

Beiträge zum Sportrecht

Band 54

Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders

Von

Mirko Widdascheck



Duncker & Humblot · Berlin

MIRKO WIDDASCHECK

Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder

Beiträge zum Sportrecht

Herausgegeben von
Kristian Kühl, Udo Steiner
und Klaus Vieweg

Band 54

Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder

Von

Mirko Widdascheck



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/2018
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 1435-7925
ISBN 978-3-428-15610-8 (Print)
ISBN 978-3-428-55610-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85610-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

In Zeiten aufgeheizter Debatten um bewaffnete Konflikte, Flüchtlingszuzug und grassierende Fremdenfeindlichkeit mag es manchem weniger bedeutsam erscheinen, den staatlichen Rechtsschutz von Sportlern zu untersuchen. Doch hier wie dort können vermeintliche Gefahren für die Integrität der Bundesrepublik und die Integrität des Sports durch eine rechtswissenschaftliche Untersuchung analysiert und Handlungsnotwendigkeiten aufgezeigt werden. Dabei sind alle Konstellationen an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Einzelfalls zu messen und die betroffenen Personengruppen nicht gegeneinander auszuspielen.¹ Denn die Stärke von Rechtsstaat und Demokratie zeigt sich im Umgang mit den Minderheiten, Schwächeren und Schutzbedürftigen.

Der Unterstützung von Geflüchteten hat sich auch die Refugee Law Clinic Hannover verschrieben, die ich während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter mitgegründet und -gestaltet habe. Ich danke allen Unterstützerinnen und Unterstützern für ihr großzügiges und unbezahlbares Engagement. Herrn Prof. Dr. Hermann Butzer möchte ich herzlich dafür danken, dass er mir während meines Studiums und meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl immer zur Seite stand und mich bei der Ausarbeitung dieser Dissertation unterstützt hat. Gleichzeitig hat er mir auch die notwendigen Freiheiten gewährt, um die verschiedensten Projekte voranzutreiben. Herrn Prof. Dr. Kay Waechter danke ich für die zügige Zweitkorrektur.

Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Oktober 2017. Spätere Veröffentlichungen wurden – soweit möglich – noch während der Drucklegung berücksichtigt. Dem Bundesinnenministerium danke ich für die großzügige Förderung der Veröffentlichung und den Herausgebern der „Beiträge zum Sportrecht“ für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Des Weiteren möchte ich meinen Kolleginnen und Kollegen für die schöne Zeit am Lehrstuhl danken. Dazu zählen insbesondere Herr Dr. Oliver Islam sowie Frau Dr. Sandra Pfeifenbring, Frau Dr. Anna-Lena Hollo, Herr Alexander Aumüller, Herr Alexander Schmidt und Herr Dr. Simon Woiki. Der guten Seele des Lehrstuhls, Frau Behmann, danke ich für die unzähligen inspirierenden Gespräche und ihre Unterstützung. Darüber hinaus danke ich Herrn Tillman Dörner, Herrn Merlin Gömann

¹ Auch die Eisschnellläuferin Claudia Pechstein verband ihre eigene Situation nach dem abweisenden Urteil des Bundesgerichtshofes am 7. Juni 2016 mit dem Schicksal der Flüchtlinge: „Jeder Flüchtling, der in Deutschland einreist und registriert wird, genießt Rechtsschutz. Aber wir Sportler nicht.“ Siehe FAZ v. 7.6.2016, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/reaktion-von-eisschnellaeuferin-claudia-pechstein-auf-bgh-urteil-14273866.html>.

und Herrn Niclas Stock für die unschätzbare Hilfe bei der Erstellung dieser Dissertation sowie allen anderen Freunden, die hier nicht namentlich genannt werden können, ohne die das Leben aber weniger lebenswert wäre. Daneben möchte ich meiner Familie danken, insbesondere meinen Eltern und meinen Geschwistern und nicht zuletzt meiner Frau Julia. Ohne dich wäre alles nichts!

Hannover, im August 2018

Mirko Widdascheck

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung	23
A. Problemaufriss – der Fall Pechstein	23
B. Wissenschaftliche Fragestellung	29
C. Stand der Forschung	31
D. Ziele der Untersuchung und Gang der Darstellung	34
§ 2 Die Gerichtsbarkeit bei „Doping“ im Sport – Grundlagen	37
A. Die Dopingprävalenz im Sport	37
I. Der Sport als Baustein der Gesellschaft	37
II. Doping als zentrale Gefahr für die Zukunft des Sports	39
B. Der Kampf gegen Doping	52
I. Die Verrechtlichung des Sports	52
II. Die Anti-Doping-Bestimmungen des Sportrechts	62
C. Der sportrechtliche Sanktionsmechanismus	82
I. Die sportinterne Verbandsgerichtsbarkeit	83
II. Das System der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport	84
D. Ergebnis zu § 2: Andauernder Anti-Doping-Kampf und eigenständige Ausgestaltung durch die Sportwelt	102
§ 3 Die Sportschiedsgerichtsbarkeit und der verfassungsfundierte Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder	103
A. Herleitung und Konturierung der Justizgewährleistungsrechte	103
I. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	105

