

Nach der mündlichen Verhandlung am BGH im Pechstein-Verfahren: Noch ist alles möglich!

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

Am 08.03.2016 fand die von vielen Seiten erwartete mündliche Verhandlung im Pechstein-Verfahren vor dem Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) statt. Ein Verkündungstermin wurde seitens des Senats auf den 07.06.2016 festgesetzt, so dass die Verhandlung trotz eines großen Medienaufgebots mangels eines abschließenden, spektakulären und schlagzeilenträchtigen Urteils in der Berichterstattung letztlich zumeist nur die hinteren Nachrichtenplätze einnahm – wenn überhaupt. Aus juristischer Sicht handelte es sich indes um einen Leckerbissen! Der Kartellsenat ließ keine deutliche Tendenz hinsichtlich der von ihm favorisierten Rechtsansicht erkennen – vielleicht hatte sich zuvor eine solche angesichts der überaus komplexen Rechtsprobleme auch tatsächlich noch nicht herausgebildet. Nachfolgend sollen in Anlehnung an den Prozessverlauf die ausgetauschten rechtlichen Argumente analysiert und bewertet werden, ohne dass jedoch eine Prognose über den weiteren Gang des Verfahrens gewagt werden soll.

Einführung in den Streitstand durch die Vorsitzende des Kartellsenats

Eingangs ließ die Vorsitzende erkennen, wo der Kartellsenat in dem komplexen Verfahren, das allein die Zulässigkeit der von Claudia Pechstein gegen die Internationale Eislaufunion (ISU) erhobene Klage betrifft, aber gleichwohl enorme Sprengkraft für die Sportschiedsgerichtsbarkeit birgt, die inhaltlichen Schwerpunkte sieht. Deren Auswahl ist von erheblicher Bedeutung, handelt es sich bei den einzelnen Rechtsfragen doch gleichsam um Stellschrauben, die nach Auffassung des Kartellsenats je nach Justierung Auswirkungen auf die weitere rechtliche Bewertung haben.

1. Stellschraube: Deutsches oder europäisches Kartellrecht?

Ein wenig überraschend ist die Selbstverständlichkeit, mit der der Kartellsenat von der Anwendung deutschen Kartellrechts – im konkreten Fall: § 19 Absätze 1 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – auszugehen scheint. Denn immerhin sprechen, wie der Vertreter des Bundeskartellamts in seiner späteren Stellungnahme im Detail darlegte, gute Gründe dafür, im Fall der international

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, wissenschaftlicher Leiter des Weiterbildungsstudiengangs „LL.M. Sportrecht (Universität Bayreuth)“, Richter am OLG Nürnberg a.D., Vorsitzender Richter am Ständigen Schiedsgericht für den Bereich des DEB sowie Schiedsrichter am Deutschen Sportschiedsgericht.

startenden Eisschnellläuferin Claudia Pechstein einen Bezug zum Binnenmarkt und damit eine Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts – Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise in der Europäischen Union (AEUV) – anzunehmen. Es ist letztlich aber kaum zu erwarten, dass die geringen inhaltlichen Abweichungen zwischen den genannten Normen Einfluss auf die (kartell-)rechtliche Bewertung durch das Gericht haben werden. Damit soll diese *1. Stellschraube* für die weiteren Betrachtungen ausgeblendet werden.

2. Stellschraube: Ließ sich Claudia Pechstein freiwillig auf die Schiedsvereinbarung ein?

Die Vorinstanzen, d.h. das Landgericht München I (LG München I) und das Oberlandesgericht München (OLG München), hatten jeweils angenommen, dass Claudia Pechstein ohne Unterzeichnung der von der ISU vorformulierten Wettkampfmeldung einschließlich der dort verankerten Schiedsklausel nicht an den Eisschnelllauf-Mehrkampfweltmeisterschaften 2009 in Hamar (Norwegen) hätte teilnehmen können. Anerkanntermaßen kann man aber nur freiwillig auf den Zugang zu staatlichen Gerichten verzichten, der durch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung bezweckt wird. Lag im Fall Pechstein also ein faktischer Zwang vor, der zur rechtlichen Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung führen könnte? Falls ja, so könnte man argumentieren, würden die verschiedenen Sportschiedsverfahren, die die Eisschnellläuferin durchlaufen hat, einer rechtlichen Grundlage entbehren und der von der Eisschnellläuferin eingeschlagene Weg zu den deutschen staatlichen Gerichten wäre eröffnet. Mit anderen Worten: In diesem Fall könnte die Zulässigkeit der Klage vor staatlichen Gerichten nicht am Abschluss der – unwirksamen – Schiedsvereinbarung scheitern.

