und das IOC ernüchternde Entwicklung bedeutet nicht, dass das OlympSchG für die genannten Verbände nutzlos ist. Den Niederlagen vor deutschen Gerichten hat bislang sicherlich ein Vielfaches an Abmahnverfahren wegen tatsächlicher oder auch nur angeblicher Verstöße gegen das OlympSchG gegenübergestanden, welche der DOSB erfolgreich mit Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die abgemahnten Unternehmen hat abschließen können. Indes haben sich – zumindest in Fachkreisen – die Möglichkeiten zur Umgehung der Verbotstatbestände des OlympSchG<sup>202</sup> vermutlich schon herumgesprochen.
- 110 Zudem macht das Beispiel des OlympSchG deutlich, dass zum Schutz insbesondere der Vermarktungsinteressen (inter)nationaler Sportverbände eingeführte nationale Sondergesetze nicht automatisch den Sportverbänden und ihren Sponsoren ein Monopol an bestimmten Vermarktungsmöglichkeiten verschaffen. Zunächst ist nicht ausgeschlossen, dass die hiermit befassten staatlichen Richter dem Gesetz und seinen Vorschriften kritisch gegenüberstehen und es restriktiv auslegen.<sup>203</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit Sonderge-

200 BGH GRUR 2014, 1215 ff. – Olympia-Rabatt. Diesen rechtlichen Ausführungen zuletzt ausdrückl. zust. BkArtA 26.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 109 ff. – Rule 40 Bye-law 3 OC.

201 In chronologischer Reihenfolge (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- OLG München SpuRt 2018, 78 f. = CaS 2018, 47 ff. – Bauernhof-Olympiade: kein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 und 2 sowie § 3 Abs. 2 Nr. 2 OlympSchG;
- OLG Stuttgart CaS 2018, 50 ff. = WRP 2018, 509 (LIDL verwendete unter der Überschrift „Liebe ist, wenn wir zu Olympia anfeuern“ eine Abbildung von vier Hamburgern und einem Lachsburger, sog. „Grill-Patties“, die in der Form der Olympischen Ringe auf einem glühenden Holzkohlegrill angeordnet waren): kein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 sowie § 3 Abs. 1 Satz 2 OlympSchG;
- OLG Frankfurt BeckRS 2018, 30554: Verwendung der Werbeanpreisungen „Olympia Special“ (Rabattaktion eines Fitnessstudios während der Dauer der Olympischen Spiele), „Wir holen Olympia in den Club“ und „Training bei A wird olympisch“ (eine für die Rabattgewährung maßgebliche Zahl der Trainingsbesuche wurde in „Medaillen“ gemessen und in einem persönlichen „Medaillenspiegel“ wiedergegeben) verstößt weder gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 OlympSchG noch gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 OlympSchG;
- BGH GRUR 2019, 648 ff. – Olympiareif mit Anm. Heermann GRUR 2019, 652–654: Die Verwendung der Bezeichnungen „olympiaverdächtig“ und „olympiareif“ im geschäftlichen Verkehr für die Bewerbung von Sporttextilien (also Produkten, die eine sachliche Nähe zu den Olympischen Spielen aufweisen!) verstößt als solche nicht gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 i.V.m. Satz 2 OlympSchG.

202 S. hierzu *Hans/Nilgen* MarkenR 2016, 440 ff.

203 Lesenswert in diesem Zusammenhang das erste Urteil, das sich mit dem OlympSchG befasste und die Voraussetzungen des Verbotstatbestandes mit einer außergewöhnlichen Begründung, die nicht frei



setzen zugunsten des Sports verfassungsrechtlich geschützte Positionen wie die (wirtschaftliche) Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Kunstfreiheit, die Eigentumsgarantie und nicht zuletzt auch die Wettbewerbsfreiheit nicht vollständig außer Kraft setzen kann.

#### *bb) Nationale Anti-Ambushing-Gesetze*

Wenn internationale Sportverbände große Sportveranstaltungen per Ausschreibung vergeben, fordern sie indirekt über die vom nationalen Veranstalter zu erfüllenden Ausschreibungsbedingungen von nationalen Gesetzgebern vielfach eine möglichst effektive Eindämmung des sog. Ambush Marketings.<sup>204</sup> Für diese Werbemethode – frei übersetzt: Werbung mittels eines Angriffs aus dem Hinterhalt – werden üblicherweise noch andere pejorative, juristisch vorverurteilende Begrifflichkeiten wie parasitäres Marketing, Guerillamarketing, Schmarotzermarketing oder auch schlichtweg Trittbrettfahrerei verwendet. All diese Bezeichnungen sollen eine fehlende Rechtskonformität dieser Werbemethode suggerieren. Der Begriff Ambush Marketing und die erwähnten Synonyme sind aber nicht juristischer Natur, sondern der Marketingbranche entlehnt, eine exakte Definition existiert nicht. Sog. Ambush Marketing umfasst nach dem hier vertretenen Verständnis jegliches, von einem Sport(groß)veranstalter nicht autorisiertes Verhalten eines Unternehmens, mit dem bewusst eine Assoziation zu der Veranstaltung angestrebt wird, um davon ohne Leistung eines unmittelbaren eigenen Beitrages zu der Veranstaltung oder an den Veranstalter zu profitieren.<sup>205</sup> Der Begriff Assoziationswerbung würde die Werbeform sprachlich zwar eher sachgerecht erfassen, hat sich in der Praxis aber nicht durchgesetzt.

Die Argumentation der Sportveranstalter, auf die sie ihre deutlichen Vorbehalte, ja zumeist die strikte Ablehnung nahezu jeder Form des sog. Ambush Marketings stützen, ist relativ simpel.<sup>206</sup> Sportverbände werden nicht müde zu betonen, dass sie in mühevoller, zeitaufwändiger und kostenintensiver Arbeit das Renommee der Sportveranstaltung, einer Sportliga etc. aufgebaut hätten, bis diese sich am Sportmarkt durchsetzen konnten, vermarktungsfähig waren und neben dem breiten Publikum auch Sponsoren, Medienanbieter etc. anzogen. Über Ticketverkäufe hinaus werde das Event allein von den Veranstaltern, d.h. zumeist Sportverbänden, letztlich zusammen mit offiziellen, exklusiven Sponsoren und Medienan-

von ironischen Untertönen ist, ablehnte: LG Darmstadt CaS 2006, 278 ff. – Die Ringe sind schon in Athen mit Anm. Heermann CaS 2006, 282.

204 S. ausf. zu dieser Werbeform stellvertr. Heermann, Ambush Marketing, 2011; mit Fokus auf den Fußballsektor Stopper/Lentze/Heermann Kap. 7, jew. m.w.N.

205 Zu den Erscheinungsformen des sog. Ambush Marketings Heermann, Ambush Marketing, 2011, 24 ff. m.w.N.

206 Ausf. zu den umstrittenen Auswirkungen dieser Werbeform Heermann, Ambush Marketing, 2011, 33 ff. m.w.N.

biern finanziert, weshalb auch allein dem Veranstalter sowie den genannten Unternehmen und lizenzierten Vertragspartnern das Recht zustehen könne, in der Werbung auf die angesehene, in gutem Ruf stehende Sportveranstaltung sprachlich oder in sonstiger Weise assoziativ Bezug zu nehmen. Ohne flächendeckende Ausschaltung sog. Ambush Marketings würden die von Sportveranstaltern erzielbaren Sponsoringerglöse deutlich geringer ausfallen, wodurch die künftige Finanzierbarkeit der gesamten Sportevents ernsthaft in Frage gestellt werden müsse. Ebenso argwöhnisch steht man übrigens Sportwettanbietern gegenüber, deren Geschäftsmodell an Sportevents unmittelbar anknüpft und zumindest vor der COVID-19-Pandemie für enorme Unternehmensgewinne sorgte, an denen aber die veranstaltenden Sportverbände nicht unmittelbar partizipierten.

- 113 Diese Argumentation zur Begründung eines speziellen, umfassenden und möglichst strengen gesetzlichen Schutzes gegen sog. Ambush Marketing mag auf den ersten Blick überzeugend klingen, sie verfängt auch bei vielen politischen Entscheidungsträgern, sie greift aber bei genauer Betrachtung zu kurz:
- 114 – Es ist bislang nicht der Nachweis geführt worden, dass sich sog. Ambush Marketing gesamtökonomisch oder aber bezogen auf die von Sportveranstaltern erzielbaren Sponsoringerglöse nachhaltig negativ auswirkt. Stattdessen werden bis heute diese Konsequenzen von interessierter Seite nur gebetsmühlenartig behauptet. Wenn Sponsoringerglöse in der Vergangenheit bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie tatsächlich einmal stagnierten oder geringfügig sanken, waren dafür vorrangig hausgemachte Probleme, Skandale bei einzelnen Sportverbänden und damit verbundene Negativschlagzeilen verantwortlich.
- 115 – Wenn das tückische Coronavirus zumindest bei großen (inter)nationalen Sportevents zwar deren zeitliche Verschiebung, aber nicht ihren kompletten Ausfall zu bewirken vermag, stellt sich die Frage, wie allein sog. Ambush Marketing den vielfach befürchteten oder sogar behaupteten künftigen Ausfall einer traditionsreichen und renommierten Sportveranstaltung soll bewirken können.
- 116 – Darüber hinaus tragen viel mehr Akteure als nur die Veranstalter, die Zuschauer vor Ort, die offiziellen Sponsoren und die Medienanbieter zum wirtschaftlichen Erfolg von Sportveranstaltungen bei, was die Gegner des sog. Ambush Marketings regelmäßig vollständig vernachlässigen: Zuerst genannt seien die teilnehmenden Athleten, ohne die jegliche Veranstaltung undenkbar wäre und die deshalb in den letzten Jahren mit zunehmendem Erfolg eine angemessene Partizipation an den Gewinnen der Sportveranstalter gefordert haben.<sup>207</sup> Was wäre das Sportevent darüber hinaus ohne die Zuschauer, die

207 → V. Rn. 51–56, XI. Rn. 28–31 und XIII. Rn. 655–708.

zwar nicht vor Ort in der Sportstätte, aber über unterschiedliche Medien das sportliche Geschehen live oder zeitversetzt verfolgen und auf diese Weise indirekt die Sportveranstaltung mitfinanzieren? Was wäre die Sportveranstaltung ohne die Sportinteressierten, die ihre Begeisterung für das Event verbreiten und weitertragen und dadurch den Aufmerksamkeitswert lawinenartig erhöhen, wovon wiederum die Sportveranstalter und ihre exklusiven Vertragspartner profitieren? Was wäre das Sportereignis ohne die Steuerzahler (zu ihnen gehören zumeist auch die sog. Ambusher), die zu einem erheblichen Teil etwa die erforderliche Infrastruktur wie Zufahrtswege zur Sportstätte, mitunter auch diese selbst, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen etc. (mit)finanzieren? Was wäre die Sportveranstaltung ohne den Staat, die Bundesländer und die Kommunen, die Steuereinnahmen in vielfältiger Weise zur Sportförderung einsetzen?

- Zudem blenden die Verfechter gesetzgeberischer Maßnahmen zur effektiven Eindämmung des sog. Ambush Marketings regelmäßig aus, dass diese Werbeform über das Immaterialgüterrecht, das Lauterkeitsrecht, Abwehrstrategien der Veranstalter (insbesondere gestützt auf das Hausrecht) zusammen mit den offiziellen Sponsoren schon sehr weitgehend unterbunden werden kann.<sup>208</sup>

Damit bestehen – zumindest bezogen auf den deutschen Markt – deutliche Zweifel an der Notwendigkeit zur Einleitung legislativer Maßnahmen gegen sog. Ambush Marketing. Ein Blick über die Ländergrenzen hinweg zeigt, dass etwa in den Gastgeberländern der Olympischen Sommerspiele 2008 (Peking), 2012 (London) und 2016 (Rio de Janeiro) oder der FIFA Fußballweltmeisterschaften 2010 (Südafrika), 2014 (Brasilien) und 2018 (Russland) jeweils nationale Gesetze zur Eindämmung des sog. Ambush Marketings galten. Die entsprechenden gesetzlichen Verbotstatbestände entpuppten sich fast durchweg als Papiertiger, von denen zwar sicherlich jeweils anlässlich der Events eine spürbare Abschreckungswirkung ausging, die aber letztlich in der Praxis kaum angewendet und durchgesetzt wurden.<sup>209</sup> Die Gründe sind vielfältig: Aus verfassungsrechtlichen Gründen können Anti-Ambushing-Gesetze nicht jegliche Formen von Werbemaßnahmen verbieten, die assoziativ auf das geschützte Sportevent Bezug nehmen. Im Hinblick insbesondere auf die Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Kunstfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Wettbewerbsfreiheit müssen gesetzliche Ausnahmebereiche verbleiben, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheit führt. Zudem sind die sog. Ambusher vielfach juristisch bestens beraten und dringen bewusst in rechtliche Grenzbereiche vor, die Bewertung entsprechender Werbemaßnahmen durch die staatliche Justiz ist ungewiss.

<sup>208</sup> Hierzu im Detail *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 53 ff., 76 ff., 103 ff. m.w.N.

<sup>209</sup> S. exemplarisch zum sondergesetzlichen Schutz der Olympischen Sommerspiele 2012 in London *Heermann*, Ambush Marketing, 2011, 147 ff. m.w.N.

Wenn ein Sportveranstalter sodann einen solchen Gerichtsprozess gegen einen sog. Ambusher verliert, überwiegt die zu erwartende negative Berichterstattung vielfach den Schaden, der durch die assoziative Werbemaßnahme eventuell – wenn überhaupt – hätte verursacht werden können.

cc) *Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter*

- 119 In den letzten 15 Jahren ist in Deutschland sowie auf europäischer Ebene im wissenschaftlichen Schrifttum und zuletzt auch von der EU-Kommission die Frage diskutiert worden, ob über die schon bestehenden rechtlichen Möglichkeiten hinausreichend *de lege ferenda* ein spezielles Schutzrecht eingeführt werden sollte, das gezielt und möglichst umfassend die von Sportveranstaltern und damit regelmäßig von (inter)nationalen Sportverbänden erbrachten Leistungen schützt.<sup>210</sup> Entsprechende Bemühungen sind bis heute (Stand: 7.2.2022) zumindest in Deutschland und EU-weit im Sande verlaufen. Die wichtigsten Stationen dieser Diskussion und damit die zentralen argumentativen Ansätze sollen nachfolgend in chronologischer Reihenfolge skizziert und gewürdigt werden.
- 120 Den wissenschaftlichen Ausgangspunkt in Deutschland bildete ein von Sportverbänden (DFB, DFL und DOSB) sowie von Senats- und Staatskanzleien verschiedener Bundesländer (Berlin, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, Bayern) in Auftrag gegebenes und im Jahr 2007 veröffentlichtes Rechtsgutachten. In diesem bewerteten *Hilty* und *Henning-Bodewig* die Rechtslage umfassend, stuften die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter mangels eines drohenden Marktversagens im klassischen Sinne nicht als zwingend ein, hielten aber auf der Basis der neu geschaffenen Figur eines „Marktversagens durch fehlgeleiteten Schutz“ die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter für zumindest denkbar.<sup>211</sup> Der nationale Gesetzgeber reagierte auf diesen Vorschlag nicht.
- 121 Eine Steilvorlage für eine Fortsetzung der wissenschaftlichen Diskussion lieferte dann eher beiläufig der EuGH in der Rechtssache *FAPL/Karen Murphy*.<sup>212</sup> Die betreffenden Erwägungsgründe seien wörtlich wiedergegeben, bieten sie doch rechtliche Orientierungspunkte für die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter (Hervorhebungen durch *Verfasser*):

210 Diese Diskussion hat der *Verfasser* begleitet und wiederholt krit. bewertet, s. insb. *Heermann* GRUR 2012, 791 ff.; *Heermann* GRUR 2015, 232 ff., jew. m.w.N.; zur Möglichkeit, ein weitreichendes Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter über § 4 Nr. 9 UWG (2004) – nunmehr § 4 Nr. 3 UWG (2015) – zu konstruieren, krit. *Heermann* SpuRt 2013, 56 ff.

211 *Hilty/Henning-Bodewig passim*; hierzu *Heermann* GRUR 2012, 791 (794–797).

212 EuGH Slg. 2011, I-9159, Rn. 100–105 = SpuRt 2011, 245 – *FAPL/Karen Murphy*; ausf. zu diesem Urteil *Heermann* WRP 2012, 650 ff.

- „100. Gleichwohl sind Sportereignisse als solche einzigartig und haben insoweit einen Originalcharakter, der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen, wobei dieser Schutz gegebenenfalls von den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährt werden kann.
101. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigt.
102. Einem Mitgliedstaat steht es daher frei, Sportereignisse – gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums – zu schützen, indem er eine spezielle nationale Regelung einführt oder unter Beachtung des Unionsrechts einen Schutz anerkennt, den diese Ereignisse auf der Grundlage von Verträgen genießen, die zwischen den Personen, die berechtigt sind, den audiovisuellen Inhalt dieser Ereignisse der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, und den Personen, die diesen Inhalt an die Öffentlichkeit ihrer Wahl verbreiten wollen, geschlossen werden.
103. Dazu ist zu bemerken, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mitgliedstaaten von dieser Befugnis Gebrauch machen werden, da er im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/36 auf Ereignisse Bezug nimmt, die von einem Veranstalter organisiert werden, der kraft Gesetzes befugt ist, die Rechte an diesem Ereignis zu veräußern.
104. Falls die betreffende nationale Regelung daher zum Ziel haben sollte, Sportereignisse zu schützen – was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts wäre –, steht das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen, so dass eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wie die in den Ausgangsverfahren fragliche rechtfertigen kann.
105. Jedoch darf eine solche Beschränkung zusätzlich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen (...).“

Der EuGH hat also über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinaus offensichtlich bewusst zusätzlich Maßgaben und Relativierungen aufgestellt,<sup>213</sup> denen im Rahmen der Diskussion stets angemessen Rechnung getragen werden sollte. Dies betrifft insbesondere die Vergleichbarkeit eines zu schützenden Sportevents mit urheberrechtlich geschützten Werken, nur bejahendenfalls die Verankerung des Schutzrechts im Immaterialgüterrecht sowie die Beschränkung eines solchen Sportveranstalterrechts auf die Verwertung von audiovisuellen Inhalten. Abweichungen hiervon wären zwar nicht vom Willen des EuGH gedeckt, aber auf der Basis einer zusätzlichen Begründung von einem nationalen Gesetzgeber gleichwohl umsetzbar. 122

213 Ausf. hierzu *Heermann* GRUR 2012, 791 (793 f.).

- 123 In der Folge gaben der DFB sowie die DFL ein weiteres, im Jahr 2014 veröffentlichtes Rechtsgutachten in Auftrag, in dem sich *Paal*<sup>214</sup> ausdrücklich für die Einführung eines vorrangig im Urheberrecht anzusiedelnden Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter mit einem erheblichen Schutzzumfang aussprach. Es bestehe bereits eine Rechtslage, die durch einen fehlgeschlagenen bzw. unzureichenden Schutz das Funktionieren des Marktes beeinträchtige und eine Marktstörung bzw. ein Marktversagen begünstige.<sup>215</sup> Deshalb forderte er die Gewährleistung einer „angemessenen Möglichkeit zur Vermarktung der erbrachten, originär eigenen Leistungen durch die Sportveranstalter“. Dies solle die „audiovisuelle Verwertung von Sportereignissen“ und „sämtliche Bereiche der Werbung und der wirtschaftlichen Verwertung von Immaterialgüterrechten sowie gewerblichen Schutzrechten“ betreffen. Zudem seien „nicht zuletzt auch die Themen Marketing und Merchandising unter Einschluss der Spielpläne sowie der hieraus erwachsenden Implikationen für den Glücksspiel- bzw. Sportwettensektor“ zu berücksichtigen.<sup>216</sup> Durch das Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter sollten insbesondere Leistungsübernahmen durch Dritte unterbunden werden können, „die sich als die Ausnutzung von schützenswerten Leistungen darstellen“. Davon sollten folgende Maßnahmen erfasst werden: Streaming; Live-Ticker-Berichterstattungen von Sportereignissen; Internet-Veröffentlichungen von audiovisuellen Inhalten durch Private; das gesamte Merchandising durch Dritte unter Ausnutzung der von Sportveranstaltern erbrachten (Vor-)Leistungen sowie die kostenfreie Nutzung von Spielplänen<sup>217</sup> auch und gerade durch Sportwettanbieter; Zugriff von Dritten auf die Ergebnistabellen und Echtzeitdaten der Sportveranstalter.<sup>218</sup> Dieses offensichtlich ergebnisorientierte Rechtsgutachten<sup>219</sup> ließ keinen Wunsch der Sportverbände offen.
- 124 Unter Berücksichtigung auch der beiden zuvor erwähnten Rechtsgutachten von *Hilty/Henning-Bodewig* sowie von *Paal* gelangte eine Studie des *T.M.C. Asser Instituut/Asser International Sports Law Centre und des Institute for Information Law – University of Amsterdam*<sup>220</sup>, die im Auftrag der *European Commission, Directorate-General for Education and Culture, Directorate Youth and Sport, Unit Sport* erstellt und im Februar 2014 veröffentlicht wurde, zu einem völlig

---

214 *Paal passim*.

215 *Paal* 48.

216 *Paal* 35.

217 Zur fehlenden Schutzfähigkeit von Spielplänen etwa der Fußball-Bundesligen sowohl als Datenbank gem. § 4 Abs. 2 UrhG als auch als Datenbank gem. § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG vgl. *Heermann* CaS 2010, 227 ff. und *Heermann/John* K&R 2011, 753 ff., jew. m.w.N.

218 *Paal* 36 f.

219 Sehr krit. *Heermann* GRUR 2015, 232 (233–238) m.w.N.

220 *T.M.C. Asser Instituut u.a.*, Final Report sowie Executive Summary.

anderen Ergebnis, wie stellvertretend folgende Einschätzung zum Schutz der überaus wertvollen Live-Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen erhellt:<sup>221</sup>

„[...] the rights and interests of sports organisers are generally well safeguarded at the substantive legal level. The ‚house right‘ gives sports events organisers and clubs (and indirectly the sports federations) a right to exclude unauthorized media from the venue, and thereby creates leverage for the event organisers to negotiate exclusive contracts regarding media coverage.<sup>222</sup> In practice, these contracts may or may not provide for complete or partial transfer(s) to the sports organisers of the copyrights and neighbouring rights in the audiovisual recording and transmission of the event. Sports events organisers or their federations may, alternatively, elect to produce and distribute media coverage of the sports events themselves. Either way, the combination of house right, media contract(s), and intellectual property protection of the audiovisual recording and broadcast effectively allows the sports event organisers to enjoy complete ownership and/or control over the audiovisual rights in the sports events.“

Im Hinblick auf die Forderung nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter erkannte man seinerzeit auch bezüglich der übrigen angeblichen Schutzdefizite, die von den Sportverbänden vorgetragen worden waren, keinen dringenden Anlass für die Einleitung von Harmonisierungsmaßnahmen auf EU-Ebene.<sup>223</sup>

In Unkenntnis der vorgenannten, im Jahr 2014 veröffentlichten Gutachten setzte sich Kainer kurz darauf in ihrer Dissertation ausführlich mit dem Diskussionsstand bis Juni 2013 auseinander. Dabei unternahm sie – erstmalig – den Versuch der Formulierung eines entsprechenden, die umfassenden Wünsche der Sportverbände berücksichtigenden und im UWG zu verankernden Schutzzatbestands, um letztlich aber die Einführung eines solchen Leistungsschutzrechts für „derzeit“ nicht erforderlich zu erachten.<sup>224</sup>

In seiner im Jahr 2017 veröffentlichten Dissertation gelangte Brost, seinerzeit Leiter des DFB-EU-Büros in Brüssel, zu einer deutlich abweichenden rechtlichen Einschätzung.<sup>225</sup> Er forderte die Normierung eines sondergesetzlichen Leistungsschutzrechts *sui generis* für Sportveranstalter im Urheberrecht. Der Regelungsgegenstand solle die schutzwürdigen Aspekte der audiovisuellen Verwertung umfassen und eine Grundlage für den Schutz der Verwertung von Live-Daten einer Sportveranstaltung bieten, d.h. Schutzmöglichkeiten insbesondere gegen unautorisiertes Streaming sowie Sportwettenanbieter. Die *de lege lata* bestehenden rechtlichen Schutzmöglichkeiten hinterließen „erhebliche Schutzlücken“ sowie „unzureichende effektive Durchsetzungsmöglichkeiten“. Das Merkmal des

221 T.M.C. Asser Instituut u.a., Executive Summary, 2.

222 Ausf. zur Rechtsfigur des Hausrechts als Grundlage für den Schutz der audiovisuellen Verwertung von Sportveranstaltungen Heermann WRP 2012, 17 ff. und 132 ff.

223 T.M.C. Asser Instituut u.a., Executive Summary, 2.

224 Kainer 361–413, 353–360, 415.

225 Brost *passim*.

„Marktversagens“ sei als Voraussetzung zur Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts „untauglich“. Letztlich bestehe insoweit eine insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Handlungsverpflichtung des Gesetzgebers.

- 128 Fast wäre es dann im Jahr 2019 zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter gekommen. Der im September 2016 veröffentlichte Vorschlag einer Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt hatte in Art. 12a ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter vorgesehen. Die auf Antrag des Rechtsausschusses ergänzte Vorschrift bestimmte, dass Sportveranstalter das Aufzeichnungs- und Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (erstaunlicherweise aber nicht das Senderecht) erhalten sollten. Begründet wurde der Antrag damit, dass bislang fünf Mitgliedstaaten Sportveranstaltern ein solches verwandtes Schutzrecht gewährt hätten. Mangels einer entsprechenden Ergänzung der Erwägungsgründe blieb dabei aber ebenso offen, wer als Sportveranstalter in diesem Sinne originärer Inhaber der betreffenden Rechte sein sollte, wie auch eine Definition des Schutzgegenstands fehlte. Allerdings fand dieser Vorschlag für ein Leistungsschutzrecht nicht seinen Weg in die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG. Es taucht dort überhaupt nicht mehr auf. Nach inoffiziellen, nicht zitierfähigen Informationen soll das Parlament seinen Vorschlag auf Einführung des beschriebenen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter während der Verhandlungen zurückgezogen haben, nachdem der Rat und die EU-Kommission Bedenken hinsichtlich des Fehlens einer umfassenden Folgenabschätzung geäußert hatten.
- 129 Im Hinblick auf die Forderungen nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter auf deutscher und/oder europäischer Ebene gilt also Folgendes: Frucht rechtswissenschaftlicher und legislativer Mühen kann auch die Einsicht sein, dass eine Frage vom Gesetzgeber einstweilen nicht geregelt werden sollte.

#### d) Würdigung

- 130 Wenn Sportverbände ihre Geschäftsmodelle und die damit verbundenen Erlöspotentiale bedroht sehen, starten sie – wie dies auch in anderen Unternehmensbereichen üblich ist – Gegenattacken. Ins Fadenkreuz geraten dann oftmals Unternehmen oder Personen, deren Geschäftsmodell an Sportveranstaltungen wie z.B. an den Betrieb einer weithin bekannten und populären Sportliga anknüpft. Sportverbände stören sich – was im Ausgangspunkt durchaus nachvollziehbar ist – in solchen Konstellationen daran, dass die von ihnen oftmals als „Trittbrettfahrer“ oder „Schmarotzer“ bezeichneten Unternehmen in teils erheblicher Höhe



(z.B. Sportwettenanbieter) Einnahmen erzielen, die ohne das vom Sportverband durchgeführte Event undenkbar wären.

Als besonders empörend wird empfunden, dass die Sportverbände nicht an 131  
denjenigen Erlösen dieser „schmarotzenden“ Unternehmen unmittelbar partizipieren, die – wie etwa die Einnahmen der Sportwettenanbieter – ohne die durchgeführten Sportveranstaltungen gar nicht hätten anfallen können (was aber beispielsweise nahezu alle Clubs der Fußball-Bundesligen und auch die DFL nicht daran hindert, Sponsorenverträge mit jeweils einem der zahlreichen Sportwettenanbieter abzuschließen). Zudem sind Sportverbände zunehmend auf den Zug der Kommerzialisierung aufgesprungen und haben sich als sehr einfallsreich in der exklusiven (weil Erlösmaximierung versprechenden) Vermarktung nahezu aller Aspekte einer Sportveranstaltung erwiesen. Diese Aktivitäten erstrecken sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – u.a. auf folgende Aspekte: laufende Bilder vom Sportevent (wobei Live-Bildberichterstattung im Bezahlfernsehen die höchsten Einnahmen verspricht); Namen der Sportstätte (*Naming Right*); Werbung in der Sportstätte (z.B. Werbeanzeigen, *Cam Carpets*, Werbedurchsagen) oder gar auf der Spielfläche, neuerdings auch durch den Einsatz sog. virtueller Werbung; Online-Verkauf von Eintrittskarten (*Ticketing*); Unterbringung und Verköstigung der Stadionbesucher von den Fans auf den Stehplätzen bis zu denen in den Logen (*Hospitality* und *Catering*); Präsentation des Spielballs, der Eckbälle oder der Freistöße, der Zeitlupenwiederholungen, der Zuschauerzahl etc.; vielfältige Möglichkeiten der Auswertung von Spieldaten (z.B. alle nur denkbaren Statistiken zum Spiel und zu den Spielern, *Heatmaps* etc.); Ausstattung der Sportler und Trainer mit Spiel- und Freizeitkleidung, Kraftfahrzeugen und sonstigen Dingen des täglichen Lebens. Wenn nunmehr Konkurrenten derjenigen Sponsoren, Ausstatter, Ausrüster etc., denen der Veranstalter vertraglich (Branchen-)Exklusivität zugesichert hat, sich etwa in der Werbung durch sog. Ambush Marketing an das Sportereignis assoziativ anlehnen, fürchten die Sportveranstalter und ihre Vermarktungspartner eine Entwertung der vertraglichen Vereinbarungen und werden im eigenen (finanziellen) Interesse gegen die sog. Ambusher vorgehen.<sup>226</sup>

Die von den Sportveranstaltern beklagten Situationen der Nutzbarmachung eigener Leistungen durch Dritte wird auch durch Metaphern wie „Pflügen mit fremdem Kalbe“ oder „Schmücken mit fremden Federn“ umschrieben. Aber ist solches Verhalten *per se* gesetzwidrig oder unlauter? Die Antwort lautet: Grundsätz- 132

226 Eine Ausnahmeproblematik ergab sich anlässlich der bei der japanischen Bevölkerung höchst umstrittenen Durchführung der um ein Jahr verschobenen Olympischen Sommerspiele 2020 in Tokio. Dabei verzichtete Toyota Motor, einer der wichtigsten exklusiven Sponsoren des IOC, in Japan während der Olympischen Spiele auf die Ausstrahlung von Werbespots, die mit dem Sportereignis in Verbindung standen, weil man fürchtete, dass der Werbewert der Spiele wegen der COVID-19-Pandemie weiterhin sinken oder gar ins Negative abrutschen würde; vgl. hierzu stellvertr. Welter FAZ v. 19.7.2021 („Toyota zieht die Bremse“).

lich nein! Denn die aufgeworfene Frage kann nur in bestimmten Fällen klar bejaht werden, während viele Formen der „Trittbrettfahrerei“ rechtlich nicht greifbar sind. Wenn eine unternehmerische Leistung durch Spezialvorschriften des geistigen Eigentums gesetzlichen Schutz genießt (z.B. Marken-, Kennzeichnungs-, Urheber-, Design- oder Patentrecht) und ein entsprechendes Schutzrecht einem Rechtsinhaber zugewiesen ist, kann dieser natürlich gegen Rechtsverletzer vorgehen und Unterlassung sowie gegebenenfalls Schadensersatz verlangen. Im Übrigen gilt der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und damit auch der Nachahmungsfreiheit, wie er etwa im deutschen Lauterkeitsrecht klar in § 4 Nr. 3 UWG (2015) zum Ausdruck kommt:

Unlauter handelt, wer

1. [...]
2. [...]
3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er
  - a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
  - b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder
  - c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;
4. [...]

133 Die Botschaft des Gesetzgebers ist klar: Nachahmungen begründen allein bei Hinzutreten unlauterkeitsbegründender Merkmale einen Verstoß gegen den Auffangtatbestand des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 4 Nr. 3 UWG (2015). Im Übrigen sind Nachahmungen nur gesetzlich untersagt, wenn sie ein dem Sportverband oder -veranstalter zustehendes Urheberrecht oder gewerbliches Schutzrecht verletzen.

134 Dies führt zu einer misslichen rechtlichen Ausgangssituation für Sportveranstalter: Die von ihnen vor und bei der Organisation sowie Durchführung einer Sportveranstaltung erbrachten Leistungen sind nur selten über das Urheber-, Marken- oder Kennzeichnungsrecht geschützt.<sup>227</sup> Vom Schutz umfasst sind etwa Erkennungsmelodien oder Logos einer Sportveranstaltung. Aber schon typische Veranstaltungsbezeichnungen, die sich aus der Sportart, der Art der Veranstaltung (z.B. Europa- oder Weltmeisterschaft, EM oder WM), dem Veranstaltungsort und/oder dem betreffenden Jahr zusammensetzen, werden zumeist mangels Unterscheidungskraft und wegen ihres überwiegend beschreibenden Charakters

227 S. hierzu stellvertr. Heermann, Ambush Marketing, 2011, 53 ff.; Stopper/Lentze/Heermann Kap. 7 Rn. 28 ff.

nicht als Marke eintragungsfähig sein.<sup>228</sup> Ergänzt der wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 UWG (2015) scheitert regelmäßig daran, dass die Dienstleistungen des Sportveranstalters nicht nachgeahmt werden.<sup>229</sup> Ein reiner Investitionsschutz wird weder über das Immaterialgüter- noch über das Lauterkeitsrecht gewährt.<sup>230</sup> Insoweit sind die Rufe nach Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter verständlich, was freilich voraussetzt, dass künftig Sportevents gerade wegen unzureichenden rechtlichen Schutzes der von den Veranstaltern erbrachten Leistungen nicht mehr stattzufinden drohen. Ein solches Marktversagen wird sich aber üblicherweise nicht nachweisen lassen. Sofern also diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Geschäftsmodell an die Vorleistungen von Sportverbänden anknüpfen, weder gegen immaterialgüterrechtliche oder sonstige gesetzliche Vorschriften (z.B. Hausrecht) verstoßen noch vertragliche Pflichten verletzen, segeln sie unter der Flagge der Wettbewerbsfreiheit. Es liegt in der Natur der Sache, dass man nur bestimmte Leistungen über das Urheberrecht oder gewerbliche Schutzrechte für einen begrenzten Zeitraum monopolisieren kann. Dabei ist der jeweilige Schutzgegenstand in aufwändigen legislativen Prozessen und unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten festgelegt worden. In diesem Zusammenhang lässt sich ein Gesetzgeber auch von dem Gedanken leiten, dass Weiterentwicklungen einer geschützten Ware oder Dienstleistung nicht unnötig behindert werden sollen.

Bei dieser komplexen rechtlichen Gemengelage ist es für Sportverbände schwierig, ausreichend politischen Rückenwind für die Einführung von Sondergesetzen zu erhalten, die eine über das *de lege lata* bereits bestehende Schutzniveau hinausgehende Absicherung ihrer Leistungen gewähren sollen. Dabei haben internationale Sportverbände überzeugendere Argumente in der Hand, weil sie mit Olympischen Spielen, Welt- oder Europameisterschaften über Produkte verfügen, in deren Genuss einzelne Länder nur – wenn überhaupt – im Abstand von mehreren Jahren, mitunter gar Jahrzehnten kommen. Dies erhöht natürlich den Druck auf die Politik und letztlich die nationalen Gesetzgeber, was internationale Sportverbände auszunutzen versuchen. Auffällig ist freilich, dass in letzter Zeit demokratisch regierte Länder bei der Bewerbung um solche sportlichen Mega-Events entweder immer öfter den Kürzeren zogen oder gar nicht erst antraten. Aber das ist ein anderes Thema, das hier nicht vertieft werden soll. Freuen wir uns also auf Olympische Winterspiele 2022 in nahezu schneefreien Gebieten (Wozu gibt es denn Kunstschnee?) oder eine FIFA Fußball-Weltmeisterschaft

228 Grundl. BGHZ 167, 278, Rn. 24, 29, 45 = NJW 2006, 3002 – FUSSBALL WM 2006; aus dem Schrifttum s. stellvertr. Heermann, Ambush Marketing, 2011, 56 ff.; Heermann ZEuP 2007, 535 ff.

229 BGHZ 187, 255, Rn. 16, 28 = SpuRt 2011, 158 – Hartplatzhelden.de; Stopper/Lentze/Heermann Kap. 7 Rn. 92 f.; zur – inhaltsgleichen – Vorgängervorschrift § 4 Nr. 9 UWG (2004) Heermann SpuRt 2013, 56 (57–59); i.Erg. a.A. Röhl 165 f., 200 ff., 219 ff., 397 ff.

230 Heermann, Ambush Marketing, 2011, 39 ff.

2022 zwar nicht in, aber unmittelbar neben der Wüste in architektonisch aufregenden, aufwändig klimatisierten Stadien ...

- 136 Demgegenüber sind etwa die Fußball-Bundesligen – für viele die „schönste Nebensache der Welt“, für manche gar eine Art Ersatzreligion – jede Spielzeit aufs Neue in Deutschland verfügbar. Sie dürfen anders als die professionellen Kicker nicht in ein anderes Land wechseln. Die Fußball-Bundesligen ließen sich selbst während der COVID-19-Pandemie lediglich gut zwei Monate ausbremsen, was hierzulande den Profifußball nahe an den Status der Systemrelevanz heranrücken lässt. Zwar sind die nationalen Sportdachverbände nach wie vor in der Landes- und Bundespolitik bestens vernetzt und treffen dort auf viel Sympathie. Indes begegnen weite Kreise der Bevölkerung nicht erst seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie der Forderung von Sonderrechten zugunsten des professionellen und stark kommerzialisierten Sports mit zunehmender Skepsis oder gar Ablehnung.

#### e) Fazit

- 137 Der Wunsch (inter)nationaler Sportverbände nach Einführung von Sondergesetzen, die auf ihre speziellen Schutzbedürfnisse zugeschnitten sind, um auf diese Weise die Verbandsautonomie in größtmöglichem Umfang über die bereits *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten hinaus rechtlich zu schützen, geht nur selten in Erfüllung. Die größten Erfolgsaussichten haben insoweit internationale Sportverbände, die den rechtlichen Schutz einzelner Leistungen der Sportveranstalter zur Voraussetzung für eine erfolgreiche Bewerbung um die Ausrichtung großer internationaler Sportevents machen.
- 138 Auf das deutsche OlympSchG blicken andere Sportverbände wie die FIFA oder die UEFA zwar mit einer gewissen Portion Neid. Indes konnte das OlympSchG die von den Rechteinhabern DOSB und IOC gehegten Erwartungen nur teilweise erfüllen. Denn das olympische Emblem und die olympischen Bezeichnungen werden durch das OlympSchG zugunsten der Rechteinhaber nicht in einer Weise gleichsam monopolisiert, dass allein diese und ihre offiziellen Sponsoren assoziative Bezugnahmen hierauf im geschäftlichen Verkehr vornehmen dürften. Auch das OlympSchG muss den verfassungsrechtlich geschützten Positionen Dritter wie der (wirtschaftlichen) Meinungsäußerungsfreiheit, der Pressefreiheit, der Kunstfreiheit, der Eigentumsgarantie und nicht zuletzt auch der Wettbewerbsfreiheit durch entsprechende Ausnahmen angemessen Rechnung tragen. Dies gilt entsprechend für andere Sondergesetze zur Absicherung der Verbandsautonomie und – unausgesprochen – natürlich auch der finanziellen Interessen im Sport.
- 139 Nationale Anti-Ambushing-Gesetze existieren zwar in vielen Ländern, die zuletzt große internationale Sportevents beherbergten (z.B. China, Großbritannien, Bra-

silien, Südafrika, Russland), jedoch nicht in Deutschland. Allerdings besteht hierzulande gleichwohl *de lege lata* bereits ein hohes Schutzniveau gegen assoziative Werbemaßnahmen von Unternehmen, die nicht zum Kreis der offiziellen Veranstaltungssponsoren oder Lizenznehmer (z.B. hinsichtlich Merchandisingartikeln) zählen.

Die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern ist von Seiten der Sportverbände sowohl in Deutschland als auch auf der Ebene der EU bislang erfolglos gefordert worden. Der ausbedungene Schutzzumfang variiert dabei stark. Es ist nicht auszuschließen, dass in einigen Jahren auf europäischer Ebene ein Leistungsschutzrecht im Hinblick auf die audiovisuelle Verwertung von Sportveranstaltungen eingeführt werden wird. Wie dann der damit u.a. bezweckte effektivere Schutz gegen illegales Streaming von Liveübertragungen aus den großen Sportarenen verwirklicht werden soll, ist derzeit unklar. Denn die Anbieter solch illegaler Streamingdienste agieren im Verborgenen und tendenziell eher außerhalb der EU, so dass einstweilen<sup>231</sup> erhebliche Probleme der Rechtsdurchsetzung vor staatlichen Gerichten vorprogrammiert sind.

Seit dem Jahr 2021 können jedoch zumindest in Deutschland auch Sportveranstalter und/oder die Inhaber von Medienrechten an Sportveranstaltungen relativ kurzfristig eine dauerhafte Sperre illegaler Internetseiten durchsetzen. Zu diesem Zweck haben Internetzugangsanbieter und Rechteinhaber einen gemeinsamen Verhaltenskodex „Clearingstelle Urheberrecht im Internet“ (CUII) unterzeichnet. Unternehmen und Verbände beider Seiten hatten zuvor ein Verfahren erarbeitet, durch das der Zugang zu sog. „strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten“ nun außergerichtlich gesperrt werden kann, wenn die gemeinsam eingerichtete unabhängige Clearingstelle unter Vorsitz eines pensionierten Richters des BGH dies empfiehlt und die Bundesnetzagentur (BNetzA) keine Bedenken gemäß der EU-Netzneutralitätsverordnung hat.<sup>232</sup> Dadurch relativiert sich zumindest im Hinblick auf illegale Streamingangebote die von Sportverbänden seit Jahren angemahnte Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter.

231 Zu Planungen zur Bekämpfung illegaler Online-Übertragungen von Sportereignissen vgl. *EU-Parlament*, Pressemitteilung v. 19.5.2021, abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20210517IPR04117/bekampfung-illegaler-online-ubertragungen-von-sportereignissen> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

232 *CUII*, Pressemitteilung v. 11.3.2021.

## 5. Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit

- 142 Es ist zuvor dargelegt worden, dass Sportverbände, gestützt auf die Verbandsautonomie gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 EMRK, eine eigene Kontroll- und Strafinstanz zur Einhaltung der selbstaufgelegten Regeln einrichten können.<sup>233</sup> Auch die Notwendigkeit, die Entscheidungen der Verbandsjustiz in freilich beschränktem Umfang von staatlichen Gerichten überprüfen lassen zu können, wurde bereits herausgearbeitet, ebenso der hierbei anzuwendende Prüfungsmaßstab und -umfang.<sup>234</sup> Die Sportverbände haben damit – wie *Steiner* zugespitzt formuliert hat<sup>235</sup> –

„[...] eine Art inhaltlicher Teilverstaatlichung ihrer Sonderordnungen unter gleichzeitiger Intensivierung ihres Regelwerks – Binnenverrechtlichung der Sportgerichtsbarkeit und des Sports, könnte man sagen – hingenommen. Sie haben dafür ihre Existenz als rechtliches Subsystem mit einer effektiven eigenen Gerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Justiz gesichert.“

- 143 Dem ersten Teil der Aussage kann vorbehaltlos zugestimmt werden. Die Frage der Effektivität der Verbandsjustiz soll an dieser Stelle aber bewusst noch nicht beantwortet werden. Dies wäre voreilig, solange zum einen die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und zum anderen die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht im Detail analysiert worden sind. Beide Zweige der Verbandsjustiz sind zwar unbestreitbar durch ein erhebliches Maß an Effektivität gekennzeichnet. Offen bleiben soll aber einstweilen die Frage, ob die an solchen Verfahren notwendigerweise Beteiligten – auf der einen Seite regelmäßig ein Sportverein oder -verband, auf der anderen Seite mindestens ein den Verbandsstatuten unterworfenen (un)mittelbares Mitglied – von der Effektivität der Verbandsjustiz tatsächlich gleichermaßen profitieren.

### a) Verbands(schieds)gerichtsbarkeit versus (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit

- 144 Bei Verbandsgerichten handelt es sich um vereinsinterne Organe, die bei Sportvereinen oder -verbänden eingerichtet werden und in erster Linie für die Verhängung und Überprüfung von Vereinsstrafen zuständig sind. Um eine möglichst einheitliche verbandsinterne Rechtsprechung zu gewährleisten, wird die Strafgewalt zumeist auf der Ebene der Landes- oder Bundesfachsportverbände ausgeübt. Die „(Schieds-)Richter“ eines Verbandsgerichts werden regelmäßig direkt oder

233 → III. Rn. 2.