II. Der ungeschriebene allgemeine Justizgewährleistungsanspruch des Grundgesetzes	110
B. Die Schiedsvereinbarung als partieller Verzicht auf die Ausübung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	141
I. Die Schiedsvereinbarung als Grundrechtsausübungsverzicht	141
II. Die Disponibilität des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	150
C. Die Freiwilligkeit des Verzichts auf die Ausübung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	176
I. Die Bewertung der Freiwilligkeit des Verzichts als zentraler Dreh- und Angelpunkt	176
II. Die Konkretisierung des „freien Willens“ in der (Rechts-)Philosophie	180
III. Die konkrete Anwendung der Zwei-Komponenten-Theorie und einer Je-Desto-Formel auf den Schiedszwang im Sport	195
D. Ergebnis zu § 3: Unwirksamer Grundrechtsausübungsverzicht aufgrund fehlender Freiwilligkeit	255
§ 4 Die Schutzpflichten des Staates bei fehlender Freiwilligkeit des Verzichts	256
A. Die Schutzpflichten des Staates zugunsten der fremdbestimmten Sportler	256
I. Die staatlichen Schutzpflichten in strukturellen Ungleichgewichtslagen	256
II. Die Verpflichtung zu verhältnismäßiger Ausgestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit	266
B. Rechtstatsächliche Bestandsaufnahme des staatlichen Schutzes im Rahmen der Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung	283
I. Der unzureichende Schutz der Sportler durch die deutsche Legislative	284
II. Der fehlende Schutz der Sportler durch die deutsche Judikative	289
C. Lösungsmöglichkeit: Entwicklung einer verfassungsgemäßen Gerichtsbarkeit im Sport	307
I. (Internationale) Staatliche Gerichtsbarkeit in Anti-Doping-Streitigkeiten	308
II. Veränderungen im Sport zur Minderung des Zwangsdrucks	310
III. Veränderungen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit	311

D. Ergebnis zu § 4: Notwendige Weiterentwicklung der Sportschiedsgerichtsbarkeit	317
§ 5 Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform	319
Anhang: Die Statuten und die Verfahrensordnung des CAS	322
Literaturverzeichnis	348
Sachverzeichnis	376

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	23
A. Problemaufriss – der Fall Pechstein	23
B. Wissenschaftliche Fragestellung	29
C. Stand der Forschung	31
D. Ziele der Untersuchung und Gang der Darstellung	34
§ 2 Die Gerichtsbarkeit bei „Doping“ im Sport – Grundlagen	37
A. Die Dopingprävalenz im Sport	37
I. Der Sport als Baustein der Gesellschaft	37
II. Doping als zentrale Gefahr für die Zukunft des Sports	39
1. Der etymologisch-historische Hintergrund des Dopings	40
2. Das Verständnis des Dopings als illegitime Leistungssteigerung	41
3. Das Dopingproblem im Leistungssport	43
a) Gesellschaftlich induzierte Anreize sanktionsbewehrten Verhaltens	43
b) Die nationale und internationale Dopingprävalenz	46
4. Gegenwehr durch striktes Dopingverbot	49
5. Zwischenergebnis: Hohe Dopingprävalenz trotz Verbots	51
B. Der Kampf gegen Doping	52
I. Die Verrechtlichung des Sports	52
1. Das externe Sportrecht als Rahmengestaltung seitens des staatlichen Ge- setzgebers	53
2. Das interne Sportrecht als Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens	56
a) Die Vereins- und Verbandsstruktur im Sport	57
b) Die Ausnutzung des Gestaltungsspielraums durch die „lex sportiva“ ...	58
c) Das Ein-Platz-Prinzip als Grundlage einheitlicher Sportregeln	60
3. Zwischenergebnis: Ausgestaltung des Rahmens durch Quasi-Gesetzgeber	61
II. Die Anti-Doping-Bestimmungen des Sportrechts	62
1. Externe Anti-Doping-Bestimmungen und das Anti-Doping-Gesetz	62

2. Die Harmonisierung interner Dopingregelungen durch die Welt-Anti-Doping-Kommission (WADA)	65
a) Die Dopingdefinition des Welt-Anti-Doping-Codes (WADC)	67
b) Die Liste verbotener Substanzen und Methoden	67
c) Die Sanktionsmöglichkeiten des internen Sportrechts	68
3. Die Durchsetzung der Anti-Doping-Bestimmungen der WADA	71
a) Die Verpflichtung der Sportverbände	72
b) Die Bindung des Sportlers	73
aa) Die satzungsrechtliche Bindung der Mitglieder	74
bb) Die vertragsrechtliche Bindung der einzelnen Sportler	77
4. Das harmonisierte Doping-Kontrollsystem	78
a) Das Administrationsprogramm „ADAMS“	79
b) Der Ablauf von Dopingtest und -analyse	80
5. Zwischenergebnis: Weitgehende Harmonisierung von Regelwerken und Kontrollpraxis	82
C. Der sportrechtliche Sanktionsmechanismus	82
I. Die sportinterne Verbandsgerichtsbarkeit	83
II. Das System der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport	84
1. Die Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen	85
a) Die Schiedsvereinbarung	85
b) Die Unterstützung der Schiedsgerichtsbarkeit durch staatliche Gerichte	87
aa) Der Aufhebungsantrag nach § 1059 ZPO	87
bb) Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche	88
2. Die Sportschiedsgerichtsbarkeit im Besonderen	89
a) Der Court of Arbitration for Sport (CAS)	89
aa) Geschichte und Aufbau des Gerichtshofs	89
bb) Zuständigkeit in internationalen Sachverhalten	91
b) Das Deutsche Sportschiedsgericht (DSS)	93
c) Die Schiedsvereinbarung zwischen Sportler und Verband	96
aa) Der Schiedszwang im Sport	96
bb) Die Bindung des Sportlers an die Schiedsvereinbarung	98
(1) Die Inkorporation der Schiedsklausel in die Vereinsatzung	98
(2) Die vertragsrechtliche Bindung des einzelnen Sportlers	99
3. Zwischenergebnis: Verpflichtende Schiedsgerichtsbarkeit im Sport	101
D. Ergebnis zu § 2: Andauernder Anti-Doping-Kampf und eigenständige Ausgestaltung durch die Sportwelt	102