3. Stellschraube: Handelt es sich beim Court of Arbitration for Sport (CAS), der Claudia Pechstein verurteilte, um ein unabhängiges und neutrales Schiedsgericht?

Wenn man die strukturelle Unabhängigkeit und Neutralität des CAS – wie das OLG München – verneint, könnte sich dieser Umstand gleichfalls auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und damit auf die Zulässigkeit nachfolgender Klagen vor staatlichen Gerichten auswirken. Der Senat wies in diesem Zusammenhang auf die starke Rolle der Sportverbände bei der Bestimmung der Schiedsrichterliste am CAS sowie auf den Umstand hin, dass der Generalsekretär des CAS unter bestimmten Voraussetzungen bei einem dreiköpfigen Spruchkörper den Vorsitzenden des Schiedsgerichts ernannt. Im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit eher ungewöhnlich ist auch der Umstand, dass vor Unterzeichnung eines CAS-Schiedsspruchs dieser dem Generalsekretär des CAS zu senden ist, der Berichtigungen der bloßen Form vornehmen und die Aufmerksamkeit des Schiedsgerichts auf fundamentale Grundsatzfragen lenken kann.

4. Stellschraube: Gibt es sachliche Gründe, die die Durchführung von Verfahren vor Sportschiedsgerichten – auch solchen mit den in den beiden vorgehenden Abschnitten angedeuteten Defiziten – rechtfertigen können?

In diesem Zusammenhang listete der Kartellsenat die allgemein anerkannten Vorzüge der Sportschiedsgerichtsbarkeit auf, insbesondere die weltweite Einheitlichkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit, die Vermeidung divergierender Entscheidungen durch Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis in einem

rechtlichen Sondergebiet, mit dem Richter an staatlichen Gerichten zumeist nicht vertraut sind. Es ist jedoch sehr umstritten, ob und – wenn ja – inwieweit diese unbestreitbaren Vorteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit die Annahme einer unwirksamen, weil faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarung oder einen vom OLG München angenommenen Verstoß gegen das Kartellrecht rechtfertigen könnten.

5. Stellschraube: Handelt es sich beim CAS um ein echtes Schiedsgericht?

Nur Entscheidungen sogenannter echter Schiedsgerichte, die bestimmte rechtsstaatliche Mindestvoraussetzungen erfüllen müssen, sind hinsichtlich Wirkung und Vollstreckbarkeit den Entscheidungen staatlicher Gerichte vergleichbar. Das OLG München hatte in der Berufungsinstanz trotz geäußerter Zweifel die Frage offen gelassen, ob es sich beim CAS tatsächlich um ein solches echtes Schiedsgericht handelt. Sollte man diese Frage verneinen, würde dies die inzwischen über Jahrzehnte bewährte internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit in ihren Grundfesten erschüttern und würde die Zulässigkeit der von Claudia Pechstein erhobenen Klage vor deutschen staatlichen Gerichten zumindest begünstigen.

Weitere juristische Stellschrauben, die bei der Einführung in den Streitstand nicht erwähnt wurden

Zwar sollte man die Auswahl der vom Kartellsenat bei der Einführung in den Streitstand aufgelisteten juristischen Stellschrauben nicht überbewerten. Auffällig ist jedoch, dass zwei Umstände, die im Zentrum der rechtlichen Erwägungen des LG München I sowie des OLG München gestanden hatten, keine Erwähnung fanden. Die Sportschiedsgerichtsbarkeit insbesondere auch des CAS zeichnet sich dadurch aus, dass auf diesem Weg die Austragung von sportrechtlichen Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten vermieden werden soll. Damit sind zwei wichtige Aspekte verbunden:

6. Stellschraube: Verstößt der CAS-Schiedsspruch gegen den ordre public?

Zunächst kann die unterlegene Partei die Entscheidung eines echten Schiedsgerichts vor einem staatlichen Gericht in einem Aufhebungsverfahren nur noch sehr cursorisch in rechtlicher Hinsicht überprüfen lassen. In diesem Zusammenhang kommt Verstößen gegen die öffentliche Ordnung (ordre public) eine erhebliche Bedeutung zu. Ein solcher Verstoß eines Schiedsspruchs gegen den ordre public liegt vor, wenn die Verletzung einer Rechtsvorschrift zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist und in diesem Sinn die elementaren Grundlagen der Rechtsordnung verletzt. Einen solchen Verstoß hatte das OLG München darin erblickt, dass Claudia Pechstein sich der Gerichtsbarkeit CAS und damit eines nach seiner Auffassung strukturell nicht unabhängigen und neutralen Sportschiedsgerichts unterworfen habe.

