

land aufgrund der entgangenen WM-Teilnahme. Der Handlungsort ist nach Rom-II ebenfalls nicht mehr relevant, hätte hier aber ohnehin nur zu englischem Recht geführt.

Die „Urlaubsunfallausnahme“ nach Art. 4 (2) Rom-II VO führt auch nicht zum deutschen Recht, da sie auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, nicht wie erstmals das deutsche IPR auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit (die bei Ballack und Prince Boateng vorhanden wäre) abstellt.

Einzig die Generalklausel des Art. 4 (3) könnte noch einen Weg zum deutschen Recht ebnen. Eine Verbindung ließe sich über das Strafrecht mit seinem passiven Personalprinzip (§ 7 Abs. 1 StGB) begründen. Das Foul an Michael Ballack könnte hierzulande strafrechtlich verfolgt werden. Daran könnte ein Adhäsionsverfahren mit den zivilrechtlichen Ansprüchen geknüpft werden (§§ 403 ff StPO). Dabei wären die auf Prince Boateng anwendbaren §§ 223, 229 StGB als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB in Ansatz zu bringen. Ob das ausreicht, eine *wesentlich nähere* Verbindung zu Deutschland zu begründen, bleibt gleichwohl zweifelhaft.

2. Das englische Deliktsrecht (tort law) bei Sportverletzungen

Eine andere Frage ist, ob sich der Weg nach Deutschland überhaupt lohnen würde. Denn wie gesehen, kam es nach den deutschen Präjudizien nur in Fällen grober Fouls, die mit Rot geahndet wurden oder hätten werden müssen, zur Haftung. Im Fall Ballack war aber wohl zu Recht nur eine Verwarnung ausgesprochen worden. Demgegenüber scheint die Haftungsschwelle in England niedriger zu liegen.

Allgemein haftet nach dem einschlägigen *tort of negligence* nur, wer einer *duty of care*, also einer „Verkehrssicherungspflicht“ zu Gunsten des anderen, unterliegt. Das Bestehen einer solchen *duty of care* zwischen den Spielern ist seit dem ersten Leitfall *Condon v Basi* [1985] anerkannt²¹. Der Haftungsmaßstab wurde dann in *Maguire and Fitzgerald* [2001] dahingehend präzisiert, dass jedenfalls

reckless disregard for the claimant's safety zur Haftung führt. *Recklessness* (= Rücksichtslosigkeit) ist aber exakt die Definition gelbwürdiger Fouls im Fußball. Damit erscheint die gelbe Karte nach englischem Recht ein hinreichender Haftungsauslöser. Zu bedenken ist allerdings, dass *Maguire* anders als *Condon* kein Fußballfall war.

IV. Schlussbetrachtung

Die schweren Folgen allein begründen keine Haftung für das Foul an Michael Ballack. Nach Sicht der h. M. greift im deutschen Recht vielmehr ein *sportspezifischer Fahrlässigkeitsmaßstab*, demzufolge erst bei groben Regelverstößen gehaftet wird. Davon ist nach den Leitfällen ebenso wie nach den Fußballregeln an sich nur bei Fouls, die mit einer Roten Karte geahndet werden oder hätten werden müssen (= „grobes Foulspiel“), auszugehen. Im wohl anwendbaren englischen Recht (vgl. Art. 4 (1) Rom-II VO) wird die Grenze zur Haftung demgegenüber durch „*recklessness*“ markiert, also Rücksichtslosigkeit. Das entspricht der Definition gelbwürdiger Fouls und scheint eher geeignet, eine Haftung Boatengs zu begründen.

Die deutschen Grundsätze zur Haftungsbegrenzung im Wettkampfsport erscheinen allerdings noch nicht vollkommen ausgereift. Einwilligungslösung und Haftungsmaßstab müssen kombiniert werden. Danach sollte für alle leichten Vergehen auf dem Sportplatz eine generelle Bagatelleinwilligung gelten, um Staatsanwalt und Zivilrichter vom Spielfeld fern zu halten. Schwere Verletzungen stehen dagegen jenseits dieser Einwilligung. Dort ist zu fragen, ob das riskante Verhalten des Verletzers von einem *sport judgement* (analog zum *business judgement* nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) gedeckt war. Falls ja, scheidet eine Pflichtverletzung aus. Dieser Neuanatz könnte insbesondere infolge der veränderten Beweislastverteilung (der Verursacher schwerer Verletzungen muss sich entlasten) zu einem Anstieg der Haftungsfälle führen. Das wäre aber nur zeitgemäß. Die heutigen Fußballregeln verpönnen die Gefährdung des Gegenspielers. Und die Verfassung gebietet wirksamen Schutz von Leib und Leben.

21 Siehe Fleischer, VersR 1999, 785 ff.

Vom Rechtsstaat zum Richtersport? – Fragen zum vorsorglichen Rechtsschutz in der Sportschiedsgerichtsbarkeit der Schweiz

Von Rechtsanwalt Dr. Simon Osterwalder, Zürich*, und Dr. Martin Kaiser, Universität Basel**

I. Einleitung

In sportverfahrenrechtlichen Angelegenheiten steht die Schweiz aus verschiedenen Blickwinkeln – und nicht erst seit

der neuesten Affäre um den FC Sion¹ und der von der FIFA gegen diesen angeordneten Transfersperre wegen Anstiftung zum Vertragsbruch – unter besonderer internationalen Beobachtung: Einerseits haben das IOC und andere zahlreiche internationale Sportverbände ihre Sitze in der Schweiz und sind nach Schweizer Recht konstituiert und organisiert. An-

* Partner Bratschi Wiederkehr & Buob Rechtsanwälte, Vorstandsmitglied der *Association Suisse de Droit du Sport*, Mitglied des Verbandsportgerichts des Schweizerischen Handball-Verbandes sowie ehemaliger Profihandballer und Torhüter der Schweizer Handball-Nationalmannschaft.

** Assistent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Basel mit Forschungsschwerpunkt Sportrecht, zuletzt erschienen „Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung“ (Diss. Basel 2011).

1 Zur zurückliegenden Auseinandersetzung im Jahre 2003 des FC Sion um Erteilung einer Lizenz für die Challenge League 2003/2004 und dem negativen Lizenzentscheid siehe Hans Roth/Fridolin Walther, Der Fall „FC Sion“, in SpuRt 2005, S. 195 ff., S. 230 ff.

dererseits hat das *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS / CAS) seinen Sitz in Lausanne².

Durch den CAS als institutionelles Sportschiedsgericht³ lassen sich Sportregelstreitigkeiten örtlich zentralisieren und sachlich harmonisieren⁴. Da der CAS zwischenzeitlich als verbandsexterne Rechtsmittelinstanz von praktisch allen nationalen und internationalen Verbänden zur Behandlung und Erledigung in sportbezogenen Streitigkeiten vorgesehen wird⁵, verfügt die „Sportwelt“ mit dem CAS somit tatsächlich über eine „einzigartige Institution zur Schlichtung sportbezogener Streitigkeiten“⁶. Dadurch soll der Zersplitterung der internationalen Sportjustiz entgegengewirkt werden⁷. Gleichzeitig kann damit aber auch den Besonderheiten des Sports in ausreichend harmonisiertem Maß (sei dies durch den CAS oder durch das Bundesgericht als letzte Rechtsmittelinstanz) Beachtung geschenkt werden⁸. Hinzu kommt, dass Schiedsgerichte generell als effiziente und mit permanentem und grundlegendem Fachwissen betraute Institute angesehen werden. Beide prozess-ökonomischen Ideale sind im Sport noch von gesteigerter Bedeutung. Ein Sportschiedsgericht muss (oder müsste) nämlich in der Lage sein, jederzeit kurzfristige Entscheidungen von in der Regel enormer persönlicher und systemischer Bedeutung zu fällen⁹. Der CAS muss deshalb im Kern eine sportspezifisch zeitnahe, sach- und fachgerechte Entscheidungsprozedur garantieren. Das ist letztlich immer noch dessen Legitimationsbasis.