§ 3 Die Sportschiedsgerichtsbarkeit und der verfassungsfundierte Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder 103

A. Herleitung und Konturierung der Justizgewährleistungsrechte 103

 I. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG 105

 1. Der Anwendungsbereich der grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie 106

 2. Die Unanwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie in der Sportschiedsgerichtsbarkeit 109

 II. Der ungeschriebene allgemeine Justizgewährleistungsanspruch des Grundgesetzes 110

 1. Herleitung und Grundrechtscharakter des Justizgewährleistungsanspruchs 110

 2. Die verschiedenen subjektiven Rechte als Auslöser des Justizgewährleistungsanspruchs 113

 a) Grundrechte als Urbild subjektiver Rechte 115

 aa) Der Doppelcharakter der Grundrechte 115

 bb) Das Untermaßverbot als Prüfungsmaßstab in der Schutzpflichtkonstellation 116

 cc) Die Anwendung des Untermaßverbots im Kontext des Privatrechts 117

 b) Verfahrensgrundrechte als Basis für subjektive Rügerechte 119

 c) Konkretisierungen der grundrechtlichen Leitlinien im einfachen Recht als subjektive Rechte 122

 d) Auslöser des Justizgewährleistungsanspruchs im internationalen Recht 124

 e) Zwischenergebnis: Ein Bündel an subjektiven Rechten als Auslöser des Justizgewährleistungsanspruchs 128

 3. Die Ausgestaltung des Justizgewährleistungsanspruchs 128

 a) Der Ausgestaltungsauftrag an den einfachen Gesetzgeber 129

 b) Der Schutzgehalt des Justizgewährleistungsanspruchs 130

 aa) Der Anspruch auf Zugang zu staatlichen Gerichten in erster Dimension 131

 bb) Der Anspruch auf „effektiven Rechtsschutz“ in zweiter Dimension 132

 c) Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Ausgestaltung 135

 aa) Der externe Abgleich mit sonstigen Verfassungsnormen und -grundsätzen 136

 bb) Der interne Abgleich mit anderen Effektivitätspostulaten 137

 cc) Weiterentwicklung: Stufenlose Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Rechtsschutzes 138

 4. Zwischenergebnis: Ausgestaltung nach den Maßgaben eines stufenlosen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 140

B. Die Schiedsvereinbarung als partieller Verzicht auf die Ausübung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs 141

 I. Die Schiedsvereinbarung als Grundrechtsausübungsverzicht 141

 1. Die verfassungsrechtliche Figur des Grundrechtsverzichts 141

 2. Der Grundrechtsausübungsverzicht durch privatrechtlichen Vertrag 144

3. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Dispositionsbefugnis	145
4. Die verfassungsrechtliche Zuordnung der Verzichtserklärung	147
II. Die Disponibilität des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	150
1. Der partielle Verzicht auf den Zugang zu staatlichen Gerichten	150
2. Die Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Sport	153
a) Der verzichtsfeste Kern des Justizgewährleistungsanspruchs	153
aa) Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung	153
bb) Die rechtsstaatlichen Kernanforderungen an die Durchführung des Verfahrens	155
cc) Die Effektivität des Rechtsschutzes	156
b) Die Wahrung des verfassungsrechtlich geforderten bereichsspezifischen Mindestmaßes an Rechtsschutz	157
aa) Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Rechtsprechung aufgrund der Besonderheiten des Sports	157
(1) Die Disposition durch privatrechtlichen Vertrag	158
(2) Die beschränkten Überprüfungsmöglichkeiten der Entscheidungen des CAS durch die deutschen Gerichte	159
(3) Die fehlende demokratische Legitimation der Gewaltausübung	161
(4) Die staatsähnliche Machtposition der Sportverbände	162
(5) Die rechtstatsächlichen Schwächen des sportinternen Anti-Doping-Systems	165
(a) Die Uneinheitlichkeit der Verfolgung von Dopingsündern	165
(b) Die Beweiserhebungs- und Sanktionsprobleme des Sportrechts	167
(c) Die Übernahme sportinterner Sanktionsvorschriften als materielle Grundlage des Schiedsspruchs	169
(6) Zwischenergebnis: Besonders hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit der Rechtsprechung im Sport	170
bb) Die Übertragung strafrechtlicher Erwägungen auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit	170
(1) Der Strafrechtscharakter des Schiedsverfahrens vor dem CAS	170
(2) Die Übertragung der Strafprozessmaximen in die Schiedsverfahrensregeln	172
(3) Zwischenergebnis: Verhältnismäßige Inkorporation der Strafprozessmaximen in das Schiedsverfahren	175
3. Zwischenergebnis: Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch ist im Sport nur teilweise disponibel	175
C. Die Freiwilligkeit des Verzichts auf die Ausübung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	176
I. Die Bewertung der Freiwilligkeit des Verzichts als zentraler Dreh- und Angelpunkt	176