7. Stellschraube: Ist Claudia Pechstein mit dem Einwand der unwirksamen Schiedsvereinbarung präkludiert?

Daneben soll bei Schiedsgerichtsverfahren verhindert werden, dass ein staatliches Gericht bei der Anerkennung bzw. Vollstreckbarerklärung etwa einer Entscheidung des CAS (oder eines echten Schiedsgerichts im Allgemeinen) diesen Schiedsspruch

in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nochmals vollumfänglich nachprüft (Verbot der sogenannten *révision au fond*). Wer sich auf ein Verfahren vor einem echten Schiedsgericht einlässt, kann – wie zuvor beschrieben – einen Schiedsspruch im Aufhebungsverfahren von einem staatlichen Gericht überprüfen lassen, soll aber den gleichen Rechtsstreit nicht noch einmal vor staatlichen Gerichten – gleichsam als Superrevisionsinstanz – austragen dürfen. Dies leuchtet ein, denn echte Schiedsgerichte sollen ja an die Stelle staatlicher Gerichte mit ihrem Instanzenzug treten. Deshalb soll eine Partei in einem Schiedsverfahren möglichst frühzeitig etwaige Mängel dieses Verfahrens geltend machen und nicht zurückhalten, um sich auf diese Weise für den Fall eines für sie ungünstigen Schiedsspruchs doch noch eine staatliche Gerichtsinstanz zu sichern. Insoweit hatte das LG München I festgestellt, Claudia Pechstein habe im Verfahren vor dem CAS zu keinem Zeitpunkt die ihrer Meinung nach fehlende Freiwilligkeit bei der Unterzeichnung der Schiedsklausel und damit die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung geltend gemacht. Dies könnte weitreichende Konsequenzen haben: Damit hätte Claudia Pechstein das Fehlen einer wirksamen Schiedsvereinbarung vor staatlichen Gerichten nicht mehr rügen können, denn es wäre insoweit eine sogenannte Präklusion eintreten. Folglich wäre – wie vom LG München I, nicht jedoch vom OLG München angenommen – Claudia Pechsteins Klage unzulässig.

Können nun aus dem Umstand, dass diese Aspekte, d.h. ein etwaiger Verstoß des CAS-Schiedsspruchs gegen *ordre public* und der Präklusionseinwand, im Rahmen der Einführung in den Streitstand unerwähnt blieben, etwaige Rückschlüsse gezogen werden? Sieht der Kartellsenat diese wichtigen rechtlichen Gesichtspunkte vielleicht als eher unproblematisch an? Dies lässt sich nicht klar beantworten. Denn zum Abschluss der mündlichen Verhandlung knüpfte eine Frage des Berichterstatters, d.h. des mit der Erarbeitung eines Urteilsentwurfs beauftragten Mitglieds des Kartellsenats, unmittelbar an den Aspekt eines vom OLG München bejahten Verstoßes gegen den *ordre public* an. Der Präklusionseinwand hingegen wurde in der mündlichen Verhandlung vom Kartellsenat nicht ausdrücklich thematisiert. Sollte der Kartellsenat im Sinn haben, die Klage aus diesem Grund als unzulässig abzuweisen, hätte er eigentlich von einem Vertiefen der anderen Aspekte (siehe insbesondere die *Stellschrauben 2. bis 5.*) absehen können. Zudem wäre es in diesem Fall nicht ungewöhnlich gewesen, wenn die Vorsitzende Richterin den Parteien nochmals explizit Gelegenheit gegeben hätte, sich zu diesem Punkt zu äußern.

Rechtliche Stellungnahme des Prozessvertreters der ISU

Der Prozessvertreter der in der Berufungsinstanz vor dem OLG München unterlegenen Partei, d.h. der ISU (sogenannte Revisionsklägerin), orientierte sich bei seiner anschließenden rechtlichen Stellungnahme zunächst an den vom Kartellsenat vorgegebenen Stellschrauben.

Wenig überraschend ging er von der Unabhängigkeit und Neutralität des CAS aus (3. *Stellschraube*). Dabei stellte er die Annahme („Kunstgriff“) des OLG München infrage, dass die Verbände bei der Organisation des CAS und der Aufnahme von Schiedsrichtern in die Schiedsrichterlisten ein Übergewicht hätten. Seinen „wichtigsten Einwand“ erblickte er darin, dass Sportverbände nicht stets gleichgerichtete Interessen hätten, dass Verbände Dopingverstöße in gleichem Maße wie Sportler (mit Ausnahme der Dopingsünder) missbilligen und für deren

Sanktionierung eintreten würden und dass zahlreiche Verbandsvertreter frühere Athleten seien, es also zu einer „Durchmischung“ dieser Interessengruppen komme.