234 → III. Rn. 33–65.

235 *Steiner* in Tettinger/Vieweg, 2004, 222 (231).

indirekt von den Sportverbänden bestimmt.<sup>236</sup> Die an diesen Verbandsgerichten tätigen Richter müssen nicht notwendigerweise Volljuristen mit Befähigung zur Ausübung eines Richteramtes in der staatlichen Justiz sein. Bei den Entscheidungen von Verbandsgerichten handelt es sich nicht um Rechtsprechung im weiteren Sinne. Sie können von staatlichen Gerichten in gewissem Umfang<sup>237</sup> überprüft werden. Zwei verbandsinterne Instanzen sind üblich, aber nicht zwingend. Die rechtliche Bindung der (un)mittelbaren Mitglieder an die Verbandsstrafgewalt, aber auch an die Sportschiedsgerichtsbarkeit erfolgt üblicherweise im Wege der Unterwerfung unter die Verbandsstatuten<sup>238</sup> und/oder durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt.<sup>239</sup>

Wie die in der Überschrift eingefügten Klammern andeuten, ist die Terminologie zur Bezeichnung der Spruchkörper in der Verbandsjustiz uneinheitlich. Denn Verbandsgerichte werden mitunter in den Verbandsstatuten auch als „Schiedsgericht“ oder „Verbandsschiedsgericht“ bezeichnet, was sodann in irreführender Weise suggerieren könnte, dass es sich bei dem Verbandsgericht um ein echtes Schiedsgericht gem. §§ 1025 ff. ZPO handelt.<sup>240</sup> Daher bietet es sich an, an dieser Stelle eine negative Abgrenzung vorzunehmen und die wesentlichen Charakteristika eines echten Sportschiedsgerichts darzulegen, da letztere insgesamt oder in wesentlichen Teilen bei der Verbandsgerichtsbarkeit gerade nicht vorliegen.<sup>241</sup>

Zunächst muss sich die Absicht, ein echtes Schiedsgericht zu installieren, eindeutig aus der Schiedsvereinbarung ergeben.<sup>242</sup> Es ist prägend und zwingend erforderlich für ein echtes Schiedsgericht, dass das Schiedsrichteramt in Neutralität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit<sup>243</sup> ausgeübt wird.<sup>244</sup> Durch die Verfahrensvorschriften (Schiedsverfahrensordnung) muss strukturell gesichert sein, dass das

236 D.-R. Martens SchiedsVZ 2010, 317 (318).

237 → III. Rn. 37–63.

238 → IV. Rn. 8–45.

239 → IV. Rn. 46–65.

240 Der Verfasser hat wiederholt feststellen müssen, dass den Mitgliedern der an manchen Verbandsgerichten tätigen Spruchkörper der Unterschied zwischen einem Verbands(schieds)gericht und einem (echten) Schiedsgericht gem. §§ 1025 ff. ZPO nicht geläufig war. Auch hins. des Umstandes, dass die Entscheidungen beider Zweige der Verbandsjustiz zumindest in gewissem Umfang von staatlichen Gerichten überprüft werden können, herrschte bei manchen Mitgliedern der Verbandsgerichtsbarkeit profunde Unkenntnis. Es soll hier nicht darüber spekuliert werden, inwieweit diese Erfahrungen repräsentativ sind.

241 Ausf. zu dieser Abgrenzung Schlosser *passim*; vgl. auch PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 501–505; Lachmann Rn. 19; Haas ZVglRWiss 2015, 516 (517 ff.) mit einer Analyse der Abgrenzungskriterien im deutschen Recht und in einem internationalen Kontext; H. P. Westermann JZ 1972, 537 ff.; zuletzt Opfermann 149–153; Steinitz 68 ff.

242 PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 502 m.w.N.

243 S. in diesem Kontext zuletzt EGMR SpuRt 2020, 180 ff. – Ali Riza u.a./Türkei. Im Hinblick auf ein in der Türkei durch Gesetz errichtetes Sportschiedsgericht, dessen Mitglieder gegen Einflussnahmen durch den türkischen Fußballverband, der die Schiedsrichter ernannte und vergütete, nicht abgesichert waren, nahm der EGMR wegen unzureichender Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) an.

244 Zu weiteren Details → IV. Rn. 237–250.

Schiedsgericht als unabhängige und unparteiliche Instanz aufgrund eines fairen Verfahrens entscheidet.<sup>245</sup> Die Verfahrensregelung muss beide Parteien gleich behandeln, ihnen insbesondere gleiche Rechte einräumen und rechtliches Gehör gewähren, was sich nach deutschem Recht aus § 1042 Abs. 1 ZPO ergibt. Dies bedeutet, dass die an einem Schiedsverfahren beteiligten Parteien in die Lage versetzt werden müssen, paritätisch Einfluss auf die Besetzung der Schiedsrichterbank zu nehmen.<sup>246</sup> Damit darf ein Sportverband insoweit keinen überwiegenden Einfluss haben.<sup>247</sup> Anders als dies bei Verbandsgerichten durchaus verbreitet ist, kann über die Besetzung eines echten Sportschiedsgerichts also nicht ein Verbandsorgan allein bestimmen. Es ist aber zulässig, die Auswahl der Schiedsrichter eines echten Schiedsgerichts einer neutralen und vom Sportverband unabhängigen Instanz anzuvertrauen (z.B. dem Präsidenten einer Industrie- und Handelskammer oder eines Oberlandesgerichts). Zudem ist grundsätzlich das Aufstellen von Schiedsrichterlisten zulässig, um auf diese Weise die erforderliche fachliche Qualifikation der zu ernennenden Schiedsrichter zu sichern. Voraussetzung ist jedoch, dass ein ausreichender Auswahlspielraum bleibt und nicht ein Übergewicht einer Partei via Schiedsrichterliste institutionalisiert ist.<sup>248</sup> Hervorzuheben ist schließlich, dass der Schiedsspruch eines echten Sportschiedsgerichts dem Urteil eines staatlichen Gerichts gleichgestellt ist und ebenso weltweit vollstreckt werden kann.

#### b) Sportschiedsgerichtsbarkeit am Beispiel des Court of Arbitration for Sport

- 147 Die für das Sportrecht zentralen und wegweisenden Entscheidungen werden innerhalb der Verbandsjustiz letztinstanzlich regelmäßig von echten Sportschiedsgerichten gefällt. Dabei kommt auf internationaler Ebene dem Court of Arbitration for Sport (CAS)<sup>249</sup> eine hervorgehobene Rolle zu, handelt es sich dabei doch um das bedeutendste, sportartübergreifend tätige ständige Sportschiedsgericht weltweit. Daher sollen nachfolgend die Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie von Sportverbänden durch Sportschiedsgerichte am Beispiel des CAS veranschaulicht werden.<sup>250</sup>

245 BGHZ 159, 207 (210 f.) = NJW 2004, 2226 (2226 f.); BGHZ 98, 70 (72) = NJW 1986, 3027 (3028); Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 ZPO Rn. 11.

246 BGHZ 197, 162, Rn. 17 = NJW-RR 2013, 873 m.w.N.; BGHZ 159, 207 = NJW 2004, 2226.

247 PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 503; Reichert/Wagner Rn. 5172; K. Hofmann 67; vgl. auch Schwab/Walter Kap. 9 Rn. 6 ff.

248 BGHZ 55, 162 (174–176) = NJW 1971, 986 (988 f.); Zöller/Geimer § 1034 ZPO Rn. 11; Stein/Jonas/Schlosser § 1034 ZPO Rn. 11. Zur relativ großzügigen Handhabung dieser Voraussetzungen am CAS → IV. Rn. 237–250.

249 Hierzu stellvert. PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 259 ff.; zum Verfahrensablauf instruktiv Cherek/Momsen/Orth/Mortsiefer 3. Kap. Rn. 591 ff.

250 Allg. zur Problematik der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 506 ff.



## aa) Vor- und Nachteile

Im Jahr 2016 sah sich der BGH im *Pechstein*-Verfahren<sup>251</sup> veranlasst, einige der schon altbekannten Vorzüge der Sportschiedsgerichtsbarkeit<sup>252</sup> nochmals hervorzuheben:

„Zudem vermag ein einheitliches Sportschiedsgericht zur Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts beizutragen. Zu den weiteren Vorteilen einer internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlichen Gerichten zählen darüber hinaus die besondere Fachkunde der Schiedsrichter, die im Hinblick auf termingebundene Sportereignisse insbesondere auch für den von einem Verfahren betroffenen Sportler besonders bedeutsame Schnelligkeit der Entscheidungsfindung sowie die internationale Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (...).“

Diese Vorteile sind allgemein anerkannt, wenngleich man sie im Hinblick auf die Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts durch den CAS<sup>253</sup> und die besondere Fachkunde der Schiedsrichter (zumindest was das europäische Kartellrecht anbetrifft<sup>254</sup>) wird relativieren müssen. Dass die Schiedsrichter hingegen in Dopingstreitigkeiten über erhebliches Spezialwissen verfügen, sofern sie solche Verfahren regelmäßig durchführen, ist unbestreitbar. Der größte Vorzug für die Sportverbände dürfte darin bestehen, dass durch den CAS die weltweite Einheitlichkeit der Interpretation, Anwendung und Durchsetzung der jeweiligen Verbandsstatuten gewährleistet werden kann. Insoweit kann die nationale staatliche Gerichtsbarkeit, die durch unterschiedliche Rechtskreise und -traditionen geprägt ist, eine solche weltweite Einheitlichkeit nicht garantieren. Ob die Kostenlast für die Parteien vor Sportschiedsgerichten tatsächlich häufig geringer ist als vor staatlichen Gerichten,<sup>255</sup> hängt sicherlich von verschiedenen Umständen ab: Wie viele Instanzen innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit hätten sich mit der Rechtssache beschäftigen müssen? Besteht vor den Sportschiedsgerichten insbesondere in Dopingstreitigkeiten ein Anspruch auf Gewährung von Prozesskostenhilfe?<sup>256</sup>

„Wo viel Licht ist, ist starker Schatten.“ Die Worte, die auf *Johann Wolfgang von Goethe* (1749–1832) zurückgehen, umschreiben die Bewertung der mit dem CAS verbundenen positiven wie negativen Aspekte treffend. Die zuvor aufgezählten Vorteile der vor dem CAS geführten Schiedsverfahren, die das Licht verbreiten,

251 BGHZ 210, 292, Rn. 59 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

252 S. stellvertr. Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/Adolphsen Rn. 1030 ff.; *Opfermann* 31 ff.; *Oschütz* 33 ff.; *Schleifer* 108 ff.; ausf. zuletzt *Steinitz* 48 ff., 90 ff.

253 → IV. Rn. 266–274.

254 → IV. Rn. 284–310 m.w.N.

255 *Haas/Prokop* SpuRt 1996, 109 (113).

256 Entsprechende Regelungen sind beim CAS zuletzt eingeführt worden, vgl. Art. S6 Nr. 9, S7 Ziff. 2 lit. b) CAS-Code; krit. *Vieweg* SpuRt 2021, 185. Zu Verfahren vor dem Deutschen Sportschiedsgericht s. *Bechtel* 115 ff.; *Mortsefer/Hofmann* CaS 2016, 125 ff.

sind offensichtlich und gelten für alle Verfahrensbeteiligten gleichermaßen. Die Schattenseiten, die hier für die Nachteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit<sup>257</sup> stehen sollen, sind hingegen differenziert zu betrachten. Die Stärke der Schatten hängt naturgemäß neben dem Sonnenstand davon ab, wie groß die Schatten spendenden Objekte sind. Der Umfang der mit Sportschiedsgerichtsverfahren vor dem CAS verbundenen Defizite, die nunmehr in den Fokus rücken, werden von den Verfahrensbeteiligten teilweise höchst unterschiedlich bewertet. Von der Seite der Sportverbände werden sie weitgehend geringgeschätzt, sonst hätte man sie längst zumindest zu erheblichen Teilen reduzieren können. Die regelungsunterworfenen Verbandsmitglieder jedoch glauben überwiegend, dass diese Defizite sie selbst vorrangig, wenn nicht sogar einseitig treffen. Der springende Punkt ist jedoch: Ohne die Mitwirkung der Sportverbände lassen sich die im Folgenden zu bewertenden Defizite realistischerweise kaum abbauen. Damit wiegen die Nachteile, die mit der Sportschiedsgerichtsbarkeit einhergehen, im Vergleich zu den Vorteilen für die Verbandsmitglieder möglicherweise ungleich schwerer als für die Sportverbände selbst. Dieser Aspekt kann erst nach einer umfassenden Analyse im Rahmen des abschließenden Fazits beurteilt werden.<sup>258</sup>

- 151 Einige der mit Sportschiedsgerichtsverfahren vor dem CAS verbundenen Nachteile<sup>259</sup> sind offensichtlich:
- 152 – Die Verfahren werden grundsätzlich in nicht öffentlicher Verhandlung geführt,<sup>260</sup> sofern nicht die recht engen Voraussetzungen für eine Ausnahme hiervon vorliegen.<sup>261</sup> Einerseits bildet im Allgemeinen die Nichtöffentlichkeit von Verhandlungen vor Schiedsgerichten ein Charakteristikum solcher Verfahren, weil dadurch sensible Daten und Geschäftsgeheimnisse nicht einem potentiell breiten Publikum offengelegt werden müssen.<sup>262</sup> Andererseits können dadurch gerade in Verfahren, die Disziplinarmaßnahmen wegen Dopingverstößen betreffen, die Rechte der Sanktionierten in unverhältnismäßiger Weise verkürzt werden, wie der EGMR im *Pechstein*-Verfahren festgestellt hat.<sup>263</sup> Daraufhin wurde Art. R57 CAS-Code umgehend angepasst.<sup>264</sup> Letztlich werden durch diese Lockerungen des Grundsatzes der nicht öffentlichen Verhandlung – wenngleich in sehr überschaubarem Ausmaß – die Kontrolle

257 Allg. hierzu PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 514–525.

258 → IV. Rn. 348–354.

259 S. hierzu stellvertr. EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 2 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz, → IV. Rn. 237–241; LG München I SchiedsVZ 2014, 100 (106 f.); *Lungstras* 112 ff.; *Vaitiekunas* 181 ff.; *Wittmann* 27 ff.; zuvor bereits *Monheim* 391 m.w.N.

260 Art. R57 Abs. 2 CAS-Code. Zur Vertraulichkeit der Verhandlungen und des Schiedsspruchs ausf. *Hülskötter* 259 ff.

261 Hierzu zuletzt *Opfermann* 117 f.; *Heermann* NJW 2019, 1560 (1563).

262 *Lachmann* Rn. 144 ff.

263 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 175 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

264 Hierzu PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 276.

und Transparenz innerhalb monopolistisch-hierarchischer Verbandsstrukturen im Sport sowie die Legitimität von Verfahren vor Sportschiedsgerichten gestärkt. Ob dies aber ausreichen wird, damit private Schiedsgerichte im Allgemeinen und Sportschiedsgerichte im Besonderen nicht länger im durchaus verbreiteten, anrühigen Ruf stehen, letztlich Geheimgerichte oder Sondergerichte<sup>265</sup> zu sein, darf bezweifelt werden.<sup>266</sup>

- Die Regelungen zur Kostentragung bei CAS-Schiedsverfahren<sup>267</sup> werden kritisch bewertet.<sup>268</sup> Bei den Schiedsgerichtsverfahren im Bereich des CAS wurden für das Jahr 2015 durchschnittliche Verfahrenskosten von 73.000 CHF ermittelt, wobei 44.500 CHF auf die Parteikosten sowie 28.500 CHF auf die Schiedsgerichts- und Schiedsrichterkosten<sup>269</sup> entfielen.<sup>270</sup> Dabei haben die Parteien die Kosten für ihren Rechtsanwalt, ihre Zeugen, Experten und Dolmetscher grundsätzlich selbst zu tragen. Zudem fallen Kosten für die zertifizierte Übersetzung fremdsprachiger Dokumente an. Aufgrund dieser Fakten kann man nunmehr das Kostenrisiko der am Verfahren beteiligten Parteien abschätzen. Im Allgemeinen wird dieses Risiko einen Sportverband weniger belasten als die aufgrund der Verbandsstatuten sanktionierte Partei (denkbare Ausnahmen sind etwa gut verdienende Spitzenathleten oder umsatzstarke und/oder über zahlungskräftige Unterstützer verfügende Fußballclubs), selbst wenn der Verband üblicherweise an mehr Verfahren vor Sportschiedsgerichten beteiligt sein wird. Um dieses Risiko abzufedern, hat der CAS zuletzt eine Art Prozesskostenhilfe eingeführt.<sup>271</sup> Damit ist abschließend festzustellen, dass sich hinsichtlich der Kostentragung bei CAS-Schiedsverfahren bei einer Gesamtbetrachtung jedenfalls keine eklatanten Unterschiede zu vergleichbaren Verfahren vor staatlichen Gerichten ergeben, insbesondere wenn dabei mehrere Instanzen entscheiden müssen.
- Das zentrale Organ des CAS ist das International Council of Arbitration for Sport (ICAS). Die Finanzierung des ICAS durch das IOC, nationale olympische Komitees (NOKs) und internationale Sportverbände (z.B. FIFA)<sup>272</sup> ist

265 Darauf weist *Elsing SchiedsVZ* 2019, 16 (17) hin.

266 Ausf. zur Öffentlichkeit von Verfahren und Entscheidungen des CAS einschließlich Reformvorschlägen zuletzt *Bareuther* 91 ff.

267 Art. R64 ff. CAS-Code; hierzu zuletzt *Opfermann* 113–115 m.w.N.

268 *Niedermaier* 124; *Steiner SchiedsVZ* 2013, 15 (18).

269 Eine *Schedule of Arbitration Costs* ist abrufbar unter <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html> (zuletzt besucht am 7.1.2022). So betragen etwa die Stundensätze der Schiedsrichter 300–500 CHF. Sofern gem. Art. R54 Abs. 5 CAS-Code zur Unterstützung der Schiedsrichter ein *ad hoc clerk* eingesetzt wird, werden die darauf entfallenden Kosten gleichfalls den Verfahrenskosten hinzugerechnet.

270 S. hierzu *Theus Simoni/Lang/Conrad/Fuchs* 38.

271 Art. S6 Nr. 9, S7 Ziff. 2 lit. b) CAS-Code; krit. hierzu *Vieweg SpuRt* 2021, 185, nach dessen Auffassung hiervon ein „Vergleichsdruck als Unrechtspflege“ ausgeht.

272 Hierzu *Opfermann* 92–95 m.w.N.

wiederholt bemängelt worden.<sup>273</sup> Nachdem das SchweizBG das Finanzierungssystem bestätigt<sup>274</sup> und sich auch nicht an dem Umstand gestört hat, dass die FIFA 10 % am Gesamtbudget des CAS trägt,<sup>275</sup> hat zuletzt auch der EGMR deutlich gemacht, dass er die Unabhängigkeit des CAS zumindest durch dessen Finanzierung nicht beeinträchtigt sieht.<sup>276</sup>

„151. Zur Finanzierung des CAS durch die Sportverbände hebt der Gerichtshof [...] hervor, dass staatliche Gerichte stets vom Staatshaushalt finanziert werden, ohne dass dadurch jemand auf die Idee käme, ihnen in Rechtsstreitigkeiten gegen den Staat mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu unterstellen. Analog könnte auch dem CAS lediglich aufgrund seines Finanzierungsmodells keine mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterstellt werden.“

155 Eine Fremdfinanzierung des CAS ist also – im Gegensatz zu anderen Sportschiedsgerichten<sup>277</sup> – tatsächlich alternativlos. Andernfalls müsste man die Frage beantworten, wer sonst die Finanzierung dieses Privatgerichts übernehmen sollte. Es ist zu vermuten, dass niemand die bisherigen Finanzierer ersetzen will. Das aktuelle Finanzierungsmodell sollte indes Anreiz für den CAS sein, in gleichem Maße wie vor staatlichen (nicht notwendigerweise deutschen) Gerichten die Unabhängigkeit der Justiz, den Grundsatz der prozessualen Gleichbehandlung sowie die übrigen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu beachten.<sup>278</sup> In welchem Umfang dies tatsächlich geschieht, werden die nachfolgenden Analysen<sup>279</sup> zeigen.

156 – Anknüpfend an die besonderen Beweisanforderungen in Dopingverfahren, die die eigentlich beim Sportverband liegende Beweislast auf den des unzulässigen Dopings bezichtigten Athleten verlagern,<sup>280</sup> hat *Mankowski* für seine Kritik zunächst das Zielfeld erweitert und sodann das Schussverfahren der Breitseite angewendet:<sup>281</sup>

„Verbandsschiedsgerichte haben keine vollen Aufklärungsmittel und nicht selten auch keinen vollen Aufklärungswillen. Z.B. kann Beweisführung erschwert werden. Korpsgeist und möglichste Unversehrtheit der Gemeinschaft Verband firmieren unterschwellig in ihrem Wertekatalog.“

273 Brunk 246; Baddeley CaS 2004, 91 (92); Downie Melb. J. Int. L. 2011, 67 ff.

274 SchweizBG BGE 129 III 445 (461) – Lazutina.

275 SchweizBG BGE 144 III 120 (126 ff., E.3.4.3.) – FIFA; krit. Strub SchiedsVZ 2018, 316 (317).

276 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 151 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

277 Die beim Deutschen Sportschiedsgericht in Verfahren entstehenden Kosten werden gem. § 40 DIS-SportSchO von den Streitparteien getragen. Das FIBA Arbitral Tribunal benötigt nach eigenen Angaben keine Fremdfinanzierung; vgl. Kahler/Zagklis SpuRt 2013, 117 (117).

278 So auch Opfermann 91.

279 → IV. Rn. 161–250.

280 Ausf. zum direkten und indirekten Dopingnachweis in Sportgerichtsverfahren vgl. Axer *passim*; Merget *passim*; zuvor bereits Oschütz 304 ff.; s. auch Opfermann 112 f.

281 Mankowski 477.

Das ist ein hartes *Tackling*, aber sicherlich keine verbale Blutgrätsche in 157  
 Tatvollendung. Die nur eingeschränkten Aufklärungsmittel eines privaten  
 Schiedsgerichts liegen in der Natur der Sache. Dies gilt für den Rückschluss  
 auf den Aufklärungswillen der Schiedsrichter nicht zwingend, sind letzteren  
 durch die Verfahrensordnung doch die Hände vielfach in gewisser Weise ge-  
 bunden. Die in Dopingverfahren zur Anwendung kommenden *liability rules*  
 sind zwar durchaus diskussions- und kritikwürdig,<sup>282</sup> müssen letztlich aber im  
 Zweifel einer rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten.<sup>283</sup> Dabei liegt es in der  
 Hand der sanktionierten Partei und ihrer Rechtsberater, die Verbandsjustiz  
 und nachfolgend staatliche Gerichte von der Unangemessenheit der bestehen-  
 den Beweisanforderungen zu überzeugen.<sup>284</sup> Die übrigen Vorwürfe sind nicht  
 neu und finden sich insbesondere in den Kommentaren der Sportseiten über-  
 regionaler Tageszeitungen. Am CAS wird man derlei – wenn überhaupt –  
*sportsmanlike* zur Kenntnis nehmen und belächeln.

- Verschiedene organisatorische Besonderheiten am CAS haben immer wieder 158  
 Kritik herausgefordert. Dies betrifft etwa Zweifel am Verfahren zur Erstel-  
 lung der geschlossenen Schiedsrichterliste, zur Bestimmung des Vorsitzenden  
 Richters in einem Schiedsverfahren oder die weitreichenden Kompetenzen des  
 Generaldirektors am CAS. Darauf wird nachfolgend einzugehen sein.<sup>285</sup>
- Ob Schiedsvereinbarungen zum CAS tatsächlich rechtlich unwirksam sind, 159  
 wie Kritiker zuletzt vorgebracht haben, und wie sich der faktische Zwang zur  
 Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit insoweit auswirkt, wird  
 ebenfalls erst in nachfolgenden Abschnitten analysiert werden.<sup>286</sup>
- Zudem ist wiederholt bezweifelt worden, ob die Parteien in CAS-Verfahren 160  
 tatsächlich eine Gleichbehandlung erfahren. Kritisiert wird, dass die Sportver-  
 bände aufgrund eines strukturellen Ungleichgewichts tendenziell bevorzugt  
 würden. Zudem sei die Unparteilichkeit der Schiedsrichter am CAS nicht

282 *Widdascheck* 230 ff.; *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1353 (1354, 1356 f.); J. F. Orth SpuRt 2015, 230 (232); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

283 Sollten sich Ergebnisse bestätigen, die die ARD-Dopingredaktion und das Institut für Rechtsmedizin der Uniklinik Köln in einer Testreihe mit Probanden ermittelt haben, wären Dopinganschläge durch minimalen Hautkontakt denkbar. Damit wäre ein weiteres Festhalten an der *strict liability*, d.h. der verschuldensunabhängigen Haftung derjenigen Athleten, bei denen Dopingproben positiv ausfielen, rechtlich kaum mehr haltbar. Vgl. hierzu sportschau.de v. 18.7.2021 („ARD-Doku über Hautkontakt-Doping: Athleten sind geschockt“), abrufbar unter <https://www.sportschau.de/newsticker/dp-a-doping-anschlaege-durch-hautkontakt-athleten-geschockt-story100.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

284 Zu einer anderen verbandsrechtlichen Beweislastverlagerung, der *strict liability* von Fußballclubs bei Zuschauerausschreitungen ihrer Fans, → X. Rn. 40–42.

285 → IV. Rn. 161–202 m.w.N.

286 → IV. Rn. 203–236 m.w.N.

gesichert. Auch diese Kritikpunkte sollen in einem gesonderten Abschnitt bewertet werden.<sup>287</sup>

## bb) Organisation

### (1) Entstehungsgeschichte und aktuelle Stellung des CAS

- 161 Der CAS wurde mit Sitz in Lausanne und damit in unmittelbarer Nähe zu einer Vielzahl internationaler Sportverbände<sup>288</sup> in den Jahren 1983/1984 auf Initiative des IOC gegründet. Diesem war im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit mit einem Mitglied bewusst geworden war, dass eine verbandsinterne Konfliktlösung vor einem institutionalisierten Schiedsgericht speziell für den Sportsektor vorteilhaft sein könnte.<sup>289</sup> Mit der Gründung des CAS sollte ein flexibles, kostengünstiges und effektives privates Schiedsgericht zur Lösung interner Rechtsstreitigkeiten in internationalen Sportverbänden geschaffen werden.<sup>290</sup> Nachdem das SchweizBG eine „gesteigerte Unabhängigkeit des CAS im Verhältnis zum IOC“ als wünschenswert erachtet hatte,<sup>291</sup> wurde im Jahr 1994 das ICAS als Stiftung des schweizerischen Rechts gegründet,<sup>292</sup> was sowohl in organisatorischer als auch finanzieller Hinsicht eine Abkopplung des CAS vom IOC bewirkte.<sup>293</sup> Der CAS als ständiges Schiedsgericht wird heute in sehr weitem Umfang vom IOC sowie den internationalen Sportfachverbänden in olympischen wie nicht-olympischen Sportarten zur Lösung verbandsinterner Rechtsstreitigkeiten eingeschaltet, sofern nicht verbandsintern eine Sportschiedsgerichtsbarkeit abschließend entscheidet (z.B. FIBA Arbitral Tribunal<sup>294</sup>). Hinsichtlich Dopingstreitigkeiten wird gem. Art. 13 WADA-Code der CAS als letzte Instanz vorgesehen, wodurch eine weltweite Dopingbekämpfung nach einheitlichen Standards sichergestellt werden soll.

### (2) Zusammensetzung und Kompetenzen des ICAS

- 162 Die Schaltzentrale des CAS bildet das ICAS, dessen Einrichtung im Jahr 1994 insbesondere eine größere Abnabelung vom IOC bewirken sollte. Bei den 20 Präsidiumsmitgliedern des ICAS muss es sich um erfahrene Juristen handeln, die sich mindestens einmal pro Jahr sowie stets bei Bedarf treffen und ihre Entscheidun-

287 → IV. Rn. 237–250 m.w.N.

288 → IV. Rn. 83–89 m.w.N.

289 Brunk 220; Rigozzi Rn. 216.

290 Ausf. Vaitiekunas 27 ff.

291 SchweizBG BGE 119 II 271 (279 f.) – Gundel.

292 → IV. Rn. 162–169.

293 Brunk 223; Bunte WuW 2016, 366 (367).

294 Hierzu D.-R. Martens SchiedsVZ 2010, 317 ff.; Radke ISLJ 2019, 59 ff.

gen mit einfacher Mehrheit treffen (Art. S4 Abs. 1, S8 Abs. 1 CAS-Code). Die beteiligten internationalen Sportverbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC ernennen jeweils vier Mitglieder (Art. S4 lit. a)–c) CAS-Code). Diese 12 von Sportverbänden ernannten Mitglieder ernennen ihrerseits vier Mitglieder, die die Interessen der Athleten wahren sollen (Art. S4 lit. d) CAS-Code: „with a view to safeguarding the interests of the athletes“). Soweit *Brunk*<sup>295</sup> in diesem Zusammenhang die Frage stellt, wessen Interessen dann die anderen 16 Mitglieder des ICAS-Präsidiums zu wahren haben, könnte zwar eine Fokussierung auf Verbandsinteressen naheliegen.<sup>296</sup> Dies könnte allerdings auch eine voreilige, rein spekulative Schlussfolgerung sein, unterstellt sie doch, dass die 12 Repräsentanten der Sportverbände innerhalb der großen Sportfamilie die Interessen der Athleten nicht zugleich neben den Verbandsinteressen verfolgen würden oder könnten. Diese 16 Mitglieder ernennen schließlich noch vier weitere Mitglieder, die unabhängig von den Organisationen sind, welche die anderen Mitglieder ernennen, d.h. unabhängig von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC (Art. S4 lit. d) CAS-Code). Aus dieser Regelung lässt sich der Rückschluss ziehen, dass 16 Präsidiumsmitglieder des ICAS zugleich als Verbandsfunktionäre tätig sein dürfen.<sup>297</sup>

Damit werden 16 Präsidiumsmitglieder (einschließlich der vier Athletenvertreter) 163 des ICAS direkt von den Dachorganisationen des Sports vorgeschlagen und gewählt. Über die vier Mitglieder, die unabhängig von den Sportverbänden sein müssen, stimmen mit einem Anteil von 25 % die Repräsentanten der Athleten mit ab, die ihrerseits aber allein von den Repräsentanten der Sportverbände ernannt werden. Dies wird kritisch beurteilt,<sup>298</sup> wobei allerdings stets stillschweigend vorausgesetzt wird, dass die von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC ernannten 12 Repräsentanten allein Verbandsinteressen vertreten und die anderen acht Präsidiumsmitglieder insbesondere für andere Interessen als die der Sportverbände eintreten würden. Es ist vertreten worden, selbst die acht kooptierten Mitglieder unterlägen aufgrund ihrer Minderheit einem gewissen Anpassungszwang, sofern ein Interesse an der Wiederwahl (Art. S5 CAS-Code) bestände.<sup>299</sup> Dies kann der Fall sein, muss es aber nicht. Gesicherte Erkenntnisse, die diese Vermutungen bestätigen, liegen – soweit ersichtlich – nicht vor.

Trotz der unsicheren Faktenlage, die nur eine auf Mutmaßungen gestützte Argumentation zulässt, will die Kritik an der Zusammensetzung des ICAS nicht ver- 164

295 *Brunk* 238.

296 So ausdrückl. *Lungstras* 273.

297 *Opfermann* 97.

298 *Brunk* 237; *Hail* 155.

299 *Brunk* 238 f.; *Opfermann* 97; krit. auch *Baddeley* CaS 2004, 91 (92).

stommen.<sup>300</sup> Wie reagiert die Gegenauffassung? Nach *Reeb*, damals CAS-Generalsekretär am CAS, und *Mavromati*, seinerzeit noch Managing Counsel am CAS, sei bedeutsam, dass die Mitglieder des ICAS gem. Art. S5 Abs. 2 CAS-Code (inzwischen Art. S18 Abs. 2 CAS-Code i.d.F. v. 1.7.2020) eine deklaratorische Erklärung zu unterzeichnen hätten, in der sie sich zu einer persönlichen, objektiven und unabhängigen Ausübung ihrer Tätigkeit verpflichten würden; unzulässig sei jedoch die persönliche Beteiligung eines ICAS-Mitglieds als Schiedsrichter oder Parteivertreter in einem CAS-Verfahren.<sup>301</sup> Mit derartigen Compliance-Erklärungen sollten die von den Sportverbänden benannten 12 Präsidiumsmitglieder als erfahrene Juristen und eventuell auch als Verbandsfunktionäre ohnehin bestens vertraut sein. Wer in den letzten Jahren und Jahrzehnten aber das sportpolitische Geschehen weltweit oder auch nur in Deutschland verfolgt hat, dem kann nicht entgangen sein, dass das Papier, auf dem solche Integritätsversicherungen abgegeben werden, mitunter sehr geduldig ist und vereinzelt die Realität nur unvollkommen widerspiegelt.

- 165 *Schlosser*, ein international weithin angesehener Experte u.a. des Schiedsverfahrensrechts, hält das beim ICAS praktizierte System für unbedenklich.<sup>302</sup> So sei es nicht möglich, hinreichend Organisationen zu finden, die Interessenvertretungen der Sportler seien<sup>303</sup> – ein schwaches Argument. Einerseits sind Sportverbände sicherlich keine treibenden Kräfte, wenn es darum geht, vollständig unabhängige, aus den Verbandsstrukturen herausgelöste und ihnen auf Augenhöhe begegnende Athletenvertretungen zu gründen und in der Sportwelt zu installieren. Dies war etwa hierzulande während des Gründungsprozesses des Athleten Deutschland e.V. zu beobachten.<sup>304</sup> Wenn dann andererseits bedauert wird, dass man gerade wegen des Fehlens entsprechender Interessenvertretungen die Athletenvertreter im ICAS von den Repräsentanten der internationalen Sportverbände wählen lassen müsse, mutet dies widersprüchlich an und zeugt von wenig Phantasie. Denn man hätte etwa die bei allen internationalen Sportfachverbänden vorhandenen Athletensprecher beauftragen können, die vier Repräsentanten für das

300 S. jüngst *Baddely* ISLJ 2020, 3 (12). Zu einem Überblick über den Meinungsstand s. *Opfermann* 96–98.

301 *Mavromati/Reeb* Chapter 1 § 1.06.

302 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (261 ff.).

303 So auch *Monheim* in Vieweg, 2009, 93 (114 f.); *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (51); a.A. *Eichner* SpuRt 2017, 68 (70) unter Hinweis auf verschiedene Athletenvertretungen.

304 S. stellvertr. *Reinsch* FAZ v. 16.10.2017. In der Folge setzte sich der DOSB – letztlich erfolglos – dafür ein, „dass der neu gegründete Verein ‚Athleten Deutschland e.V.‘ innerhalb der Strukturen des DOSB agieren solle; s. DOSB News v. 11.5.2018, abrufbar unter <https://www.dosb.de/sonderseiten/news/news-detail/news/hoermann-staerkung-der-athletenkommission-unabdingbar> (zuletzt besucht am 7.2.2022).



ICAS in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu benennen (wie dies inzwischen auch Art. S14 Abs. 1 CAS-Code vorsieht).<sup>305</sup>

Zudem weist *Schlosser* darauf hin, in der Geschichte der Rechtswissenschaften sei ein Gremium, das für die Aufstellung einer Schiedsrichterliste verantwortlich sei, noch niemals nach Integritätskriterien untersucht worden:<sup>306</sup>

„Deutschland kann nicht erwarten, dass ein einheitliches Weltschiedsgericht für Sport in allen Einzelheiten den doch recht überperfektionistischen deutschen Vorstellungen über Integritätsvoraussetzungen folgt.“

Auch dieser Rechtfertigungsversuch geht im Wesentlichen an der Sache vorbei. Denn üblicherweise gelten solche Gremien oder Instanzen zur Aufstellung von Schiedsrichterlisten *per se* als integer und völlig neutral (in Deutschland z.B. die Präsidenten eines Oberlandesgerichts oder einer Industrie- und Handelskammer), so dass sich eine Integritätsprüfung erübrigt. Zudem besteht regelmäßiger Wettbewerb zwischen verschiedenen Institutionen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, der eine möglichst weitreichende Neutralität der Spruchkörper fördert. Demgegenüber ist der CAS als sportartenübergreifendes Weltschiedsgericht des Sports keinerlei Wettbewerb ausgesetzt, weil es keine auch nur ansatzweise vergleichbare Institution gibt und die Sportverbände in ihren Statuten die Einrichtung von *Ad-hoc*-Schiedsgerichten regelmäßig ausschließen. Deshalb sollten aufgrund dieser Ausnahmestellung eher strenge Maßstäbe an die Integrität und Neutralität der Mitglieder des ICAS-Präsidiums angelegt werden.

Die Situation wird für die nähere Zukunft unbefriedigend bleiben. Ein strukturelles Übergewicht der Sportverbände im ICAS wird sich auch weiterhin nicht mit belastbaren Belegen nachweisen lassen. Die Versuche zur Rechtfertigung des *Status quo* können nicht überzeugen. Förderlich wäre es für eine Bewertung, wenn das ICAS, das nach Art. S2 Satz 1 CAS-Code u.a. die Absicherung der Unabhängigkeit des CAS bezweckt, sich mit folgenden, an sich naheliegenden Fragen befassen würde: *Cui bono*? Warum hält das ICAS, das allein gem. Art. S6 Ziff. 1 CAS-Code die in Art. S4 CAS-Code festgelegten Regeln zur Ernennung von ICAS-Mitgliedern ändern könnte, an einem vielfach kritisierten System fest, obgleich relativ leicht Abhilfe geschaffen werden könnte? Warum sind die Sportverbände im ICAS gegenüber den denkbaren Gegenparteien in Schiedsverfahren (insbesondere Athleten, aber auch Sportvereine und vereinzelt sogar nationale Sportverbände) hinsichtlich des Benennungsrechts von ICAS-Mitgliedern überrepräsentiert? Warum lässt man nicht eine größere Anzahl an von den Sportverbänden völlig unabhängigen Mitgliedern im ICAS zu, wenn doch ohnehin alle

305 *Opfermann* 103 schlägt als Kompensation die Einräumung der Möglichkeit einer individuellen Bestellung von nicht gelisteten Schiedsrichtern vor.

306 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (261); a.A. *Lungstras* 272 im Hinblick auf die zahlreichen Interdependenzen zwischen ICAS und CAS-Schiedsgerichten.

ICAS-Mitglieder zu einer persönlichen, objektiven und unabhängigen Ausübung ihrer Tätigkeit verpflichtet sind?

- 169 Es ist nicht auszuschließen, dass man sich beim ICAS mit der einen oder anderen dieser Fragen auseinandergesetzt hat. Dass man stillschweigend an den altbewährten Regelungen festhält, ist letztlich in gewisser Weise auch eine Antwort. Dies ist umso bedenklicher, als das ICAS zugleich als geschäftsführendes und kontrollierendes Organ des CAS fungiert.<sup>307</sup> In dieser Funktion hat das ICAS nach Art. 6 CAS-Code weitreichende Kompetenzen. So bestimmt das ICAS, wer die wichtigsten Posten bekleidet,<sup>308</sup> hat die alleinige Befugnis zur Änderung des CAS-Codes und entscheidet über Befangenheitsanträge gegen CAS-Schiedsrichter. Gestützt auf die bisherige Entwicklung, ist die Prognose nicht gewagt, dass sich an diesen Zuständen künftig, vielleicht abgesehen von geringfügigen Modifikationen, nichts grundlegend ändern wird.

### (3) Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch das ICAS

- 170 Im Kreuzfeuer der aus rechtsstaatlicher Sicht geäußerten Kritik<sup>309</sup> steht seit Langem die geschlossene Liste der am CAS zugelassenen Schiedsrichter.<sup>310</sup> Es ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass das ICAS zum 1.1.2016 das Prozedere zur Aufnahme in die Schiedsrichterliste modifiziert hat. Bis dahin konnten ausschließlich die internationalen Sportverbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC Kandidaten zur Ernennung für das Schiedsrichteramt am CAS vorschlagen. Seit einer entsprechenden Anpassung in Art. S14 CAS-Code wird dieses Recht inzwischen auch Athletenkommissionen der genannten Säulen der Olympischen Bewegung zugestanden. Zudem wurde mit der Änderung des CAS-Codes zum 1.1.2019 eine CAS Membership Commission eingerichtet (Art. S7 Ziff. 2 lit. a) CAS-Code). Diese Kommission schlägt dem ICAS Personen vor, welche als Schiedsrichter in die nach wie vor geschlossene Liste aufgenommen oder aus dieser gestrichen werden können (Art. S6 Ziff. 4 CAS-Code). Sie besteht aus fünf Mitgliedern, d.h. aus zwei ICAS-Mitgliedern (einer von ihnen übernimmt den Kommissionsvorsitz), die entweder Athletenvertreter oder unabhängige Mitglieder sein müssen, sowie aus den Präsidenten der drei Abteilungen am CAS.

307 Krit. deshalb *Lungstras*, S. 271 ff.

308 Hierzu insb. → IV. Rn. 170–178, 185–195.

309 *Adolphsen* 494; *Brunk* 287, 306 ff.; *Monheim* 384 f.; *Oschütz* 419 f.; *Wittmann* 30 f.; *PHB SportR/Summerer* Kap. 7 Rn. 270 f.; *Baddley* CaS 2004, 91; *Brandner/Kläger* SchiedsVZ 2015, 112 (119); *Brüning* ZG 2019, 386 (392, 394); *F. Eichel* ZZP 2016, 327 (342); *Scherrer* SpuRt 2003, 127 (127 f.); *Scherrer* CaS 2009, 95 (98).

310 Hierzu ausf. *Hülskötter* 270 ff.

Die zuvor beschriebenen Änderungen bei der Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste am CAS sind hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen eher kosmetischer Natur.<sup>311</sup> Denn nach wie vor entscheidet das ICAS mit einfacher Mehrheit sowie bei Stimmengleichheit mit der dann doppelten Stimme des Vorsitzenden (Art. S8 Ziff. 1 CAS-Code) unabhängig davon über die Aufnahme eines Schiedsrichters, von welcher Gruppe dieser vorgeschlagen wurde. Das bedeutet zugleich, dass gegen die Stimmen der 12 von den internationalen Sportverbänden, den Nationalen Olympischen Komitees und dem IOC benannten Mitglieder des ICAS in keinem Fall ein Schiedsrichterkandidat gewählt werden kann, wenn nicht – zufällig – die anderen 8 Mitglieder die Stimmenmehrheit haben sollten. Dieser Fall ist zumindest denkbar, weil für eine Abstimmung innerhalb des ICAS die Anwesenheit von mindestens 10 stimmberechtigten Mitgliedern ausreicht.

Aus diesem Verfahren zur Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste ist der Schluss gezogen worden, die Liste werde maßgeblich durch die Säulen der Olympischen Bewegung bestimmt und beschränke sich auf Personen, deren gewisse ideologische Nähe zumindest zu vermuten sei.<sup>312</sup> Wie schon bei der Zusammensetzung des ICAS<sup>313</sup> basiert die Kritik also auf einer Vermutung, für die Nachweise fehlen. Damit gelten die schon im unmittelbar vorangehenden Abschnitt gegenüber dieser Argumentation geäußerten Vorbehalte hier entsprechend. Bislang sind – soweit ersichtlich – keine belastbaren Nachweise für die Vermutung präsentiert worden, dass eine ideologische Nähe der vorgeschlagenen Schiedsrichter zur vorschlagenden Gruppierung besteht und dass deren Interessen sodann in Schiedsverfahren von den vorgeschlagenen Schiedsrichtern einseitig oder bevorzugt verfolgt werden.<sup>314</sup>

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Judikatur künftig aus der optischen Überlegenheit (die etwa im Fußball oft genug nicht zum späteren sportlichen Erfolg führt) der Verbandsseite im Präsidium des ICAS sowie im Prozess der Benennung der Schiedsrichter am CAS rechtliche Rückschlüsse ziehen wird. Das gilt selbst dann, sollte einmal nachgewiesen werden können, dass ein Schiedsrichter bislang durchweg im Interesse der Sportverbände entschieden hat.

311 So i.Erg. auch schon *Opfermann* 107; *Heermann* Iurratio 2016, 94 (97); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

312 *Hail* 157 und im Anschluss daran *Opfermann* 107.

313 → IV. Rn. 162–169.