- II. Die Konkretisierung des „freien Willens“ in der (Rechts-)Philosophie 180
 - 1. Die Bewertung der Freiwilligkeit einer Entscheidung 181
 - a) Nozick und der zu erwartende oder moralisch gewünschte Verlauf der Dinge 182
 - b) Die normative Bewertung aller Umstände der Vertragsunterzeichnung 184
 - 2. Die Zwei-Komponenten-Theorie von Raz und Wertheimer 186
 - a) Die Wahlkomponente: Quantifizierung des Zwangsdrucks 187
 - aa) Die angedrohte Folge als wesentlicher Faktor der Zwangslage . . . 188
 - bb) Die normative Bewertung des Wahldefizits 189
 - b) Die Ansinnenskomponente: Die Bewertung der ausgewählten Folge . . . 192
 - aa) Das Ansinnen als normatives Unrecht 192
 - bb) Die Bewertung des Unrechts anhand einer Je-Desto-Formel 194
 - c) Zwischenergebnis: Bestimmung der Freiwilligkeit anhand der Zwei-Komponenten-Theorie und einer Je-Desto-Formel 195
- III. Die konkrete Anwendung der Zwei-Komponenten-Theorie und einer Je-Desto-Formel auf den Schiedszwang im Sport 195
 - 1. Die Wahlkomponente: Der individuelle Zwangsdruck im Zeitpunkt der Entscheidung für oder gegen die Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung 195
 - a) Das faktische Berufsverbot als angedrohte Folge verweigerter Unterzeichnung 196
 - aa) Der Schutzbereich der beruflichen Vertragsfreiheit aus Art. 12 GG 196
 - bb) Die Intensität der Beschränkung bei verweigerter Unterzeichnung 198
 - b) Das kartellrechtliche Monopol als Extremform eines Machtgefälles . . . 201
 - c) Weitere Aspekte des individuellen Wahldefizits 204
 - d) Zwischenergebnis: Hoher Zwangsdruck bei Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung 205
 - 2. Die Ansinnenskomponente: Die Unterwerfung unter ein substantiell nachteiliges Verfahren der Sportschiedsgerichtsbarkeit 207
 - a) Die unzureichende Unabhängigkeit des CAS und der Schiedsrichter . . . 208
 - aa) Die institutionelle Abhängigkeit des CAS vom ICAS und von den Verbänden 208
 - bb) Die mittelbare Abhängigkeit der einzelnen Schiedsrichter von den Verbänden 210
 - (1) Die verbandslastige Zusammenstellung der Schiedsrichterliste 211
 - (2) Die geschlossene Schiedsrichterliste und die Bestimmung der Parteischiedsrichter 213
 - (3) Die verbandsnahe Bestimmung des Vorsitzenden der Berufungskammer 215
 - cc) Ergebnis zu a): Institutionalisierte Abhängigkeit des Schiedsgerichts 217
 - b) Die rechtsstaatlichen Schwächen im Verfahrensablauf vor dem CAS . . 218
 - aa) Die begrenzte Öffentlichkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit . . . 218
 - (1) Der Ausschluss der Öffentlichkeit im Verfahren 219