Bewertung: In diesem Zusammenhang drängt sich freilich die in der bisherigen Diskussion vernachlässigte Frage auf, weshalb der CAS bei der Besetzung seiner Schiedsrichterliste den Sportverbänden von Anfang an ein so starkes, Kritik geradezu herausforderndes Gewicht eingeräumt hat. Zwingend ist ein solches Vorgehen nicht, vielmehr könnte man die Aufnahme von Sportjuristen in eine Schiedsrichterliste wie etwa auch die Einsetzung eines ständigen Schiedsgerichts in die Hände einer Instanz legen, die über jeden Verdacht der Parteilichkeit erhaben ist. So ist etwa der Verfasser als Vorsitzender einer Kammer des Ständigen Schiedsgerichts eines deutschen Sportverbandes durch die Industrie- und Handelskammer am Sitz des Sportverbandes ermittelt und ausgewählt worden. Natürlich könnte man ein Dreierschiedsgericht auch durch die Parteien selbst einsetzen lassen, indem jede Partei einen Schiedsrichter benennt, die sich sodann auf einen Vorsitzenden einigen. Der paritätische Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts wird in einem solchen Fall außer Frage stehen, freilich kostet dieses Verfahren mehr Zeit.

Sodann wandte sich der Prozessvertreter der ISU dem Aspekt der Freiwilligkeit der Schiedsvereinbarung zu. Wer als Beobachter des Verfahrens – wie etwa der Verfasser – geglaubt haben sollte, im Rahmen der umfassenden wissenschaftlichen Diskussion des Pechstein-Verfahrens seien schon alle relevanten rechtlichen Ansätze vorgebracht worden, wurde eines Besseren belehrt. So seien in der Vorinstanz die Konsequenzen einer unterstellten Streichung der Schiedsklausel durch Claudia Pechstein nicht festgestellt worden. Es hätte nach Auffassung des Prozessvertreters und somit der ISU also durchaus sein können, dass die Athletin auch im Falle der Streichung allein der Schiedsklausel und der Unterzeichnung der Wettkampfmeldung im Übrigen zu dem Sportwettkampf zugelassen worden wäre.

Bewertung: Beweisbelastet wäre insoweit die Athletin gewesen. Der Beweis hätte von ihr jedoch nur geführt werden können, wenn sie die Streichung der Klausel tatsächlich vorgenommen und sodann die ungewisse Reaktion der ISU abgewartet hätte. Angesichts des Wortlauts typischer Athletenerklärungen, Wettkampfmeldungen etc. geht von diesen im Hinblick auf die Streichung einzelner Klauseln durch Athleten eine zumindest abschreckende Wirkung aus. Zudem sollte man meinen, auch Sportverbände müssten ein Interesse daran haben, dass sich Athleten in der Phase der Wettkampfvorbereitung voll und ganz auf den sportlichen Wettkampf konzentrieren können (und nicht gleichzeitig durchzuführende juristische Scharmützel mit ungewissem Ausgang). Solche „sportlich-juristischen Mehrkampf Wettbewerbe“ müssen im Interesse aller Beteiligten vermieden werden.

In einem nächsten Schritt ging der Prozessvertreter der ISU auf die kartellrechtliche Bewertung des Ausgangsfalls ein. So sei die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die wie im Ausgangsfall zustande gekommen (also faktisch aufgezwungen) seien, nach schweizerischem Recht anerkannt.

Bewertung: Wie der Verfasser an anderer Stelle im Detail dargelegt hat (SchiedsVZ 2015, 78, 84), ist die Rechtsprechung des schweizerische Bundesgerichts in diesem Punkt indes keineswegs so klar und eindeutig, wie in der Diskussion oftmals suggeriert wird.