314 Dieser spannende Forschungsansatz lag auch der Studie von *Lindholm* zum CAS und seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2019 gerade nicht zugrunde; zuletzt hat *Lindholm* ISLJ 2021, 1 (3–5), anknüpfend an die vorangehend erwähnte Studie, bedenkenwerte Vorschläge für Reformen beim CAS unterbreitet, die an die Investitionsgerichtsbarkeit anknüpfen (insb. zur Auswahl der Schiedsrichter durch ein Gremium mit deutlich weniger Mitgliedern als das ICAS am CAS; Reduzierung der am CAS tätigen Schiedsrichter, die die verschiedenen beteiligten Interessengruppen gleichmäßiger repräsentieren).

So erwiderte der EGMR Folgendes auf das Vorbringen der wegen eines – angeblichen – Dopingvergehens zuvor gesperrten Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein*, der Vorsitzende der Spruchkammer habe sich in der Vergangenheit auf eigenen Wunsch nur von Sportverbänden als Schiedsrichter benennen lassen und sodann eine „harte Linie“ im Anti-Doping-Kampf vertreten:<sup>315</sup>

„Wie dem auch sei, der Gerichtshof sieht ebenso wenig wie das Berufungsgericht irgendeinen Tatsachenbestand, der geeignet wäre, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des betreffenden Schiedsrichters in Frage zu stellen. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin sind dahingehend zu vage und hypothetisch und müssen deshalb zurückgewiesen werden.“

- 174 Sodann heißt es in Bezug auf den Vorwurf, dass die Schiedsrichterliste geschlossen sei und zu viele verbandsnahe Schiedsrichter aufweisen könnte:<sup>316</sup>

„Allerdings bemerkt der Gerichtshof, dass auf der vom ICAS zusammengestellten Liste zum Zeitpunkt der Geschehnisse um die 300 Schiedsrichter standen. [...] Die Beschwerdeführerin jedoch hat keine Tatsachen vorgelegt, die erlaubt hätten, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dieser Schiedsrichter anzuzweifeln. Selbst bei demjenigen Panel, das im vorliegenden Fall entschieden hat, hat die Beschwerdeführerin *konkret* nur einen einzigen Schiedsrichter in Frage gestellt, und zwar den Vorsitzenden des Panels, dann aber ohne ihre Behauptung zu konkretisieren (...).

Obleich der Gerichtshof konzidiert, dass diejenigen Organisationen, die sich möglicherweise im Rahmen von Streitigkeiten vor dem CAS den Athleten gegenüberstellen, seinerzeit einen realen Einfluss bei der Berufung der zum Zeitpunkt der Geschehnisse zuständigen Schiedsrichter ausübten, so kann er daraus keineswegs den Schluss ziehen, dass einzig und allein aufgrund dieses Einflusses die Schiedsrichterliste, gegebenenfalls nur mehrheitlich, aus Schiedsrichtern bestand, die individuell, objektiv sowie subjektiv gegenüber den genannten Organisationen nicht als unabhängig und unparteilich gelten konnten.“

- 175 Diejenige Partei, die aufgrund der optischen Überlegenheit der Verbandsseite im Präsidium des CAS und bei der Ernennung von Schiedsrichtern eine fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers oder zumindest eines beteiligten Schiedsrichters behauptet, muss hierfür nach Auffassung des EGMR überzeugende Beweise im Hinblick auf das konkrete Verfahren liefern. Dies wird indes außer in Fällen evidenter Rechtsbeugung oder eindeutiger Beweise für die fehlende Neutralität des Schiedsrichters nicht gelingen. Dieser an der Beweislast orientierte Umgang des EGMR mit der Problematik ist in prozessrechtlicher Hinsicht durchaus konsequent, wenngleich man darüber streiten kann, ob aufs Ganze gesehen die Latte für die Anwendung rechtlicher Vermutungen oder sonstiger Beweiserleichterungen nicht zu hoch gelegt wurde.

315 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 155 Abs. 3 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

316 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 157 Abs. 1 und 2 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

Weit weniger überzeugend ist in diesem Kontext der Ansatz des BGH, der jedenfalls in Dopingstreitverfahren einen Interessengleichlauf beim Sportverband und dem sanktionierten Athleten gleichsam vermutet (ohne diesen Rechtsbegriff zu verwenden), so dass es auf eine etwaige fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter nicht ankommen könne (Hervorhebung durch *Verfasser*):<sup>317</sup> 176

„Ein bestimmender Einfluss des konkret verfahrensbeteiligten Verbandes [Anmerkung: International Skating Union (ISU)] kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass den Sportverbänden und den Olympischen Komitees in ihrer Gesamtheit der maßgebliche Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste [Anmerkung: beim CAS] zukommt. Ein Übergewicht des am konkreten Verfahren beteiligten Verbandes gegenüber dem Athleten bei der Schiedsrichterbestimmung ergäbe sich hieraus nur dann, wenn sich ‚Verbände‘ und ‚Athleten‘ grundsätzlich als von gegensätzlichen Interessen geleitete Lager gegenüberstünden, wie dies in anderen Bereichen, z.B. bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern, der Fall sein mag. ‚Verbände‘ und ‚Athleten‘ bilden jedoch keine derartig gegensätzlichen Lager. Im vorliegenden Fall standen sich zwar vor dem CAS ein Verband, die Beklagte zu 2 [Anmerkung: ISU], und eine Athletin, die Klägerin [Anmerkung: *Claudia Pechstein*], in konträren Parteirollen gegenüber. Die übrigen Sportverbände können jedoch nicht ohne weiteres der Seite der Beklagten zu 2 zugerechnet werden. Die Sportverbände und die Olympischen Komitees sind vom Grunde her im Wettbewerb stehende Einheiten mit höchst unterschiedlichen Einzelinteressen (...). Im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Umsetzung des WADC mögen sie zwar in Dopingfällen durchaus gleichgerichtete Interessen vertreten. Diese Interessen decken sich jedoch grundsätzlich mit den Interessen der Athleten an einem dopingfreien Sport. [...]“

Diese vom BGH entwickelte Lagertheorie, die von gleichgerichteten Interessen der Sportverbände und Athleten im Anti-Doping-Kampf ausgeht, kann nicht überzeugen.<sup>318</sup> Eine solche Annahme geht von einem Idealzustand aus, den die harte Sportrealität schon lange nicht mehr widerspiegelt.<sup>319</sup> Die Zahl der Anti-Doping-Verfahren gegen Athleten ist durchgängig hoch und belegt eindrucksvoll, dass schon im Vorfeld der vor Verbandsgerichten und später Sportschiedsgerichten ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten Sportverbände und Athleten nicht zwangsläufig die gleichen Interessen verfolgten und verfolgen. Dabei sind es nicht stets allein die Athleten, die gegen die Dopingbestimmungen des WADA-Code verstoßen. Ein im Jahr 2020 vor dem CAS verhandeltes Schiedsverfahren betraf eine zuvor von der Welt Anti-Doping-Agentur (WADA) gegen die Rus- 177

317 BGHZ 210, 292, Rn. 32 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

318 S. stellvertr. Heermann NJW 2016, 2224 (2224 f.); Opfermann 166 spricht insoweit von einer „reinen Fiktion“ des BGH; krit. auch Cherkh/Momsen/Orth/J. F. Orth 2. Kap. Rn. 127; PHB Sport/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 41 Fn. 183; Thöne SchiedsVZ 2020, 176 (179 f.). Pipob 249 hält die Lagertheorie nur für anwendbar im Falle gleichberechtigten Einflusses auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts.

319 Ähnl. Brüning ZG 2019, 386 (394).

sische Anti-Doping Agentur (RUSADA) ausgesprochene vierjährige Sperre, die mittelbar den gesamten russischen Sport schwer traf.<sup>320</sup>

- 178 Damit bleibt festzuhalten, dass das Verfahren zur Erstellung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch das ICAS zwar ein gewisses juristisches Unbehagen verursacht, aber von staatlichen oder supranationalen Gerichten vermutlich auch künftig in rechtlicher Hinsicht weder beanstandet noch zum rechtlichen Nachteil der internationalen Sportverbände, der Nationalen Olympischen Komitees oder des IOC berücksichtigt werden wird.
- 179 Zum Abschluss bleibt noch die naheliegende Frage, ob die geschlossene Schiedsrichterliste am CAS zur schnellen, einheitlichen und fachkompetenten Entscheidungsfindung überhaupt notwendig ist.<sup>321</sup> Das Deutsche Sportschiedsgericht hat seine anfangs gleichfalls geschlossene Schiedsrichterliste nachträglich geöffnet.<sup>322</sup> Seither steht es den Parteien frei, einen Schiedsrichter zu benennen, der nicht auf der Schiedsrichterliste steht (§ 3 Ziff. 3.1 Satz 2 DIS-SportSchO i.d.F. v. 1.4.2016). Es sind in der Folge keinerlei Anzeichen bekanntgeworden, die auch nur ansatzweise darauf hindeuten könnten, dass dadurch die gleichbleibende Qualität der vor dem Deutschen Sportschiedsgericht ausgetragenen Schiedsverfahren sowie der Schiedssprüche nachteilig beeinträchtigt worden wäre. Allerdings – dies sei konzediert – betrifft die Öffnung der Schiedsrichterliste am Deutschen Sportschiedsgericht fast ausschließlich potentielle Schiedsrichter deutscher Herkunft und nicht solche aus einer Vielzahl von (Sport-)Nationen und aus verschiedenen Rechtskulturkreisen, so dass der Vergleich ein wenig hinkt.

#### (4) Das ICAS im Lichte der Good Governance-Diskussion im Sport

- 180 Es existieren zwar im September 2013 veröffentlichte „Principles for the Good Governance of Sport in the EU“<sup>323</sup>, die sich unmittelbar allein an *Sports Governing Bodies*, d.h. Sportverbände, richten. Indes gibt es – soweit ersichtlich – keine entsprechenden Prinzipien für die Sportschiedsgerichtsbarkeit. Zu dieser wird lediglich Folgendes in Ziff. 7 letzter Absatz festgelegt:

Where legal challenges to the decisions of governing bodies in national state courts are likely a sports body may also consider, subject to applicable national and EU laws, adopting a suitable binding internal arbitration mechanism. Such alternative dispute mechanisms should deliver swift, cost effective, expert sports specific resolutions.

320 CAS 17.12.2020 – CAS 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency; → IV. Rn. 303–310.

321 Brunk 345; Opfermann 105.

322 Instrukтив zum Verfahrensablauf beim Deutschen Sportschiedsgericht Cherkh/Momsen/Orth/Mortseifer 3. Kap. Rn. 490 ff.

323 Abrufbar unter [https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy\\_documents/xg-gg-201307-dlvrb12-sept2013.pdf](https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/xg-gg-201307-dlvrb12-sept2013.pdf) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

Diese Voraussetzungen erfüllen ICAS und CAS zweifelsohne. Wie zuvor schon 181  
dargelegt,<sup>324</sup> sind die Installation des ICAS sowie seine Stellung und Kompetenzen innerhalb des CAS zwar rechtlich grenzwertig, d.h. man könnte sich im Hinblick auf eine stärkere Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesamten Schiedsgerichts eine andere Organisationsstruktur vorstellen. Jedoch sind die überwiegend auf Vermutungen gestützten Kritikpunkte rechtlich nicht greifbar.

Es trifft zwar zu, dass mit dem ICAS ein Organ über die vollständige Unab- 182  
hängigkeit des CAS wacht, dessen eigene finanzielle Unabhängigkeit zweifelhaft ist.<sup>325</sup> Allerdings deutet viel darauf hin, dass das derzeitige Finanzierungsmodell alternativlos ist.<sup>326</sup> Konstruktive und realistischerweise umsetzbare Verbesserungsvorschläge werden insoweit von den Kritikern regelmäßig nicht unterbreitet. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Mitglieder des ICAS-Präsidi-ums sowie der von diesen ernannten Schiedsrichter wird man grundsätzlich nicht mit Aussicht auf rechtlichen Erfolg in Zweifel ziehen können, selbst wenn der *Status quo* einem neutralen Beobachter beim Vergleich etwa mit der deutschen staatlichen Gerichtsbarkeit Bauchschmerzen verursachen kann.

Ein Umstand, dessen Ursprung ökonomischer Natur ist, sorgt letztlich aber doch 183  
für erhebliche Bedenken. Der CAS als sportartenübergreifendes Weltsportschiedsgericht hat zwar eine Monopolstellung, kann aber im Gegensatz zu staatlichen Gerichten nicht völlig unabhängig am Markt für die Sportschiedsgerichtsbarkeit agieren. Zur Veranschaulichung der Problematik sei auf den Fußballsport Bezug genommen. Das SchweizBG hat den Beitrag der FIFA von weniger als 10 % des Gesamtbudgets des CAS als hinnehmbar eingeordnet.<sup>327</sup> Zugleich sollen einer im Jahr 2019 veröffentlichten Studie zufolge 38 % der CAS-Verfahren den Fußballsport betreffen.<sup>328</sup> Nun die rein hypothetische Frage: Was würde es für den CAS bedeuten, wenn die FIFA sich entschiede, die fußballbezogenen Schiedsgerichtsverfahren weitgehend und abschließend einer neu beim Verband einzurichtenden Schiedsgerichtsbarkeit zu überantworten, wie dies etwa im internationalen Basketball geschehen ist? Es ist zu vermuten, dass der CAS insbesondere auch aus finanziellen Motiven in der Zukunft ungern auf die FIFA als „Kundin“ verzichten würde. Auch dies ist natürlich nur eine Vermutung, die sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals nachweisen lassen wird. Aber dies ist ja auch lediglich ein Gedankenspiel, das die Problematik der sog. *repeat player* veranschaulichen soll, d.h. derjenigen Parteien, die – wie die internationalen Sportverbände beim CAS – regelmäßig Prozesse vor einem bestimm-

324 → IV. Rn. 162–179.

325 Brunk 244; Opfermann 94.

326 → IV. Rn. 154 f.

327 SchweizBG BGE 144 III 120 (126 ff. E.3.4.3.).

328 Lindholm 40.

ten Gericht führen.<sup>329</sup> Es wird befürchtet, dass solche *repeat player* beim CAS über die gegenwärtige Akzeptanz der Schiedsgerichtsinstitution und über deren zukünftige Existenz entscheiden würden,<sup>330</sup> zumal bezüglich solcher Situationen im Allgemeinen empirisch belastbare Beweise für die Gefahr einer Unparteilichkeit der Schiedsrichter vorlägen.<sup>331</sup> Daraus ist gefolgert worden, der CAS müsse einerseits seine Unabhängigkeit und Stellung als echtes Schiedsgericht garantieren, sei aber andererseits auf individualvertragliche Schiedsvereinbarungen und die Einfügung satzungsmäßiger Schiedsvereinbarungen in die Verbandsregelwerke angewiesen.<sup>332</sup>

- 184 Die beschriebene abstrakte Gefahr einer gewissen Abhängigkeit des CAS von internationalen Sportverbänden, die regelmäßig Schiedsverfahren vor dem CAS führen und zugleich an dessen Gesamtbudget beteiligt sind, wird man als solche kaum leugnen können. Die Verwirklichung dieser Gefahr in einem konkreten Schiedsverfahren wird allerdings nicht beweisbar sein. Dies sollte Anlass sein, ein besonderes Augenmerk auf das Zustandekommen und die rechtliche Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS zu richten.<sup>333</sup>

#### (5) Stellung des Generaldirektors in Schiedsverfahren

- 185 Der Generaldirektor am CAS<sup>334</sup> wird vom ICAS ernannt und besitzt in diesem Gremium eine beratende Stimme (Art. S8 Ziff. 4 CAS-Code). Die Kritik an der Position des Generaldirektors<sup>335</sup> entzündet sich insbesondere an einer bestimmten Befugnis, die gleich zweimal wortgleich in Art. R46 Abs. 1 Satz 5 CAS-Code und in Art. R59 Abs. 2 Satz 1 CAS-Code verankert ist:

Before the award is signed, it shall be transmitted to the CAS Director General who may make rectifications of pure form and may also draw the attention of the Panel to fundamental issues of principle.

- 186 Es ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass eine solche Präventivkontrolle durch eine nicht gänzlich unabhängige Person in der staatlichen Justiz nicht

329 Hierzu stellvertr. *Opfermann* 48, 95, 109, 211, 382 m.w.N.

330 *Murray* ZZPInt 2006, 295 (304); im Anschluss daran *Opfermann* 94 f.

331 *Haubner* 58 ff. m.w.N., allerdings ohne Bezug zur Sportschiedsgerichtsbarkeit.

332 *Brunk* 249 und im Anschluss *Opfermann* 95; a.A. *Gotlib* 24 *Cardozo J. of Int'L & Comp. Law* 2016, 389 (421), der den Erfolg und die Akzeptanz des CAS auf einen Mangel an vernünftigen Alternativen zurückführt.

333 → IV. Rn. 203–236 sowie XIII. Rn. 914–944.

334 S. hierzu *Opfermann* 100 f.

335 Im Hinblick auf solche Verfahrensregelungen Bedenken an der Unabhängigkeit eines Schiedsgerichts äußerd *Stein/Jonas/Schlosser* § 1036 ZPO Rn. 60 f.; speziell im Hinblick auf den CAS: *Brunk* 245; *Scherrer* CaS 2012, 249 ff.



hingenommen werden würde<sup>336</sup> – das gilt zumindest für die deutsche Justiz.<sup>337</sup> Vergleichbare Überprüfungs Kompetenzen finden sich indes auch in handelsrechtlichen Schiedsordnungen.<sup>338</sup>

Der Zweck der Vorschrift soll in der Vereinheitlichung der CAS-Rechtsprechung bestehen.<sup>339</sup> Entschärft wird die delikate rechtliche Situation dadurch, dass die Vorschläge des CAS-Generaldirektors nicht bindend sind.<sup>340</sup> Die Schiedsrichter können Hinweise des Generaldirektors, dass der konkrete Schiedsspruch von der bisherigen Rechtsprechung abweiche (was ohnehin nur selten vorkommen dürfte<sup>341</sup>), ohne weitere Begründung unberücksichtigt lassen.<sup>342</sup> Damit beschränkt sich die Überprüfungs kompetenz des CAS-Generaldirektors im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte und ein Hinweisrecht auf die bisherige Praxis in CAS-Schiedssprüchen zu bestimmten Rechtsfragen.<sup>343</sup>

#### (6) Benennung eines Einzelschiedsrichters und eines Dreierschiedsgerichts

Am CAS sind drei Kammern eingerichtet worden: *Ordinary Arbitration Division*, *Anti-doping Division* und *Appeals Arbitration Division*. Die Präsidenten der Kammern werden gem. Art. S6 Ziff. 2 CAS-Code vom ICAS gewählt.<sup>344</sup> Zudem kommt als Spruchkörper entweder ein Einzelschiedsrichter oder ein Dreierschiedsgericht in Betracht.

336 Podszun JZ 2017, 208 (210); sehr krit. auch PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 274 („[...] im Zeitalter der Gewaltenteilung ein absoluter Fremdkörper und läuft auf eine verkappte Zensur des Schiedsgerichts hinaus“; „Das ist so, wie wenn eine Kammer oder ein Senat eines staatlichen Gerichts sein Urteil vor Unterzeichnung dem Staatssekretär im Justizministerium zur Abnahme vorlegen müsste (!)“).

337 Der Verfasser offenbart, dass bei ihm in diesem Punkt die Besorgnis der Befangenheit besteht. Denn er war in den Jahren 2000–2005 als Richter im Nebenamt in dem auf gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht spezialisierten Senat am OLG Nürnberg tätig. Dabei hat er nicht nur wertvolle praktische Erfahrungen sammeln, sondern auch wiederholt davon Kenntnis nehmen können, in welchem hohen Rechtsgut die richterliche Unabhängigkeit gem. Art. 97 Abs. 1 GG nicht nur für die gesamte Richterschaft, sondern auch für die Justiz im Allgemeinen darstellt. Eine etwaige Vorlagepflicht eines vom Senat gefassten, aber noch nicht verkündeten Beschlusses oder Urteils etwa beim Präsidenten des OLG Nürnberg oder gar im Justizministerium des Freistaats Bayern wäre seinerzeit schlichtweg undenkbar gewesen (und ist es heute immer noch).

338 Mavromati/Reeb Art. R46 CAS-Code Rn. 24 noch unter Hinweis auf Art. 33 ICC Arbitration Rules (2012), inzwischen Art. 34 ICC Arbitration Rules (2017): „Before signing any award, the arbitral tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No award shall be rendered by the arbitral tribunal until it has been approved by the Court as to its form.“

339 Arroyo/Rigozzi/Hasler Art. R59 CAS-Code Rn. 11.

340 Mavromati/Reeb Art. R46 CAS-Code Rn. 27.

341 → IV. Rn. 185–187, 266–274.

342 Straubel Loy. Univ. Chic. L. J. 2005, 1203 (1256).

343 Lungstras 277 unter Bezugnahme auf SchweizBG 10.2.2010 – 4A\_612/2009, E.3.3.

344 Ausf. zu den Kompetenzen der Kammerpräsidenten Hülskötter 274 ff.

- 189 Wenn sich die Parteien nicht innerhalb von 15 Tagen auf einen gemeinsamen Kandidaten für einen Einzelschiedsrichter einigen, so darf dieser vom Präsidenten der zuständigen Kammer bestimmt werden. Im Falle eines Dreierschiedsgerichts bestimmt der Präsident der zuständigen Kammer den Vorsitzenden, wenn sich die beiden zuvor durch die Streitparteien nominierten Schiedsrichter nicht innerhalb einer vom CAS festzusetzenden Frist auf einen Vorsitzenden einigen konnten (Art. R40.2 Abs. 2 und 3 CAS-Code). Zudem bedarf jeder Schiedsrichter einer Bestätigung durch den Präsidenten der jeweiligen Kammer (Art. R40.3. Abs. 1 CAS-Code).
- 190 In Verfahren vor der *Appeals Arbitration Division*, d.h. vor der Berufungskammer,<sup>345</sup> sind die Befugnisse des zuständigen Kammerpräsidenten noch umfangreicher. In Berufungsverfahren, die den größten Teil der vor dem CAS geführten Schiedsverfahren ausmachen,<sup>346</sup> ist grundsätzlich ein Dreierschiedsgericht vorgesehen (Art. R50 CAS-Code). Auch in solchen Verfahren können der Kläger und der Beklagte jeweils einen Schiedsrichter selbst bestimmen (Art. R48 Abs. 1, R53 CAS-Code). Indes wird in Berufungsverfahren der Vorsitzende stets vom Präsidenten der Berufungskammer nach einer Beratung mit den Beisitzern festgelegt (Art. R54 Abs. 2 CAS-Code).<sup>347</sup> Diese Zusammenhänge hat der BGH<sup>348</sup> verkannt, der im *Pechstein*-Verfahren stattdessen davon ausging, dass der Vorsitzende der Berufungskammer den Vorsitzenden nur festlege, wenn die Parteien sich insoweit nicht einigen konnten.<sup>349</sup>

345 Ausf. zu solchen Verfahren *Lungstras*.

346 Nach *Reilly* J. Disp. Resol. 2012, 63 (65, 70) werden 90 % der Verfahren vor der Berufungskammer verhandelt. Bei 30 % dieser Verfahren handele es sich um Dopingstreitigkeiten.

347 Stattdessen einen Geschäftsverteilungsplan fordernd *Wittmann* 34, 41; *J. F. Orth* SpuRt 2015, 230 (232); *Summerer* SpuRt 2018, 197 (199).

348 Dies ergibt sich aus einem Beschluss des BGH auf eine von *Claudia Pechsteins* Verfahrensvertreter erhobene Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO; vgl. BGH NZKart 2016, 487, Rn. 6.

349 Nachdem das CAS-Schiedsverfahren, in dem im Juli 2020 Sanktionen, die seitens der UEFA gegen den Fußballclub Manchester City FC wegen Verstößen gegen das UEFA Financial Fair Play-Reglement verhängt worden waren (u.a. eine zweijährige Sperre für UEFA-Clubwettbewerbe), größtenteils aufgehoben worden war, wurde Folgendes berichtet: „City schlug zwei der drei Richter vor – am Ende fiel das Urteil 2:1 gegen die Uefa aus“; vgl. *Buschmann/Winterbach* Spiegel Online v. 30.7.2020 („CAS-Urteil zu Manchester City – Interne Mails stellen Zeugenaussagen infrage“). Dies ist zwar sachlich zutreffend, indes ist die Aussage unvollständig. Denn die UEFA, die das Schiedsverfahren zeitnah, d.h. rechtzeitig vor Beginn der Saison 2020/21 abschließen wollte, stimmte dem Vorschlag des Manchester City FC zur Besetzung der Position des Vorsitzenden des Panels explizit zu, woraufhin der Vorsitzende der Berufungskammer nach Rücksprache auch mit den bereits ernannten Beisitzern den von Manchester City FC für das Panel vorgeschlagenen CAS-Schiedsrichter als Vorsitzenden des Panels festlegte; s. CAS 13.7.2020 – 2020/A/6785, Rn. 34, 37 – Manchester City FC/UEFA. Dies stellt eine recht extensive Auslegung von Art. R54 Abs. 3 Satz 1 CAS-Code dar: „If three arbitrators are to be appointed, the President of the Division shall appoint the President of the Panel following nomination of the arbitrator by the Respondent and after having consulted the arbitrators.“ Gleichwohl kritisiert *Batzoglou* FAZ v. 29.5.2021 dieses Vorgehen heftig, wobei er sich insb. auf Zweifel an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des von Manchester City FC vorgeschlagenen, von der UEFA „im Eiltempo“ akzeptierten und schließlich vom Vorsitzenden der Berufungskammer ernannten Vorsitzenden stützt.

Diese Praxis zur Benennung des Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts durch 191  
den zuständigen Kammerpräsidenten gerade in Berufungsverfahren, die die große  
Mehrzahl der Verfahren vor dem CAS bilden, ist Ziel verbreiteter Kritik.<sup>350</sup> So  
beklagt *Opfermann*, dass ausgerechnet in Berufungsverfahren, in denen es um  
die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Verbände gehe, diese mittelbar ein  
gewisses Übergewicht bei der Bestellung des Vorsitzenden des Dreierschiedsge-  
richts hätten.<sup>351</sup> *Brunk*<sup>352</sup> bemängelt die Intransparenz der Auswahlentscheidun-  
gen des Kammerpräsidenten, für die weder ein Verfahren vorgesehen noch eine  
Begründung erforderlich sei. Eine solche Regelung sei an einem staatlichen Ge-  
richt nicht denkbar und auch vom deutschen Zivilverfahrensrecht nicht vorgese-  
hen.

Diese Missbilligung der Festlegung des Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts 192  
in Berufungsverfahren am CAS ist nachvollziehbar, sofern man durch die Brille  
des deutschen Verfassungsrechts auf den CAS blickt. Denn zum gesetzlichen  
Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hat das BVerfG<sup>353</sup> festgestellt, dass zur  
Sicherung der Neutralität des Gerichts schon der Eindruck vermieden werden  
müsse, dass im Einzelfall durch eine gezielte Auswahl von Richtern das Ergebnis  
der Entscheidung beeinflusst werden könnte.<sup>354</sup> Im Schrifttum wird eine Un-  
gleichbehandlung angenommen, wenn der Personenkreis, aus dem die Schieds-  
richter zu benennen sind, in einer Weise eingeengt ist, die einer Partei einen Vor-  
teil einräumt.<sup>355</sup>

Die Übertragung dieses Ansatzes auf den CAS scheitert aus verschiedenen Grün- 193  
den: So enthält Art. 101 GG keine Maßstäbe für private Gerichte und deren  
Richter sowie insbesondere für Schiedsgerichte.<sup>356</sup> Zudem ist der CAS bekannt-  
lich in Lausanne in der Schweiz beheimatet, so dass der Blick auf das deutsche  
Verfassungsrecht oder auch Zivilverfahrensrecht aus rechtsvergleichender Per-  
spektive durchaus interessant sein mag, im Hinblick auf die rechtliche Bewertung  
der Organisation der Berufungsverfahren am CAS aber nicht zielführend ist.  
Auch der Hinweis, dass das Deutsche Sportschiedsgericht ohne Kooperation mit

350 Allg. hierzu PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 272 f.

351 *Opfermann* 99 unter Bezugnahme auf *Wittmann* 32 sowie *Oschütz* 108.

352 *Brunk* 245.

353 BVerfGE 95, 322 (329 f.) = NJW 1997, 1497 (1498). Das Schrifttum nimmt eine Ungleichbehand-  
lung an, wenn der Personenkreis, aus dem die Schiedsrichter zu benennen sind, in einer Weise einge-  
engt sei, die einer Partei einen Vorteil einräume; vgl. Musielak/Voit/Voit § 1034 ZPO Rn. 3; *Schwab/*  
*Walter* Kap. 9 Rn. 11; großzügig Stein/Jonas/*Schlosser* § 1034 ZPO Rn. 11 unter Bezugnahme auf  
*Kornblum* 249 f.: „nicht grundsätzlich unzulässig ist auch die Beschränkung auf eine Liste verbands-  
angehöriger Schiedsrichter in Streitigkeiten des Mitglieds mit dem Verband.“

354 *Bunte WuW* 2016, 366 (368) weist darauf hin, dass aus Sicht der Athleten ein entsprechender Ver-  
dacht durch die Erstellungspraxis der Schiedsrichterliste i.V.m. Art. R54 Abs. 2 CAS-Code bestehe.

355 Musielak/Voit/Voit § 1034 ZPO Rn. 3; *Schwab/Walter* Kap. 9 Rn. 11

356 S. stellvertr. Dreier/*Schulze-Fielitz* Art. 101 GG Rn. 39 m.w.N.

den Einrichtungen des organisierten Sports offensichtlich funktioniere,<sup>357</sup> ist letztlich nicht mehr als eine rechtsvergleichende Beobachtung.

- 194 Man kann es drehen und wenden wie man will: Zum einen wird der CAS vom Odium einer gewissen Abhängigkeit von Sportverbänden umweht, die mittelbar bis in die Auswahl der durchaus wichtigen Posten der jeweiligen Vorsitzenden in Dreierschiedsgerichten der Berufungskammer ausstrahlen kann (aber nicht muss). Zum anderen kann man diesen Befund kritisieren. So merkte im Hinblick auf diese Praxis beim CAS in der mündlichen Verhandlung im *Pechstein*-Verfahren vor dem Kartellsenat des BGH Jörg Nothdurft, Direktor beim BKartA, im Hinblick auf das OLG Düsseldorf, das Beschlüsse des in Bonn ansässigen BKartA rechtlich überprüft, Folgendes an:<sup>358</sup>

„Wenn die Richter beim Oberlandesgericht Düsseldorf vom BDI [Bundesverband der Deutschen Industrie] bestellt würden, brauchten wir nicht anzutreten!“

- 195 Wiederholt sind Reformen beim CAS angeregt worden, so u.a. auch von Duve.<sup>359</sup> Derlei Anliegen hat *Mavromati*<sup>360</sup> entgegengehalten, es liege in der Natur der Sache, dass Schiedsrichter, welche sich nicht auf der Schiedsrichterliste befänden, deren Aufhebung befürworteten. Diese Argumentationslinien zeigen eindrucksvoll, wie weit Bewertungen hinsichtlich des Reformbedarfs durch einen ehemals in die geschlossene Schiedsrichterliste am CAS aufgenommenen deutschen Rechtsanwalt und durch eine in Griechenland zugelassene Rechtsanwältin, seinerzeit Managing Council am CAS, auseinanderliegen können.

### (7) Stellung eines Schiedsrichters am CAS

- 196 Schiedssprüche eines echten Schiedsgerichts – der CAS wird von der vorherrschenden Auffassung als ein solches eingestuft<sup>361</sup> – treten an die Stelle der Entscheidungen staatlicher Gerichte. Damit sind die Positionen eines staatlichen Richters einerseits und eines Schiedsrichters andererseits zwar nicht unmittelbar miteinander vergleichbar, aber an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit beider Gruppen wird man doch zumindest sehr ähnliche Maßstäbe anlegen dürfen. Denn andernfalls würden sich die Verfahrensbeteiligten vermutlich von vornherein nicht auf eine private Gerichtsbarkeit einlassen, es sei denn, sie würden hierzu (faktisch) gezwungen werden.<sup>362</sup> Um die insbesondere auch von deutscher Seite geäußerten Zweifel hinsichtlich der vollständigen Unabhängigkeit der CAS-

357 Mertens SpuRt 2008, 140 (143); Bergmann in Steinle, 2013, 59 (69).

358 Zitiert nach Heermann DRiZ 2016, 242 (243).

359 Duve/Rösch SchiedsVZ 2015, 69 (77).

360 Mavromati CAS Bulletin 2016, 27 (41).

361 → IV. Rn. 251–265 m.w.N.

362 Hierzu → IV. Rn. 220–236 m.w.N.

Schiedsrichter nachvollziehen zu können, sollte man sich zunächst hinsichtlich der Rechtslage in Deutschland Art. 97 GG vergegenwärtigen:

- (1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.
- (2) <sup>1</sup>Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. <sup>2</sup>Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. <sup>3</sup>Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.

Wenn man sich an diesem verfassungsrechtlichen Maßstab, der natürlich nicht 197 auf am CAS tätige Schiedsrichter übertragen werden kann, gleichwohl bei der Bewertung der Stellung der CAS-Schiedsrichter zumindest vorsichtig orientiert, wird man wegen der erheblichen Diskrepanzen die kritischen Stimmen jedenfalls nachvollziehen können (ohne ihnen hiermit zustimmen zu müssen). Wie ist also die Position der Schiedsrichter am CAS im Detail ausgestaltet? Aufschluss gibt zunächst Art. S13 CAS-Code:

The personalities designated by ICAS, pursuant to Article S6, paragraph 3, appear on the CAS list for one or several renewable period(s) of four years. ICAS reviews the complete list every four years; the new list enters into force on 1 January of the year following its establishment.

Soweit an der zeitlichen Begrenzung der Amtszeit Anstoß genommen wird,<sup>363</sup> ist 198 allein dieser Umstand unbedenklich, zumal auch an manchen staatlichen Gerichten wie etwa am BVerfG eine solche Praxis üblich ist. Zudem besteht im Prinzip eine unbegrenzte Anzahl an Verlängerungsmöglichkeiten.<sup>364</sup> Bedenken erregt demgegenüber aber insbesondere die dem ICAS eingeräumte Möglichkeit, jederzeit den Namen eines Schiedsrichters von der geschlossenen Schiedsrichterliste entfernen zu können, wie sich aus Art. S19 Abs. 2 CAS-Code ergibt:

ICAS may remove an arbitrator or a mediator from the list of CAS members, temporarily or permanently, if she/he violates any rule of this Code or if her/his action affects the reputation of ICAS and/or CAS.

Zudem wird gem. Art. R35 Satz 1 CAS-Code dem ICAS das Recht eingeräumt, in einem laufenden Verfahren einen Schiedsrichter abzuufen,

if she/he refuses to or is prevented from carrying out her/his duties or if she/he fails to fulfil her/his duties pursuant to this Code within a reasonable time.<sup>365</sup>

363 Summerer SpuRt 2018, 197 (198), der allerdings von einer nur zweijährigen Amtszeit auszugehen scheint.

364 Krit. Hail 155.

365 Krit. Hail 157.

- 199 Sicherlich ist der Begriff der Pflichtverletzung sehr unbestimmt, zudem fehlen Rechtsschutzoptionen für den betroffenen Schiedsrichter gegen die jeweilige Abberufungsentscheidung.<sup>366</sup> Deshalb wurde Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Vorschriften angemahnt, die keinesfalls dazu genutzt werden sollten, unbequeme Schiedsrichter wegen unzureichender Vertragstreue des Amtes zu entheben.<sup>367</sup> Die allgemein angesprochenen Pflichtverletzungen könnte man zwar etwa durch Hinzufügen von Beispielsfällen noch genauer definieren, um auf diese Weise einen gewissen Maßstab oder Orientierungspunkt festzulegen. Wenn der Name eines Schiedsrichters jedoch erst einmal von der geschlossenen Liste entfernt worden ist, wird dies regelmäßig ein Ausdruck mangelnden Vertrauens sein, worauf auch immer dieses beruhen mag. In einer solchen Konstellation Rechtsschutzmöglichkeiten einzufügen, ist zwar vorstellbar. Eine rechtliche Überprüfung der Abberufung eines Schiedsrichters oder die Nichtverlängerung seiner Amtszeit würde im Erfolgsfalle aber das fehlende Vertrauen im Zweifel nicht wiederherstellen. Es gibt für im Sportrecht ausgewiesene Juristen keinen Anspruch darauf, in die geschlossene Schiedsrichterliste aufgenommen zu werden. Warum sollten dann nicht auch Lösungsmöglichkeiten zugunsten des ICAS vorgesehen werden können, solange diese nicht willkürlich und diskriminierungsfrei ausgeübt werden?
- 200 Weitere Bedenken hat *Opfermann* daraus abgeleitet, dass durch die Honorierung der Schiedsrichter *case by case* falsche Anreize gesetzt werden könnten.<sup>368</sup> Auf diese Weise könne ein Schiedsrichter seine Wiedernominierung durch einen *repeat player*, z.B. einen internationalen Sportverband, anstreben, indem er dessen Interessen bei der jeweiligen Entscheidung höher gewichte als jene der nur einmalig vor dem CAS verhandelnden Gegenpartei. Die Schiedsrichter würden auch als Gesamtheit von einer größeren Anzahl an Streitigkeiten profitieren, da diese potentiell die Weiterbeschäftigung sicherten. Sie hätten auch hier einen Anreiz, die *repeat player* zu bevorzugen. Diese Kritik ist zumindest zu relativieren. Zunächst basiert sie auf Vermutungen, die kaum zuverlässig belegt werden können. Tatsächlich werden sich auf der geschlossenen Liste der CAS-Schiedsrichter vermutlich die Namen mehrerer Schiedsrichter finden lassen, die mehrfach oder für einen gewissen Zeitraum gar regelmäßig von einem *repeat player* benannt worden sind, wobei die entsprechenden Verfahren möglicherweise sogar überwiegend zugunsten des *repeat player* entschieden wurden. Dies ließe aber nicht den Rückschluss zu, der betreffende Schiedsrichter hätte die Interessen der ihn benennenden Partei höher gewichtet. Zunächst benennt eine Partei etwa in einem Berufungsverfahren nur einen Beisitzer im Dreierschiedsgericht, der allein keinen

366 Krit. *Opfermann* 111.

367 *Oschütz* 121.

368 *Opfermann* 111 f.

maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Panels hat. Es ist des Weiteren nicht auszuschließen, dass der einen bestimmten Schiedsrichter wiederholt benennende *repeat player* im Falle des späteren Obsiegens jeweils die besseren juristischen Argumente auf seiner Seite hatte. Es ist zwar möglich, dass sich einzelne CAS-Schiedsrichter auch (und hoffentlich nicht nur) von den zuvor beschriebenen monetären Interessen leiten lassen. Dabei mag es eine Frage der Perspektive, d.h. der alternativen Verdienstmöglichkeiten im Einzelfall, sein, ob die Einschätzung generell zutrifft, ein Verfahren vor dem CAS sei für einen ernannten Sportschiedsrichter aus finanzieller Hinsicht keine lukrative Tätigkeit.<sup>369</sup> Der Umstand, dass ein Eintrag auf der exklusiven Liste der am CAS zugelassenen Schiedsrichter dem betreffenden Juristen Prestige und Renommee verschafft, könnte zwar einen weiteren Anreiz bieten, diesen Status nicht vorzeitig zu verlieren und möglichst lange aufrecht zu erhalten. Vor allem sollte aber davon ausgegangen werden, dass CAS-Schiedsrichter sich strikt an den Pflichten orientieren, zu deren Einhaltung sie sich nach Art. S18 Abs.2 CAS-Code schriftlich verpflichtet haben:

Upon their appointment, CAS arbitrators and mediators shall sign an official declaration undertaking to exercise their functions personally with total objectivity, independence and impartiality, and in conformity with the provisions of this Code.

Danach ist es schlichtweg rechtlich unzulässig, dass ein Schiedsrichter bei der Entscheidungsfindung die Interessen derjenigen Partei – sei es ein *repeat player* oder nicht – höher gewichtet, die ihn nominiert hat, selbst wenn dadurch die Verlängerung seiner Amtszeit gefährdet werden sollte.<sup>370</sup> Es ist bei Juristen im Allgemeinen und Schiedsrichtern an Sportschiedsgerichten im Besonderen grundsätzlich davon auszugehen, dass sie sich ihrer großen Verantwortung bewusst sind, sich an die Legalitätspflicht gebunden fühlen und deshalb rechtskonform verhalten.<sup>371</sup> Natürlich sind die Grenzen aber fließend, d.h. erfahrene Juristen werden in rechtlich nicht eindeutig gelagerten Fällen regelmäßig in der Lage sein,

369 Paulsson SchiedsVZ 2015, 263 sowie A. Röhrich/Wuschka SchiedsVZ 2015, 247 (249) (Bericht von einem Treffen der DIS40 Regionalgruppe Nord). Nach der *Schedule of Arbitration Costs*, abrufbar unter <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/arbitration-costs.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022), betragen die Stundensätze der Schiedsrichter 300–500 CHF. Laut Theus Simoni/Lang/Conrad/Fuchs 38 betrugen im Jahr 2015 in einem CAS-Verfahren die Schiedsgerichts- und Schiedsrichterkosten durchschnittlich 28.500 CHF.

370 Auch in diesem Zusammenhang bekennt der Verfasser wie schon in anderem Kontext (vgl. Fn. 337), dass bei diesem Punkt aufgrund persönlicher Erfahrungen eine Besorgnis der Befangenheit nicht ausgeschlossen werden kann. Unter seinem Vorsitz in einer von zwei Kammern eines Ständigen Schiedsgerichts für den Bereich eines deutschen Sportfachverbandes war letzterer in nahezu allen von der Kammer verhandelten Verfahren als Partei beteiligt. In denjenigen Schiedsverfahren, die nicht durch Vergleich oder Rücknahme der Schiedsklage beendet werden konnten, obsiegte nicht durchweg der Sportfachverband. Die *repeat player*-Problematik spielte – soweit für den Verfasser seinerzeit erkennbar – für keines der Kammermitglieder jemals eine Rolle. Die vierjährige Amtszeit der aller Kammermitglieder wurde nach deren Ablauf nicht verlängert.

371 Ähnl. Elsing SchiedsVZ 2019, 16 (19).

einen Schiedsspruch in der einen oder auch in der anderen Richtung rechtlich nachvollziehbar und nicht angreifbar zu begründen. Zudem gibt es aber ein System externer *checks and balances*, durch das solche Risiken reduziert werden können: Zu bedenken ist zunächst, dass in einem Dreierschiedsgericht ein Beisitzer allein seine persönliche Rechtsauffassung nur bei entsprechender Überzeugungskraft seiner Argumente im Panel durchsetzen können. Als Regulativ bei Zweifeln an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einzelner Schiedsrichter kommen zudem die Befangenheitsvorschriften in Betracht, die allerdings nur bei entsprechender Faktenlage greifen. Soweit schließlich darauf hingewiesen wird, dass CAS-Schiedsrichter trotz Art. R68 CAS-Code keine Garantie haben, im Anschluss an ein abgeschlossenes Schiedsverfahren für Fehlentscheidungen nicht in Haftung genommen zu werden,<sup>372</sup> so wird es sich dabei aufgrund der bisherigen Erfahrungen letztlich um eine grundsätzlich nur theoretische Gefahr handeln. Zum System externer *checks and balances* zählt aber auch der Umstand, dass am CAS ergangene Schiedssprüche, soweit sie wie zumeist vollständig veröffentlicht werden, seitens der Presse, aber insbesondere auch im wissenschaftlichen Schrifttum analysiert und teils kritisch gewürdigt werden.<sup>373</sup>

- 202 Damit ist abschließend festzuhalten, dass die Stellung eines CAS-Schiedsrichters gegenüber derjenigen eines Richters an einem deutschen staatlichen Gericht etwa im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit zwar schwächer ausgestaltet ist, wobei die entsprechenden Regelungen im CAS-Code aber einer rechtlichen Kontrolle standhalten würden. Selbst wenn man unterstellt, dass die *repeat player*-Problematik nicht nur abstrakter Natur ist, so werden einer niemals völlig auszuschließenden einseitigen Interessenwahrnehmung durch einzelne CAS-Schiedsrichter durch ein geeignetes System der *checks and balances* doch Grenzen gesetzt. Sicherlich kann man gerade mit einem von der deutschen Rechtslage, insbesondere von Art. 97 GG geprägten Vorverständnis Optimierungspotential beim CAS ausmachen, für dessen Umsetzung aber aus rechtlicher Sicht derzeit keine zwingenden Gründe ersichtlich sind.