Die enge örtliche Verbindung des internationalen Sports und der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit mit der Schweiz rückt im Zusammenhang mit Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes mit zunehmender Tendenz immer wieder das Schweizerische Prozessrecht in den Fokus der Sportöffentlichkeit. Stein des Anstoßes ist dabei der Umstand, dass mit der verbandsrechtlich vorgesehenen CAS-Schiedsgerichtsbarkeit gleichzeitig auf die Einschaltung staatlicher Gerichte (sei dies in der Schweiz oder anderswo auf der Welt) zu verzichten ist. Die Unterwerfung unter die Sportschiedsgerichtsbarkeit des CAS geht in der Regel so weit, dass für die alternative Anrufung staatlicher Gerichte durch

Sportler als Satzungsverstoß eine disziplinarische Bestrafung vorgesehen ist¹⁰.

II. Rolle von staatlichen Gerichten beim einstweiligen Rechtsschutz in Sportsachverhalten

1. Was ist eine „vorsorgliche Maßnahme“?

Trotz dieser verbandsrechtlichen Regelungen auf internationaler und nationaler Ebene gelangen Sportler in der Schweiz regelmäßig an staatliche Gerichte. Dies gilt im Besonderen im Zusammenhang mit Gesuchen um vorsorgliche Maßnahmen. Als vorsorgliche Maßnahmen (bzw. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes) werden Anordnungen eines Gerichts verstanden, mit denen für die Dauer des Verfahrens die Rechtsposition einer Partei vorläufig und unabhängig vom definitiven Ausgang eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens geregelt wird¹¹, mithin ein gewisser Sachverhalt gerichtlich „eingefroren“ wird, bis dieser final rechtlich beurteilt worden ist¹².

Der vorsorgliche Rechtsschutz ist in einem Rechtsstaat unbestrittenermaßen ein unverzichtbares Instrument für eine zeitgerechte Rechtsverwirklichung¹³. Er ist im Wirtschaftsleben aber ebenso auch eine wirksame taktische Waffe der klassischen Interessenvertretung, welche Auseinandersetzungen in Richtungen zu treiben vermag, die von außen betrachtet mit dem tatsächlichen „Rechthaben“ und „Rechtsuchen“ wenig gemeinsam haben. Maßnahmensuche werden in der Schweiz sodann durchwegs mit dem Zusatz „unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung verpflichteter Organe/Personen gemäß Art. 292 StGB“ (mit Buße zu bestrafender Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) gestellt, was im Falle einer Gesuchguthetung in der Regel Beachtung findet. Im Normalfall führt dieser Umstand zu nicht zu unterschätzenden persönlichen Drucksituationen vor allem für in der Schweiz niedergelassene Verbandsfunktionäre (die Nichtbeachtung einer Maßnahmenentscheidung eines Schweizer Gerichts durch die UEFA im Fall FC Sion kann bislang als Ausnahme betrachtet werden, welche die Regel bestätigt¹⁴).

2. Allgemeine Voraussetzungen für vorsorgliche Maßnahmen

Damit ein Gesuch um vorsorgliche Maßnahmen gutgeheißen werden kann, sind Voraussetzungen zu beachten, die in der Gesuchstellung zu adressieren und vom entscheidenden Gericht zu berücksichtigen sind. Solche Voraussetzungen sind (i) das Bestehen eines Verfügungsanspruchs, wobei die gesuchstellende Person die Begründetheit ihres Hauptbegehrens im Sinne einer sogenannten Hauptsachenprognose glaubhaft machen muss, und (ii) das Bestehen eines Verfügungsgrunds, wobei die gesuchstellende Person die Gefährdung oder eine bereits bestehende Verletzung des glaubhaft gemachten Anspruchs ebenfalls glaubhaft machen muss, indem darzulegen ist, dass ihr bei Verzug, d. h. auf Grund einer zeitlichen Dringlichkeit¹⁵, ein nicht leicht wie-

2 Vgl. zur Geschichte, internen Organisation und zu den verschiedenen Schiedsverfahren des TAS, Frank Oeschütz, Sportschiedsgerichtsbarkeit – Das Schiedsverfahren des *Tribunal Arbitral du Sport* vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts, Diss. Berlin 2005, S. 37 ff.

3 Ausführliche Definition bei Henk Fenners, Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit im organisierten Sport, Diss. Zürich 2006, S. 167 ff.; Hans Roth, Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Sportrecht, in: Urs Scherrer (Hrsg.), *Einstweiliger Rechtsschutz im internationalen Sport*, Zürich 1999, S. 33.

4 Vgl. ausführlich Andreas Wax, Internationales Sportrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Sportvölkerrechts, Diss. Berlin 2009, S. 137 ff.

5 Urs Scherrer, Im Sport gelten besondere Spielregeln, *plädoyer* 3/2007, S. 33; Meinrad Vetter, The CAS – An Arbitral Institution with its Seat in Switzerland, *Sport Law Journal*, ePublications, Bond University, 2008, S. 2; Matthieu Reeb, *Tribunal Arbitral du Sport*, Recueil des sentences du TAS 2001-2003, Lausanne 2004, S. 27; Stephan Netzle, Die Praxis des *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) bei vorsorglichen Maßnahmen, in: Antonio Rigozzi/Michele Bernasconi (Hrsg.), *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport, CAS & FSA/SAV Conference Lausanne 2006*, Bern 2007, S. 137.

6 Oeschütz, a. a. O. (Fn. 2), S. 248.

7 Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 137 f.

8 Vgl. Philipp Dickenmann, Optimierung in der TAS-Rechtsprechung – Folgerungen nach *Ordre public*-Urteil des Bundesgerichts, *Causa Sport* 3/2010, S. 205.

9 Fridolin Walther, Vorläufiger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte, in: *Justletter* 16. 4. 2007, Rz. 1.

10 Vgl. z. B. zur Kaskade im Fußball: Art. 62 und 64 FIFA-Statuten, Art. 60-62 UEFA-Statuten, Art. 7 SFV-Statuten und Art. 7 SFL-Statuten; vgl. Fenners, a. a. O. (Fn. 3), S. 57 (Rn. 179), der festhält, dass in der Praxis eine verschwindend kleine Zahl von sportrechtlichen Streitigkeiten von den staatlichen Gerichten beurteilt wird, was auf das Bestreben der Sportverbände zurückzuführen ist, die Zuständigkeit staatlicher Gerichte soweit wie möglich zu Gunsten der Sportschiedsgerichtsbarkeit zu beschränken; Pieter Schleiter, Globalisierung im Sport – Realisierungswege einer harmonisierten internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit, Diss. Stuttgart 2009, S. 103 ff.