Zudem zweifelte der Prozessvertreter die für die kartellrechtliche Bewertung wichtige These des OLG München an, bei wirksamem Wettbewerb, der wegen der

Monopolstellung der ISU jedoch nicht vorliege, hätte die Eisschnellläuferin keine andere Wahl gehabt, als sich der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS zu unterwerfen. Die Statuten der World Anti-Doping Agency (WADA-Code) würden vorschreiben, dass Sportverbände ihre Mitglieder der Schiedsgerichtsbarkeit des CAS unterwerfen müssten, eine vergleichbare Forderung stelle das Internationale Olympische Komitee (IOC) auf; bei Nichtbeachtung wäre der Eisschnelllauf möglicherweise nicht olympisch. Die Bundesrepublik Deutschland habe sich durch das UNESCO Übereinkommen gegen Doping im Sport völkerrechtlich verpflichtet, den WADA Code national durchzusetzen. Damit hätte die ISU gar nicht anders handeln können. Zudem gebe es im Boxsport einen Vergleichsmarkt, in dem – ausnahmsweise – vier verschiedene Boxverbände miteinander im Wettbewerb ständen, von denen einer seinen Athleten eine Unterwerfung unter die CAS-Schiedsgerichtsbarkeit vorschreibe. Damit habe die ISU letztlich gar nicht anders handeln können.

Bewertung: Die Argumentation klingt auf den ersten Blick plausibel. Wenn ein (potentiell) wettbewerbswidriges Verhalten – wie nach Auffassung des OLG München das Verhalten der ISU – durch nationale Gesetzesregelungen angeordnet wird, findet das Kartellrecht in der Tat keine Anwendung. Deutsche Gerichte haben das UNESCO Übereinkommen gegen Doping im Sport wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden. Die Gewährleistungen des UNESCO Übereinkommens beeinflussen auch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Text des Übereinkommens dient auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt. Damit hätte sich trotz des UNESCO Übereinkommens gegen Doping im Sport der Vorwurf der Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die Athleten durch die Sportverbände faktisch aufgezwungen werden, keineswegs erledigt. Es sei unterstellt, dass ein Rechtsanwender – anknüpfend an die 2. *Stellschraube* – davon ausgeht, dass die Freiwilligkeit des Verzichts auf Anrufung der staatlichen Gerichte durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung „eine unaufgebbare verfassungsrechtliche Prämisse“ sei (so der ehemalige Richter am Bundesverfassungsgericht Udo Steiner). Sodann könnte man berechtigte Zweifel an der Vereinbarkeit der weit verbreiteten Praxis faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen mit dem durch das deutsche Grundgesetz (Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG) und die Europäische Menschenrechtskonvention (Artikel 6 Absatz 1 EMRK) geforderten Freiwilligkeitspostulat hegen. Sodann müssten hierzulande der WADA-Code und das UNESCO Übereinkommen gegen Doping im Sport in einer Art und Weise angewendet werden, dass Verstöße gegen die genannten Vorschriften ausgeschlossen sind (sogenannte verfassungskonforme Auslegung).

Schließlich betonte auch der Prozessvertreter der ISU die Vorzüge der Sportschiedsgerichtsbarkeit (4. *Stellschraube*). Es gebe „keinen Sportschiedsgerichtshof“ und damit auch „keine Alternative zum CAS“.

Bewertung: Nur beim letztgenannten Gesichtspunkt kann man geteilter Meinung sein. Dies bedeutet für die Kritiker des CAS indes nicht zwangsläufig, dass die entsprechenden Verfahren vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden sollten!

Erwartungsgemäß arbeitete der Prozessvertreter zum Abschluss im Hinblick auf das Ausgangsverfahren wie zuvor schon das LG München I die Präklusionsproblematik

heraus (7. *Stellschraube*). Claudia Pechstein habe sich auf ein Verfahren vor dem CAS eingelassen, ohne bereits dort den Einwand der unwirksamen Schiedsvereinbarung geltend zu machen, was ihr durchaus möglich gewesen sei; dies sei ein „klassisches widersprüchliches Verhalten“.

Bewertung: Für nicht wenige Beobachter des Pechstein-Verfahrens handelt es sich bei der 7. *Stellschraube* um die rechtliche Achillesferse der von der Eisschnellläuferin erhobenen Klage.

Rechtliche Stellungnahme des Prozessvertreters der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein

Zunächst wurde für die Eisschnellläuferin (sogenannte Revisionsbeklagte) klargestellt, dass sie sich nicht generell gegen die internationale Schiedsgerichtsbarkeit wende, sondern nur einfordere, „was deutsches Recht vorsieht“. Zudem bezweifele sie nicht die generelle Integrität der am CAS zugelassenen Schiedsrichter. Der CAS in seiner derzeitigen Ausgestaltung erfülle aber nicht die Mindestvoraussetzungen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für Schiedsverfahren aufgestellt habe. Zudem wies der Prozessvertreter auf eine denkbare Alternative zur bisherigen Praxis der Sportschiedsgerichtsbarkeit hin: So könne der nationale Gesetzgeber durchaus die Durchführung von Verfahren vor Sportschiedsgerichten verbindlich vorschreiben, der deutsche Gesetzgeber habe aber hiervon bislang keinen Gebrauch gemacht. Dies sei aber ein Gedanke, „mit dem man sich anfreunden kann, auch wenn man die Sportschiedsgerichtsbarkeit befürwortet“.