(2) Die ungeschützte Veröffentlichung der Entscheidungen	220
(3) Zwischenergebnis: Unverhältnismäßige Ausgestaltung der Öff- fentlichkeit	221
bb) Die limitierte Wahl der Verhandlungssprache	221
cc) Die abweichenden Kostenregelungen für das Schiedsverfahren	222
(1) Die erheblichen Kosten eines Verfahrens	223
(2) Die strikten Regeln zur finalen Kostenverteilung	225
(3) Die unzureichende Möglichkeit der Prozesskostenhilfe	227
(4) Zwischenergebnis: Verstoß gegen die Rechtsschutzgleichheit und die prozessuale Waffengleichheit	229
dd) Die nachteiligen Beweisregelungen im Verfahren vor dem CAS	230
(1) Die Beweisnot durch die besonders schnelle Durchführung des Verfahrens	230
(2) Die rechtsstaatlichen Schwächen der Beweisregelungen	232
(a) Die Missachtung der Unschuldsvermutung	232
(b) Das erleichterte Beweismaß für den Dopingverstoß	234
(c) Zwischenergebnis: Unterschreitung rechtsstaatlicher Anfor- derungen	236
(3) Inkurs: Das unzulängliche Beweisverfahren im Fall Pechstein	236
ee) Die fehlende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	239
ff) Ergebnis zu b): Rechtsstaatliche Verstöße und Kumulation von Nachteilen zu Lasten der Sportler	239
c) Die ineffektiven Rechtsmittel gegen Entscheidungen des CAS vor dem Schweizer Bundesgericht	241
aa) Das unzureichende ordentliche Rechtsmittel der Anfechtung	242
(1) Die begrenzten Anfechtungsmöglichkeiten bei Internationalen Schiedssprüchen	242
(2) Der vergleichbare unfreiwillige Verzicht auf das Recht der An- fechtung	244
(3) Die Nichtbeachtung der Gewährleistungen der EMRK	246
(4) Zwischenergebnis: Unzureichende Entscheidungspraxis des Schweizer Bundesgerichts	248
bb) Das unbefriedigende außerordentliche Rechtsmittel der Revision vor dem Schweizer Bundesgericht	248
cc) Der fingierte Verzicht auf staatlichen einstweiligen Rechtsschutz in der Verfahrensordnung des CAS	251
dd) Ergebnis zu c): Verstärkung der Nachteile durch die ineffektiven Rechtsmittel vor dem Schweizer Bundesgericht	252
3. Abschließende Bewertung der Freiwilligkeit anhand der Zwei-Komponen- ten-Theorie und der Je-Desto-Formel	253
D. Ergebnis zu § 3: Unwirksamer Grundrechtsausübungsverzicht aufgrund fehlender Freiwilligkeit	255

§ 4 Die Schutzpflichten des Staates bei fehlender Freiwilligkeit des Verzehrs 256

- A. Die Schutzpflichten des Staates zugunsten der fremdbestimmten Sportler 256
 - I. Die staatlichen Schutzpflichten in strukturellen Ungleichgewichtslagen 256
 - 1. Die Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der Gewährleistung der beruflichen Vertragsfreiheit 257
 - 2. Sozialstaatliche Schutzpflichten in strukturellen Ungleichgewichtslagen 259
 - a) Korrekturen des Bundesverfassungsgerichts bei Fremdbestimmung des Einzelnen in strukturellen Ungleichgewichtslagen 261
 - aa) Die Blinkfuer-Entscheidung (BVerfGE 25, 256 ff.) 262
 - bb) Die Handelsvertreter-Entscheidung (BVerfGE 81, 242 ff.) 262
 - cc) Die Bürgschafts-Entscheidung (BVerfGE 89, 214 ff.) 263
 - dd) Unterhaltsverzehrsvertrags-Entscheidung (BVerfGE 103, 89 ff.) 264
 - ee) Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Judikatur 265
 - b) Vergleichbare Ungleichgewichtslage im Verhältnis zwischen Sportler und Verband 265
 - 3. Zwischenergebnis: Die Schutzpflicht aus Art. 12 GG als Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung des Schiedszwangs im Sport 266
 - II. Die Verpflichtung zu verhältnismäßiger Ausgestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit 266
 - 1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollrahmen 267
 - 2. Die legitimen Zwecke einheitlicher Sportschiedsgerichtsbarkeit 270
 - a) Die Vorteile einheitlicher Gerichtsbarkeit 271
 - b) Die Vorteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit 271
 - 3. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einrichtung einer einheitlichen Sportschiedsgerichtsbarkeit 273
 - 4. Die Angemessenheit der Sportschiedsgerichtsbarkeit 274
 - a) Gewichtung der legitimen Zwecke 275
 - b) Bewertung der Intensität des Schiedszwangs im Sport 275
 - c) Auflösung der kollidierenden Interesse im Sinne praktischer Konkordanz 276
 - aa) Die Je-Desto-Betrachtung kollidierender Interessen 277
 - bb) Die Kollision von Verbandsautonomie und Berufsfreiheit 279
 - cc) Die Auflösung der Kollision durch eine Aufteilung des „Ob“ und „Wie“ 280
 - (1) Die Entscheidung über das „Ob“ des Rechtsschutzes 281
 - (2) Das Untermaßverbot bei der Bereitstellung des „Wie“ 282
 - 5. Zwischenergebnis: Schutzpflichtverstoß bei Anerkennung des Schiedszwangs im Sport 283