#### *cc) Schiedsvereinbarung und Einrede ihrer Unwirksamkeit*

##### *(1) Allgemeines*

- 203 Wenn sich im Sportsektor Sportvereine und -verbände einerseits sowie die regelungsunterworfenen (un)mittebaren Mitglieder andererseits (insbesondere Sportler, aber auch Sportclubs) auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit einlassen, klammern sie damit bewusst die Möglichkeit aus, die betreffenden Rechtsstreitkei-

372 Vaitiekunas 186 f.

373 Insoweit stellvertr. → IV. 275–310.



ten von einem staatlichen Gericht klären zu lassen. Sie verzichten also hierzulande auf die Anrufung des staatlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Zu diesem Zweck müssen die Parteien eine Schiedsvereinbarung abschließen, für die das Gesetz bestimmte Formerfordernisse voraussetzt. Diese werden im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt aus der Perspektive sowohl des deutschen als auch des schweizerischen Rechts beleuchtet.<sup>374</sup> Die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung kann sich aber natürlich auch aus anderen Gründen als Formmängeln ergeben. Die denkbaren sonstigen Unwirksamkeitsgründe sind vielfältig, so dass auf sie nachfolgend an unterschiedlichen Stellen zurückzukommen sein wird.<sup>375</sup> Bereits im übernächsten Abschnitt<sup>376</sup> wird indes der überaus praxisrelevanten Frage nachgegangen werden, wann im Laufe einer schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung, welche mitunter im Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren vor staatlichen Gerichten fortgesetzt wird, die Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung spätestens zu erfolgen hat.

## (2) *Form der Schiedsvereinbarung*

Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der deutschen Rechtslage bildet § 1031 ZPO, der folgenden Wortlaut hat:

(1) Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein.

(2) Die Form des Absatzes 1 gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung in einem von der einen Partei der anderen Partei oder von einem Dritten beiden Parteien übermittelten Dokument enthalten ist und der Inhalt des Dokuments im Falle eines nicht rechtzeitig erfolgten Widerspruchs nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen wird.

(3) Nimmt ein den Formerfordernissen des Absatzes 1 oder 2 entsprechender Vertrag auf ein Dokument Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht.

(4) *(weggefallen)*

(5) <sup>1</sup>Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. <sup>2</sup>Die schriftliche Form nach Satz 1 kann durch die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden. <sup>3</sup>Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichter-

374 → IV. Rn. 203–214.

375 → IV. Rn. 220–236, 251–265, 275–315 und 335–347 sowie insb. XIII. Rn. 914–944 speziell zur rechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zum CAS.

376 → IV. Rn. 215–219.

liche Verfahren beziehen, darf die Urkunde oder das elektronische Dokument nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung.

(6) Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.

- 205 Nach schweizerischem Recht wird gem. Art. 176 Abs. 1, 178 Abs. 1 IPRG eine Übermittlung vorausgesetzt, „die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht“. Für das Beschreiten des verbandsinternen Rechtswegs ist regelmäßig eine schriftliche<sup>377</sup> Erklärung erforderlich.
- 206 Im Folgenden sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:
- 207 – Zunächst ist sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht die in einer Verbandssatzung enthaltene Schiedsvereinbarung im Verhältnis zu den unmittelbaren Mitgliedern grundsätzlich (form)wirksam.<sup>378</sup>
- 208 – Nicht so eindeutig ist die Rechtslage, wenn eine Bindung mittelbarer Mitglieder in der Weise erfolgt, dass in der Satzung eines Vereins ein Verweis auf die Satzung eines höheren Verbandes enthalten ist, die wiederum eine Schiedsvereinbarung enthält.<sup>379</sup> Sicherheitshalber sollte in der verweisenden Satzungsbestimmung ausdrücklich auf die Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit durch den höheren Verband hingewiesen werden.<sup>380</sup>
- 209 Nach schweizerischem Recht erfolgt eine Einzelfallprüfung, wobei man sich an dem aus der AGB-Kontrolle entlehnten Vertrauensprinzip orientiert.<sup>381</sup> Erfolgt in der Vereinssatzung ein ausdrücklicher Verweis auf die Schiedsvereinbarung in der Satzung des übergeordneten Verbandes, geht das SchweizBG von einer (form)wirksamen Schiedsvereinbarung aus.<sup>382</sup> Weniger klar ist die rechtliche Beurteilung, sofern global auf die eine Schiedsvereinbarung umfassende Satzung eines übergeordneten Verbandes verwiesen wird.<sup>383</sup> Ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalls, orientiert sich die Judikatur daran, ob der Vertragspartner des Vereins, d.h. sein Mitglied, mit der Schiedsvereinbarung aufgrund der üblichen Gepflogenheiten rechnen konnte.<sup>384</sup> In jedem Fall werden Schiedsvereinbarungen nicht als unübliche Klauseln eingestuft.<sup>385</sup> Bei bestehender Ungleichgewichtslage zwischen dem (Monopol-)Verein und seinem Mitglied ist eine Globalverweisung in der Vereinssatzung auf

377 Dies genügt SchweizBG SpuRt 2002, 62 (64, E.2.b.); krit. *Knöfel* SpuRt 2002, 49 ff.

378 S. stellvertr. *Opfermann* 65; zum Fall einer fehlenden Schiedsvereinbarung vgl. SchweizBG 2018, 157 (158).

379 Musielak/Voit/Voit § 1066 ZPO Rn. 8 m.w.N.

380 PHB SportR/Summerer Kap. 3 Rn. 532.

381 Basler Kommentar-IPRG/Gränicer Art. 178 IPRG Rn. 58 ff.

382 SchweizBG BGE 110 II 54 ff.

383 Ausf. *Wittmann* 58 ff.

384 Sehr weitgehend SchweizBG SpuRt 2002, 62; strenger SchweizBG SpuRt 2010, 66; Basler Kommentar-IPRG/Gränicer Art. 178 IPRG Rn. 60 f.

385 *Girsberger/Voser* Rn. 274a.

die Statuten eines übergeordneten Verbandes kritisch zu betrachten.<sup>386</sup> Andererseits ist die schweizerische Rechtsprechung geneigt, in sportbezogenen Sachverhalten einen großzügigeren Maßstab anzulegen, weil die Sportschiedsgerichtsbarkeit letztlich im Interesse beider Parteien liege.<sup>387</sup>

Ob die Sportverbänden vor Sportschiedsgerichten unterlegenen Parteien dies nach Abschluss ihrer Verfahren vor dem CAS auch noch so sehen, mag bezweifelt werden. Man braucht nunmehr aber nicht gleich bei *Claudia Pechstein* nachzufragen, die sicherlich eine differenzierte Meinung haben dürfte. Denn der CAS ist einstweilen trotz seiner nicht unerheblichen strukturellen Defizite im Einklang mit dem SchweizBG, dem BGH und nicht zuletzt dem EGMR als echtes Schiedsgericht einzustufen.<sup>388</sup> Darüber hinaus legen die erheblichen Vorteile, die mit dem CAS zu Recht verknüpft werden,<sup>389</sup> die – freilich widerlegbare – Vermutung nahe, dass die Einrichtung des Weltsportschiedsgerichts im Ausgangspunkt tatsächlich im Interesse der Sportverbände sowie der regelungsunterworfenen natürlichen und juristischen Personen liegt.

- Gegenüber Nichtmitgliedern entfaltet die Schiedsvereinbarung nach deutschem Recht selbst dann keine Wirkung, wenn die Satzung in einem Vertrag zwischen dem Verein und dem Nichtmitglied in Bezug genommen wird.<sup>390</sup> 211
- Es ist im Schrifttum angedeutet worden, dass die bloße Teilnahme an einem (internationalen) Wettkampf grundsätzlich zur Annahme einer konkludenten Satzungs-/Regelanerkennung (gewissen Umfangs) ausreichen könne, sodass eine Aufnahme der Schiedsvereinbarung in die Satzungen genügen sollte.<sup>391</sup> 212  
Wie bereits an anderer Stelle im Detail dargelegt,<sup>392</sup> sollte die Rechtsfigur einer Unterwerfung unter Verbandsstatuten allein durch Sportausübung keinesfalls überstrapaziert, sondern – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen herangezogen werden. Dabei wird es vermutlich regelmäßig von vornherein an der erforderlichen Schriftform der Schiedsvereinbarung mangeln, so dass in solchen Fällen bereits deshalb von einer Formunwirksamkeit auszugehen wäre.

386 *Berger/Kellerhals* Rn. 440 ff.

387 SchweizBG ASA Bulletin 1/2012, 144 ff.; so auch *Handschin/Schütz* SpuRt 2014, 179 ff., insb. für Dopingstreitigkeiten sei der Schiedszwang gerechtfertigt; krit. *Mankowski* 477.

388 → IV. Rn. 251–265 m.w.N.

389 → IV. Rn. 148 f. m.w.N.

390 So etwa OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 140328, Rn. 58; Musielak/Voit/Voit § 1066 ZPO Rn. 7; *Kotzenberg* 104.

391 *Opfermann* 63.

392 → IV. Rn. 48–51.

- 213 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das SchweizBG und in dessen Windschatten der CAS<sup>393</sup> eine sehr großzügige<sup>394</sup> Linie haben, soweit es um die Erhaltung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung im Sport geht.<sup>395</sup> Es ergeben sich dabei deutliche Parallelen zur rechtlichen Bewertung der Unterwerfung unter die Verbandsstatuten im Allgemeinen.<sup>396</sup> Besonders betont werden die Interessen der Parteien und der Wunsch nach einer zügigen Streitbeilegung im Sport. Das SchweizBG lässt es im Extremfall ausreichen, wenn eine Schiedsvereinbarung über mehrere, unter Umständen gar dynamische Verweisungen in den Regeln der Sportverbände ermittelt werden muss.<sup>397</sup> Damit droht der Grundsatz der Informationsverschaffungspflicht, welche die Sportvereine und -verbände gegenüber ihren (un)mittelbaren Mitgliedern trifft, in einen Grundsatz der Informationsbeschaffungspflicht der (un)mittelbaren Mitglieder umgewandelt zu werden. Eine solche Entwicklung läge definitiv nicht im Interesse der regelungsunterworfenen Parteien.<sup>398</sup> Das gemeinsame Interesse an einer zügigen Streitbeilegung vermag sicherlich einige den Sportverbänden entgegenkommende Erleichterungen im Hinblick auf die Durchführung von Verfahren vor Sportschiedsgerichten zu rechtfertigen. Dazu gehört aber – wie zuvor schon im Detail dargelegt wurde<sup>399</sup> – sicherlich nicht eine Abkehr von der Verpflichtung der Sportverbände, ihren (un)mittelbaren Mitgliedern die Verbandsstatuten in angemessener Weise aktiv zur Kenntnis zu bringen. Was der II. Zivilsenat<sup>400</sup> im Hinblick auf die Vereinsdisziplinalgewalt festgestellt hat, muss auch für die Sportschiedsgerichtsbarkeit gelten, die solche Disziplinarmaßnahmen überprüft, insbesondere wenn sie im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit mit erheblichen Defiziten verknüpft ist.<sup>401</sup> Damit kann einem Vereinsmitglied aufgrund Unzumutbarkeit nicht angesonnen werden, nicht nur die Satzung seines Vereins zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich auch noch die Satzung des übergeordneten Verbandes – möglicherweise auch einer dritten Ebene – zu beschaffen und zu lesen, um auf diese Weise die für die eigene Rechtsstellung maßgeblichen Vorschriften (wie z.B. eine Schiedsklausel) zu ermitteln.

393 Krit. zur Neigung des CAS, trotz der nach Art. R27 CAS-Code erforderlichen Schiedsvereinbarung seine Zuständigkeit in Konstellationen anzunehmen, in denen es an einer gewissen Klarheit der Zustimmung fehle, *Gotlib* 24 *Cardozo J. of Int'l & Comp. Law* 2016, 389 (401) m.w.N. Instruktiv hierzu *Baddeley ISLJ* 2020, 3 (14 f.).

394 Vgl. *Opfermann* 63; *Wittmann* 52 ff.; *Wächter SchiedsVZ* 2018, 294 (299); *PHB SportR/Summerer* Kap. 7 Rn. 244; s. auch *Baddely ISLJ* 2020, 3 (13 f.) mit einer Analyse der Rspr. des SchweizBG.

395 Vgl. *Mavromati/Reeb* Art. R27 CAS-Code Rn. 25 ff. m.w.N.

396 → IV. Rn. 4–68 m.w.N.

397 SchweizBG ASA Bulletin 3/2010, 644 ff.

398 Krit. daher *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (73 ff.); *Heermann*, GS Unberath, 2015, 159 (166 f.); im Anschluss daran *Mankowski* 474.

399 → IV. Rn. 13–19.

400 BGHZ 212, 70, Rn. 42 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

401 Zu einem Überblick → IV. Rn. 150–160 m.w.N.

Allerdings kennt die Großzügigkeit zumindest des SchweizBG bei der Anerkennung von Schiedsvereinbarungen dann doch Grenzen. Zuletzt hat es die großzügige Handhabung des CAS ausnahmsweise einmal beanstandet und einen Schiedsspruch aufgehoben, da eine konkludente Schiedsvereinbarung zum CAS einer ausdrücklichen Vereinbarung auf ein argentinisches Handelsgericht nicht vorgehe.<sup>402</sup> Diese Entscheidung veranschaulicht deutlich, wie weit (hoffentlich nur) einzelne Schiedsrichter am CAS die berechtigten Interessen der den Verbandsstatuten unterworfenen Parteien auszublenden bereit sind, um die Wirksamkeit einer konkludenten Schiedsvereinbarung annehmen und letztlich selbst über den Fall entscheiden zu können.

### (3) Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung

Zunächst ist zu beachten, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung eine Prozesspartei wegen widersprüchlichen Verhaltens mit dem Einwand ausgeschlossen sein kann, der Schiedsvertrag sei unwirksam,<sup>403</sup> nachdem diese Partei es war, die das Schiedsgericht angerufen hat.<sup>404</sup> Ein solches widersprüchliches Verhalten kann auch darauf beruhen, dass die den Einwand erhebende Partei sich vorprozessual auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung berufen<sup>405</sup> oder an einem Schiedsverfahren vorbehaltslos teilgenommen hat.<sup>406</sup> Sodann ist die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich als Einrede im Schiedsverfahren geltend zu machen.<sup>407</sup> Im *Pechstein*-Verfahren beispielsweise hatte die Eisschnellläuferin bzw. hatten ihre jeweiligen Prozessvertreter weder im Laufe des Schiedsverfahrens noch vor dem SchweizBG diese Einrede geltend gemacht.<sup>408</sup> Dieses Vorgehen war – wie sich im Folgenden zeigen wird – aus verfahrensrechtlicher Perspektive durchaus riskant, weil damit die spätere Präklusion dieser Einrede hätte drohen können.

Im Ausgangspunkt ist zunächst umstritten, ob ein staatliches Gericht bestimmte materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren stets berücksichtigen kann und muss.<sup>409</sup> Die Gegenauffassung geht davon aus, dass bereits im Schiedsverfahren die Obliegenheit zur Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmit-

402 SchweizBG SpuRt 2018, 157 ff.

403 Allg. zur Rechtsproblematik s. stellvertr. BeckOK-ZPO/Wilske/Markert § 1059 ZPO Rn. 38 ff.

404 BGH BeckRS 2021, 37110, Rn. 17.

405 BGH NJW-RR 1987, 1194 (1195).

406 OLG Hamm SchiedsVZ 2006, 106 (108), OLG Koblenz SchiedsVZ 2005, 260 (261).

407 Krit. Wolff SchiedsVZ 2015, 280 ff., der sich für eine Berücksichtigung der Schiedsvereinbarung von Amts wegen ausspricht.

408 S. insb. LG München I SchiedsVZ 2014, 100 ff., welches daher eine Präklusion annahm; zust. Mursan/Korff CaS 2014, 199 (208); ablehnend hingegen PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 249a Fn. 446 (Summerer war in dem betreffenden Verfahren Prozessvertreter der deutschen Eisschnellläuferin).

409 So Rombach SchiedsVZ 2015, 105 (110).

teln die Rüge sämtlicher<sup>410</sup> Mängel der Schiedsvereinbarung umfasse,<sup>411</sup> so dass eine erstmalige Geltendmachung der Einrede nachfolgend vor einem staatlichen Gericht präkludiert sein könnte. Aber auch insoweit wird differenziert. So wird teilweise vertreten, die Präklusion oder die Annahme eines Rechtsmissbrauchs vor einem staatlichen Gericht sei ausgeschlossen, wenn die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs andernfalls einen Verstoß gegen den *ordre public* gem. Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ zur Folge hätte.<sup>412</sup> Für diese Auffassung sprechen gute Gründe. Die Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs nach Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ sollte nicht allein vom Verhalten der Parteien im Schiedsverfahren abhängen.<sup>413</sup> Denn andernfalls wären etwa in Deutschland, wo das Kartellrecht – anders als in der Schweiz<sup>414</sup> – zum *ordre public* zählt, die effektive Durchsetzung des Kartellrechts und die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs gefährdet.<sup>415</sup>

- 217 Diese allgemeinen verfahrensrechtlichen Erwägungen sollen nun auf den Fall eines vom CAS erlassenen Schiedsspruchs übertragen werden. Sodann kann die unterlegene Partei gegen den Schiedsspruch gem. Art. 190 IPRG eine Beschwerde beim SchweizBG einlegen. Einer solchen Beschwerde entspricht im deutschen Recht das Aufhebungsverfahren gem. § 1059 ZPO. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, es sei einem Kläger nach dem internationalen Schiedsverfahrensrecht verwehrt, sich im Anschluss an das Schiedsverfahren erstmals auf das Fehlen oder die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zu berufen.<sup>416</sup> Zwar könne diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich aus dem UNÜ, so aber doch im Einzelfall aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens abgeleitet werden.<sup>417</sup> Hieraus wird vereinzelt ein Gebot abgeleitet, alle zumutbaren und effektiven Rechtsmittel im Erststaat auszuschöpfen.<sup>418</sup> Der BGH ist insoweit großzügiger, indem er im bloßen Unterlassen der Einlegung befristeter Rechtsbehelfe bei den staatlichen

410 *Niedermaier* 328 differenziert danach, ob eine von Amts wegen zu beachtende und damit der Parteidisposition entzogene Unzuständigkeitsrüge gegeben ist (z.B. Kartellrecht als Teil des materiellen *ordre public*).

411 So *MüKo-ZPO/Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 7 ff.; *Musiak/Voit/Voit* § 1061 ZPO Rn. 20 m.w.N.

412 *Lachmann* Rn. 2547; *Niedermaier* 325 f.; *Kröll IPRax* 2007, 430 (436).

413 *Eckel/Richter* WuW 2015, 1078 (1091); *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286) m.w.N. Zuletzt auch *Opfermann* 85.

414 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); *Basler Kommentar-IPRG/Pfisterer* Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

415 *Opfermann* 85.

416 *Duvel/Rösch* SchiedsVZ 2015, 69 (73) m.w.N.; *Brunk* 55, sofern man zuvor keinen Vorbehalt erklärt habe; a.A. *Pfeiffer* SchiedsVZ 2014, 161 (162), sofern die Rüge von vornherein aussichtslos erschienen sei; tendenziell auch *PHB SportR/Summerer* Kap. 7 Rn. 249a unter Hinweis auf die Drucksituation des klagenden Athleten.

417 Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens als dem UNÜ immanent einstuft BGHZ 188, 1, Rn. 17 = NJW 2011, 1290; *MüKo-ZPO/Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 8 f.; *Schwab/Walter* Kap. 44 Rn. 10; *Wolff/Borris/Hennecke* Art. V UNÜ Rn. 46 ff.

418 So *Schulze* SpuRt 2014, 138 (142) m.w.N.; a.A. *MüKo-ZPO/Adolphsen* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 10 f., 22; *Kröll IPRax* 2007, 430.

Gerichten des Schiedsortes keine Treuwidrigkeit annimmt.<sup>419</sup> In diesem Zusammenhang ist vorgeschlagen worden, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sei zwar eine Rügepflicht vor dem Schiedsgericht abzuleiten, die aber nur soweit bestehe, wie die Erhebung möglicher Rügen im Ausgangsverfahren im Interesse der betroffenen Partei liege, da nur in dieser Hinsicht ein Vertrauenstatbestand gesetzt werde.<sup>420</sup> Daran anknüpfend, wird die Auffassung vertreten, es könne den berechtigten Interessen eines Sportlers widersprechen, die Rüge der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung und damit der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu erheben, wenn andernfalls die Gefahr einer erheblichen Verzögerung bestehe, die sodann in irreversiblen Nachteilen für den Athleten resultiere (z.B. hat der Wettkampf, zu dem er nicht nominiert wurde, zwischenzeitlich stattgefunden).<sup>421</sup> Andere halten es dagegen kategorisch für zumutbar, die Einrede der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu erheben.<sup>422</sup> Sofern man vor dem Schiedsgericht anwaltlich vertreten werde, könne von einer frühzeitigen Kenntnis etwaiger Unwirksamkeitsgründe ausgegangen werden.<sup>423</sup> Allerdings wird man die Rügeobliegenheit nicht derart ausweiten können, dass ein Anwalt alle denkbaren Einwände erheben muss, die in zunächst unbestimmt vielen Anerkennungsstaaten künftig erheblich werden könnten.<sup>424</sup>

Die Problematik sei am Beispiel des *Pechstein*-Verfahrens veranschaulicht. Dabei ging das OLG München<sup>425</sup> von einer jederzeitigen rechtlichen Überprüfbarkeit der Schiedsvereinbarung zum CAS aus und gelangte in der Folge zu dem Ergebnis der kartellrechtlichen Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Schiedsvereinbarung zwischen der ISU und der klagenden Eisschnellläuferin. Diese Argumentation war verfahrensrechtlich vor dem Hintergrund der – wie dargestellt – sehr umstrittenen Präklusionsproblematik sicherlich keine Selbstverständlichkeit und löste wegen der gezogenen kartellrechtlichen Folgerungen, die nur von wenigen erwartet worden sein dürften (und die der BGH in der Revision nicht teilte), in der Sportschiedsgerichtsbarkeit ein heftiges Erdbeben aus. Hierauf wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.<sup>426</sup>

Der Athlet, der in einem laufenden Verfahren vor einem Sportschiedsgericht die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung rügen möchte, befindet sich letztlich in einem Dilemma. Um das Risiko der Präklusion dieser Einrede in etwaigen nachfolgenden Verfahren vor staatlichen Gerichten zu minimieren, sollte er eigentlich

419 BGHZ 188, 1, Rn. 10 = NJW 2011, 1290.

420 Hammer, FS Schütze, 2015, 141 (146).

421 So *Opfermann* 87 Fn. 622; s. auch *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286); *Schulze* SpuRt 2014, 138 (141 f.).

422 *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (50); *Duvel/Rösch* SchiedsVZ 2014, 216 (220).

423 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 (109) – Pechstein; krit. *Monheim* SpuRt 2014, 90 (93).

424 *Schlosser* SchiedsVZ 2009, 84 (87); im Anschluss daran *Opfermann* 87 Fn. 625.

425 OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (46) – Pechstein.

426 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

bereits im Schiedsverfahren frühzeitig die Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts mangels wirksamer Schiedsabrede erheben. Wenn sich sodann das Schiedsgericht durch Zwischenbescheid für zuständig erklären sollte, könnte der Athlet gem. § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO oder einer entsprechenden Verfahrensregelung einer ausländischen Prozessordnung die Entscheidung durch ein staatliches Gericht beantragen.<sup>427</sup> Das kostet Zeit, so dass etwa in einem Rechtsstreit wegen nicht erfolgter Nominierung des Athleten zu einem unmittelbar bevorstehenden Wettkampf eine abschließende Entscheidung zu spät kommen könnte. Falls der Athlet sich demgegenüber insbesondere aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung dazu entschließen sollte, die Rüge der Unwirksamkeit der Schiedsabrede nicht zu erheben (einen entsprechenden Vorbehalt könnte er indes zu Protokoll geben), kann er auf einen zügigen und für ihn günstigen Schiedsspruch hoffen. Erst wenn dieser ausbleiben sollte, müssten die Fragen geklärt werden, ob überhaupt noch ein Rechtsmittel eingelegt werden soll und – wenn ja – wie hoch sodann das Risiko einer Präklusion der Einrede einzuschätzen ist.

#### *dd) Faktischer Zwang zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit*

##### *(1) Problemlage*

- 220 Es entspricht der vorherrschenden Auffassung, dass rechtliche Auseinandersetzungen nicht zwingend vor staatlichen Gerichten, hierzulande also vor dem gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, ausgetragen werden müssen, sondern sich die Parteien stattdessen *freiwillig* darauf einigen können, ein privates Gericht, wie z.B. ein Sportschiedsgericht, anzurufen. Für die Durchführung von Rechtsstreitigkeiten mit Sportbezug unter Einschaltung von Sportschiedsgerichten sprechen einige unbestreitbare und überzeugende Gründe.<sup>428</sup> Daraus leiten Sportverbände vielfach stillschweigend ab, dass die Verbandsjustiz eigentlich auch bei den Regelungsunterworfenen auf uneingeschränkte Zustimmung stoßen müsste, so dass die notwendige freiwillige Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit mehr oder weniger nur eine Formsache sei. Das sehen allerdings nicht wenige (un)mittelbare Verbandsmitglieder anders, weil die Sportschiedsgerichtsbarkeit zwar nicht zwingend, aber doch verbreitet im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit mit Defiziten verknüpft ist,<sup>429</sup> die mit Einschnitten in die Rechtspositionen der Betroffenen verbunden sind oder zumindest sein können.<sup>430</sup>

427 Heermann SchiedsVZ 2014, 66 (79).

428 → IV. Rn. 148 f.

429 → IV. Rn. 150–160.

430 A.A. Opfermann 45, wonach alle am internationalen Spitzensport beteiligten Akteure die zentral organisierte Sportschiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit favorisieren; wie hier unter Beschränkung auf den CAS *Monheim* SpuRt 2014, 90 (91).



Die große Mehrheit der Verbandsmitglieder lässt sich gleichwohl regelmäßig 221 ohne Weiteres – sei es bewusst oder aber bei Desinteresse auch unbewusst – auf Schiedsklauseln ein, so wie Verbraucher üblicherweise die in Verträgen enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne deren Lektüre stillschweigend akzeptieren. Das gilt insbesondere für Profisportler, die ihren Lebensunterhalt mit der Sportausübung bestreiten und die die Schiedsklauseln grundsätzlich nicht zu ihren Gunsten abzuändern versuchen, sondern schlichtweg akzeptieren, weil sie andernfalls ihrer Verdienstmöglichkeiten beraubt wären.<sup>431</sup> Im Verhältnis zum Sportverband, der die Sportwettkämpfe organisiert, handelt es sich bei nahezu jedem Athleten um einen beliebig austauschbaren Produktionsfaktor.<sup>432</sup> Dies ist letzteren bewusst, so dass sie die vorformulierten<sup>433</sup> Vereinbarungen mit Schiedsklauseln aufgrund der situationsbedingten Ungleichgewichtslage fast ausnahmslos unterzeichnen. Wenige Spitzenathleten, die sich medienwirksam nicht freiwillig einer Schiedsklausel unterwerfen wollen, könnten zwar das System der weltweit nach einheitlichen Verbandsregelungen erfolgenden Sportausübung ins Wanken bringen. Aber dies ist ein eher theoretisches Problem, weil sich Sportler aus nachvollziehbaren Gründen neben ihrer zeitlich befristeten und damit intensiven Sportkarriere nur in unabdingbaren Fällen auf zeit- und kostenaufwändige sowie nervenaufreibende Rechtsstreitigkeiten mit einem Sportverband einlassen.

Wie soll man jedoch angesichts des nicht zu leugnenden faktischen Zwangs der 222 Athleten zur Unterwerfung unter die Schiedsklausel praktisch mit dem Freiwilligkeitserfordernis umgehen, wenn sich dann das Verbandsinteresse an einem funktionierenden System der weltweiten Wettkampfausübung nach einheitlichen Standards und die Autonomie des einzelnen Athleten gegenüberstehen? Sportverbände neigen dazu, die eigenen Wertentscheidungen höher zu gewichten und beklagen andernfalls gar einen unzulässigen Eingriff in die Verbandsautonomie.<sup>434</sup>

Das Phänomen, dass sich aufgrund des Erfordernisses einer freiwilligen Einwilli- 223 gung jedes Einzelnen die Interessen einer Gruppe einerseits sowie verschiedener Individuen andererseits konträr gegenüberstehen können, ist uns auch aus anderen Zusammenhängen bekannt: Erinnert sei etwa an die von der DSGVO geforderte Freiwilligkeit der Einwilligung der Nutzer in die Datenverarbeitung. Eine konkrete Ausprägung dieses Konflikts bildete im Jahr 2020 die kontroverse Diskussion zur zwangsweisen oder freiwilligen Nutzung einer sog. Corona-Warn-App. In den Jahren 2021/22 gingen nicht nur in Deutschland die Meinungen

431 Heermann JZ 2015, 362 (362 f.); Zimmermann ZWeR 2016, 66 (67), jew. m.w.N. So auch EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules.

432 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 98 – ISU's Eligibility Rules; St. Horn 168 m.w.N.

433 Niedermaier 64 erkennt hierin ein Indiz für das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage.

434 Nach Opfermann 171 soll diese Janusköpfigkeit das Selbstverständnis zahlreicher Sportverbände als Staat im Staat zeigen.

über die Einführungen einer (partiellen) COVID-19-Impfpflicht zumindest für bestimmte Berufsgruppen, aber auch für Fußballprofis<sup>435</sup> weit auseinander.

- 224 Wie in den vorangehend beschriebenen Konstellationen geht es auch beim Erfordernis der freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit darum, die widerstreitenden Interessen der Vertragspartner einer faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarung im Wege der praktischen Konkordanz zu einem Ausgleich zu bringen.<sup>436</sup> Welche grundrechtlich geschützten Positionen liegen nunmehr in den jeweiligen Waagschalen?<sup>437</sup> Auf der Seite der Sportverbände findet man dort natürlich die Verbandsautonomie als Anwendungsfall der Vereinigungsfreiheit sowie gegebenenfalls auch die Berufsfreiheit des Verbandes. In der anderen Waagschale befindet sich das Grundrecht auf Justizgewährung und bei professionell tätigen Sportlern, deren Kreis infolge steigender Kommerzialisierung im Sport zunehmend weiter zu ziehen ist, auch die Berufsfreiheit. Diese Grundrechte gehören als grundlegende Werteordnung zum materiell-rechtlichen Gehalt des *ordre public*-Vorbehalts, so dass ihnen sowohl innerhalb der Verbandsjustiz und auch nachfolgend vor staatlichen Gerichten im Aufhebungs- oder Vollstreckungsverfahren angemessene Rechnung zu tragen ist.

## (2) Schrifttum

- 225 Vereinzelt sind die Umstände, die in der Praxis für die Athleten zu einem faktischen Zwang zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung führen,<sup>438</sup> kritisiert worden, wobei man sich sprachlich nicht zurückgehalten hat. So ist von einer insoweit „gestörten Vertragsparität“ gesprochen worden,<sup>439</sup> ebenso von einer „Zwangsgerichtsbarkeit kraft privater Institutionalisierung.“<sup>440</sup> Zudem wurde angemerkt, dass schon bei der Vereinbarung der Sportschiedsklausel „die Freiwilligkeit also häufig durch Missbrauch von Monopolmacht pervertiert“ werde.<sup>441</sup> Dass diese kartellrechtliche Wertung in dieser Allgemeinheit unzutreffend ist, wird an anderer Stelle zu vertiefen sein.<sup>442</sup> Auffällig ist jedoch, dass im deutschsprachigen Schrifttum mit erstaunlichem Einfallsreichtum höchst unterschiedliche argumentative Ansätze entwickelt worden sind, die trotz des regelmäßig vorliegenden faktischen Zwangs der Athleten zum Abschluss einer

435 Zu dieser Berufsgruppe s. stellvertr. Heermann FAZ v. 24.11.2021 („Debatte in der Corona Krise – Wie realistisch ist eine Impfpflicht für Fußballprofis?“).

436 Ausf. hierzu Hülskötter 67 ff.

437 Ausf. Wittmann 65 ff.; Classen 77 ff.

438 So ausdrückl. bereits Heermann SchiedsVZ 2014, 66 (66); vgl. auch Hülskötter 33 ff., der von „oktroierten Schiedsvereinbarungen“ spricht.

439 Bleistein/Degenhart NJW 2015, 1353 (1355).

440 Mankowski 473.

441 Mankowski 474.

442 → XIII. Rn. 914–944 m.w.N.

Schiedsvereinbarung deren freiwillige Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit begründen sollen.<sup>443</sup> So unvereinbar, wie sich sprachlich die Begriffe „Zwang“ und „Freiwilligkeit“ gegenüberstehen, so wenig konnten die gelieferten Begründungen das gewünschte(?) Ergebnis belegen.<sup>444</sup> Zwei Ansätze seien exemplarisch hervorgehoben, weil deren Urheber neben ihren umfangreichen universitären Aktivitäten schon seit Langem im Sportsektor als durchaus einflussreiche Schiedsrichter u.a. am Ständigen Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen einerseits und am CAS andererseits tätig sind.

Steiner, ein Experte u.a. des Verfassungs- und Sportrechts sowie langjähriger Richter am BVerfG, wählt zunächst einen wenig überraschenden Ausgangspunkt:<sup>445</sup> 226

„Eine unaufgebbare verfassungsrechtliche Prämisse der Zulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ist unverändert die Freiwilligkeit des Verzichts auf Anrufung der staatlichen Gerichte durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO.“

Im gleichen Beitrag stellt er sodann wenig später fest:<sup>446</sup>

„Athleten, Vereine und Verbände sind Nutznießer des organisierten Sports im nationalen und internationalen Raum, der sich aus den genannten ‚systemrelevanten‘ Gründen zunehmend der Schiedsgerichtsbarkeit zuwendet. Es ist daher nicht unfair, ihnen ohne Unterschied die Zustimmung zum rechtsstaatlich kontrollierten schiedsgerichtlichen Verfahren zuzumuten.“

Die Formulierung „faktischer Zwang“ wird zwar vermieden, eine Zustimmung zur Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit sei jedoch insbesondere unter dem Eindruck des Fairnessgedankens und der rechtsstaatlichen Kontrolle über schiedsgerichtliche Verfahren zumutbar.<sup>447</sup> Ein geschickter taktischer Spielzug! Aber kann man durch die Konstruktion einer „zumutbaren Zustimmung“ (Einklagbar und nach deutschem Recht über § 894 ZPO vollstreckbar?) tatsächlich einen so tiefen Eingriff in die Rechtsposition der betroffenen Athleten rechtfertigen?

443 Mitunter wird aber auch auf eine Begründung gänzlich verzichtet; s. zuletzt stellvert. *Schneider/Bischhoff* SpuRt 2021, 54 (54): „[...] i.d.R. auch als freiwillig und damit zulässig anzusehen, selbst wenn den handelnden Verbänden eine Monopolstellung [Anmerkung des *Verfassers*: Auf welchem Markt?] zuzusprechen und der Abschluss der Schiedsvereinbarung Pflichtvoraussetzung für die Teilnahme an seinen Wettbewerben ist.“ Relativierend zuletzt auch *Pipoh* 55–58, 340: „[...] b) Eine solche Schiedsvereinbarung muss freiwillig geschlossen werden. c) Die Notwendigkeit von Freiwilligkeit ist indes keine schiedsverfahrensrechtliche Besonderheit, sondern Voraussetzung einer jeden privatautonomen Entscheidung.“

444 Ausf. und krit. hierzu *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (73 ff.) m.w.N. zum seinerzeitigen Meinungsstand.

445 *Steiner* SpuRt 2014, 2 (3).

446 *Steiner* SpuRt 2014, 2 (4).

447 Sogar von einer Pflicht der Athleten zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung ausgehend *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/Adolphsen* Rn. 1151 f.; *Zuck* SpuRt 2014, 5 (9); krit. *Opfermann* 182 f.

- 227 Auf andere Weise will *Haas*, Kenner insbesondere des Zivil-, Zivilverfahrens- und Sportrechts, den gordischen Knoten lösen. So belege eine funktionale Betrachtung, dass es aus Sicht der betroffenen Sportler kaum einen Unterschied mache, ob diese kraft gesetzlicher oder kraft einseitiger Anordnung eines Monopolverbandes an die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gebunden seien.<sup>448</sup> Im Zusammenhang mit einer Rechtsordnung, die einen Schiedszwang zulasse, stuft *Haas* Sportverbände sodann als „quasi-monopolistischen Ersatzgesetzgeber“ ein.<sup>449</sup> Dies kommt einem von zahlreichen Sportverbänden jahrzehntelang gepflegten, inzwischen aber weitgehend überwundenen Selbstverständnis recht nahe.<sup>450</sup> Der Verbandsautonomie sind rechtliche Grenzen gesetzt,<sup>451</sup> die allein aus praktischen Erwägungen nicht einfach aufgehoben werden können. Zudem würden durch die befürwortete weitgehende Gleichstellung von staatlichem und privatem Gesetzgeber die gemeinhin anerkannten Grundfesten der Gewaltentrennung vollends ins Wanken geraten. Wenn die staatliche Legislative in einem demokratischen Prozess einen Schiedszwang anordnen würde, wäre keineswegs klar, dass sie keine höheren rechtlichen Standards etwa hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit fordern würde, als sie etwa derzeit beim CAS vorhanden sind.<sup>452</sup>
- 228 Sämtliche Ansätze, die trotz der faktischen Zwangslage der Athleten beim Abschluss der Schiedsvereinbarung eine Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit glauben annehmen und begründen zu können, heben deren zweifelsohne vorhandenen und weitgehend unbestrittenen Vorzüge<sup>453</sup> recht einseitig hervor. Dadurch wird zugleich der Eindruck vermittelt, diese Vorzüge gingen bei einem strikten Festhalten am Erfordernis einer freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit verloren. Indes fehlt es für eine derart einseitige Gewichtung der Vorteile einer einheitlichen, international gefassten Sportgerichtsbarkeit bereits an einer gesetzlichen Grundlage.<sup>454</sup> Bedenklich ist es, wenn die mit der Beachtung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Freiwilligkeitserfordernisses verbundenen praktischen Nachteile für die Sportverbände zur Rechtfertigung der Praxis faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen herangezogen werden.<sup>455</sup> Wie sogleich zu zeigen sein wird,<sup>456</sup> hat der EGMR einen anderen argumentativen Ausweg gefunden, der zwar auch nicht frei von

448 *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (76) m.w.N.; zust. *Jung* ZEuS 2014, 173 (177 f.).

449 *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (80).

450 → II. Rn. 23–30.

451 Ausf. → III. Rn. 1 ff.

452 → insb. IV. Rn. 161–202, 237–250 und 266–315.

453 → IV. Rn. 148 f.

454 So *Opfermann* 182 f.

455 *Bergermann* 143; *Monheim* 158; *Opfermann* 183; *Heermann* SchiedsVZ 2014, 66 (75); *Mailhold* SpuRt 2013, 95 (96); *Steiner* SchiedsVZ 2013, 15 (17 f.); a.A. *Haas* ZGR 2001, 325 (332 f.); *Haas* SchiedsVZ 2009, 73 (79–81).

456 → IV. Rn. 232 f.

Zweifeln ist, dafür aber der Kritik nicht eine vergleichbare, weithin erkennbare offene Flanke bietet.

### (3) BGH

Hinsichtlich der vom BGH im *Pechstein*-Verfahren angenommenen freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist ihm „ein bemerkenswerter semantischer Spagat“<sup>457</sup> gelungen.<sup>458</sup> Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung einer freiwilligen Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit des CAS (Hervorhebungen durch *Verfasser*):

„53. Die Kl. hat sich der Schiedsvereinbarung **freiwillig** und damit wirksam unterworfen (...).“

Sodann hat es den Senat in seiner Begründung für diese Feststellung aber aus der Kurve getragen, ohne dass er dies mitbekommen zu haben scheint:

„56. Im Streitfall war die Entscheidung der Kl. allerdings **fremdbestimmt**. Die Bekl. zu 2 hat im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Eisschnelllauf-Weltmeisterschaften ein Monopol. Die Kl. war zur Ausübung ihres Berufs darauf angewiesen, an solchen Weltmeisterschaften teilzunehmen. Die Bekl. zu 2 war daher faktisch in der Lage, der Kl. die Bedingungen der Wettkampfteilnahme vorzugeben. Dabei ist im Hinblick auf die in Art. 13.2.1 i.V.m. Art. 23.2.2 WADC enthaltene Verpflichtung der Bekl. zu 2, den CAS als Schiedsgericht vorzusehen, davon auszugehen, dass die Kl. ohne Unterzeichnung auch der Schiedsvereinbarung nicht zum Wettkampf zugelassen worden wäre.“

Und zur Krönung spricht der Senat hernach in Bezug auf den konkreten Fall sogar ausdrücklich von einem „Zwang zur Schiedsgerichtsbarkeit“<sup>459</sup>. Es drängt sich der Eindruck der zumindest sprachlichen Orientierungslosigkeit auf. Letztlich hat der Kartellsenat mit der „fremdbestimmten Freiwilligkeit“ der Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht nur eine ebenso neuartige wie widersprüchliche Rechtsfigur geschaffen,<sup>460</sup> sondern – vermutlich unabsichtlich – das juristisch Unmögliche schließlich auch noch hinter der rhetorischen Stilfigur eines alliterierenden Oxymorons verborgen.

457 So schon *Heermann* NJW 2016, 2224 (2225); PHB SportR/*Summerer* Kap. 3 Rn. 516 Fn. 885 spricht gar von „einer Vergewaltigung der deutschen Sprache“.

458 BGHZ 210, 292, Rn. 53, 56 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

459 BGHZ 210, 292, Rn. 59 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

460 Diese Argumentation wurde in der Folge nahezu wörtlich und völlig unkritisch übernommen von BayObLG SpuRt 2021, 30 (31 f.).

## (4) EGMR

232 Demgegenüber hat der EGMR in erfreulicher Klarheit den Sachverhalt folgendermaßen juristisch bewertet (Hervorhebungen durch *Verfasser*):<sup>461</sup>

- „113. [...] bestand die einzige Wahl für die Beschwerdeführerin darin, entweder die Schiedsklausel anzunehmen, um weiterhin ihren Sport beruflich ausüben zu können, oder aber die Schiedsklausel abzulehnen und dann komplett darauf verzichten zu müssen, ihren Lebensunterhalt durch die Ausübung ihrer Sportart auf derzeitigem professionellem Niveau zu bestreiten.
114. Vor dem Hintergrund der Einschränkungen, die sich aus einer etwaigen Ablehnung der Schiedsklausel ergeben und die sich auf das Berufsleben der Beschwerdeführerin ausgewirkt hätten, ist es **unmöglich anzunehmen, diese Klausel sei freiwillig und unmissverständlich angenommen worden.**
115. Der Gerichtshof zieht daraus den Schluss, dass, obschon die **Schiedsklausel** nicht per Gesetz, sondern **aufgrund der ISU-Regelung aufgezwungen** worden war, die Zustimmung der Beschwerdeführerin zur CAS-Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne einer **„erzwungenen“ Einwilligung** im Sinne der Rechtsprechung erfolgt ist (...). Diese Schiedsgerichtsbarkeit müsste dementsprechend die in Art. 6 Abs. 1 der Konvention vorgesehenen Garantien bieten (...).“

233 Der EGMR hat aus der Tatsache, dass der Eisschnellläuferin die Schiedsklausel seitens des Sportverbandes faktisch aufgezwungen worden war, gefolgert, dass damit eine freiwillige Unterwerfung ausscheide. Sofern die Athletin insoweit auf eine der in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehenen Garantien verzichtet habe, müsse sodann aber zum Ausgleich die betroffene Schiedsgerichtsbarkeit im Übrigen die in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehenen Garantien bieten (was der EGMR im Anschluss bejaht)<sup>462</sup>.<sup>463</sup>

(5) *UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport kein zwingender Rechtfertigungsgrund*

234 Wenn man nachfolgende Urteilspassage des BGH im *Pechstein*-Verfahren in ihrem Gesamtkontext liest, könnte man den Eindruck gewinnen, faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen zum CAS seien durch das UNESCO-Übereinkommen zum Doping im Sport gerechtfertigt:<sup>464</sup>

- „63. [...] Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber das Internationale Übereinkommen gegen Doping im Sport vom 19.10.2005 (BGBl. II 2007, 354) ratifiziert, das in

461 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 113–115 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; zust. *Blandfort* SchiedsVZ 2019, 120 (122); ähnl. zuvor bereits EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897; a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 64 f. = NJW 2016, 2266 – Pechstein; *Wekes* ISLJ 2018, 46 (49).