Bewertung: Wenn der deutsche Gesetzgeber sich zu einem solchen Schritt entschließen sollte, könnten hierdurch einige derzeit sehr umstrittene Rechtsfragen zumindest im Anwendungsbereich des Gesetzes endgültig geklärt werden:

- So könnten (und sollten) in einem solchen Gesetz Mindestvoraussetzungen an die Sportschiedsgerichtsbarkeit etwa hinsichtlich der Zusammenstellung einer Schiedsrichterliste oder eines ständigen Schiedsgerichts, hinsichtlich der Unabhängigkeit der Schiedsrichter etc. aufgestellt werden.
- Zudem wären sodann (sport)schiedsgerichtliche Verfahren nicht länger dem Einwand ausgesetzt, dass sie auf faktisch aufgezwungenen, mithin nicht freiwilligen Schiedsvereinbarungen beruhen würden (2. *Stellschraube*). Allerdings bringt der Gesetzgeber in der Begründung zu § 11 des Anti-Doping-Gesetzes durch eine sog. „Klarstellung“ zum Ausdruck, die Vorschrift diene „insgesamt lediglich dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit des Abschlusses von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlerinnen und Sportlern mit den Verbänden auszuräumen“ – ein Aspekt, auf den in der mündlichen Verhandlung vor dem Kartellsenat des BGH keine Seite vertieft einging.
- Und schließlich wäre mangels unternehmerischer, sondern gesetzlich angeordneter Tätigkeit solcher Sportsschiedsgerichte – wie bereits erwähnt – der Anwendungsbereich des Kartellrechts von vornherein nicht eröffnet.

Angesichts dieser erheblichen Vorteile überrascht es rückblickend, dass trotz (sport)politisch günstiger Winde der nationale Gesetzgeber im Rahmen der Diskussion des Anti-Doping-Gesetzes die Chance nicht genutzt hat, § 11 des Anti-Doping-Gesetzes entsprechend auszugestalten.

Hinsichtlich des Präklusionseinwandes (7. *Stellschraube*) vertrat Claudia Pechsteins Prozessvertreter die Auffassung, die Präklusion sei ein massiver Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör und würde deshalb eine klare gesetzliche Anordnung

erfordern. Es gehe zu weit, von der Klägerin zu erwarten, Mängel etwa hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung so früh wie möglich geltend zu machen.

Bewertung: Diese Argumentation findet in der bisherigen Diskussion der Rechtsproblematik in der Rechtsprechung sowie im wissenschaftlichen Schrifttum allenfalls geringen Widerhall. Daher bleibt abzuwarten, ob und – wenn ja – wie der Kartellsenat sich in dieser Rechtsfrage positionieren wird.

In einem weiteren Schritt arbeitete der Prozessvertreter heraus, dass unabhängig von einer etwaigen Unwirksamkeit der von der Klägerin unterzeichneten Schiedsvereinbarung nach deutschem (Kartell-)Recht oder schweizerischem Recht die Unwirksamkeit daraus folge, dass die vom EGMR aufgestellten Mindestanforderungen an Schiedsgerichte nicht erfüllt seien. In diesem Zusammenhang bezweifelte er insbesondere die Unabhängigkeit des International Council of Arbitration for Sport (ICAS), das für die Zusammenstellung der Schiedsrichterliste am CAS zuständig und – anders als etwa der Richterwahlausschuss des Deutschen Bundestages – nicht demokratisch legitimiert sei (*3. Stellschraube*). Zudem gebe es keine klaren Leitlinien, was Schiedsrichter am CAS bezüglich einer etwaigen Abhängigkeit oder Befangenheit offenlegen müssten. Zum Abschluss äußerte der Prozessvertreter den Wunsch, der Kartellsenat möge in diesem auch international vielbeachteten Verfahren der Praxis der Sportschiedsgerichtsbarkeit „Orientierungspunkte“ liefern.