B. Rechtstatsächliche Bestandsaufnahme des staatlichen Schutzes im Rahmen der Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung	283
I. Der unzureichende Schutz der Sportler durch die deutsche Legislative	284
1. Die Schutzvorschriften des allgemeinen Zivilrechts und des Kartellrechts	284
2. Die Regelung zur Sportschiedsgerichtsbarkeit in § 11 Anti-Doping-Gesetz	286
3. De lege ferenda: Inkorporation notwendiger Leitlinien in § 11 Anti-Doping-Gesetz	287
II. Der fehlende Schutz der Sportler durch die deutsche Judikative	289
1. Die Fehlbewertungen durch den Bundesgerichtshof im Fall Pechstein	289
a) Die fehlerhafte Bewertung der Unabhängigkeit des CAS	290
b) Die Missachtung weiterer Schwächen in den Verfahrensregeln des CAS	292
c) Die Fehlbewertung der grundrechtlichen Interessenkollision	292
d) Der unvollständige Verweis auf den Willen des Gesetzgebers	294
e) Der ungenügende Verweis auf das Schweizer Bundesgericht	295
f) Die Missachtung eines Je-Desto-Verhältnisses zwischen den zwei Komponenten zur Bewertung der Freiwilligkeit	296
g) Der Verstoß gegen die Gewährleistungen der EMRK	296
h) Zwischenergebnis: Verfassungsrechtliche Korrektur notwendig	297
2. Die anstehende Supervision durch das Bundesverfassungsgericht infolge der anhängigen Verfassungsbeschwerde	298
a) Entscheidungsaspekt 1: Der Schutz in strukturellen Ungleichgewichtslagen	299
aa) Die Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung auf den Schiedszwang im Sport	299
bb) Die Entwicklung neuer Leitlinien durch das Bundesverfassungsgericht	301
cc) Das Kartellrecht als Vehikel der verfassungsrechtlichen Leitlinie zum Schiedszwang im Sport	302
b) Entscheidungsaspekt 2: Die Übertragbarkeit der „Solange-Rechtsprechung“ auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit	304
3. Entscheidungsempfehlung im Fall Pechstein: Aufhebung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs	306
C. Lösungsmöglichkeit: Entwicklung einer verfassungsgemäßen Gerichtsbarkeit im Sport	307
I. (Internationale) Staatliche Gerichtsbarkeit in Anti-Doping-Streitigkeiten	308
II. Veränderungen im Sport zur Minderung des Zwangsdrucks	310
III. Veränderungen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit	311
1. Gewährleistung größerer Unabhängigkeit des CAS und der Schiedsrichter	311
2. Veränderungen in den Verfahrensregelungen des CAS	313
3. Effektive Rechtsmittel gegen Entscheidungen des CAS	315
D. Ergebnis zu § 4: Notwendige Weiterentwicklung der Sportschiedsgerichtsbarkeit	317

§ 5 Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform	319
Anhang: Die Statuten und die Verfahrensordnung des CAS	322
Literaturverzeichnis	348
Sachverzeichnis	376

Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association
ADAMS	Anti-Doping Administration & Management System
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheide
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CAS/TAS	Court of Arbitration for Sport/Tribunal Arbitral du Sport
CaS	Causa Sport
CAS-Code	Statuten des Court of Arbitration for Sport
CML	Common Market Law Review
DESG	Deutsche Eisschnelllaufgemeinschaft
DOSB	Deutscher Olympischer Sportbund
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.
DIS-SportSchO	DIS-Sportschiedsgerichtsordnung
DSB	Deutscher Sportbund
DSS	Deutsches Sportschiedsgericht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
DZPh	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
DZSM	Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	Eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FIFA	Fédération Internationale de Football Association

GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hg.	Herausgeber
HR&Int'l Legal Discourse	Human Rights and International Legal Discourse
ICC	International Chamber of Commerce
IGH	Internationaler Gerichtshof
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
ISU	Internationaler Eisschnelllaufverband (International Skating Union)
i. V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LCIA	London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOK	Nationales Olympisches Komitee
NSIZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PCA	Permanent Court of Arbitration
RegE	Regierungsentwurf
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SpuRt	Sport und Recht
TUE	Therapeutic Use Exemptions („TUEs“)
Urt.	Urteil
UEFA	Union of European Football Associations
UNCITRAL	United Nations Commissions on International Trade Law
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
v.	vom
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
URL	Uniform Resource Locator
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Bzgl. der sonstigen Abkürzungen wird auf das folgende Werk verwiesen:

Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin 2015.

Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt gesichtet am: 15. Oktober 2017.

§ 1 Einführung

A. Problemaufriss – der Fall Pechstein

*„Wenn man beweisen kann, dass ein Haus brennt, ohne dass ein Blitz eingeschlagen hat oder die Elektrik kaputt war, muss Brandstiftung vorliegen.“¹
(Harm Kuipers)*

Im globalisierten Sport ist das Vertrauen in den „sauberen“ sportlichen Wettkampf seit Langem erheblich gestört. Wie sich bei der Aufarbeitung unzähliger Doping-skandale zeigt, sind bzw. waren die Radrennfahrer Jan Ulrich und Lance Armstrong nur die Spitze des Eisberges und Ausdruck eines systematischen, flächendeckenden Dopings im Radrennsport.² Nunmehr sind andere Sportarten in den Fokus gerückt. Dazu zählt insbesondere die Leichtathletik, in der Russland im Anschluss an die Sommerspiele in Brasilien sogar systematisches Staatsdoping zugeschrieben wurde.³ In Deutschland haben neben dem Fall Jan Ulrich vor allem die Doping(verdachts)-fälle Dieter Baumann (Leichtathletik), Alexander Leipold (Ringen) und zuletzt der Fall der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein Schlagzeilen gemacht. Darüber hinaus zeigen auch aktuelle Meldungen und die Statistiken der Welt-Anti-Doping-Kommission (WADA) eine hohe Dopingprävalenz im Sport.⁴ Das Dopingproblem durchdringt den Sport und berührt dessen Grundfesten. Zur Sicherung des sportlichen Wettkampfes ist deshalb ein effektiver Kampf gegen Doping notwendig.⁵

¹ Harm Kuipers, medizinischer Berater des Internationalen Eisschnelllaufverbandes (ISU), im Rahmen der Entscheidung im Fall Pechstein des Court of Arbitration Sport (CAS) gegenüber der niederländischen Fachzeitschrift „Schaatsport“: <http://www.sueddeutsche.de/sport/stimmen-zu-pechstein-urteil-durch-die-hoelle-1.134867-13> und <http://www.handelsblatt.com/sport/sonstige-sportarten/eisschnelllauf-national-cas-verhandelt-fall-pechstein/3285560.html>.