11 Vgl. Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 17.

12 Vgl. Lukas F. Wyss, Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des staatlichen Richters bei internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht, *SchiedsVZ* 2011, S. 194 ff.

13 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 26. 6. 2006 (SR 06.062), BBl. Nr. 37 2006, S. 7221 ff., S. 7353 (5.19 Vorsorgliche Maßnahmen); es sind die Varianten ordentlicher provisorischer und superprovisorischer Rechtsschutz zu unterscheiden: bei Letzterem erfolgt die Anordnung einer Maßnahme durch ein Gericht noch vor der Anhörung der gesuchbelasteten Partei, welche sich gegen eine solche Entscheidung nur durch die Deponie einer Schutzschrift antizipiert zu wehren versuchen kann (vgl. Art. 270 ff. ZPO).

14 NZZ Online vom 5. 10. 2011.

15 Urs Schenker, Die vorsorgliche Maßnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, S. 86 f.

der gutzumachender Nachteil droht¹⁶. Der befürchtete Nachteil muss auf Grund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschließen wäre¹⁷. Im Maßnahmenverfahren kann von einer gesuchstellenden Partei kein umfassender Beweis verlangt werden. Es genügt, wenn die Richtigkeit einer anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptung objektiv wahrscheinlich oder glaubhaft erscheint¹⁸, wobei der Richter von der Richtigkeit der tatsächlichen Behauptung letztlich nicht einmal selbst überzeugt zu sein braucht¹⁹. Dabei muss eine verlangte vorsorgliche Maßnahme – und das geht in der Sportmaßnahmenpraxis hiesiger Gerichte mitunter leider häufig unter – unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles angemessen sein²⁰, worunter u. E. eine sorgfältige Interessenabwägung der auf dem Spiel stehenden entgegenläufigen Interessen des Gesuchstellers und des Gesuchsbetroffenen verbunden sein muss. Diese letztgenannte Voraussetzung erscheint uns gerade in Sportsachverhalten wichtig: Die Auswirkungen von staatlichen Maßnahmenentscheidungen auf das (weltweite) Sportssystem müssten auch bei nur nationalen Sportschiedsverfahren in angemessenem neutralen Maß berücksichtigt werden.

3. Vorsorgliche Maßnahmenpraxis in der Schweiz in Sportsachverhalten

Wenn man die vorgenannten Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen betrachtet, dann ist es nicht erstaunlich, dass gerade im Sport dieses Institut parallel zur Entwicklung der über die Monopolsportverbände organisierten Sportveranstaltungs- und Sportvermarktungsindustrie immer häufiger zum Einsatz kommt²¹. Die zeitliche Dringlichkeit gepaart mit dem nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil ist wohl in keinem anderen Maßnahmen Sachverhalt leichter zu begründen als im professionellen sportlichen Wettkampfgeschäft. Gerade in Fällen, in denen Sportlern oder deren Arbeitgebern die Teilnahme an organisierten professionellen Sport verweigert wird, erweisen sich vorsorgliche Maßnahmen als sehr effektiv und häufig als das wirksamste Mittel der anwaltlichen Interessenvertretung. Wartet ein Sportler den Ausgang eines ordentlichen verbandsinternen Verfahrens und des anschließenden Rechtsmittelverfahrens ab, wird der sportliche Wettkampf regelmäßig schon vorbei sein²². Solche Entscheide müssen im Sport praktisch *ad hoc* (oder zumindest in kurzer zeitlicher Distanz vor dem Wettkampf) ergehen²³. Im Bereich von Nominierungsstreitigkeiten vor Wettkämpfen sind deshalb dringliche Maßnahmen gesuche keineswegs ein neues Phänomen²⁴. Der folgende summarische Überblick zeigt

eine Auswahl von Fällen aus der Schweiz, in welchen vorsorgliche Maßnahmensuche durch staatliche Gerichte behandelt und in der deutlich überwiegenden Mehrzahl auch gutgeheißen worden sind²⁵:

(1) Im Dezember 1987 beantragte die Berner Leichtathletin Sandra Gasser bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Anordnung vorsorglicher Maßnahmen, dass die gegen sie von der IAAF ausgesprochene Doping Sperre vom Schweizerischen Leichtathletikverband nicht vollstreckt werden darf. Ihr Gesuch wurde gestützt auf Art. 28 ZGB (Persönlichkeitsschutz) gutgeheißen²⁶.

(2) Im Jahr 1990 beantragte ein rumänischer Ex-Eishockeyinternationaler, der im März 1989 aus Rumänien in die Schweiz geflohen ist, hier einen Asylantrag gestellt, diesen aber infolge der Heirat mit einer Schweizer Staatsbürgerin wieder zurückgezogen hatte und so in den Besitz einer Niederlassung B gelangt ist, bei einem staatlichen Gericht, es sei der Schweizerische Eishockey-Verband zu verpflichten, ihn als Ausländer mit Status P (politische Flüchtlinge) zu lizenzieren und damit zur 1. Liga-Meisterschaft zuzulassen. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 28 ZGB gutgeheißen²⁷.

(3) Im September 1993 beantragte der Fußball-Club Olympique de Marseille bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Anordnung vorsorglicher Maßnahmen die Aufhebung der von der UEFA angeordneten Europacup-Sperre und die Eingliederung in den damaligen UEFA-Meistercup. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 28 ZGB gutgeheißen.

(4) Am 27. 9. 1996 beantragten drei ehemalige Basketballspielerinnen des City Fribourg Basketball Club bei einem staatlichen Gericht, es sei von ihrem ehemaligen Verein und vom Schweizerischen Basketball-Verband alles Notwendige zu unternehmen, sie als Spielerinnen des Basketball-Clubs Sarine Basket zu lizenzieren. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 28 ff. ZGB und Art. 58 und 61 aBV gutgeheißen²⁸.

(5) Im Oktober 2003 beantragte der FC Sion bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Maßnahmen, dass die SFL zu verpflichten sei, unverzüglich die notwendigen Maßnahmen an die Hand zu nehmen, um die Wiedereingliederung des FC Sion in die laufende Meisterschaft der Challenge League der SFL zu ermöglichen, nachdem der FC Sion durch die SFL für die neubeginnende Meisterschaft auf Grund nicht erfüllter finanzieller Lizenzauflagen nicht lizenziert worden ist. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) gutgeheißen²⁹.

(6) Am 11. 7. 2003 beantragte der Unihockey-Club Basel Magic bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Maßnahmen, es sei ihm zu gestatten, in den Vorschern der Nationalliga mehr als einen ausländischen Spieler einzusetzen, die Staatangehörige der Mitgliedstaaten der EU sind, ohne dass die entsprechenden Spiele mit einer *Forfait*-Niederlage gewertet bzw. sonst wie sanktioniert werden, nachdem Basel Magic in einem Meisterschaftsspiel zwei Spieler aus EU-Staaten eingesetzt hatte, und die Spiele deshalb nachträglich als *Forfait*-Niederlagen gewertet wurden. Das Gesuch wurde gestützt auf das Diskriminierungsverbot von Art. 2 des Personenfreizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der EU gutgeheißen (es handelt sich dabei fak-

16 Vgl. Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 196; Botschaft ZPO, a. a. O. (Fn. 13), S. 7354.

17 Botschaft ZPO, a. a. O. (Fn. 13), S. 7354.

18 Vgl. z. B. BGer, sic! 2003, 984.

19 Vgl. zur Glaubhaftmachung generell Urs Schenker, a. a. O. (Fn. 15), S. 45 ff.; Oskar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 10, Rz. 26; Daniel Summermatter, Einstweiliger Rechtsschutz im Sport nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung – Unter Berücksichtigung der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Causa Sport 2009, S. 351 ff., S. 360.