Bewertung: Festzuhalten ist zunächst, dass jede denkbare Entscheidung des Kartellsenats am BGH im Pechstein-Verfahren zumindest eine gewisse Orientierungshilfe liefern wird. Ob der Senat über die entscheidungserheblichen rechtlichen Ausführungen hinaus zusätzlich seine Rechtsansicht äußern wird, ohne dass diese die konkrete Entscheidung trägt (insbesondere durch ein sogenanntes obiter dictum), ist freilich höchst ungewiss. Warum sollte die Judikatur sich die Rolle eines Ersatzgesetzgebers anmaßen, wenn der eigentliche Gesetzgeber jüngst im Rahmen der Diskussionen zum Anti-Doping-Gesetz die Gelegenheit zur Schaffung klarer (Mindest-)Standards für die Sportschiedsgerichtsbarkeit verstreichen ließ? Zumindest nachvollziehbar und keineswegs überraschend wäre es, wenn der Kartellsenat sich dem Wunsch nach weiteren rechtlichen „Orientierungspunkten“ verweigern und den Ball an die Legislative weiterspielen würde.

Rechtliche Stellungnahme des Vertreters des Bundeskartellamts (BKartA)

Nach der Darstellung der einander gegenüberstehenden Rechtsansichten der Prozessparteien war kaum zu erwarten, dass der Vertreter des BKartA diesen Argumenten noch wesentlich neue Aspekte hinzufügen können. Spannender war die Frage, auf welche Seite er sich schlagen würde. Insoweit ist vorab festzustellen, dass hinsichtlich der rechtlichen Bewertung von Schiedsvereinbarungen, die Sportverbände Athleten faktisch aufzwingen, Claudia Pechstein in der Kartellbehörde einen Unterstützer gefunden hat.

Bewertung: Dies ist ein Signal, das auch im Hinblick auf andere (kartell-)rechtliche Auseinandersetzungen zwischen Athleten und ihren Sportverbänden aufhorchen lässt.

Zunächst sprach sich der Vertreter für eine Anwendung des europäischen Kartellrechts aus, dessen Anwendung weder durch die UNESCO Konvention noch die Statuten des IOC ausgehebelt werden könne, weil es sich insoweit nicht um gesetzliche Anordnungen eines bestimmten unternehmerischen Verhaltens handele.

Er räumte ein, dass der vom OLG München gewählte Ansatz über das sogenannte Vergleichsmarktkonzept (Wie hätten Schiedsklauseln bei wirksamem Wettbewerb ausgesehen?) möglicherweise nicht passe, sondern man stattdessen eine umfassende Interessenabwägung vornehmen solle. Dabei maß er der Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz von Athleten, die einem nicht neutral strukturierten Sportschiedsgericht gegenüberständen, tendenziell ein hohes Gewicht bei. In der Neutralität des CAS erblickte der Behördenvertreter den „zentralen Aspekt“, den er mit folgendem Vergleich hinsichtlich des Oberlandesgerichts Düsseldorf, das Beschlüsse des in Bonn ansässigen BKartA überprüft, deutlich machte: „Wenn die Richter beim OLG Düsseldorf vom BDI [Bundesverband der Deutschen Industrie; Anmerkung des Verfassers] bestellt würden, brauchten wir nicht anzutreten.“

Bewertung: Jahrzehnte lang ist es Sportverbänden gelungen, etwaige rechtliche Auseinandersetzungen mit Athleten innerhalb die vielbeschworenen „Sportfamilie“ zu lösen. Mit zunehmender Kommerzialisierung des Sports ist der ursprünglich weitgehende Interessengleichlauf zwischen den beteiligten Gruppen aber aufgeweicht worden. Beide Entwicklungen werden sich nicht aufhalten lassen. Davor kann und sollte man seine Augen auch beim Blick auf die Organisation des CAS nicht länger verschließen. Sobald finanzielle und damit insbesondere für Sportler auch beruflich existenzielle Aspekte betroffen sein können, sollten Sportschiedsgerichte hinsichtlich ihrer Neutralitätsanforderungen nicht länger hinter staatlichen Gerichten zurückstehen. Das betrifft freilich nur einzelne, keineswegs alle Spotschiedsgerichte!

Überraschend aufgeschlossen stand der Vertreter der deutschen Kartellbehörde sodann Einschränkungen des verfassungsrechtlichen geforderten Gebots der Freiwilligkeit des Verzichts auf den staatlichen Richter durch Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber. Dabei nahm er die 2. und 3. *Stellschraube* in den Blick und zog in folgender Weise einen Vergleich zu sogenannten kommunizierenden Röhren: Wenn sich Defizite beim Merkmal der Freiwilligkeit des Verzichts auf den staatlichen Richter durch Anerkennung auch faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen als erforderlich erweisen sollten, müssten sodann aber in jedem Fall erhöhte Neutralitätsanforderungen an die Schiedsgerichtsbarkeit gestellt werden.