462 Hierzu → IV. Rn. 255–265 sowie X. Rn. 8–11.

463 Ausf. zur Vereinbarkeit faktisch aufgezwungener Schiedsklauseln mit Art. 6 Abs. 1 EMRK *Opfermann* 203 ff.

464 BGHZ 210, 292, Rn. 63 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

seinem Art. 4 I auf die Regelungen des WADC Bezug nimmt und die Signatarstaaten zu dessen Einhaltung verpflichtet. Dabei sehen, wie bereits dargelegt, Art. 13.2.1 i.V.m. Art. 23.2.2 WADC Schiedsvereinbarungen vor, die gerade den CAS als Schiedsgericht bestimmen.“

Durch das am 1.7.2007 für Deutschland in Kraft getretene UNESCO-Übereinkommen gegen Doping im Sport<sup>465</sup> haben sich die Unterzeichnerstaaten zur nationalen Durchsetzung des WADA-Code verpflichtet.<sup>466</sup> Darin ist die schiedsgerichtliche Entscheidung zwingend vorgeschrieben. Völkerrechtliche Verpflichtungen sind von den gebundenen Staaten einzuhalten und umzusetzen.<sup>467</sup> Deshalb sei, so *Adolphsen*,<sup>468</sup> selbst der faktisch erzwungene Abschluss von Schiedsvereinbarungen vom Staat zu tolerieren.<sup>469</sup> Ganz so weit ist – wie dargestellt<sup>470</sup> – der BGH in der Folge dann nicht gegangen. Mit gutem Grund, denn die Rechtslage ist keineswegs eindeutig. Die Freiwilligkeit des Verzichts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und damit auch die Unterwerfung unter die (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit ergeben sich zwar nicht ausdrücklich aus der Verfassung, so dass eine Wortlautinterpretation faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen vermutlichwohl nicht entgegenstünde. Gleichwohl ist das Ergebnis nicht zwingend.<sup>471</sup> Denn der WADA-Code bildet lediglich einen Anhang des UNESCO-Übereinkommens und hat damit gem. Art. 4 Abs. 2 UNESCO-Übereinkommen nicht selbst die Qualität einer verbindlichen Regel des Völkerrechts.<sup>472</sup> Allein Art. 4 Abs. 1 UNESCO-Übereinkommen nimmt auf die Grundsätze des WADA-Code Bezug, wobei überaus fraglich ist, ob dessen Nr. 13.2.1 überhaupt als Teil dieser Grundsätze angesehen werden kann.<sup>473</sup> Schließlich erwähnen Art. 3 lit. a) UNESCO-Übereinkommen angemessene sowie Art. 5 UNESCO-Übereinkommen geeignete Maßnahmen, die die Vertragsstaaten zur Zweckerreichung ergreifen sollen. Dies spricht für gewisse Umsetzungsspielräume in der Festlegung der Zuständigkeit für Rechtsmittel.<sup>474</sup>

### (6) Zwischenfazit

Im Rückblick gleicht die kontroverse Diskussion um die Voraussetzungen, unter denen eine Freiwilligkeit der vertraglichen Unterwerfung unter die Sportschieds-

465 Überblick über die zentralen Vorschriften bei J. A. Schmidt 81 ff.

466 Hierzu J. A. Schmidt 128 ff.

467 J. A. Schmidt 136 m.w.N.

468 Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger/Adolphsen Rn. 1150 f.

469 Krit. hierzu bereits Heermann JZ 2015, 362 (364).

470 → IV. Rn. 229–231.

471 Brunk 227; Opfermann 195.

472 Bleistein/Degenhart NJW 2015, 1354 (1355); Blasius DRiZ 2010, 240 (243).

473 Ablehnend OLG München SchiedsVZ 2015, 40 (42 f.); J. A. Schmidt 86 ff.

474 Bleistein/Degenhart NJW 2015, 1354 (1355); im Anschluss daran Opfermann 195; im Ansatz a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 63 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

gerichtsbarkeit angenommen werden kann, und um die rechtlichen Auswirkungen einer faktischen Zwangslage der Athleten auf die Schiedsvereinbarung einem Sturm im Wasserglas. Nahezu alle, die an diesem Meinungsstreit teilnahmen (einschließlich des *Verfassers*), maßen der Klärung der genannten Fragen vorentscheidende Bedeutung im Hinblick auf die rechtliche Wirksamkeit entsprechend zustande gekommener Schiedsvereinbarungen zu. Nur wenige dürften vorhergesehen haben, dass der EGMR die Freiwilligkeit der Vereinbarung einer Schiedsklausel für verzichtbar erklären würde, falls zugleich die übrigen Garantien gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt würden.<sup>475</sup> Damit hat der Gerichtshof zwar nur einen Mindeststandard festgelegt, wobei die Vertragsstaaten aber durchaus strengere Maßstäbe für die rechtswirksame Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit aufstellen können. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen liegt die Vermutung nahe, dass man in der Schweiz davon im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen zum CAS keinen Gebrauch machen wird. Das bedeutet letztlich aber nicht, dass solche Schiedsvereinbarungen selbst in der Schweiz, wo die staatliche Justiz dem CAS tendenziell sehr wohlwollend gegenübersteht, nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam sein können.<sup>476</sup>

#### *ee) Strukturelles Ungleichgewicht sowie Zweifel an Unparteilichkeit*

##### *(1) EGMR*

- 237 Sowohl das strukturelle Ungleichgewicht als auch die Zweifel an der Unparteilichkeit, die kennzeichnend für den CAS sein sollen, sind vorangehend schon wiederholt thematisiert worden.<sup>477</sup> Dabei hat sich gezeigt, dass die analysierten Punkte zwar jeweils durchaus auf Vermutungen gestützte rechtliche Bedenken hervorrufen können. Diese sind letztlich aber nach hier vertretener Auffassung weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit geeignet, die rechtliche Wirksamkeit der Schiedsvereinbarungen zum CAS oder den Status des CAS als echtes Schiedsgericht nachhaltig zu erschüttern. Diese juristische Bewertung, die im Ergebnis vom EGMR gestützt wird,<sup>478</sup> muss man nicht teilen.<sup>479</sup> So haben im Verfahren *Mutu u. Pechstein/Schweiz* zwei Richter der für die Entscheidung zuständigen Sektion, *Helen Keller* (Schweiz) sowie *Georgios A. Serghides* (Zypern), ein eben-

475 → IV. Rn. 232 f.

476 → XIII. Rn. 914–944.

477 → IV. Rn. 162–202.

478 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

479 So zuletzt etwa *Steinitz* 150–153, die allerdings die rechtlichen Ausführungen des EGMR zum Verzicht auf Verfahrensgarantien nicht vollständig in ihre Erwägungen mit einbezogen hat; auch unter Berücksichtigung von EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz „erhebliche Zweifel an der hinreichenden Gewähr *struktureller Unparteilichkeit*“ äuernd *Thöne* SchiedsVZ 2020, 176 (179 f.).



so bemerkens- wie lesenswertes Sondervotum erstellt,<sup>480</sup> das die Gegenposition konzis zusammenfasst und deshalb hier auszugsweise wörtlich wiedergegeben und bewertet werden soll:

Zunächst wird das dem Mehrheitsvotum widersprechende rechtliche Ergebnis 238 gleich zweimal hervorgehoben:<sup>481</sup>

- „2. [...] So gehen wir davon aus, dass die Struktur und Zusammensetzung des CAS den Maßgaben von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gem. Art. 6 Abs. 1 der Konvention nicht entsprechen; [...]“
- „5. [...] Unserer Ansicht nach entspricht die Struktur des CAS nicht den in Art. 6 Abs. 1 der Konvention gestellten Anforderungen hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.“

Nachvollziehbar und auch hier schon an anderer Stelle vertreten<sup>482</sup> ist die Fest- 239  
stellung divergierender Interessen zwischen Sportverbänden und Athleten:<sup>483</sup>

- „8. [...] Die Mehrheit stellt auch selber fest, dass diese Organisationen [internationale Sportfachverbände, IOC und Nationale Olympische Komitees] ‚sich im Rahmen eventueller Streitigkeiten vor dem CAS möglicherweise den Athleten entgegenstellen‘ (vgl. Rn. 154 des Urteils). Somit gibt die Mehrheit schon zu, dass zwischen Verbänden und Athleten die Interessen divergieren.“

Überaus kritisch werden die Rolle des ICAS und das dort vorhandene Überge- 240  
wicht der Sportverbände insbesondere gegenüber Athleten<sup>484</sup> bewertet:<sup>485</sup>

- „9. [...] Daraus ergibt sich, dass die Verbände einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Zusammensetzung des ICAS ausüben (vgl. Rn. 32 und 153–154 des Urteils).
- 10. [...] Der genannte Mechanismus nach Fünfteln wurde übrigens im Jahr 2012 abgeschafft und durch eine allgemeine Formel ersetzt. Seitdem darf der ICAS sich an ‚Persönlichkeiten‘ wenden, deren ‚Namen und Qualifikationen ihm angetragen worden sind, insbesondere vom IOC, von den internationalen Fachverbänden oder den Nationalen Olympischen Komitees‘ (vgl. Rn. 38 des Urteils). Heutzutage legt mit anderen Worten keine Bestimmung fest, dass die Athleten zu vertreten sind, und sei es nur durch ein Fünftel der ICAS Mitglieder.
- 11. Damit erreichen die Verbände schließlich einen überproportionalen ebenso wie ungerechtfertigten ‚Einfluss‘ direkt sowie indirekt über den ICAS auf das Auswahlverfahren der Schiedsrichter, die über Streitigkeiten zwischen Verbänden und Athleten zu befinden haben. Dieses Auswahlssystem lässt mit anderen Worten ‚eine gewisse Beziehung zwischen dem ICAS und den Verbänden erkennen, die wiederum Gefahr laufen, sich im Rahmen eventueller Streitigkeiten vor dem CAS den Athleten zu widersetzen, insbesondere bei Disziplinarverfahren‘ (vgl. Rn. 154 des Urteils sowie sinngemäß *Gautrin u.a./Frankreich*, 20. Mai 1998, Rs. 21257/93 u.a., Rn. 59,

480 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

481 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 2 und 5 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

482 → IV. Rn. 170–179.

483 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 8 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; a.A. BGHZ 210, 292, Rn. 32 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

484 → IV. Rn. 162–184.

485 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 9–11 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

Slg. 1998-III). Eine Beziehung, die uns, um es mit dem *Gautrin*-Urteil zu sagen, beunruhigend erscheint.“

- 241 Aus den vorgenannten Umständen ziehen die beiden Verfasser des Sondervotums aber andere rechtliche Konsequenzen als die Mehrheit ihrer Richterkollegen, wobei man das von der Eisschnellläuferin im konkreten Fall zu erfüllende Beweismaß unterschiedlich bewertet:<sup>486</sup>

- „12. Wir gehen davon aus, dass die Mehrheit aus den drei genannten Prämissen die nötigen Schlüsse nicht ziehen konnte. Anscheinend verlangt sie einen ‚individuellen‘ Nachweis des ‚Einflusses‘ [...] (vgl. Rn. 157 des Urteils). [...] Unserer Meinung nach geht dieses Erfordernis über das, was der Gerichtshof sonst erwartet, um ‚Unabhängigkeit‘ und ‚Unparteilichkeit‘ bejahen zu können, weit hinaus.
13. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs reicht es nicht aus, dass die einzelnen Schiedsrichter unparteilich sind, wenn die Gesamtstruktur einer Organisation nicht einmal den Anschein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit besitzt. [...] Niemals würde er eine arbeitsgerichtliche Laienjury anerkennen, die beinahe oder gänzlich mit Arbeitgebervertretern besetzt wäre, selbst wenn ein konkretes Mitglied im vorliegenden Fall unparteilich gehandelt hätte. Unserer Meinung nach gibt es keinen Grund, warum der Gerichtshof diese Begründung in diesem Fall nicht entsprechend anwenden sollte.
14. Angesichts dessen, wie CAS- und ICAS-Mitglieder nominiert werden, erachten wir beide Organe als unter dem Einfluss der Verbände stehend. Allerdings halten wir den indirekten Einfluss der Verbände für bedeutend. [...] Das System der sog. ‚geschlossenen Listen‘ hat zum Ergebnis, dass die Athleten ihre Schiedsrichter unter Personen zu wählen haben, die zuvor vom ICAS ausgewählt wurden. Der Einwand des SchweizBG, dass ein System offener Listen das Risiko beinhalte, innerhalb des CAS ein oder mehrere Mitglieder ohne Fachkenntnisse zu haben, die bereit wären, so zu handeln, als wären sie die Anwälte der Parteien, die sie bestellt haben (Rn. 44 des Urteils des SchweizBG), überzeugt nicht. Ganz im Gegenteil haben die Parteien auf weitaus technischeren Gebieten – z.B. Pharmaindustrie oder Luftfahrt – die freie Wahl ihrer Schiedsrichter, ohne dass daraus ein Problem entsteht.
15. Im Unterschied zur Mehrheit leiten wir von diesen Beobachtungen ab, dass dem CAS bereits der *Anschein* [Hervorhebung im Sondervotum] der Unabhängigkeit fehlt, und dass er ganz allgemein den nach Art. 6 Abs. 1 der Konvention gestellten Anforderungen nicht genügt. [...]“

- 242 Die prekäre Beweislage derjenigen, die die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des CAS in Zweifel ziehen wollen, ist bereits zuvor dargestellt worden.<sup>487</sup> Sie müssen nach der Mehrheitsentscheidung des EGMR nachweisen, dass sich die entsprechenden Defizite im konkreten Schiedsverfahren zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben. Damit sind insoweit in rechtlicher Hinsicht die Würfel gefallen, weil dieser Nachweis, von extremen Ausnahmesituationen abgesehen, nicht zu führen sein wird. Wenn nach dem Sondervotum bereits der „*Anschein* der [fehlenden] Unabhängigkeit“ des CAS ausreichen soll, so wäre dieses Ergebnis zwar

486 EGMR Sondervotum SpuRt 2018, 259, Rn. 9–11 – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

487 → IV. Rn. 175.

vertretbar, auch wenn es seinerseits weniger auf Tatsachen als vielmehr auf Vermutungen beruht. Im deutschen Prozessrecht etwa existiert mit § 46 ZPO eine Regelung, wonach man Richter unter bestimmten Umständen wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen kann. Es gibt aber gute Gründe, weshalb ein staatliches Gericht als solches regelmäßig nicht wegen des „Anscheins der [fehlenden] Unabhängigkeit“, d.h. gleichsam wie ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit, abgelehnt werden kann. Bei privaten Gerichten wie Sportschiedsgerichten wird man dies vielleicht anders sehen können. Dann müssten aber deutlich strengere Anforderungen als bei Befangenheitsanträgen gegen einzelne Richter aufgestellt werden. Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* zeigt, dass dieses sicherlich neutrale und unvoreingenommene Gericht nicht bereit war, dem CAS als einem seit Jahrzehnten bewährten und in der Sportwelt weltweit großes Ansehen genießenden Sportschiedsgericht pauschal eine unzureichende Unabhängigkeit und damit eine Unvereinbarkeit mit den Mindestanforderungen zu attestieren, die Art. 6 Abs. 1 EMRK aufstellt. Kritiker werden dies als unangebrachte Beißhemmung kritisieren, sollten sich dabei aber hüten, mit Blick auf ihre zumeist strengere nationale Rechtsordnung diese zum Maß der Dinge zu erheben.

## (2) Problem des fehlenden Wettbewerbs

Der CAS bietet mit der Organisation und Durchführung von internationalen Schiedsgerichtsverfahren im Sportsektor eine Dienstleistung an. Wenn die Dienstleistung eines Anbieters A im Allgemeinen qualitativ und/oder preislich nicht (mehr) den Erwartungen der Kunden entspricht, wird sich dieser Umstand insbesondere über die Medien, Bewertungsportale, aber auch – ganz altmodisch – durch Mund-zu-Mund-Propaganda schnell verbreiten. Potentielle Kunden werden abgeschreckt werden und sich abwenden, ebenso wie die enttäuschten Kunden, und sich Anbieter B oder C zuwenden, sofern dieser ein adäquates Substitut der gewünschten Dienstleistung anbietet. Kurzum: Mittel- bis langfristig würde der Markt selbst das Problem regeln. Dieser Marktmechanismus versagt jedoch weitgehend im Hinblick auf die vom CAS angebotene Dienstleistung. Der Grund ist simpel: Der CAS ist faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt, sondern hat hinsichtlich verbandsinterner internationaler Rechtsstreitigkeiten, an denen das IOC sowie die internationalen Sportfachverbände in olympischen wie nicht-olympischen Sportarten beteiligt sind, inzwischen in gewisser Weise eine natürliche Monopolstellung inne. Diese wird etwa hinsichtlich Dopingstreitigkeiten über Art. 13 WADA-Code abgesichert, wonach der CAS als letzte Instanz vorgesehen ist, um eine weltweite Dopingbekämpfung nach einheitlichen rechtlichen Standards sicherzustellen. Ausnahmen gelten, sofern ein internationaler Sportfachverband durch eine verbandsintern eingerichtete Schiedsgerichtsbarkeit wie z.B. das

243

FIBA Arbitral Tribunal<sup>488</sup> in bestimmten Fällen abschließend entscheidet, so dass keine Notwendigkeit (mehr) für die Einschaltung des CAS besteht. Wenn diese Entwicklung bei anderen internationalen Sportverbänden Schule machen würde (wonach es derzeit allerdings nicht aussieht), könnte davon ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehen. Natürlich wäre es theoretisch auch denkbar, als Alternative zum CAS ein weiteres Weltsportschiedsgericht andernorts einzurichten. Allerdings sind die Marktzutrittsschranken abschreckend hoch, insbesondere wenn die große Zahl an internationalen Dopingstreitigkeiten beim CAS verbleibt, so dass von einem solchen potentiellen Wettbewerb kein spürbarer Wettbewerbsdruck auf den CAS ausgeübt werden könnte.

- 244 Nationale Sportschiedsgerichte, seien sie sportartübergreifend (z.B. Deutsches Sportschiedsgericht) oder aber unter dem Dach eines nationalen Sportfachverbandes (z.B. im deutschen Fußball das Ständige Schiedsgericht für Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen) eingerichtet, agieren nicht auf dem relevanten Produktmarkt. Denn sie sind für internationale Rechtsstreitigkeiten im Sport regelmäßig nicht zuständig, sondern nur für solche zwischen einem nationalen Sportfachverband und seinen (un)mittelbaren Mitgliedern.

### (3) Weitere Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle

- 245 Zu Beginn des Jahres 2020 hat *Baddely* einen Vorschlag unterbreitet, wie man die rechtlich komplexe und unbefriedigende Situation zumindest entschärfen könnte, da weder mit der Selbstheilungskraft des Marktes noch mit grundlegenden Änderungen beim CAS zu rechnen sei:<sup>489</sup>

„These considerations should lead legislators and courts to make sure by the means at their disposal that the weaker parties in litigation are not deprived of the protection of their rights. Such means might be, among others, refusing to recognize an award as such and allowing a challenge in ordinary judicial proceedings based on Art. 75 CC, or adapting the rules governing the review of awards to improve the protection of athletes, e.g., by extending the list of grounds for challenges. Regrettably, the trend goes the opposite way.“

- 246 Zudem hat *Grünberger* die folgende Befürchtung geäußert:<sup>490</sup>

„Allerdings kann man die private Übermacht der Sportverbände, die sich das transnationale Regelungsarrangement nach ihrem Gusto gezimmert haben, nicht durchgehen lassen. Die traditionellen Begrenzungsstrategien versagen in transnationalen Konstellationen.“

488 Hierzu D.-R. Martens SchiedsVZ 2010, 317 ff.; Radke ISLJ 2019, 59 ff.

489 Baddely ISLJ 2020, 3 (13).

490 Grünberger Der Staat 55 (2016), 117 (125).

Das Problem ist identifiziert, Maßnahmen nationaler Gesetzgeber beseitigen die 247  
 beklagten Defizite beim CAS nicht, mitunter festigen sie gar die seit Jahren geübte Praxis.<sup>491</sup> Aber es gibt – was *Baddely* vernachlässigt hat – andere Instanzen, die zuletzt sogar bei transnationalen Konstellationen zwar nicht im Hinblick auf die Organisation des CAS, so aber doch in anderer Weise und teilweise sogar unter Hinweis auf die strukturellen Defizite des CAS die Rechte der Athleten in bemerkenswerter Weise gestärkt haben. Diese Entwicklungen wird man am CAS künftig nicht mehr vollständig ausblenden können, was allerdings voraussetzt, dass die Schiedsparteien den CAS veranlassen werden, sich mit den entsprechenden juristischen Argumentationsmustern auseinanderzusetzen. Die neuen rechtlichen Impulse gehen allesamt auf Instanzen zurück, die in ihrer Entscheidungsfindung – anders als nationale Gesetzgeber<sup>492</sup> – völlig unabhängig von internationalen Sportverbänden handeln können: Dies betrifft insbesondere

- den EuGH mit seiner für die Anwendung des Kartellrechts im Sportsektor bahnbrechenden Entscheidung in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen*,<sup>493</sup>
- die EU-Kommission mit dem für die Zukunft der pyramidenförmig-hierarchischen Sportverbandsstrukturen bedeutsamen Beschluss in der Rechtssache *ISU's Eligibility Rules*,<sup>494</sup>
- den EFTA-Gerichtshof mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Henrik Kristoffersen*<sup>495</sup>, die am Beispiel der Aufteilung der von Sportverbänden erzielten Vermarktungserlöse zuletzt die Interdependenzen zwischen den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht verdeutlicht hat, und
- das BKartA mit seinem Verpflichtungszusagenbeschluss in der Rechtssache *Rule 40 Bye-Law 3 OC*,<sup>496</sup> der für die kartellrechtliche Beurteilung der Aufteilung von Vermarktungsmöglichkeiten im Sport zwischen den Verbänden und den Athleten von zentraler Bedeutung ist.

Nach Abschluss der zuvor erwähnten Verfahren beklagten übrigens die Sportver- 248  
 bände – letztlich erfolglos – unverhältnismäßige Eingriffe in die Verbandsautonomie, aber auch die jeweilige Gegenseite zeigte sich trotz des Obsiegens aus unterschiedlichen Gründen in gewissem Umfang unzufrieden. Für praxiserfahrene Juristen ist dies ein erstes Indiz dafür, dass der jeweils gefundene rechtliche Kompromiss nicht gänzlich unsachgerecht gewesen sein kann.

491 → IV. Rn. 335–347.

492 → IV. Rn. 100–104.

493 Hierzu ausf. → VI. Rn. 25–60, 139–385.

494 → VI. Rn. 61–74 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 73–170.

495 → V. Rn. 51–56 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 655–708.

496 → XI. Rn. 28–31 sowie zu den praktischen Auswirkungen XIII. Rn. 655–708.

## (4) Zwischenfazit

- 249 Die prinzipielle Gleichwertigkeit der Rechtsschutzoptionen, die zum einen die staatliche Gerichtsbarkeit und zum anderen die Sportschiedsgerichtsbarkeit bieten, gibt den Rechtsuchenden keine Garantie, dass beide Gerichtsbarkeiten über ein ebenfalls gleichwertiges Ausmaß an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verfügen.<sup>497</sup> Es verbietet sich insoweit, einen hohen Standard, den man bei den vertrauten nationalen staatlichen Gerichten kennt und schätzt, zum Maßstab für den CAS zu erheben. Dessen rechtliche Bewertung orientiert sich am schweizerischen Recht i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK, wobei diese Norm Mindeststandards garantiert, die in vielen Unterzeichnerstaaten – allerdings nicht in der Schweiz im Hinblick auf den CAS – teils deutlich übertroffen werden. Aufgrund fehlenden Wettbewerbs in der internationalen sportartübergreifenden Sportschiedsgerichtsbarkeit ist die weitere Entwicklung absehbar: Die durchaus berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit des CAS werden insbesondere die internationalen Sportverbände, das IOC und die Nationalen Olympischen Komitees weiterhin billigend in Kauf nehmen. Das daraus resultierende strukturelle Ungleichgewicht zugunsten der Verbandsseite werden in naher Zukunft den CAS selbst, die schweizerische Legislative oder Judikatur nicht zu einem grundlegenden Umdenken veranlassen. Ein Umsteuern ist rechtlich auch nicht zwingend geboten, weil insoweit die Konformität mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vom EGMR bestätigt worden ist.<sup>498</sup>
- 250 Indes haben zuletzt europäische Gerichte (insbesondere der EuGH und der EFTA-Gerichtshof), die EU-Kommission sowie das BKartA als Hüter des freien Wettbewerbs korrigierend in das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Sportverbänden und Regelungsunterworfenen eingegriffen. Dabei hat die Anwendung des Kartellrechts, bei dem es sich um *den* juristischen Angstgegner des Sports handelt, den Sportverbänden schon längst bestehende rechtliche Grenzen der Verbandsautonomie aufgezeigt und die rechtliche Position der regelungsunterworfenen Athleten oder Sportclubs gestärkt. Das Kartellrecht muss also, soweit sein Anwendungsbereich eröffnet ist, im internationalen, aber auch im nationalen Sport in besonderem Maße in den Blick genommen werden. Denn auf diese Weise wird nicht nur funktionsfähiger Wettbewerb als solcher geschützt, darüber hinaus können sich so eine privatautonome Gestaltung überhaupt erst entfalten und die wirtschaftliche Selbstbestimmung gewährleistet werden.

497 A.A. Steiner SpuRt 2018, 186 (186): „Die Sportgerichtsbarkeit hat sich an den rechtsstaatlichen Standards der staatlichen Gerichtsbarkeit ausgerichtet. Dies gilt vor allem für die Unabhängigkeit und Neutralität der Justizorgane des Sports.“

498 → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242 m.w.N.

## ff) Anerkennung als echtes Schiedsgericht

Der CAS wurde zunächst vom SchweizBG und in der Folge vom BGH im *Pechstein*-Verfahren als echtes Schiedsgericht anerkannt. Im Jahr 2018 hat der CAS schließlich infolge der Einstufung als echtes Schiedsgericht durch den EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* gleichsam den Ritterschlag erhalten. Eine Entscheidung über die von der Eisschnellläuferin *Claudia Pechstein* eingelegte Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG steht noch aus (Stand: 7.2.2022). Die Bindungswirkung der *Pechstein*-Entscheidung des EGMR ist, wie aus Art. 46 Abs. 1 EMRK folgt, zwar beschränkt und bezieht sich auf das *inter partes*-Verhältnis. Indes kommt der Entscheidung infolge der Gewährleistungspflicht des Art. 1 EMRK und der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine Orientierungswirkung zu, die über den Einzelfall hinausreicht und von deutschen Gerichten zu berücksichtigen ist.<sup>499</sup> Dabei erfordert die völkerrechtsfreundliche Auslegung keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK.<sup>500</sup>

## (1) Schweizerisches Bundesgericht

Zunächst hatte das SchweizBG bereits im Jahr 1993 darauf hingewiesen, dass eine „gesteigerte Unabhängigkeit des CAS im Verhältnis zum IOC“ wünschenswert sei.<sup>501</sup> Daraufhin erfolgten die Gründung des ICAS und die organisatorische und finanzielle Abkopplung des CAS vom IOC.<sup>502</sup> Zehn Jahre später ordnete das SchweizBG den CAS als eine unabhängige Schiedsinstitution im Sinne des schweizerischen Rechts auch in solchen Verfahren ein, an denen das IOC als Partei beteiligt ist.<sup>503</sup> Im Jahr 2018 hat das SchweizBG den CAS trotz der zahlreichen Verfahren unter Beteiligung der FIFA und ihrer finanziellen Zuschüsse für das Weltsportschiedsgericht als unabhängig vom Weltfußballverband eingestuft und seinen Status als echtes Schiedsgericht nicht infrage gestellt.<sup>504</sup> Dabei hat das Gericht auf die im unmittelbaren Anschluss darzustellenden Erwägungen des BGH in seinem *Pechstein*-Urteil Bezug genommen.

499 St. Rspr., BVerfGE 74, 358 (370) = NJW 1987, 2427 und BVerfGE 128, 326, Rn. 88–94 = NJW 2011, 1931 sprechen von „Auslegungshilfen“.

500 BVerfGE 111, 307 (323 ff.) = NJW 2004, 3407; BVerfG 128, 326, Rn. 91 = NJW 2011, 1931.

501 SchweizBG BGE 119 II 271 – Gundel.

502 → IV. Rn. 161.

503 SchweizBG BGE 129 III 445 = SchiedsVZ 2004, 208 (211) – Latsutina; zustimmend *Putzier* 56; a.A. zuletzt – allerdings im Hinblick auf ein Schiedsgericht im Sinne der ZPO – *Hülskötter* 42 ff.

504 SchweizBG BGE 144 III 120, E.3.4.1. sowie E.3.4.3. – FIFA.

## (2) BGH

- 253 Die für die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht relevante Passage im *Pechstein*-Urteil des BGH hat folgenden Wortlaut:<sup>505</sup>

„24. [...] Dementsprechend liegt ein ‚echtes‘ Schiedsgericht, mit dem der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten wirksam ausgeschlossen werden kann, nur dann vor, wenn das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht eine unabhängige und neutrale Instanz darstellt (...).

25. Der CAS stellt eine solche unabhängige und neutrale Instanz dar. Er ist, anders als ein Verbands- oder Vereinsgericht (...), nicht in einen bestimmten Verband oder Verein eingegliedert. Er ist von den ihn tragenden Sportverbänden und Olympischen Komitees als Institution unabhängig (vgl. SchweizBG SchiedsVZ 2004, 208 (209 ff.) – Danilova und Latsutina) und soll eine verbandsübergreifende einheitliche Rechtsprechung sicherstellen.“

- 254 Das Urteil ist auf verbreitete Zustimmung gestoßen.<sup>506</sup> *Mavromati*, die seinerzeit den Posten eines Head of Research and Mediation at the Court of Arbitration for Sport bekleidete, war – wenig überraschend – voll des Lobes, weil die Büchse der Pandora nicht geöffnet worden sei und der BGH die Bedeutung des Verfahrens für die Schweiz als Schiedsstandort berücksichtigt habe.<sup>507</sup> In der Tat ist das gesamte Urteil des BGH von Verständnis für eine weltweit nach einheitlichen Standards erfolgende, effiziente Dopingbekämpfung und von hoher Achtung der Kollegen am SchweizBG sowie der Institution des CAS geprägt. Beide Umstände wird man dem Kartellsenat nicht vorwerfen können. Gleichwohl ist das Urteil vom *Verfasser* (allerdings nicht wegen der Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht),<sup>508</sup> aber auch von anderen kritisiert worden,<sup>509</sup> was hier nicht vertieft zu werden braucht. Denn hernach hat der EGMR die nunmehr u.a. für die Schweiz, aber auch für Deutschland geltenden Mindeststandards für die Anerkennung eines privaten Gerichts als echtes Schiedsgericht festgelegt.

## (3) EGMR

- 255 Zunächst ist festzustellen, dass die Entscheidung des EGMR vom 4.10.2018 in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz*<sup>510</sup> endgültig geworden ist, nachdem

505 BGHZ 210, 292, Rn. 24 f. = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

506 *Burianski/Pogrzeba* LMK 2016, 381217; *Kröll* npoR 2016, 275 (276); *Scherrer* CaS 2016, 297 (298).

507 *Mavromati* CAS Bulletin 2016, 27 (39).

508 *Heermann* WRP 2016, 1022 ff.

509 S. stellvertr. *Bunte* WuW 2016, 366 ff.; *H. Prütting* SpuRt 2016, 143 (146); *Podszun* JZ 2017, 208 (210, 212); *Stancke* SpuRt 2016, 230 (234); *Streinz*, Liber amicorum Vieweg, 2021, 655 (663). Nach Auffassung von PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 265 verkörpert die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht durch den BGH „reinste Interessenjurisprudenz“.

510 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – *Mutu u. Pechstein/Schweiz*.



das Gericht am 5.2.2019 den Antrag der Eisschnellläuferin auf Verhandlung vor der Großen Kammer zurückgewiesen hatte. Um den CAS als echtes Schiedsgericht einzustufen, musste sich der EGMR mit der – im Ergebnis bejahen – Frage auseinandersetzen, ob es sich bei diesem Sportschiedsgericht um ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK handelt.

Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des CAS sind bereits beleuchtet worden.<sup>511</sup> Mit folgender Begründung gelangt der Gerichtshof sodann zum Ergebnis, dass der CAS zum Zeitpunkt der Streitentscheidung „den Anschein eines ‚auf Gesetz beruhenden Gerichts‘“ gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK besessen haben soll:<sup>512</sup>

- Der CAS sei uneingeschränkt befugt gewesen, auf der Grundlage von Rechtsnormen und nach einem organisierten Verfahren alle Sach- und Rechtsfragen zu entscheiden, die im Zusammenhang mit den ihm vorgelegten Streitigkeiten gestellt worden seien.
- Entscheidungen des CAS würden eine Streitbeilegung mit Rechtsprechungscharakter darstellen.
- Vor dem SchweizBG hätten nach den in Art. 190–191 IPRG genau festgelegten Vorgaben Rechtsmittel eingelegt werden können.
- Darüber hinaus habe das SchweizBG<sup>513</sup> in seiner Rechtsprechung die CAS-Schiedssprüche als „wirkliche, einem staatlichen Gericht vergleichbare“ Entscheidungen eingestuft.

Daneben hat der EGMR festgestellt, dass das IPRG einer rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers in der Schweiz entsprochen habe, die Attraktivität und Effektivität des internationalen Schiedswesens in der Schweiz zu erhöhen.<sup>514</sup>

<sup>511</sup> → IV. Rn. 152, 154, 173–175, 232–233, 242, 251.

<sup>512</sup> EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 149 – Mutu u. Pechstein/Schweiz; krit. hierzu EGMR, Sondervotum, SpuRt 2018, 259, Rn. 18 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz. Diese für die Entscheidung des EGMR zentralen Erwägungen blendet *Steinitz* 150–153 fast vollständig aus. PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 265 verzichtet überraschenderweise auf jeglichen Hinweis darauf, dass der EGMR den CAS als ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestuft hat; in Rn. 283 wird dieser Umstand allenfalls angedeutet; das Urteil wird indes in Rn. 276 im Hinblick auf den Aspekt der (Nicht-)Öffentlichkeit von Schiedsverfahren thematisiert.

<sup>513</sup> SchweizBG BGE 129 III 445 (448 f.) = SchiedsVZ 2004, 208 (209) – Latsutina; so hernach auch BGHZ 210, 292, Rn. 25 = NJW 2016, 2266 – Pechstein.

<sup>514</sup> EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 97 – Mutu u. Pechstein/Schweiz unter Bezugnahme auf EGMR 1.3.2016 – 41069/12, Rn. 33 – Tabbane/Schweiz.

## (4) Würdigung

- 257 Bereits zuvor an anderer Stelle veröffentlichte Erwägungen zur Würdigung dieser Feststellungen des EGMR<sup>515</sup> sollen im Folgenden aufgegriffen, aktualisiert und ergänzt werden:
- 258 Der Hinweis des EGMR auf den Gesetzgeber der Schweiz sowie darauf, dass das SchweizBG als Rechtsmittelinstanz für CAS-Schiedssprüche den CAS als echtes Schiedsgericht anerkannt habe, soll letzterem eine gewisse demokratische Legitimation verleihen. Diese Bemühungen begegnen jedoch, wie zuletzt *Opfermann* überzeugend dargelegt hat,<sup>516</sup> erheblichen Zweifeln. So betone der Gerichtshof zwar, dass es sich um einen Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips handele, wenn jede eine rechtsprechende Funktion ausübende „Stelle“ demokratischer Legitimation bedürfe. Die demokratische Legitimation des CAS lasse sich aber nur mittelbar von der großzügigen Rechtsprechung des SchweizBG ableiten,<sup>517</sup> da man eine Einwilligung der Parteien gerade nicht heranziehen könne.<sup>518</sup> Das Weltsportschiedsgericht werde letztlich also durch das vom schweizerischen Gesetzgeber erlassene IPRG und die schiedsfreundliche Auslegung dieses Gesetzes durch das SchweizBG ausreichend legitimiert, sofern man mit dem EGMR dem proklamierten Ermessensspielraum der Vertragsstaaten einen hohen Stellenwert beimesse.<sup>519</sup> Insofern respektiere der Gerichtshof u.a. die Auffassung des SchweizBG,<sup>520</sup> dass es sich bei Schiedsvereinbarungen im Sport nicht um unfreiwillige Vereinbarungen im Sinne der Rechtsprechung des EGMR handle. Dies mute zumindest widersprüchlich an.<sup>521</sup> Ungeklärt bleibe insbesondere, inwieweit eine demokratische Legitimationskette zwischen *Claudia Pechstein* und der Schweiz als Vertragsstaat der EMRK hergeleitet werden könne. Es könne zwar daran angeknüpft werden, dass Deutschland die EMRK und das UNÜ anerkannt und insoweit die Rechtsprechung des EGMR und internationaler Schiedsgerichte zu respektieren habe. Insoweit legitimiere sich die Einstufung des CAS als ein auf Gesetz beruhendes Gericht aber maßgeblich durch das Urteil des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz*, in welchem der CAS – wie dargestellt – erstmals als ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestuft worden ist. Dies sei dann letztlich ein klassischer Zirkelschluss. Dieser Einschätzung *Opfermanns* wird man kaum widersprechen können.

515 *Heermann* NJW 2019, 1560 (1561 f.).

516 *Opfermann* 209.

517 So auch *Widdascheck* 162 f.; *Hülskötter* SpuRt 2018, 261 (262).

518 Dementsprechend geht EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 149 – *Mutu u. Pechstein/Schweiz* auch nur von dem „Anschein eines ‚auf Gesetz beruhenden Gerichts‘“ aus.

519 Krit. insoweit *Lungstras* 255 ff.

520 SchweizBG CaS 2010, 185 (191 E.4.1.).

521 So auch *Hülskötter* SpuRt 2018, 261 (262).

Der Hinweis des Gerichtshofs auf die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers in der Schweiz, mit dem IPRG die Attraktivität und Effektivität des internationalen Schiedswesens in der Schweiz zu erhöhen, ist nur eine Seite der Medaille. Denn eine mindestens ebenso wichtige Rolle im Rahmen der Standortpolitik für Sportschiedsgerichte spielt auch die Anziehungskraft, welche der CAS selbst auf diejenigen ausübt, die die Austragung rechtlicher Streitigkeiten vor dem Internationalen Sportschiedsgerichtshof möglichst exklusiv und unter Ausschluss der Anrufung staatlicher Gerichte mittels faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen vorgeben können. Dies sind die (inter)nationalen Sport(fach)verbände, die Nationalen Olympischen Komitees und das IOC, die nicht im Verdacht stehen, rechtliche Streitigkeiten mit Verbandsmitgliedern oder sonstigen Vertragspartnern bevorzugt vor staatlichen Gerichten austragen zu wollen. Stattdessen ziehen die Sportverbände aus vielen sachgerechten Gründen,<sup>522</sup> zugleich aber nicht nur aus rein altruistischen Motiven die Sportschiedsgerichtsbarkeit vor.

Zahlreiche (inter)nationale Sportfachverbände und insbesondere auch die WADA legen vermutlich nicht nur aus Mangel an Alternativen den CAS als letzte sportschiedsgerichtliche Instanz fest, der in der Folge dann vielfach angerufen wird. Denn die Sportverbände hätten bei Unzufriedenheit mit der Judikatur des CAS stattdessen – außer bei Dopingstreitigkeiten – in der Schiedsklausel etwa auch die Anrufung eines *Ad-hoc*-Sportschiedsgerichts vorgeben können.

Standortpolitik wird damit nicht nur vom Gesetzgeber der Schweiz, sondern auch vom CAS selbst, dem SchweizBG sowie nicht zuletzt durch den EGMR betrieben. Wenn man nunmehr die Rechtsprechung des CAS, des SchweizBG und des EGMR in ihrer Gesamtheit betrachtet und bewertet, wird verständlich, weshalb der CAS auf die Mehrzahl internationaler und eine Vielzahl nationaler Sport(fach)verbände eine enorme Anziehungskraft ausübt.

Im Gegensatz zur – freilich nicht zwingend erforderlichen – Anerkennung als echtes Schiedsgericht durch das staatliche Gericht, zu dem Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch eingelegt werden können, stellen die nach Auffassung des EGMR zusätzlich von einem Spruchkörper im Sportbereich zu erfüllenden Anforderungen an ein auf Gesetz beruhendes Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK keine allzu hohen Hürden dar, um letztlich von einem echten Sportschiedsgericht ausgehen zu können:<sup>523</sup> Entscheidungen aller für einen Rechtsstreit relevanten Sach- und Rechtsfragen auf der Grundlage von Rechtsnormen und nach einem organisierten Verfahren sowie Entscheidungen mit Rechtsprechungscharakter.

522 → IV. Rn. 148 f. m.w.N.

523 Krit. deshalb Hülskötter SpuRt 2018, 261 (262): „Mit der Argumentation des EGMR stellen jedenfalls alle echten Schiedsgerichte auch auf Gesetz beruhende Gerichte dar.“

- 263 Zumindest die organisatorische Unabhängigkeit von (inter)nationalen Sport(fach)verbänden hätte noch erwähnt werden sollen, weil es sich bei dem Spruchkörper ansonsten allenfalls um ein Sportgericht, aber keineswegs um ein auf Gesetz beruhendes (Sport-)Schiedsgericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK handeln würde.<sup>524</sup> Bei dieser rechtlichen Ausgangslage könnte man vermuten, dass in der Sportschiedsgerichtsbarkeit durch das *Mutu u. Pechstein/Schweiz*-Urteil des EGMR nun ein *race to the bottom* eröffnet worden sei, das nicht nur neu einzurichtende, sondern aufgrund des Konkurrenzdrucks auch bereits etablierte echte nationale Sportschiedsgerichte mit bislang vergleichsweise hohen rechtsstaatlichen Standards erfassen könnte. Dem stehen jedoch verschiedene Aspekte entgegen. Zunächst hat sich der Gerichtshof allein zur internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit geäußert, so dass seine Wertungen bei nationalen Sportschiedsgerichten oder sonstigen – etwa branchenbezogenen – echten Schiedsgerichten vermutlich anders ausfallen würden.<sup>525</sup> Zudem sind echte Sportschiedsgerichte außerhalb der Schweiz natürlich an die nationalen rechtsstaatlichen Voraussetzungen gebunden, die vielfach strenger als die vom EGMR gesetzten Mindeststandards sind. Schließlich sind in den letzten Jahren keine Anzeichen für das befürchtete *race to the bottom* erkennbar gewesen.
- 264 Ein gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK *auf Gesetz* beruhendes internationales (Sportschieds-)Gericht muss also – anders als der Wortlaut der Vorschrift vermuten lassen könnte – nur eine gelockerte Anbindung an bestehende (verfahrensrechtliche) Gesetze erfahren haben. Dies gilt – wie bereits dargestellt<sup>526</sup> – im Hinblick auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit zunächst für die aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter. Zudem unterfallen Sportschiedsgerichte dem Gerichtsbegriff gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unabhängig davon, ob ihre Zuständigkeit staatlich angeordnet wurde oder – wie regelmäßig bei Schiedsklauseln zum CAS – auf einer faktisch erzwungenen Vereinbarung beruht.<sup>527</sup> Denn nach Überzeugung des EGMR besteht in Fällen der faktisch aufgezwungenen Schiedsgerichtsbarkeit durch Private ein ausreichender Schutz durch die in vollem Umfang einzuhaltenden Garantien gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>528</sup>
- 265 Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Üblicherweise werden (Sport-)Schiedsgerichte dem Bereich der *Alternative Dispute Resolution* zugeordnet. Spätestens seit der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Mutu u. Pechstein/Schweiz* sollte man angesichts der tatsächlich fehlenden Wahlmöglich-

524 → IV. Rn. 144–146.

525 So auch *Lungstras* 270.

526 → IV. Rn. 173–175, 196–202, 242 m.w.N.

527 So auch *Wekesa ISLJ* 2018, 46 (55) unter Bezugnahme auf EGMR 3.4.2008 – Nr. 773/03 – Regent Company/Ukraine.

528 EGMR SpuRt 2018, 253, Rn. 115 – *Mutu u. Pechstein/Schweiz*.

keiten im Hinblick auf den CAS zumindest aus der Perspektive der den Statuten der Sportverbände Unterworfenen nicht länger von *Alternative Dispute Resolution*, sondern passgenauer von *Dispute Resolution Without Alternative* sprechen. Dies belegt ein weiteres Mal, wie weit sich der CAS inzwischen mit tatkräftiger Unterstützung durch die schweizerische Gesetzgebung, das SchweizBG, den BGH und nicht zuletzt auch den EGMR von der ursprünglichen Grundidee eines Sportschiedsgerichts hat entfernen können.<sup>529</sup> All dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Einstufung des CAS als echtes Sportschiedsgericht durch den EGMR am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK nachvollziehbar ist.<sup>530</sup>

gg) *Schiedssprüche – auf den konkreten Fall zugeschnittene Problemlösungen*

Schiedsgerichtliche Verfahren zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass eine zügige, auf den konkreten Fall zugeschnittene, pragmatische Lösung eines juristischen Konflikts gefunden werden soll, die die berechtigten Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigt. Der Schiedsspruch bindet nur die Prozessparteien hinsichtlich des konkreten Streitgegenstands.<sup>531</sup> Er muss sich nicht zwangsläufig umfassend und stringent in die bisherige Rechtsprechung eines institutionalisierten Schiedsgerichts einfügen. Diese Zusammenhänge hat *Weatherill*<sup>532</sup> prägnant mit folgenden Worten zusammengefasst:

„It would be a mistake to exaggerate the consistency of the CAS’s practice. Its job is to resolve disputes, not to craft an intellectually pure stream of principles.“

Allerdings ist diese Einschätzung zu relativieren. Regelmäßig sehen die verfahrensrechtlichen Vorschriften (z.B. eine Schiedsgerichtsordnung) vor, dass in jeder Phase des Schiedsverfahrens das Schiedsgericht eine einvernehmliche Lösung des Rechtsstreits anstreben soll. Dies gilt auch für den CAS, wie sich aus Art. R42 CAS-Code ergibt:

The President of the Division, before the transfer of the file to the Panel, and thereafter the Panel may at any time seek to resolve the dispute by conciliation. Any settlement may be embodied in an arbitral award rendered by consent of the parties.