20 Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 196.

21 Bernhard Pfister, in: Jochen Fritzscheiler/Bernhard Pfister/Thomas Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 2. Aufl., München 2007, S. 567 ff.; zur Rechtslage in Deutschland siehe den Beitrag von Horst Hilpert, Eilrechtsschutz im Sport, SpuRt 2007, S. 223 ff. sowie SpuRt 2008, 18 ff.; ebenso die Entscheidungen des LG Berlin, SpuRt 2007, S. 249; sowie LG Cottbus, SpuRt 2008, S. 36.

22 Eenners, a. a. O. (Fn. 3), S. 223, N 690; Urs Scherrer, Einführung, in: Urs Scherrer (Hrsg.), Einstweiliger Rechtsschutz im internationalen Sport, Zürich 1999, S. 7.

23 Pfister, a. a. O. (Fn. 21), S. 567, Rn. 141.

24 Oshütz, a. a. O. (Fn. 2), S. 396 ff.; vgl. die Debatte zwischen Urs Scherrer (SpuRt 3/2003, S. 127 ff.) und Lukas Handschin (SpuRt 6/2003, S. 263).

25 Vgl. die Übersicht von Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 17 (mit Hinweisen).

26 Bern Richteramt III, SJZ 84/1988, S. 86 f.; Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210), Art. 28 ZGB bezweckt den Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen.

27 JZ 87/1991, S. 284 ff.

28 FJ (Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung) 1998, S. 51 ff., Tribunal de la Sarine, Entscheid vom 20. 6. 1997.

29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251); vgl. dazu Roth/Walther, a. a. O. (Fn. 1).

tisch um den schweizerischen Nachvollzug der Bosman-Rechtsprechung)³⁰.

(7) Im Oktober 2004 beantragte der FC Aarau bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Maßnahmen, dass die SFL unverzüglich alle Maßnahmen zu treffen habe, damit der Spieler David Sesa ab sofort und erstmals ab der nächsten Spielrunde der Super League in Sinne des Reglements über die Qualifikation der SFL-Spieler zu qualifizieren sei und in den weiteren Meisterschafts- und Cup-Spielen der Super-League eingesetzt werden könne, nachdem die Qualifikationskommission der SFL ihn nicht für den Meisterschaftsbetrieb qualifiziert hatte. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 7 KG gutgeheißen.

(8) Im November 2009 beantragte die Basketballerin Sura Al Shawk bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Maßnahmen, der Nord-Ostschweizer Basketballverband sei anzuweisen, ihr einsteilen das Spielen mit muslimischer Kopfbedeckung zu erlauben und von jeglichen Sanktionen wie Spielverbot zu Beginn des Spieles oder Forfait-Niederlagen ihres Teams abzusehen, nachdem der Verband von ihr verlangt hatte, während offiziellen Basketballspielen auf das Tragen ihres Kopftüches zu verzichten. Das Gesuch zum Schutze der Persönlichkeit gemäß Art. 28 ZGB wurde – im Lichte der bisherigen Praxis überraschend – abgewiesen³¹.

(9) Im Juni 2011 gelangte die französische 1500m-Läuferin Hind Dehiba mit einem Gesuch um vorsorgliche Maßnahmen an ein staatliches Gericht, es seien die Organisatoren des Leichtathletik-Meetings „Athletissima Lausanne“ anzuweisen, ihr die Starterlaubnis für die Athletissima Lausanne 2011 zu erteilen bzw. sie ins Starterfeld des 1500m-Laufes zu integrieren. Die Veranstalter hatten auf eine Einladung Dehibas trotz vorliegender sportlicher Qualifikationskriterien verzichtet, weil diese kürzlich eine zweijährige Doping-Sperre verbüßt hatte. Die Veranstalter stützen sich dabei auf eine Regelung des IAAF, wonach Sportler mit verbüßten Dopingsperren von den jeweiligen Veranstaltern nicht berücksichtigt werden müssen, auch wenn sportliche Qualifikationskriterien erfüllt sind. Das Gesuch wurde mit dem Argument gutgeheißen, die Regelung und erfolgte Nichteinladung würde das Recht auf Arbeit und die Persönlichkeitsrechte der Athletin verletzen³².

(10) Im August 2011 beantragten sechs neue Spieler des FC Sion bei einem staatlichen Gericht mit einem Gesuch um Erlass provisorischer Maßnahmen, per sofort im Meisterschaftsbetrieb eingesetzt werden zu können, nachdem die Qualifikationskommission der SFL festgestellt hatte, dass ein endgültiger, vom CAS und vom Schweizer Bundesgericht³³ für rechtens befundener Entscheid der FIFA die Qualifikation neuer Spieler für den FC Sion während zwei aufeinander folgender voller Transferperioden (inkl. Sommertransferperiode 2011) verbieten würde. Das Gesuch wurde gestützt auf Art. 28 ZGB gutgeheißen. In der Folge wurden die Spieler von der SFL für ein Spiel gesperrt, da sie mit ihrem Gesuch an ein staatliches Gericht gelangten, und dadurch gegen das Reglement verstoßen hatten³⁴. Die damit verbundenen Gerichtsfälle sind derzeit bei diversen Ins-

tanzen rechtshängig. Deren Ausgang wird von der Sportrechtswissenschaft in einer Gesamtschau einst zu analysieren sein.

In Sportkreisen werden solche Aktionen von Sportlern nicht gerne gesehen, und vorsorgliche Verdikte staatlicher Gerichte als „Einmischung“ in Angelegenheiten der Sportverbände und Sportschiedsjustiz verstanden. Im Grundsatz ist es tatsächlich problematisch, wenn der drohenden Maßnahmenflut vor staatlichen Gerichten nicht (mehr) Einhalt geboten werden kann. Hierbei kann es aber nicht darum gehen, den staatlichen Richter als in Sportsachverhalten *per se* angeblich unkundig und zu wenig schnell auszuschließen (was in der Regel schlicht falsch ist), oder eine grundsätzliche Spezialbehandlung sportlicher Angelegenheiten zu fordern. Vielmehr sind – gerade vor der neuesten Fallserie zum FC Sion – grundsätzliche juristische bzw. prozessuale Fragen im Zusammenhang mit der von uns geforderten, gesamtheitlichen und ausgewogeneren Interessensabwägung in solchen staatlichen Massnahmeverfahren, aber auch konzeptionelle Fragen auf Seiten der Sportschiedsgerichtsbarkeit und der satzunggebenden Verbände zu erörtern.