Bewertung: Ein sicherlich interessanter Ansatz! Allerdings ist fraglich, ob verfassungsrechtlich abgesicherte Rechtspositionen in der beschriebenen Weise modifiziert werden sollten und können. Zudem hat der Gesetzgeber in der Begründung zu § 11 Anti-Doping-Gesetz jüngst „klargestellt“, die Regelung diene dazu, die Zweifel an der Wirksamkeit des Abschlusses (nicht jedoch den Inhalts) von faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen auszuräumen.

Fragen des Berichterstatters

Die erste Frage des Berichterstatters richtete sich an den Vertreter des BKartA und bezog sich auf ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahr 2003 (BGE 129 III 445) und seine Bedeutung für die deutsche Rechtslage. Bemerkenswert an diesem Urteil sind zwei Feststellungen mit Bezug zu Verfahren vor dem Internationalen Sportschiedsgericht in Lausanne: Zum einen gelte der CAS als sogenanntes echtes Schiedsgericht in denjenigen Fällen, in denen das IOC nicht Partei sei. Zum anderen verlange der Grundsatz von Treu und Glauben, dass vor einem echten Schiedsgericht die Einrede der fehlenden Unabhängigkeit oder

Unparteilichkeit unverzüglich erhoben werden müsse, andernfalls die Partei ihr Ablehnungsrecht verliere.

Bewertung: Diese Feststellungen des schweizerischen Bundesgerichts zur 3. und 7. *Stellschraube* stützen auf den ersten Blick eher den Rechtsstandpunkt der ISU als denjenigen der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein. Indes haben in den Vorinstanzen sowohl das LG München I als auch das OLG München gezeigt, dass ein Abweichen deutscher staatlicher Gerichte von der vergleichsweise sportverbandsfreundlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts nicht nur theoretischer Natur ist.

Mit seiner zweiten Frage knüpfte der Berichterstatter des Kartellsenats an die vom Vertreter des BKartA in Zweifel gezogene Neutralität des CAS an und stellte die Frage, ob im Lichte der Rechtsprechung des III. Zivilsenats am BGH (Beschluss vom 28.01.2014 – III ZB 40/13) eine solche denn überhaupt einen „offensichtlichen“ ordre public-Verstoß begründen könne. Diese Frage zielte mithin auf die 6. *Stellschraube*.

Bewertung: Anerkanntermaßen liegt ein Verstoß gegen den ordre public vor, wenn die Verletzung einer Rechtsvorschrift zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, und sie in diesem Sinn die elementaren Grundlagen der Rechtsordnung verletzt. Dabei stellt freilich nicht jeder Widerspruch einer Entscheidung selbst zu zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts einen Verstoß gegen den ordre public dar. Die Einhaltung der grundlegenden Bestimmungen des Kartellrechts gehört nach allgemeiner Rechtsauffassung zum ordre public. Demgegenüber kann der Verstoß eines Vertrags gegen die guten Sitten gemäß § 138 Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch nur unter besonderen Umständen dem ordre public zugerechnet werden. Das gilt insbesondere, wenn die Folgen des Gesetzesverstoßes deutlich über das streitgegenständliche Vertragsverhältnis hinausreichen. Insoweit könnte im Kontext von faktisch aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen argumentiert werden, dass mit dem Justizgewährungsanspruch im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG durchaus ein wesentlicher Grundsatz des deutschen Rechts betroffen sei. Aber auch darüber kann man, wie die durch das Pechstein-Verfahren angestoßene rechtliche Diskussion eindrucksvoll belegt, trefflich streiten.

Zeit für mehr Fragen blieb dem Kartellsenat nicht – leider!

Fazit

Die geschilderte rechtliche Ausgangslage lässt keine zuverlässigen Prognosen zu. An nahezu jeder der geschilderten sieben Stellschrauben kann der Kartellsenat noch drehen, eine unüberschaubare Anzahl denkbarer argumentativer Ansätze ist die logische Konsequenz. Die von Claudia Pechstein und ihren juristischen Beratern vertretene Rechtsauffassung kann nicht eindeutig und vollumfänglich als „richtig“ oder „falsch“ eingestuft werden, was – hierin liegt die Faszination des Verfahrens aus juristischer Sicht – aber gleichermaßen auch für die seitens der ISU vertretenen rechtlichen Argumente gilt. Kurzum: Noch alles ist möglich!