² Siehe z. B. Frey, Ein Sport geht über Leichen, FAZ v. 7. 7. 2010, abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/doping-im-radsport-ein-sport-geht-ueber-leichen-11010406.html und Hamilton/Coyle, Die Radsport-Mafia und ihre schmutzigen Geschäfte, 2014.

³ Siehe nur die Berichte von Richard McLaren zum systematischen Doping und der „institutionellen Verschwörung“ in Russland: WADA, The Independent Commission Report, abrufbar unter https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/20160718_ip_report_newfinal.pdf und https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/mclaren_report_part_ii_2.pdf; https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_independent_commission_report_1_en.pdf.

⁴ Abrufbar unter: <https://www.wada-ama.org/en/anti-doping-statistics> und ausführlich § 2 A. II. 3.

⁵ Siehe vertiefend zur Notwendigkeit eines Dopingverbots und den Anti-Doping-Bestimmungen, § 2 A. II. 4. und § 2 B. II.

Den gesetzlichen Rahmen des Anti-Doping-Kampfes bilden dabei staatliches Recht und zahlreiche Entscheidungen staatlicher Gerichte (*externes Sportrecht*).⁶ Die konkrete Ausgestaltung der Anti-Doping-Maßnahmen findet sich hingegen überwiegend im *sportinternen* Sport- bzw. Anti-Doping-Recht (sog. „*lex sportiva*“). Umgesetzt wird das externe und interne Sportrecht nicht von einer staatlichen Behörde, sondern von den Sportvereinen, den Sportverbänden und insbesondere der Welt-Anti-Doping-Kommission (WADA). Auch der Rechtsschutz für Sportler⁷ ist von der staatlichen Gerichtsbarkeit gelöst und in einem eigenständigen Verfahren ausgestaltet. In internationalen Sachverhalten wird dafür eine Schiedsvereinbarung zugunsten des Court of Arbitration for Sports (CAS) gefordert. Bei Unterzeichnung dieser Vereinbarung zeigen die Parteien ihr Bestreben an, die staatliche Gerichtsbarkeit durch die Sportschiedsgerichtsbarkeit zu ersetzen.

Gerade durch den bereits angesprochenen Dopingverdacht und die sportinternen und staatlichen Gerichtsverfahren gegen Claudia Pechstein sind die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Sport und das Zusammenspiel von staatlichem Rechtsschutz und Sportschiedsgerichtsbarkeit in den Mittelpunkt der öffentlichen Wahrnehmung gerückt. Weil dieser Fall nicht nur den Anstoß zu dieser Untersuchung gegeben hat, sondern auch als beständig wiederkehrender Bezugspunkt für die nachfolgenden Argumentationen dient, sei die Prozessgeschichte etwas eingehender dargestellt:

Claudia Pechstein ist die erfolgreichste deutsche Sportlerin bei olympischen Winterspielen. Im Rahmen der Mehrkampf-Weltmeisterschaften im Februar 2009 im norwegischen Hamar stand ein Verstoß gegen die Anti-Doping-Bestimmungen im Raum, als der zulässige Grenzwert von 2,4 Prozent im Verhältnis von Retikulozyten und Erythrozyten⁸ im Blut deutlich überschritten wurde. Der Internationale Eisschnelllaufverband (ISU) eröffnete daraufhin ein Doping-Verfahren, obwohl zu keinem Zeitpunkt eine positive Dopingprobe genommen wurde. Einzig die Werte in

⁶ Siehe aktuell die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in den Fällen des SV Wilhelmshafen, BGH, Urt. v. 20.9.2016, Az. II 25/15 und des Leichtathleten Charles Friedek, BGH, Urt. v. 13. 10. 2015, Az. II ZR 23/14. Darüber hinaus sind z. B. auch die Entscheidungen in den Fällen Baumann, Krabbe oder zum Reitsport zu berücksichtigen. Auf internationaler Ebene haben sich auch EGMR und EuGH ansatzweise mit dem Rechtsschutz für Sportler beschäftigt. Insbesondere das UNESCO Übereinkommen gegen Doping und das neue Anti-Doping-Gesetz bilden den äußeren Rahmen des Sportrechts. Die Gesetze und Urteile werden im weiteren Verlauf – soweit für die wissenschaftliche Fragestellung beachtenswert – dargestellt und bewertet.

⁷ Im Folgenden wird auf eine geschlechtsneutrale Formulierung zugunsten besserer Lesbarkeit verzichtet. In jedem Fall bezieht z. B. die Bezeichnung „Sportler“ das weibliche Pendant „Sportlerin“ mit ein.