Allein dieser Umstand sorgt dafür, dass viele Verfahren mit einer sehr individuellen Lösung des Rechtsstreits enden. Zudem ist zu konstatieren, dass die Schiedssprüche nach streitigen Verfahren sich zumindest in gewissem Umfang durch Stringenz auszeichnen. Denn ein Schiedsgericht wird stets darauf bedacht

529 Ähnl. die Einschätzung von Grünberger Der Staat 55 (2016), 117 (124).

530 Ebenso Lungstras 184; Opfermann 209; einschränkend Bareuther 76–89, die den CAS als Schiedsgericht *sui generis* mit einer Ähnlichkeit zu staatlichen Gerichten einordnet; stellvertr. für viele sieht etwa Steinitz 154 f. beim CAS dringenden Reformbedarf.

531 Nafziger ISLJ 2004, 3 (3).

532 Weatherill, Principles, 2017, 14.

sein, dass sein Schiedsspruch hernach in einem etwaigen Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren bestätigt werden wird.<sup>533</sup>

- 269 Zunächst können die Parteien festlegen, welcher Rechtsordnung ein späteres Schiedsgerichtsverfahren unterliegen soll (z.B. § 1051 ZPO, Art. 187 IPRG), wobei grundsätzlich auch anationales Rechts vereinbart werden kann. So werden in der Schweiz von dem für internationale Verfahren anwendbaren Art. 187 IPRG auch Rechtsregeln privater Organisationen erfasst, sofern es sich hierbei um ein kohärentes Normengefüge handelt.<sup>534</sup> Für Berufungsverfahren am CAS gilt Art. R58 CAS-Code:

The Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision.

- 270 Bei fehlender Rechtswahl der Parteien kann der CAS also nach Rechtsregeln entscheiden, die er für angemessen hält. Auf diese Weise wird dem CAS die Möglichkeit eröffnet, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, die vielfach unter dem Begriff *lex sportiva* zusammengefasst werden.<sup>535</sup> Die Vorbehalte gegenüber der verbreiteten Anerkennung einer *lex sportiva* sind schon zuvor aufgelistet worden.<sup>536</sup> Selbst wenn man die *lex sportiva* weniger kritisch sehen sollte, würden sich die vom CAS aufgestellten Prinzipien letztlich doch als besondere Ausformungen der Grundrechte darstellen, die ihrerseits regelmäßig Teil der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) sind. Ein Verstoß gegen diese könnte zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs oder der Versagung seiner Anerkennung und Vollstreckung führen. Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, wenn die Prinzipien einer *lex sportiva* letztlich die in nationalen Verfassungen verankerten Grundrechte widerspiegeln<sup>537</sup> und sich von nationalen Rechtsprinzipien weniger abheben, als der Name vermuten lassen könnte.
- 271 Damit kann der CAS zwingendes staatliches Recht nicht unberücksichtigt lassen, sondern muss das primär<sup>538</sup> maßgebliche Verbandsrecht an dem (international) zwingenden Recht messen.<sup>539</sup> Dabei sollte er sich am *ordre public*-Vorbehalt der jeweiligen Anerkennungs- und Vollstreckungsstaaten orientieren und die eventuell einschlägigen Eingriffsnormen in den Blick nehmen. Diese Umstände geben

533 Opfermann 26; Tyrolt 67.

534 Adolphsen 628 ff.; Lungstras 159; Wild 171; Adolphsen SchiedsVZ 2004, 169 (174); Baddeley ISLJ 2020, 3 (14); Haas CaS 2007, 271 ff. m.w.N.

535 Arroyo/Rigozzi/Hasler Art. R58 CAS-Code Rn. 26.

536 Hierzu → II. Rn. 19–22.

537 Buck-Heeb/Dieckmann 86.

538 Valloni/Pachmann Rn. 461.

539 Tyrolt 77 ff.

gewissermaßen juristische Leitplanken vor, die dem Spielraum der Schiedsrichter bei der Entscheidungsfindung deutliche Grenzen setzen (sollten).

Natürlich kann durch vorgenannte Maßnahmen eine Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis nicht vollends gewährleistet werden. Der Grund hierfür ist aber nicht in der „schier unendlichen Anzahl möglicher Spruchkörperkonstellationen am CAS“ zu suchen.<sup>540</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass auch die vor dem CAS verhandelten Fälle hinsichtlich des anwendbaren Verbandsrechts und der einschlägigen nationalen oder europäischen Normen überaus heterogen sind, so dass es nicht verwundern kann, dass eine gefestigte Rechtsprechung mitunter kaum erkennbar sein mag.<sup>541</sup> Etwas anderes dürfte in Dopingsverfahren gelten, weil diese weltweit einheitlich nach den Regelungen des WADA-Code entschieden werden.<sup>542</sup> Darüber hinaus beklagt Scherrer,<sup>543</sup> die aktuelle Verfahrensordnung fördere den mageren Gehalt der Urteile des CAS. Nationales Recht werde oft von Richtern angewandt, die dieses Recht nicht beherrschten.<sup>544</sup> Es trifft zwar zu, dass in manchen Schiedssprüchen des CAS, in denen nationale Gesetzesvorschriften oder aber europarechtliche Normen anzuwenden sind, die Auseinandersetzung mit der einschlägigen Judikatur und dem Meinungsstand im wissenschaftlichen Schrifttum eher – um es vorsichtig zu formulieren – sparsam ausfällt. Andere Schiedssprüche zeigen jedoch, dass dies kein einheitlicher Standard ist. Insbesondere kann es nicht Anspruch der (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit sein, umfassende rechtliche Analysen auf höchstem wissenschaftlichen Niveau abzuliefern. Zudem hat es jede Streitpartei selbst in der Hand, einen Schiedsrichter mit den entsprechenden Fachkenntnissen auszuwählen sowie durch überzeugenden Sach- und Rechtsvortrag sicherzustellen, dass das Schiedsgericht sich hiermit im Detail auseinandersetzt.

Abschließend könnte man meinen, dass die Ablehnung des CAS, das aus dem *Common Law* bekannte Prinzip *stare decisis (et non quita movere)* – wörtlich übersetzt etwa: beim Entschiedenen stehen und das Ruhende nicht bewegen – anzuwenden,<sup>545</sup> zur beklagten Uneinheitlichkeit der Entscheidungspraxis beitrage.<sup>546</sup> Diesem Prinzip zufolge darf ein Gericht von einer früheren Präzedenzentcheidung nur dann abweichen, wenn signifikante Unterschiede der zu beurteilenden Sachverhalte vorliegen (*doctrine of precedent*). Trotz der Ablehnung des

540 So aber Opfermann 23; ähnl. Thorn/Lasthaus IPRax 2016, 426 (430); a.A. Adolphsen SpuRt 2016, 46 (46).

541 A.A. Scherrer CaS 2016, 297 (299).

542 → IV. Rn. 234 f. m.w.N.

543 Scherrer CaS 2016, 297 (298).

544 Krit. insoweit im Hinblick auf die Anwendung des Kartellrechts M.-E. Orth ZWvR 2018, 382 (385).

545 CAS 16.7.2010 – 2008/A/1545, Rn. 52 – Andrea Anderson u.a./IOC; CAS 26.1.2017 – 2015/A/4271, Rn. 57 – Club Kabuscorp do Palanca v. Rivaldo Vitor Borba Ferreira & Fédération Internationale de Football Association (FIFA).

546 So Flanagan ISLJ 2018, 29 (34).

*stare decisis*-Prinzips zeigt die Praxis jedoch, dass der CAS sich nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit durchaus an älteren Präzedenzentscheidungen orientiert.<sup>547</sup> Zudem hat eine im Jahr 2012 veröffentlichte empirische Studie zu CAS-Schiedssprüchen im Bereich der Leichtathletik<sup>548</sup> ergeben,

„in the overwhelming majority of arbitral tribunals, CAS panels rely heavily on previous arbitral awards in reaching their decisions.“

- 274 In den letzten Jahren wendet der CAS auch zunehmend europarechtliche Regelungen insbesondere zu den Grundfreiheiten oder zum Kartellrecht an,<sup>549</sup> was im unmittelbar nachfolgenden Abschnitt anhand von Beispielen belegt werden wird.<sup>550</sup> Dabei wird sich dann auch zeigen, ob die Einschätzung zutrifft, dass insoweit nur offensichtliche Verstöße gegen die europarechtlichen Regelungen den sich darauf berufenden Schiedsparteien zum Erfolg verhelfen würden, während in der Regel die Rechtswirksamkeit der Verbandsstatuten vom CAS bestätigt werde.<sup>551</sup>

#### *bb) Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts*

- 275 Im Folgenden werden einige Schiedssprüche des CAS, in denen die europäischen Grundfreiheiten oder das europäische Kartellrecht zur Anwendung kamen, im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfragen dargestellt und analysiert. Hinsichtlich der Schiedssprüche mit Bezug zu den europäischen Grundfreiheiten werden nur zwei Fälle exemplarisch aufgegriffen. Demgegenüber sind die dargestellten Schiedssprüche mit Bezügen zum europäischen Kartellrecht wegen ihrer insgesamt bis heute noch überschaubaren Anzahl doch durchaus repräsentativ. Auffällig ist, dass – so viel sei vorab angemerkt – die an den Verfahren beteiligten Schiedsrichter einerseits zwar die prinzipielle Anwendbarkeit der europäischen Regelungen nicht in Zweifel zogen, andererseits aber fast durchweg eine „schnelle“ Lösung suchten, jeweils bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen mit nur selten überzeugender Begründung als nicht erfüllt ansahen und auf diese Weise ausnahmslos eine Verletzung europäischen Rechts ablehnten.<sup>552</sup>

547 *Blackshaw* Ent. & Sports L. J. 2003, 61 (62).

548 *Bersagel* Pepperdine Disp. Res. L.J. 2012, 189 (189).

549 So auch die Einschätzung von *Duval* Maastricht J. of Europ. & Comp. L. 2015, 224 (227); *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (34).

550 → IV. Rn. 275–315 m.w.N.

551 So *Flanagan* ISLJ 2018, 29 (35).

552 S. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 15: „There is a degree of inconsistency in the attitude of CAS Panels to the application of relevant provisions of EU law.“



## (1) Anwendung der Grundfreiheiten

## i. SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas

Das mit Bezug zu den Grundfreiheiten zu untersuchende erste Beispiel betrifft 276 die vor dem CAS verhandelte Rechtssache *SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas*.<sup>553</sup> Etwas überraschend hielt es der CAS in diesem Verfahren für unerheblich, dass es seinerzeit in den FIFA-Statuten an einer Rechtsgrundlage für den von der FIFA verfügten Zwangsabstieg gemangelt hatte. Dazu hatte die FIFA-Disziplinarkommission Folgendes ausgeführt:<sup>554</sup>

„The club is pronounced guilty of failing to comply with a decision of a FIFA body in accordance with art. 64 of the FIFA Disciplinary Code (FDC). The first team of the club is relegated to the next lower division.“

Nach dem im konkreten Fall noch einschlägigen Art. 64 FIFA-Disziplinarreglement a.F. hatte die FIFA die Kompetenz besessen, den Verein mit einer Geldstrafe zu belegen sowie Sanktionen wie Punktabzug oder *Zwangsabstieg anzudrohen*. Gemäß Art. 64 Abs. 2 FIFA-Disziplinarreglement a.F. *sollte*, sofern der Club eine letzte Frist ungenutzt verstreichen ließ, *der entsprechende Verband aufgefordert werden, die angedrohten Sanktionen in die Tat umzusetzen*.<sup>555</sup> Obwohl sich die FIFA unter Missachtung der eigenen Statuten nicht an dieses Verfahren gehalten, sondern mehrere eigene Strafentscheidungen getroffen hatte,<sup>556</sup> ging der CAS auf diese Verfahrensmängel nicht ein.<sup>557</sup> Es soll hier nicht spekuliert werden, weshalb das Panel in dieser Weise handelte – jede denkbare Erklärung ist zumindest kein Aushängeschild für die juristische Arbeitsweise im konkreten Verfahren. 277

Aber auch die Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV 278 wendete das zuständige Panel am CAS ungenau an. Zunächst sah sich der CAS an seinen seinerzeit rund vier Jahre alten Schiedsspruch gebunden, der der Entscheidung der FIFA zugrunde gelegen und einen Rechtsstreit des SV Wilhelmshaven mit zwei argentinischen Vereinen in Bezug auf die Zahlung einer Ausbildungsentschädigung betroffen hatte.<sup>558</sup> Diesbezüglich hatte der CAS hinsichtlich

553 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032 – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas; s. hierzu auch *Opfermann* 392 f.

554 S. hierzu BGHZ 212, 70, Rn. 5 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

555 Die FIFA hat erst nachträglich eine passende Rechtsgrundlage geschaffen. Nach Art. 15 FIFA-Disziplinarreglement 2019 werden nicht nur CAS-Entscheide in Berufungsverfahren, sondern auch in ordentlichen Verfahren nunmehr intern vollstreckt. Das für die Vollstreckung zuständige Organ ist der jeweilige Verband, der den Schiedsspruch „verfügt“ hat.

556 Vgl. zu den Folgen, die sich hieraus im konkreten Verfahren ergaben, *J. F. Orth* SpuRt 2017, 9 (12).

557 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 63 ff. – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas beurteilte lediglich die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit des Art. 64 Abs. 1 lit. c) FDC.

558 CAS 24.10.2013 – 2012/A/3032, Rn. 70 – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas: „In other words, what is now at stake is only the question whether the Appellant respected and fulfilled that decision, but no longer its content“.

einer etwaigen Unvereinbarkeit des Entschädigungssystems der FIFA mit Art. 45 AEUV im Jahr 2009 Folgendes festgestellt:<sup>559</sup>

„According to the CAS case law, arguments as to the freedom of movement of football players across the EU can only be raised by the football player himself and not by the football clubs.“

- 279 Dass der EuGH in der Zwischenzeit im Jahr 2010 in der Rechtssache *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC* die genau entgegengesetzte Rechtsauffassung vertreten hatte,<sup>560</sup> hatte sich offensichtlich nicht bis zum CAS in Lausanne oder – genauer – bis zu dem Einzelschiedsrichter, der für beide Verfahren zuständig gewesen war, herumgesprochen. Hoffentlich kann man hieraus nicht den Rückschluss ziehen, dass sich der CAS an die tatsächlich noch relativ wenigen Entscheidungen des EuGH zu Rechtsfragen im Sportsektor nur gebunden fühlt, wenn sie nicht im Widerspruch zu rechtlichen Einschätzungen in früheren Schiedssprüchen des CAS stehen.

#### ii. RFC Seraing/FIFA

- 280 In dem zweiten hier ausgewählten Beispiel musste sich der CAS im Jahr 2017<sup>561</sup> mit der Frage auseinandersetzen, ob Art. 18bis und 18ter FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern, wonach sog. *Third-Party-Ownerships* verboten sind,<sup>562</sup> mit der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit sowie mit Art. 101, 102 AEUV vereinbar sind. Die von den Schiedsklägern behaupteten Rechtsverletzungen lehnten die Schiedsrichter ab, wobei sie im Rahmen der rechtlichen Analyse den inhaltlichen Schwerpunkt bei der behaupteten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit setzten,<sup>563</sup> um hernach auf die entsprechenden Erwägungen bei der kartellrechtlichen Analyse wiederholt Bezug zu nehmen.<sup>564</sup>
- 281 Die Frage, ob die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV, die primär vor beschränkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten schützen soll, überhaupt unmittelbare Wirkung gegenüber Sportverbänden entfalten kann,<sup>565</sup> bejahte das Panel ohne nähere Begründung. Dies verwundert, denn es erkannte durchaus, dass der EuGH zuvor (und auch seither) über diese Grundfreiheit im Bereich des Sports

559 CAS 5.10.2009 – 2009/A/1810 & 1811, 4. Leitsatz (im Folgenden ebenso Rn.42) – SV Wilhelmshaven/Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate unter Bezugnahme auf CAS [Datum in der CAS-Datenbank nicht ermittelbar] – 2004/A/794 – [Parteien in der CAS-Datenbank nicht ermittelbar] und CAS 13.7.2006 – 2006/A/1027, Rn. 41 – Blackpool F.C. v. Club Topp Oss.

560 EuGH Slg. 2010, I-2177, Rn. 21, 27 ff. = NJW 2010, 1733 – *Olympique Lyonnais/Bernard & Newcastle UFC*.

561 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490 – RFC Seraing/FIFA.

562 Hierzu ausf. → XIII. Rn. 592–617 m.w.N.

563 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 96 ff. – RFC Seraing/FIFA.

564 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 130 ff. – RFC Seraing/FIFA.

565 S. hierzu stellvertr. *Heermann* CaS 2013, 21 (27); *Memeti* 181–183.

noch nicht entschieden hatte (und hat).<sup>566</sup> Ohne nähere Begründung unterstellten die Schiedsrichter sodann, dass die streitgegenständlichen Verbandsstatuten eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bewirken würden.<sup>567</sup> Im Folgenden stellte das Schiedsgericht zutreffend fest, dass Beschränkungen von Grundfreiheiten nicht nur über die jeweiligen gesetzlichen Rechtfertigungstatbestände, sondern auch im Hinblick auf zwingende Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt werden könnten.<sup>568</sup> Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung trennte der CAS<sup>569</sup> sodann nicht sauber zwischen zwingenden Interessen des Allgemeinwohls im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH<sup>570</sup> und den von der FIFA nach eigener Auskunft verfolgten und möglicherweise legitimen Zielsetzungen im Sinne des *Meca-Medina*-Tests.<sup>571</sup> In diesem Kontext ist überaus zweifelhaft, ob die von der FIFA geltend gemachten sportbezogenen Zielsetzungen (insbesondere der Schutz der Wettbewerbsintegrität und der Vertragsstabilität vor der Einflussnahme durch vereinsfremde Investoren) tatsächlich auf eine Stufe mit den vom EuGH anerkannten Allgemeinwohlinteressen wie dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, dem Verbraucherschutz, dem Umweltschutz, dem Schutz öffentlicher Netze, dem Schutz kultureller Zwecke (insbesondere der Erhaltung der Medienvielfalt) oder dem Schutz der Sozialsysteme gestellt werden können.<sup>572</sup> Diese Feinheiten der vom EuGH entwickelten Rechtfertigungsdogmatik waren den Schiedsrichtern offensichtlich nicht bekannt und sie wendeten damit faktisch und unausgesprochen den *Meca-Medina*-Test im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit an. Dies ist zwar ein – positiv formuliert – innovativer Ansatz. Letztlich offenbart sich hier aber ein allzu laxer, ergebnisorientiert anmutender Umgang des Panels mit der nicht gesetzlich verankerten und vom EuGH im Laufe der Zeit entwickelten Rechtfertigungsdogmatik zu den Grundfreiheiten einerseits und zu Wettbewerbsbeschränkungen andererseits. Zwischen diesen Rechtskomplexen bestehen zwar gewisse inhaltliche Verbindungslinien, die aber nicht ohne Weiteres miteinander vermischt werden dürfen.

Im nachfolgenden kartellrechtlichen Abschnitt stellte das Schiedsgericht fest, dass es in Ermangelung eines von den insoweit beweisbelasteten Schiedsklägern vorzulegenden ökonometrischen Gutachtens nicht in der Lage sei, das Vorliegen einer von den streitgegenständlichen Verbandsvorschriften bewirkten Wett-

566 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 94 f. – RFC Seraing/FIFA.

567 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 96 f. – RFC Seraing/FIFA.

568 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 100 – RFC Seraing/FIFA.

569 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 101–104 – RFC Seraing/FIFA.

570 Hierzu ausf. → VI. Rn. 169 m.w.N.; s. auch MüKo-Lauterkeitsrecht/Heermann Art. 34 AEUV Rn. 48–72 m.w.N.

571 Hierzu ausf. → VI. Rn. 185–254.

572 Für eine Gleichstellung zumindest der Besonderheiten des Sports mit zwingenden Allgemeinwohlinteressen im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung etwa Mürtz Abschn. B. III. 3. c) ee.

bewerbsbeschränkung anzunehmen.<sup>573</sup> Während die Schiedsrichter kurz zuvor fast ohne Begründung eine von dem TPO-Verbot der FIFA ausgehende und potentielle Investoren belastende Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit problemlos hatten erkennen können, vermissten sie nun plötzlich hinsichtlich der ähnlich gelagerten Frage, ob die streitgegenständlichen Verbandsregelungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten, zusätzliche, aufwändig zu erstellende und teure Beweismittel. Auf diesen Aspekt wird nachfolgend nochmals zurückzukommen sein.<sup>574</sup> Gleichwohl prüfte das Panel, eine von den Verbandsvorschriften ausgehende Wettbewerbsbeschränkung unterstellend, gleichsam hilfsweise, ob diese gerechtfertigt werden könnte, wobei man im Wesentlichen auf die vorangegangenen entsprechenden Ausführungen zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit Bezug nahm.<sup>575</sup> Dabei legten die Schiedsrichter die eigentlich ihnen obliegende rechtliche Bewertung des zugrunde liegenden Tatbestands zu einem erheblichen Teil in die Hände der Schiedsparteien.<sup>576</sup> So listete das Schiedsgericht zunächst diejenigen Zielsetzungen auf, die die FIFA selbst als legitim eingestuft hatte und nach eigenem Bekunden mit den streitgegenständlichen Regelungen verfolgte. Dieser Vortrag sei nach Ansicht des Panels von den Schiedsklägern zum Teil anerkannt und im Übrigen nicht bestritten worden. Sodann lehnten die Schiedsrichter eine rechtliche Analyse der von der FIFA behaupteten legitimen Zielsetzungen ab, da diese ja unstreitig seien. Es erstaunt, wenn hier erfahrene Juristen geglaubt haben sollten, dass die Schiedsparteien eine Rechtsfrage in gleicher Weise unstreitig stellen könnten, wie dies natürlich zweifelsohne im Hinblick auf den rechtlich zu bewertenden Tatbestand – aber auch nur insoweit – möglich ist. Auch die Rechtfertigungsproblematik wird in einem nachfolgenden Abschnitt noch ein weiteres Mal aufgegriffen werden.<sup>577</sup>

- 283 Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die CAS-Schiedsrichter des zuständigen Panels mit diesem Schiedsspruch eindrucksvoll belegt haben, mit den Feinheiten der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung von Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten einerseits sowie von Wettbewerbsbeschränkungen andererseits nur ansatzweise vertraut zu sein. Staunend und ernüchtert ist darüber hinaus zu konstatieren, dass das Panel offensichtlich glaubte, die Schiedsparteien könnten selbst über die Legitimität der von ihnen mit (wettbewerbs)beschränkenden Verbandsvorschriften verfolgten Zielsetzungen entscheiden. Die Rechtsfindung gehört aber auch vor (Sport-)Schiedsgerichten zu den ureigenen, den Schiedsparteien nicht übertragbaren Aufgaben, der sich die Schiedsrichter im Ausgangsverfahren nicht hätten entziehen können und dürfen.

573 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 136 f. – RFC Seraing/FIFA.

574 → XIII. Rn. 606 f.

575 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 138 i.V.m. Rn. 100 ff. – RFC Seraing/FIFA.

576 CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 101–103 – RFC Seraing/FIFA.

577 → XIII. Rn. 608–614.

Vielmehr hätten sie die Legitimität der vorgetragenen Zielsetzungen im Lichte des *Meca-Medina*-Tests selbst prüfen und bestimmen müssen. Vor diesem Hintergrund ist es nur ein schwacher Trost, dass der Schiedsspruch letztlich zu einem *prima facie* vertretbaren, wenngleich aufgrund der vorgenannten Defizite aber natürlich nicht vollkommen überzeugenden Ergebnis geführt haben mag.

## (2) Anwendung des Kartellrechts

Soweit ersichtlich, hat der CAS bislang noch in keinem Verfahren die Unvereinbarkeit einer Verbandsnorm oder deren Anwendungspraxis mit europäischem Wettbewerbsrecht angenommen.<sup>578</sup>

### i. AEK Athens and Slavia Prague/UEFA

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Panel am CAS unter dem Vorsitz eines Italieners und mit zwei deutschen Beisitzern bereits im Jahr 1999 im Verfahren *AEK Athens and Slavia Prague/UEFA* unter Bezugnahme auf Art. 19 IPRG festgestellt hatte, dass der Sportgerichtshof europäisches Kartellrecht zu berücksichtigen habe.<sup>579</sup> Dieser Umstand ist bemerkenswert, weil seinerzeit noch verbreitet die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor generell bestritten worden war und das insoweit bahnbrechende Urteil des EuGH in der Rechtsache *Meca-Medina und Majcen*<sup>580</sup> erst rund sieben Jahre später erging. Insoweit war der Weg für die Anwendung des Kartellrechts auf sportbezogene Sachverhalte schon frühzeitig bereitet worden, er ist in den nachfolgenden Jahren vom CAS allerdings nur relativ selten beschritten worden.

### ii. UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA

In der Rechtssache *UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA* setzte sich der CAS im Jahr 2012 in folgender Weise mit dem Kartellrecht der Schweiz, welches im konkreten Fall einschlägig war, auseinander:<sup>581</sup>

„120. The Swiss Competition authorities usually assess the question whether there is an abuse of a dominant market position by following a two step approach: First, they assess whether the behaviour of an undertaking having a dominant market position leads to a restraint of competition. Second, if there is a restraint of com-

578 Zu einer rechtlichen Analyse einiger insoweit einschlägiger Schiedssprüche des CAS s. auch *Opfermann* 260–263, 274–276.

579 CAS 20.8.1999 – 98/200, Rn. 10 f. – AEK Athens & SK Slavia Prague/UEFA; so zuletzt nochmals ausdrückl. CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, 1. Leitsatz und Rn. 41–45 – Galatasaray/UEFA.

580 EuGH Slg. 2006, I-6991 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → insb. VI. Rn. 25–60, 139–163.

581 CAS 31.1.2012 – 2011/O/2574, Rn. 120 f. – UEFA v. FC Sion/Olympique des Alpes SA.

petition, they investigate whether there are legitimate business reasons justifying the restraint of competition.

121. In sports matters, the term ‚legitimate business reasons‘ cannot be limited to economic reasons. The message of the Federal Council of 23 November 1994 to the Swiss Parliament regarding the CA [Anmerkung: Swiss Cartel Act] refers to commercial principles which may constitute legitimate business reasons and keeps the range open for a wider interpretation of the term, without explicitly taking into consideration the specificity of sport. In sports matters, the behaviour of sports associations must be legitimated by reasons that are necessary for the proper functioning of the sport in order to qualify as ‚legitimate business reasons‘.“

- 287 Dieser Ansatz ist nicht außergewöhnlich, wenngleich die Auseinandersetzung mit den *legitimate business reasons* recht oberflächlich ausfiel.

iii. *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA*

- 288 In dem Verfahren *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA* wendete der CAS im Jahr 2006 europäisches Kartellrecht an und fand einen argumentativen Ansatz, der einen schnellen Abbruch der kartellrechtlichen Prüfung erlaubte:<sup>582</sup>

„The mere fact that an IF [Anmerkung: International Federation] is in a monopoly situation does not mean that it has abused that position: in order to find an abuse of dominant position, it would have to be shown that the IF has indeed sought to restrict competition and overcome rival competitors through its dominant market power. This is however not the case if the IF is acting, not as a competitor on the market with financial stake in the outcome, but as a mere private association exerting regulatory authority. Sanctions issued in application of regulations drawn up by the IF are necessary to safeguard the correct application of the regulations. They do not constitute an abuse of dominant position, but the justified exercise of an IF's power to draw up and apply the rules for the sport for which it is responsible.“

- 289 Dieser Ansatz beruht auf der Annahme, dass die FIFA nicht als Wettbewerber mit eigenen wirtschaftlichen Interessen auf dem Markt auftrete und damit gar nicht unternehmerisch tätig sei. Das ist – wie noch zu zeigen sein wird<sup>583</sup> – keine neue und außergewöhnliche, indes in dieser Allgemeinheit im Ergebnis nicht überzeugende Argumentation. Sie hätte freilich den von Sportverbänden sicherlich gerne in Kauf genommenen Nebeneffekt, dass ihre in der Durchsetzung der Verbandsstatuten bestehenden Aktivitäten, die den Ausgangspunkt zahlreicher Sportschiedsverfahren bilden, kartellrechtlich nicht erfasst werden könnten. Der Haken an der Sache ist jedoch, dass weder der EuGH noch die EU-Kommission oder das BKartA diesen Ansatz bislang übernommen haben (und vermutlich auch künftig nicht übernehmen werden). Im Übrigen deutete der CAS an, dass der klagende Fußballclub zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

<sup>582</sup> CAS 9.5.2006 – 2005/A/1001, 4. Leitsatz – *Fulham FC (1987) Ltd/FIFA*.

<sup>583</sup> → VI. Rn. 114–138 m.w.N.

unzureichend vorgetragen hatte („would have to be shown that“). Dies kann bei einer nicht selten zu beobachtenden unzureichenden Sensibilisierung der Schiedskläger für die kartellrechtliche Brisanz eines Sachverhalts nicht überraschen.

iv. *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.*

Im Verfahren *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.* sah der CAS 290 im Jahr 2007 bei der kartellrechtlichen Prüfung des FIFA-Solidaritätsmechanismus<sup>584</sup> zunächst die Voraussetzungen des sog. *Meca-Medina-Tests*<sup>585</sup> als erfüllt an.<sup>586</sup> Sodann traf er eine aus Sicht des *Verfassers* zutreffende Feststellung, die allerdings bis heute im Kreis von Sportfunktionären und -juristen noch verbreitet auf Skepsis oder gar Widerspruch stößt (Hervorhebung durch *Verfasser*):<sup>587</sup>

„The Panel notes in this regard that the principles incorporated in the FIFA Regulations with respect to the transfer of players were approved by the EC authorities after a long process of negotiation. (...) It is now accepted that EU and national law applies to football, and it is also now understood that EU law is able to take into account the specificity of sport, and in particular to recognise that sport performs a very important social, integrating and cultural function. Football now has the legal stability it needs to go forward (see the official press release IP/02/824 – Brussels, 5 June 2002, announcing that the European Commission had closed its investigation into the rules governing international transfers of football players).“

v. *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.*

Im Jahr 2009 wendete der CAS in der Rechtssache *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.* erneut den sog. *Meca-Medina-Test*<sup>588</sup> an, konnte aber wiederum keinen Kartellrechtsverstoß feststellen:<sup>589</sup>

„Art. 82 EC Treaty requires the abuse of a monopolistic position. Whether an abuse can be held in the case in question, must not be decided, because again, a possible abuse can be justified by objective reasons including the particularities of sports to the extent the measure taken is adequate, required and proportionate (HEERMANN P.W., Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports, WuW 2009, 489, 497).“

In den Entscheidungsgründen fand sodann eine vertiefte Auseinandersetzung mit 292 der kartellrechtlichen Problematik statt. Über die Überzeugungskraft der Argumentation wird man streiten können. Dabei ist aber stets zu bedenken, dass der Schiedsspruch drei Jahre nach *Meca-Medina* veröffentlicht wurde und zu

584 Vgl. Stopper/Lentze/Karlin Kap. 16 Rn. 58 ff.

585 Ausf. → VI. Rn. 164–385.

586 CAS 28.11.2007 – 2007/A/1287, Rn. 35 f. – *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.*

587 CAS 28.11.2007 – 2007/A/1287, Rn. 37 – *Danubio FC/FIFA & Internazionale Milano S.p.A.*

588 Ausf. → VI. Rn. 164–385.

589 CAS 29.10.2009 – 2009/A/1788, Rn. 44 ff. i.V.m. Rn. 28 ff. – *UMMC Ekaterinburg/FIBA Europe e.V.*

dieser Zeit die wissenschaftliche Diskussion zum Spannungsfeld von Sport und europäischem Kartellrecht erst sehr langsam Fahrt aufnahm.

vi. *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)*

- 293 Im Jahr 2011 schilderte der CAS in dem Verfahren *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)* zunächst sachlich zutreffend den sog. *Meca-Medina-Test*,<sup>590</sup> konnte in der Folge aber mangels hinreichenden Sachvortrags von einer detaillierten Prüfung absehen:<sup>591</sup>

„In addition, the Panel is satisfied that the EU Court of Justice clearly stated in *Meca-Medina* that anti-doping rules and sanctions ‚are justified by a legitimate objective‘ and that any related limitation to the athletes’ economic freedom ‚is inherent in the organisation and proper conduct of competitive sport and its very purpose is to ensure healthy rivalry between athletes‘ (Case C519/04P *Meca-Medina and Majcen v Commission*, [2006] 5 C.M.L.R. 18, para. 45). While it is true that restrictions imposed by anti-doping rules and sanctions ‚must be limited to what is necessary to ensure the proper conduct of competitive sport‘ (ditto, para. 47) and, thus, they must be proportionate, the Athlete has equally adduced no evidence to establish that the anti-doping rules and sanctions at issue are disproportionate and, as a consequence, has not established a violation of article 101 TFEU. As to article 102 TFEU, the Athlete has offered no market analysis to define the relevant market and submitted no evidence to prove the existence of a dominant position, let alone the perpetration of abuses, by UCI. Accordingly, this submission on behalf of the Athlete also fails.“

- 294 Diese Entscheidung belegt eindrucksvoll, dass in sportrechtlichen Verfahren vor Sportschiedsgerichten oder auch staatlichen Gerichten das Schwingen der „kartellrechtlichen Keule“ allein regelmäßig nicht zum rechtlich gewünschten Erfolg führen wird. Vielmehr bedarf es insoweit eines substantiierten Vortrags zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, was sich gerade bei der Abgrenzung des relevanten Marktes oder der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung<sup>592</sup> als schwierig erweisen kann.

vii. *Azpeleta*

- 295 Verschiedene kartellrechtliche Aspekte, die schon in den bereits erwähnten Schiedssprüchen des CAS thematisiert worden waren, spielten auch im Schiedsspruch zur Rechtssache *Azpeleta* aus dem Jahr 2015<sup>593</sup> eine Rolle:
- 296 Eine spanische Mittelstreckenläuferin, der ein Dopingverstoß vorgeworfen worden war, war vom spanischen Leichtathletikverband freigesprochen worden.

<sup>590</sup> Ausf. → VI. Rn. 164–385.

<sup>591</sup> CAS 21.4.2011 – 2010/A/2235, Rn. 52 – *UCI/T. & Olympic Committee of Slovenia (OCS)*.

<sup>592</sup> → VII. Rn. 1–37.

<sup>593</sup> CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614 – *Azpeleta*.



Hiergegen hatten die IAAF sowie die WADA vor dem CAS geklagt. Dort bestritt die Athletin die Zuständigkeit des internationalen Sportschiedsgerichts und behauptete einen Verstoß des CAS gegen die Garantien aus Art. 6 EMRK.<sup>594</sup> Sie trug weiter vor, das Verhalten der IAAF stelle einen Verstoß gegen das Kartellrecht dar, soweit vom Verband die Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung zum CAS zur Bedingung für die Teilnahme an Sportwettkämpfen erklärt worden sei.<sup>595</sup> Die Betroffenheit des verfassungsrechtlich geschützten Justizgewährungsanspruchs begründe einen Missbrauch im Sinne des europäischen Kartellrechts.<sup>596</sup> Die Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung sei nicht freiwillig erfolgt, obwohl dies nach der Rechtsprechung des EGMR erforderlich gewesen sei.<sup>597</sup> Das zuständige Panel schloss sich diesen Ausführungen aus verschiedenen Gründen nicht an:<sup>598</sup>

Gegen die von der Leichtathletin vorgetragene Rechtsauffassung spreche bereits der Umstand, dass es sich bei der IAAF um kein Unternehmen handle. Denn der Verband werde nicht unternehmerisch tätig, wenn er zwecks Erleichterung der Dopingbekämpfung Bestimmungen über die Streitbeilegung treffe:<sup>599</sup> 297

„In turn, the Panel finds that the First Appellant (and sports federations more generally) do not engage in an economic activity, and thus do not constitute undertakings for the purposes of EU competition law, when determining a dispute resolution forum, with a view to facilitating the independent, impartial, specialized, and expeditious resolution of sports disputes, especially in connection with the global fight against doping in sport.“

Auffällig ist, dass sich der CAS nicht mit dem Meinungsstand zu dieser Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Unionsgerichte sowie im wissenschaftlichen Schrifttum auseinandersetzte. Dort hatte sich seinerzeit noch keine klar vorherrschende Meinung herausgebildet. Aber aus der ISU-Entscheidung der EU-Kommission<sup>600</sup> ließ sich – allerdings erst zwei Jahre später – ableiten, dass grundsätzlich nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass ein Sportverband bei der Implementierung von Streitbeilegungsregelungen in Verträge oder in die eigene Satzung unternehmerisch tätig wird.<sup>601</sup> Indes hatte bereits im Jahr 2007 die EU-Kommission in ihrem Commission Staff Working Dokument darauf hingewiesen, dass in Sportarten, in welchen die Teilnehmer ihren Lebensunterhalt 298

594 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 146 – Azpeleta.

595 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 148 ff. – Azpeleta.

596 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 154 – Azpeleta.

597 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 157 – Azpeleta.

598 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 162 ff. – Azpeleta.

599 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 175 – Azpeleta.

600 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final, Rn. 152 f. – ISU's Eligibility Rules unter Bezugnahme auf EuG Slg. 2005, II-209, Rn. 69 ff. = SpuRt 2005, 102 – Piau.

601 So zuletzt *Opfermann* 276; ähnl. schon *Heermann* CaS 2015, 384 (386 f.); enger hingegen *Mestmäcker/Schweitzer* § 9 Rn. 39.

mit der Sportausübung bestreiten können, diese Annahme sogar naheliegend sei.<sup>602</sup>

- 299 Sodann prüfte der CAS noch hilfsweise den von der Athletin behaupteten kartellrechtlichen Missbrauch, ohne dabei jedoch auf eine etwaige Beeinträchtigung des Wettbewerbs näher einzugehen. Nach Ansicht des Panels könne der Vorwurf des Missbrauchs nicht erfolgreich auf die fehlende Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit des CAS oder die Organisation des CAS gestützt werden.<sup>603</sup> Auf diese Rechtsproblematik wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.<sup>604</sup>
- 300 Besondere Aufmerksamkeit verdient die Argumentationstechnik zu einem letzten Punkt. Das Panel nahm zunächst auf die *Eco-Swiss*-Entscheidung des EuGH Bezug,<sup>605</sup> wonach die Gerichte der Mitgliedstaaten der EU, zu denen die Schweiz bekanntermaßen nicht gehört, das Kartellrecht im Rahmen einer *ordre public*-Kontrolle von Amts wegen zu beachten haben. Zudem führte das Schiedsgericht aus, dass der CAS das europäische Kartellrecht stets zu berücksichtigen habe und sich hieran auch das schweizerische Rechtssystem zunehmend orientiere. Zudem sei der Schweiz eine *ordre public*-Kontrolle im Beschwerdeverfahren bekannt.<sup>606</sup> Die unmittelbar nachfolgende Passage sei im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch *Verfasser*):<sup>607</sup>

„190. Finally, the Swiss Federal Tribunal has, on numerous occasions, held that the CAS presents ‚sufficient guarantees of independence and impartiality‘. In addition, the Swiss Federal Tribunal has, in a judgment concerning an action for annulment based, inter alia, on a supposed lack of independency and impartiality of the CAS from international sports associations in general and the IOC in particular, stated that it considers the CAS as constituting a real arbitration tribunal and that it is sufficiently independent from sports associations, including, the IOC, that even in cases where these are parties to the dispute, its awards have to be considered as judgments having the same value as judgments from an ordinary state court. **Given that in the same judgment, the Swiss Federal Tribunal applied Article 190 para. 2 PILA [Anmerkung: IPRG = (schweizerisches) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht], the Panel concludes that the Swiss Federal Tribunal does implicitly consider that neither the composition of the CAS nor the procedural rules followed by the CAS are the result of an abuse of a dominant position by the international sports associations.**

191. In the light of the foregoing, the Panel considers that the arguments brought forward by the First Respondent with regards to the supposed abuse of a dominant

602 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.b): „In this respect, the question will become relevant to what extent the sport in which the members (usually clubs/teams or athletes) are active can be considered an economic activity and to what extent the members exercise economic activity.“

603 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 177 ff. – Azpeleta.

604 → XIII. Rn. 914–944.

605 EuGH Slg. 1999 I-3055, Rn. 37 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss.

606 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 189 – Azpeleta.

607 CAS 19.11.2015 – 2014/A/3561 & 3614, Rn. 190 f. – Azpeleta.

position concerning the composition of the CAS and the arbitral procedure before the CAS lack any merit and have, thus, to be rejected.”

Die Argumentationsschritte sind also folgendermaßen aufgebaut: Das 301  
SchweizBG habe in der Rechtssache *Pechstein*<sup>608</sup> im Berufungsverfahren, welches in Deutschland einem Aufhebungsverfahren entspricht, im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle implizit die Kartellrechtskonformität faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen zum CAS festgestellt, indem es insoweit eine kartellrechtliche Überprüfung unterlassen habe. Hier scheint der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen zu sein. Zum einen sind Urteile des EuGH für das SchweizBG nicht verbindlich. Zum anderen gehört das Kartellrecht in der Schweiz nicht zum *ordre public*.<sup>609</sup> Ein insoweit rechtskundiger Betrachter hätte also – im Gegensatz zum CAS im Verfahren *Azpeleta* – in den fehlenden Erwägungen des SchweizBG im Berufungsverfahren zu einer etwaigen Kartellrechtswidrigkeit der Schiedsvereinbarung geradezu eine Selbstverständlichkeit gesehen und wäre nicht auf die Idee gekommen, hieraus ebenso weitreichende wie rechtlich unhaltbare Rückschlüsse zu ziehen.<sup>610</sup>

#### viii. *Galatasaray/UEFA*

Die bisherige Analyse zum Umgang des CAS mit den Regelungen des europä- 302  
ischen Kartellrechts ist – zurückhaltend formuliert – ernüchternd gewesen. Es muss jedoch hervorgehoben werden, dass der Schiedsspruch in dem Verfahren *Galatasaray/UEFA* aus dem Jahr 2016<sup>611</sup> belegt, dass sich in diesem Fall ein Panel am CAS durchaus bemühte, Art. 101, 102 AEUV unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Judikatur auf einen konkreten Fall anzuwenden. In dem Rechtsstreit ging es insbesondere um die – im Ergebnis letztlich bejahte – Vereinbarkeit der sog. *Break even-Rule* des UEFA-Reglements zur Klubfinanzierung und zum finanziellen Fairplay<sup>612</sup> mit dem europäischen Kartellrecht sowie mit den europäischen Grundfreiheiten. Eingangs stellte das Panel klar, dass die genannten Regelungen in Verfahren vor dem CAS als zwingende Bestimmungen gem. Art. 19 IPRG Anwendung finden.<sup>613</sup> Die ausführliche Prüfung am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>614</sup> überzeugt allenfalls im Ergebnis, wenngleich die zahlreichen Gegner der genannten UEFA-Regelungen dies letztlich anders beurteilen werden. Zutreffend wurde die UEFA als Unternehmensvereinigung einge-

608 SchweizBG CaS 2010, 185.

609 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/Pfisterer Art. 190 Rn. 86; → IV. Rn. 301, 313, 318 f.

610 *Opfermann* 275 f.

611 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492 – *Galatasaray/UEFA*.

612 Hierzu → XIII. Rn. 171–202 m.w.N.

613 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, 1. Leitsatz und Rn. 41–45 – *Galatasaray/UEFA*.