Zunächst ist abzuklären, wer – d. h. der CAS oder ein staatliches Gericht – wann und unter welchen Prämissen für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen in sportbezogenen Streitigkeiten sachlich zuständig ist, bzw. ob die Anrufung staatlicher Gerichte für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen überhaupt Gegenstand einer Reglementierung sein bzw. deren Nichtbeachtung eine Reglementsverletzung darstellen kann.

III. Vorsorgliche Massnahmenzuständigkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit

1. CAS als internationales Sportschiedsgericht nach Schweizer Recht

Wird der CAS als Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz³⁵ tätig und haben die Parteien ihren Wohnsitz bzw. Sitz nicht in der Schweiz, entsteht ein internationaler Schiedssachverhalt³⁶ gemäß dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht³⁷. Insofern wird der CAS als ein schweizerisches, internationales Schiedsgericht tätig und wendet folglich das internationale Schiedsgerichtsrecht gemäß Art. 176 ff. IPRG an³⁸. Eine inter- oder supranationale (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit, welche losgelöst von einer nationalen Rechtsordnung existieren würde, gibt es damit in der Schweiz nicht. Sie ist deshalb auch im grenzüberschreitenden Verhältnis eine durch die staatliche Gesetzgebung der Schweiz geregelte Schiedsgerichtsbarkeit³⁹.

Haben demgegenüber alle Parteien des Schiedsverfahrens ihren Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz⁴⁰, so handelt es sich um ein nationales Schiedsverfahren gemäß Art. 353 ff. ZPO

30 Entscheid vom 22. 9. 2003 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen, Zivilabteilung, Z 033915 JOC, SpuRt 6/2003, S. 258 ff.; Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681): Art. 2 regelt die Nichtdiskriminierung der Staatsangehörigen einer Vertragspartei durch eine andere Vertragspartei.

31 Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 25. 1. 2010, 01 09 146 EZ07.

32 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, Juge délégué, Entscheid vom 24. 6. 2011, 87/2001/PHC.

33 BGer vom 12. 1. 2011, 4A_392/2010.

34 Tribunal de Martigny et St. Maurice, Entscheid vom 27. 9. 2011, C2 11 228.

35 Ausführlich Hans Michael Riemer, Sportrechts-Weltmacht Schweiz, Internationale Verbände und Schweizerisches Recht, Causa Sport 2004, S. 106 f., S. 106.

36 Ein internationales Verhältnis liegt dann vor, wenn einem Sachverhalt ein rechtsrelevanter Auslandsbezug zu Grunde liegt, etwa wenn ein Sportler deutscher Nationalität für einen internationalen Wettkampf, der in den USA stattfindet und von einem (internationalen) Sportverband mit Sitz in der Schweiz, der nach schweizerischem Recht konstituiert ist, gesperrt wird; ausführlich zum Begriff des internationalen Verhältnisses siehe IPRG-Komm., S. 5, B. Das internationale Verhältnis, Art. 1 N 10 ff.

37 IPRG (SR 291).

38 Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 6; Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 32, a) Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit.

39 Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 30 f.

40 Etwa im Fall „Muntwiler“, CAS-Entscheid A/2007/A/1278 & 1279, FC St. Gallen & FC Basel 1893 AG v/SFL & FC Zürich AG, (b) Anwendbares Recht, N 66., „Vorliegend handelt es sich um eine rein schweizerische Angelegenheit, das Verfahren unterliegt schweizerischem materiellen Recht und dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG)“.

(Binnenschiedsverfahren)⁴¹. Bis zum 31. 12. 2010 wurde diese Binnenschiedsgerichtsbarkeit durch das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit geregelt, welches mit dem Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. 1. 2011 aufgehoben worden ist⁴². Die neue Regelung (Art. 374 ZPO) für vorsorgliche Maßnahmen orientiert sich an der sogleich zu erörternden international privatrechtlichen Regelung Art. 183 IPRG und führt zum gleichen Resultat, entsprechend nachfolgend nur noch die internationale Verfahrensordnung beleuchtet wird.

2. Internationales Verfahren (Art. 183 IPRG)

Gemäß Art. 183 Abs. 1 IPRG kann das mit der (Haupt-)Sache befasste Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche Maßnahmen anordnen, sofern die Parteien keine die Maßnahmenzuständigkeit des Schiedsgerichts ausschließende Vereinbarung getroffen haben. Die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen kann sich zudem auch aus der von den Parteien gewählten Schiedsverfahrensordnung ergeben⁴³. Grundsätzlich vorausgesetzt ist aber immer, dass das Schiedsgericht bereits konstituiert ist⁴⁴. Wenn demnach noch kein Schiedsgericht konstituiert ist, kann von vornherein nur ein staatlicher Richter für die Anordnung von Maßnahmen angerufen werden⁴⁵. Dies ist meistens dann der Fall, wenn vorsorgliche Maßnahmen vor Anhebung des Hauptprozesses ergehen sollen und nicht mindestens der- oder diejenigen Schiedsrichter bereits bezeichnet worden sind, welche gemäß Schiedsordnung für die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen zuständig sein sollen⁴⁶. Sofern die von den Parteien gewählte oder vereinbarte Schiedsordnung aber ein permanentes Organ vorsieht, welches die Kompetenz der Anordnung von vorsorglichen Maßnahmen beschließen kann, fällt die Voraussetzung der vorgängigen Konstituierung des Schiedsgerichtes weg⁴⁷. Ist dies nicht der Fall, ist die Frage der Schiedsgerichts-konstituierung von erheblicher Bedeutung, insbesondere wenn in einem Sachverhalt ein Maßnahmenersuchen vor einem staatlichen Gericht droht, und z.B. ein Verband nicht einfach zuwarten will, bis der staatliche Richter dann tatsächlich eingeschaltet wird, sondern so schnell wie möglich und *ex ante* ein Schiedsverfahren mit begründetem Feststellungsinteresse einleiten will.

Entscheidend ist, dass Art. 183 Abs. 1 IPRG allein keine ausschließliche Kompetenz des Schiedsgerichtes begründet⁴⁸. Ist das Schiedsgericht bereits bestellt bzw. der oder die für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständigen Schiedsrichter bezeichnet (aber noch keine Maßnahme angeordnet) worden, kann eine Partei immer noch beim staatli-

chen Gericht vorsorgliche Maßnahmen beantragen. In diesem Fall kann nicht eingewendet werden, es sei eine Schiedsvereinbarung zur Regelung von Streitigkeiten in der Hauptsache getroffen worden und der staatliche Richter könne deshalb nicht um einstweiligen Rechtsschutz angegangen werden⁴⁹. Eine Schiedsvereinbarung steht der Anrufung der staatlichen Gerichtsbarkeit im einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich nicht entgegen⁵⁰.