⁸ Erythrozyten sind rote Blutkörperchen, die für den Sauerstofftransport von großer Bedeutung sind. Retikulozyten sind die Vorstufe dieser Zellen, also sozusagen „unreife rote Blutkörperchen“.

einem sog. Blutpass dienten als Indiz ihres Verstoßes gegen geltende Anti-Doping Bestimmungen.⁹

Die Disziplinarkommission des ISU sperrte Claudia Pechstein rückwirkend vom 7. Februar 2009 für den Zeitraum von zwei Jahren, annullierte ihre Ergebnisse von diesem Tag und erkannte ihre Punkte, Preise und Medaillen ab. Nach Ausschöpfung des verbandsinternen Rechtsweges sperrte auch der CAS die Sportlerin im Berufungsverfahren für zwei Jahre.¹⁰ Beschwerde und Revision vor dem Schweizerischen Bundesgericht hatten keinen Erfolg.¹¹ Auch von Sportrechtlern wurde hernach ein Ende des Rechtsstreits prognostiziert.¹²

Doch entgegen dieser Erwartung führte Claudia Pechstein den Rechtsstreit – parallel zum medizinischen Expertenstreit über die Ursache für die erhöhten Werte¹³ – vor die deutsche ordentliche Gerichtsbarkeit. Im Rahmen des Sekundär-

⁹ Im Blutpass werden über einen längeren Zeitraum individuelle Blutwerte gespeichert. Zusammen mit festgelegten Grenzwerten zu einzelnen Inhalten, sollen sie einen direkten Dopingnachweis ersetzen. Siehe *Charlish*, *The Biological Passport: Closing the Net on Doping*, in: *Marquette Sports Law Review*, 2011, S. 61ff. sowie unten § 3 C. III. 2. b) dd) (2). Der indirekte Beweis auf Grundlage dieser Kriterien war nur aufgrund einer kurz zuvor novellierten Fassung der Anti-Doping-Regelungen des ISU ausreichende Grundlage für eine Dopingsperre.

¹⁰ CAS, Urt. v. 25. 11. 2009, Az. CAS 2009/A/1912.

¹¹ Schweizerisches Bundesgericht, Urt. vom 10. 2. 2010, 4 A_612/2009 und Schweizerisches Bundesgericht, Urt. vom 28. 9. 2010, 4 A_144/2010. Gegen diese Entscheidungen hat Claudia Pechstein auch eine Entscheidung des EGMR wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 (Recht auf ein faires Verfahren) und Abs. 2 (Unschuldsvermutung) EMRK angestrengt. Mit Zustellung der Beschwerde am 12. Februar 2013 hat der EGMR die Schweiz zur Stellungnahme aufgefordert. *Claudia Pechstein v. Switzerland*, Antragsnummer 67474/10, EuGRZ 2013, 643 f. und http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Switzerland_ENG.pdf. Des Weiteren hat Claudia Pechstein alleine sieben Verfügungen des Schweizerischen Bundesgerichts zu vorsorglichen Maßnahmen angestrengt, siehe die Dokumentation auf: <https://www.jensweinreich.de/2010/05/11/im-wortlaut-das-urteil-des-bundesgerichts-im-fall-pechstein/>. Im Folgenden wird das Schweizerische Bundesgericht zur besseren Lesbarkeit als „Schweizer Bundesgericht“ bezeichnet.

¹² Siehe ausdrücklich *Jens Adolphsen* in der Berliner Zeitung im Jahre 2013: <http://www.berliner-zeitung.de/sport/claudia-pechsteins-dopingsperre-rechtlich-ist-das-thema-durch-,10808794,24835328.html>.

¹³ Siehe die zusammenfassenden Stellungnahmen von fünf Medizinern, die zur Bewertung der medizinischen Gutachten vom DOSB eingesetzt wurden, abrufbar unter: https://www.dosb.de/de/leistungssport/anti-doping/news/detail/news/experten_zu_pechstein_dopingnachweis_kann_nicht_gefuehrt_werden/. Sie lassen statt des EPO-Vorwurfes oder Eigenblutdopings eine vererbte Blutanomalie vermuten. Die Blutanomalie sei demnach eine Mischung aus Sphärozytose und Xerozytose oder eine milde hereditäre Sphärozytose (so bereits 2010 *Ehninger, Gassmann, Jelkmann, Weimann* in einem Gutachten der Deutschen Gesellschaft für Hämatologie und Onkologie, abrufbar unter: https://www.dgho.de/informationen/presse/pressearchiv/2010/Presstext_DGHO_PK-Pechstein.pdf). Die Membran-Erkrankung der Erythrozyten führe dabei zu einem erhöhten Retikulozyten-Wert. Auch von den Verantwortlichen gab es schließlich öffentliche Entschuldigungen, im Namen des DOSB z. B. von dessen Präsidenten *Alfons Hörmann*, *Süddeutsche Zeitung*, 29. 1. 2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/sport/dosb-zum-fall-pechstein-man-kann-nur-um-entschuldigung-bitten-1.2326557>. Demgegenüber steht vor allem die Aussage des ISU-Gutachters Prof. d’Onofrio im Verfahren, siehe