614 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 55–80 – *Galatasaray/UEFA*.

stuft.<sup>615</sup> Das Vorliegen einer von der *Break even-Rule* ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung lehnte das Panel ab, wobei die insoweit vom türkischen Fußballclub vorgelegten Beweise als unzureichend eingestuft wurden.<sup>616</sup> Das überrascht, weil potentiell wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zumindest nachvollziehbar vorgetragen worden waren und auch im Schrifttum angenommen werden.<sup>617</sup> Man hätte damals durchaus erwarten können, dass der CAS als letztinstanzliches Gericht sich bei dieser sehr umstrittenen Rechtsfrage nicht so schnell unter Berufung auf die Beweislast aus der Affäre zieht, zumal Art. 57 i.V.m. 44 CAS-Code Möglichkeiten zu einer intensiveren Nachforschung eröffnet hätten.<sup>618</sup> Der gegen den Fußballclub gerichtete Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens, weil er nicht schon in einem früheren, von der UEFA eingeleiteten und mit einem Vergleich beendeten Verfahren die Kartellrechtswidrigkeit geltend gemacht hatte,<sup>619</sup> liegt neben der Sache, weil das Vorliegen eines Kartellrechtsverstößes nicht von einem solchen Verhalten einer Partei abhängig gemacht werden kann. Der Umstand, dass das Panel sodann noch ergänzend („In addition ...“) die Voraussetzungen des *Meca-Medina-Tests*<sup>620</sup> prüfte,<sup>621</sup> belegt eindrucksvoll, dass den Schiedsrichtern die Funktion dieses Tests als Reduktion des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung oder – nach anderer Ansicht – als tatbestandsimmanenter Rechtfertigungsgrund<sup>622</sup> unbekannt war. Die Unzulänglichkeiten der rechtlichen Prüfung von Art. 101 AEUV strahlten sodann auf die deutlich knappere Auseinandersetzung mit einem etwaigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV aus.<sup>623</sup> Auch die Prüfung der behaupteten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit<sup>624</sup> geriet sehr oberflächlich.

#### ix. *World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency*

- 303 Dieses Schiedsverfahren der klagenden Welt Anti-Doping Agentur (WADA) gegen die beklagte Russische Anti-Doping Agentur (RUSADA) aus dem Jahr

615 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 60 – Galatasaray/UEFA.

616 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 64, 67, 72, 74 f. – Galatasaray/UEFA.

617 *Heermann* CaS 2013, 263 (264 f.); *Stopper* SpuRt 2013, 2 (6 f.); s. auch *Weatherill*, Principles, 2017, 273 Fn. 109 m.w.N. zum Meinungsstand im englischsprachigen Schrifttum.

618 Zu etwaigen vom FFP ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und den mit einem entsprechenden Nachweis verbundenen Problemen → XIII. Rn. 181–185.

619 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 71 – Galatasaray/UEFA.

620 → VI. Rn. 164–385.

621 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 77–79 – Galatasaray/UEFA; unzutreffend geht der CAS insoweit vom *Wouters-Urteil* des EuGH (EuGH Slg. 2002, I-1577, Rn. 97 = NJW 2002, 877 – *Wouters*, zum Wortlaut → VI. Rn. 140) aus, das aber gar nicht Sportverbände betrifft. Vielmehr wurde der *Wouters-Test* erst später vom Gerichtshof in EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 42 = SpuRt 2006, 195 – *Meca-Medina* und *Majcen* (zum Wortlaut → VI. Rn. 46) auf den Sportsektor übertragen.

622 → VI. Rn. 167–170 m.w.N.

623 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 81–84 – Galatasaray/UEFA.

624 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 85–87 – Galatasaray/UEFA.

2020<sup>625</sup> betraf weitreichende, hier nicht im Detail zu vertiefende Sanktionen, die die WADA gegen die RUSADA, russische Athleten sowie deren Trainer und Betreuer, russische Regierungsvertreter, offizielle Vertreter des russischen Nationalen Olympischen Komitees sowie das Land Russland verhängt hatte. Das schweizerische und europäische Kartellrecht spielte in dem 186-seitigen Schiedsspruch nur am Rande eine Rolle. Aber selbst dann hätten die Schiedsparteien erwarten dürfen, dass sich das Panel in dem Schiedsspruch zunächst mit dem gesamten kartellrechtlichen Vorbringen der Parteien auseinandersetzt (was nicht geschah) und dabei das Kartellrecht unter Berücksichtigung auch aktueller Entwicklungen sachgerecht anwendet (was nur teilweise gelang).

Die WADA hatte in dem Verfahren, gestützt auf ein externes Rechtsgutachten, 304 u.a. vorgetragen, dass sie selbst keine unternehmerische Tätigkeit ausübe, damit kein Unternehmen oder keine Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne sei und deshalb in dem Verfahren Kartellrecht nicht angewendet werden könne.<sup>626</sup> Bei abweichender rechtlicher Beurteilung dieser Fragen liege indes weder eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV noch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV vor. Zudem wiesen die Sanktionen legitime Zielsetzungen auf und seien insoweit verhältnismäßig.<sup>627</sup>

Der Russische Eishockey-Verband sowie eine Gruppe russischer Athleten hatten, 305 gleichfalls gestützt auf ein externes Rechtsgutachten, die WADA als ein Unternehmen im Sinne des europäischen und schweizerischen Kartellrechts eingestuft und diese Rechtsauffassung durch weitere Argumente untermauert. Insbesondere würden die WADA, das IOC, das Internationale Paralympische Komitee und die internationalen Sportverbände einzeln oder zusammen bei der Umsetzung der von der WADA verhängten Sanktionen eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV missbräuchlich ausnutzen. Zudem seien diese Sanktionen im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele nicht erforderlich und unverhältnismäßig.<sup>628</sup>

Das Panel schloss sich zunächst der Auffassung des von der WADA eingeschalteten Rechtsgutachters an und stellte fest, dass das Kartellrecht auf die WADA nicht anwendbar sei.<sup>629</sup> Sodann prüfte es, ob es sich bei der WADA um eine Unternehmensvereinigung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV handelt und verneinte dies mit folgender Begründung:<sup>630</sup>

625 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

626 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 230 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

627 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 231 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

628 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 460, 482 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

629 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 814 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

630 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 816 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

„[...] the Panel doubts that WADA falls under the qualification of an ‚association of undertakings‘, insofar as it does not consist of national associations which themselves are undertakings in the meaning of Article 101 TFEU [Anmerkung: AEUV]. The WADC [Anmerkung: WADA-Code] and the ISCCS [Anmerkung: International Standard for Code Compliance by Signatories], therefore, adopted by WADA, as well as the Signatory Consequences based on them, do not appear intended to regulate the manner in which Signatories conduct their economic activities or constitute a ‚decision by associations of undertakings‘ within the meaning of Article 101 TFEU.“

- 307 Nachfolgend lehnte das Panel hilfsweise die Voraussetzungen einer von der WADA bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ab, weil es insoweit an einer detaillierten ökonomischen Analyse oder an einem entsprechenden empirischen Nachweis seitens der Schiedsbeklagten gemangelt habe.<sup>631</sup> Geradezu apodiktisch verneinte das Panel schließlich noch das Vorliegen der Voraussetzungen des *Meca-Medina*-Tests,<sup>632</sup> ohne hierfür eine nähere Begründung zu präsentieren.<sup>633</sup>
- 308 Der CAS mag zwar zu einem vertretbaren Ergebnis gelangt sein, indem die streitgegenständlichen Maßnahmen der WADA letztlich als kartellrechtskonform eingestuft wurden. Allerdings fordert die Argumentation des Panels Widerspruch geradezu heraus:
- 309 Die befassten Richter am CAS gingen seinerzeit anscheinend davon aus, mit ihrer Feststellung, dass es sich bei der WADA nicht um eine Unternehmensvereinigung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV handele, komme ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV nicht mehr in Betracht. Warum sonst hätten sie auf den Vortrag der RUSADA und einer Gruppe von Athleten zu Art. 102 AEUV mit keiner Silbe mehr eingehen sollen? In dieser Vorschrift ist indes von einer Beeinträchtigung „durch ein oder mehrere Unternehmen“ die Rede. Es hätte also zunächst einer genaueren Prüfung bedurft, ob die WADA als Stiftung nach schweizerischem Recht unternehmerisch tätig geworden war,<sup>634</sup> was angesichts des auch im europäischen Kartellrecht allgemein anerkannten funktionalen Unternehmensbegriffs<sup>635</sup> nicht von vornherein ausgeschlossen werden konnte. Allein die seitens des Panels vorgebrachte Tatsache, dass die WADA aufgrund der Rechtsform keine unternehmerisch tätigen internationalen Sportverbände als Mitglieder hat und auf diese nicht in ökonomischer Hinsicht einwirken wolle, steht nicht *per se* einer Einstufung der WADA als Unternehmen entgegen. Im konkreten Fall hätte es durchaus nahe gelegen, die Voraussetzungen einer sog. kollektiven Marktbeherrschung<sup>636</sup> zu

631 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 818 f. – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

632 Hierzu → VI. Rn. 164–385.

633 CAS 17.12.2020 – 2020/O/668, Rn. 818, 820 – World Anti-Doping Agency/Russian Anti-Doping Agency.

634 Hierzu allg. → VI. Rn. 119–138 m.w.N.

635 Hierzu → VI. Rn. 114–118 m.w.N.

636 → VII. Rn. 16–37 m.w.N.

prüfen. Dies galt umso mehr, als das BKartA<sup>637</sup> bereits zu Beginn des Jahres 2019 die sog. Olympische Bewegung, die keine spezielle Rechtsform aufweist, als kollektiv marktbeherrschend gem. Art. 102 AEUV eingestuft hatte. Man möge an dieser Stelle nicht einwenden, Schiedsrichtern am CAS sei schon aus sprachlichen Gründen nicht zumutbar, Entscheidungen des BKartA zur Kenntnis zu nehmen, zumal Deutschland in keiner Weise an dem Schiedsverfahren beteiligt gewesen sei. Denn erstens war der für die Anwendung europäischen Kartellrechts auf den Sportsektor geradezu bahnbrechende Verpflichtungszusagenbeschluss des BKartA, über den in der Tages- und Fachpresse weltweit berichtet worden war und der deshalb weit über Deutschland und die Mitgliedstaaten der EU hinaus in Fachkreisen auf reges Interesse gestoßen war, vom BKartA zeitnah auch in englischer Sprache veröffentlicht worden.<sup>638</sup> Deshalb kann zweitens kaum angenommen werden, dass dieser Beschluss den erfahrenen Schiedsrichtern am CAS unbekannt geblieben wäre, selbst wenn hierauf in den von den Parteien vorgelegten Rechtsgutachten nicht eingegangen worden sein sollte (was hier naturgemäß nicht beurteilt werden kann, indes wenig schmeichelhaft zumindest für den von der RUSADA und der Gruppe von Athleten eingeschalteten Rechtsgutachter wäre).

Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung kurz und knapp unter Hinweis auf fehlende empirische Nachweise zurückzuweisen, scheint sich am CAS zunehmender Beliebtheit zu erfreuen.<sup>639</sup> Gerade auch bei dieser wichtigen Rechtsfrage hätte man eine intensivere Auseinandersetzung hiermit erwarten können. Die über eine bloße Erwähnung des *Meca-Medina*-Tests kaum hinausgehende apodiktische Auseinandersetzung mit diesem durch das Panel rundet das aus kartellrechtlicher Sicht enttäuschende Gesamtbild ab.

### (3) Keine Vorlageberechtigung des CAS an den EuGH

Wenn es um die Anwendung und Auslegung der Vorschriften des AEUV geht, liegt der Gedanke nicht fern, den EuGH gem. Art. 267 AEUV über die Auslegung der Verträge im Wege der Vorabentscheidung entscheiden zu lassen. Unabhängig davon, ob diese Vorschrift im Nichtmitgliedstaat Schweiz überhaupt Anwendung finden kann, entspricht es jedoch ständiger Rechtsprechung, dass für echte Schiedsgerichte und damit auch für den CAS<sup>640</sup> keine Vorlagebefugnis zum

637 BKartA 25.2.2019 – B2-26/17, Rn. 41 ff. = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; zur rechtlichen Würdigung dieses Ansatzes → VII. Rn. 30–37.

638 Abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Misbrauchsaufsicht/2019/B2-26-17.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Misbrauchsaufsicht/2019/B2-26-17.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt besucht am 7.2.2022).

639 S. zuvor bereits CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492, Rn. 64, 67, 72, 74 f. – Galatasaray/UEFA, → IV. Rn. 302; CAS 9.3.2017 – 2016/A/4490, Rn. 137, 142 – RFC Seraing/FIFA, → IV. Rn. 280–283.

640 Insoweit krit. PHB SportR/Summerer Kap. 7 Rn. 282.

EuGH besteht.<sup>641</sup> Für Schiedsgerichte mit Sitz in den Mitgliedstaaten – also nicht für den CAS – könnte analog Art. 15 VO 1/2003 in Betracht kommen, die EU-Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde als *amicus curiae* um Stellungnahmen zu Fragen zu bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen.<sup>642</sup>

- 312 In jedem Fall verbleibt den Schiedsparteien bei Verfahren vor dem CAS mit Bezug zum europäischen oder auch nationalen Kartellrecht aber noch eine andere Möglichkeit: Zunächst muss in derartigen Konstellationen regelmäßig die gegen einen internationalen Sportverband klagende Schiedspartei die Relevanz kartellrechtlicher Regelungen für ihr Verfahren erkannt haben, was erfahrungsgemäß insbesondere auch von den rechtlichen Spezialkenntnissen des Prozessvertreters abhängt (1. Hürde). Sodann muss zu diesen Rechtsfragen substantiierter Vortrag erfolgen, was eventuell die Einholung eines – regelmäßig nicht billigen – ökonomischen Gutachtens erfordern kann (2. Hürde und 3. Hürde). Darüber hinaus können Schiedsparteien zu den sodann umstrittenen zentralen kartellrechtlichen Fragen auch noch privat von Experten anzufertigende Rechtsgutachten in Auftrag geben und dadurch ihren Rechtsvortrag untermauern (4. Hürde). Das alles kostet indes Zeit und natürlich auch Geld. Von dieser Möglichkeit wird jedoch in Verfahren vor dem CAS durchaus Gebrauch gemacht. Damit ist der Hürdenlauf aber noch nicht beendet. Denn nunmehr sollte das Panel, auf dessen Zusammensetzung die Parteien nur begrenzten Einfluss haben,<sup>643</sup> auch selbst noch über den erforderlichen kartellrechtlichen Sachverstand verfügen (5. Hürde), damit gewährleistet ist, dass – wie mitunter in der Vergangenheit – die kartellrechtliche Problematik nicht mit zweifelhaften, teils unvertretbaren Begründungen vom Tisch gewischt wird. Dabei sollte man sich vergegenwärtigen, dass für Schiedsgerichte gerade am Schiedsort Schweiz nur geringe – wenn überhaupt – Anreize bestehen, einen eigenen Beitrag zur Harmonisierung des Unionsrechts zu leisten.<sup>644</sup>

641 EuGH Slg. 1982, 1095, Rn. 8 ff. = NJW 1982, 1207 (1208) – Nordsee; EuGH Slg. 1999, I-3055, Rn. 34 = EuZW 1999, 565 – Eco Swiss; EuGH Slg. 2005, I-923, Rn. 13 = EuZW 2005, 319 – Denuit und Cordenier; ebenso *Hail* 253 f. Krit. hierzu EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897. Zuletzt hat *Rösch* 151 ff. eine Vorlagebefugnis für Investitionsschiedsgerichte angenommen, weil es sich insoweit nicht um Schiedsgerichte handele, die auf privatrechtlichen Verträgen beruhen. Für Deutschland wird eine Vorlagebefugnis zum BGH diskutiert, welcher sodann Fragen zur Auslegung des Unionsrechts wiederum gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegen könnte; vgl. *Wernicke* NJW 2017, 3038 (3042).

642 *Dreher/Kulka* Rn. 1835; vgl. auch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Zuber Art. 15 VO 1/2003 Rn. 5 bei Fn. 13.

643 → IV. Rn. 188–195.

644 *Tyrolt* 13 nimmt aber immerhin eine mittelbare Bindung an die Vorgaben zwingenden EU-Rechts an.



## (4) Würdigung

Wie bereits dargelegt, gibt es zahlreiche nachvollziehbare Gründe, gerade in der Schweiz mit dem CAS ein faktisch konkurrenzloses, sportartübergreifendes Welt- 313 sportschiedsgericht zu unterhalten und vorrangig dort Rechtsstreitigkeiten unter Beteiligung internationaler Sportverbände auszutragen.<sup>645</sup> Dies ist insbesondere aus der Perspektive des Kartellrechts, dessen Bedeutung in sportrechtlichen Auseinandersetzungen in den letzten Jahren permanent zugenommen hat, brisant.<sup>646</sup> Aus den beiden unmittelbar vorangehenden Abschnitten hat sich ergeben, dass

- der CAS nationales, aber insbesondere auch europäisches Kartellrecht anzuwenden hat,
- die Behandlung kartellrechtlicher Fragen durch den CAS wiederholt nicht zu überzeugen vermochte,
- eine Vorlagebefugnis des CAS zum EuGH nicht besteht und
- eine effektive Kontrolle kartellrechtlicher Ausführungen in Berufungsverfahren vor dem SchweizBG nicht erfolgt,<sup>647</sup> weil das Kartellrecht nicht zum schweizerischen *ordre public* zählt.<sup>648</sup>

Auf eine Nachkontrolle der CAS-Schiedssprüche im Vollstreckungsverfahren vor 314 staatlichen Gerichten in Ländern außerhalb der Schweiz, wo der anwendbare nationale *ordre public* das Kartellrecht umfasst (wie z.B. in Deutschland), sollte man im Zweifel nicht setzen. Denn Schiedssprüche des CAS werden bevorzugt<sup>649</sup> innerhalb der Verbandspyramide umgesetzt,<sup>650</sup> so dass staatliche Gerichte zum Zwecke der Vollstreckung regelmäßig nicht angerufen werden.<sup>651</sup> Wenn man nun auch noch berücksichtigt, dass Athleten und Vereine, die sich den Statuten eines (inter)nationalen Sportverbandes unterworfen haben, sich regelmäßig aufgrund faktischen Zwangs auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit und damit auch auf den CAS einlassen,<sup>652</sup> kann man im Hinblick auf Schiedsverfahren vor dem CAS – zumindest in erheblichem Umfang – von einer „faktischen Bereichsausnahme des (EU-)Kartellrechts für den Sport“ sprechen.<sup>653</sup> Dies widerspricht freilich der Intention, die der EuGH mit der grundlegenden Entscheidung *Meca-Medina und Majcen* verfolgt und die darauf gerichtet ist, keine derartigen Ausnahmereiche

645 → insb. IV. Rn. 83–89, 148 f. m.w.N.

646 S. hierzu M.-E. Orth ZWeR 2018, 382 ff.

647 Hierzu auch → IV. Rn. 316–325.

648 → IV. Rn. 301, 318 f. Allg. in kartellrechtlichen Schiedsverfahren innerhalb der EU eine unzureichende staatliche Nachkontrolle in Aufhebungsverfahren beklagend *Kasolowsky/Steup* IPrax 2011, 96 ff.

649 S. exemplarisch BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven.

650 S. stellvertr. *Weatherill*, Principles, 2017, 19 f.

651 → IV. Rn. 326–334.

652 → IV. Rn. 220–236.

653 So *Opfermann* 13.

im Sportsektor zuzulassen.<sup>654</sup> Allerdings gibt es in jüngerer Zeit Anzeichen dafür, dass am CAS in einzelnen Verfahren mit Bezügen zum europäischen Kartellrecht trotz der insoweit begrenzten Kontrollen durch staatliche Gerichte durchaus Prüfungen am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV stattfinden.<sup>655</sup> Die Schiedsrichtern am CAS üblicherweise zugesprochene überlegene Sach- und Fachkunde in sportrechtlichen Fragen hat man in bisherigen sportkartellrechtlichen Verfahren bis in die jüngste Vergangenheit indes wiederholt vergeblich gesucht. Vielmehr haben verschiedene Panels kartellrechtliche Vorwürfe gegenüber internationalen Sportverbänden oder zuletzt der WADA mit fast durchweg zweifelhaften, in Einzelfällen gar unhaltbaren, abenteuerlichen Begründungen zurückgewiesen. Ob bei sachgerechter kartellrechtlicher Prüfung der Ausgang der betreffenden Schiedsverfahren vor dem CAS jeweils oder im Einzelfall ein anderer gewesen wäre, lässt sich nachträglich in Unkenntnis der Verfahrensdetails natürlich nicht mehr zuverlässig ermitteln, so dass dieser Aspekt bei der kartellrechtlichen Analyse der betreffenden Verfahren<sup>656</sup> bewusst ausgeblendet worden ist.

- 315 Weniger Zurückhaltung bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts auf Sachverhalte im Sportsektor haben zuletzt allerdings die europäische Kartellbehörde,<sup>657</sup> aber auch das BKartA<sup>658</sup> gezeigt.<sup>659</sup> In den betreffenden Kartellverfahren mussten die internationalen Sportverbände – anders als in den bislang vor dem CAS verhandelten Fällen – durchaus Federn lassen. Diese Entwicklung hat sich vermutlich aus fachlichem Interesse bis zum CAS herumgesprochen, ist aber mit Sicherheit der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) bekannt. Denn am 17.5.2013 wurde das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts abgeschlossen.<sup>660</sup>

*ii) Anerkennung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport insbesondere durch das Schweizerische Bundesgericht*

- 316 Im Jahr 2016 gab *Mankowski*<sup>661</sup> eine ebenso nüchterne wie klare Einschätzung zur internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit ab:

654 EuGH Slg. 2006, I-6991, Rn. 37–39 = SpuRt 2006, 195 – Meca-Medina und Majcen; → VI. Rn. 75–89.

655 CAS 3.10.2016 – 2016/A/4492 – Galatasaray/UEFA.

656 → IV. Rn. 284–310 m.w.N.

657 Vgl. EU-Komm. 8.12.2017 – C(2017) 8240 final – ISU's Eligibility Rules; → VI. Rn. 61–74, XI. Rn. 6–8 und XIII. Rn. 73–100.

658 Vgl. BKartA 25.2.2019 – B2-26/17 = BeckRS 2019, 4347 – Rule 40 Bye-Law 3 OC; → XI. Rn. 28–31 und XIII. Rn. 655–708.

659 Allg. hierzu → XI. Rn. 1 ff.

660 Abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20130606/index.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

661 *Mankowski* 475.

„Die internationalen Sportverbände gerieren sich als ‚Mini-Staaten‘<sup>662</sup> und eigene Quasi-Welten. Effektive Kontrolle über sie üben ihre Sitzstaaten kaum aus, sondern gerieren sich als eine Art juristisches Paradies.“

Da die meisten internationalen Sportverbände wie auch der CAS ihren Sitz in der Schweiz haben,<sup>663</sup> zielt diese Kritik offensichtlich auf die schweizerische Legislative und Judikative. Die günstigen rechtlichen Rahmenbedingungen sind bereits beleuchtet worden,<sup>664</sup> nunmehr soll der Blick auf das SchweizBG gerichtet werden.<sup>665</sup> Dieses Gericht bewertet Schiedsvereinbarungen nach schweizerischem Recht deutlich großzügiger, als dies etwa bei Anwendung deutschen Rechts möglich wäre,<sup>666</sup> was *Baddely*<sup>667</sup> jüngst zur folgenden, insbesondere für die Praxis bedeutsamen Feststellung veranlasst hat:

„Even a party who contests the competence of CAS from the start of arbitral proceedings has therefore little chance of success in invoking the absence of consent to arbitration.“

Wenn eine beim CAS unterlegene Partei sodann gem. Art. 190 IPRG die Anfechtung des Schiedsspruchs vor dem SchweizBG beantragt, ist dessen materiellrechtliche Überprüfung nur noch am Maßstab des *ordre public* möglich.<sup>668</sup> Dieser wird ausdrücklich in Art. 190 Abs. 2 lit. e) IPRG angesprochen. Indes kann sich der *ordre public* in der Schweiz durchaus vom *ordre public* in anderen Ländern (etwa dem deutschen *ordre public* gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO) unterscheiden. So hat der EuGH in seinem *Eco Swiss*-Urteil<sup>669</sup> festgestellt, dass ein staatliches Gericht, soweit es nach seinen nationalen Verfahrensregeln einem Antrag auf Aufhebung eines Schiedsspruchs wegen Verletzung nationaler Bestimmungen, die zur öffentlichen Ordnung gehören, stattgeben müsse, verpflichtet sei, einem solchen Antrag auch dann stattzugeben, wenn er auf die Verletzung des Verbots aus Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) gestützt sei.

Was somit für Mitgliedstaaten der EU gilt,<sup>670</sup> muss aber nicht zwangsläufig auch in der Schweiz gelten.<sup>671</sup> Dementsprechend wird nach der Rechtsprechung des SchweizBG das europäische und nationale Kartellrecht nicht vom nationalen

662 *Rigozzi* ZSR 132 (2013), 301.

663 → IV. Rn. 83–89.

664 → IV. Rn. 83–89 m.w.N.

665 Zur Rolle des SchweizBG bei der rechtlichen Überprüfung von CAS-Entscheidungen sowie zu deren Anerkennung und Durchsetzung s. auch *Weatherill*, *Principles*, 2017, 16–25 m.w.N.

666 → IV. Rn. 204–214 m.w.N.

667 *Baddely* ISLJ 2020, 3 (13 f.).

668 *Weatherill*, *Principles*, 2017, 20 f.

669 EuGH Slg. 1999, I-3055, Rn. 37 = EuZW 1999, 565 – *Eco Swiss*.

670 BGH NJW 1969, 978 (979 f.); MüKo-ZPO/Adolphsen § 1061 ZPO Anh. 1 Art. V UNÜ Rn. 80; Stein/Jonas/Schlosser Anh. zu § 1061 ZPO Rn. 349.

671 Zum *ordre public* in der Schweiz in Beschwerdeverfahren *Opfermann* 37 f.

schweizerischen *ordre public* umfasst.<sup>672</sup> Dies führt im Ergebnis dazu, dass bei einer Wahl des Schiedsorts in der Schweiz die den Verbandsregelungen unterworfenen Parteien sich nicht darauf verlassen können, dass die Art und Weise der (Nicht-)Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften durch das Schiedsgericht von einem staatlichen Gericht geprüft wird.<sup>673</sup> Denn im Aufhebungsverfahren wird das SchweizBG den schweizerischen *ordre public* anwenden, der das Kartellrecht nicht umfasst.<sup>674</sup> Vollstreckungsverfahren vor staatlichen Gerichten in anderen Ländern kommen als Kontrollinstanz regelmäßig nicht in Betracht, weil internationale wie nationale Sportverbände Schiedssprüche weitestmöglich verbandsintern umsetzen.<sup>675</sup> Aus der weitgehenden Ausschaltung staatlicher Vollstreckungsmechanismen durch internationale Sportverbände hat das SchweizBG bislang keine rechtlichen Konsequenzen gezogen. So erkannte es zwar vollstreckungsähnliche Wirkungen im verbandsinternen Sanktionssystem der FIFA, lehnte im konkreten Fall aber dennoch einen Verstoß gegen Art. 190 Abs. 2 lit. e) IPRG ab.<sup>676</sup>

- 320 Die recht unkritische Haltung des SchweizBG in Aufhebungsverfahren, die sich auf Schiedssprüche des CAS beziehen,<sup>677</sup> ist vielfach kritisiert worden: So spricht etwa *Weatherill* von „... a strongly held deference to the *lex sportiva* as shaped by the CAS“<sup>678</sup> sowie von „aggressive protection by national courts of rulings of the CAS as arbitral awards“.<sup>679</sup> Nach *Widdascheck*<sup>680</sup> zeige die Rechtsprechung des SchweizBG „den Willen, eine verbandsfreundliche Atmosphäre zu schaffen und eine funktionierende Schiedspraxis im Sport um jeden Preis aufrechtzuerhalten.“ *Baddely*<sup>681</sup> erkennt „the considerable autonomy afforded the governing bodies of international sports by the Swiss law of associations in combination with Swiss arbitration law“ und beklagt zugleich „the reluctance of Swiss courts of law to intervene in ‚internal‘ affairs of the sports world and in arbitration in general.“ *Opfermann*<sup>682</sup> hat jüngst festgestellt, es sei „offensichtlich, dass das SchweizBG die Attraktivität des CAS nicht schmälern möchte.“

672 St. Rspr. seit SchweizBG BGE 132 III 389 (395 ff.); Basler Kommentar-IPRG/Pfisterer Art. 190 Rn. 86; Wittmann 104; diesen Aspekt vernachlässigend *Weatherill*, Principles, 2017, 30 f.; krit. *Monnier passim*; M.-E. Orth ZWeR 2018, 382 (385).

673 M.-E. Orth ZWeR 2018, 382 (385); so zuletzt auch *Opfermann* 37 f.

674 Diesen Umstand gleichfalls hervorhebend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897.

675 → IV. Rn. 326–334 m.w.N. Ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 272 – ISU's Eligibility Rules; hierzu im Detail → XIII. Rn. 882–897.

676 SchweizBG SpuRt 2007, 63 ff.

677 *Reilly* J. Disp. Resol. 2012, 63 (75) wies im Jahr 2012 darauf hin, dass seinerzeit über die Hälfte der schweizerischen Aufhebungsverfahren in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gegen Urteile des CAS gerichtet waren.

678 *Weatherill*, Principles, 2017, 17.

679 *Weatherill*, Principles, 2017, 23.

680 *Widdascheck* 253.

681 *Baddely* ISLJ 2020, 3 (3).

682 *Opfermann* 132.

Demgegenüber hat der BGH im *Pechstein*-Verfahren<sup>683</sup> sowie in einem Verfahren, 321  
das u.a. die Rechtswirksamkeit von § 9a DFB-RuVO zur verschuldensunabhängigen Haftung von Fußballclubs für das Fehlverhalten ihrer Fans im Stadion (sog. *strict liability*) betraf,<sup>684</sup> zu erkennen gegeben, dass er nicht bereit ist, Entscheidungen der Kollegen am SchweizBG sowie der Schiedsrichter am CAS mit leichter Hand in Zweifel zu ziehen, sondern dass er sie grundsätzlich anerkennen wird.

Einen interessanten Ansatz zur rechtlichen Würdigung der vom SchweizBG für 322  
die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz im Allgemeinen sowie für den CAS im Besonderen betriebenen Standortpolitik hat jüngst *Opfermann*<sup>685</sup> entwickelt. So sei fraglich, ob die großzügige Linie des SchweizBG nicht als eine Beihilfe zu bewerten sei. Von Staatsseite blicke man nicht selten auf den Sport als Wirtschaftsfaktor in der volkswirtschaftlichen Bilanz und setze deshalb auf Unterstützung durch ermöglichende, teilweise abgesenkte Rechtsstrukturen und Rechtsrahmen. Eine „*laissez-faire*“-Rechtsprechung erhöhe die Attraktivität des Standorts für Sportschiedsgerichtsverfahren erheblich. Im Juni 2016 habe die EU-Kommission entschieden, dass Irland 13 Mill. Euro nicht erhobene Steuern vom U.S.-Konzern Apple zurückverlangen solle, um auf diese Weise den Wettbewerb wieder sicherzustellen.<sup>686</sup> In ähnlicher Weise könnte die Schweiz von der EU dazu angehalten werden, die Rechtsprechung an die rechtsstaatlichen Standards der Union anzugleichen, um ausländischen Wettbewerbern des CAS eine realistische Chance auf dem Markt der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im organisierten Sport einzuräumen. Die Schweiz ist aber – wie *Opfermann* natürlich erkennt – weder über ein Assoziierungsabkommen noch im Zuge des Freihandelsabkommens an die Beihilferegeln der EU gebunden. Dies zeigt wiederum eindrucksvoll, wie weit aus Sicht der unternehmerisch tätigen internationalen Sportverbände die Vorteile des schweizerischen Rechtssystems<sup>687</sup> reichen.

683 BGHZ 210, 292, Rn. 24 f. = NJW 2016, 2266 – *Pechstein*. *Summerer* SpuRt 2018, 197 (200) spricht als Prozessvertreter *Pechsteins* insoweit von einer „von Interessenjurisprudenz geleitete[n] Ehrerbietung gegenüber dem Schweizer Bundesgericht“ (welches offiziell *Schweizerisches Bundesgericht* heißt). Sportverbände sehen dies naturgemäß etwas anders, insb. wenn das SchweizBG – wie zumeist in Aufhebungsverfahren bezüglich Schiedssprüchen des CAS – zu ihren Gunsten entscheidet, wie die im Jahr 2011 geäußerte Position des ehemaligen langjährigen Vorsitzenden des Kontrollausschusses des DFB zum Urteil des SchweizBG stellvertr. belegen mag, vgl. *Hilpert* 520: „Der faire Sportsmann verliert schweigend – *Claudia Pechstein* wirft den Schweizer Bundesrichtern ‚glatte Rechtsbeugung‘ vor und benutzt das Wort ‚Skandal‘ für das Urteil.“

684 BGHZ 211, 375, Rn. 24 = NJW 2016, 3715; → X. Rn. 40–42 m.w.N.

685 *Opfermann* 55 f., der dabei einen Gedanken von *Mankowski* 474 aufgreift, welcher jedoch nicht auf Beihilfeverbote Bezug nimmt („Gegenläufige Entwicklungen sehen freilich von Staatsseite auf Sport als Wirtschaftsfaktor in der volkswirtschaftlichen Bilanz und setzen deshalb auf Subvention durch ermöglichende, teilweise abgesenkte Rechtsstrukturen und Rechtsrahmen.“).

686 EU-Komm. 30.8.2016, ABl. 2017 L 187, 1 – Apple.

687 → IV. Rn. 83–89.

- 323 Während der CAS in inzwischen weit mehr als drei Jahrzehnten seines Bestehens grundlegende Reformen erst auf Druck staatlicher oder supranationaler Gerichte eingeleitet und umgesetzt hat, hoffen nicht wenige im wissenschaftlichen Schrifttum, dass das SchweizBG seine bisherige Positionierung gegenüber dem CAS und seiner Spruchpraxis aus Überzeugung ändern wird. Verschiedene mehr oder auch weniger fundierte Vorschläge sind bislang unterbreitet worden:
- 324 So solle das SchweizBG einen kritischeren Blick auf den CAS werfen,<sup>688</sup> zumal es im Wege seiner Rechtsprechung durchaus eine Kehrtwende einleiten könne.<sup>689</sup> Solch pauschale Postulate sind nicht recht greifbar. Dies gilt in etwas geringerem Maße für die Forderungen, der CAS solle dem EuGH ungeklärte Rechtsfragen vorlegen können<sup>690</sup> sowie es solle insoweit insgesamt eine engere Kooperation zwischen der Schweiz und der EU angestrebt werden.<sup>691</sup> Die Vorlageberechtigung des CAS scheitert – wie bereits dargelegt<sup>692</sup> – aus rechtlichen und insbesondere auch tatsächlichen Gründen. Im Hinblick auf eine engere Anbindung der Schweiz etwa an die Regelungen des AEUV mag man zwar Wünsche äußern. Es ist freilich davon auszugehen, dass man in der Schweiz sehr genau abzuwägen vermag, wann eine intensivere rechtliche oder auch ökonomische Kooperation mit der EU *per saldo* zu einer Verbesserung der eigenen Situation oder aber zu einer *Win-win*-Situation führt und wann nicht. Daher dürfte mit einem raschen Eingehen auf die letzte Forderung nicht zu rechnen sein.
- 325 Schon konkreter ist der Vorschlag, bei der staatlichen Überprüfung von CAS-Schiedssprüchen sei zum Schutz der Rechte der Athleten eine Ermessensreduktion auf null aus der EMRK abzuleiten.<sup>693</sup> Das SchweizBG solle sich in Aufhebungsverfahren nicht mit den Mindeststandards des *ordre public* begnügen, sondern eine vollumfängliche Prüfung der Verfahrensgarantien aus Art. 6 Abs. 1 EMRK vornehmen.<sup>694</sup> Das könnte freilich dazu führen, dass die Schweiz als Ort für die Durchführung internationaler Schiedsverfahren erheblich an Attraktivität verlöre. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist ein Wirtschaftsfaktor, weshalb der CAS auch unternehmerisch denken kann und muss. Das gilt natürlich nicht für das SchweizBG, auch wenn es bei der Standortpolitik (gewollt?) kräftig mitmischt. Schon eher darf der Gesetzgeber in der Schweiz wirtschaftliche Auswirkungen berücksichtigen. Welcher vorrangig ökonomisch denkende Zeit- oder Eidgenosse wird aber die Attraktivität eines von ihm angebotenen und offensichtlich begehrten Produkts sehenden Auges verschlechtern, wenn er dazu aus

688 *Baddeley* ISLJ 2020, 3 (15 f.); *M.-E. Orth* SpuRt 2007, 177 ff.

689 *Brunk* 347.

690 *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 257 (260).

691 *Opfermann* 131.

692 → IV. Rn. 311 f.

693 *Lungstras* 255 f. m.w.N.

694 *Lungstras* 258.

rechtlichen Gründen nicht verpflichtet ist? Hier würde ein Vergleich mit der von verschiedenen Autokonzernen jahrelang massenweise in Dieselfahrzeuge zu Manipulationszwecken eingebauten Software hinken. Denn in diesem Fall wurden die Käufer entsprechender Fahrzeuge tatsächlich durch Vorenthaltung relevanter Informationen aktiv getäuscht. Demgegenüber spielen der CAS, das SchweizBG und der schweizerische Gesetzgeber mit offenen Karten und es obliegt den potentiellen Parteien in Sportschiedsverfahren, vor einer Bindung an die CAS-Schiedsgerichtsbarkeit die rechtlichen Zusammenhänge zu erkennen und die erforderlichen Konsequenzen daraus zu ziehen. Das spielt den internationalen Sportverbänden in ihrer Rolle als *repeat player* in die Karten, zumal sie beim CAS, dem das SchweizBG und der nationale Gesetzgeber sehr großzügige rechtliche Grenzen setzen, einen gewissen Heimvorteil genießen. Das gilt nicht in gleichem Maße für die Gegenspieler der internationalen Sportverbände in Verfahren vor dem CAS. Selbst wenn sie einmal im Vorhinein die vorrangig sie treffenden Defizite der vor dem CAS durchgeführten Schiedsverfahren<sup>695</sup> erkennen sollten, haben sie hinsichtlich des Rechtswegs aufgrund der faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen<sup>696</sup> keine Alternative. Der EGMR hat diese Praxis faktisch abgesegnet.<sup>697</sup> An dieser Rechtslage wird sich nichts ändern, solange die regelungsunterworfenen Athleten oder Sportclubs den internationalen Sportverbänden verhandlungstechnisch nicht auf Augenhöhe begegnen.

*jj) Absicherung von Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport durch (inter)nationale Sportverbände*

Internationale wie nationale Sportverbände haben ein großes Interesse daran, 326 möglichst keine oder zumindest nur wenige Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen oder supranationalen Gerichten austragen zu müssen. Die Gründe liegen auf der Hand: Diese Verfahren sind regelmäßig öffentlich, eine große Medienaufmerksamkeit ist garantiert, die Sympathien der Öffentlichkeit fliegen sehr oft dem Prozessgegner des Sportverbandes als Underdog zu und bei dessen Sieg vor Gericht kann das Image des Sportverbandes erheblichen Schaden nehmen. Darum sind Sportverbände zur Minimierung dieser Risiken bemüht, rechtliche Auseinandersetzungen verbandsintern vor der Verbandsgerichtsbarkeit oder Sportschiedsgerichtsbarkeit möglichst abschließend zu klären. Wie bereits dargelegt,<sup>698</sup> können Entscheidungen der verbandsinternen Instanzen jedoch – wenngleich auch nur in begrenztem Umfang – von staatlichen Gerichten überprüft werden. Bei Schiedssprüchen des CAS betrifft dies zunächst die von der unterlegenen Par-

695 → IV. Rn. 150–160.

696 → IV. Rn. 220–236.

697 → IV. Rn. 232 f. und 255–265.

698 → IV. Rn. 144–146.

tei eingeleiteten Aufhebungsverfahren vor dem SchweizBG gem. Art. 190 Abs. 2 IPRG. Die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs ist jedoch gering. Um die Anzahl der Verfahren darzustellen, in denen ein Schiedsspruch des CAS tatsächlich vom SchweizBG aufgehoben worden ist, reichen auch nach mehr als 30 Jahren die Finger beider Hände aus.<sup>699</sup> Darüber hinaus ist die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines CAS-Schiedsspruchs durch ein nationales staatliches Gericht im Vollstreckungsverfahren vermutlich kaum größer. Denn regelmäßig erfolgt eine Selbstvollstreckung von Sportschiedssprüchen durch Sportverbände, ohne dass daneben bei den vom Sportverband regelmäßig verhängten sportbezogenen Sanktionen noch eine Einschaltung staatlicher Zwangsvollstreckung erforderlich wird.<sup>700</sup>

- 327 Sportverbände wenden sich bei Umsetzungsproblemen, die zu ihren Gunsten ergangene Schiedssprüche betreffen, nicht an staatliche Gerichte, sondern setzen stattdessen regelmäßig ihre Verbandsstrafgewalt zur Durchsetzung ein.<sup>701</sup> Auf diese Weise nutzen Sportverbände verbreitet die Hierarchien der eigenen Verbandspyramide und umgehen mit der regelmäßigen Verhängung sportbezogener Sanktionen die völkerrechtlich für ausländische Schiedssprüche vorgesehene *ordre public*-Kontrolle im Vollstreckungsstaat.<sup>702</sup> Dabei machen die internationalen Sportverbände von ihren satzungsmäßigen Weisungsbefugnissen gegenüber den nationalen Mitgliedsverbänden Gebrauch,<sup>703</sup> erforderlichenfalls sollen in einigen Sportverbänden Strafen verhängt oder zumindest angedroht werden.<sup>704</sup> Darüber hinaus haben nationale Sportdachverbände einen weiteren Anreiz, möglichst nicht dadurch beim internationalen Sportverband anzuecken, dass Schiedssprüche des CAS nicht hinreichend beachtet und umgesetzt werden oder dass staatlichen Gerichten Gelegenheit zur Rechtskontrolle der Schiedssprüche gegeben wird. Denn früher oder später wollen nationale Sportverbände nicht zuletzt auch aus finanziellem Eigennutz Kontinental- oder gar Weltmeisterschaften sowie große internationale Turniere veranstalten, wobei das Wohlwollen des internationalen Sportfachverbandes nicht hinderlich sein dürfte.<sup>705</sup> So bedarf es letztlich regelmäßig keiner Vollstreckung der CAS-Schiedssprüche durch staatliche Ge-

699 Die Aufhebungsquote liegt im einstelligen Prozentbereich, vgl. hierzu A. Röhrich/Wuschka SchiedsVZ 2015, 247 (248) m.w.N.

700 Ausf. hierzu *Opfermann* 34–37, 390–409; vgl. auch M.-E. Orth ZWeR 2018, 382 (385 f.).

701 S. stellvertr. den Sachverhalt, der BGHZ 212, 70 = NJW 2017, 402 – SV Wilhelmshaven zugrunde liegt. → X. Rn. 25–28.

702 D.-R. Martens SchiedsVZ 2010, 317 ff.

703 Widdascheck 160. Instruktiv zum damaligen FIFA-Vollstreckungssystem Haas ZVglRWiss 2015, 516 (532 ff.).

704 Weatherill, Principles, 2017, 19 f.: „The CAS’s awards appear to command general respect and in any event some sports are capable of penalizing or threatening to penalize refusal to comply with an award of the CAS through ‘internal’ means without the need to seek the strong arm of the ordinary courts.“

705 Weatherill, Principles, 2017, 35 f.



richte oder Organisationen.<sup>706</sup> Aufgrund dieser Entwicklung hat man bereits „der Sportschiedsgerichtsbarkeit eine Art Wagenburgcharakter, der sie von staatlicher Kontrolle in größerem Umfang als gewöhnlich ausnimmt“, attestiert.<sup>707</sup>

Zieht man die Erkenntnisse zur Anwendung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Kartellrechts vor dem CAS in die Bewertung mit ein,<sup>708</sup> trifft dieses Weltsportschiedsgericht in vielen Fällen faktisch abschließende Entscheidungen über die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Verbandsstatuten mit den Regelungen des AEUV.<sup>709</sup> Eine Ausnahme gilt indes für Feststellungs- und Gestaltungsurteile des CAS, die nicht der verbandsinternen Durchsetzung von Leistungen dienen.<sup>710</sup> Denn in derartigen Konstellationen kann die vor dem CAS unterlegene Partei etwa hierzulande versuchen, im Wege einer vor einem staatlichen Gericht zu erhebenden Feststellungsklage dem Schiedsspruch des CAS im deutschen Rechtsraum seine Wirkung zu nehmen.<sup>711</sup>

Eine weitere Möglichkeit, Schiedssprüche des CAS ins Leere laufen zu lassen, eröffnet sich für Athleten, die nach einer Wettkampfsperre durch den CAS nicht nur mit dem betreffenden Sportverband, sondern auch mit der eigenen professionellen Sportkarriere abgeschlossen haben. Wenn der Athlet aufgrund des Schiedsspruchs zugleich zu einer finanziellen Strafzahlung an den Sportverband verurteilt wurde, könnte jener die Zahlung verweigern und warten, bis der Verband Vollstreckungsmaßnahmen am Wohnsitz des Schuldners ergreift. So verhielt sich etwa der deutsche Radrennfahrer *Patrik Sinkewitz*, nachdem er am 24.2.2014 aufgrund eines – soweit ersichtlich nicht veröffentlichten – Schiedsspruchs des CAS zu einer Wettkampfsperre von acht Jahren wegen Dopings sowie zur Zahlung von Gerichtskosten verurteilt worden war, die sein Prozessgegner, die NADA, zuvor beim CAS verauslagt hatte.<sup>712</sup> Der Athlet soll die Zahlung hartnäckig verweigert haben, woraufhin die NADA sich zur Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs an ein deutsches Zivilgericht hätte wenden können. Dies scheint nicht geschehen zu sein. Denn in dem betreffenden Verfahren hätte nunmehr überprüft werden können, ob der Schiedsspruch des CAS gegen den *ordre public* verstoßen hat (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO), bejahendenfalls der Schiedsspruch in Deutschland nicht anerkennungsfähig und davon auch die Kostenentscheidung betroffen gewesen wäre. Dieses Risiko hat die NADA vermutlich gescheut.