Umstritten bzw. höchstrichterlich ungeklärt ist allerdings die Frage, ob die Parteien die Möglichkeit haben, die Zuständigkeit staatlicher Gerichte zur Anordnung vorsorglicher Maßnahmen vorab vertraglich auszuschließen bzw. ob derartige Ausschlüsse staatlicher Gerichte für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wirksam sind⁵¹. Im Gesetz explizit vorgesehen ist nur die Wegbedingung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu Gunsten staatlicher Gerichte⁵². Die konkurrierende Zuständigkeit von Schiedsgericht und staatlichem Richter für vorsorgliche Maßnahmen wird in der Lehre selbst dann bejaht, wenn nach der maßgeblichen Verfahrensordnung das Schiedsgericht hierzu zuständig ist⁵³. Einer Partei ist es daher auch dann nicht verwehrt, direkt beim staatlichen Richter den Erlass von Maßnahmen zu begehren⁵⁴. Eine Schiedsvereinbarung, die ausdrücklich vorsieht, dass die schiedsgerichtliche Zuständigkeit zwingend auch für vorsorgliche Maßnahmen besteht, würde demzufolge vor dem verfassungsrechtlich verankerten Recht des effektiven Rechtsschutzes nicht standhalten⁵⁵. Der Entscheid des Bundesgerichts im Fall „Cañas“ kann für diese Folgerung als mögliches höchstrichterliches Indiz herangezogen werden, demnach Vereinbarungen zwischen Sportlern und Sportorganisationen, die einen *ex ante*-Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit zum Inhalt haben, mangels eines freien Willensentschlusses des Sportlers von einem staatlichen Gericht nicht beachtet werden können⁵⁶. Dass die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ausdrücklich ausgeschlossen werden kann, ist daher als Mindermeinung zu betrachten⁵⁷.

Immerhin wird die Abbedingung des staatlichen Gerichts zu Gunsten der ausschließlichen Maßnahmenzuständigkeit des Schiedsgerichts vom Zeitpunkt abhängig gemacht werden können: So ist vor der Schiedshängigkeit ein Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich als unzulässig zu erachten, da dies gemäß herrschenden Ansichten eine Rechtsschutzverweigerung zur Folge hat. Die herrschende schweizerische Lehre geht aber davon aus, dass nach Eintritt der Schiedshängigkeit ein solcher Ausschluss – u. a. im Interesse der Verfahrenskonzentration – rechtmäßig ist⁵⁸. Diese Beschränkung der Ausübung der parallel bestehenden Maßnahmenkompetenz ergibt sich auch daraus, dass ein identisches Maßnahmenbegehren nicht gleichzeitig bei mehreren Instanzen gestellt werden darf⁵⁹. Demzufolge rückt die Frage des Eintritts der Schiedshängigkeit für die Sportschiedsgerichtsbarkeit wieder ins Zentrum. Letztlich geht es im Grunde genommen immer wieder darum, wie schnell ein Sportschiedsgericht in einer Angelegenheit konstituiert und „maßnahmefähig“ ist, und wie schnell es

41 Vgl. Urs Scherrer/Kai Ludwig (Hrsg.)/Remns Muresan/Martin Kaiser, Sportrecht, Eine Begriffserläuterung, 2. Auflage, Zürich 2011, S. 142 ff.

42 KSG (SR 279); Botschaft ZPO, a. a. O. (Fn. 13), S. 7399.

43 Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 195; Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 34.

44 Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 195; Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 23; Frank Vischer, in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Art. 183 N 1: „Vor der Konstituierung des Schiedsgerichts ist allein der staatliche Richter zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständig“ (zit.: ZK IPRG Vischer); weiter vorausgesetzt ist auch, dass von seiner Zuständigkeit in der Hauptsache auszugehen ist.

45 Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 38; ZK IPRG-Vischer, a. a. O. (Fn. 44), Art. 183 N 1: „Gemäss Art. 183 Abs. 1 kann das Schiedsgericht nach seiner Konstituierung auf Antrag einer Partei verbindlich vorsorgliche und sichernde Maßnahmen anordnen, [...]“.

46 Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 34.

47 Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 195.

48 Stephen V. Berti, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Art. 183 N 5 (zit.: BSK-Berti); ZK IPRG-Vischer, a. a. O. (Fn. 44), Art. 183, N 1: „[...] wobei das staatliche Gericht weiterhin konkurrierend zuständig bleibt.“; Fenners, a. a. O. (Fn. 3), S. 225, N 699: „Selbst wenn die Parteien ‚nichts anderes vereinbart haben‘ und das Schiedsgericht schon bestellt wurde, ist es für Begehren um vorsorgliche Maßnahmen nicht exklusiv zuständig“ (mit Übersicht über die dieser Ansicht zustimmenden Lehrmeinungen).

49 Roth, a. a. O. (Fn. 3), S. 34 f.

50 Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 144 f.

51 Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 146 (mit Hinweisen); Jens Adolphsen, Internationale Dopingstrafen, Tübingen 2003, S. 564 ff.

52 Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 29.

53 ZK IPRG-Vischer, a. a. O. (Fn. 44), Art. 183, N. 3.

54 ZK IPRG-Vischer, a. a. O. (Fn. 44), Art. 183 N 3, der festhält, dass die Exklusivität verneint wird (mit Hinweisen).

55 Fenners, a. a. O. (Fn. 3), S. 226, N 699; Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 146: „Man muss einkalkulieren, dass trotz einer eventuellen Exklusivvereinbarung im einstweiligen Rechtsschutz staatliche Gerichte wirksam angerufen werden können“.

56 BGE 133 II 235 ff., 241, E. 4.3.2.; Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 147 f.

57 BSK IPRG-Berti, a. a. O. (Fn. 48), Art. 183 N 5, sofern die Parteien ‚nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben, bleibt [...] auch jedes staatliche Gericht [...] zuständig.“

58 Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 30 (mit Hinweisen).

59 BSK IPRG-Berti, a. a. O. (Fn. 48), Art. 183 N 5.

selbst auf Maßnahmengesuche reagieren kann. Auch wenn man Schiedsgerichten für die Hauptsache immer noch mehr Sportlichkeit (in Bezug auf das Arbeitstempo) einräumen will, als staatlichen Gerichten, so gilt dies nicht für Maßnahmenangelegenheiten. Im Gegenteil: Hier verfügen die staatlichen Gerichte derzeit noch über entscheidende zeitliche und systematische Vorteile gegenüber der Sportschiedsgerichtsbarkeit.

Der erwähnte negative Effekt einer Schiedsklausel, also die Abbedingung staatlicher Gerichte, führt somit nach IPRG nicht dazu, dass Schiedsgerichte alleine zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständig wären⁶⁰. Eine Schiedsklausel begründet somit eine Schiedseinrede deshalb grundsätzlich nur im Hauptsacheverfahren, nicht aber in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes⁶¹. Unter dem IPRG können somit alternativ das angerufene Schiedsgericht wie auch die staatlichen Gerichte vorsorgliche Maßnahmen erlassen, und die Anrufung des staatlichen Richters zum Erlass vorsorglicher Maßnahme stellt auch keinen Verzicht auf die Anrufung des Schiedsgerichts in der Sache selber dar⁶².

3. Vorsorgliche Maßnahmen vor dem CAS (Art. R37 CAS-Code)

Der CAS stellt auch einstweiligen Rechtsschutz zur Verfügung⁶³. Die Verfahrensregeln des *Code de l'arbitrage en matière de sport* (CAS-Code) legen in Art. R37 die Möglichkeiten und die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Maßnahmen fest. Vorausgesetzt ist, dass ein Verfahren beim CAS bereits anhängig ist oder aber zeitgleich mit dem Maßnahmenbegehren eingeleitet worden ist. Der Sinn und Zweck des schiedsgerichtlichen Maßnahmenverfahrens liegt somit im vorläufigen Rechtsschutz während eines laufenden Schiedsverfahrens und nicht im Verfahren zur raschen Handhabung von Begehren, was auch voraussetzt, dass der Kläger alle verbandsinternen Rechtsmittel ausgeschöpft hat⁶⁴. Die interne Zuständigkeit zur Beurteilung von Maßnahmenbegehren durch den CAS hängt aber nicht nur vom Abschluss des verbandsinternen Instanzenzuges ab, sondern auch vom Stand des Hauptverfahrens: Bevor die Schriftsätze des Klägers und des Beklagten komplett sind, entscheidet der ständige Präsident der jeweiligen Kammer des CAS über ein Maßnahmenbegehren. Sobald die Akten vollständig sind, wechselt die gesamte Zuständigkeit – und damit auch die Zuständigkeit betreffend vorsorgliche Maßnahmen – zum Schiedsgericht, das für den konkreten Fall ernannt worden ist⁶⁵. Diese Rechtsschutzmöglichkeit für vorsorgliche Maßnahmen werden auch regelmäßig genutzt, wobei die meisten Maßnahmenfälle am CAS bislang entweder mit Doping oder Fußball zu tun hatten⁶⁶.

Ob ein expliziter *ex ante*-Verzicht für die Anrufung eines staatlichen Gerichts für die exklusive Anordnung vorsorglicher Maßnahmen durch den CAS rechtsverbindlich wäre, ist im Lichte der vorangehenden Feststellungen zu bezweifeln, auch wenn dies aus einer rein sportlichen Sicht zu begrüßen wäre. Der Zulässigkeit eines vorausseilenden Ausschlusses der staatlichen Gerichte (ohne konkreten Rechtsstreit vor dem CAS) durch eine besondere Vereinbarung wird vor allem die mangelnde Möglichkeit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch Schiedsgerichte entgegen-

gehalten, wobei dabei paradoxerweise gerade das Argument im Vordergrund steht, dass die Dauer bis zur Maßnahmenentscheidung bei Schiedsgerichten (inkl. CAS) meist länger dauert als bei staatlichen Maßnahmengereichten⁶⁷. Die Sportschiedsgerichtsbarkeit wird damit sozusagen mit ihren ureigenen Waffen geschlagen.

Bei vorsorglichen Maßnahmen im Sport ist somit stets von einer parallelen Zuständigkeit der Schiedsgerichte und der staatlichen Gerichtsbarkeit auszugehen. Diese parallele Zuständigkeit ist freilich für den einleitend erwähnten Harmonisierungsgedanken problematisch⁶⁸. Dies kann die einheitliche Rechtsdurchsetzung durch die Konkurrenz von staatlichem und schiedsgerichtlichem vorläufigem Rechtsschutz gefährden⁶⁹, was letztlich zu Rechtsunsicherheiten und sportlicher Unfairness im international organisierten Sportsystem führt⁷⁰. Die Alleinzuständigkeit des CAS für vorsorgliche Maßnahmen würde dagegen zumindest organisatorisch die Voraussetzung schaffen, dass der Rechtsschutz aus einer Hand gewährt wird⁷¹.

IV. Fazit

Der vorsorgliche Rechtsschutz ist gerade im Sport eine sehr effiziente prozessuale Waffe der Interessenvertretung. Das Wissen, vor staatlichen Gerichten mit Maßnahmenbegehren in der Regel zu reüssieren, birgt letztlich ein erhebliches Risiko für eine einheitliche Sportgerichtsbarkeit⁷². Dieses kann im *worst case* so weit gehen, dass die Sportschiedsgerichtsbarkeit in wichtigen Aspekten des Sports gänzlich in Frage gestellt wird⁷³. Zwar besteht im einstweiligen Rechtsschutz der Schweiz der Grundsatz des Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsachenentscheidung. Bei richterlichen Nominierungsentscheidungen sowie Entscheidungen betreffend kurzfristige Wettkampfsperren werden aber durch staatliche Maßnahmenentscheidungen regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen, weshalb ein Hauptsacheverfahren vor dem CAS obsolet werden kann⁷⁴. Die durch die Sportschiedsgerichtsbarkeit erstrebte Einheitlichkeit und Gleichbehandlung sind dadurch gefährdet, auch weil sich diese Probleme in wichtigen wettkampfrelevanten Bereichen (Zulassungen, Nominierungen, Dopingvergehen, etc.) relativ häufig stellen⁷⁵. Das sind sportimmanente Aspekte, die bislang vor allem bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen in staatlichen Maßnahmenverfahren weitestgehend zu Gunsten des Individualschutzes unterlegen sind. Das ist ein klarer Kritikpunkt an der bisherigen Maßnahmenpraxis staatlicher „Sportrichter“.

Die internationalen Sportverbände und das CAS hätten es demgegenüber aber auch selber in der Hand, das Risiko der parallelen Zuständigkeiten zu reduzieren bzw. die „Attraktivität“ ihrer zentralisierten Sportschiedsgerichtsbarkeit hoch zu halten⁷⁶. Der Sportschiedsgerichtsbarkeit kommt im Allgemeinen vor allem deshalb eine besondere Bedeutung zu, weil im Interesse der Sportler regelmäßig kurzfristige wichtige Fragen entschieden werden müssen. Sowohl Sportverbände als auch CAS sollten daher auch im wohlverstande-

60 Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 144: „Durch Schiedsgerichte gewährter vorläufiger Rechtsschutz ist allerdings kein exklusiver. Vielmehr existiert (weltweit) eine parallele Zuständigkeit von staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten zum Erlass einstweiliger Maßnahmen“.

61 Walther, a. a. O. (Fn. 9), Rz. 21 (mit Hinweisen).

62 Wyss, a. a. O. (Fn. 12), S. 195.

63 Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 496 ff.; Netzle, a. a. O. (Fn. 5), S. 133 ff.

64 Netzle, a. a. O. (Fn. 5), S. 134 f.; Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 496.

65 Netzle, a. a. O. (Fn. 5), S. 135, unter Bezugnahme auf Art. R37 Abs. 2 CAS-Code; Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 496.

66 Eine Liste findet sich bei Netzle, a. a. O. (Fn. 5), S. 143 ff.

67 Oschütz, a. a. O. (Fn. 2), S. 403.

68 Wax, a. a. O. (Fn. 4), S. 145.

69 Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 496.

70 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 146.

71 Oschütz, a. a. O. (Fn. 2), S. 400.

72 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 143.

73 Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 564.

74 Adolphsen, a. a. O. (Fn. 51), S. 472: „Ihre besondere Brisanz erlangen einstweilige Rechtsschutzverfahren im Sport dadurch, dass sie, vor allem wenn die Teilnahme an einem bestimmten Wettkampf begehrt wird, auf den Erlass einer Leistungsverfügung gerichtet sind, die die Hauptsache vorwegnimmt und häufig entbehrlich macht“.

75 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 144.