706 *Schleiter* 66, 192, 230; s. auch SchweizBG BGE 133 III 235 (242 f., E.4.3.2.2).

707 *Opfermann* 35 f.; *F. Eichel* ZJP 2016, 327 (329).

708 → IV. Rn. 275–310 m.w.N.

709 *Opfermann* 35 f.; *Morgenroth* ZStV 2017, 71; *J. F. Orth/Stopper* SpuRt 2015, 51 (52).

710 *Lungstras* 64; ihm folgend *Opfermann* 36 f.

711 Hierzu *Kotzenberg* 108 ff.; *Opfermann* 407; *Tyrolt* 106; *Wilkman* 80; *Wittmann* 167 ff.

712 Hierzu *Kistner* Deutschlandfunk v. 8.5.2015.

- 330 Mitunter melden sich (inter)nationale Sportverbände entweder eher hemdsärmelig oder mit lobbyistischen Interessen zu Wort, um die Rechtswirksamkeit der vom CAS erlassenen Schiedssprüche zu sichern oder deren Qualität zu steigern. Drei Fälle seien exemplarisch genannt:
- 331 – Im *Pechstein*-Verfahren hatte das LG München I<sup>713</sup> trotz eines bereits ergangenen Schiedsspruchs des CAS<sup>714</sup> die Schiedsvereinbarung, die dem Verfahren zugrunde gelegen hatte, als rechtsunwirksam eingestuft. Teilweise hörte man in der Folge bereits – letztlich voreilig – den BGH die Totenglocke für eine funktionsfähige Sportschiedsgerichtsbarkeit läuten,<sup>715</sup> andere nahmen – gleichfalls voreilig – an, das LG München I sowie das OLG München hätten im *Pechstein*-Verfahren Sportrechtsgeschichte geschrieben.<sup>716</sup> Auch von einer „Wunde der Sportschiedsgerichtsbarkeit“<sup>717</sup> sowie vom „Sieg über das System“<sup>718</sup> wurde gesprochen.<sup>719</sup> Inzwischen sind wir schlauer, denn in der Folge bestätigte der BGH, wenngleich mit wenig überzeugender Begründung, die Rechtswirksamkeit der der Eisschnellläuferin faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarung.<sup>720</sup> Aus Sorge um die Autorität des CAS forderte der seinerzeitige Generalsekretär des DOSB, *Michael Vesper*, im April 2014 die Sportverbände schriftlich dazu auf, das Urteil des LG München I zu ignorieren.<sup>721</sup> Diese Reaktion spiegelt einerseits das im konkreten Fall treffsichere Rechtsgefühl des damaligen Generalsekretärs, andererseits aber auch das im Sportverbandswesen durchaus verbreitete gespannte Verhältnis zu Entscheidungen der staatlichen Gerichte, die von der Rechtsauffassung der Sportverbände abweichen. Hier zeigen sich im juristischen Wettkampf unterlegene Sportverbände nicht durchweg als faire Verlierer. Ein Hinweis auf die eigene abweichende Rechtsauffassung und das Fehlen einer rechtskräftigen Entscheidung hätten es in der beschriebenen Situation vermutlich auch getan.
- 332 – Im Jahr 2018 sah sich der Präsident des IOC, *Thomas Bach*, veranlasst, eine Strukturreform des CAS anzumahnen, um eine „bessere Qualität und Konstanz der Rechtsprechung“ zu garantieren. Man könne nicht riskieren, dass der CAS seine Glaubwürdigkeit bei den Athleten verliere.<sup>722</sup> Auf den ersten

713 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 ff. unter Bezugnahme auf § 138 BGB. Die Berufungsinstanz hielt die Schiedsvereinbarung gleichfalls für rechtsunwirksam, vgl. OLG München SchiedsVZ 2015, 40 ff. in Anwendung von § 134 BGB i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F.; zudem versagte das Gericht dem CAS-Schiedsspruch auch unter Rückgriff auf § 33 GWB a.F. die Anerkennung.

714 CAS 25.1.2009 – 2009/A/1912-1913 – *Pechstein*/ISU.

715 *Kröll* npoR 2016, 275 (276).

716 S. etwa *Adinolfi/Rübben* ZJS 2016, 382 ff.; *Heermann* JZ 2015, 362 ff.

717 *Niedermaier* SchiedsVZ 2014, 280 (286).

718 *Becker/Hecker/Reinsch* FAS v. 18.1.2015, 11.

719 S. auch *Rombach* SchiedsVZ 2015, 105 (106) mit weiteren Presseschlagzeilen.

720 → IV. Rn. 229–231 m.w.N.

721 *Reinsch* FAZ v. 16.4.2014.

722 *Teuffel* Tagesspiegel v. 4.2.2018.

Blick mögen diese Worte vielleicht überraschen. Allerdings fielen sie vermutlich aus Enttäuschung über einen CAS-Schiedsspruch, der zuvor die vom IOC im russischen Dopingskandal verhängten Sanktionen gegen 28 Athleten vollständig aufgehoben sowie die Sperren für 11 weitere Athleten reduziert hatte. Auch wenn der Präsident des IOC auf die Glaubwürdigkeit des CAS bei den Athleten verwies, so war der Hauptgrund seiner Kritik die nach seiner Auffassung unzureichende Berücksichtigung der Verbandsinteressen durch den CAS.<sup>723</sup>

- Im Zuge des sich über viele Jahre erstreckenden *Pechstein*-Verfahrens forderte 334 der DOSB-Präsident *Alfons Hörmann* im Jahr 2015 Veränderungen beim CAS und bezog sich insoweit auf die Besetzung der Schiedsrichter, die Verhandlungssprache und die öffentliche Transparenz der Verhandlungen.<sup>724</sup> Zuvor hatte er die Eisschnellläuferin namens des DOSB moralisch und sportlich voll rehabilitiert. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entschuldigung des DOSB-Präsidenten gegenüber *Claudia Pechstein* zu sehen („Man kann nur um Entschuldigung bitten, für all das was ihr in den vergangenen Jahren medial und psychologisch zugefügt worden ist.“), weil er aus nationaler Sicht den Ausgang des Verfahrens vor dem CAS bedauerte. Eine vergleichbare Äußerung oder Reaktion des IOC-Präsidenten in diesem Kontext sucht man – vielleicht mangels unmittelbarer Betroffenheit des IOC – hingegen vergeblich. Offensichtlich war dem IOC dabei die Endgültigkeit von CAS-Schiedssprüchen insbesondere bei Dopingstreitigkeiten innerhalb des verbandsinternen Rechtszuges wichtiger gewesen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die weitgehende Abschirmung von CAS-Schiedssprüchen gegen eine Kontrolle durch staatliche Gerichte, zu der neben der Legislative in der Schweiz und insbesondere dem SchweizBG auch die (inter)nationalen Sportverbände einen erheblichen Anteil beitragen, zwar Misstrauen wecken kann, rechtlich aber kaum angreifbar ist. Allerdings kann dieser Aspekt bei der kartellrechtlichen Bewertung von Verbandsstatuten und darauf gestützten Verbandsentscheidungen und -maßnahmen eine gewisse Rolle spielen. So hatte die EU-Kommission schon im Jahr 2007 bei folgender Fallkonstellation eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Unvereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV – vorbehaltlich der Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder aufgrund von Effizienzerwägungen gem. Art. 102 AEUV – angenommen:<sup>725</sup>

723 PHB SportR/*Summerer* Kap. 7 Rn. 274 erblickt darin eine Druckausübung seitens des IOC auf den CAS.

724 *Voigt Tagesspiegel* v. 29.1.2015.

725 Commission Staff Working Document, Abschn. 3.4.b).

„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.“

Auf diesen Aspekt wird in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.<sup>726</sup>

*kk) Absicherung der Sportschiedsgerichtsbarkeit im Gesetz gegen Doping im Sport (AntiDopG)*

- 335 In Deutschland hat der Bundesgesetzgeber auf den insbesondere aus Anlass des *Pechstein*-Verfahrens umstrittenen Aspekt der rechtlichen Wirksamkeit von faktisch erzwungenen Schiedsvereinbarungen zur Sportschiedsgerichtsbarkeit und zum CAS im Besonderen<sup>727</sup> unmittelbar Einfluss genommen. Die entsprechende Regelung findet man in § 11 AntiDopG und sie stellt in diesem Gesetz in gewisser Weise einen Fremdkörper dar. Durch die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum AntiDopG eingefügte gesetzliche Klärung dieser offenen Rechtsfrage versuchte man seinerzeit den Widerstand, den der DOSB gegenüber dem geplanten AntiDopG im Übrigen angekündigt hatte, zu überwinden. Im Folgenden soll § 11 AntiDopG nicht im Detail analysiert werden,<sup>728</sup> vielmehr sollen die Entstehungsgeschichte der Norm sowie die damit vom Gesetzgeber beabsichtigten rechtlichen Auswirkungen kritisch beleuchtet werden.<sup>729</sup>
- 336 Zunächst lässt der Wortlaut von § 11 AntiDopG auf den ersten sowie auch noch auf den zweiten Blick die Absicht des Gesetzgebers, dem Meinungsstreit um die rechtliche Wirksamkeit von erzwungenen Schiedsvereinbarungen ein Ende zu bereiten, nicht erkennen (Hervorhebung der Kernaussage von § 11 AntiDopG durch den *Verfasser*):

**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.

726 → XIII. Rn. 881–944.

727 Hierzu bereits → IV. Rn. 203–236 m.w.N.

728 S. insoweit stellvertr. Lehner/Nolte/Putzke/*Lehner* § 11 Rn. 1 ff.

729 Instruktiv *Bindels* in Pfister, 2016, 9 ff.; krit. *Bleistein/Degenhart* NJW 2015, 1353 ff.; *Heermann* SpuRt 2015, 4 ff. zum Referentenentwurf zum AntiDopG v. 10.11.2014; *Heermann* CaS 2016, 108 ff. zum Regierungsentwurf zum AntiDopG v. 12.3.2015; unkrit. hingegen *Adolphsen* SpuRt 2016, 46 (49); *Hülskötter* 210–217.

Der Neuigkeitsgehalt dieser Norm tendierte bei der Vorstellung des Referentenentwurfs zum AntiDopG vom 10.11.2014<sup>730</sup> zumindest für einen mit der Entstehungsgeschichte sowie mit der Begründung zum Referentenentwurf nicht vertrauten Außenstehenden gegen null. Denn „Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler“ hatten natürlich auch schon zuvor Schiedsvereinbarungen abschließen *können*. Erst ein Blick auf die Seiten 42 f. der Begründung zu § 11 RefE-AntiDopG v. 10.11.2014 deutete dann die mit der Norm beabsichtigte Zielrichtung an:

„Allerdings wird in letzter Zeit vereinzelt die Unwirksamkeit solcher Schiedsvereinbarungen vorgebracht, weil die Sportlerinnen und Sportler sich den Verbänden gegenüber in einer unterlegenen Stellung befänden und weil ihnen die schiedsrichterliche Streitbeilegung ‚aufgezwungen‘ werde.“

Wie bereits dargelegt,<sup>731</sup> traf seinerzeit diese Feststellung zu, zumal sich der EGMR mit dieser Frage im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK erst rund vier Jahre später abschließend auseinandersetzen sollte.<sup>732</sup> Daran schloss sich in der Begründung zum RefE-AntiDopG unmittelbar eine apodiktische, nur zwei Sätze umfassende Kurzsubsumtion an, die sich natürlich ein Gesetzgeber in dieser Form herausnehmen kann und die nur Studierenden der Rechtswissenschaften in einer Klausur oder Seminararbeit wegen fehlender Begründung angestrichen werden würde (die Normen oder Normenkomplexe, unter die in diesem Zusammenhang subsumiert wurde, sind vom *Verfasser* im Fettdruck hervorgehoben worden):

„Der Abschluss solcher Vereinbarungen als Voraussetzung für die Teilnahme am organisierten Sport hält jedoch einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des § 138 des **Bürgerlichen Gesetzbuchs** auch unter Berücksichtigung der **Grundrechte und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten** vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Leistungssports stand. Wenn Schiedsvereinbarungen nach deutschem Recht als wirksam anzusehen sind, dürften auch Schiedsvereinbarungen, die einem ausländischem Recht unterliegen, jedenfalls regelmäßig nicht am Haupteinwand, dem deutschen **Ordre-public-Vorbehalt** nach Artikel 6 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, scheitern.“

Diese Passage ist sodann in die Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG v. 12.3.2015 übernommen worden, wobei der Aussagegehalt jedoch durch die Einfügung von drei Worten (vom *Verfasser* nachfolgend durch Unterstreichung hervorgehoben) deutlich relativiert wurde:<sup>733</sup>

„Der Abschluss solcher Vereinbarungen als Voraussetzung für die Teilnahme am organisierten Sport hält jedoch in der Regel einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des § 138 des **Bürgerlichen Gesetzbuchs** [...] stand. [...]“

730 Abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/downloads/11553380/1/referentenentwurf-antidoping-gesetz.pdf?ticket=ST-5133484-IsxWhabnZlidu5scghxM-ap2> (zuletzt besucht am 7.2.2022).

731 → IV, Rn. 220–236 m.w.N.

732 EGMR SpuRt 2018, 253 ff. – Mutu u. Pechstein/Schweiz.

733 BT-Drs. 18/4898, 38 f.

- 340 Zum Abschluss der Begründung sowohl zu § 11 RefE-AntiDopG v. 10.11.2014 auf S. 43<sup>734</sup> als auch zu § 11 RegE-AntiDopG v. 12.3.2015<sup>735</sup> findet man schließlich folgenden Satz:

„Die Klarstellung in der Vorschrift dient dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen.“

- 341 Hieran hat der Gesetzgeber in der Begründung zum RegE-AntiDopG jedoch noch zwei neue Sätze angeschlossen (deshalb vom *Verfasser* nachfolgend durch Unterstreichung hervorgehoben), mit denen er letztlich nach dem argumentativen Vorpreschen im RefE-AntiDopG fast eine 180°-Drehung vollzog und zum Ausgangspunkt zurückkehrte:<sup>736</sup>

„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.“

- 342 Wenn man sich am letztlich maßgeblichen Wortlaut der Begründung zu § 11 RegE-AntiDopG orientiert, bleibt man etwas ratlos zurück: Zwar sollen einerseits faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen „in der Regel“ einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des § 138 BGB auch unter Berücksichtigung der Grundrechte und der EMRK und der europarechtlichen Grundfreiheiten vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Leistungssports standhalten. Überraschenderweise bleibt an dieser Stelle das Kartellrecht wie schon im RefE-AntiDopG unerwähnt.<sup>737</sup> Andererseits soll aber durch § 11 AntiDopG gerade nicht entschieden werden, ob faktisch erzwungene Schiedsvereinbarungen einer umfassenden Inhaltskontrolle standhalten und damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen. Dieser sich andeutende Widerspruch wird dahin-

734 Abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/downloads/11553380/1/referentenentwurf-antidopinggesetz.pdf?ticket=ST-5133484-IsxWhabnZlidu5scghxM-ap2> (zuletzt besucht am 7.2.2022). Kurz nach Vorstellung des RefE-AntiDopG wurde in Welt v. 12.11.2014, abrufbar unter <https://www.welt.de/newsticker/news1/article134261425/Anti-Doping-Gesetz-stuetzt-Schiedszwang.html> (zuletzt besucht am 7.2.2022), über folgenden Vorgang berichtet: „Ich hoffe, dass die Bestimmung über die Absicherung der Sportgerichtsbarkeit vielleicht auch eine Art Vorwirkung in einem aktuellen Verfahren entfalten könnte“, sagte de Maizière und bestätigte dem Sport-Informations-Dienst (SID), dass er damit den Fall Pechstein meint. „Ich denke aber, dass es in diesem Fall in absehbarer Zeit eine Entscheidung gibt. Bis dahin wird unser neues Gesetz noch keine Rechtswirkung haben“, sagte der CDU-Politiker.“ Dies ist ein bemerkenswerter Beleg dafür, wie mitunter die Exekutive gegenüber der Judikative versucht, die zentralen Wertungen des Gewaltentrennungsprinzips zumindest zu verwässern.

735 BT-Drs. 18/4898, 39.

736 BT-Drs. 18/4898, 39.

737 Deshalb bleibt es staatlichen Gerichten unbenommen, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im konkreten Fall die rechtliche Unwirksamkeit der einem Athleten aufgezwungenen Schiedsvereinbarung aus kartellrechtlichen Vorschriften abzuleiten. So *Adinolfi/Rübben* ZJS 2016, 382 (385); *Heermann* SpuRt 2015, 4 (7 f.); zuletzt auch *Opfermann* 138.

gehend aufzulösen sein, dass der Gesetzgeber durch die zuletzt zitierte Ergänzung in der Begründung zum RegE-AntiDopG betonen wollte, dass faktisch aufgezwungene Schiedsvereinbarungen zumindest in Einzelfällen doch rechtsunwirksam sein können.<sup>738</sup>

Nachdem sich die Ziel- und Zwecksetzungen des Gesetzgebers nunmehr in der beschriebenen Weise abzeichnen, muss noch ein letztes Problem gelöst werden. Denn der erklärte Wille des Gesetzgebers lässt sich aus dem Wortlaut von § 11 AntiDopG in Unkenntnis der Begründung des Regierungsentwurfs kaum ableiten. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich aber zumindest, dass es in der Norm um die Möglichkeit oder Kompetenz („können“) zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportverbänden und Sportlern geht. Was bedeutet dies nun für die Rechtsanwendung?

Bei der Auslegung von Rechtsnormen ist stets der wirkliche Wille des Normgebers hinsichtlich deren Sinn und Zweck maßgebend. Bei einer den Willen des Gesetzgebers zu weit oder – wie hier – zu eng wiedergebenden Gesetzesformulierung ist im ersten Fall eine restriktive, d.h. einschränkende, und im letzten Fall – wie hier – eine extensive, d.h. erweiternde, Auslegung des sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergebenden Wortsinns vorzunehmen.<sup>739</sup> Diese Zusammenhänge hat das BVerfG mit folgenden Worten zusammengefasst:<sup>740</sup>

„Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen. Dies gilt allerdings nur für die in dieser Regelung erkennbar ausgeprägten und in ihr angelegten Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke; [...]“

Seine mit § 11 AntiDopG verfolgte Regelungsabsicht, „Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen“, hat der Gesetzgeber in der Begründung des RegE-AntiDopG mittels einer „Klarstellung“ zum Ausdruck gebracht.<sup>741</sup> Über eine solche „Klarstellung“ könnte sodann sogar das Ziel verfolgt werden, dass das alte Recht rückwirkend im Sinne der Neuregelung auslegt oder zumindest einer schon immer bestehenden Auslegungsmeinung nunmehr zum endgültigen Durch-

738 Hülskötter 149 ff. leitet aus der Einführung von § 11 AntiDopG sowie aus der Abschaffung von § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. ab, dass die Freiwilligkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung keine Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch sei.

739 S. stellvertr. MüKo-BGB/Säcker Einl. Rn. 139.

740 BVerfGE 54, 277 (297) = NJW 1981, 39 (42) – Plenum.

741 BT-Drs. 18/4898, 39.

bruch verholten wird.<sup>742</sup> Auf diese Weise kann über eine Gesetzesbegründung das grundsätzliche Rückwirkungsverbot von Gesetzen elegant ausgehebelt werden.

- 346 Man hätte vom Gesetzgeber vielleicht erwarten dürfen, dass er bekannte, zuvor bereits von der Gegenauffassung verschiedentlich geäußerte rechtliche Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit erzwungener Schiedsvereinbarungen nicht nur in einem Satz pauschal als unerheblich abtut. Dies gilt umso mehr,
- wenn wie seinerzeit im noch laufenden *Pechstein*-Verfahren zwei Gerichte solche – nicht offensichtlich unvernünftigen – rechtlichen Zweifel geäußert hatten, die zudem von Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums gestützt worden waren,
  - wenn mit dem Justizgewährungsanspruch ein wichtiges Grundrecht der Athleten betroffen war und ist,
  - wenn damit zugleich – wie im Falle von § 11 AntiDopG – die rechtlichen Grundprinzipien der Sportschiedsgerichtsbarkeit neu geordnet werden sollten und
  - wenn die geplante rechtliche Weichenstellung über den mit dem geplanten Gesetz verfolgten Zweck der Dopingbekämpfung (§ 1 AntiDopG) deutlich hinausreichen sollte, sofern nicht nur Dopingstreitigkeiten zwischen Sportverbänden und Athleten erfasst werden sollten (§ 11 AntiDopG).<sup>743</sup>

Allerdings zählt es sicherlich nicht zu den zentralen Aufgaben eines Gesetzgebers, in Gesetzesbegründungen dogmatisch umstrittene Rechtsfragen gutachterlich aufzubereiten und zu analysieren, zumal er Kritikern dadurch zusätzliche Angriffsfläche böte. Insoweit sind etwa Anhörungen im Rechts- und/oder Sportausschuss des Deutschen Bundestages oder das Gesetzgebungsverfahren begleitende rechtliche Stellungnahmen von Experten besser geeignet.

- 347 Damit ist abschließend festzustellen, dass die angesichts der eindeutigen Zwecksetzung zu enge Gesetzesformulierung („Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler können [...] Schiedsvereinbarungen [...] schließen“) zu lesen ist, als würde sich unmittelbar folgender Relativsatz anschließen: „die in der Regel als rechtswirksam gelten“.<sup>744</sup> In diesem Kontext drängt sich natürlich die Frage auf, weshalb der Gesetzgeber auf eine solche „Klarstellung“ unmittelbar im Gesetzes-

742 Instruktiv zur Rolle von „Klarstellungen“ in Gesetzesbegründungen *Seibert* in *Fleischer*, 2013, 111 (122 f.).

743 Laut *Lehner/Nolte/Putzke/Lehner* § 11 AntiDopG Rn. 36 soll sich § 11 AntiDopG unausgesprochen ausschließlich auf eine schiedsvertragliche Vereinbarung des CAS als schiedsgerichtliche Schlussinstanz in Dopingverfahren beziehen, was im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut („Das ist insbesondere der Fall ...“) zweifelhaft ist.

744 Zurückhaltender *Pipoh* 67: „§ 11 AntiDopG ist in Verbindung mit seiner Gesetzesbegründung lediglich als gesetzgeberische Meinungskundgabe zu verstehen.“ Allzu undifferenziert *PHB SportR/Summerer* Kap. 3 Rn. 403: „Er [= § 11 AntiDopG] darf aber keinesfalls als Blankoscheck für einen Schiedszwang verstanden werden.“



text verzichtet und stattdessen den Umweg über die Gesetzesbegründung gewählt hat. Über die Gründe für dieses den wahren Regelungszweck eher verschleiernde Vorgehen soll hier nicht spekuliert werden. Den gut organisierten Sportverbänden, die an dem Gesetzgebungsverfahren zum AntiDopG mitgewirkt haben, dürften die für sie tendenziell günstigen rechtlichen Auswirkungen von § 11 AntiDopG auf die rechtliche Wirksamkeit von erzwungenen Schiedsvereinbarungen von Beginn an bekannt gewesen sein. Ob dies aber auch gleichermaßen für diejenigen Athleten gilt, denen Schiedsvereinbarungen faktisch aufgezwungen werden? Das darf bezweifelt werden, selbst wenn sie den insoweit einschlägigen § 11 AntiDopG finden und nachlesen würden, weil sich Sinn und Reichweite der Norm ohne die Kenntnis der Gesetzesbegründung schlichtweg nicht erschließen lassen.

### c) Fazit

#### aa) Zusammenfassende Würdigung

Die vorangegangenen Ausführungen zur Absicherung und Begrenzung der Verbandsautonomie der Sportverbände durch die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit und die (echte) Sportschiedsgerichtsbarkeit haben die Komplexität der Problematik zumindest in wesentlichen Teilen aufgezeigt, aber natürlich nicht umfassend aufarbeiten können.<sup>745</sup> Dabei ist deutlich geworden, weshalb sich die Sportschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und Schiedsverfahren vor dem CAS im Besonderen nach wie vor insbesondere bei Sportverbänden so großer Beliebtheit erfreuen, dass man auch nicht unmittelbar sportbezogene Rechtsstreitigkeit dorthin auszulagern versucht.<sup>746</sup> Zugleich ist herausgearbeitet worden, dass sich im Laufe der Zeit bezüglich rechtlicher Auseinandersetzungen, die im Rahmen der Verbandsjustiz ausgetragen werden, bei den üblicherweise an solchen Verfahren Beteiligten eine strukturelle Ungleichgewichtslage herausgebildet und verfestigt hat.<sup>747</sup> Sportverbände gehen vor Verbands- und Sportschiedsgerichten mit einem gewissen Startvorteil in Rechtsstreitigkeiten mit Verbandsmitgliedern, die den Verbandsstatuten unterworfenen sind. Dieser in rechtlich nicht zu beanstandender Weise erlangte Vorsprung der Sportverbände kann insbesondere folgende Aspekte umfassen: bereits gesammelte Erfahrungen vor den betreffenden Spruchkörpern der Verbandsgerichtsbarkeit und daraus resultierende bessere Kennt-

745 So beklagt Podszus JZ 2017, 208 (209), dass die Komplexitäten des „Wie“ einer optimalen Ausgestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit rechtlich kaum aufgearbeitet seien. Insoweit haben aber zuletzt etwa die Dissertationen von Widdascheck (2018), Lungstras (2019), Hülskötter (2020), Steinitz (2020) und Opfermann (2021) aus unterschiedlichen Perspektiven wichtige Beiträge geleistet.

746 Zuzustimmen ist daher Opfermann 395: „Übergeordnetes Ziel des organisierten Sports wird es also sein, dass alle Streitigkeiten abschließend vom gleichen Schiedsgericht entschieden werden.“

747 S. stellvertr. Lungstras 40 ff.; Widdascheck 265 ff.

nis der Schiedsrichter; regelmäßig bessere finanzielle Ausstattung und damit oftmals (aber nicht notwendigerweise) überlegene eigene oder hinzugezogene rechtliche Expertise; zumindest am CAS eine gewisse Verbandslastigkeit der gesamten Organisationsstrukturen; die Möglichkeit zur Ausgestaltung tendenziell verbandsfreundlicher Statuten; maßgeblicher Einfluss auf die Auswahl des in Schiedsverfahren einschlägigen nationalen Rechts sowie des in Aufhebungsverfahren vor staatlichen Gerichten anwendbaren *ordre public*; bei einem Schiedsort in der Schweiz verbandsfreundliche Rechtsprechung des SchweizBG in Aufhebungsverfahren; Möglichkeit der verbandsinternen Vollstreckung von Schiedssprüchen, wodurch Kontrollmöglichkeiten nationaler staatlicher Gerichte in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren weitgehend ausgeschlossen werden.

- 349 Darüber hinaus hat *Mankowski*<sup>748</sup> im Hinblick auf Verbandsschiedsgerichte sehr zugespitzt formuliert:

„Korpsgeist und möglichste Unversehrtheit der Gemeinschaft Verband firmieren unterschiedlich in ihrem Wertekatalog.“

Diese pauschale Bewertung der wichtigen Arbeit, die in unzähligen Verbands(schieds)gerichten geleistet wird, ist sicherlich einerseits weit übertrieben, zeigt aber andererseits anschaulich, wie die Verbands(schieds)gerichtsbarkeit in Teilen der Rechtswissenschaft wahrgenommen wird, was auch auf die weitgehend Kritikresistenz der Sportverbände und insbesondere des CAS zurückzuführen sein mag. Die vorangehenden Abschnitte haben ergeben, dass beim CAS zwar Optimierungspotential durchaus vorhanden ist,<sup>749</sup> man dort aber die teilweise relativ niedrigen verfahrensrechtlichen Mindeststandards, die der EGMR im *Pechstein*-Verfahren für die Sportschiedsgerichtsbarkeit festgelegt hat,<sup>750</sup> zumindest nicht unterschreitet. Ein gutes Pferd springt auch nicht höher, als es unbedingt muss ...

- 350 Weniger pointiert und deutlich zurückhaltender hat *Pfister*<sup>751</sup> angemerkt, dass ein Sportler sein Selbstbestimmungsrecht nur bei der anfänglichen Auswahl der Sportart ausüben könne. In der Folgezeit sei er in jeder Phase durch (Fehl-)Entscheidungen des Verbandes gefährdet, weshalb der Staat verpflichtet sei, den Beteiligten – unter Beachtung des Sport-Typischen – Rechtsschutz zu gewähren.<sup>752</sup> Diese Einschätzung ist weder übertrieben noch realitätsfern, wenngleich man natürlich trefflich darüber streiten kann, ob der Staat oder supranationale Instan-

748 *Mankowski* 477.

749 S. hierzu auch *Lungstras* 259 ff.; *Opfermann* 118 ff. Ausf. zu Änderungsmöglichkeiten bei der Sportgerichtsbarkeit in Deutschland *Steinitz* 156 ff.

750 → IV. Rn. 232 f., 255–265.

751 PHB SportR/*Pfister/Fritzweiler* Einführung Rn. 44.

752 So auch *Lungstras* 67 f.; *Thomasser* 395 ff.

zen (z.B. EU-Kommission, EuGH, EGMR) dieser Schutzpflicht in ausreichendem Maße nachkommen. Bedenkenswert ist auch *Weatherills*<sup>753</sup> Kritik am CAS:

„The CAS aspires to shape a procedurally respectable scheme of review of an insulated and developing *lex sportiva*, at the apex of which it sits, but beneath which is flourishing a rather dense form of governance which is largely invisible to the ordinary courts.“

Ergänzend kann man hinzufügen, dass allenfalls wenige Athleten (vielleicht tendenziell mehr professionelle Sportclubs), die sich der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS unterwerfen, von vornherein überschauen dürften, wie sich dies im Detail einmal auf ihren Justizgewährungsanspruch auswirken könnte und inwieweit Schiedsverfahren vor dem Weltsportschiedsgericht in rechtlich zulässiger Weise etwa von den rechtsstaatlichen Standards abweichen, die vor deutschen staatlichen Gerichten gelten. Nur wenige Athleten werden überhaupt einmal Partei in einem Schiedsverfahren vor dem CAS sein. Dann sollten sie aber schon bei der Unterwerfung unter die entsprechende Schiedsklausel folgendes berühmte Filmzitat beherzigen:

„My mama always said, ‚Life was like a box of chocolates. You never know what you’re gonna get.‘“ – Forrest Gump

#### bb) Entwurf eines „Beipackzettels“ für Schiedsklauseln zum CAS

Deshalb sollte einer Schiedsvereinbarung zum CAS im Interesse der den Verbandsstatuten unterworfenen Parteien eigentlich folgender Hinweis beigefügt werden:

„Zu Risiken und Nebenwirkungen befragen Sie Ihren Sportverband oder Rechtsberater!“

Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit, dass der zur Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit Aufgeforderte eine objektive Antwort erhält, im ersten Fall gering (denn zugunsten des Sportverbandes gilt der *nemo tenetur (se ipsum accusare)*-Grundsatz analog) und hängt im zweiten Fall davon ab, wie viel Spezialwissen der befragte Rechtskundige aufweist. Die Erfahrung lehrt, dass die vielen kleinen und jeweils rechtlich grundsätzlich nicht angreifbaren Schritte, die Sportverbänden in Schiedsverfahren vor dem CAS einen spürbaren Startvorteil verschaffen,<sup>754</sup> bei Athleten, aber auch in weiten Juristenkreisen nahezu unbekannt sind.

Die Lösung des Problems könnte ein „Beipackzettel“ sein, der über Risiken und Nebenwirkungen einer Schiedsklausel zum CAS informiert<sup>755</sup> und etwa bezüglich dort zu verhandelnder Berufungsverfahren folgende Hinweise enthalten könnte:

<sup>753</sup> *Weatherill*, Principles, 2017, 14.

<sup>754</sup> Zusammenfassend → IV. Rn. 348.

<sup>755</sup> Ergänzend sei eine intensive Lektüre von EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 268–277 – ISU’s Eligibility Rules empfohlen, wo die europäische Kartellbehörde mit – zumindest

1. Der Court of Arbitration for Sport (CAS) hat seinen Sitz in Lausanne in der Schweiz. Er ist vom Schweizerischen Bundesgericht (SchweizBG), vom deutschen Bundesgerichtshof (BGH) und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als echtes Schiedsgericht anerkannt worden. **Achtung:** Sollte ein Athlet/ein Sportclub aufgrund der unter Punkt 3. dargestellten Zusammenhänge den sachlich zutreffenden Eindruck gewinnen, der CAS sei durch ein strukturelles Ungleichgewicht zugunsten der internationalen Sportverbände geprägt, so ist dieser Umstand nach Auffassung der Rechtsprechung für die Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht grundsätzlich unerheblich.<sup>756</sup>
2. Der Sitz des CAS in Lausanne bedeutet für die internationalen Sportverbände, die ihren Sitz überwiegend auch in der Schweiz haben, dass sie bei Schiedsverfahren regelmäßig kürzere Reisewege als die der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS unterworfenen Athleten/Sportclubs haben. **Achtung:** Daneben bieten die Rechtslage in der Schweiz sowie die Rechtsprechung des SchweizBG erhebliche Vorteile,<sup>757</sup> die sich allerdings überwiegend nur zugunsten der internationalen Sportverbände auswirken.
- 3.1 In Berufungsverfahren vor dem CAS entscheidet ein Dreierschiedsgericht, das sich aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern zusammensetzt.
- 3.2. Jede Partei kann aus einer geschlossenen Liste von mehr als 300 Schiedsrichtern, die allesamt mit dem Sportrecht bestens vertraut sein sollen, einen Beisitzer auswählen. Aufgrund einer zu Beginn ihrer Amtszeit abzugebenden vertraglichen Verpflichtung gelten diese Schiedsrichter als unabhängig und unparteiisch. **Achtung:** Jeder Schiedsrichter bedarf vor der Aufnahme in die geschlossene Schiedsrichterliste einer Bestätigung durch einen Mehrheitsbeschluss des International Council of Arbitration for Sports (ICAS) (siehe nachfolgend noch 3.6.). Dieses Gremium hat zudem jederzeit die Möglichkeit, den Namen eines Schiedsrichters, der gegen Pflichten des CAS-Code verstoßen oder das Ansehen des CAS und/oder ICAS beeinträchtigt hat, von der geschlossenen Schiedsrichterliste wieder zu entfernen.<sup>758</sup>
- 3.3. Der Vorsitzende eines Dreierschiedsgerichts wird weder gemeinsam von den Schiedsparteien noch gemeinsam von den ernannten Beisitzern, sondern stets vom Präsidenten der Berufungskammer aus dem Kreis der auf der geschlossenen Schiedsrichterliste aufgelisteten Schiedsrichter ausgewählt und benannt. **Achtung:** Der Präsident der Berufungskammer hat dieses Amt auf-

---

in der Rechtsprechung – selten anzutreffender Deutlichkeit einige der mit Schiedsverfahren vor dem CAS verbundenen rechtlichen Nachteile für die den Verbandsregelungen unterworfenen Parteien aufgelistet; zum Wortlaut → XIII. Rn. 885–893.

756 → IV. Rn. 237–250, 252–256, 264.

757 → IV. Rn. 148 f.; ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271, 275 – ISU's Eligibility Rules.

758 → IV. Rn. 162–179, 188–202.

grund eines Mehrheitsbeschlusses des ICAS inne (siehe nachfolgend noch 3.6.).<sup>759</sup>

- 3.4. Internationale Sportverbände und auch Athleten/Sportclubs können in verschiedenen Schiedsverfahren jeweils einen bestimmten Schiedsrichter wiederholt als Beisitzer benennen. **Achtung:** Selbst wenn ein Schiedsrichter sich in der Vergangenheit allein von Sportverbänden als Beisitzer hat benennen lassen und sodann stets eine „harte Linie“ im Anti-Doping-Kampf verfolgt hat, ist insoweit eine Besorgnis der Befangenheit auszuschließen, wenn dieser Schiedsrichter vom Präsidenten der Berufungskammer zum Vorsitzenden eines Dreierschiedsgerichts in einem Dopingverfahren benannt wird. Vielmehr hat stets diejenige Partei, die eine fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers oder eines beteiligten Schiedsrichters behauptet, hierfür überzeugende Beweise im Hinblick auf das konkrete Verfahren zu liefern (selbst wenn dies faktisch nahezu unmöglich ist).<sup>760</sup> Andernfalls gelten die Schiedsrichter weiterhin als unabhängig und unparteiisch.
- 3.5. Dem CAS-Generaldirektor sind Schiedssprüche vor ihrer Verkündung zur Prüfung vorzulegen, die sich im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte und ein Hinweisrecht auf die bisherige Praxis in CAS-Schiedssprüchen zu bestimmten Rechtsfragen beschränkt. Die Hinweise sind für das Dreierschiedsgericht nicht bindend. **Achtung:** Der CAS-Generaldirektor hat sein Amt aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses des ICAS inne (siehe nachfolgend noch 3.6.).<sup>761</sup>
- 3.6. Im ICAS werden drei Fünftel der Mitglieder von den Sportverbänden gestellt (je ein Fünftel von den internationale Sportverbänden, von den Nationalen Olympischen Komitees und vom IOC).<sup>762</sup> **Achtung:** Gegen die Stimmen der von den Sportverbänden gestellten Mitglieder im ICAS können keine Schiedsrichter auf die geschlossene Schiedsrichterliste berufen werden. Entsprechendes gilt für die Berufung des Präsidenten der Berufungskammer und des CAS-Generaldirektors.<sup>763</sup>
4. Schiedsverfahren werden anhand der einschlägigen Verbandsstatuten und ergänzend (insbesondere hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Schiedsvereinbarung<sup>764</sup>) vorrangig nach dem Recht der Schweiz entschieden. Eine etwaige rechtliche Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung sollte möglichst bereits in den Verfahren vor den Verbandsgerichten und spätestens im

759 → IV. Rn. 190–194.

760 → IV. Rn. 173–175.

761 → IV. Rn. 185–187.

762 → IV. Rn. 162–169.

763 → IV. Rn. 170–179, 185–187.

764 → IV. Rn. 213–214.

Schiedsverfahren vor dem CAS gerügt werden.<sup>765</sup> **Achtung:** Nach schweizerischem Recht werden auch stillschweigend vereinbarte Schiedsklauseln als rechtswirksam eingestuft.<sup>766</sup> Zudem ist es nach schweizerischem Recht nicht zu beanstanden, wenn ein Athlet/Sportclub, der sich als unmittelbares Mitglied eines Vereins/Verbandes dessen Satzung unterworfen hat, sich dabei zugleich über entsprechende Verweisungsklauseln den Statuten der übergeordneten nationalen und internationalen Sportverbände unterwirft. Es ist für die rechtswirksame Bindung eines Athleten/Sportclubs an diese Statuten erforderlich, aber auch ausreichend, wenn auf diese Regelungen in der Vereinssatzung unmittelbar oder mittels einer Verweisungskette Bezug genommen wird. Dies gilt unabhängig davon, ob der Athlet/Sportclub diese Verweisungen nachverfolgt, nachvollzogen und zur Kenntnis genommen hat. Es ist dem Athleten/Sportclub bei solchen sog. Kaskadenverweisungen zu empfehlen, die Verweise nachzulesen und die für die eigene Rechtsposition maßgeblichen Vorschriften selbstständig zu ermitteln.<sup>767</sup>

5. Athleten/Sportclubs werden durch Sportverbände regelmäßig faktisch gezwungen, sich der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS zu unterwerfen, weil sie andernfalls vom zuständigen Sportverband nicht zu offiziellen Sportwettkämpfen zugelassen werden würden und deshalb ihre sportliche Tätigkeit nicht mehr professionell ausüben könnten.<sup>768</sup> **Achtung:** Allein der Umstand, dass die Unterwerfung eines Athleten/Sportclubs unter die Schiedsgerichtsbarkeit des CAS nicht freiwillig erfolgt ist, führt – zumindest nach dem Recht der Schweiz – grundsätzlich nicht zur rechtlichen Unwirksamkeit der betreffenden Schiedsvereinbarung (siehe oben 4.) und steht nach Auffassung des SchweizBG, BGH und EGMR der Einstufung des CAS als echtes Schiedsgericht (siehe oben 1.) nicht entgegen.<sup>769</sup>
6. Soweit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, muss der CAS bei der Entscheidungsfindung die europäischen Grundfreiheiten (z.B. Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit), die Regelungen des nationalen oder europäischen Kartellrechts sowie die diesbezüglichen Entscheidungen etwa des EuGH oder der EU-Kommission berücksichtigen. Es ist nicht gewährleistet, dass jeder der auf der geschlossenen Schiedsrichterliste aufgeführten Schiedsrichter ein ausgewiesener Experte in den genannten Rechtsgebieten ist.<sup>770</sup> Daher ist den Athleten sowie ihren Prozessvertretern dringend zu raten, das Schiedsgericht durch entsprechende rechtliche Aus-

765 → IV. Rn. 215–219.

766 → IV. Rn. 209, 213.

767 → IV. Rn. 36–39, 63 f.

768 Ebenso EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 276 – ISU's Eligibility Rules.

769 → IV. Rn. 220–236, 251–265.

770 → IV. Rn. 275–310.

fürungen zur sachgerechten Anwendung der genannten Rechtsvorschriften zu veranlassen. **Achtung:** Sollte der im Schiedsverfahren unterlegene Athlet/Sportclub den Schiedsspruch vor dem SchweizBG anfechten, so wird letzteres nicht prüfen, ob das Kartellrecht vom CAS zutreffend angewendet wurde, weil kartellrechtliche Regelungen in der Schweiz – anders als etwa in den Mitgliedstaaten der EU – nicht zum *ordre public* zählen.<sup>771</sup>

7. Athleten/Sportclubs werden regelmäßig keine Möglichkeit haben, einen Schiedsspruch des CAS im Land ihres Wohnsitzes von einem staatlichen Gericht in einem Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren prüfen zu lassen. **Achtung:** Die internationalen Sportverbände vollstrecken Schiedssprüche – soweit möglich – verbandsintern insbesondere durch Ausübung ihres Weisungsrechts gegenüber nachgeordneten Sportverbänden oder durch Androhung oder Verhängung von Disziplinarmaßnahmen gegen den im Schiedsverfahren unterlegenen Athleten/Sportclub. Damit müssen Schiedssprüche des CAS auch außerhalb der Schweiz regelmäßig nicht mehr durch Einschaltung staatlicher Gerichte vollstreckt werden.<sup>772</sup>

Selbst die Kenntnis dieser im „Beipackzettel“ zusammengefassten und jeweils 354 rechtlich kaum angreifbaren Risiken und Nebenwirkungen einer Schiedsklausel zum CAS wird allenfalls verhindern können, dass Athleten hiervon erst anlässlich eines konkreten Rechtsstreits mit einem internationalen Sportverband erfahren und überrascht werden. Während man den mit der Verabreichung eines bestimmten Arzneimittels verbundenen Risiken und Nebenwirkungen aber im Falle einer individuellen Unverträglichkeit durch Rückgriff auf ein alternatives Arzneimittel ausweichen kann, ist die institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit des CAS zwar eine Variante der sog. *Alternative Dispute Resolution*. Indem den Athleten aber faktisch die Möglichkeit zur Anrufung staatlicher Gerichte bei rechtlichen Auseinandersetzungen mit internationalen Sportverbänden von letzteren weitestgehend genommen worden ist und weil Alternativen zum CAS nicht existieren, sollte er als das wahrgenommen werden, was er tatsächlich für den Sportsektor darstellt: *Dispute Resolution Without Alternative*.

771 → IV. Rn. 301, 313, 318 f.; gleichfalls diesen Aspekt betonend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 271, 275 – ISU's Eligibility Rules.

772 → IV. Rn. 326–334; diesen Aspekt hervorhebend EU-Komm. 8.12.2017 – AT.40208, C(2017) 8240 final, Rn. 272 – ISU's Eligibility Rules.