76 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 146.

nen eigenen Interesse ihr Bemühen daran setzen, die verbandsexterne Schiedsgerichtsbarkeit für die Athleten als *fast track* auszugestalten. Gerade in Bezug auf vorsorgliche Maßnahmen vor dem CAS ist zu diskutieren, ob als Voraussetzung für deren Anordnung – wie zur Begründung einer staatlichen Maßnahmenzuständigkeit im Falle der Anfechtung von Vereinsbeschlüssen gemäß Art. 75 ZGB, wo die Ausschöpfung aller verbandsinternen Rechtsmittel unbestrittenmaßen im Regelfall Prozessvoraussetzung sein muss⁷⁷ – auch alle verbandsinternen Rechtsmittel erschöpft sein müssen. Dies kann im Einzelfall dem Grundgedanken des vorläufigen Rechtsschutzes diametral zuwiderlaufen, da gerade kein sofortiger Rechtsschutz möglich ist⁷⁸.

Die Schnelligkeit in der Entscheidungsfindung ist dabei neben der Unabhängigkeit nicht ein zentrales, sondern das entscheidendste Element der Sportgerichtsbarkeit⁷⁹. Wie wichtig der zeitliche Aspekt in der Sportschiedsgerichtsbarkeit für einen sportlichen Wettkampf ist, lässt sich an der *ad hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit des CAS während den Olympischen Spielen verdeutlichen, die seit den Olympischen Spielen in Atlanta 1996 gängige Praxis ist. Hierzu werden die CAS-Richter vor Ort bereitgehalten, um binnen 24 Stunden

eine Streitigkeit hauptsächlich zu erledigen⁸⁰. Diesem System spielt zusätzlich in die Hände, dass Beschwerden gegen CAS-Entscheide (als Entscheide der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit) beim Bundesgericht selbst im Falle von Gestaltungsurteilen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 77 Abs. 2 BGG i. V. m. Art. 103 Abs. 1 BGG), und deren Aufhebung von der unterliegenden Partei zu beantragen ist.

Da betreffend vorsorgliche Maßnahmen – zumindest nach Schweizer Recht – kein Sportler gezwungen werden kann, nicht vor ein staatliches Gericht zu gehen, sind die Verbände und der CAS speziell gefordert, eine effektive(re) Alternative zum staatlichen vorläufigen Rechtsschutz zu schaffen, oder aber im Falle drohender Rechtsgänge vor staatliche Gerichte selbst schneller – auch mit eigenen Maßnahmenbegehren (vor dem CAS oder einem staatlichen Gericht) – aktiv einzuschreiten bzw. das Spektrum taktischer Prozessführung selbst besser für eigene Interessen auszunutzen. Im Einzelfall wäre dies jedenfalls mit Sicherheit möglich und vorteilhafter, als drohendes Ungemach einfach mit dem üblichen Verweis über sich ergehen zu lassen, staatliche Maßnahmenentscheide würden das Sportsystem zerstören.

77 Summermatter, a. a. O. (Fn. 19), S. 356 (mit weiteren Hinweisen).

78 Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 25. 1. 2010, 01 09 146, EZ07, E. 2.

79 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 147.

80 Schleiter, a. a. O. (Fn. 10), S. 146 f.

Die Befristung von Arbeitsverträgen – Bereichsausnahme für den Profisport?

Von Rechtsanwalt/Notar Paul-Werner Beckmann und
Rechtsreferendar Jan F. Beckmann, Herford¹

I. Einleitung

Während fast 10% aller „normalen“ Beschäftigten zunächst befristet arbeiten (laut DGB ein „unerträgliches Maß“²), ist z. B. im bezahlten Fußball ein befristeter Vertrag die Regel³. Unbefristete Arbeitsverträge sind dort so gut wie unbekannt. Dieses Missverhältnis überrascht angesichts der Tatsache, dass professionelle Mannschaftssportler wie beispielsweise die Spieler der Fußball- oder Handballbundesligen von der Rechtsprechung⁴ und einem Teil der Literatur⁵ grundsätzlich als Arbeitnehmer eingestuft werden. Gleiches gilt für ihre Vereinstrainer⁶. *Linck* be-

tont, dass daran auch die zum Teil exorbitanten Vergütungen nichts änderten, weil hiervon der Arbeitnehmerstatus nicht abhängt⁷. Diese Ansicht ist seit jeher auf Kritik gestoßen⁸, die hier nicht in allen Einzelheiten wiedergegeben werden soll. Natürlich darf das verständliche Unbehagen, das die Vorstellung hervorruft, Bastian Schweinsteiger verdiene den gleichen arbeitsrechtlichen Schutz wie der von *Richardi* als Leitfigur benannte Fabrikarbeiter⁹, nicht den Blick vor der Tatsache verschließen, dass die breite Masse der professionellen Mannschaftssportler mit anderen Bedingungen zurechtkommen muss als die Größen der Szene. Der herrschenden Ansicht kann aber jedenfalls eines entgegeng gehalten werden: Wer A sagt, muss auch B sagen. Die von *Linck* – folgerichtig – aufgestellte These, das Arbeitsrecht sei auf Vertrags- und Lizenzfußballspieler „mit allen Rechtsfolgen anzuwenden“¹⁰, wird jedoch nicht durchgehalten. Besonders anschaulich zeigt sich dies am Beispiel der Befristung der „Arbeitsverträge“ im Profisport.

1 Der Autor Paul-Werner Beckmann ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Herford sowie Gründungsvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sportrecht im DAV. Jan Friedrich Beckmann ist Rechtsreferendar am Hanseatischen OLG Hamburg.

2 Aufruf vom 26. 1. 2011 zum Aktionstag „Arbeit – sicher und fair!“ am 24. 2. 2011, siehe www.dgb.de.

3 *Hilpert*, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland (2007), S. 184.

4 BAG v. 16. 1. 1979 – 5 AZR 339/70 = AP BGB § 138 Nr. 29; v. 17. 1. 1979 – 5 AZR 498/77 = AP BGB § 611 Berufssport Nr. 2; LAG Sachsen v. 30. 9. 1997 – 4 Ta 167/97 = BeckRS 1997, 30823132; vgl. auch BGH v. 20. 3. 2002 – 5 StR 448/01 = NJW 2002, 1963.

5 Vgl. nur *ErfK/Preis*, 11. Aufl. 2011, § 611 BGB Rn. 95; *Fritzweiler/Pfister/Summerer/Fritzweiler*, Praxishandbuch Sportrecht, 2. Auflage 2007, S. 251; zuletzt *Fröblich/Strauf*, NZA 2011, 843 (843 f.).

6 BAG v. 4. 12. 2002 – 7 AZR 492/01 = NZA 2003, 611; BAG v. 10. 5. 1990 – 2 AZR 607/89 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 51; *Dieterich*, NZA 2000, 857; *Moll/Reiserer*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 50.

7 *Schaub/Linck*, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage 2011, § 188 Rdn. 9.

8 *Menke*, Profisportler zwischen Arbeitsrecht und Unternehmertum – ein Beitrag zum Arbeitnehmerbegriff am Beispiel des Berufsfußballers (2006), passim; *Fischer*, FA 2003, 136; *W. Seitz*, NJW 2002, 2838 (2839); *Schimke/Menke*, SpuRt 2007, 182; *P.-W. Beckmann*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (2006), S. 1145–1168.

9 *MünchArbR/Richardi*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 47.

10 *Schaub/Linck*, Arbeitsrechtshandbuch, § 188 Rn. 9. Ähnlich *Dieterich*, NZA 2000, 857.